

4992 ord

## Oppgave 1:

I 1692 var norsk rett i midten av en endringsfase som vi i dag ser på som overgangen fra en rettsorden til et rettssystem. I denne overgangen var regelen om tvungen appell en viktig spillebrikke for å sikre rettens institusjonelle struktur mot et moderne rettssystem. Denne oppgaven belyser, med avgjørelsen fra 1692 som et bakteppe, hvordan dette skjedde.

Et rettssystem kjennetegnes av flere elementer - blant annet et normsystem, et domstolhierarki og en viss grad av profesjonalisering. Dette er elementene som inngår i et lands rettskultur, og alle disse ble påvirket av regelen tvungen appell. En rettskultur kan defineres som «forventninger og forestillinger om retten som kan operasjonaliseres gjennom institusjons(lignende) praksis»<sup>1</sup>. Siden tvungen appell medførte endringer i rettskulturen, er dette oppgavens analyseobjekt.

Imidlertid er rettskulturbegrepet ikke i seg selv egnet for analyse, men den rettskulturelle modellen avhjelper dette ved å dele rettskulturen inn i håndterbare kategorier. På et overordnet nivå deles rettskulturen inn i en mental og fysisk struktur. Ved fysisk struktur peker man på de institusjonene som skaper og håndhever normer, mens den mentale omhandler ideer og forventninger som skaper retten. Disse to kategoriene kan igjen deles i henholdsvis to og fire delkategorier: Normskapning og konfliktløsning, og rettferdighetsideal, metode, profesjonalisering og internasjonalisering.

I denne oppgaven vil modellen benyttes for å forklare sammenhengen mellom konfliktløsning, normskapning og profesjonalisering. Dette vil gjøres løpende gjennom teksten, for å vise samspillet mellom de ulike elementene. Hovedfokuset vil være på disse tre elementene fordi det var disse elementene som presset frem regelen om tvungen appell og samtidig gjorde at den fikk stor betydning i overgangen til et rettssystem.

### 1 Den rettslige konteksten i 1692.

Da Kock avsa dommen på vegne av lagtinget ble den ikke fullbyrdet med en gang: Kongen måtte bekrefte dommen. Bakgrunnen for dette var at det eksisterte et domstolhierarki med appellmulighet.

Fra 1590 hadde det vært krav om at førsteinstansen, by- eller bygdinget, måtte avgjøre en sak før den gikk videre til lagtinget som var andreinstans. Siktemålet var å avlaste lagtinget, som slet med stor restanse etter de kirkelige domstolene ble nedlagt i kjølevannet av reformasjonen. I 1610 ble det videre innført et krav om at lagtinget også måtte fatte en avgjørelse før en sak kunne appelleres til Overhoffretten som var høyeste instans i Norge, eller til Højesterett med Kongen i København som øverste domstol i det dansk-norske riket.

For drapssaker som denne, var det også innført en regel i 1687 om at saken i alle tilfeller måtte appelleres til lagtinget etter å ha blitt avgjort i underinstansen. Dette er ordningen som er kalt tvungen appell.

---

<sup>1</sup> Koch, Søren & Sunde, Jørn Ø. (red.): *Comparing legal cultures* s. 15 (min oversettelse)

Dette innebærer at da Kock idømte personen dødsstraff, var han en del av et fireleddet domstolhierarki. Han fikk dermed en sak som allerede hadde blitt tatt stilling til i første instans, og Kongen avgjorde en appell som var behandlet i alle fall to domstoler før han fattet den endelige beslutningen. Det som bandt domstolhierarkiet sammen var appellordningen som var innført litt over hundre år tidligere.

Lagmann Kock representerte også et profesjonalisert element i domstolhierarkiet ved å være et fast medlem av kollegiet i lagretten. Underinstansen som var enten et bygde- eller byting hadde hatt en sorenskriver siden 1591, som hadde utviklet seg til en lignende rolle som lagmannen frem mot 1692. Derimot var ikke juridisk utdannelse et krav for disse stillingene i 1692, og profesjonaliseringsgraden blant sorenskrivere og lagmenn varierte dermed sterkt. Overhoffretten var heller ikke profesjonalisert i stor grad, og bestod av personer med høy status uten krav til juridisk bakgrunn.

Det rettslige landskapet da kongen sitt brev kom frem til Bergen 9. Januar 1692 var dermed preget av et domstolhierarki bundet sammen av appell. Likevel var profesjonaliseringsgraden lav, som er en av begrunnelsene for fremveksten av regelen om tvungen appell.

## 2 Fremveksten og bakgrunnen for tvungen appell

Kongens samtykke til dommen i 1692 var betinget av appell fra den domfelte. Kock måtte imidlertid avgjøre saken uavhengig av om den domfeltes appellerte fra tinget, på bakgrunn av regelen om tvungen appell fra 1687. Hensikten med regelen var et behov for kontroll med rettsanvendelsen. Dette behovet ble presset frem av endringer i den fysiske strukturen.

### *2.1 Sorenskriveren under press.*

Sorenskriverembete ble innført i 1591 for å demme opp for en svakhet i det nylig innførte appellsystemet: Tingmennene var ulærde i juss, og var ofte analfabeter. For å sikre en forsvarlig avgjørelse i førsteinstansen ble sorenskriveren innført som et fast element for å belære tingmennene, samt skrive ned dommen for å sikre en effektiv behandling i lagtinget ved appell.

Innføringen av appell og domstolhierarkiet medførte dermed et behov for profesjonalisering i førsteinstansen, som ble realisert i form av sorenskriveren. Profesjonaliseringsgraden var imidlertid lav; det trengtes ikke mye mer enn skrivekunnskaper for å bli sorenskriver. Alle saker uavhengig av vanskelighetsgrad måtte først avgjøres på tingnivå, og senere endringer gjorde det klart at dette profesjonaliseringselementet ikke var nok for å oppnå rettsenhet. Neste skritt ble dermed å gå tilbake til start, og revidere appellordningen.

### *2.2 Behovet for kontroll*

Selv om endringene i 1590 og 1591 etablerte et stringent konfliktløsningssystem, løste ikke disse det grunnleggende problemet at hoveddelen i lovverket var Magnus Lagabøtes lands- og bylov fra 1274-76, og utdatert for et samfunn i endring. Dette ble forsøkt avbøtet i 1604 og 1643, men den viktigste skrittet ble tatt i 1687:

Dette året ble Kristian V Norske Lov (NL) vedtatt, hvilket var en revolusjon i Norsk rett. Der Lands- og Byloven hadde om lag 220 artikler, hadde denne 1800 tilsvarende bestemmelser. Visjonen var at alt var lovregulert, og at man skulle slå opp i boken for å finne retten. Derfor

fastsatte loven et forbud mot å vise til andre rettskilder enn loven selv, og domstolene måtte forholde seg til en ny juridisk virkelighet.

I henhold til hvordan systemet da var strukturert, var det svært vanskelig å oppnå dette idealet: Førsteinstansen var lite profesjonalisert, og kongen hadde ikke mulighet til å kontrollere at de faktisk ville følge loven slik som den var tiltenkt. Dette ble styrket av det dansk-norske rikets størrelse og geografiske utstrekning. Spesielt viktig var det å sikre at alvorlige straffesaker ble utført korrekt, ettersom det var Kongen som var part som påtalemakt. For å kunne kontrollere at kongens lov ble fulgt i underinstansen, var det en hensiktsmessig løsning å tvinge viktige saker inn på et sentralt nivå. Tvungen appell ble dermed innført i alle draps- og trolldomssaker som hensiktsmessig løsning på dette kontrollbehovet.

Grunnen til at Kock måtte avgjøre saken var dermed også for å kontrollere at underretten med sorenskriveren faktisk hadde anvendt loven riktig. Siden lagtingets jurisdiksjon omfattet et større geografisk område enn tinget, var det mindre sannsynlig at han hadde lignende tilknytninger eller motforestillinger til drapsmannen som de lokale tingmennene eller sorenskriveren kunne ha. I tillegg var ofte Lagmannen ofte mer kyndig gjennom lang erfaring, og sentralisert plassering. Regelen som var ment som kontrollmekanisme for at loven ble fulgt, ble dermed også en implisitt rettssikkerhetsgaranti.

### *2.3 Tvungen appell og et sterkere domstolhierarki*

Den generelle appellordningen hadde dermed eksistert i nesten hundre år før tvungen appell ble innført i 1687. Men den var kun begrenset til trolldoms- og drapssaker, og antall saker som ble kontrollert var derfor begrenset.

Med Rettspleieforordning II av 1735 ble ordningen utvidet til å omfatte alle alvorlige straffesaker, samtidig som saker også måtte appelleres videre fra lagtinget. Kongen mente det eksisterte en «U-orden og Misbrug»<sup>2</sup> i rettspleien, og utvidet regelen om tvungen appell som hadde vist seg å være effektiv. Ved å omfatte flere sakstyper og samtidig få kontrollert til lagtingets avgjørelser, konsoliderte Kongen sin kontroll over rettsanvendelsen i alle instanser for de viktigste sakene.

For å oppsummere kan en se at domstolhierarkiet som ble etablert ved appellordningen i 1590 innførte ett nytt innslag av profesjonalisering i form av sorenskriveren. Den lave profesjonaliseringsgraden kombinert med ny lovgivning, presset frem en ny endring i appellsystemet, som knyttet hierarkiet enda tettere sammen. Dette førte til at alle instansene måtte kommunisere med hverandre på jevnlig basis. Som ved innføringen av appellordningen i 1590, førte dette igjen til en økende grad av profesjonalisering.

## 3 Rollen til tvungen appell for fremveksten av et moderne rettssystem.

### *3.1 Tvungen appell og kommunikasjon mellom domstolene.*

Intensjonen bak tvungen appell var å sikre kontroll over rettsbruken i de lavere instansene, men den innførte også en utilsiktet effekt: Nemlig at underinstansene begynte å følge med på sakene i overinstansen, ettersom de fikk jevnligere kontakt. Systemet med tvungen appell

---

<sup>2</sup> Sunde: *Speculum legale* s. 203

oppfordret til kommunikasjon mellom instansene, og de begynte å legge overinstansens avgjørelser til grunn for sine egne saker.

Med dette fikk man den første spiren til en prejudikatslære. Ettersom overinstansene ofte hadde mer erfaring og dermed høyere profesjonaliseringsgrad, ble også dette en kilde for kunnskapsinnhenting til underinstansen. Juridiske teknikker og metodiske grep benyttet av lagmann Kock i barnedrapssaken, tok sorenskriveren til seg og ville benytte i fremtidige saker. Dermed oppfordret og styrket regelen om tvungen appell til en større grad av profesjonalisering i underinstansene, som jevnlig ble belært av overinstansen. I tråd med dette ble rettspraksis også en leverandør av forutberegnelighet i tillegg til lov.

Ordnningen med tvungen appell medførte dermed også endringer i den mentale strukturen. Kunnskap som ble formidlet på universitetene ble først formidlet til de øverste instansene, og ble til «law in action» ved å bli sendt ned gjennom domstolhierarkiet. Når dette var gjort, var alt lagt til rette for endringen av den mentale strukturen mot et rettssystem ved inntoget av naturrettstenkingen utover 1700-tallet.

#### 4 Avsluttende refleksjoner.

Selv om det eksisterte et domstolhierarki før reglen om tvungen appell ble innført, var profesjonaliseringsraden lav og ikke egnet til å skape rettsenhet. Regelen konsoliderte dette systemet, ved å skape en aktiv kontroll og kommunikasjon mellom domstolene imellom. På dette viset ble den mentale strukturen også endret, hvilket skapte et helhetlig og sammensveiset domstolsystem. Slik sett var reglen om tvungen appell en viktig brikke for å skape et moderne rettssystem, ved å legge til rette for en utvikling av den mentale strukturen.

Tvungen appell er ikke et innslag i rettssystemet i Norge i dag. Kontrollbehovet er tilfredsstillt av et åpent domstolsystem og kommunikasjonen skjer gjennom andre kanaler. Likevel finner man en regel i EU-retten som minner om tvungen appell. TFEU art. 267. fastsetter at når et spørsmål om tolkning av en EU regel kommer opp for en medlemsstats domstol uten ankemulighet, skal dette spørsmålet sendes til EU domstolen for en avgjørelse.

Bakgrunnen for denne reglen er slående lik den som var forut for regelen om tvungen appell i dansk-norsk rett: EU domstolen har behov for å kontrollere at EU retten blir håndhevet lojalt på nasjonalt nivå, samtidig som den skal sikre rettsenhet. Slik stimulerer plikten økt kommunikasjon, samtidig som kunnskapen blir sendt ned til nasjonalt nivå. På samme måte som i 1687 er det et behov for å kontrollere som presser frem et behov, som igjen får virkninger for flere elementer rettskulturen.

#### **Oppgave 2:**

England og Tyskland tilhører henholdsvis common law og civil law tradisjonen. Kort forklart er viktige kjennetegn for rettskulturer common law tradisjonen at domstolene er den sentrale normprodusenten, et generelt domstolhierarki og et rettferdighetsideal som er dreid mot rimelighet. I Civil law tradisjoner er imidlertid parlamentet den sentrale normprodusenten, domstolene spesialisert og forutberegnelighet dominerende rettferdighetsideal. Dette har påvirker landenes rettskildelære, og dette skal belyses i den videre fremstillingen.

Ordet rettskildelære er i norsk teori benyttet som et synonym med metodelære<sup>3</sup>; og omfatter både hvilke kilder som er relevante og hvordan det skal argumenteres ut fra dem. I tysk teori skilles det mellom disse to begrepene, hvor «rettskildelære» kun omhandler hva som er rettskilder. I denne oppgaven kommer jeg primært til å fokusere på det sistnevnte, ettersom rettskildene gir et godt grunnlag for å vise likheter og forskjeller i den tyske og engelske rettskulturen innenfor oppgavens ramme.

Innledningsvis identifiserer jeg tre grunnleggende trekk i tysk og engelsk rettskildelære. Dette gir mulighet for å sammenligne på grunnlag av kommensurable størrelser, og gi en økt forståelse av den rettskulturen rettskildelæren tjener.

Rettskildelæren er et kjennetegn i rettskulturen, og faller innenfor kategorien juridisk metode i den rettskulturelle modellen. Modellen vil brukes avslutningsvis for å illustrere samspillet mellom rettskildelæren og idealer om rettferdighet i Tyskland og England. Disse elementene henger tett sammen, og det avgrenses dermed til disse.

## 1 Sentrale elementer i tysk og engelsk rettskildelære.

Selv om England og Tyskland tilhører forskjellige rettstradisjoner, er begge demokratiske nasjoner som bygger på rettsstatsprinsippet. Dette innebærer at all myndighetsutøvelse skal være hjemlet i rettsregler som er utøvet etter et grunnleggende likhetsprinsipp<sup>4</sup>. Denne myndighetsutøvelsen anses legitim siden den strømmes ut fra folket etter demokratiske valg.

Dette prinsippet legger føringer for rettskildelæren til begge landene, da rettsgrunnlaget ikke kan være vilkårlig. Likevel er det viktige forskjeller mellom hvordan Tyskland og England bygger opp sine rettskildelærer, og her er det valgt to kjennetegn som illustrerer forskjellen mellom common og civil law tradisjonen: Rollen til lovgiving og domstolpraksis. I tillegg skal rettsvitenskapens rolle som rettskilde behandles, da dette er særtrekk for den tyske rettskulturen.

## 2 Lovgivning som rettskilde

### *2.1 Tyskland*

Den tyske grunnloven, Grundgesetz (GG), art. 20 fastsetter at alle offentlige myndigheter må følge den konstitusjonelle orden, og er bundet av «lov og rett». Dette innebærer at domstolene er forpliktet til å følge lovgivningen og dens indre system så langt det lar seg gjøre, og at deres oppgave i all hovedsak er å anvende samt tolke lovgiving. Bestemmelsen innebærer i tillegg en begrensning for mulige tolkningsresultater, ved at domstolene ikke kan komme til et resultat som påvirker lovgiverens konstitusjonelle lovgivningskompetanse<sup>5</sup>. På denne måten sikres det at rettsanvendelsen har demokratisk legitimitet.

Årsaken til dette kan delvis begrunnes historisk. Tyskland var lenge et fraksjonert rike, uten sentrale institusjoner med evne til å skape rettsenhet. Imidlertid utviklet de tidlig et avansert rettsvitenskapsmiljø, som tok på seg oppgaven å systematisere retten som sentralmaktene ikke

---

<sup>3</sup> Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære* (4. Utg.) (1997) s. 17-18.

<sup>4</sup> Mæhle, Synne S.: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* (2004) s. 33

<sup>5</sup> Helland, Ingvill: *Introduction to German Legal Method* s. 191-192

evnet å skape. Gjennom å etablere et systematisert lovverk for hele det tyske riket, ble dette det viktigste startpunktet for å finne tysk rett, også for domstolene.

Tysklands erfaring med tyranni er en annen historisk begrunnelse: Naziregimet endret forsvinnende lite av lovgivningen – men legitimerte derimot politikken sin gjennom tolkning. Dette var en utvikling styrt av domstolene. Her kan man dermed se GG art. 20 strenge binding av domstolene til lov som en forutsetning for å ivareta rettssikkerhet, demokratisk legitimitet og forutberegnelighet i rettsanvendelsen.

## 2.2 England

Selv om England er tilhører common law tradisjonen, må ikke lovgivnings rolle underdrives. Prinsippet om parlamentarisk suverenitet gir lover forrang foran andre rettskilder, og det vedtas rundt 25-40 lover i året. Dette er likevel lite i forhold til Tyskland som vedtar rundt 500 i hver fireårsperiode – bare på føderalt nivå<sup>6</sup>. Selv om lover er en høyst tilstedeværende rettskildefaktor i engelsk rett, har den tradisjonelt hatt rolle som et supplement og korreksjon til normskapningen gjennom rettspraksis.

Igen kan bakgrunnen delvis forklares historisk. Ved sentraliseringen av de engelske domstolene på 1200-tallet fikk kongen konsolidert sin makt over retten, og oppnådde rettsenhet. Dette var en av grunnene til at det ikke var et like stort behov for lovgiving som i Tyskland, som var uten et sterkt og enhetlig domstolsystem. På samme viset fikk heller ikke rettsvitenskapen et initiativ til å foreta omfattende systematiseringer av retten gjennom lov.

Et annet moment er at England aldri har vært under et tyrannistyre, og med unntak av mindre politiske og territoriale endringer, vært en enhetlig stat siden middelalderen. Systemet med sentraliserte og normskapende domstoler har dermed aldri mistet sin legitimitet og tillitt på samme måte som i Tyskland, og nødvendiggjorde et større lovfokus.

## 3 Rettspraksis som rettskilde

### 3.1 Tyskland

Rettspraksis regnes ikke som «rett» jf. GG. Art. 20, og med enkelte unntak ikke som en rettskilde i tysk kontekst. Likevel er det ikke irrelevant for rettslig argumentasjon, og regnes som en viktig støttekilde for tolkningen av lovbestemmelser. Forskjellen fra en være en «rettskilde» er at den ikke kan være et rettslig grunnlag, altså ha normativ effekt.

Bakgrunnen for dette er at det er lovgiveren sin oppgave å skape rettsenhet og forutberegnelighet. Dette understøttes av prinsippet i GG art. 20, hvor domstolene ikke må gå over på lovgivers normskapelsesmonopol.

Videre gjør det spesialiserte domstolsystemet i fem hierarkier det vanskelig å benytte rettspraksis som en normativ faktor: Ikke bare er domstolene utenom de føderale høyesterettene på statlig, og ikke føderalt nivå; men de øverste domstolene avgjør i underkant av 20000 saker i året<sup>7</sup>. Ett såpass stort og uoversiktlig domsmateriale og en mulig splittet

---

<sup>6</sup> Koch, Søren et al (red.): *Comparing legal cultures* s. 52 og 184

<sup>7</sup> *op cit*, s. 179.

praksis mellom hierarkiene kan svekke de grunnleggende verdiene om likebehandling og forutberegnelighet om de får normativ effekt.

### 3.2 England

I England har derimot rettspraksis stor betydning som en rettskilde, og er den dominerende normprodusenten. Praksis kan tjene som rettslig grunnlag alene, og domstolene er bundet av avgjørelser avsagt av egen eller overordnet domstols praksis. Dette betegnes som *stare decisis* prinsippet. Dermed sikres likebehandling og rettsikkerhet gjennom denne formen for normskaping.

Denne muliggjøres av at England har et enhetlig og sentralisert domstolhierarki. Den øverste domstolen har generell jurisdiksjon avsa 81 saker i perioden 2015-2016<sup>8</sup>, og i motsetning til Tyskland blir det dermed mulig å benytte rettspraksis som en normerende rettskilde som ivaretar de grunnleggende rettsstatlige verdier om rettsenhet og forutberegnelighet.

Bruken av rettskildepraksis legitimeres også av normene skapt av domstolene, tradisjonelt var basert på folkets sedvaner og kutymmer. Reglene som er skapt gjennom domstolpraksis kan dermed relateres dermed fra folket. På denne måten sikres det også en form for demokratisk legitimitet.

## 4 Rettsvitenskapens betydning

### 4.1 Tyskland

Heller ikke rettsvitenskapen nyter status som en «rettskilde» i tysk forstand, men er på samme måte som rettspraksis en særlig viktig kilde som tolkningsfaktor. Spesielt regnes samstemt teori, *herrschende meinung*, som en spesielt legitimerende faktor, og kan på visse vilkår anses som få betegnelse som «rettskilde». Domstolene viser flittig til litteraturen for å legitimere sine avgjørelser, i tilsynelatende større grad enn i sammenlignbare rettskulturer.

Den historiske tilknytningen rettsvitenskapen har hatt til normskapingen er en av hovedårsakene til dette. Sivillovboken i Tyskland (BGB) er ansett som et vitenskapsarbeid, og den juridiske metodens ideal er å være mest mulig vitenskapelig i tråd med lovgivingens indre systematikk. For tyske rettsanvendere er det dermed naturlig å se til vitenskapen som har utformet systematikken loven bygger på for å finne veiledning.

### 4.2 England

Litteratur har generelt ikke en fremtredende plass i engelsk rettskildelære. Det eksiterer ikke på samme grad en *herrschende meinung*, men brukes primært som et støtteargument - dog i mindre utstrekning enn i Tyskland.

Mye av årsaken til dette ligger i at England aldri fikk en systematisert lovgiving. Dermed er det ikke rettsvitenskapen som er styrende for metoden som primært retter seg mot rettspraksis. Litteraturen har hatt ikke sett det på samme måte som sin oppgave å utvikle retten, men heller systematisere eksisterende praksis og lovgiving for å gi svar på mulige rettsspørsmål. På

---

<sup>8</sup> <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2015-16.pdf> s. 22

denne måten er det ikke like relevant å referere til praksis som en legitimerende rettskilde som i tysk rett.

## 5 Kort om vekselvirkningen mellom idealer om rettferdighet og rettskildelære i Tyskland og England

Med idealer om rettferdighet menes dominerende oppfatninger blant jurister for hva som er et rettferdig resultat i en juridisk konflikt. Dette er ingen eksakt vitenskap, og vil variere mellom ulike rettsområde og aktører – slik at fremstillingen vil bli noe overordnet.

Rettskildelæren som del av juridisk metoden operasjonaliserer rettferdighetsidealet i rettskulturen ved å peke ut hvilke argumentasjonskilder som er relevante for rettslig argumentasjon. Rettskildene velges på bakgrunn av de verdier som fremmes gjennom deres anvendelse. Lovtekst er eksempelvis en relevant rettskilde fordi det bærer hensynet til demokratisk legitimitet, men også fordi den fremmer forutberegnelighet. Ved å undersøke rettskildelæren i en rettskultur kan man dermed utlede hva som er rettskulturens idealer om rettferdighet og vice versa.

Som vi har sett i oppgaven har Tyskland et spesielt stort fokus på lovtekst rettskilde. Lovtekstene i Tyskland er bygget opp etter et system som gjør det mulig å utlede rettsregler direkte fra lovteksten, uten å trekke inn de konkrete partenes forhold. Dette gjør det mulig å skape forutberegnelige resultater. Resultatforutberegnelighet regnes da også som det dominerende rettferdighetsidealet i tysk rettskultur.

Det engelske fokuset på domstolpraksis sammen med *stare decisis* doktrinen fremmer forutberegnelighet, men i en litt annen form: Siden normer utviklet av praksis tar utgangspunkt i en konkret sak, vil dommeren alltid ha avgjørelsens virkning på partene i fokus. Normen som skapes vil dermed ha et innslag av konkret rimelighet, i motsetning til en lovgiver som skal skape regler på et abstrakt plan med mål om en *generelt* rimelig regel. Av dette kan det utledes at i engelsk rett er både forutberegnelighet og rimelighet viktige idealer om rettferdighet.

## 6 Avsluttende refleksjoner

Rettskildelæren i Tyskland og England har sentrale ulikheter, som forklarer noe av forskjellen mellom bakgrunnen som civil og common law tradisjon. Likevel fremmes de samme verdiene om rettsikkerhet og likebehandling, men det gjøres på ulik måte. Dette har sammenheng med deres idealer om rettferdighet, som er i en vekselvirkning med rettskildelæren.

### **Oppgave 3:**

Forutberegnelighet sikrer mot vilkårlighet, og er en grunnleggende verdi i en rettstat. Dette er et ideal som gjennomsyrrer det moderne samfunnet, og stiller krav til retten og rettanvendelsen. Imidlertid kan kravet til forutberegnelighet nyanseres, og har ikke samme betydning i alle rettskulturer. Her skal det redegjøres disse forskjellene, og hvordan dette hensynet kan fremmes

Denne oppgaven skal først vurdere hvordan Erik Monsen oppfatter det norske rettferdighetsidealet, før jeg ser om dette samsvarer med det rettferdighetsidealet som en kan

utlede fra metodelæren. Etter dette skal jeg peke på sentrale grunner som begrunner fremveksten av det norske rettferdighetsidealet slik det fremstår i dag.

For å kunne forstå at Norge benytter en særegen form for forutberegnelighet, må en se hva andre rettskulturer legger i den samme verdien. Mot slutten vil dermed Tyskland og England sine oppfatninger av forutberegnelighet kunne belyse særegenheter i vår og deres egen oppfatning av dette som rettferdighetsideal. Elementer fra den rettskulturelle modellen vil trekkes frem her, spesielt juridisk metode ettersom det er denne som operasjonaliserer rettferdighetsidealet en rettskultur.

## 1 Rettferdighetsidealet i Norge

### *1.1 Erik Monsen sin oppfatning sett i lys av metodelæren*

Sammen med konfliktløsning er rettferdighetsideal det mest sentrale elementet i en rettskultur: Det grunnleggende kravet til retter er at den løser konflikter, men disse løses etter samfunnets rådende ideal om hva som er rettferdig, vil den bli ansett som legitim.

Det er i dette lyset en må se uttalelsen til Erik Monsen, ettersom den relaterer seg til hva juridiske *avgjørelser* legitimeres av. I stor grad er det nettopp rettferdighetsidealet ved siden av demokratisk legitimitet som legitimerer konfliktløsning i en rettsstat.

Monsens utbrodering av legitimeringsfaktorer kan sies å omhandle to grunnleggende verdier. Likebehandlingshensyn, rettsenhet og hensyn til alminnelige rettsoppfatninger er viktige verdier, men er i realiteten en nyansering av hensynet til forutberegnelighet. Ved å peke på rimelighet nyanser han imidlertid forutberegneligheten i retning av konkret rimelighet. Han synes dermed å legge til grunn et rettferdighetsideal som er en kombinasjon av forutberegnelighet og rimelighet.

Dette synet stemmer også i noen grad overens med den norske metodelæren som operasjonaliserer rettferdighetsidealet: Et viktig kjennetegn med denne er at den legitimerer en rekke rettskildedefaktorer deriblant rimelighet i form av reelle hensyn, som skal veies mot hverandre. På denne måten fremmes både forutberegnelighet og rimelighet i rettsanvendelsen

Men det må understrekes at metodelæren levner stor vekt til lovtekst, forarbeider og rettspraksis som alle er faktorer som fremmer forutberegnelighet. Spesielt lovtekst anses som tungtveiende ved å fremme demokratisk legitimitet, og reelle hensyn vil primært fungere som korrektiv for å unngå urimelige resultater. Forutberegnelighet er dermed et dominerende rettferdighetsideal i norsk rett, men kan nyanseres ved å trekke inn rimelighet.

Monsen kan med dette isolerte utsagnet kritiseres for å ikke fremheve at forutberegnelighet er det sentrale rimelighetsidealet i norsk rett, og at rimelighetens rolle er mer sekundær. Likevel har rimelighet en betydning i praksis, og kan illustreres ved at Høyesterett åpent henviste til reelle hensyn i 12% av sivile saker i perioden 1996-2012<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Koch, Søren & Sunde, Jørn Ø: *Draft version of Introduction to norwegian legal culture* s. 16.

## 1.2 Sentrale grunner til fremveksten av dagen norske rettferdighetsideal

De første spirene av forutberegnelighet som rettferdighetsideal kom med endringene nevnt i oppgave 1. Et stringent domstolhierarki med flittig kontakt og profesjonalisering gav et domstolsystem som fremmet forutberegnelighet gjennom en prejudikatslære. Samtidig kom trykkekunsten, og lovgivingen kunne for første gang trykkes i et stort antall identiske eksemplarer. Loven ble tilgjengeliggjort for alle rettslige aktører og samfunnet generelt, og gav grunnlaget til en forventning om forutberegnelighet.

Dette utviklet seg imidlertid ikke til en streng ordlydsforutberegnelighet. Selv om NL og senere lovgiving var omfattende, var den ikke tilstrekkelig for å regulere alle tenkelige konflikter. Resultatet ble innføringen rekke enkeltstående tilleggslover, og at domstolene måtte begynne å benytte en rekke andre kilder for å sameiene og konstruere rettslig grunnlag. Domstolene fikk dermed rollen til å systematisere retten, og ble en leverandør av forutberegnelighet sammen med lovtekst. Som påpekt i oppgave to, gir dette naturlig en dreining mot rimelighet.

Frem til midten av 1950-tallet var ikke dette satt i et metodisk rammeverk, men dette ble endret med Torstein Eckhoff. Han utviklet en rettskildelære bestående av 7 rettskildedefaktorer, og var rettsrealistisk da den baserte seg på Høyesterett sin argumentasjon. Fokuset var dermed på hvordan retten ble brukt i praksis. En av disse rettskildedefaktorene var reelle hensyn, som blant annet omfatter rimelighetsbetraktninger. Rettskildedefaktorene var ikke ordnet i et hierarki, og måtte veies mot hverandre for å komme frem til den endelige rettsregelen – deriblant rimelighet. Slik maktet Eckhoff å sette ord på og virksomheten i domstolene som hadde pågått i lang tid, og sette det i et metodisk rammeverk.

Denne synet ble toneangivende for norsk metodelære, og baserte seg nettopp på en sammensatt vurdering av ulike argumenter som fremmet ulike varianter av forutberegnelighet og rimelighet. Denne metoden var basert på praksis, som over lang tid hadde anvendt en slik metode på bakgrunn av det fragmenterte landskapet. Da det er juridisk metode som operasjonaliserer rettferdighetsidealet, og ved at denne fokuserte både på faktorer som fremmet forutberegnelighet som lov og rettspraksis sammen med rimelighet, utviklet rettferdighetsidealet seg til forutberegnelighet nyansert mot rimelighet.

## 2 Forutberegnelighet i Norge, Tyskland og England

### 2.1 Monsen sin forutberegnelighetstanke mot den tyske og engelske

Monsens referanse til rimelighetshensyn forutsetter en konkret vurdering av den enkelte sak, og det kan da utledes at han ikke sikter til resultatforutberegnelighet. Et slikt forutberegnelighetsideal krever en løsrivelse fra sakens konkrete parter, og hans syn på forutberegnelighet må dermed være noe annet: Ved å peke på flere faktorer som *sammen* legitimerer avgjørelsen, kan det ut som han sikter til en forutberegnelig metodisk fremgangsmåte.

Mot slutten i oppgave 2 pekte jeg på idealer om rettferdighet i Tyskland og England. Der viste jeg at forutberegnelighet i Tyskland sikter mot streng resultatforutberegnelighet, mens i England er den trukket mer i retning av rimelighet. På samme måte som i Norge, er dette resultat av historiske forutsetninger og metodiske utviklinger.

Dette illustrerer at selv om en rettsstat har et visst krav om forutberegnelighet, er det nyanser i hva den enkelte rettskultur legger forutberegnelighet og i hvilken grad den gjør seg gjeldende. Dette må has i mente når det forklares hvordan hver av disse rettskulturene fremmer *sin* tolkning av forutberegnelighet.

## *2.2 Ivaretagelse av forutberegnelighet i Tyskland, England og Norge.*

Som nevnt innledningsvis er det den juridiske metoden som operasjonaliserer rettferdighetsidealet en rettskultur. Dermed er det nødvendig å se på metoden i disse tre rettskulturene, for å undersøke hvordan deres versjon av forutberegnelighet fremmes i størst mulig grad. Her behandles rettskildelære også som en del av metodelæren.

Den juridiske metoden i tysk rettskultur er strengt deduktiv, og tilpasset lovverket som er innordnet med indre systematikk. Målet er at ved å følge metoden skal alle rettsanvendere komme frem til ett logisk resultat, og dette sikrer resultatforutberegnelighet. Den indre systematikken regnes også som en del av «rett» jf. GG art. 20, og domstolene er dermed også bundet til denne om de står ovenfor et spørsmål som ikke er regulert i lov. På denne måten er det ideelt mulig å opprettholde ideen om ett resultat, selv der lovgivingen ikke gir et svar.

For England sin del, sikres forutberegneligheten av den strenge *stare decisis* doktrinen og lovgiving kombinert med prinsippet om parlamentarisk suverenitet. Der de metodiske prinsippene tilsier at praksis eller lov må følges, er domstolene bundet uavhengig av utfallets rimelighet. Forutberegneligheten er dermed den verdien som vil fremmes aktivt, er dreid mot rimelighet på bakgrunn av normskapelsesprosessen.

Norge skiller seg fra de to landene over: I motsetning til Tyskland og England er det ingen regel som binder rettsanvenderen til et bestemt resultat, det er tvert imot forutsatt at det eksisterer et legitimitetsintervall i juridisk argumentasjon som kan gi grunnlag *flere* legitime resultater<sup>10</sup>. Det som likevel anses bindende er prinsippene utledet av metodelæren, da argumentasjon utenfor disse ikke anses som legitim. På denne måten fremmes Monsens syn på forutberegnelighet ikke ved en formell binding til enkelte rettskilder som i Tyskland og England, men ved den uformelle bindingen i den intersubjektive metodelæren.

## 3 Slutning: Den skjøre norske forutberegneligheten

Rettferdighetsidealet i Norge knytter seg til forutberegnelighet, men er justert ved å benytte rimelighet som en rettskilde. Utviklingen har gått i denne retningen av historiske årsaker, hvor den fragmenterte rettskildebildet nødvendiggjorde en rettskilde som bygget på mer enn lov alene.

Det er en annen historisk utvikling i England og Tyskland som begrunner deres tanke om forutberegnelighet, men sammenligningen over avdekker skjørheten i det norske forutberegnelighetsidealet: Den norske metodelæren er selv pragmatisk, og legitimerer flere ulike fremgangsmåter. Bindingen er også svak sammenlignet med Tyskland og England – den er kun basert på intersubjektive normer. Det er ved altså ved å se til bindingene i tysk og engelsk at vår sårbarheten blir synlig. Dette viser at komparasjon med fremmede rettskulturer er nødvendig for å forstå sin egen, og dens mulige svakheter.

---

<sup>10</sup> Mæhle, Synne S: *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?*, Jussens Venner 2004, pkt. 3 og 4.