

Rettshistorie og komparativ rett - Eksamen fra våren 2011

Kommentert av Jørn Øyrehagen Sunde

OPPGAVE 1

1. Innledning

Nøkkelordet i denne oppgaven er rettskultur.

Rettskultur er et nyttig hjelpemiddel fordi det er med å sette retten i en ramme og kontekst. Det er også et begrep som de siste 20 år har fått en ny aktualitet, fordi vi har fått internasjonale møteplasser for rett, og internasjonalt rettslig samarbeid.

Kandidaten innleiar oppgåva med ei nesten tilforlateleg forklaring på rettskultur. Forklaringa er presis og korrekt, og utgjør eit rammeverk for resten av oppgåva. Dette er difor ei svært god innleiing.

I denne oppgaver møter en begrepet i tre sammenhenger. I oppgave 1 støter vi på begrepet rettskultur, når vi skal se på hva som forstås med rettskultur generelt sett. I oppgave 2 er temaet hvordan rettskultur kan benyttes til å forklare historiske utviklinger i retten. I oppgave 3 er fokuset på hvordan rettskultur kan benyttes som virkemiddel i en moderne europeisk rettslig integrasjon.

Her viser kandidaten oversikt over oppgåva sin indre struktur. Ein slik oversikt kan ein bare få og forklara med inngående innsikt i fenomenet rettskultur. Difor gjev dette avsnittet god utelling.

Rettskultur kan defineres som forventninger og forestillinger om retten som kan operasjonaliseres gjennom institusjons(lignende) praksis. Det dreier seg med andre ord om hvordan ulike organer tar opp i seg og overfører til samfunnet de meninger og oppfatninger rettssubjektene mener og har om hvordan retten er og bør være.

Det er vanleg å ha med ein definisjon av rettskultur, og det er eit gode. Enno betre er det når definisjonen vert følgt av ei forklaring med egne ord, som viser den innsikt og forståing som vert premiært på ein eksamen.

For å få tydeligere frem hva som ligger i denne definisjonen, kan rettskulturbegrepet spaltes opp i en institusjonell og en intellektuell struktur, som igjen kan brytes ned i henholdsvis to og fire hovedkomponenter.

Rettskulturens institusjonelle struktur består av de fysiske institusjoner som gjennom sin praksis skaper og håndhever rett. Dette skjer gjennom konfliktløsning, som er den eller de organer som løser tvistene innad i rettskulturen. Konfliktløsning er selve utgangspunktet for all rettslig regulering, og dermed også den viktigste komponenten i en rettskultur.

Videre skapes rett gjennom normproduksjon, som utgjør den andre hovedkomponenten i den institusjonelle strukturen. Normer betegner hvem, hvordan og i hvilke grad rettslige normer produseres. Det typiske vil her være en lovgiver. Men fordi mennesket ikke kan forutse og gi en løsning på alle tenkelige fremtidige konflikter, vil konfliktløsningsorganene også spille en rolle som normprodusent.

Gjennom den intellektuelle strukturen skapes forventningene og forestillingene om retten. Her finner vi for det første rettferdighetsidealet, som vil si ideen om hva som er rett og galt. For det annet juridisk metode, definert som verktøyet for å transformere rettferdighetsideal, verdier, prinsipper og normer til rettsregler benyttet ved konkret konfliktløsning. Graden av skoloring av rettens aktører representeres av profesjonalisering, mens den fjerde omfatter all påvirkning av fremmede normer produsert utenfor den aktuelle rettskulturens jurisdiksjon – altså internasjonalisering.

Å framstilla strukturar og hovudelement i ein rettskultur er eit pliktlop i denne oppgåva. Man gjennom sine kort forklarings i dei to fyrste avsnitta, og deretter den fine samanstillinga i det tredje, klarar kandidaten å gjennomføra pliktlopet og samstundes viser forståing ved å tilføra tema noko eige.

I oppgave 2 skal vi se at nettopp graden av internasjonalisering var avgjørende for hvilken effekt naturretten fikk på den norske, franske og engelske rettskulturen. Poenget er at de seks rettskulturelle hovedkomponentene ikke er adskilte med vanntette skott, men står tvert imot i et gjensidighetsforhold til hverandre. På samme måte som den intellektuelle strukturen setter opp et rammeverk for hvordan retten skal operasjonaliseres innenfor den institusjonelle strukturen, representerer den institusjonelle strukturen rammeverket for forventningene og forestillingene om retten i den intellektuelle strukturen. 2Tilsvarende vil endringer i én hovedkomponent utløse – og kanskje også forutsette – endringer i én eller flere av de andre komponentene.

Her får kandidaten fram to hovudpoeng i ei og same vendinga: at dei ulike rettskulturelle hovudelementa står i ein relasjon til kvarandre, og at rettskultur ikkje er noko statisk men at det skjer endringar. Det at kandidaten så elegant kan få fram to poeng i ei og same vendinga viser oversikt og innsikt, og er slik eit resultat av forståing og noko som ikkje kan innlærast som ein teknikk.

Et eksempel er innføringen av Magnus Lagabøters Landslov av 1274. Her ble normproduksjonen endret ved at lovgivning erstattet konkret tvisteløsning som normprodusent. Men innføringen av Landsloven hadde også den konsekvens at den juridiske metoden i Norge gikk fra analogi til differensiering, og at likevekt som rettferdighetsideal ble erstattet av rimelighet.

Mange kandidatar er usikre på i kva grad dei skal nytta dømme gjennom ei eksamensoppgåve. Det er alltid eit gode å eksemplifisera. For sjølv om detaljkunnskap ikkje står i sentrum, så er den viktig, fordi den er trass alt byggjesteinane i resonnementa. Men døma må ikkje verta for inngående, for då mister lesaren (og ofte oppgåveskrivaren) tråden i oppgåva.

Dette samspillet fører oss over til et annet kjennetegn ved en rettskultur, nemlig at den er dynamisk og stadig i endring. Årsaken er at rettskultur er konstituert av kommunikasjon. Forventningene til og forestillinger om retten skapes gjennom kommunikasjon. Dess mer stringent kommunikasjonsstrukturer, dess sterkere blir fellesskapet og dermed rettskulturen. Som vi skal se i oppgave 2 har dette betydning for i hvilken grad en rettskultur er åpen for resepsjon av fremmed rett.

Her hentar kandidaten tilbake poenget med endring, men går fort over til å knyta det til kommunikasjon. Igjen klarar altså kandidaten å laga flytande overgangar mellom ulike aspekt ved rettskultur, og viser dermed at vedkomande forstår korleis dei heng saman.

Stringente kommunikasjonsstrukturer i dennesammenhengen er igjen ofte knyttet til institusjoner hvor retten operasjonaliseres. Fordi rettskultur, mer en annen kultur, er så sterkt knyttet til institusjoner, er det gjerne gjennom disse rettskulturen kommer til uttrykk og syne. Det er hovedsakelig juristene som skaper, tolker og håndhever retten, og på denne måten etterlater seg skriftlig dokumentasjon. Dette er noe av årsaken til at man gjerne avgrensar rettskulturbegrepet til et snevert perspektiv, hvor fokus ligger på juristenes forestillinger og forventninger til retten.

Deretter går kandidaten frå å skriva om kommunikasjon til den snevre rettskulturen, og koplar den til eit tidlegare poeng om institusjonar. I tidlegare avsnitt har kandidaten forklart kunnskapselement i faget med egne ord på sin eigen måte. Her går kandidaten eit steg vidare og gjer koplingar som ikkje er gjort i hovudlitteraturen eller under førelesingane. Dette er det ultimate bevis for at inntrykket til no er korrekt – kandidaten har inngåande oversikt og innsikt.

Modellen beskrevet over, tar utgangspunkt i denne snevre forståelsen av begrepet, og det er også denne forståelsen som egner seg best når en skal analysere det mer spesifikke innholdet i en rettskultur. Derfor er det den snevre forståelsen som vil bli benyttet i oppgave 2.

Dette er tredje gongen at kandidaten viser fram til oppgåva 2. Kandidaten har alt vist i andre avsnittet innleiingsvis at det er ein samanheng mellom dei ulike delane i oppgåva. Gjennom å visa i kva delar av oppgåva samanhengen konkret ligg, styrker kandidaten inntrykket av innsikt.

Den vide forståelsen av begrepet favner om forventningene til og forestillinger om retten delt av rettssubjektene generelt, samt forhold som filosofi, historie, økonomi, religion, politikk og teknologi. Etersom dette er faktorer som påvirker samfunnet, vil dette ofte også få betydning for retten. Dette poenget understreker at den snevre rettskulturen er en del av den vide, noe som kan illustreres med en analogi til det rettslige hav:3

På overflaten finner vi regler som endrer seg ofte og raskt, slik som rettsregler og rettspraksis. Dette nivået er forbeholdt juristene, og således den snevre rettskulturen.

På havets mellomnivået befinner rettslige prinsipper seg. Diss er færre i antall og mer generelle og endres sjeldnere enn på overflatenivået. Her befinner en seg i en mellomposisjon mellom den snevre og den vide rettskulturen.

På bunnivået eksisterer de fundamentale grunnideene. Denne arenaen er åpen for alle samfunnsmedlemmer.

Kandidaten får her forklart både den vide rettskulturen, og nytta allegorien om det rettslege havet. Måten kandidaten knyt den vide rettskulturen og det rettslege havet saman på, er heilt kandidaten sin eigen. Det vert ikkje sagt så mykje nytt i desse avsnitta, men samankoplinga er altså ny, og viser i seg sjølv forståing.

Som vi skal se i oppgave 3, kan en slik modell være nyttig når en skal prøve se på hvordan argumenter fra den vide rettskulturen kan komme i et spenningsforhold til den snevre.

Igjen viser kandidaten framover, denne gongen til oppgåvedel 3), noko som altså styrker oppgåva.

OPPGAVE 2

1. Innledning

1.1 Historisk bakgrunn

Ideen om en naturrett kan spores tilbake i rettshistorien til Aristoteles og den greske antikken og de første refleksjonene om retten. Senere ble naturrettstanken tatt opp i romerretten, før den i middelalderen ble tatt opp som en del av den kristne filosofien, blant annet av Agustin og Thomas Aquinas. Etter reformasjonen i 1519 ble naturretten frigjort fra Gud av blant andre Hugo Grotius. Med dette ble kursen staket ut for den rasjonalistiske naturretten slik den fremstod i Europa på 1600- og 1700-tallet.

I motsetnad til svært mange andre, har kandidaten valt å ikkje ha ei lengre innleiing om naturrettstenkinga si historie. Det som er skrive her er tilstrekkeleg langt, og det er fint formulert og samanfatta med kandidaten sine egne ord.

1.2 Karakteristiske trekk ved den rasjonalistiske naturretten

Det kanskje mest karakteristiske trekket ved naturretten i denne perioden var at naturrettstenkerne ordnet retten i et system. Tanken var at det fantes et skille mellom rett og galt som alle mennesker hadde tilgang til, uavhengig av tid og sted.

Å knyta saman to poeng slik at dei kastar lys over kvarandre, som kandidaten har gjort så elegant tidlegare i oppgåva, fungerer ikkje her. Årsaka er at fyrst og andre setninga ikkje heng logisk saman. Under eit kvart omstende er det mest karakteristiske trekket ved naturretten ikkje system, men at den er evig gyldig.

Et utslag av denne tankegangen var at rettsteoretikerne identifiserte ufravikelige rettslige prinsipp, som de deretter utledet rettsregler fra. Det grunnleggende avtalerettslige prinsippet om at avtaler skal holdes, er et slikt prinsipp som stammer fra naturretten.

Dette er klart formulert og eksemplifisert. Det siste, å konkretisera den generelle kunnskapen, er noko mange kandidatar gløymer.

Ettersom disse prinsippene var ufravikelige, kunne ikke en del av retten motvirke en annen. Ut i fra slike betraktningen springer et annet særtrekk ved naturretten, nemlig at retten skulle ordnes i et system. Dette innebar at dersom avtaler var bindende innenfor kontraktsretten, måtte erstatningsretten ha regler som kompenserte for kontraktsbrudd, mens bedrageri var straffbart etter strafferetten.

Her passar systempoenget perfekt, og igjen eksemplifiserer kandidaten på ein førebiletleg måte som viser oversikt og innsikt.

Et siste karakteristisk trekk som her skal nevnes er tanken om at den fornuftige ordningen i verden sikret fredelig sameksistens mellom menneskene. I følge Ludvig Holberg var dette selve definisjonen av naturrett. Fordi behovet for samfunn var utgangspunktet for den rasjonalistiske naturrett, måtte samfunnet ordnes etter menneskets egen fornuft.

Samfunnstrøng og tilhøvet mellom naturrett og fornuft er viktige poeng, men her kjem dei ikkje så klart fram som andre poeng tidlegare i oppgåva. Likevel vil ein få utteljing for å ha med poenga. Her saknar eg òg at det er sagt noko om aksiom si rolle i naturrettstenkinga.

1.3 Oppgavens struktur

Det som nå er sagt beskriver noen sentrale trekk ved den rasjonalistiske naturrett. Når jeg nå skal se nærmere på hvordan disse tankestrømningene påvirket den norske, franske og engelske rettskulturen på 1600- og 1700-tallet, vil det som er sagt over tjene som et bakteppe. Dette kunne ha kome før kandidaten skreiv om særtekk ved naturrett, men det passar òg fint her. Det viktige er at kandidaten forklarar lesaren logikken bak oppgåveoppbygginga. Logikken er god, og då gjev dette utteljing.

I denne sammenligningen vil jeg ta utgangspunkt i de seks rettskulturelle hovedkomponentene, for så å sammenligne naturrettens innvirkning på hvert enkelt land innenfor disse. Dette for å få frem flest mulig komparative aspekter. På denne måten ser en dessuten hvordan rettskultur som begrep kan tjene som hjelpemiddel når en skal se på historiske endringer i retten, jf. det som er sagt innledningsvis i oppgave 1.

Det er ikkje bare viktig at kandidaten forklarar logikken bak oppgåveoppbygginga, men at vedkomande òg grunnjev vala sine tilstrekkeleg til at vala vert ytterlegare bevis på oversikt og innsikt. Elles er det bra at kandidaten held fram i oppgåvedel 2) med å knyta saman dei ulike delane av oppgåva gjennom slike referansar.

Jeg kommer til å redegjøre for de intellektuelle strukturene først, fordi det er min oppfatning at det er her ideen om naturrett først gjorde seg gjeldende. En må likevel ha i minne at komponentene ikke er klart avgrenset, slik at endringer i én komponent ofte gir ringvirkninger i flere av de andre.

Kandidaten vågar å snu på gangen i den rettskulturelle modellen, og får god utteljing for det når valet er så godt grunnjevne som her.

2. Den rasjonalistiske naturrettens effekt på rettskulturene i Norge, England og Frankrike

2.1 Internasjonalisering og forutsetningene for dette

Naturrettens innflytelse i en rettskultur er som utgangspunkt betinget av internasjonalisering. Internasjonalisering som rettskulturell hovedkomponent vil således være sentral for å forklare naturrettens innflytelse på henholdsvis den norske, engelske og franske rettskulturen. I denne sammenhengen er det derfor nødvendig å forklare nærmere noen av mekanismene som er med å avgjøre gradene av internasjonalisering.

Internasjonalisering baserer seg på rettslig resepsjon. Rettslig resepsjon innebærer frivillig innlån av rettsregler fra en annen rettskultur.

I fleire oppgåver vart relasjonen mellom naturretten og internasjonalisering handsama som underforstått, men det er viktig å eksplisitt kopla dei to saman, slik kandidaten gjer her. I følge Eirik Holmøyvik må det foreligge fire forutsetninger for at rettslig resepsjon skal finne sted. 6For det første må det foreligge kunnskap om fremmed rett. For det andre må der være et incentiv til å ta til seg nye regler. Den tredje forutsetningen er at regelen må kunne implementeres nasjonalt, mens den fjerde forutsetninger går ut på at den nasjonale retten må være i stand til å motta fremmed rett.

Er forutsetningene først tilstede vil graden av resepsjon bero på en rekke juridiske og kulturelle faktorer, av Holmøyvik beskrevet som det rettskulturelle filter. 7Dette er et filter som fremmed rett må gjennom når en skal resipere retten inn i sin egen rettskultur. Dess sterkere rettskulturen er, dess sterkere vil det rettskulturelle filteret ofte være.

Kandidaten trekk her inn Holmøyvik sin artikkel om resepsjon, og nyttar hans konstruksjon det rettskulturelle filteret, og i begge tilfelle viser kandidaten solid forståing av Holmøyvik sine poeng.

I England fikk kongemakten sentralisert retten allerede i 1178 gjennom opprettelsen av den kongelige domstolen i Westminster, og gjennom rettspraksis skapt en common law. Dette systemet utviklet seg organisk, slik at den engelske rettskulturen allerede før 1600- og 1700-tallet fremstod stringent. Et resultat av dette var at England ikke hadde noe incentiv til å ta til seg noe av naturretten. Som vi skal se av det følgende har naturretten hatt en minimal effekt i den engelske rettskulturen.

Kandidaten formulerer her eit klart og tydeleg resonnement om kvifor naturretten ikkje kom til å sple noko vidare rolle i England. Kandidaten kunne ha peika på at ikkje bare på 1600- og 1700-talet, men òg i mellomalderen, var lite resepsjon av rett i England, for slik å visa at hendinga ikkje var unik men rett og slett heilt i tråd med hovudregelen i engelsk rettshistorie.

For Norge og Frankrikes del må disse forutsetningen imidlertid anses oppfylt, slik at det her forekom import av naturrettslige ideer.

Dette vert for kort og uforklart. Poenget er vel at ein ikkje hadde rettseinskap i Frankrike, og at naturretten var eit hendig instrument å systematisera fransk rett i høve til for å skapa eit system og ein einskap som elles ikkje var der. Og vidare er det vel eit poeng at Danmark-Noreg resiperte naturrett fordi dansknorsk rettsvitskap fekk eit stort og viktig oppsving då naturretten var ein fullt utvikla og dominerande rettsleg ideologi.

På 1700-tallet var naturretten den dominerende rettslige ideologien i Danmark-Norge, og fordi naturretten var universell, var internasjonaliseringen av retten sterk. Mange reiste til utlandet for å studere, og disse brakte med seg naturrettslig tankegods tilbake.

Denne tendensen ble forsterket ved innføringen av Eksamensforordningen av 1736. Nå var det et krav om å ha juridisk embetseksamen for å praktisere som dommer eller advokat, noe som førte til en stor økning i studentantallet. Naturrett var en del av pensum, og slik ble naturrettslige tanker etter hvert spredt rundt i landet etter hvert som studentene kom tilbake til Norge for å praktisere.

Eg viser til kommentaren ovanfor, og peikar her bare på at dette avsnittet er langt meir presist og korrekt enn det ovanfor, som er meir tilleggsinformasjon i denne samanhengen.

Ettersom naturretten var universell, er det nærliggende å anta at internasjonaliseringen i Frankrike, som i Norge, var betydelig. Lovbøkene Les cinq codes bærer tydelig preg av å være inspirert av naturretten.

Det vert eit problem at det er skriva ein del både om England og Danmark-Noreg, men knapt noko om Frankrike. Når ein samanliknar må skriva like mykje om kvart land – i alle høve når det som her er like mykje å skriva om dei.

2.2 Profesjonalisering

Ser en på de fire forutsetninger oppstilt av Holmøyvik, er det tydelig at det er en klar sammenheng mellom internasjonalisering og profesjonalisering. Mer konkret synes profesjonalisering å være en nødvendighet for resepsjon av naturrett, jf. særlig første, tredje og fjerde forutsetning.

Dette er eit poeng tenkt ut og formulert av kandidaten sjølv. Og det er eit svært godt poeng, Men slik den tredje forutsetninga er formulert ovanfor er ikkje den så viktig i denne samanhengen.

Den dansknorske vitenskapen tok opp i seg naturrettstenkningen, og formidlet denne gjennom pensumslitteraturen. For eksempel skrev Ludvig Holberg den naturrettslige læreboken «Moralske Kierne, eller Introduction til Naturens- og Folke-Rettens Kundskap» på dansk. Slik ble den naturrettslige filosofien gjort tilgjengelig for en stadig økende studentmasse, så vel som andre med juridisk interesse. Holdbergs lærebok spilte dermed en sentral rolle i profesjonaliseringen for å skape et felles juridisk fundament av forståelse, som var viktig for å endre den norske rettens intellektuelle strukturer, og for å ta opp i seg de naturrettslige forestillinger om retten.

Dette er eit godt poeng, men her burde kandidaten ha nemnt eksamensforordninga av 1736 som er sjølve årsaka til at Holberg si bok kunne fungera som ei form for pensumslitteratur. (I eit seinare avsnitt viser kandidaten faktisk tilbake som om eksamenforordninga er nemnt, så det kan vera at noko av avsnittet har falt ut i den siste redigeringa for å få oppgåva under ordgrensa).

Denne skoloringen fikk særlig betydning for komponentene rettferdighetsideal og juridisk metode, men også for konfliktløsning.

Det er svært bra at kandidaten her peikar framover på det som skal koma, men kunne ha lagt til ei setning om kvifor det var viktig.

Profesjonalisering gjennom studier av naturrett var trolig et scenario også i fransk rett. Som i Norge får dette først og fremst betydning når vi skal se på juridisk metode og rettferdighetsideal.

I England skjedde profesjonaliseringen gjennom praksis i Inns of Court. Sammenlignet med Frankrike og Norge fantes der ikke krav om teoretisk utdanning. Rettsvitenskapen spilte

derfor en minimal rolle, og en lot seg derfor ikke påvirke av de naturrettslige strømninger på kontinentet.

Dette er eit viktig poeng. Når ei oppgåve er så tett på ordgrensa er det vanskeleg å be om meir forklaringar, men akkurat her skulle eg gjerne ha hatt ei setning eller to om den engelske profesjonaliseringa. Vidare er det viktig at kandidaten i gjennomgangen av dei ulike rettskulturelle hovudelementa ikkje mister naturretten av syne.

2.3 Juridisk metode

Over ser vi at studentene på 1600- og 1700-tallet ble påvirket av naturretten gjennom profesjonaliseringen. En slik skoloring hadde også betydning for utviklingen av en ny juridisk metode.

Det strykar oppgåva at dei ulike delane vert knytt saman på dette viset.

Deduksjonen er selve den naturrettslige metoden, og karakteriseres ofte som den viktigste arven fra naturretten. Metoden går ut på å presisere og tilpasse mer eller mindre formulert lovgivning gjennom tolkning, slik at disse kan gjøres om til spesielle rettsregler. En ser her en klar parallell til et sentralt trekk ved naturretten, nemlig å slutte fra generelle allmenngyldige prinsipper. Denne metode gjør det også mulig å fremstille retten som et systematisk hele, noe som var et annet kjennetegn ved naturretten.

Eit godt poeng der kandidaten knyter saman denne delen av oppgåvedel 2) og den meir generelle innleiinga på ein fin måte.

Deduksjon i sin rene form, slik den ble lært i Frankrike gjennom profesjonalisering, fikk stor betydning for hvordan franskmennene utformet lovbøkene sine, som igjen fikk betydningen for hvordan franske domstoler avsa sine dommer. Dette kommer vi tilbake til under normproduksjon og konfliktløsning.

Selv om norske jurister trolig leste mange av de samme bøkene som sine franske kollegaer, fikk ikke deduksjonen like stor gjennomslagskraft i Norge.

Hovedgrunnen til dette het Peder Kofod Ancher, og var professor ved De juridiske fakultet i København midt på 1700-tallet. Han mente at deduksjon i sin rene form var for fjern, ved at metoden ble for abstrakt. For å bøte på dette tilføyer han erfaring, slik at deduksjonen ble supplert med reelle hensyn og sakens faktiske omstendigheter. Slik fikk vi i Norge en mer realistisk metode, noe som igjen spredte seg til konfliktløsningen og normproduksjonen. Dette er ein velfundert og fint formulert forklaring på utviklinga av særtrekk ved den dansknorske juridiske metoden. Den vert på ein kreativ måte knytt til situasjonen i Frankrike, og poenget er faktisk ganske korrekt.

Profesjonalisering gjennom praksis, har gjort at en i engelsk rett benytter distinguishing som juridisk metode. England skiller seg derfor radikalt fra metoden i Frankrike.

Igen har eg lyst til å etterlysa nokre forklarande setningar til, sjølv om oppgåva altså i utgangspunktet ligg tett opp til ordgrensa.

2.4 Rettferdighetsideal

Den naturrettslige tanken om å ordne retten i system, gjorde at det forutberegnlige trådte frem som det rådene rettferdighetsideal i naturretten. Denne ideen hadde særlig betydning for normproduksjonen, hvor helhetlige lovbøker ble ansett å være selve idealet.

Igjen viser kandidaten sammenhengen mellom dei ulike rettskulturelle hovudkomponentane, og gjer det på ein enkel men innsiktsfull måte.

I likhet med den deduktive metode, fikk denne ideen om det forutberegnlige som rettferdighetsideal fult gjennomslag i fransk rett. Mye av bakgrunnen for dette må tilskrives erfaringene med eneveldetyranni fra tiden før 1789.

Forestillingen om det forutberegnlige hadde ringvirkninger i hele den franske rettskulturen. Som vi har sett ble dette idealet løftet frem gjennom internasjonalisering og utdanning. Ambisjonen om å skape lovbøkene Les cinq codes er et uttrykk for det forutberegnlige, og slik normproduksjonsteknikk var bare mulig dersom en benyttet den deduktive metode. Slik ser vi at naturretten hadde stor effekt i hele den franske rettskulturen.

Dette er eit fint poeng. Kandidaten kunne òg ha tatt med at dei franske lovbøkene kunne lagast på så kort tid fordi ein i rettsvitenskapen alt hadde systematisert retten etter naturrettslege prinsipp.

Også i Norge fikk naturretten den effekt at det forutberegnlige ble det rådende rettferdighetsideal. Som alt nevnt var Eksamensforordningen av 1736 viktig for å sikre dette idealet ved at praktiserende jurister opererte etter felles intellektuelle rammer, herunder deduksjon som igjen var viktig for å sikre det forutberegnlige gjennom lovgivning. Ettersom engelsk rett ikke ble særlig påvirket av naturretten fikk ikke det forutberegnlige en like fremtredende plass som i Norge og Frankrike. Der er derimot det rimelige som står sterkest. Hensynet til forutberegnlighet er like fullt viktig, men dette har sammenheng med stare decisis-prinsippet, og er ikke et resultat av naturretten.

Eit særst godt poeng. Men kandidaten kunne i ei bisetning ha forklart kva stare decisis-prinsippet er for noko.

2.5 Normproduksjon

I tråd med den naturrettslige forestillingen om det forutberegnlige, og for å sikre at rettferdighetsidealet ble operasjonalisert i praksis, lagde man i årene etter revolusjonen Les cinq codes.

Som alt peika på to gonger tidlegare – kandidaten knyt fint saman dei rettskulturelle hovudkomponentane.

Dette var helt i tråd med idealet om helhetlige lovbøker, utsprunget fra den naturrettslige tankegangen om at retten kunne settes i system. De franske lovbøkene var nettopp organisert etter et slik system, slik at en kunne fylle lovtomme rom ved hjelp av systemforståelse. På denne måten var tanken at en kunne sikre maksimal forutberegnlighet.

Det er fint at kandidaten framhevar høve til å fylla lovtomme rom ved hjelp av systemlogikk som ein særleg kvalitet ved lovbøker.

En annen effekt naturretten hadde på fransk rett er at domstolens avgjørelser er svært kort formulert, og heller ikke bindende. Begrunnelsen for dette var å hindre en prejudikatlære, som en fryktet kunne være med å svekke det forutberegnlige som ideal.

Det er nok litt for enkelt å laga ei direkte linje mellom naturrett og motvilje mot prejudikat. Men dette er komplisert å forklara, og kandidaten har både ei ordgrense og ein tidsfrist å halda seg til, og då får ein vera nøgd med at poenget er med.

Spesielt for Norge er at vi allerede i 1687 fikk en lovbok ved Kong Kristian Vs norske lov. Lovboken var gitt for at borgerne skulle kunne forutberegne sin egen rettsstilling, og det er derfor nærliggende å tenke at Kristian Vs lov er et resultat av naturretten. Sannheten er imidlertid at loven ikke er inspirert av naturretten, men har klare trekk av middelaldersk lovgivningstradisjon.

Det er ei stor føremon for oppgåva at kandidaten nyanserer og viser fram nyansar. Litt for mange kandidatar skreiv som om alt var eit resultat av naturretten utan å nyansera.

For å bøte på manglene til Kristian Vs lov ble det i perioden frem til 1814 gitt ca. 4500 tilleggslover. Dette viser at lovgivning var en fremtredene normproduksjonsteknikk, og således i tråd med naturretten. Fraværet av helhetlige lovbøker viser imidlertid at Norge under normproduksjon ble mindre påvirket av naturretten enn Frankrike.

Dette illustreres ytterligere ved rollen domstolene hadde som normprodusent. En ser her paralleller til den juridiske metoden Kofod Ancher introduserte, hvor det realistiske og pragmatiske stod sentralt.

Dette er kandidaten sitt eige resonnement, og det er heilt korrekt og passar svært godt her. Slike sjølvstendige resonnement må sjølvsagt premierast.

I engelsk rett har konfliktløsning stått sterkt siden opprettelsen av domstolen i Westminster. Derfor var domstolen den klart viktigste, og nær eneste, normprodusenten under perioden for den rasjonalistiske naturretten.

2.6 Konfliktløsning

Det forutberegnlige som rettferdighetsideal sikres som vi har sett gjennom å la lov være eneste kilde.

Domstolsordningen i fransk rett er organisert slik at underliggende domstoler i utgangspunktet ikke er bundet av de høyerestående domstolers avgjørelser. Årsaken er at en vil hindre at det konstitueres en domstolskapt rett, noe som i så tilfelle kunne kommet i konflikt med loven som den fremste eksponent av forutberegnlighet.

England er også her den rake motsetningen til Frankrike. Der utgjør nemlig domstolene kjernen i rettssystemet, noe som får betydning for alle de øvrige rettskulturelle komponentene. Heller ikke innenfor konfliktløsning har altså naturretten hatt noen innvirkning.

Ved Appellordningen av 1590 fikk Noreg en tvingende instansrekkefølge, en ordning som ble utvidet ved Rettspleieforordningen av 1735. En slik hierarkisk ordning av domstolene bidrar til forutberegnlighet ettersom rettsenhet oppstår når underordnede domstoler står i direkte

forbindelse med de på toppen. Fordi forutberegnlighet fremmes ved et slikt system, kunne en tro at dette er noe en har fått fra naturretten. Både Appellordningen av 1590 og Rettspleieforordningen av 1735 er imidlertid et resultat av interne forhold.

Igjen vil eg peika på at kandidaten framhevar nyansane gjennom å visa at det forutbereknlege i dansknorsk rett vart fremma gjernom ordningar om ikkje var inspirert av naturretten. Eller er det som er sagt ovanfor om fransk og engelsk rett heilt korrekt.

Sammenlignet med Frankrike har derfor naturretten hatt lite effekt på konfliktløsning i den norske rettskulturen.

3. Noen avsluttende refleksjoner

Skal en si noe generelt om hvilken påvirkning den rasjonalistiske naturretten har hatt på de tre landene må det være at den har hatt nesten ubetydelig effekt på den engelske rettskulturen men stor effekt på den franske rettskulturen. Den norske rettskulturen plasserer seg et sted i mellom, men da nærmere Frankrike enn England.

En mulig forklaring kan en få ved å se på det rettskulturelle filteret og de fire forutsetningene for resepsjon. På 1600- og 1700-tallet hadde England allerede utviklet en sterk rettskultur og hadde således ikke noe incentiv til å resipere. Norge hadde incentiv, samtidig som det rettskulturelle filteret var relativt sterkt ved at en allerede fra ca. 1260 hadde etablert effektive kommunikasjonsveier. Frankrike hadde forutsetninger for å resipere, men den lite stringente rettskulturen innebar at det rettskulturelle filteret var svakt.

Dette resonnementet kan gjerast enno meir nyansert. Men i botn og grunn er det korrekt. Og det er kandidaten sitt eige, samstundes som det er solid tufta på kunnskap henta både frå rettshistoria og frå Holmøyvik sin artikkel. Slik vert òg innleinga og hovuddelen av oppgåvedel 2) bunde fint saman. Slik får oppgåva enno eit løft.

OPPGAVE 3

1. Innledning

18.03.11 avsa Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i Storkammer dom i saken Lautsi and others v. Italy. Sakens konkrete problemstilling var om et lovpåbudt krusifiks hengende i klasserommet hvor saksøkers barn gikk på skole, var i strid med prinsippene om sekularisering og statens nøytralitet. Domstolen kom til at beslutningen om å beholde krusifikser i klasserommet lå innenfor statens skjønnsmargin, og gav følgelig ikke klagerne medhold.

Med utgangspunkt i denne dommen er problemstillingen i oppgave 3 hvordan rettskultur som begrep kan benyttes som virkemiddel i en moderne europeisk rettslig integrasjon. Herunder vil jeg forklare hvorfor kulturelle og historiske argumenter har en rettslig verdi i Europa i dag, og hvordan slike argumenter kan benyttes.

Både samanfatinga av dommen og formuleringa av problemstillinga er kort, konsis og korrekt. Mange kandidatar brukte for mykje plass på å gje igjen faktum i saka, medan denne kandidaten altså ser at saka bare er eit springbrett til ein meir generell diskusjon.

2. Hoveddel

Med rettslig integrasjon menes i denne sammenheng at retten i Europa blir mer lik. Rettshistorisk sett er ikke slik konvergering av retten noe nytt. Det første eksempelet på en slik overnasjonal rett er romerretten, som lenge utgjorde en felles rett for store deler av Europa. Denne ble senere erstattet av den kanoniske retten, likevel slik at rommeretten fortsatte å eksistere som en slags jus commune. Det siste eksempelet er naturretten, som på 1600- 1700- tallet hadde stor innflytelse på de europeiske rettskulturene, jf. det som er sagt i oppgave 2.

Det er eit poeng i denne oppgåva at kandidaten skal drøfta ut frå kunnskapsbasen i faget, og ikkje, som mange kandidatar gjorde, å skriva meir fritt om rettskultur og rettsleg integrasjon. Denne kandidaten forankarar alt i byrjinga av oppgåvedel 3) oppgåva i kunnskapsbasen i faget. Dette vert ytterlegare understreka av at kandidaten viser tilbake til det som er handsama i oppgåvedel 2).

En ikke-ubetydelig forskjell representeres likevel ved at de europeiske rettslige fellesskapene i dag, her representert ved EMK, har egne institusjoner for konfliktløsning og normproduksjon. Selv om den kanoniske retten hadde konfliktløsningsmekanisme, hvor paven dømte i siste instans, er situasjonen i Europa i dag rettshistorisk unik.

Etter å ha peika på historisk kontinuitet, peikar kandidaten på diskontinuitet, og får slik fint fram nyansane mellom det notidige og historiske.

Signatarstatene til EMK har betinget seg å følge de normer som produseres av Europarådet, og kan i tilfelle brudd bli dømt for traktatbrudd i EMD. En konsekvens av dette er at de reglene i EMK håndheves lojalt innad i de nasjonale rettskulturene. På denne måten kan en si at de nasjonale rettskulturenes institusjonelle struktur konvergerer.

Det som nå er behandlet av er altså den fysiske strukturen av en rettskultur. Her er kommunikasjonsstrukturene såpass stringente at en kan driste seg til å hevde at den institusjonelle strukturen av en mulig felles-europeisk rettskultur er tilstede. Spørsmålet videre blir dermed hvordan situasjonen er med den intellektuelle strukturen

Her knyt kandidaten drøftinga klart opp til kunnskapsbasen igjen, og no kunnskapen om rettskultur som vart nytta alt i oppgåvedel 1).

Som nevnt i oppgave 1 består den intellektuelle strukturen av forestillinger og forventninger til retten. I dommen kan vi nettopp si at det var disse forestillingene og forventningene det var uenighet om.

Kandidaten resonnerer, og resonnerer godt og sjølvstendig.

Utsagnet om at korset ikke bare er et religiøst symbol, men også «a cultural and identity-linked symbol» er illustrerende for det som på mange måter utgjorde sakens mer prinsipielle spørsmål, nemlig hvorvidt historiske og kulturelle argumenter er relevante når en sak står til doms for EMD.

En forskjell fra slik rettskultur er bruk i oppgave 2, er at disse argumentene hører hjemme i den vide delen av rettskulturen. For å bruke analogien om det rettslige hav, er dette faktorer som hører hjemme på mellom- og bunnivå. En kan derfor ikke benytte seg av den rettskulturelle modellen alene, ved analysen av et slikt spørsmål

Her knyt kandidaten oppgåvedel 3) til både oppgåvedel 2) (eksplisitt) og oppgåvedel 1) (implisitt), og nyttar kunnskapen i eit nytt, sjølvstendig og korrekt resonnement.

Det enkle svaret på hvorfor kulturelle og historiske argumenter har en rettslig verdi i Europa i dag, er fordi disse er med å forme den enkelte borgers forventninger og forestillinger om retten. I mangel på felles intellektuelle hovedkomponenter vil disse forventningene enn så lenge relatere seg til de nasjonale rettskulturene.

Av denne grunn har en erkjent at en ikke på nåværende tidspunkt kan ha ambisjoner om en transnasjonal rett som ikke samtidig er tilpasset de nasjonale forhold. For EMKs vedkommende kommer dette til uttrykk gjennom statenes skjønnsmargin.

I disse avsnitta resonnerer kandidaten vidare, og igjen er resonnementet heilt korrekt.

Dommer Bonello legger lite i mellom når han uttaler at EMD ikke må lide av «historical Alzheimer's» eller «rob the italians of part of their cultural personality». Selv om utsagnene fremstår bombastiske, egner de likevel til å illustrere faren ved ikke å legge vekt på historie og kultur. Dersom en fjerner seg helt fra nasjonale forhold, kan rettskulturen miste sine forankringspunkter. Retten vil da kunne tape sin demokratiske legitimitet, ved at den ikke gjenspeiler medlemmenes forventninger og forestillinger om hva som er rett og galt. På den annen side er slike argumenter integrasjonshemmende. Dersom en aspirerende transnasjonal rettskultur alltid må hensynta den enkelte nasjons kultur og historie, vil det alltid bli med ambisjonen. Poenget synes å møte gehør hos dissenterende dommer Kalaydjieva, som påpeker at fordi vi lever i et «multicultural society» har vi ikke behov for slike argumenter.

Kandidaten tek ikkje stilling til stridsspørsmålet i dommen, men får fram nyansane på ein poengtert og balansert måte. I ei drøftingsoppgåve som dette er det nettopp det som er føremålet.

For EMKs vedkommende er det her et tilsynelatende paradoks: Samtidig som skjønnsmarginen er en forutsetning for at de europeiske menneskerettighetene har fått så stor oppslutning som de har, fungerer den også som en bremsekloss for at menneskerettighetskonvensjonen skal bli fullt ut universell. En fullstendig europeisk rettslig integrasjon befinner seg derfor fortsatt bare på skisseblokken.

Samla sett er dette ei av dei beste oppgåvene som vart levert til eksamen våren 2011. Årsaka er for det fyrste kandidaten sin evne til å sjå heilskapen i materien, noko som vart signalisert alt i byrjinga av oppgåva, men som kandidaten så følgjer opp gjennom å visa fram relasjonar mellom oppgåvedelane, og mellom ulike kunnskapsbitar, under vegg i oppgåva. For det andre fordi kandidaten faktisk har kunnskap, og brukar den aktivt i sine resonnement. For det tredje fordi kandidaten vågar å resonnera utover det som er sagt i pensum eller på førelesingane. Og for det fjerde fordi resonnementa gjev god mening. Dermed kan eg, som fagansvarleg, òg læra noko av å lesa oppgåva. Det er ikkje dermed sagt at den er perfekt, jf. ulike etterlysingar og påpeikingar i kommentarane. Oppgåva sitt svakaste punkt er noko dei stadane i oppgåve 2 der kandidaten har freista å sjå samanhengar trass i at kunnskapsbasen i faget ikkje eigentleg gjer det mogeleg. Men dette får likevel lite å seia på heilskapsvurdeirnga og karaktersetjinga, fordi det er så lite viktig i høve til dei mange kvalitetane til oppgåva.

Fotnoter:

- 1: Jørn Øyrehagen Sunde, Rendezvous of European Legal Cultures (Bergen 2010) s. 11.
- 2: Jørn Øyrehagen Sunde, How to Teach European Comparative Legal History (2009) s. 54.
- 3: Sunde, Rendezvous of European Legal Cultures, s. 35.
- 4: Jørn Øyrehagen Sunde, Speculum legale – rettsspejelen (Bergen 2005) s. 232.
- 5: Sunde, samme sted s. 235.
- 6: Eirik Holmøyvik, Rendezvous of European Legal Cultures, s. 47-48.
- 7: Holmøyvik, Samme sted s. 48
- 8: Sunde, Speculum legale – rettsspejelen, s. 299.

Det er ikkje noko krav at studentane skal ha lese anna enn hovudlitteraturen i faget. På den andre sida er det ingen ulempa å ha gjort det. Og når referansen er så presis som dette, der akkurat dette poenget