

(1)**1. lagmannen - Fra kunnskapsformidler til kongens viktigste embetsmann**

I denne oppgaven skal jeg gi et helhetlig bilde av *lagmannen* og hans betydning for norsk rettskultur. Dette fortjener lagmannen fordi hans rolle i perioden 900-1600 gir kunnskap om dagens norske rettssystem, samt at lagmannen bidro til store rettskulturelle endringer i samtiden.

Med begrepet *rettskultur* menes for øvrig de ideer og forventninger til retten som er operasjonalisert gjennom institusjonslignende praksis¹. Når jeg i det følgende skal analysere lagmannens rolle i perioden 900-1600, blir definisjonen anvendbar fordi lagmannen fikk betydning både for utvikling av konfliktløsningsmekanismer (Institusjonelle strukturer) som bidro til økt profesjonalisering samt endring av rettferdighetsidealet og juridisk metode, (intellektuelle strukturer). Følgelig avgrenses oppgaven til disse aspektene.

I hoveddelen vil jeg anvende den *rettskulturelle modellen* som analyseverktøy. Modellen er egnet til å identifisere og analysere en rettskultur over en gitt tidsperiode fordi den viser en indre koherens mellom rettens institusjonelle og intellektuelle strukturer. Samtidig vil jeg underveis ta utgangspunkt i artikkelen for at temaet skal bli håndterbart innenfor ordgrensen.

Min påstand er at lagmannens rolle var et resultat av et *konkret behov i samfunnet*, samtidig som *jurisdiksjonskamp* mellom kirke- og kongsmakten bidro til at lagmannen utviklet seg fra en rettsmedhjelper til enedommer som fikk stor betydning for den norske rettskulturen.

2. Konfliktløsning**2.1 Formidler av praksis**

I artikkelen skrives det at ordningen med lagmann «kan føres tilbake til vikingtiden» og at lagmannen var «en lovkyndig mann». Lagmannens opprinnelse kan ikke nøyaktig stadfestes. Det man vet er at lagmannen opererte på Gula- og Frostating, som var regionale ting, på 900-tallet. Dessuten finnes det skriftlige kilder som tilsier at lagmannen opererte i Irland på 700-tallet. Følgelig har lagmannsvervet lange rettshistoriske røtter.

Videre var lagmannen ingen *lovkyndig mann* etter vår forståelse av termen *lov*. Dette fordi lagmannens opprinnelige funksjon var en form for rettsmedhjelper, og siden konfliktløsning tok utgangspunkt i saksfakta, så bistod lagmannen de ulike tingene i konfliktløsningsprosessen. Når det heller ikke fantes felles lovregler for hele riket før midten av 1200-tallet er det ikke korrekt å bruke termen *lovkyndig*.

Dernest står det at lagmannen «bistod domstolen på lagtinget med sine kunnskaper». For det første fantes det ingen *domstol* slik vi definerer begrepet i dag. Frem til 1200-tallet var lagting, som Gula- og Frostating, de første faste konfliktløsningsorganer. I tillegg valgte partene selv om man ville løse konflikten med tingets mellomværende. I et statsløst samfunn uten faste konfliktløsningsmekanismer var det derfor vanskelig å skape rettsenhet og fredelig konfliktløsning.

Videre var lagmannen *ingen utdannet juridisk person*. Han var en person med god hukommelse og som hadde respekt lokalt. Derfor fikk lagmannen en funksjon i rettsprosessen. Dette skjedde da tinget gikk over fra å benytte folkeforsamling til utvalgte enedommere i hver sak, noe som bidro til et behov for en hjelpemann siden rettspraksis var den viktigste rettskilden.

¹ «Champagne at the funeral», Sunde, s. 20

Lagmannen opererte heller ikke bare på *lagtinget*. Lagmannen hadde også en funksjon i andre provisoriske ting. Men lagtinget var likevel det *mest innflytelsesrike* siden det hadde det største geografiske jurisdiksjonsområdet med faste domsmenn.

Lagmannen sin opprinnelige funksjon kom derfor som følge av et *konkret behov* for å huske tidligere praksis. Dette hadde sammenheng med at det frem til høymiddelalder ikke var allmenn skriftkunnskap, løse statsstrukturer samt at tvister ble løst etter saksfakta og likevektsprinsippet.

2.2 Kongens viktigste tjenestemann

I artikkelen står det at lagmannen utviklet seg «til å bli en kongelig embetsdommer i høymiddelalderen». Lagmannen utviklet ikke seg selv, men utviklingen var en konsekvens av at kongen ønsket større påvirkning på retten for å kunne drive *effektiv politikk*. Det var derfor jurisdiksjonskampen mellom kirke- og kongsmakten utover 1200-tallet, som aksellererte lagmannens rolle.

Samtidig var det, etter at borgerkrigene tok slutt på 1100-tallet, et behov for *fredelig sameksistens*. Kongen kunne tilby dette, men krevde at dennes lover skulle følges. Siden det presumtivt var mange å hevne etter borgekrigene, ble det naturlig at kongen fikk være premissleverandør med lagmannens som sin viktigste tjenestemann. Spørsmålet er imidlertid hvordan lagmannen gikk fra en formidler av rettspraksis til å få direkte påvirkning på konfliktløsningen gjennom 1200-tallet.

Det står at lagmannen «synes å ha vært avsluttet i løpet av 1200-tallet, trolig alt før 1250». Dette er feil. Lagmannens funksjon fortsatte å utvikle seg i høymiddelalderen, og allerede fra slutten av 1100-tallet hadde lagmannen fått så stor erfaring at han ble en form for *voldsgiftdommer* på lagtinget.

Ordningen ble formelt stadfestet i kong Håkon Håkonssons lov av 1260. Loven innførte «*lagstemne*», hvor alle tvister skulle inn for lagmannens avgjørelse dersom en av partene krevde det. Lagtingets meddomsmenn ble deretter bundet av avgjørelsen, noe som la grunnlaget for en *kompetansefordeling* mellom lagmann og tinget.

Lagmannen gikk dermed fra å være rettsmedhjelper til rettsavgjører med bindende virkning for lagtinget. Selv om lagstemne formelt var på samme hierarknivå som lokale by- og bygdetinget, ble lagstemne en form for voldsgiftsrett. Samtidig *rettsliggjorde* ordningen konflikttypene i samfunnet. Det at partene mistet mer kontrollen over rettsprosessen utløste samtidig et behov for *nye kontrollmekanismer* som kunne sikre rettferdige avgjørelser.

2.3 Lagmannen som enedommer

Lagabøtes Landslov av 1274 fikk betydning både for jurisdiksjonskampen mellom kirken og kongen, men også fordi lovreglene viser at man gikk bort fra likevektsprinsippet til det rimelige som dominerende rettferdighetsideal. I tillegg skulle landsloven få stor betydning for formaliseringen av lagmannens rolle, noe som illustrerer den *voksende kongsmakten* på det tidspunktet, siden man kan styre rettsutviklingen hurtigere ved lov enn rettspraksis.

Lovboken innførte også en *instansrekkefølge*, noe som innebar at by- eller bygdeting dømte i førsteinstans, lagtinget i andreinstans og kongen i sisteinstans. Men instansrekkefølgen betydde ikke at alle saker måtte inn for førsteinstans. Dette medførte at *saksmengden* for lagmannen økte, noe som gjorde at hensynet til effektive rettsprosesser ikke kunne etterleves. Følgelig oppstod det et *nytt behov* for restansreduksjon.

Som følge av dette vedtok kongen i 1280 *tilleggslov* som formelt innførte ordningen med *kompetanseinndeling* hvor det rettslige spørsmålet alltid skulle løses av lagmannen, mens selve bevisvurderingen var overlatt til by- eller bygdetinget. Det paradoksale var at selv om lagmannen

bidro til økt grad av profesjonalisering etter 1260, førte kompetanseinndelingen reelt til en deprofesjonalisering, noe som også la grunnlaget for juryordningen vi har i dag.

Videre medførte kompetanseinndelingen at lagmannen reiste rundt i Norge og avgjorde det rettslige spørsmålet på ulike ting. Dette førte til effektive rettsprosesser samt at lekdommerne på lagtinget lærte gjennom å bivåne lagmannens rettsbelæring. På den måten økte den *juridiske kompetansen* vertikalt og horisontalt. Hvorvidt ordningen var et resultat av resipsjon, hvor man inntar rett fra utlandet, vet man ikke sikkert.

Lagmannen som *omreisende dommer* kan sammenlignes med «circuit judges» i det engelske common law-systemet. På samme måte som i engelsk rett bidro lagmannen til at juridisk kunnskap kunne flyttes rundt i riket. Men i motsetning til engelsk rett hadde lagmannen landsloven som regulativ, slik at norsk rett utviklet seg ikke i like stor grad gjennom rettspraksis som i England.

Etter svartedauen i 1350 og frem til reformasjonen i 1537 fikk Norge en restansperiode og fremveksten av sentralisert statsmakt gikk tilbake. Hva som hadde skjedd dersom svartedauen ikke hadde inntruffet er usikkert, men det er ikke utenkelig at lagmannen kunne fått en enda sterkere rolle som kongens tjenestemann. Siden kompetanseinndelingen mest sannsynlig var hentet fra engelsk rett, er det ikke en fremmed tanke at *stare decisis prinsippet* også kunne blitt innført. I så fall hadde vi hatt en ordning der lagmannsdommene i dag hadde fått bindende virkning for tingretten.

Videre må det nevnes at i 1590 ble *instansordningen* innført, noe som gjorde at alle saker skulle opp for førsteinstans før den kunne appelleres til andreinstans. Siktemålet var at lagmannen skulle få et *bedre grunnlag* for å vurdere de rettslige spørsmål. Årsaken var at det var få som fulgte landslovens system i praksis. Følgelig fikk domstolen en *aktivitetsplikt*. Problemet var at det fantes få lærde menn på by- og bygdinget, noe som bidro til lite rettsenhet og vilkårlighet i rettsprosessen.

Som følge av problemene i praksis ble derfor *sorenskriveren* innført i 1591. Dette var en viktig rettsikkerhetsgaranti som gjorde at lagmannen fikk et enda bedre avgjørelsesgrunnlag siden det var en svoren skriver som holdt kontroll på dokumentene i enhver sak. Følgelig la instansordningen og sorenskriverembetet grunnlaget for mer stringente domstolsstrukturer og kommunikasjonsflyt fremover.

3. Fremveksten av faste konfliktløsningsstrukturer

Lagmannen gikk på under 100 år fra å være en rettsmedhjelper til å bli enedommer. Lagmannen bidro bla. til en økt profesjonalisering og juridisk kunnskap i konfliktløsningsorganene. I tillegg kunne lagmannen, gjennom sin erfaring som kunnskapsformidler, håndtere landslovens lovtomme rom samt anvende differansiering som juridisk metode gjennom sin praksiserfaring.

Lagmannsvervet illustrerer også sammenhengen i den rettskulturelle modellen. Økt profesjonalisering og en utvikling fra analogi til differansiering som metode, hang sammen med utvikling av mer stringente strukturer for normskapning og konfliktløsning.

Imidlertid er det tvilsomt om lagmannens utvikling hadde fått så stor betydning for norsk rettskultur dersom det ikke hadde foregått en *jurisdiksjonskamp* mellom kirke- og kongsmakten. I tillegg illustrerer lagmannens funksjon at det selv i høymellomalderen foregikk en *grad av internasjonalisering*. Lagmannsvervet har derfor en helt sentral plass i norsk retts historie og viser bla. hvorfor norsk rettskultur har trekk til common law.

(2)

1. Common law – «times are changing»

Her skal jeg drøfte hvilke utfordringer den engelske retten står overfor som følge av internasjonaliseringen de siste tiårene. Med uttrykket *internasjonalisering av retten* menes regler, prinsipper og verdier fra utenlandske rettskilder som påvirker hvordan normer skapes og håndheves nasjonalt. Følgelig legges det til grunn et vidt uttrykk.

Engelsk rett er en del av *common law* tradisjonen. Common law innebærer «legal rules created by and through the courts»², noe som påvirker engelsk rettskultur³. Dette til forskjell fra *civil law* hvor normer produseres gjennom lovgivning og hvor domstolen er bundet av lovtekst. Tyskland og Frankrike faller inn under sistnevnte tradisjon. Norge har *innslag av begge tradisjoner* og kommer derfor reelt sett i en mellomposisjon.

Når jeg skal drøfte hvilke utfordringer den engelske retten står overfor knyttet til internasjonalisering vil jeg ta utgangspunkt i den rettskulturelle modellens ulike elementer, jf. oppgave 1. Dette fordi analyse av den institusjonelle delen av engelsk rettskultur identifiserer spenningsforholdene mellom konfliktløsning og normproduksjon i engelsk rett. Interne forhold får også betydning for internasjonal retts påvirkning på de intellektuelle strukturene.

Av den grunn vil oppgaven hovedsakelig dreie seg om *relasjonen mellom konfliktløsning og normproduksjon*, hvor jeg derunder vil komparere aktivt mot Tyskland, Frankrike og Norge. For de intellektuelle strukturene i engelsk rett avgrenses det mot en sammenligning av øvrige lands rettskultur. Dette for å konsentrere meg om påvirkningskraften internasjonal rett har på relasjonen mellom konfliktløsning og normproduksjon nasjonalt og komparativt, siden dette er oppgavens *kjernetema*.

2. Common law

2.1 En indre relasjon mellom konfliktløsning og normproduksjon

Det vil alltid være en viss relasjon mellom konfliktløsning og normproduksjon. Lovgiver kan aldri regulere alle typetilfeller gjennom skrevne normer. Samtidig som rettspraksis aldri kan oppfylle behovet rettssubjektene har for å forutberegne sin rettsstilling. Dette gjelder særlig for engelsk rett fordi normer i stor grad skapes gjennom *konkret rettspraksis*.

Siden domstolen skaper og håndhever normer i engelsk rett, gjelder det et *stare decisis prinsipp*, noe som innebærer at lavere rangerte instanser er bundet av overinstansens avgjørelser. Samtidig er det etablert en *prejudikatslære* hvor domstolen kan bruke rettspraksis på nye typetilfeller. Problemet med slik normproduksjon er at det har en *retrospektiv effekt*⁴, noe som gjør den lite fremadrettet mot nye konflikttyper. I så måte er prejudikatslæren *lite tilpasset* den mer formålsrettede og virkningsorienterte EU-og EMD domstolen.

Samtidig vedtar parlamentet en stor del lovvedtak i året. Det blir derfor feil å si at rettspraksis er den eneste normprodusent. Dette har sammenheng med *jurisdiksjonskampen* mellom kongen og adelen i høymellomalderen, og at det idag gjelder et grunnleggende prinsipp om «parlamentarisk suverenitet» i engelsk rett⁵. Med dette som bakteppe blir spørsmålet om påvirkningen av internasjonal rett de senere tiår forskyver maktbalansen mellom parlamentet og domstolen, og hvis ja, hvilke utfordringer dette får sammenlignet med andre rettskulturer og for engelsk retts intellektuelle strukturer.

² A Legal Culture «Take» on the Legal system of England & Wales», Franklin, s. 110

³ Sunde s. 20

⁴ Franklin s. 112

⁵ Ibid s. 109

2.2 «two against one»

Som følge av medlemskapet i EU blir det viktig for for nasjonalstaten og EU-fellesskapet at det finnes *kontrollmekanismer* lokalt som sikrer fellesskapets regler gjennomslag nasjonalt. Dette får betydning for maktbalansen mellom parlamentet og domstolen i England fordi domstolen er bedre egnet for en slik kontroll siden den er *politisk uavhengig*.

Før 2009 var både implementerings- og kontrollkompetansen samlet hos parlamentet. Av hensyn til EU-fellesskapet og rettssubjektene nasjonalt, var dette ingen optimal løsning. Dette ble endret i 2009 ved at Supreme Court ble opprettet og formelt adskilt fra parlamentet. Spørsmålet er imidlertid om endringen har ført til en *forskyvning av maktbalansen* som følge av internasjonal påvirkning.

Hvorvidt opprettelsen av Supreme court kom som en følge av økt internasjonalisering kan man bare spekulere i, men siden engelsk rett ikke har en skreven konstitusjon som angir klare kompetanseregler, kombinert med en økende implementering av EU-rettsakter, er det nærliggende å tro at det oppstod et *presserende behov* for kontrollmekanismer.

Samtidig er det ikke fritt frem for Supreme Court. Den er fortsatt bundet av *vedtatte* lovregler fra parlamentet, men domstolen kan nekte å sanksjonere lovregler når disse vedtas. På den måten oppnås *de facto* samme virkning som tilsidesettelse⁶. Imidlertid hviler kompetansen på et alminnelig lovvedtak, noe som gjør at regelen kan bortfalle ved alminnelig lovvedtak. Dette er viktig for parlamentet i en tid med økt grad av internasjonalisering.

Internasjonal påvirkning fører derfor ikke bare til en jurisdiksjonskamp innad mellom parlament og domstolen, slik man så på 1200-tallet med writssystemet⁷, men også en jurisdiksjonskamp utad mellom nasjonalstaten og de internasjonale organene. Spørsmålet er om maktforskyvning innad kan føre til tilsidesettelse av prinsippet om parlamentarisk suverenitet.

Prinsippet om parlamentarisk suverenitet er ikke konstitusjonelt forankret, og har fått sitt kompetansegrunnlag gjennom common law systemet. Det er derfor ingenting i veien for at det samme common law systemet modifierer prinsippet som følge av internasjonal påvirkning.

Av politiske årsaker er det imidlertid tvilsomt om en slik endring er nært forestående. Samtidig er det en interessant tanke, som ville *forskyvet maktbalansen* ytterligere. I så fall kunne man opplevd at internasjonale rett indirekte tok normproduksjonskompetanse fra det engelske parlamentet gjennom å påvirke maktbalansen nasjonalt.

Konklusjonen er at maktbalansen mellom parlament og domstol er i endring som følge av internasjonal påvirkning. I det følgende skal det drøftes om de samme grunnleggende kompetanseutfordringer gjelder for tysk, fransk og norsk rett.

2.2 Civil law

Begge land behandles her, men rettssystemene er ikke like. Det tyske rettssystemet er i motsetning til England, ikke utviklet organisk med en tidlig sentralisert kongsadministrasjon. Tyskland er en *føderal stat* som var en del av tysk-romerske riket i mellomalderen, noe som gjorde det vanskelig å skape rettsenhet gjennom omreisende dommere.

Etter tysk rett er det strengt fokus på *systemtenkning* med en høyt utviklet rettsvitenskap. Dette medfører et *formelt skille* mellom lovgivende og dømmende makt. Tyskland har aldri hatt tradisjon

⁶ Ibid, s. 109

⁷ Ibid, s. 93

for at domstolen skal produsere bindende normer, men på samme måte som engelsk rett er rettspraksis gitt såkalt «persuasive authority». Rettspraksis spiller derfor en reell rolle som argumentkilde, uten den samme prejudikatslæren som i engelsk rett.

Samtidig har man i Tyskland en egen *føderal konstitusjonsdomstol* som avgjør med bindende virkning konstitusjonelle spørsmål. Derfor vil ikke den samme spenningen mellom domstol og lovgiver, som man opplever i England, bli en problemstilling Tyskland. I tillegg har Tyskland et komplekst og spesialisert rettssystem som ikke gir gode rammevilkår for prejudikatslæren.

Utfordringene til tysk rett er derfor av en *annen karakter* enn den engelske. Hovedutfordringen er tysk retts fokus på systemtenkning gjør den lite tilpasningsdyktig når internasjonal rett skal innpasses i systemet. I såfall blir utfordringen av mindre grunnleggende art, som f.eks. at EU-domstolen innfortolker nye rettigheter i et direktiv.

I Frankrike er det, som i tysk rett og i motsetning til engelsk rett, et formelt skille mellom normproduksjon og konfliktløsning. Men i likhet med England foregikk det en jurisdiksjonskamp mellom parlament og kongen frem mot den franske revolusjon. Imidlertid kom domstolen i diskreditt noe som, sammen med de revolusjonerende tanker på 1700-tallet, bidro til at lovgivning fra parlamentet står sterkt i fransk rett.

Dette gir seg utslag både for franske domstolars rettsanvendelse, ved at dommer publiseres med bare en setning, men også gjennom prinsippet om *dommerens uavhengige stilling*. På samme måte som i tysk rett har man ingen prejudikatslære, med tidligere rettspraksis har en argumentativ vekt.

Men selv om rettspraksis ikke er en formell rettskilde etter den franske konstitusjon, kan man, som nevnt innledningsvis, aldri regulere alle typetilfeller på forhånd. Rettspraksis i Frankrike får indirekte betydning gjennom identifikasjon av generelle prinsipper som senere blir nedskrevet. I tillegg er det et eget forvaltningsdomstolshierarki hvor dens regler er utviklet gjennom rettspraksis.

Videre er det i likhet med Tyskland, men i motsetning til England, en egen konstitusjonsdomstol som vurderer hvorvidt lovgivning er i tråd med konstitusjonen. Domstolen har de senere årene startet å prøve lovregler opp mot konsitusjonen. Siden konstitusjonen til Frankrike inneholder et eget kapittel om EU-retten, så har internasjonaliseringen bidratt til forskyvning av maktbalansen.

Det kan konkluderes med at civil law tradisjonen ikke får den samme kompetanseproblematikk som common law. Imidlertid viser senere tids praksis fra konstitusjonsdomstolen i Frankrike en økt prøvingsvillighet. Dette er et tegn på at skillet internt i fransk rett mellom lovgiver og domstol er i endring. Hvorvidt slike endringer også blir en realitet i Tyskland er tvilsomt som følge av deres systemtenkning og komplekse domsstolsstruktur.

2.3 Hybriden

Høyesterett er i likhet med tysk og fransk rett, men i motsetning til engelsk rett, gitt konstitusjonell kompetanse til å prøve *lovers grunnlovsmessighet etter lovvedtak*. En viktig nyanse til tysk og fransk rett er at vi ikke har en egen konstitusjonsdomstol, noe som gjør at alle domstolsinstanser prinsipielt sett kan tilsidesette en lov som grunnlovsstridig.

Og i motsetning til fransk og tysk rett, men i likhet med engelsk rett, finnes det en prejudikatslære. Men i motsetning til engelsk rett er den norske prejudikatslæren ikke like utviklet, noe som bidrar til mindre klarhet og rettsenhet i rettsanvendelsen⁸.

⁸ «Individuelle valg og vurderinger», Tande, 2011

I tillegg er prøvingskompetansen videre enn engelsk rett siden det ikke har betydning hvorvidt lovvedtaket er formelt vedtatt. Det eksisterer således ikke et prinsipp om parlamentarisk suverenitet. Dette viser at selv om demokratihensynet til Stortinget står sterkt ideologisk i norsk rett, så er domstolen på alle instansnivåer gitt anledning til å tilsidesette et lovvedtak som strider mot internasjonale forpliktelser.

Dette medfører at den norske konstitusjon gjør at maktbalansen internt forskyves slik at normproduksjonen reelt sett flyttes ut av Norge. I så fall får man den samme grunnleggende endringen av fundamentale verdier som i engelsk rett. På den ene side er dette positivt siden norsk rett hurtig kan følge utviklingen internasjonalt.

På den annen side bidrar denne pragmatiske holdningen til at maktfordelingsprinsippet i enda større grad blir *utvasket*. De konstitusjonelle rammene blir mindre klare, samtidig som jurisdiksjonskompetansen reelt sett flyttes til EU/EØS- og EMD-domstolen, som ikke har den samme demokratiske forankring.

Utfordringen til Norge kontra engelsk rett blir at demokratihensynet ikke står like sterkt som det parlamentariske prinsipp. Dette gjør at maktbalansen i større grad blir forskyvet internt, noe som fører til at norsk rett i større grad blir påvirket av internasjonal rett. Kombinert med at norsk rett har en pragmatisk metodelære, blir vi i større grad prisgitt internasjonale organer.

3. «What to expect in the future»?

Det er vanskelig å forutse hvilke utfordringer engelsk rett får som følge av *forskyvning av maktbalansen* nasjonalt. Spørsmålet er om forskyvningen også får konsekvenser for de intellektuelle strukturene.

Det *absolutte skillet* mellom parlamentsvedtak og rettspraksis kan viskes bort fordi domstolen følger seg mindre bundet som følge av økt prøvingskompetanse. Dette kan føre til økt rimelighet på bekostning av forutberegnelighet. Imidlertid står den *kasuistiske lovtradisjonen* sterkt i engelsk rett, noe som gjør det vanskeligere å innskrenke/utvide lovregelen som følge av rimelighetsbetrakninger.

Samtidig er det tvilsomt om forskyvningen internt vil føre til en endring mot den resultatorienterte deduktive metode som internasjonale domstoler baserer seg på. Selv om internasjonal rett ikke skiller mellom *ratio decidendi* og *obiter dictum*, så er engelske jurister så skolerte i differansiering at dette ikke vil føre til store endringer.

Skulle det bli en endring mot begrepsorientert rettsanvendelse måtte utdanningen i så fall endres. Siden utdanningsinstitusjonene for «solicitors» og «barristers» står sterkt som *monopolister* er det tvilsomt om utdanningen vil endre seg på kort tid.

Hvilke endringer av engelsk rett står overfor som følge av internasjonalisering er uvisst, men endring av grunnleggende maktforhold kan være det første steget i utviklingen av de intellektuelle prosessene i engelsk rett, noe som samsvarer med den rettskulturelle modellens system.

(3)

1. «Transnasjonalismen»

Her skal jeg analysere konsekvensene av at Høyesterett, som i *Rt. 2015 s. 1388*, anvender både argumenter fra internasjonale konfliktløsningsorganer og fra andre lands Høyesterett. Temaet er relevant fordi bevissthet om hvorfor Høyesterett anvender transnasjonale rettskilder kan vise om man er på vei inn i ny *rettskulturell epoke*.

Innfallsvinkelen blir å identifisere årsakene til hvorfor Høyesterett bruker transnasjonale rettskilder i rettspleien. Med dette skal jeg trekke paralleller til ulike rettskulturelle epoker samt komparere med andre rettskulturer for å undersøke om vi faktisk er på vei inn i en ny rettskulturell epoke. Dette vil gi forståelse for vår egen rettskultur samt hvilke rettskulturelle problemstillinger vi står overfor i dag.

Jeg vil ikke direkte ta utgangspunkt i dommen under hvert punkt. Dette fordi jeg vil bruke ordgrensen til diskutere konsekvensen av at Høyesterett bruker transnasjonale rettskilder. I hoveddelen vil jeg skille mellom bruk av rettskilder fra internasjonale organer og andre lands høyesterett.

2. Transnasjonale domstoler

2.1 «Den moderne jurisdiksjonskamp»

Rettshistorisk har *jurisdiksjonskamp* mellom statsorganer vært synonymt med fundamentale endringer i rettskulturen. Dette så man i høymellomalderen da kongsmakten tok jurisdiksjon fra kirken og modellerte kirkens konfliktløsningshierarki i Landsloven av 1274. Årsaken er enkel; jurisdiksjon gir mulighet til å drive effektiv politikk.

Jurisdiksjonskamp er ikke et særnorsk fenomen. I både Frankrike og England foregikk jurisdiksjonskamp i høymellomalderen mellom parlament og kongsmakten, noe som formet både de ideer og forventninger man hadde til retten, men også de institusjonelle strukturene. Det er derfor mulig både *rettshistorisk og komparativt* å forklare Høyesteretts økte bruk av transnasjonale rettskilder med at det foregår en jurisdiksjonskamp i dag.

Men selv om jurisdiksjon gir mulighet til å styre rettsutviklingen, har dagens internasjonale forpliktelser et annet siktemål, nemlig å skape fellesregler over landegrenser. Jurisdiksjonskampen blir derfor av en *annen karakter*. Spørsmålet er heller om det er mulig å skape en *felles rett*, noe som illustreres ved at det gjelder rettigheter og forpliktelser uavhengig av landegrenser.

Samtidig har nasjonalstaten frivillig overført normproduksjons- og håndhevingskompetanse til internasjonale organer. Dette gjør at nasjonalstaten til en viss grad er prisgitt internasjonale organer gjennom avtale, noe som gjør at jurisdiksjonskampen blir et spørsmål om *effektivt samarbeid*.

2.2 Teknologendringer

Kommunikasjon er en *grunnleggende forutsetning* for at kunnskap om retten skal flyttes innad i rettskulturen. Gjennom rettshistorien har økt teknologi, med påfølgende endringer av kommunikasjonsflyten, vært en viktig årsaksfaktor for utvikling av rettskulturen⁹.

Rettshistorisk har kommunikasjonen gått fra lagmannens personlige hukommelse i mellomalderen, til trykkerikunsten på 1600-tallet, til dagens bruk av internett og bruk av elektroniske tjenester. Domstolen kan derfor i langt større grad anvende transnasjonale rettskilder i dag, nettopp fordi det er tilgjengelig, men også fordi rettskildene ikke svekker forutberegneligheten for partene siden databasene er allment tilgjengelige.

⁹ «Communication and Technology as Agent of Legal Change», Kvam, s. 183-193

På den annen side kan moderne hjelpemidler bidra til at rettskildeomfanget blir uoversiktelige, og at de plutselig dukker opp som «troll i eske», nettopp fordi det er så mange kilder å ta av. Dette gjør det vanskeligere å oppnå rettsenhet, samtidig som rettsanvendelsen blir mindre konsistent.

Til tross for disse betenkeligheter er den teknologiske utviklingen en årsak til at Høyesterett anvender transnasjonale rettkilder i større grad enn tidligere. Dette kan samtidig bidra til at rettskulturelle endringer skjer i et raskere tempo.

2.3 Naturrettens oppstandelse

EMK-retten har ført til en opplivning av naturretten. I naturrettsepoken på 1700-tallet skjedde det store rettskulturelle endringer i Norge bla. med innføringen av appell- og eksamensforordningen i 1735-1736, bygging av nasjonalstat, deduktive metode og resipering av internasjonal rett. Spørsmålet blir om påvirkningen av internasjonal rett vil føre til de samme fundamentale endringer.

På den ene siden gjelder det samme typer universelle rettigheter; bla. retten til liv og retten til rettferdig rettergang¹⁰. Samtidig er det en økende grad av globalisert kriminalitet. På samme måte som naturretten var en reaksjon på kriminaliteten og uorden i samfunnet på 1700-tallet, blir menneskerettighetene en reaksjon på globaliserte trusler som f.eks. terror og forurensning.

Videre har det i senere tids rettsteori i Norge blitt pekt på at rettskildelæren må bli mer systemorientert.¹¹ I så fall er det de samme tanker, men i en annen samfunnsmessig kontekst, som bidrar til å påvirke rettskulturens intellektuelle strukturer.

På den andre siden er Norge en mer kunnskapsrik statsmakt, har større grad av profesjonalisering og kunnskap om rett, metode og samfunnsmessige forhold. Alt dette gjør at nasjonalstaten har et mye mer kvalitativt *rettskulturelt filter*¹² for retten som inntas, noe som bidrar til at resipsjonen av internasjonalt rett må tilpasses norske forhold. Innvendingen er at siden norsk rettskildelære er så *pragmatisk* så kan den bli utsatt for store omveltninger på kort tid.

3. Andre lands Høyesterett

En konsekvens av å trekke slutninger fra andre lands rett, er at man argumenterer med at den samme løsningen også bør legges til grunn her. At norsk rett anvender praksis fra engelsk rett er også naturlig da vi har trekk til common law gjennom omreisende dommere i høymiddelalder, tidlig sentralisert kongsmakt og prejudikatslære.

På den annen side har vi ikke en så sofistisert differansieringsteknikk, begrepsorientert lovgivning samt større fokus på rettsvitenskap. En tilnærming mot engelsk rett generelt kan derfor få betydning for slike intellektuelle strukturer.

Et annet poeng er at den nylig utviklede Supreme Court kan få betydning som støtteargument ved tolkning av internasjonale forpliktelser. Årsaken til dette, er dens nye posisjon fra 2009 som kontrollmekanisme på samme måte som Høyesterett.

4. «Transnasjonal forutberegnelighet»

Forutberegnelighet er det *dominerende rettferdighetsideal* i norsk rett. Det har sammenheng med at det er den rettsrealistiske deduktive metode, hvor man utleder regler fra overordnede begreper, som anvendes. Spørsmålet er hvordan økende bruk av transnasjonale rettkilder påvirker forutberegnelighetshensynet.

¹⁰ EMK art. 2 og 6

¹¹ Tande, 2011

¹² «A little bit of this and a little bit of that», Holmøyvik, s. 45-59

Forutberegnelighet er regnet som en grunnleggende rettsverdi fordi den bidrar til å motvirke vilkårlighet og subjektive innslag i rettsanvendelsen. Det at Høyesterett bruker transnasjonale rettskilder sikrer forutberegnelighet gjennom å sikre fellesskapets regler nasjonalt.

Samtidig kan det forutberegnelige bli innskrenket med EU/EØS- og EMD-domstolens *formålsrettede tolkning* av generelle konvensjonstekster. Problemet blir da det samme som i Tyskland, nemlig at ord og uttrykk tolkes utvidende eller innskrenkende som ikke passer i systemet. På den måten får det rimelige og utviklingsorienterte plass på bekostning av det forutberegnelige.

Imidlertid kan det rimelige også sikre det forutberegnelige. På samme måte som engelsk rett kan konsistent rettspraksis bidra til at partene kan forutberegne sin rettsstilling. Problemet er at norsk juridisk metode ikke har en like *kvalitativ differansieringsteknikk* som England. Og når EU/EØS- og EMK-domstolen ikke skiller mellom ratio decidendi og obiter dictum, kan resultatet bli større innslag av rimelighet uten at norsk rett har verktøyet for å håndtere det.

På den annen side har man helt siden Koford Ancher på 1700-tallet og Eckhoff på slutten av 1900-tallet, hatt en realistisk tilnærming til det forutberegnelige. Vi vil derfor ikke ha det samme problemet som f.eks. engelsk rett siden det forutberegnelige alltid må avpasses etter det rimelige. I så fall vil norsk juridisk metode kunne tilpasse seg EU/EØS- og EMD-domstolen.

Imidlertid kan den pragmatisk metoden føre til at rettskulturen i større grad blir påvirket av de rettsstrømninger fra internasjonale organer. Hvorvidt dette er en positiv utvikling kan diskuteres. Dette kan føre til tettere integrasjon av internasjonal rett slik vi så i Europa i høymiddelalderen og *jus commune*. Men samtidig kan dette bidra til at vårt demokratihensyn blir redusert. Hvis lovttekst fravikes reduseres forutberegnelighetshensynet tilsvarende.

Rettshistorisk er endringer av rettferdighetsidealet synonymt med store rettskulturelle omveltninger. Det så man både i høymiddelalderen og i naturrettsepoken. Med større vektlegging av rimelighet kan dette medføre en endring på samme måte som i de andre rettskulturelle epokene. Imidlertid med en mer *sofistikert rimelighet* som ser hen mot rettferdighets- og konsekvensbetraktninger på ulike parts- og samfunnsnivå.

Uansett hva som vil skje tror jeg hensynet til forutberegnelighet fortsatt vil stå sterkt i Norge. Dette fordi vi har en lovgivningstradisjon som, i likhet med EMK, er mer generelt utformet enn den engelsk kasuistiske. Imidlertid kan det innvendes at EU/EØS-rettsaktene er mer typetilfelleorientert enn EMK, noe som gir større utfordringer for den norske metodelæren.

4.1 Forutberegnelighetsbehov?

Spørsmålet er i hvilken grad rettssubjekter trenger *kontrollmekanismer* for å sikre deres rett og forhindre maktmisbruk. Når nasjonalstaten innehar normproduksjon og konfliktløsning dominerer forutberegnelighetshensynet som rettssikkerhetsgaranti for rettssubjektene.

Hvis normproduksjons- og konfliktløsningskompetansen overtas av andre rettsystemer vil derfor hensynet til forutberegnelighet logisk sett bli mindre nødvendig som kontrollmekanisme. Dette fordi man har flere tilbydere, og som vi har sett tidligere, jurisdiksjon gir rett til å styre rettsutvikling og politikk. I så fall blir det et spørsmål om dagens jurisdiksjonskamp gjør at forutberegnelighetshensynet bortfaller.

Siden norske rettssubjekter kan klage Norge inn for EU/EØS og EMD gjør dette at Høyesterett i større grad ser hen mot det rimelige og rettferdige i enhver sak. I så fall kan det ikke utelukkes at partene

blir mindre opptatt av det objektive og forutberegnelige siden man alltid kan anvende *søksmålskompetansen internasjonalt* i etterkant.

Imidlertid vil det forutberegnelige alltid være *et ideal* og springe ut av demokratihensynet. I så måte vil det alltid prinsipielt sett være behov for objektivitet i rettspleien. I tillegg må det skilles mellom EU/EØS og EMK rett. Førstnevnte har et økonomisk og handelspreget siktemål, slik at tvister mellom private blir ofte mer relevant enn for EMK-retten. I så fall vil omsetningslivet alltid kreve et behov for forutberegnelighet uavhengig av jurisdiksjonskampen mellom norsk rett og EU/EØS.

Konklusjonen blir derfor at selv om forutberegnelighetshensynet blir mindre fremtredende som følge av internasjonal påvirkning, vil hensynet fortsatt ha en *grunnleggende funksjon* i norsk rettskultur. Kanskje viser dette at en ny rettskulturell epoke ikke er så nært forestående...