

Endelig version publiceret i Erik Mygind du Plessis, Dorthe Pedersen, Jette Sandager, Niels Åkerstrøm Andersen (red.): *Transformationens Politik. Ledelse of Tidens Udfordringer* (Frederiksberg: Samfundslitteratur, 2023), S. 219 – 33.

Transformativ Ret. Kan retten dynamiseres?¹

Poul F. Kjær

Introduktion: Hvornår kommer retten i spil?

I klassiske teorier om ret og demokrati er retten ofte konciperet som et ex-ante begreb, altså som forudgivet. Først defineres retten og dens substantielle indhold og så er det forvaltningens opgave at implementere den. I denne optik er embedsmandens og andre offentlige ansattes job således tæt forbundet med et ideal om retsdannelse gennem en specifik kausalitetskæde. Startpunktet er folkeviljen, der fortættes gennem et valg til et repræsentativt organ. Det er i Danmark Folketinget, som lovgiver, der giver regeringen og dens embedsværk en bunden opgave i form af pligtskyldig implementering af den vedtagne lovgivning.

I hver fald siden 1960erne har man inden for retssociologien vidst og gjort det eksplicit, at det måske ikke er helt sådan det foregår i praksis (Luhmann [1964] 1994). I stigende grad er retten blevet anset for at være et ex-post fænomen (Ladeur 2015). En beslutning træffes og bagefter sendes den til den juridiske afdeling med henblik på at blive testet for dens legalitet. Det samme gælder klassisk kontraktteori, der forstod kontrakten som det centrale forhandlingsobjekt i forretningstransaktioner. Siden 1970erne er det billede vendt på hovedet. Man indgår en aftale og bagefter kommer juristerne indover og formaliserer handlen (Schepker et. Al. 2014). Dette billede fra både offentlig og privat ret er velkendt for de fleste offentlige ledere, der skal navigere i politisk målstyring og reformprocesser eller indgår i kontraktforhandlinger med private leverandører. Rettens form og funktion tilpasses til nye styringsparadigmer som New Public Management (NPM) og New Public Governance (NPG) (Andersen et al. 2020).

¹ En stor tak til min kollega Dorthe Pedersen for udførlige kommentarer på tidligere versioner af dette kapitel og talrige brugbare forslag. Bidraget er en revideret og forkortet udgave af Poul F. Kjær: ‘What is Transformative Law?’, *European Law Open*, 1, 4, 760-780, 2022.

Som konsekvens har rettens og juristernes position i den offentlige forvaltning ændret sig fundamentalt fra midten af det 20 århundrede til i dag. Før var juristerne i front og de centrale embedsmænd, hvilket også kom til udtryk i, at juristerne dominerede på chefposterne. I dag er det, i den danske kontekst, anderledes. Politologer og økonomer har indtaget de strategiske chefposter, mens juristerne i stigende grad er blevet til teknikere og de juridiske afdelinger til tekniske afdelinger, som opererer i en støttefunktion ex post - efter de politiske og administrative beslutninger er blevet truffet andetsteds.

Transformationen af rettens funktion og juristernes position i den offentlige forvaltning åbner op for afgørende spørgsmål om, hvad konsekvenserne af denne udvikling er i relation til alt fra skrankepavens afskaffelse, stribevis af ofte mislykkede afbureaukratiseringsforsøg, markedsgørelse af den offentlige sektor til de senere års skandaler i SKAT. Dette kapitel kan ikke gå i detaljer med de konkrete sager. Sagerne ses i stedet som et symptom på en mere overordnet problematik om, hvordan retten omgås dynamik og forandring og den selvforståelse, som informerer retten i den henseende. Argumentet er, at rettens funktion som form-giver af sociale processer er blevet udfordret af introduktionen af nye styringsparadigmer og at der i stigende grad er brug for en ny retsforståelse. På basis af en retssociologisk tilgang rekonstrueres rettens funktion historisk. Med fokus i rettens funktion som samtidig differentierings- og sammenkoblingsmekanisme for samfundets sociale relationer og processer vises det, hvordan rettens form har skiftet over fire historiske perioder og hvordan den i dag er udfordret af andre normgivende logikker og mekanismer. I moderne retsteori er retten ofte blevet forstået som orienteret mod opretholdelsen af eksisterende normer, dvs. deres projektering ud i fremtiden (Luhmann 1993, 124ff). Retten blev derfor anset for at have et konservativt og bevarende dna. Men historisk set har der også været visioner om retten som et instrument for forandring og udvikling, hvilket fx afspejles i formaliseringen af sociale og økonomiske rettigheder i velfærdsstaten. Ligesom det gælder de seneste årtiers stribevis af reformer og nye former for styring inspireret af NPM og NPG. De mange lag af styring og former for retliggørelse rejser spørgsmålet om, hvordan retten omgås forandring og hvordan retten kan dynamiseres, dvs. gøres til et redskab for forandring uden at miste sin funktionelle og normative integritet. Kapitlet her tilbyder et historisk ris over fire forskellige retssociologiske selvbeskrivelser af rettens samfundsmæssige funktion og de praksisser, der på forskellig vis adresserer disse spørgsmål. På den baggrund introduceres nogle foreløbige overvejelser om hvad ”transformativ ret” er og kan være.

Retdens formgivende funktion i Samfundet

Moderne ret i vestlig forstand opstod med den retligt definerede og opretholdte differentiering mellem religion og politik i kølvandet på Investiturstriden mellem kejser og pave fra 1076 til 1122 (Berman 1983; Brunkhorst, 2014). Stridens udgangspunkt var det forvaltningsretlige spørgsmål om, hvem af de to der havde kompetencen til at udnævne abbeder og biskopper. Mere generelt handlede det om, hvem der var suverænen, dvs. hvem, der stod over hvem. Kejseren eller paven? Resultatet var et kompromis. Kejseren blev anerkendt som suverænen i den verdslige verden og paven som suverænen i den spirituelle verden. Paven kunne således udpege abbeder og biskopper, men de skulle sværge troskab til kejseren. Kirken bevarede dermed monopoleet på at udlægge den religiøse tekst, men når kirkens mænd agerede verdslig forvaltere af alt fra skatteinddragelse til militær mobilisering, så var det kejseren, der kom i spil. Konsekvensen var skabelsen af to paralleluniverser, der reproduceredes sideløbende, om end de var tæt forbundne. Med hjælp af retlige instrumenter blev de to universer differentieret og sammenkoblet - helt bogstaveligt – på samme tid. Skatteindtægter, velsignelser og meget andet kunne ved hjælp af retlige midler overføres fra det ene retlige definerede parallel univers til det andet (Brunkhorst 2014, 90ff.). Rettens nyvundne funktion som samtidig uddifferentierings- og sammenkoblingsmekanisme nødvendiggjorde udviklingen af et forfinet begrebsapparat og det var således ikke noget tilfælde, at det første universitet blev grundlagt i 1088 i Bologna med et hovedfokus på kanonisk ret og privat ret, hvilket blev grundlaget for skabelsen af den juridiske profession. Den dobbelte differentierings- og sammenkoblingsfunktion kendes også fra den danske folkekirke og dansk ret hvor den optræder som en begrebslig differentiering mellem kirkeret og retsteologi, hvor førstnævnte omhandler rettens iagttagelse af teologiske problemstillinger og sidstnævnte teologiens iagttagelse af retlige problemstillinger (Espersen, 2000, 7).

Logikken bag den samtidige differentiering og sammenkobling af religion og politik med retlige midler blev extrapoleret i det 15. og 16. århundrede, hvor differentieringen mellem politik og økonomi opstod i det vestlige Europa. Indtil da var konceptet om husholdningen kernebegrebet, der indfangede alt fra kongens hof, adlens jordbesiddelser til den sociale underordning af mindre rangerende klasser, hvilket indebar en enhedsstruktur for politiske og økonomiske aktiviteter og processer (Szołtysek 2015). Adskillelsen af politik og økonomi var således betinget af retlige midler, som for eksempel den private ejendomsret, som igen var betinget af et begreb om staten som et delelement af samfundet. Herved skabtes også distinktionen mellem privat og offentlig ret, hvilket gav retten en vigtig formgivende i rolle i

definitionen af, hvad der var offentligt og hvad der var privat med dertilhørende sociale roller som privat eller offentlig person som for eksempel i udøvelsen af offentlige embeder. Samtidig etablerede retten kanaler mellem de politiske og økonomiske paralleluniverser. Skatteopkrævning, dvs. overførelsen af ressourcer fra den private til den offentlige sfære, kunne således kun betegnes som skatteopkrævning, så længe det skete inden for en retlig ramme. Udstedelser af privilegier eller, i et mere nutidigt problemfelt, statsstøtte, forstået som overførelsen af ressourcer fra det offentlige til det private, kan ligeledes kun betegnes som sådanne, såfremt det sker inden for en retlig ramme.

Retten formgivende funktion som samtidig differentierings- og sammenkoblingsmekanisme er siden denne grundlæggende distinktion mellem offentlig og privat ret ekspanderet, udstrakt og fordoblet i en række mere komplekse og grænseoverskridende styringsforhold. En ekspansion som typisk er tæt knyttet til håndteringen af konkrete problemer, der involverer en overskridelse af distinktioner mellem forskellige samfundsmæssige systemer og processer. Doping kan fx læses som medicinens perforering af sport; ligesom korruption økonomiens perforering af det politiske og det retlige; og religiøs dogmatik i klasselokalet, religionens perforering af uddannelsessystemet, for at nævne blot nogle af mange eksempler. En stor del af de 'sager' og 'problemer', som politikere og offentlige ledere bruger deres tid på kan således føres tilbage til differentierings- og sammenkoblingsproblematikken og forventningen om at retten kan formgive og stabilisere stadig mere komplekse sociale relationer og processer. Det er for eksempel tilfældet i alt fra lovgivning rettet mod muslimske friskoler, til 'Bankpakkerne', der gav statsgaranti til likviditeten i en stribe danske banker efter finanskrisen. I dag er 'klima' og 'bæredygtighed' påtrængende komplekse styringsudfordringer, hvor man med retlige midler forsøger at sammenkoble økonomiske aktivitet med miljømæssige og sociale hensyn. Denne forventning til retten er midlertidigt blevet håndteret meget forskelligt internt i de forskellige juridiske tilgange som har udfoldet sig siden modernitetens gennembrud fra sidste halvdel af det 18. århundrede og godt og vel 100 år frem.

Retten som Mål i sig selv

I det 19. århundrede skete der et afgørende nybrud i rettens selvforståelse, specielt udfoldet i det tyske sprogområde, i form af ideen om retslæren som en objektiv videnskab, der iagttog retten som et system, der var kohærent og rationelt. På basis af en deduktiv metode kunne der skabes en videnskabelig ramme, hvor alle retsnormer passede ind og understøttede hinanden. Retten og dens udfoldelse blev således til en målsætning i sig selv på to forskellige måder.

Internt blev idealet, at retten skulle være positivistisk, dvs. bygge på rettens eget grundlag og ikke på eksterne moralske, politiske, religiøse eller andre faktorer. Retten fik således ret til at have ret uden, i principiel eller begrebslig forstand, at skulle tage hensyn til eksterne faktorer. Retten blev dermed et mål i sig selv. Eksternt skulle retten samtidig levere en optimal ramme for organiseringen af samfundet forstået som en optimal grad af samtidig differentiering og sammenkobling af forskellige sociale processer i samfundet. Det perfekt retligt regulerede samfund blev dermed også et mål i sig selv. En målsætning som blev indfanget og knyttet til progressive liberale ideer om en demokratisk stat og et neutral offentligt bureaukrati (Kennedy, 2006).

Retten som Redskab

Efter et langt tilløb, der strakte tilbage til den sidste halvdel af det 19 århundrede gav rystelserne fra første verdenskrig mulighed for udbredelsen af en ny opfattelse af retten som et redskab. Det vil sige retten blev i stigende grad anset for at være et instrument, som kunne benyttes som løftestang for ideologiske projekter og for realiseringen af politiske målsætninger. Fælles for ellers meget forskellige ideologiske strømninger som anarkisme, fascisme, kommunisme, national socialisme og socialisme, som for alvor fik ben at gå på i mellemkrigstiden, var at de omfortolkede rettens status i samfundet. I modsætning til ideen om retten som målsætning så anså de nye ideologiske strømninger retten som en hindring for opfyldelsen af politiske utopier. Alternativt, og mindre radikalt, blev retten anset som et redskab, der kunne benyttes til at realisere politiske målsætninger uden at retten blev betragtet som et mål i sig selv eller som havende selvstændig indflydelse på samfundets udvikling. I praksis betød dette en instrumentalisering og nedgradering af rettens status om end med en meget stor gradsforskel i spændet fra Lenin til Stauning (Kjaer, 2014).

Kampen mellem forståelsen af retten som mål i sig selv eller retten som redskab udfoldede sig over årtier og foregår på mange måder stadig. I mange nationale kontekster inklusiv den danske kom det dog til et de facto kompromis i efterkrigstiden med elementer fra begge lejre present i dagens praksis. Der var – og er – desuden store forskelle mellem forskellige dele af den offentlige forvaltning. Indenrigsministeriet – i dag Indenrigs- og Boligministeriet – var således i årtier kendt som håndhæver af en positivistisk ret som målsætning' tilgang mens Arbejdsministeriet – i dag Beskæftigelsesministeriet – var kendt for en mere aktivistisk 'retten som redskab' tilgang. Udfoldelsen af velfærdsstaten i årene før og specielt efter 1968 implicerede dog stærk medvind for sidstnævnte, da velfærdsrelaterede politikområder såsom

uddannelse, social sikring og ældrepleje indtog en stadig mere central rolle på basis af en vision om realiseringen af den universelle velfærdsstat.

Retten som Forhindring

Konflikten mellem de to retsopfattelser spidsede til i 1970'erne. (Velfærds-)statens eksplosive vækst førte til en styrings- og finanskrisen i denne periode. Statens kompleksitet i alt fra budgetstørrelse, antallet af ansatte og politikområder steg voldsomt, samtidig med at statens overordnede juridiske ramme i høj grad var forblevet en overlevering fra den 19. århundredes øvrighedsstat. Retten blev således i stigende grad i den politiske og offentlige debat opfattet som en spændetrøje associeret med en gammeldags øvrighedsstat og som en hindring for en realisering af de sociale målsætninger, som var forbundet med velfærdsstaten (Åkerstrøm og Pors, 2014a) En opfattelse som kom udtryk i Ekstra Bladets lancering af begrebet 'skrankepave' allerede i 1970 og som fra 1980'erne og frem er blevet fulgt op af stribevis af afbureaukratiseringsplaner fra skiftende regeringer (Greve og Ejersbo, 2014).

Kritikken af retten var ikke kun et dansk fænomen, som vi kender det fra flere årtiers afbureaukratiseringsprogrammer, men et generelt vestligt fænomen. En af mange konsekvenser var udviklingen af retsøkonomi ('law and economics'), dvs. analysen af retten som den er og bør være, i positivistisk og normativ forstand, med hjælp af mikroøkonomiske metoder. Retsøkonomien blev suppleret med en lang række ikke-juridiske styringsteoretiske redskaber op igennem 1970'erne og -80'erne som efterfølgende blev samlet under styringsparadigmet NPM og senere fulgt op af NPG. Målsætningen var som bekendt først en markedsgørelse gennem konkurrenceudsættelse, privatisering, udlicitering og økonomiske incitament, der skulle skabe øget effektivitet og omstillingsevne i den offentlige sektor og senere også netværk og partnerskaber, der skulle mobilisere nye ressourcer. I denne optik blev retten igen opfattet som en forhindring, der blokerede for frisættelsen af dynamik og tilpasning gennem overvejende økonomiske styringsredskaber. På paradoksalt vis blev retten således anvendt som et redskab, der ikke implicerede egentlig retsskabelse, men mere en imitation af retten både gennem frit valg, en udbredt anvendelse af intern kontraktstyring og Bestiller-Udfører-Modeller, der illuderer private gensidige kontraktforhold dog internt i forvaltningen og dermed ikke er kontrakter i snæver juridisk forstand. De mange nye former for økonomisk styring er da også overvejende udviklet af politologer og økonomer frem for jurister, hvilket gradvist har bidraget til en strategisk marginalisering af retten og den juridiske profession. 'Retten som forhindring' havde således en hel del tilfælles med 'retten som instrument'

tilgangen, samtidig med at den normative målsætningen var en anden. Hvor den i opbygningen af velfærdsstaten var et instrument til at skabe sociale og materielle rettigheder, blev den med NPM et instrument til at strømline, effektivisere og markedsføre den offentlige sektor. Markedsføring og stiliseringen af markedsmekanismen som ideal blev set som en økonomisk nødvendig effektivisering af det 'politiske projekt' som skabelsen af velfærdsstaten var tæt forbundet med.

Retten som Refleksionsmekanisme

Tankegangen bag den ikke-juridiske tilgang til 'retten som forhindring' resulterede i en række modsætninger og paradokser. En afgørende konsekvens af NPM paradigmet var, at offentlige institutioner blev forvandlet til offentlige organisationer med et selvstændigt driftsøkonomiske og strategisk ansvar (Brunson. 2009; Åkerstrøm og Pors, 2014b). Institutioner har mange – modsatrettede – målsætninger og hensyn, som de skal balancere. Postvæsenet, for eksempel, har traditionelt både været en forretning, infrastruktur og gjort sig i erhvervs- og beskæftigelsespolitik samt regional og landdistriktspolitik på samme tid. Ud fra det snævre organisatoriske perspektiv som fulgte med NPM og specielt NPG paradigmet blev postvæsenet dog i stigende grad reduceret til dets 'driftsopgave' som forretning. Den samme optimerings- og effektivitetstilgang ligger bag de mange strukturreformer fra 1990'erne og frem, såsom kommunesammenlægningerne, ned- og sammenlægning af domstole, politikredse, folkeskoler, læreseminarierne, lokale sygehuse og så videre. De intenderede og uintenderede eksternaliteter som de mange struktur- og styringsreformer producerer for samfundet, herunder for offentlige institutioner som højere læreanstalter, skoler, sygehuse, inklusiv de lokale kontekster, hvor de er – eller var - placeret blev således i ringe grad opfanget af den snævre tilgang til offentlige styring og organisation som 'retten som forhindring' stod for. S-regeringens aktuelle nærhedsdiskurs og reformtiltag i relation til 'et sammenhængende Danmark', 'dimensionering', 'produktionsdanmark', 'udflytning' og 'bæredygtige lokalsamfund' er en refleksion af dette og kan som sådan ses som et forsøg på at udvikle et modspil til konsekvenserne af 'retten som forhindring' tankegangen og dens fokus på effektivitet i en meget snævert defineret forstand (Pedersen, 2022). Det ses også i relation til skandalerne i SKAT som kan forstås en konsekvens af erosionen af klassiske juridisk definerede forvaltningsdyder og den juridiske infrastruktur, som den offentlige forvaltning traditionelt var bundet op på.

Internt i den retlige diskurs har der dog siden starten af 1980'erne været en vægtig respons til 'retten som forhindring' tilgangen. Det vægtigste bidrag er ideen om 'refleksiv ret', dvs. en ide om retten som refleksionsmekanisme. Fremfor singulær og hierarkisk styring, som indeholdt i ideen om retten som målsætning, så er komplekse samfund, ifølge refleksiv ret tilgangen, tvunget til at udvikle en mere indirekte tilgang til styring og retlig intervention. I stedet for substantiel styring, så bør retten begrænse sig til at sætte rammerne for selvregulering inden for den private sektor, men også i forhold til områder som massemedier, forskning, sundhed, uddannelse og så videre. I den forstand kan refleksiv ret også forstås som reguleringen af selvregulering (Teubner 1983). De forskellige samfundsmæssige logikker, der driver forskellige velfærdsområder skal have lov til udfolde sig på deres egne præmisser, samtidig med at retten installerer procedurer, som skal forøge adaptations-, omstillings- og ikke mindst refleksionskapaciteten i forhold til de eksternaliteter, som forskellige sociale aktiviteter producerer (Wiethölter, 1989). Eksemplerne på sådanne tiltag er talrige og spænder fra krav om Vurdering af Virkning på Miljøet (VVM-undersøgelser), krav om løbende (selv-)evalueringer af offentlige organisationer til rammer for refleksion af Virksomheders Sociale Ansvar. Refleksiv ret kan således forstås som et svar på den manglende fokus på de bredere samfundsmæssige effekter af sociale, inklusiv offentlige aktiviteter, i New Public Managements og New Public Governance tilgangene til offentlig styring.

Retten som transformationsmedie

En af de områder, hvor selvreguleringen inden for en refleksiv ramme gik længst var i forhold til finanssektoren. Som bekendt gik det ikke så godt, når man tager 2007 finanskrisen i betragtning (Kjaer, 2011). Fokusset på ulighed og geografiske skævheder som pt. præger den politiske debat i Danmark og vesten generelt indikerer ligeledes, at mekanismerne i refleksiv ret, dvs. rettens evne til at skabe rammer som formår at medtænke de bredere samfundsmæssige effekter af både offentlige og private aktiviteter, er utilstrækkelige set i lyset af de forventninger, der stilles til retten. Retten – og samfundet – står dermed over for en udfordring. En tilbagevenden til en stærkt centraliseret øvrighedsstat, der opererer inden for en stram retlig ramme er ikke praktisk muligt i forhold til samfundets komplekse styringsudfordringer og sikkert heller ikke normativt ønskværdigt i de flestes optik. Den massive ekspansion af den offentlige sektor siden 1960'erne betyder desuden, at 'staten' i dag er en undefinerbar størrelse uden et egentligt centrum eller mulighed for at udøve detailstyring vertikalt og på alle områder. Staten kan ikke længere gennem retliggørelse regulere samfundets komplekse relationer og processer. Den formgivende funktion som samtidig differentierings og

sammenkoblingsmekanisme bliver dermed udfordret. Regeringen kan ved at opbyde alle sin ressourcer og bruge betragtelige summer af sin økonomiske og magtmæssige kapital godt sætte sig igennem for en kort tid, sådan som det for eksempel har været tilfældet i forbindelse med pandemihåndteringen. Men kun over for et enkeltproblem og kun i en forholdsmæssigt kort tidsperiode. Et fokus på et enkeltproblem, der desuden gør, at mange andre enkeltproblemer forsvinder ud af syne så længe det står på. På trods af 1900-tals idealet om den formelt rationelle stat, hvor retten blev set som en selvstændig målsætning, så har staten aldrig haft et 'epistemologisk universalblik', der giver den mulighed for at observere og konstruere samfundet i sin helhed. Staten har med andre ord aldrig været i stand til at indfange, tolke og skabe samfundet på basis af dens eget perspektiv. Det klinger derfor også hult, når visse politiske grupperinger ønsker sig tilbage til sådan en stat.

Mit bud er en ny retsform og tilgang, som jeg vil betegne som 'transformativ ret'.² Mit argument er, at en sådan form potentielt kan komme i spil både som en teoretisk refleksion og som en tilgang til praksis. Transformation er et sammensat ord. 'Formation' henviser til en form og 'trans' til den akt, hvor formen går ud over sin eksisterende form. Dvs. transformation betyder at 'ændre form'. Målsætningen med transformativ ret er således at ændre former. Noget har en form og intentionen, formuleret inden for retten selv, er det skal have en anden form. Her kan der differentieres mellem tre delelementer i substantiel, social og tidslig forstand:

I *substantiel* forstand betyder fokuset på formgivning for det første en besindelse på rettens kerneopgave som samtidig differentierings- og sammenkoblingsmekanisme. Udover at opretholde normer over tid, så er det i den samtidige differentiering og sammenkobling af forskellige sociale processer at rettens samfundsmæssige funktion skal findes. Det er således centralt, at lovgivningstiltag systematisk og strategisk søger at indtænke denne funktion i den måde, som lovgivningen konstrueres på. For det andet har retten det man kunne kalde en 'blød konstituerende effekt'. Mens, for eksempel, massemedier, sundhed, videnskab og økonomisk aktivitet er sociale processer i deres egen ret, som reproducerer sig på basis af deres egne logikker, så har retten en 'epistemologisk formgivende effekt' i den forstand, at en social udveksling af goder bliver først til en økonomisk transaktion i det øjeblik den kategoriseres som en kontraktbaseret udveksling, ligesom et opslag på et social medie bliver først kategoriseret som en massemedialt fænomen med en juridisk defineret forståelse af, hvad et

² Se også Kjaer 2020 og Kjaer 2021.

massemedie er, i det øjeblik opslaget publiceres. Det gælder ikke mindst for organisationer som for eksempel public service medier, sygehuse og universiteter, som massemedier, sundhed og forskning helt eller delvis baserer sig på, da disse organisationer opererer indenfor en meget veldefineret retlig ramme. Retten kategoriserer således sociale fænomener og agerer i den forstand som konstituerende ved at give form til sociale processer. Eller anderledes udtrykt: Retten giver løst koblede sociale elementer en fast(ere) form. Denne proces går dog begge veje. Retten er tvunget til konstant at reagere på forandringer i de substantielle processer, den er orienteret i mod og halter oftest bagefter i dens formgivende operationer. Det er for eksempel tilfældet, når lovgivning om massemedier fremstår som forældede i forhold til den nye realitet skabt af de sociale mediers fremkomst og hurtige evolution eller, når nye behandlingsformer gør eksisterende sundhedsmæssige retningslinjer utidssvarende. Konsekvensen er styrings- og reguleringsproblemer, eftersom mange af de 'kriser', 'problemer' og 'manglende konsensus', som moderne samfund er præget af, kan henføres til sådanne tidsforskydninger, hvor sociale processer har ændret sig, mens den fast(ere) form, som retten giver til dem ikke er fulgt med og derfor ikke længere indfanger disse processer. En tidsforskydning som skiftet fra et ex ante til et ex post perspektiv på retten, forstærker ved fx NPM paradigmet konsekvente iagttagelse af rettens relevans som en pragmatisk og sekundær efterrationalisering, fremfor som den definerende spydspis, der definerer et givent problem eller sagsforhold i første omgang. En tilbagevenden til en ren ex ante tilgang til retten virker dog ikke realistisk og åbner derfor op for spørgsmålet om, hvordan en højere grad af samfundsmæssig stabilisering så kan opnås. En mellemvej kunne være en 'ko-konstituerende tilgang' hvor samtidigheden mellem retlige og ikke-retlige processer forstærkes og rettens formgivende funktion bliver mere dynamisk. Et 100 procent tidslig sammenfald vil dog ikke kunne opnås og heller ikke være meningsfuld eftersom rettens centrale opgave netop er at stabilisere forventninger over tid gennem opretholdelsen af normer. Et totalt sammenfald vil derfor også betyde et ophør af retten, da retten og det ikke-retlige vil blive identisk. Den tidslige friktion er således nødvendig for at opretholde rettens funktionelle og normative integritet og udfordringen er derfor snarere at gøre den tidslige friktion mellem forandringer i de ikke-retlige og i retten til en konstruktiv og kreativ ressource frem for til et problem.

I *social* forstand, spiller retten en afgørende rolle i at facilitere sociale udvekslinger, som for eksempel køb af varer og tjenesteydelser, eller omvendt at forhindre sociale udvekslinger som for eksempel udøvelse af vold eller udbredelse af diffamerende udsagn på sociale medier. Den sociale dimension er desuden afgørende for den reflektive rets forsøg på at forøge sociale

processers evne til at medreflektere deres samfundsmæssige effekter i deres organisationsformer, beslutningsprocesser og værdigrundlag. Dette perspektiv kan dog udvides gennem en forståelse af 'retten som infrastruktur', forstået som den ramme og de kanaler som administrative, massemediale, økonomiske og andre sociale processer ledes igennem, og det på to måder:

For det første gennem en begrebslig løsrivelse af begrebet om offentlig ret fra statsbegrebet. 'Staten' eller den 'offentlige sektor' er en udefinerbar størrelse, der altid har været 'udflydende'. Både historisk og i dag har private aktører spillet en aktiv rolle i produktionen af velfærdsydelser og konstruktionen og driften af infrastruktur. Det er tilfældet fra Falcks ambulancer og private vandværker over udliciteret hjemmepleje og privathospitaler til Googles søgemaskine. Hertil kommer, at der er flere kilder til offentlig ret end blot staten. EU retten producerer for eksempel retsnormer af offentligretlig karakter med direkte retsvirkning i Danmark. Det betyder, at den offentlige ret og staten ikke kan slås i hartkorn. Den offentlige ret rækker videre end blot de formelle statslige institutioner. Et bredere begreb om 'det offentlige' og om 'offentlig magt' synes meningsfyldt og dermed også appliceringen af normer og standarder om 'almen interesse' og de områder, der falder under forvaltningsretten og relaterede retsområder til et bredere spektrum af samfundet. Dvs. også til, fx private udbydere af offentlige serviceydelser eller til privatejet 'kritisk infrastruktur' og det uanset om den offentlige ret udgår fra København eller fra Bruxelles og Strasbourg eller andre steder fra. Den nemmeste og måske eneste måde at definere 'det offentlige' på vil derfor være at det offentlige 'er', hvor forvaltningsretten og relaterede retsfelter gælder og ekspanderer deres rækkevidde. Konsekvensen af denne optik er, at Google, for eksempel, ikke blot skal observeres som en organisation med en endimensionel forpligtigelse til at producere aktionærværdi. Google skal med andre ord - som postvæsenet i gamle dage - forstås og reguleres som en flersidet institution med en række - potentielt - modstridende samfundsmæssige forpligtigelser som kan lovfæstes og som det vil være Googles opgave at balancere på basis af et begreb om stakeholder-værdi. Rettens opgave er med andre at transformere Google fra en organisation til en institution på basis en forståelse af den offentlige ret som en infrastruktur, der spænder over distinktionen mellem det offentlige og det private (Hein Jessen, 2022).

For det andet, gennem en samfundsgeografisk vending i retten. Det retsteoretiske fokus i de sidste fire årtier har med refleksiv ret været på rettens proceduralisering, dvs. på rettens tidsdimension. I dag er der dog i stigende grad et fokus på 'samfundets sammenhængskraft'

som også udtrykt i den førnævnte semantik om 'et sammenhængende Danmark'. Det rummelige (spatiale) perspektiv implicerer, at symbolsk definerede geografiske rum bæver til en mere central dimension i den horisont og projekionsflade, som retten har sit kognitive fokus på. Landsdækkende dækningsforpligtigelse for telekommunikations- og elektricitetsudbydere såvel som populationsansvar indenfor sundhed er her oplagte eksempler, men kan i princippet udfoldes som et retskrav for alt fra en maksimum afstand fra bopæl til nærmeste sygehus og praktiserende læge til maksimum afstand til nærmeste uddannelsessted med henblik på at opnå en transformation af rummelige relationer (Pedersen, 2022).³

I *tidslig* forstand var intentionen med proceduraliseringen i reflektiv ret som sagt at håndtere stigende samfundsmæssig kompleksitet ved at fokusere på udviklingen af procedurer for beslutningsprocesser uden at normere substansen, som beslutningsprocesserne var orienteret imod. Retten skulle derigennem blive mere agil, adaptiv og dynamisk og bedre til at respondere på samfundsmæssige forandringer. Mens proceduraliseringstanken har bragt meget med sig, er der dog basis for en udvidelse af den tidslige horisont gennem udviklingen af et retsbegreb om bæredygtighed i både individualiseret og samfundsmæssig forstand, der kan fungere som en samlende optik for miljømæssige, rummelige (spatiale), sociale, sundhedsmæssige og økonomiske problemstillinger. På individniveau implicerer bæredygtighed et fokus på 'det hele liv' dvs. på en persons totale levetid. Arbejdsmarkedstilknytning og vilkår vil således skulle ses i et perspektiv, der implicerer opretholdelse af en vis minimumslevestandard for hele livet med de implikationer det har for pensionsordninger og lignende ting. Arbejdsmiljørelaterede sygdomme, som for eksempel stress, vil skulle betragtes på deres langsigtede implikationer livet igennem og værdien af uddannelse vil skulle vurderes på basis af de langsigtede effekter snarere end på den umiddelbare dimittendledighed. Samfundsmæssigt er bæredygtighed tæt knyttet til generationsperspektivet, implikationerne af nutidige aktiviteter for fremtidige generationer. Det er allerede centralt i både finans- og miljøpolitikken, hvor den langsigtede bæredygtighed af nutidige dispositioner for kommende generationer længe har været et tema. Rettens transformative potentiale i den sammenhæng ligger i dens mulighed for at sætte rammer for nutidige handlinger på basis af et fremtidsperspektiv som for eksempel kendt fra EU's stabilitetspagt for finanspolitikken eller for en lovmæssigt fastlagt udfasning af

³ I de senere år har der været flere dimensionerings og udflytningsinitiativer af offentlige arbejdspladser og senest også studiepladser i dansk kontekst. Fælles for dem er dog at de synes drevet af snævre politiske overvejelser og en kort tidshorisont, fremfor en mere generel retlig defineret tilgang..

forbrændingsmotorer på et givent tidspunkt ude i fremtiden. Retten kan således medvirke til at sætte målsætninger for fremtiden, der fungerer som rettesnor for nutidige dispositioner og dermed initierer en transformativ proces. En målsætningsfunktion som retten potentielt er bedre til at udfylde end det politiske system, der arbejder med en kortere tidshorisont styret af 'sager', meningsmålinger og den næste valgkamp, i det retten kan forholde sig relativt indifferent til de kortsigtede politiske og økonomiske omkostninger af langsigtede bæredygtighedsmål.

Konklusion

Retten har altid været i forandring. Historisk er retten blevet forstået som et mål i sig selv, som et redskab, som en forhindring og som en refleksionsmekanisme. Specielt efter New Public Managements og New Public Governance revolutionerne i offentlig reform og styring, er retten blevet skubbet til side og der er sket en udvanding af dens normsættende funktion i samfundet. Det har skabt en lakune, der skaber grobund for en lang række samfundsmæssige problemer. I kapitlet her har jeg argumenteret for en mulig udvikling af et begreb om transformativ ret fokuseret på rettens funktion som formgivende for samfundets sociale relationer og processer. Et retsbegreb som både har en substantiel, en social og en tidsdimension, som rækker ud over det rene procedurelle fokus som er hovedelementet i refleksiv ret.

Litteratur

Andersen, L. B., Greve, C., Klausen, K. K., & Torfing, J. (2020). *Offentlige styringsparadigmer: Konkurrence og sameksistens*. Djøf Forlag (2. oplag).

Andersen, N.Å. og J. Grønbæk Pors (2014). *Velfærdsledelse: Mellem styring og potentialisering*. København: Hans Reitzels Forlag

Berman, Harold J. (1983): *Law and Revolution: The formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, MA.: Harvard University Press).

Brunkhorst, Hauke (2014), *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, (London: Bloomsbury, 2014).

Udkast

Brunsson, N. (2009). *Constructing organizations: The Example of Public Sector Reform*, in Brunsson: *Reform as Routine: Organizational Change and Stability in the Modern World*. Oxford University Press.

Espersen, Preben (2007), *Kirkeret i Grundtræk* (København: Nyt Juridisk Forlag).

Greve, C. & N. Ejersbo (2014). *Moderniseringen af den offentlige sektor*. København: Akademisk Forlag Business.(3. udg.)

Hein Jessen, 2022 I dette bind.

Kennedy, Duncan (2006), 'Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000', in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (David M. Trubek & Alvaro Santos eds.).

Kjaer, Poul F (2011), 'Law and Order Within and Beyond National Configurations' 395 – 430 in Poul F. Kjaer, Gunther Teubner and Alberto Febbrajo: *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (Oxford, Hart Publishing).

Kjaer, Poul F. (2020), 'The Law of Political Economy: An Introduction', 1 - 30 in Poul F. Kjaer (ed.): *The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law* (Cambridge: Cambridge University Press).

Kjaer, Poul F. (2021), 'The Law of Political Economy as Transformative Law: A New Approach to the Concept and Function of Law', *Global Perspectives*, 2, 1, 1 – 17.

Kjaer, Poul F. (2014), 'Towards a Sociology of Intermediary Institutions: The Role of Law in Corporatism, Neo-Corporatism and Governance' 117 - 141 in Mikael Rask Madsen and Chris Thornhill (eds.): *Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law* (Cambridge: Cambridge University Press).

Ladeur, Karl-Heinz (2012), *The Emergence of Global Administrative Law and Transnational Regulation*, *Transnational Legal Theory*, 3:3, 243-267.

Luhmann, Niklas (1993), *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag)

Udkast

Luhmann, Niklas ([1964] 1994), *Funktionen und Folgen formaler Organisation* (Berlin: Duncker & Humblot).

Pedersen, 2022. I dette bind.

Schepker, Donald J., Won-Young Oh, Aleksey Martynov and Laura Poppo (2014), 'The Many Futures of Contracts: Moving beyond structure and safeguarding and adaptation', *Journal of Management*, 40, 1, 193 – 225.

Households and Family Systems

Szołtysek, Mikołaj (2015), 'Household and Family Systems', in Hamish Scott (ed.): *The Oxford Handbook of Early Modern European History, 1350-1750: Volume I: Peoples and Places* (Oxford: Oxford University Press).

Teubner (1983), 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law', *Law & Society Review* 17, 2 239-286.

Wiethölter (1989), 'Proceduralization of the Category of Law', 501-510 in: Christian Joerges und David M. Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought. An American-German Debate* (Baden-Baden: Nomos Verlag).