

STRAFFASTSÆTTELSENS RETLIGE VALIDITET OG KONTEKSTUELLE ÅBENHED
KOMMENTAR TIL LEIF PETTER OLAUSSENS ANMELDELSE I NTfK

AF VIDENCHEF, PH.D. RASMUS H. WANDALL

Leif Petter Olaussen (herefter LPO) har i seneste nummer af NTfK skrevet en anmeldelse af den bog, som jeg i 2008 fik udgivet ved Ashgate Publishing i deres bogserie 'Advances in Criminology' (ed. David Nelken). I det følgende tillader jeg mig at knytte nogle bemærkninger dertil.

Bogens titel er *Decisions to Imprison. Court Decision-Making Inside and Outside the Law*. Som titlen antyder, har bogen to erklærede formål. Det ene er penologisk og vedrører to empiriske undersøgelser af danske domstoles anvendelse af fængsel som straf. Resultaterne af undersøgelserne er i deres helhed dokumenteret i bogens kapitel fire til ni. LPO udlægger og kommenterer dele af resultaterne. Der er flere af disse udlægninger der, på linie med LPOs gengivelse af forfatterens navn som Randall, berettiger nogle bemærkninger. Men det er ikke vigtigt, og jeg vil forbigå dem her. I stedet vil jeg fokusere på anmeldelsens behandling af bogens andet og retssociologiske formål. Det vil jeg, fordi bogens valgte retssociologiske tilgang synes at være sevet ud mellem linierne i anmeldelsen og fremstilles på en uigenkendelig måde. Tilmed på en måde som bogen eksplicit diskuterer og afviser at forfølge. Det er lidt som at have købt et maleri af de norske fjelde og se dem omtalt som Rebild bakker. Der er meget godt at sige om begge, men de er alligevel ret forskellige.

I en traditionel retssociologisk undersøgelse af straffens fastsættelse ved domstole kigger man oftest efter, om bestemte retlige og ikke-retlige faktorer har betydning for straffastsættelsen – f.eks. gerningens grovhed, tidligere kriminalitet, personlige forhold, etnicitet og køn. Der er mange studier, som belyser dette. Den afgørende kvalitet ved disse traditionelle studier er, at de skelner kategorisk mellem, hvad loven siger, og hvad praksis viser, og således giver et empirisk billede af lovens ord. Groft sagt er den adfærd, som undersøges, enten udtryk for *loven*, eller også er den udtryk for mere end loven – *konteksten*. Den kan ikke være begge dele.

LPO fremlægger mange steder den anmeldte bog som værende i samme båd som disse undersøgelser, og lader ligefrem forstå, at bogen har sigtet som sådan. I det lys kan det forklares, at LPO stiller spørgsmålstejn ved mine teoretiske og empiriske beskrivelser af, hvordan domstolenes straffastsættelse konstrueres som retlig valid, men alligevel og på samme tid konstrueres som åben for kontekstuelle forhold. Det passer mildest talt dårligt med en traditionel retssociologisk tilgang, som jo fordrer, at det er enten eller. Men netop derfor bruger bogen da også et helt kapitel (kapitel to) til at diskutere og afvise anvendelsen af en sådan traditionel retssociologisk tilgang og et helt kapitel (kapitel ni) til at udforske det specifikke retssociologiske spørgsmål empirisk.

Hvorfor er det overhovedet nødvendigt med en anderledes tilgang end den traditionelle? Det er det, fordi retssystemet – i hvert fald det danske – i alle praktiske sammenhænge behandler afgørelser om strafudmåling som retligt valide afgørelser. Få domme ankes, endnu færre omgøres, og af de ganske få som bliver, er det endnu færre som omgøres med henvisning til en retlig fejl. Hvis strafudmålingen – hvad mange tidligere undersøgelser mere end antyder – i en eller anden udstrækning er åben for diverse kontekstuelle forhold (f.eks. personlige præferencer, stereotype forestillinger, organisatoriske normer og værdier) sker det i almindelighed indenfor lovens rammer og ikke udenfor lovens rammer (se f.eks. Holmbergs (2003) undersøgelse af politiets virksomhed). Derfor er det interessant at spørge til, hvordan konteksten kan have en rolle i straffastsættelsen, samtidig med at domstolen træffer retligt set valide afgørelser. For eksempel kunne det være fordelagtigt at se på en eventuel forskelsbehandling af etniske grupper, som finder sted igennem allerede etablerede retlige principper og således indenfor lovens rammer i den daglige håndtering af sager. Se f.eks. det danske pilot-studie af Johansen og Stæhr (2007).

Det er i øvrigt helt i tråd med almindelig rettssociologi at arbejde med det mere komplekse forhold mellem retten og konteksten i afgørelsesvirksomhed. I sin klassiske lærebog i rettssociologi stillede Vilhelm Aubert spørgsmålet om, hvad vi kan slutte fra empiriske undersøgelser, der viser at domstolene inddrager et eller flere retligt irrelevante forhold som f.eks. køn (Aubert 1976, 243-250). Hans svar er, at vi i hvert fald ikke kan slutte, at domstolene retligt set diskriminerer. Det eneste vi kan slutte er, at der er en faktisk forskelsbehandling. Det skyldes simpelthen, at den empiriske beskrivelse af domstolens adfærd er sociologisk/antropologisk/politologisk og ikke retlig. Aubert illustrerer her, at en almindelig rettssociologisk tilgang har svært ved at foretage koblingen til 'det retlige' i straffastsættelsen. Retorisk kan man sige, at det mere end en rettssociologisk undersøgelse bliver til en sociologisk undersøgelse af domstolsadfærd. Det er parallelt til Max Webers udlægning, som i introduktionen til sin klassiske rettssociologi fremhæver forskellen mellem en sociologisk beskrivelse af retlig adfærd og så en retlig beskrivelse af retlig adfærd. Der er tale om to forskellige synsvinkler, skrev han (Weber 1978, 311-312). Doreen McBarnet (1981) har behandlet problemet på fornem vis i straffesager, Reza Banakar (2003) har i sin reflekssive rettsociologi forsøgt at skabe et begrebsapparat til at forstå det komplekse forhold mellem ret og kontekst, ligesom Günther Teubner og Niklas Luhmann har det. Der er flere eksempler. Også Thomas Mathiesen (1989) viste gennem et observationsstudie af en ret i Oslo, hvordan retssalen opererede gennem et "verbalt" og et "stille" liv i retssalen. Altså hvordan der er en proces i retssalen, hvor afgørelser konstrueres på flere forskellige niveauer, og hvor der altså er plads til både en retlig og en mere kontekstuel konstruktion. Hans undersøgelse er senere gentaget samme sted.

Indrømmet, selvom tilgangen i bogen altså er i tråd med kendt retssociologisk teori, bliver det hele lidt mere komplekst ved, at bogen forsøger at holde øjnene åbne for både en retlig og en kontekstuel synsvinkel i undersøgelsen af straffastsættelse. For at håndtere den kompleksitet, som følger deraf, gør bogen følgende:

Bogen vælger en egnet teoretisk ramme – i dette tilfælde Niklas Luhmanns retssociologiske teori. Det har nogle afgørende konsekvenser. For eksempel følger jeg ikke, sådan som LPO forudsætter i sin anmeldelse, en kausal-teoretisk tilgang. Man kan derfor heller ikke, som jeg udførligt beskriver i bogen, men som LPO alligevel antager, foretage empiriske tests af kausalitet eller teser derom. Det betyder, at jeg ikke behandler strafudmålingen i denne del af undersøgelsen som et billardspil, hvor en eller flere faktorer (kuglerne) kan få sanktionsvalget (keglerne) til at tippe. Derimod er bogens erklærede sigte at undersøge, hvordan afgørelser bliver til – *konstrueres* – igennem den daglige beslutningsproces. Også det er – ligesom bogens retssociologiske tilgang – i overensstemmelse med almindelig retssociologi. Tilmed forklares forholdet udførligt på side 19-20. Logikken er den temmelig basale, at al social adfærd foregår igennem strukturer, og at strukturerne derfor er med til at forme adfærden. Det gælder også i retssalen. Det betyder, at afgørelser om at anvende ubetinget fængsel bliver til igennem de strukturer, som er relevante for retssalens aktører i deres afgørelsesvirksomhed. Det er således muligvis interessant, når LPO spørger, om strukturer ”påvirker” beslutningsvirksomheden eller ej, men det er ikke bogens retssociologiske ærinde.

På den baggrund redegøres der først for de retlige rammer for valget af ubetinget fængselsstraf. Herved angives – fra en retlig synsvinkel – hvilke forhold som har, og implicit hvilke som ikke har, retlig validitet. LPO markerer enkelte steder sin skepsis overfor, om udvalgte forhold i det danske materiale er irrelevante fra en retlig synsvinkel. Han henviser i den forbindelse uden videre til retlige erfaringer fra Oslo og til norske juridiske lærebøger. Det skal jeg ikke kommentere nærmere.

Med de retlige rammer på plads undersøges det, hvordan den daglige beslutningsvirksomhed er organiseret igennem den daglige interaktion mellem anklager, forsvarer og dommer. Her viser undersøgelsen – i overensstemmelse med en række tidligere udenlandske undersøgelser – at der opstår et meningsfællesskab mellem disse aktører. Det er i dette meningsfællesskab, at domme til ubetinget fængsel konstrueres igennem spørgsmål om en række forskellige sags- og procesuelle forhold, nogle af dem mere retligt relevante end andre. Det beskrives i den sammenhæng, hvordan tilsyneladende entydige begreber – f.eks. alder eller gode personlige forhold – i de retlige aktørers meningsfællesskab bærer langt flere og forskellige betydninger, end hvad der kan genkendes fra en retlig synsvinkel.

Med de retlige rammer og den faktiske beslutningsvirksomhed på plads, står kun det endelige spørgsmål tilbage: hvordan går det til, at afgørelser om at anvende fængsel konstrueres som kontekstuelle åbne, men samtidig gøres retligt valide. Det er således her, at bogens andet hovedspørgsmål endeligt besvares, uden at det dog indholdsmæssigt omtales af LPO.

Besvarelsen viser, at den daglige beslutningsvirksomhed, på trods af de relativt set ganske stramme organisatoriske rammer, har vide grænser for inddragelse af kontekstuelle forhold. Det skyldes to forhold. *For det første* er der igennem den daglige beslutningsvirksomhed i retssalen meget faste strukturer for, *hvor, hvornår og hvordan* man siger og gør noget. Disse praktiske strukturer angiver meget effektivt de ydre grænser for, hvad retten formelt set anser som relevant, og hvad den ikke gør. Men for de professionelle retssalsaktører er dette *ikke* de ydre rammer for meningsfuld kommunikation i retssalen. *Og dette er det andet forhold.* De ydre rammer for meningsfuld kommunikation imellem retssalens professionelle aktører udgøres af deres meningsfællesskab, og hvad de fælles og til enhver tid anser som meningsfuldt. Fordi disse aktører møder ofte i retten, vil de let opbygge fælles forståelser af en række uformelle verbale og non-verbale kommunikationer. F.eks. en kort kommentar om at forsvareren hellere må tage en kort pause med sin klient, at tiltalte kun har få gode personlige ting at berette om sit foreløbige levned, eller at dommeren kigger flygtigt ned på anklageren og spørger, om han eller hun insisterer på at fastholde et af flere tiltalepunkter. Sådanne ytringer kommunikerer langt mere til de indviede end til den tiltalte og eventuelle tilhørere. Dette er i overensstemmelse med, hvad Mathiesen beskrev i sin undersøgelse i Oslo (Mathiesen 1989) og kan genkendes i mange andre undersøgelser. Konklusionen er, at retssalens aktører kan operere på to niveauer: dels på et formelt, hvor de åbent og formelt konstruerer afgørelsen som en retlig valid afgørelse; dels på et mere uformelt, hvor der er plads til, at afgørelser konstrueres på en mindre åben og mere uformel måde ud fra organisatoriske, ressourcemæssige, følelsesmæssige og andre forhold, som findes relevant af aktørerne. Kapitel ni gennemgår en lang række eksempler på denne mindre formelle kommunikation.

I modsætning til hvordan LPO fremstiller denne del af bogen, foregiver den ikke at ville falsificere, at det kun er retlige forhold, som kausalt påvirker rettens straffastsættelse. Det ville være direkte i strid med bogens teoretiske fundament. Bogens retssociologiske undersøgelse dokumenterer, hvordan en række kontekstuelle forhold indgår i aktørernes konstruktion af afgørelser om ubetinget fængsel, og undersøger derefter, hvordan organiseringen af beslutningsvirksomheden giver plads hertil. Det er således ikke en ubeslutsomhed fra min side, når jeg konkludere, at afgørelserne er både retligt valide og kontekstuel åbne. Det er konklusionen på min teoretiske vinkel udforsket gennem de empiriske resultater.

Det er passende at runde af med spørgsmålet om, hvad disse retssociologiske iagttagelser kan bruges til. Det helt centrale er, at den kontekstuelle åbenhed, som undersøgelsen viser, at domstolens beslutningsvirksomhed giver plads til, følger direkte af den formelle organisering af domstolen og dermed af den samme organisering som opretholder virksomhedens legalitet. I stedet for at finde alle hullerne, hvorigennem retlige aktører omgår regler, skulle vi måske i lige så høj grad lede efter alle de steder, hvor retlig valid virksomhed *inviterer* til kontekstuel åbenhed. Derudover er en af de vigtige implikationer, at vi i reguleringen, styringen og i særdeleshed i udviklingen af straffastsættelse med større fordel kan fokusere endnu mere på de aktører, som indgår i arbejdsrelationer i anklagemyndighed, domstole, forsvarskontorer, kriminalforsorgen med videre. Det er i ikke ubetydelig grad deres meningsfællesskaber, hvorigennem sager vurderes og sorteres til de forskellige hylder i straffesystemet; vurderinger og sorteringer, som vi altså ikke har stor indsigt i og organisatorisk har begrænset greb om.

Referencer:

- Aubert, V. (1976). *Rettens sosiale funksjon*. Oslo, Bergen, Tromsø, Universitetsforlaget.
- Banakar, R. (2003). *Merging Law and Sociology: Beyond the Dichotomies in Socio-Legal Research*. Berlin and Madison. Galda + Wilch Verlag.
- Holmberg, L. (2003). *Policing Stereotypes. A qualitative study of police work in Denmark*. Berlin, Galda + Wilch Verlag.
- Johansen, L. V. og Stæhr, M. (2007). *Lige for Loven. En pilotundersøgelse af behandlingen af etniske minoriteter i straffesager*. Rapport. København.
- Mathiesen, T. (1989). *Skjellig grunn til mistanke? En studie af forhørsretten*. Oslo, Pax Forlag.
- McBarnet, D. J. (1981). *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice*, The Macmillan Press Ltd.
- Olaussen, L. P. (2009). *Anmeldelse: Rasmus H. Wandall: Decisions to Imprison. Court Decision-Making Inside and Outside the Law*. Aldershot/Burlington: Ashgate.
- Wandall, R. H. (2008). *Decisions to Imprison. Court Decision-Making Inside and Outside the Law*. Book series: Advances in Criminology (ed. David Nelken), Aldershot/Burlington: Ashgate.
- Weber, M. (1978). *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology. Volume One*. Berkeley, University of California Press.

Adresse:

Rigsadvokaten

Frederiksholms Kanal 16

DK-1220 København K