

Mønsterbesvarelse rettshistorie

1)

1. Innledning

Rettslig resepsjon er betegnelsen på innføring av fremmed rett i en rettskultur. Men fordi hver nasjons rettskultur er ulik er det ikke sikkert at det en henter inn blir likt som sitt egentlige opphav når det resiperte appliseres i egen rett.

For å se nærmere på dette vil oppgaven først behandle hva en rettskultur egentlig er. Videre går oppgaven inn på det rettskulturelle filteret som legger premissene for resepsjon av rett. Som en vil se gjør filteret resepsjon til en enkel, men samtidig kompleks prosess.

2. Rettskultur

En rettskultur kan betegnes som forventinger til og forestillinger om retten som kan operasjonaliseres i institusjoner og institusjonslignende organ. Allerede her ser en at resepsjon av rett fra fremmed kultur vil kunne bli noe annet i egen kultur. For det første fordi en i ulike rettskulturer har ulike forventninger til og forestillinger om retten. Og for det andre fordi en i ulike rettskulturer har ulike måter å applisere retten på gjennom sine ulike institusjoner.

Rettskulturen er dynamisk og er alltid i endring. Dette åpner for at en kan hente impulser til egen rett utenifra. Videre er det kommunikasjon mellom mennesker som konstituerer en rettskultur. Kommunikasjon utover egen nasjon eller eget rike har funnet sted til alle tider gjennom eksempelvis reiser, import av utenlandske bøker og internett. Dette gjør også at resepsjon av rett blir en naturlig del av rettskulturen dynamikk.

3. Det rettskulturelle filter

Den samlede rettskulturen utgjør også et rettskulturelt filter. Dette er et filter den fremmede rett må igjennom når en skal resipere retten inn i egen rettskultur. Dette betyr at jo sterkere ens rettskultur er, dess strengere krav stilles det til den rett som skal resiperes.

Når en i tidligere middelalder i Norge ikke hadde en sterk statsmat (eller et samlet rike i det hele), få rettslige aktører og like stringens i konfliktløsningsorganene, gjorde dette at det var lite kommunikasjon i rettskulturen. Følgen av dette er altså en svak rettskultur og videre et svakt rettskulturelt filter. Når man i tillegg mangler normer å styre og dømme etter blir enn rettslig resepsjon dermed svært enkelt. Høres noe godt og fornuftig ut, så bryr en seg ikke om regelen har sitt opphav i Norge, Mosebøkene eller Babylonia. En er heller ikke opptatt av om regelen egentlig passer inn i egen rettskultur, da en ikke har verken behov for eller kunnskap om systematisk og helhetlig tenking.

Om en på den annen side ser på den norske rettskulturen i dag, så foregår resepsjonen av rett på en måte som ikke ligner resepsjonsmetoden (eller mangel av metode) i den tidligere middelalder. Likevel er det egentlig det samme som

foregår nå, men verdenssamfunnet og retten har utviklet seg og rettskulturen og dens filter er blitt sterkere.

Til tross for traktatforpliktelser og overnasjonal kompetanse på flere rettsområder hos EU og EMK har en i våre dager en sterk nasjonal stat. Omfattende lovgivningstringens i konfliktløsningsorganene, mange profesjonelle jurister og systematisk og helhetlig tenking med forutberegnelighet som krav og idealretten viser at retten har endret sine institusjoner og at forventningene om retten er endret. Når en nå skal resipere rett er det fordi en har et mål med resepsjonen, eks. økt rettssikkerhet for barn med foreldre som er rusmisbrukere eller ønsker om felleseuropeisk kjøpsrett.

Samtidig er filteret blitt sterkt. I tillegg til å ha et mål med resepsjonen må den fremmede rett også passe inn i egen rettskultur. Dette kan skje direkte gjennom en tilpasning til egen rettskultur eller det kan vise seg at retten ikke passer likevel. Dersom retten passer i egen kultur må den appliseres og en må se om det resiperte fungerer i egen rett. Om det resiperte viser seg å bryte med rettssubjektenes forventninger til og forestillinger om retten må en ta et steg tilbake i prosessen og prøve en annen tilpasning eller en annen regel. Når det resiperte endelig blir en fungerende del av retten, blir det resiperte også en del av rettskulturen og dets filter og er med på å filtrere ny fremmed rett i neste resepsjonsprosess. I så måte er det med tale om rettslig tilegnelse av rett i stedet for rettslig resepsjon.

Med dette ser en at resepsjon av rett har blitt mer kompleks grunnet de andre kvalitetskrav som stilles til retten i dag og et sterkt rettskulturelt filter. EU-rett og EMK-rett med sin overnasjonale karakter blir noe unikt i denne sammenheng. Riktignok har statene noe frihet til å velge inkorporeringsmetoder samt en skjønnsmargin i appliseringen grunnet den nasjonale rettskulturens sterke posisjon. Samtidig står rettspraksis i disse systemene sentralt og reglene som følger av avgjørelser møter liten motstand i filteret. Kanskje kan en si at filteret er i ferd med å slå sprekker? Antagelig ikke. EU/EØS- og EMK-rett er ønskelig å applisere. I så måte kan en si at det er tale om en kontrollert lekkasje i filteret som repareres av overnasjonale regler.

2)

1. Innledning

Internasjonalisering er en del av rettskulturens intellektuelle struktur og et av strukturens 4 hovedkomponenter. Dette må forklares nærmere gjennom en gjennomgang av hva en rettskultur er som bygger videre på det som allerede er beskrevet i oppgave 1.

Forventningene til og forestillingene om retten som kan operasjonaliseres i institusjons(lignende) organer, kan spaltes ned i rettskulturens institusjonelle og intellektuelle strukturer. De institusjonelle strukturene viser hvordan normer blir produsert og hvordan konflikter blir løst. Konfliktløsning er utgangspunktet for all rettslig regulering og dermed kjernen i en rettskultur. Normproduksjon betegner hvem, hvordan og i hvilken grad rettslige normer produseres.

De 2 hovedkomponentene i den institusjonelle struktur, konfliktløsning og normproduksjon, utgjør bare en del av rettskulturen. I den intellektuelle struktur finner en ytterligere 4 hovedkomponenter. Den intellektuelle struktur er på mange måter et speilbilde av institusjonelle og omhandler hvilke ideer som styrer normproduksjon og konfliktløsning gjennom komponenten rettferdighetsideal, hvilke verktøy som brukes for å fremme og sikre dette idealet i komponenten juridisk metode og i hvilken grad rettens aktører er i juridisk skolert eller er faren i komponenten profesjonalisering. Til slutt har en den 4 hovedkomponenten, internasjonalisering, som i denne sammenheng betegner i hvilken grad rettskulturen blir påvirket av fremmed rett, jf. resepsjonsbegrepet i oppgave 1.

Når en her taler om hovedkomponenter er det fordi at det er disse som er de sentrale. Andre elementer som statens styringsform, religion, samfunnsøkonomisk styringssett og rettslige ideologier spiller også inn, men de nevnte komponenter er de sentrale.

Oppgaven vil videre behandle internasjonaliseringens rolle sett i sammenheng med rettskulturens øvrige komponenter i overgangene mellom rettslig epoke, rettslig fororden og rettsorden, og rettsorden og rettssystem. Et viktig element å ta med seg inn i dette er ideen om den lagdelte rett som vil bli behandlet i det følgende.

2. Den lagdelte rett

Rettskulturen som lagdelt kan illustreres med en analogi om det juridiske hav som har 3 nivåer. På overflatenivået flyter mengder av rettsregler, lover, domspraksis, etc. Dette er et nokså strengt juridisk nivå der det juridiske fellesskap opererer, også ansett som nivåer for den snevre rettskultur. Reglene her er i konstant endring.

På mellomnivået finner en rettslige prinsippet. Disse er større enn de konkrete regler på overflatenivået og de er færre og mer generelle. Eksempler er prinsippene om at avtaler skal holdes og først i tid, best i rett. Dette nivået åpner seg fra den strengt snevre og inn i den vide rettskulturen som alle rettssubjekt er en del av. Prinsippene her endres sjeldnere enn reglene på overflatenivået.

På bunnivået finnes en grunnleggende rettslige prinsipp. Disse er enorme og nærmest fastboltet i havbunnen. De endrer seg dermed sjeldent. Et eksempel er prinsippet om individets autonomi. Dette er et helt åpent nivå som er mer samfunnsmessig enn juridisk.

Når en rettskultur endres totalt, skjer det endringer på alle nivå i det juridiske hav. I norsk rett har dette skjedd 2 ganger og det er dette som skal behandles nærmere i det videre.

3. Overgang mellom rettslig fororden og rettsorden på 1200-tallet

I den rettslige fororden i Norge fantes ingen sterkt statsmakt. Hevnerett var

utbredt selv om fredelig konfliktløsning var en likestilt ordning. Hevnen var uansett pressmiddel for å få gjennomført fredelig konfliktløsning. På grunn av manglende skriftlige kilder er det her vanskelig å klart angi hvor stor eller internasjonaliseringen var i denne rettslige fororden. I teorien kan all rett ha blitt hentet utenfra. Eksempelvis er reglene om hevn i den eldre Gulatingsloven nokså like de en finner i Mosebøkene.

På den annen side er det nok på denne tiden mer tale om at like forhold gir like ordninger. Hevn og likevekt som rettferdighetsideal fantes i Mosebøkene og i Norge, men begge steder kan det ha vokst frem som følge av svak/manglende statsmakt. En kan imidlertid se at Gulatingsloven inneholder spor av bla mosaisk, kanonisk og irsk rett, noe som kan ha oppstått da de ble presentert som gode løsninger på en pågående tvist i dommen eller tinget der noen tilstede kjente disse reglene.

Det er på denne bakgrunn at en over hele Europa begynner å se fredlovgivningsprosjekt for å regulere hevnrett og skape stabilitet i riket eller jurisdiksjonen. Håkon Håkonssons nye lov av 1200 er en utvidet fredslovbok, som blant annet også regulerer jordleierett, da en mente at de som ikke hadde jord kunne begynne å stjele, noe som kunne føre til vold. Dette var imidlertid Norges siste reelle fredslovbok. Allerede 14 år etter kom en ny lov, inspirert av de store strømmingene som fantes i Europa.

3.1 Bologna lov bøker og Magnus Lagabøtes landslov

Fra 1150-1160-tallet startet nordmenn og andre å reise til Bologna for å studere jus. Det som ble studert var romersk rett med Corpus Juris Civilis og kanonisk rett. I bøkene, særlig Codex, som var en del av Corpus Juris Civilis, ble en presentert for lovgivning som teknikk. Codex var en samling keiserlover frem til keiser Justitians tid da han samlet den gjenværende romerrett i Corpus Juris Civilis. I tillegg kunne en i det kanoniske verket Buccardum se at Paven hadde hatt en form for lovgivningsmakt.

Over hele Europa ble stortstilte lagboksprosjekt satt i gang, inspirert fra studiet i Bologna. Lieber Augustalis på Sicilia, Jyske lov på Jylland og los Sietes Partias fra midten av 1200-tallet er eksempler. Las Sietes Partidas er særlig relevant, da norske aristokrater befant seg i Spania under tiden lov boken ble planlagt for å gifte bort en norsk prinsesse med en spansk prins. Noen år senere ønsker kong Magnus Lagabøte (lovforberederen) å regulere, bøte på, hevnretten som eksisterer. Inspirert av Las Sietes Partias blir Magns Lagabøtes landslov (MLL) godkjent på tingene og gjeldende fra 1274.

MLL består av 9 bøker pluss en 10. med tilleggslover, akkurat som i Codex i romerretten. Imidlertid er de ikke like innholdsmessig, noe som understreker at rettslige gods utenfra må tilpasses egen rettskultur. Men det å gi en lov bok alene med lover er ikke nok. For å bøte på hevnproblemet må Magnus Lagabøte gjøre flere grep gjennom lovgivningen.

3.2 Resepsjon av rettferdighetsideal og juridisk metode

I den tidligere middelalder så en at resepsjon og internasjonale impulser begrenset seg til spredte enkeltregler som befinner seg på det juridiske havs overflatenivå. Magnus Lagabøtes hadde en sterk statsmakt bak seg, sett i middelaldersammenheng, et ønske om å styrke rettslige posisjon ovenfor kirken og et ønske om å regulere hevn. Med en slik bakgrunn kunne dermed Lagabøte også innføre et nytt rettferdighetsideal og en ny juridisk metode inspirert fra Bologna.

Det rimelige som rettferdighetsideal og differensiering som juridisk metode er antagelig hentet fra kanonisk rett. Det fantes også i romerrett og hos Aristoteles, men var mest velutviklet i den kanoniske rett. Det rimelige og differensiering henger tett sammen og er avhengig av hverandre for å gi de rettslige ideene effekt. Med disse verktøyene kunne en se på mer enn konkrete saksfakta og trekke inn omstendigheter rundt den konkrete hendelse i vurderingen.

Domstolene blir organisert i instanser med løse forbindelser mellom hverandre, etter modell inspirert av Kirken. Kirken har en profesjonell rettsskolert; biskopen, og Kongen gjør lagmannen som lagtingets kollektive hukommelse og den med mest erfaring til kongelig embetsmann. Dommerne skal benytte MLL, men på lovtomme rom skal det rimelige fungere som en rettsnor på hva som bør bli løsningen.

En ser at i denne perioden skjer det endringer på alle nivå i den lagdelte retten. Internasjonaliseringsaspektet viser seg i alle de øvrige rettskulturelle hovedkomponentene; mer stringent konfliktløsning inspirert av kirken, lovgivning som normproduksjonsteknikk, det rimelige som rettferdighetsideal, differensiering som metode, alle disse inspirert av rettsstudiet i Bologna og økt profesjonalisering inspirert av kirken.

4. Overgangen mellom rettsorden og rettssystem på 1700-tallet
Allerede før 1700-tallet skjer det viktige ting som legger premisser for de store rettskulturelle endringer på 1700-talet.

Instansbrevet i 1590 pålegger førsteinstans å dømme i alle saker før de tas opp i andreinstans. En dom fra Herredagen av 1610 fastslår at tilsvarende gjelder for forholdet mellom andre- og tredjeinstans. Både dette, og innføringen av sorenskriveren i 1591 med ansvaret for å holde orden på papirer og relevant lov, samt nedskrive og referere dommen, skulle bøte på den uorden som eksisterte i retten. Dette var viktige endringer, men problemet var at lovene var utdaterte, de intellektuelle strømningene var i endring og at en hadde for få profesjonelle aktører i rettslivet.

På 1600- og 1700-tallet vokste det igjen frem en universell rett, slik romerretten fungerte noen århundrer tidligere. Etter reformasjonen ble naturretten skilt fra det åndelige av særlig Hugo Grotius og skulle tjene som et forbilde på god rett. Naturretten, som var tilgjengelige på alle steder, til alle tider og for alle rasjonelle menneske var det Norge og kontinentet trengte for å lage et system i retten for å bøte på uorden som følge av reformasjonen. (I tillegg til Svartedauden for Norges

og andres del.)

Naturretten med en idé om at all rett kunne struktureres i lovbøker, domstolene kun skulle dømme etter og uttale lovens ordlyd, foruberegnelighet som rettferdighetsideal, prinsipper og begrep som juridisk metode vant også gjennom og fikk stor betydning i Norge.

Av avgjørende betydning er her eksamensforordningen av 1736 som pålegger alle jurister å ha bestått en juridisk eksamen. På rettsstudiet i København og i Europa for øvrig er det naturrett studentene blir prøvd i. Men allerede i 1748 starter naturretten å miste sin betydning på bakgrunn av Montesquies verk "Lovenes Ånd", der det framheves at for at (natur)retten skal være god, må den tilpasses lokale forhold. Norge blir aldri helt slukt av naturrettsideologien, men Montesquies tanker vinner frem med hans partikulære naturrett. M

Men en felles intellektuell bakgrunn og system og helhetstenkning institusjonelt og intellektuelt kommer de nyutdannende tilbake til Norge med nye forestillinger om og forventninger til retten. Norge gjør etter hvert forsøk på å lage lovbøker, men de blir mislykkede ettersom de ikke passer på de lokale forhold i Norge.

En innfører tvungen appell for å kontrollere underinstanser og spre kommunikasjon i rettsystemet. Foruberegnelighet og deduksjon som ideal og metode overlever naturretten og blir ideal og metode. Profesjonaliseringen etter 1736 er svært høy og i løpet av ca 70 år er omtrent alle dommere utdannede jurister med felles intellektuell bakgrunn.

En ser igjen at internasjonalisering skjer på alle nivå i det juridiske hav. Igjen ser en at det skjer endringer i de øvrige komponentene i rettskulturen på bakgrunn av internasjonalisering. Det rettskulturelle filter er blitt sterkere, så naturrett i sin helhetlige ideologi vant ikke gjennom i helt samme grad som tankegangen inspirert av rettsstudiet i Bologna, grunnet den sterkere nasjonale rettsfølelse og at det sterkere rettskulturelle filter.

En kan dermed si at internasjonalisering blir et effektivt styringsverktøy for å raskt gjøre større endringer i de andre rettskulturelle hovedkomponentene. Kanskje er vi på vei til nye store endringer med EU- og EMK-rett som er nærmest universell (på europeisk plan) i sin karakter.

3)

1. Innledning

Engelsk rett har utviklet seg organisk over omtrent 100 år siden normannerne invaderte landet i 1066. Etter dette har det ikke skjedd revolusjonerende endringer i retten og heller ikke normannerne gjorde noe forsøk på å revolusjonere den.

Med innføring av en domstol og omreisende dommere ble rettskunnskap spredt ut i landet og hentet inn i retten. De kongelige ordre om at saker skulle opp for

domstolen og at hvis slik og slik var bevist, skulle slik og slik være dommen, de såkalte writs har preget England frem til i dag.

Writs danner grunnlaget for Common-law, fellesretten i England fra 1100-tallet. EU består for det meste av land med civil-law-tradisjon med en helt annen historisk utvikling enn England. En lovbok fra EU som blir gjort gjeldende i England vil by på store utfordringer. For å se nærmere på dette vil det bli vekt på utfordringer knyttet til hver av de rettskulturelle hovedkomponenter.

2. Institusjonell struktur

2.1 Konfliktløsning og normproduksjon

Domstolene er historisk og faktisk i en sentral og dominerende posisjon i engelsk rett. Tradisjonelt gjennom writs og equity har domstolene skapt normene. Lovgivningen formet etter mal fra rettspraksis er i hovedsak kasuistisk og saksorientert.

En EU-lovbok vil dermed kunne totalt overskygge den engelske retts særpreg. Domstolene må forholde seg til normer produsert utenfra som lovgiver ikke har direkte kontroll over. Normene vil være fjerne og ikke former på den engelske retts premisser og særpreg.

Videre er EU-retten basert på prinsipper. Dette kan være vanskelig å forholde seg til for engelske jurister, grunnet sin erfaring med å behandle konkrete saker, domstolene eller knytter lovgivningen til kasus og saker som er blitt behandlet.

På disse grunnlagene kan det bli svært vanskelig å få en EU-lovbok til å passe inn i den engelske rettskultur.

Samtidig kan en ikke forvente at en EU-lovbok kan regulere alle rettsområder med klare prinsipper og regler. EU eksisterer på medlemsstatenes premisser. Den særegne rettskultur spiller inn her. OM EU-lovbøkene regulerer alle rettsområder vil den måtte formes nærmere nasjonalt i egen rettskultur. Dette betyr imidlertid at engelskmennene må forholde seg til prinsipper de må forme lokalt, noe som kan bli problematisk. Likevel har England applisert den EU-rett som har kommet som følge av medlemskapet (til tross for særegenheten), så kanskje vil det også være mulig med en hel lovbok også. Dette kan gå fordi engelsk rett med framveksten av velferdsstaten og EU-medlemskap er i stor endring, blant de største endringer de siste 1000 år.

3. Intellektuell struktur

3.1 Rettfærdighetsideal, juridisk metode, profesjonalisering og internasjonalisering

Som allerede vist ovenfor har England allerede måttet forholde seg til mengder av EU-rett. I en internasjonaliseringsammenheng er dette helt unikt i engelsk rettshistorie.

På bakgrunn av engelsk rettshistorie, med domstolen i sentrum, er også rettferdighetsidealet og den juridiske metoden vokst frem som følge av domstolens sentrale posisjon. Domsavgjørelser sikrer konkret forutberegnelighet, men domineres av det rimelige som ideal i og med at man har den enkelte sak for øyet og ikke fremtidige i tillegg. Av denne grunn anvender engelske jurister seg av distinguishing, der en ser på likheter og ulikheter mellom foreliggende sak og en tidligere dom og ser om domsresultatet kan brukes om igjen (dersom den har bindende prejudikatsvirkning, som er hovedregel), om dommen kan ha persuasive authority eller om den ikke kan brukes. En slik teknikk og et slikt ideal kan være vanskelig å opprettholde med en styrende EU-lovbok.

En EU-lovbok vil først og fremst forsøke å skape forutberegnelighet gjennom å sikre de 4 friheter og de sentrale prinsipper i EU-retten. Med sin prinsipporientering er en også nødt til å ta i bruk deduksjon for å få utledet rett fra prinsippene. Dette bringer en over på profesjonaliseringskomponenten i rettskulturen.

I engelsk rett, der barristers og solicitors studerer praksis på advokatforeningens law schools og må praktisere som barrister eller solicitor for å bli jurister, blir en ikke skoler eller deduksjon, det forutberegnelige eller i det hele tatt ideen om å ha lovbøker. Med en EU-lovbok blir England omtrent nødt til å legge om eller i det hele innføre krav om juridisk utdanning med fokus på teoretiske idealer og verktøy som en finner på kontinentet som erstatning for dagens ordninger regissert av advokatforeningene med røtter tilbake til 1400-tallet. En EU-lovbok kan ikke appliseres og benyttes uten at juristene kjenner de riktige teknikker. På den annen side spiller rettspraksis en sentral rolle i EU og EMK og her er distinguishing en velkjent teknikk for å skille saker eller bruke domsresultat på nytt. I så tilfelle vil engelskmennene og ha noe å lære bort til Europas øvrige medlemsland. Likevel vil en EU-lovbok kreve en felles metode slik at lovboken blir anvendt likt i medlemslandene. Hvordan dette skal løses er vanskelig å se uten at det gjøres noe med profesjonaliseringskomponenten. Dette er nøkkelen til å spre rettferdighetsideal og metode, som igjen vil påvirke hvordan retten operasjonaliseres i institusjonene. En EU-lovbok lar seg ikke gjennomføre i den institusjonelle struktur om en ikke oppnår en felles forståelse i den intellektuelle struktur og dermed rettskulturen som helhet.