

RETTLIGE FRIHETER

JOHAN VORLAND WIBYE

Stipendiat ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

j.v.wibye@jus.uio.no

Artikkelens formål er å kartlegge statusen til rettslige friheter – fraværet av rettslig plikt – ved å undersøke og imøtegå tre ulike påstander om at de er rettslig irrelevante. De to første, fremsatt av Alf Ross, rammer friheter generelt og friheter som mangler beskyttelse mot hindringshandlinger. Den tredje påstanden, fremsatt av Nils Kristian Sundby, rammer friheter til å utføre trivielle og dagligdagse handlinger. Ingen av de tre påstandene har fått særlig motbør i skandinavisk rettighetsdiskurs. Artikkelen argumenterer for at disse forfatterne utdefinerer av friheter fra rettighetsbegrepet hverken er analytisk nødvendig eller et egnet utgangspunkt for beskrivelse av retten. Forsvaret av friheters rettighetsstatus, og den medfølgende kritikken av et unødig restriktivt rettighetsbegrep, knyttes særlig opp mot debatter om frihetsbegrepets rolle ved beskrivelse av forvaltningskjønn og domstolenes prøvingsrett. Gjennom drøftelsen synliggjøres hvordan disse ofte oversette rettsposisjonene er helt sentrale verktøy for regulering av samfunnet og av stor subjektiv betydning for rettssubjekter.

Nøkkelord:

rettslige friheter, rettsposisjoner, rettighetsanalyse, analytisk rettsfilosofi, rettighetsvern

1 Innledning¹

Under andre verdenskrig gjennomførte allierte styrker en studie av fly skadet under bombetokt. Forskergruppen som fikk ansvaret for å gjennomføre studien, undersøkte skadenes plassering og frekvens, og foreslo at flyenes pansring skulle forsterkes der skadene var størst for slik å redusere tapstallene. Deres konklusjon var naturlig. Dette var tilsynelatende områdene hvor flyene ble truffet oftest. Det var ikke før den ungarske matematikeren Abraham Wald påpekte at studien kun omfattet fly som overlevde toktene, at man innså at konklusjonen burde vært den motsatte: Flyene burde forsterkes i områdene uten kulehull, *fordi flyene som ble truffet i disse områdene aldri kom hjem*. Ved å fokusere på skadene som var synlige, hadde forskergruppen ignorert de mest kritiske skadene – de som ga seg til kjenne gjennom et fravær.

Walds innsikt virker selvnynnlysende. At den likevel unnslopp en samlet forskergruppe kan forklares ved hjelp av et veldokumentert kognitivt fenomen. «Survivorship bias» er en type seleksjonsskjevhet, i form av en tendens til å basere oppfatninger og konklusjoner på data som er synlige og tilgjengelige og ignorere data i form av fravær.² Spørsmålet jeg vil stille i denne artikkelen, er om en lignende tendens har påvirket rettsvitenskapens syn på friheter.

En frihet er fraværet av plikt.³ Frihetene er dermed negativt definerte rettsposisjoner. Den som har en frihet kan handle, eller avstå fra å handle, uten å bryte med en plikt. Har jeg en servitutt som gir meg rett til å krysse

¹ I tillegg til mine veiledere Christoffer C. Eriksen og Alf Petter Høgberg, takk til Nils Gunnar Skretting og Astrid Iversen, som har lest og kommentert teksten. Takk også til Åshild Marie Vige og Liv Artemis Lazaridis Nygaard for forskningsstøtte.

² Se f.eks. Stephen J. Brown mfl., «Survivorship Bias in Performance Studies», *The Review of Financial Studies* 5 nr. 4, 1992 s. 560. DOI: <https://doi.org/10.1093/rfs/5.4.553>.

³ «[P]rivilege [...] is the negation of a duty», Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Clark, New Jersey: Lawbook Exchange 1964 s. 39. Sml. Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, København: Nyt Nordisk Forlag 1953 s. 200; Carl Jacob Arnholm, *Privatrett 1: Almindelig privatrett*, Oslo: Tanum 1964 s. 66; Torstein Eckhoff, «Når foreligger kollisjon mellom rettsregler?», i *Nordisk gjenklang: Festskrift til Carl Jacob Arnholm*, red. Knut Selmer, Oslo: Johan Grundt Tanum 1969 s. 88; Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer*, 2. utg., Oslo: Tano 1991 s. 80; Erik Boe, *Oversikt over forvaltningsretten*, Oslo: NKS-forlaget 1993 s. 40; Hans Petter Graver, «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 2000 s. 454; Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utg., Oslo: Universitetsforlaget 2014 s. 44–45, 362.

et gårdstun, så består min rett av fraværet av en plikt til å avstå fra å krysse tunet. Rettighetens effekt er at min handling ikke er et pliktbrudd. Fremfor å vie oppmerksomhet til slike ikke-hendelser, er mitt inntrykk at rettsvitenskapen i større grad befatter seg med «synlige rettigheter», det vil si rettigheter som krav og kompetanser.⁴ Innfrielsen av et betalingskrav, eller bruken av en kompetanse til å endre et regelverk, er begge håndfaste og observerbare begivenheter og derfor mer tilgjengelige referansepunkter for beskrivelse av rettens innhold.

At friheter blir oversett kommer klarest til uttrykk i påstander om at de er rettslig irrelevante. I Skandinavia er det flere forfattere som har tatt til orde for et slikt syn. Sentrale rettsteoretikere som Alf Ross og Nils Kristian Sundby har hevdet at fraværet av en plikt ikke er en rettighet, og dermed forsøkt å utdefinere friheter fra det juridiske rettighetsbegrepet. Jeg vil her drøfte tre ulike grunnlag for å klassifisere friheter som rettslig irrelevante, knyttet til friheter generelt, ubeskyttede friheter eller trivielle handlefriheter. Hver av drøftelsene tar som sitt utgangspunkt og sin gjenstand en påstand som har preget rettighetsdiskurs over lang tid. De to første tilhører Ross, den tredje Sundby:

At en handling er fri, er det samme som at den falder helt utenfor den rettlige normering. Den er retlig *indifferent*. Hverken dens foretagelse eller dens ikke-foretagelse medfører rettlige reaksjoner.⁵

De blotte friheder må [...] udskilles af rettighedsbegrebet.⁶

[Det] er mange former for indre og ytre 'adferd' (tanker, handlinger, følelser, mange av dagliglivets sysler) som ikke egner seg til rettslig regulering i form av påbud og forbud, og som derfor pr. definisjon vil bli rettslig tillatt.⁷

⁴ Den samme skjevheten kan ramme immuniteter, som virker ved at en forsøkt kompetanseutøvelse ikke får endringseffekt. Denne artikkelen har imidlertid kun frihetene som sitt emne. Sondringen mellom krav, friheter, kompetanser og immuniteter følger her Hohfeld (1964) s. 36, 39, 50, 60. Hohfelds begrepsapparat er beskrevet nærmere i Johan Wibye, «Hohfelds rettigheter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 131 nr. 5, 2018 s. 498–505.

⁵ Ross (1953) s. 200, opprinnelig kursivering. Samme syn er uttrykt i Alf Ross, *Directives and Norms*, London: Routledge & Kegan Paul, 1968 s. 129.

⁶ Ross (1953) s. 212.

⁷ Nils Kristian Sundby, *Om normer*, Oslo: Universitetsforlaget 1974 s. 68.

I artikkelens punkt 2 gjør jeg nærmere rede for hva det vil si å inneha en frihet, og hvordan det er mulig å sondre mellom enkle friheter og valgfriheter. I punkt 3 drøfter jeg Ross' påstand om at friheter er rettslig irrelevante. Det juridiske rettighetsbegrepet er et rettsvitenskapelig hjelpemiddel for å forstå og beskrive rettsregler, og jeg vil argumentere for at utdefineringen av friheter hverken er analytisk nødvendig eller egnet til å beskrive rettens innhold. Etter denne generelle innvendingen mot friheters rettighetsstatus går jeg videre til to påstander som holder visse underkategorier av friheter utenfor rettighetsbegrepet. Begge illustrerer hvordan forestillinger om frihet som rettsnorm blir påvirket av forestillinger om frihet som ideal. I punkt 4 drøfter jeg Ross' påstand om at nakne friheter – friheter som mangler beskyttelse mot at utøvelsen av dem hindres – ikke er rettslig relevante. Jeg vil forsvare en logisk sontring mellom friheter og deres beskyttelse og argumentere for at denne sontringen bør gjenspeiles i rettighetsbegrepet, blant annet fordi det finnes en rekke praktiske eksempler på ubeskyttede friheter som fortjener rettighetsstatus. I punkt 5 drøfter jeg Sundbys påstand om at trivielle friheter – friheter til å utføre dagligdagse handlinger – er rettslig irrelevante. Drøftelsen vil peke på flere utfordringer ved hans grensdragning mellom det trivielle og det ikke-trivielle. Dels synes grensen å være subjektivt betinget, dels synes den å være i stadig bevegelse og dels bygger den på et tvilsomt premiss om at det finnes forhold som nødvendigvis ligger utenfor rettssystemets reguleringsevne.

Gjennom drøftelsen av de tre grunnlagene for å holde friheter utenfor rettighetsbegrepet, tvinges man til å reflektere over frihetenes plass i rettssystemet. Resultatet er en erkjennelse av at disse tilsynelatende ubetydelige rettighetene er helt avgjørende for å regulere samfunnet og av stor subjektiv betydning for rettssubjekter.⁸ Ved å forsvare friheters rettighetsstatus, fungerer også artikkelen som en kritikk mot unødige restriktive forståelser av rettighetsbegrepet.⁹

⁸ H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: OUP 1982 s. 166.

⁹ Sml. Leif Wenar, «Rights and What We Owe to Each Other», *Journal of Moral Philosophy* 10 nr. 4, 2013 s. 378.

2 Frihetsbegrepet

2.1 Friheter som rettsregler

Med «rettighet» menes her en rettsnorm som tildeler et rettssubjekt en posisjon som presumptivt er fordelaktig.¹⁰ Ved friheter kjennetegnes denne fordelten av at innehaveren kan handle, eller avstå fra å handle, uten at handlingen eller passiviteten strider med en plikt.¹¹ Ordet «handling» vil i det følgende brukes om både aktive handlinger og unnlateseshandlinger. Friheten kunne man også kalle en *adgang* til å handle eller avstå fra å handle, men ordet «frihet» er vanligere.

I lovgivning blir friheter ofte angitt ved hjelp av modalverbet «kan». Når frilufsloven § 2 andre ledd slår fast at i «utmark kan enhver ferdes», så gir bestemmelsen uttrykk for at det tilligger enhver en frihet.¹² Kan-modaliteten brukes også til å vise at en kompetanse er kombinert med frihet til å ta den i bruk. At Landbruks- og Matdepartementet etter lov om husdyravl § 1 tredje ledd «kan gi forskrifter om hvilke dyreslag loven gjelder for» gir uttrykk for en kompetanse kombinert med frihet til å utøve kompetansen (eller å la være).¹³ Forekomster av ordet «frihet» i lovtekst er gjerne markører for frihet som rettslig ideal, som ved vektleggingen av «faglig frihet» i universitets- og høyskoleloven § 1-1 bokstav c.¹⁴ Ordet «frihet» brukes også om aggregerte samlinger av rettsposisjoner som *inkluderer* et fravær av plikt, som ved uttrykket «ytringsfrihet» i Grunnloven § 100 første ledd eller retten til å «fritt bevege seg» innenfor rikets grenser i Grunnloven § 106 første ledd. Det hender imidlertid også at ordet «frihet» blir brukt til å angi et mer eller mindre rent tilfelle av fravær av plikt. Når det i forvaltningsloven § 34 annet ledd heter at klageinstansen skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det «frie skjønn», så er dette en henvisning til forvaltningens adgang til å velge mellom alternative utfall, altså et fravær av plikt til å fatte avgjørelser med et bestemt innhold.¹⁵

¹⁰ For en lignende rettighetsforståelse, se bl.a. Torstein Eckhoff, *Rettsvesen og rettsvitenskap i U.S.A.*, Oslo: Akademisk forlag 1953 s. 295; Ross (1953) s. 198, 212; Hohfeld (1964) s. 71. «Rettsposisjon» er dermed ikke synonymt med «rettighet», men betegner plasseringer *innenfor* et rettighetsforhold.

¹¹ Hohfeld (1964) s. 39; Wibye (2018) s. 500 flg.

¹² Lov 28. juni 1957 nr. 16 om friluftslivet.

¹³ Lov 4. desember 1992 nr. 130 om husdyravl.

¹⁴ Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler.

¹⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Tilsvarende betydning ligger i formuleringen om at «kvinner og menn har samme rett til fritt å velge ektefelle» i ekteskapsloven § 1 b.¹⁶

Hva innebærer det å ha en frihet? Deres plass i retten kan klargjøres ved å kontrastere dem med rettslige krav. Mens frihetene regulerer rettighetsbærerens egne handlinger, er kravenes funksjon å angi føringer for en annens – pliktsubjektets – handlinger. Krav er altså rettet utover; man kan aldri ha et krav om å selv gjøre, bare om at *andre* gjør. Friheter er rettet innover; man kan aldri ha en frihet til at andre gjør, bare til å *selv* gjøre.¹⁷ Jeg kan derfor ikke ha et krav om å utøve allemannsretten etter friluftsløven. Min adgang til å ferdes i utmark er en frihet, som jeg utøver gjennom mine egne handlinger. Jeg kan imidlertid ha et krav om at grunneiere skal avstå fra å legge hindringer i veien for min ferdsel i utmark, for eksempel i form av stengsler eller forbudsskilt.¹⁸ Slike krav kan riktignok bidra til at jeg lettere, om jeg ønsker det, kan benytte meg av friheten til å ferdes i utmark, men dette fellesskapet mellom reglene består kun i at de forfølger samme formål.

Verdien av å fastlegge hva det innebærer å ha en frihet, kan illustreres med det allerede nevnte eksempelet forvaltningsskjønn. Det har lenge vært omdiskutert hvilken rolle frihetsbegrepet skal ha ved beskrivelse av forvaltningsskjønnet.¹⁹ I tillegg til å hevde at forvaltningen har en frihet i form av et fravær av plikt til å treffe avgjørelser med et bestemt innhold, har det vært vanlig å bruke ordet «frihet» til å angi at den trufne avgjørelsen er unntatt domstolsprøving, eller at skjønnet er «fritt» for domstolskontroll.²⁰ Tydeligst er dette hos Innjord, som hevder at «[n]år domstolene ikke prøver den konkrete vurdering som forvaltningen har foretatt, har jo forvaltningen – i alle fall i realiteten – nettopp den *valgfrihet innenfor lovens rammer* som

¹⁶ Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap. «Fritt» brukes også til å angi en valgmulighet i den norske oversettelsen av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) med protokoller, se f.eks. EMK art. 11 nr. 1, TP 1 art. 3, TP 4 art. 2 nr. 1.

¹⁷ Leonard W. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: Clarendon Press 1987 s. 25, 27; Matthew Kramer, Nigel Simmonds, og Hillel Steiner, *A Debate Over Rights*, Oxford: OUP 1998 s. 13.

¹⁸ Jf. friluftsløven §§ 5 første ledd, 13 første ledd.

¹⁹ For en oversikt over relevant litteratur, se Olav Haugen Moens doktoravhandling «Forvaltningsskjønn og domstolskontroll», Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet 2018 s. 53–57.

²⁰ Se f.eks. Ola Ø. Nisja og Christian Reusch, «Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer», *Jussens Venner* 44 nr. 4, 2009 s. 256, 258; Eckhoff og Smith (2014) s. 362.

kjennetegner det frie skjønn». ²¹ Denne doble bruken av frihetsbegrepet mener jeg er egnet til å skape forvirring. Frihetsbegrepet passer riktignok på stadiet for vedtaksmyndighetens avgjørelse, ²² men på det senere stadiet for overprøving skjer den aktuelle handlingen – å prøve vedtaket – et annet sted enn hos vedtaksmyndigheten. Fraværet av prøvingsrett betyr altså ikke at forvaltningen har en frihet, i betydningen av å selv kunne handle, men at forvaltningen har en vern mot overprøving. Dette ville blitt klarere om man utelukkende brukte uttrykk som «fravær av domstolskontroll» for å beskrive forvaltningens stilling på stadiet for overprøving. ²³ Videre, fremfor å lage nye begreper for å skille mellom ulike sider av forvaltningsskjønnet, er det etter min mening enklere og mer presist å slå fast at et forvaltningsorgan kan inneha to rettigheter som opptrer sammen, men er distinkte: en frihet i form av fravær av plikt til å treffe avgjørelser med et bestemt innhold, og en immunitet mot etterfølgende domstolskontroll. ²⁴

2.2 Enkle friheter og valgfriheter

2.2.1 Generelt

Det er ofte nødvendig å presisere om en frihet er til å handle, til å avstå fra å handle eller begge deler. Dette er fordi frihetsbegrepet rommer en indre tosidighet. Ta setningen «Jonas har frihet til å klippe hekken». Setningen kan forstås som at Jonas har både adgang til å klippe hekken og, om han vil, til å la være. Hans frihet til å velge ett av to handlingsalternativer kan kalles en *valgfrihet*. ²⁵ Setningen kan imidlertid også forstås mer snevert, som

²¹ Frode Innjord, «Hva er 'vakkert'? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnsmessige ord og uttrykk», *Jussens Venner*, 1996 s. 164, opprinnelig kursivering.

²² Se likevel Erik Boe, «Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne lovfullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene», *Lov og Rett*, 1994 s. 325; Marius Stub, «Om 'fjordlaksformelen' og forvaltningens subsumsjonsfrihet – En kommentar til Hans Petter Graver», *Lov og Rett* 47 nr. 3, 2008 s. 176.

²³ Sml. Stub (2008) s. 169 fn10; Eckhoff og Smith (2014) s. 362.

²⁴ Kfr. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget 2015 s. 236.

²⁵ I deontisk logikk er kombinasjonen av handle- og avståelsesfrihet kalt en «option». Alternative terminologier er «bilateral liberties» eller «paired privileges», se Hart (1982) s. 166–167; Leif Wenar, «The Nature of Rights», *Philosophy & Public Affairs* 33 nr. 3, 2005 s. 226. For videre omtale av enkle friheters status som rettsposisjoner, se Carl Wellman, *A Theory of Rights*, Totowa: Rowman and Allanheld 1985 s. 65–66; Sumner (1987) s. 36–37; Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton: PUP 2014 s. 157–158.

utsagn om at Jonas har frihet til å klippe hekken – han har ingen plikt til å la være – men også en plikt til å klippe hekken.²⁶ Jonas' frihet til å handle er nå kombinert med handleplikt. En slik ensidig frihet kan kalles en *enkel frihet*. To enkle friheter, til både å handle og å la være, går sammen for å danne en valgfrihet.

Enkle friheter er overalt, fordi vi trenger frihet til å gjøre det vi har plikt til å gjøre. Den som har plikt til å innfri et gjeldskrav, for eksempel, har også frihet til å innfri kravet.²⁷ Tilsvarende vil en avståelsesplikt være kombinert med en enkel avståelsesfrihet. Plikten til å avstå fra voldsutøvelse er kombinert med en enkel frihet til å oppfylle avståelsesplikten gjennom passivitet.

Ved behov for å presisere hva slags frihet som foreligger, vil jeg beskrive friheten som en (enkel) handlefrihet, en (enkel) avståelsesfrihet eller som en valgfrihet. Hvorvidt de enkle frihetene fortjener å betegnes som rettigheter vurderes i neste punkt. Uansett er disse terminologiske grepene nødvendige for å motvirke mulig flertydighet og skinnuenighet. Ta for eksempel utsagnet «Domstolene har frihet til å prøve rettsspørsmål». For den som i begrepet «frihet» ser potensialet for en enkel frihet, kan utsagnet tjene som en konstatering av domstolenes *alminnelige provingsrett*, altså av en kompetanse kombinert med frihet og plikt til å prøve rettsspørsmål. For den som forbinder «frihet» med «valgfrihet», derimot, er det mer nærliggende å tolke utsagnet som konstatering av domstolenes *tilbakeholdsrett*, i form av en kompetanse kombinert med frihet både til å prøve rettsspørsmål og til å la være.²⁸

2.2.2 Skillet mellom pliktmodaliteter

I norsk teori har det vært vanlig å benytte et videre sett med begreper, i form av pliktmodalitetene påbud, forbud, fritak og tillatelse.²⁹ Det er flere grunner til at jeg ikke vil bruke disse pliktmodalitetene aktivt. Den viktigste er

²⁶ I tillegg kan setningen tolkes til at Jonas har et krav mot at andre avstår fra å hindre ham i å klippe hekken. Denne automatiske inklusjonen av krav mot hindringshandlinger er tematisert i artikkelens punkt 3.

²⁷ Eckhoff (1969) s. 88. Sml. Hohfeld (1964) s. 39.

²⁸ Den samme, stille overgangen skjer fra en «rett» som valgfrihet i Grunnloven § 109 første ledd første punktum, til «rett» som enkel frihet i annet punktum, se Wibye (2018) s. 513–515.

²⁹ Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo: Universitetsforlaget 2007 s. 73.

at de ikke er strengt nødvendige for analysens formål.³⁰ Pliktmodalitetene er et valgfritt tillegg til Hohfelds rettighetsanalyse, og resultatet av å kombinere begge begrepsapparater er, ikke overraskende, en svært kompleks fremstilling.

Den andre grunnen til ikke å bruke pliktmodalitetene aktivt, er at man dermed slipper å ta stilling til diskusjoner om nødvendige sammenhenger mellom rett og plikt. Pliktmodalitetene har tradisjonelt blitt knyttet til en påstand om at påbud *impliserer* handlefrihet. Med dette grepet forutsettes det at retten ikke kan inneholde plikt-kollisjoner – at samme handling aldri kan være både påbudt og forbudt. Denne forutsetningen er det mulig å problematisere.³¹

Den tredje grunnen til å ikke benytte pliktmodalitetene, er at begrepene «krav» og «frihet» ligger nærmere lovspråket. Jurister er vant med å beskrive handleplikter som «påbud» og avståelsesplikter som «forbud», men er neppe like fortrolige med deres negasjoner «fritak» og «tillatelse». Særlig «tillatt» er språklig tveetydig. Fra den juridiske teorien er det eksempler på at «tillatt» brukes som betegnelse på en enkel handlefrihet, som betegnelse på en valgfrihet eller at begge forståelser brukes om hverandre.³² Forsøk på å monopolisere én av disse betydningene kan lede til misforståelser.³³

³⁰ Moritz argumenterte for å kombinere Hohfelds analyse med pliktmodaliteter (en såkalt «Gebots-Modell»), men da kun som et valgfritt og klargjørende verktøy, og aldri som et nødvendig tillegg, se Manfred Moritz, *Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, Lund: Gleerup 1960 s. 13, 39, 59. Nødvendigheten av å kombinere Hohfelds system med pliktmodaliteter er grundig tematisert hos Alexy, som konkluderer at tapet av pliktmodalitetenes analytiske kraft er en liten pris å betale, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp 1986 s. 190–191 fn103. For den som ønsker å bruke begge begrepsapparater, er det alltid mulig å konvertere utsagn (f.eks. er en frihet til å avstå fra å handle (-H) det samme som fraværet av plikt til H, hvilket er det samme som fritak fra en plikt til H, hvilket er det samme som fravær av påbud om å gjøre H).

³¹ Se Eng (2007) s. 73. Kfr. Ross (1968) s. 172–174; Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht: Springer 1973 s. 235; H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon, 1983 s. 325–326.

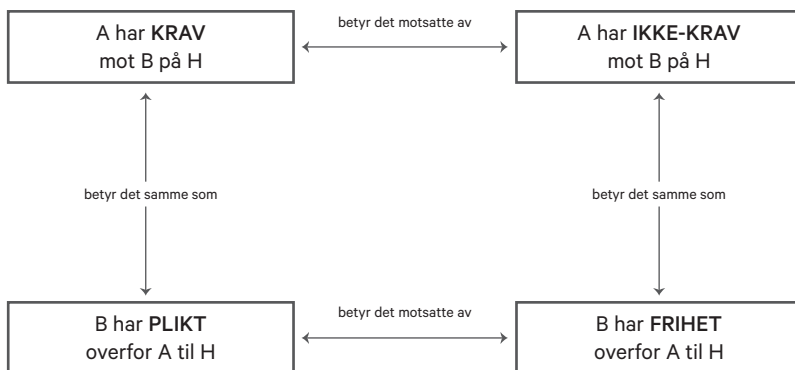
³² For bruk av «tillatt» som henvisning til valgfrihet, se Moritz (1960) s. 34–35. For bruk av «tillatt» som negasjon av forbud, se Ross (1968) s. 128–130; Eckhoff og Sundby (1991) s. 73. For begge deler, se Sundby (1974) s. 64. Eng definerer «tillatt» som «ikke forbudt», men påpeker at «tillatt» også kan bety «valgfrihet», Eng (2007) s. 72–74.

³³ Arnholm (1964) s. 60.

2.2.3 Forholdet mellom frihet og plikt

Friheters tosidighet kan forklare en tilsynelatende spenning mellom to utgangspunkter: at en frihet både er *fraværet* av en plikt og kan opptre i *kombinasjon med* en plikt. En enkel frihet har begge disse egenskapene. For å finne frem til plikten som er det motsatte av en enkel frihet, er det nødvendig å snu modaliteten til enten friheten eller plikten. Det motsatte av en plikt til å betale skatt er altså ikke en frihet til å betale skatt, men en frihet til *ikke* å betale skatt. Tilsvarende, det motsatte av en frihet til å krysse eid grunn er ikke en plikt til å krysse grunnen, men en plikt til *ikke* å krysse grunnen.³⁴ Slik Ross skrev, «medens A's 'krav på' er modstykket af B's pligt, er A's 'ret til' negationen av A's pligt til det kontradiktorisk modsatte forhold.»³⁵

Denne særegenheten ved forholdet mellom frihet og plikt har vært lite fremme i norsk rettsteori, hvilket ved flere anledninger har ledet til en skjevhet i måten rettighetsforhold beskrives. Skjevheten fremgår av følgende skjema, som har blitt inntatt av en rekke norske forfattere opp gjennom historien:³⁶



³⁴ Glanville Williams, «The Concept of Legal Liberty», *Columbia Law Review* 56 nr. 8, 1956 s. 1135; Moritz (1960) s. 31; Stig Kanger og Helle Kanger, «Rights and Parliamentarism», *Theoria* 32 nr. 2, 1966 s. 102–103; Thomas D. Perry, «A Paradigm of Philosophy: Hohfeld on Legal Rights», *American Philosophical Quarterly* 14 nr. 1, 1977 s. 42; Alexy (1986) s. 190; J. Harris, *Legal Philosophies*, 2. utg., London: Butterworths 1997 s. 87; Kramer mfl. (1998) s. 13.

³⁵ Ross (1953) s. 192, se også 200 fn3.

³⁶ Eckhoff (1953) s. 292; Arnholm (1964) s. 57; Jo Hov, *Rettsforlik*, Oslo: Universitetsforlaget, 1976 s. 88; Eng (2007) s. 146.

Problemet med skjemaet er dets beskrivelse av forholdet mellom frihet og plikt. La oss anta at handling «H» er «å betale skatt». Det hevdes at «B har plikt overfor A til å betale skatt» betyr det motsatte av utsagnet «B har frihet overfor A til å betale skatt». Men en «frihet til å betale skatt» er ikke, som vi har sett, det motsatte av «plikt til å betale skatt»; de to rettsposisjonene kan opptre sammen. For at frihet og plikt skal være motsetninger må de ha forskjellig modalitet. Det motsatte av at «B har plikt overfor A til å betale skatt» er at «B har frihet til å *avstå* fra å betale skatt». Skal skjemaet være korrekt må man altså erstatte enten «plikt overfor A til H» eller «frihet overfor A til H» med henholdsvis «plikt overfor A til ikke-H» eller «frihet overfor A til ikke-H». Et slikt grep vil imidlertid medføre at skjemaets øvrige sammenhenger svikter.³⁷

3 Frihetenes plass innenfor rettighetsbegrepet

3.1 Begrunnelser for å holde friheter utenfor rettighetsbegrepet

I dette punktet drøftes påstanden om at friheter må holdes utenfor det juridiske rettighetsbegrepet. Det er nødvendig å ta stilling til denne generelle innvendingen mot friheters rettighetsstatus før jeg går videre til to påstander som holder undergrupper av friheter utenfor det juridiske rettighetsbegrepet. Disse to videre påstandene er at nakne friheter er rettslig irrelevante (punkt 4), og at trivielle friheter er rettslig irrelevante (punkt 5).

En frihets verdi ligger i å kunne handle, eller la være å handle, uten frykt for rettsbrudd og tilknyttede reaksjoner.³⁸ Denne tryggheten er både av enorm betydning for individer og for samfunnet disse individene er del av.

³⁷ Skjemaet ble kritisert av Moritz allerede i 1960, med henvisning til Eckhoffs bruk i 1953, jf. Moritz (1960) s. 27–33, se særlig 28 fn29. Det er en mulig sammenheng mellom skjemaets utbredelse og påstander om at Hohfeld ga et feilaktig bilde av forholdet mellom frihet og plikt, se f.eks. Williams (1956) s. 1135–1139; Henning Herrestad, *Formal Theories of Rights*, Oslo: Karnovs 1996 s. 196. Slik kritikk er noe ufortjent all den tid Hohfeld gjorde det helt tydelig at enten frihetens eller pliktens modalitet måtte snus for å finne frem til deres motsats: «[W]hen it is said that a given privilege is the mere negation of a duty, what is meant, of course, is a duty having a content or tenor precisely opposite to that of the privilege in question. [...] X's privilege of entering is the precise negation of the duty to stay off.» Hohfeld (1964) s. 39.

³⁸ Ross (1953) s. 200. «[T]he liberty to trade is of precisely the same 'use' as any other liberty; it states a protection from legal proceedings for breach of duty», Williams (1956) s. 1146.

Ved siden av synlige eksempler som yringsfrihet, bevegelsesfrihet, foreningsfrihet og trosfrihet, kommer verdien av de utallige handle- og avståelsesfrihetene som ligger til grunn for hver persons daglige gjøremål.

Hvis frihetene er av så stor betydning, hvorfor ønsker noen å utdefinere dem fra rettighetsbegrepet? En mulig årsak er, som allerede nevnt, at en frihet er negativt definert. Vår erkjennelse, og våre sanser, har lett for å overse det som virker i det stille. Frihetene rammes dermed av samme fenomen som ligger bak vaksinemotstand (vaksinenes betydning overses fordi den måles i dødsfall som ikke finner sted) og feilvurdering av risiko (det er kun de overlevende som er i stand til å uttale seg om graden av fare).

En annen mulig grunn til at friheter blir holdt utenfor rettighetsbegrepet har mindre å gjøre med at man overser deres betydning og mer å gjøre med at man ikke anser dem som tilstrekkelige for rettighetsstatus. Problemet er at de er *svake*.³⁹ En persons frihetsutøvelse kan enkelt hindres av andre persons handlinger. For eksempel, hvis grunneiere hadde adgang til å sette opp sperringer rundt sin grunn, ville det være mindre realitet i en frihet til å ferdes i utmark etter friluftsløven § 2 første ledd. Friheten til å demonstrere kan i praksis bli uthult dersom demonstranter mangler krav om beskyttelse mot voldelige motdemonstranter, eller om myndighetene hadde adgang til å sperre av innfartsårer til demonstrasjonsstedet. En frihet til å disponere over egen eiendom vil være sårbar uten beskyttelse mot tyveri, skade, ekspropriasjon og lignende. Slike handlinger kalles her «hindringshandlinger» (hvor noen er mer bokstavelige enn andre). De har som resultat at handlingen som er belagt med en frihet, i praksis ikke kan utføres.

Det er på bakgrunn av frihetenes negative status og svakhet at man må lese kritikk av frihetene som rettsposisjoner. For bedre å forstå Ross' påstand om at friheter er rettslig irrelevante, kan den sammenlignes med en tidligere innvending fra rettsteoretikeren og Hohfeld-kritikeren Albert Kocourek:

If A, the owner of a cigar, smokes it in his study, he exercises a liberty, or, in the language of the Hohfeld System, a 'privilege'. No one has a claim against A that he shall not smoke the cigar. What is the possible juristic significance of the act? Does the law in any way undertake for the advantage of others to

³⁹ Sundby (1974) s. 66; Judith J. Thomson, *The Realm of Rights*, Cambridge, Mass.: HUP 1990 s. 46.

say that A shall, or shall not, smoke the cigar? Not at all. Then where is the juristic significance?⁴⁰

Eksempelet om sigarrøyking kan synes å ha tapt noe av sin relevans gjennom moderne røykelovgivning, som blant annet gjør at det ikke lenger er adgang til å røyke på et arbeidskontor. Kocoureks underliggende resonnement er imidlertid like relevant i dag som da innvendingen ble fremsatt. Slik vi vil se i det følgende, evner også røyke-eksempelet å vise hvordan oppfatningen av friheter kan endre seg i tråd med et skiftende rettslig landskap.

Kjernen i Kocoureks resonnement er en observasjon av at valgfrihetens utøvelse ikke leder til noen rettslige reaksjoner. Sett at en person, Johannes, ønsker at en kollega, Torstein, skal avstå fra å røyke sigar på sitt arbeidsværelse. Johannes kan ikke med loven i hånd kreve at Torstein avstår fra å røyke sin sigar. Torstein kan altså røyke sigaren eller la være, alt uten å begå et pliktbrudd. For Kocourek betød fraværet av rettsvirkninger at friheten til å røyke befinner seg i et rettsomt rom.⁴¹ Det er samme resonnement som ligger bak Ross' påstand om at en fri handling er «retlig indifferent». Følgen er, for Ross, at uttrykk som «å ha rett til» eller «å være berettiget» ikke passer for friheter.⁴² Tilsvarende ga Tranøy uttrykk for at frihetsnormeringen av sigarrøyking mangler normativ betydning.⁴³ Et lignende syn ligger trolig til grunn for Sundbys påstand om at tillatelser som fulgte av fravær av forbud og påbud, ikke hviler på en egen norm.⁴⁴

Dette restriktive synet på friheter lever videre i moderne fremstillinger.⁴⁵

⁴⁰ Albert Kocourek, «The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts», *Illinois Law Review* 15, 1920 s. 36.

⁴¹ Relasjonen mellom frihet og dens korrelat ikke-krav er, ifølge Kocourek, bare negasjonen av relasjonen mellom plikt og pliktens korrelat krav (som er en rettslig relasjon), se Albert Kocourek, «Non-Legal Content Relations», *Illinois Law Quarterly* 4, 1921 s. 234.

⁴² Ross (1953) s. 200, 212. Med «frihet» siktet Ross til en valgfrihet, med mindre noe annet ble spesifisert, jf. Ross (1968) s. 129. Arnholm brukte frihetsbegrepet på samme måte, jf. Arnholm (1964) s. 66.

⁴³ Knut Erik Tranøy, «An Important Aspect of Humanism», *Theoria* 23 nr. 1, 1957 s. 41–42. For Tranøy var frihetens normative betydning betinget av dens beskyttelse mot hindringshandlinger. Slik sammenslåing av krav og frihet er drøftet videre i punkt 4. Se videre Sumner (1987) s. 34 flg.

⁴⁴ Sundby (1974) s. 69.

⁴⁵ «[M]ere Hohfeldian liberties are not rights», George W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, Dordrecht: Springer 2006 s. 30. Sml. Anna Taitlin, «Is Liberty a Right?», *Australian Journal of Legal Philosophy* 39, 2014 s. 77–80.

Blant de mer renskårne eksemplene er hvordan man i moderne arbeidsrett diskuterer overgangen fra en *frihet* til å streike til en *rett* til å streike, som om friheten selv ikke er en rett.⁴⁶ Det er også tegn på at det restriktive synet på friheter preger forvaltningsrettslige fremstillinger. Bernt beskriver den tradisjonelle læren om forvaltningens frie skjønn som forvaltningens «'sorte boks' – et ledd i beslutningsmekanismen som anses av *ikke-rettslig* karakter».⁴⁷ Betegnelsen «ikke-rettslig» henspiller på at skjønnsutøvelsen er unntatt domstolsprøving, ut fra en tilsynelatende begrunnelse om at det som hverken er påbuds- eller forbudsregulert, befinner seg utenfor retten. Tydeligst fremkommer denne sidestillingen av frihet med rettslig irrelevans hos Graver, som beskriver et syn på forvaltningens skjønn hvormed «avgjørelsens innhold ikke er regulert av rettsregler, men stiller forvaltningen fritt».⁴⁸ Til en slik forestilling kan man først innvende at forvaltningens skjønnsutøvelse aldri er helt vilkårlig, men et valg mellom rettslig styrte alternativer. Alternativt kan man forsvere en påstand om at forvaltningens frihet, altså dens fravær av plikt, i seg selv er av rettslig karakter.

3.2 Et formelt og praktisk forsvar av frihetenes rettighetsstatus

Kritikernes sentrale påstand er at en frihet til å røyke mangler rettslig relevans fordi den ikke utløser rettslige reaksjoner. Men i denne påstanden ligger også kimen til et motsvar. Dette blir klarere hvis vi forestiller oss at Johannes går til søksmål mot Torstein, med påstand om at han må avstå fra å røyke på sitt arbeidsværelse.⁴⁹ Vi forutsetter også at søksmålet blir tillatt. Dommeren i saken vil da ha to mulige valg: Enten må hun gi Johannes medhold, og slå fast at Torstein har en avståelsesplikt, eller så må hun gi Torstein medhold, og slå fast at Torstein ikke har noen slik plikt. Det første resultatet er en stadfestelse av en plikt og gir åpenbart uttrykk for en rettsregel. Det andre resultatet er en stadfestelse av en frihet. Spørsmålet er så, hvis domstolens første resultat er rettslig relevant, hvordan kan det ha seg at domstolens andre resultat gir uttrykk for en situasjon som ikke er regulert

⁴⁶ Bernd Waas, *The Right to Strike: A Comparative View*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014 s. 9 flg.

⁴⁷ Jan Fridthjof Bernt, «Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1978 s. 314–315, min kursivering.

⁴⁸ Graver (2015) s. 236.

⁴⁹ Eksempelet følger Joseph W. Singer, «The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld», *Wisconsin Law Review* 6, 1982 s. 991.

av rettsregler? Torstein vil tross alt være like interessert i å vinne frem og få stadfestet sin frihet til å røyke, som Johannes er i å få stadfestet en avståelsesplikt. Eller slik Singer påpekte etter samme resonnement, «[s]urely a ruling that the defendant wins is a ruling of law».⁵⁰

At friheter er like relevante rettsnormer som plikter, kan også forsvares prinsipielt. En rettslig plikt er noe som enten finnes eller ikke. Videre er det på det rene at et utsagn om atplikten finnes, er en rettslig relevant opplysning. Hvorfor skal da utsagnet om atplikten *ikke* finnes vurderes annerledes? Utsagn om noe kan ta form av både en stadfestelse av dette «noe» og av dets negasjon. Utsagnene «Det regner» og «Det regner ikke», for eksempel, er begge utsagn om regn. På samme måte vil både utsagnet «Det finnes en plikt til å gjøre H» og «Det finnes ikke en plikt til å gjøre H» telle som utsagn om rettsnormer. Erstatter man utsagnet om fraværet av plikt med et ekvivalent utsagn om tilstedeværelsen av frihet, kommer man frem til at utsagnet «Det finnes en frihet til ikke å gjøre H» er et utsagn om rettens innhold.

Denne samme konklusjonen er uttrykt hos Eckhoff gjennom påstanden om at «[d]e ‘negative’ relasjoner betegner realiteter i like høy grad som de ‘positive’».⁵¹ Altså, friheter er like mye rettsregler som plikter. Eckhoffs påstand ble fremsatt i forbindelse med hans redegjørelse for Hohfelds rettighetsanalyse, hvor Hohfeld skrev følgende om forholdet mellom frihets- og kravsrettigheter:

A rule of law that permits is just as real as a rule of law that forbids; and, similarly, saying that the law permits a given act to X as between himself and Y predicates just as genuine a legal relation as saying that the law forbids a certain act to X as between himself and Y.⁵²

Disse teoretiske utgangspunktene harmonerer med praktisk observasjon. Et erstatningssøksmål, for eksempel, har to mulige utfall. Det første er at retten stadfester et erstatningsansvar som kan lede til betalingsplikt. Det

⁵⁰ Singer (1982) s. 992.

⁵¹ Eckhoff (1953) s. 295. Se også Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New York: Oceana Publications 1960 s. 86. For en kritikk av Kocoures formallogiske premisser, se Moritz (1960) s. 41–46.

⁵² Hohfeld (1964) s. 48 fn59; Pierre Schlag, «Hohfeldian Analysis, Liberalism and Adjudication (Some Tensions)», i *The Legacy of Wesley Hohfeld*, red. Shyam Balganes, mfl. Cambridge: CUP 2018 s. 22.

andre er at retten stadfester et fravær av ansvar, og dermed en frihet fra å måtte betale erstatning. For partene til søksmålet synes begge resultater å være like interessante.⁵³ Dette utgangspunktet har direkte prosessuell relevans, i den forstand at både påstanden om at det finnes en plikt til å betale erstatning og påstanden om at det finnes en frihet til å la være å betale erstatning, er påstander som kan oppfylle vilkåret om rettskrav i tvisteloven § 1-3 første ledd.⁵⁴ Tilsvarende som i erstatningsretten vil gjelde i en forvaltningssak. For eksempel, hvis en søknad om byggetillatelse blir innvilget, så er søkeren fri til å føre opp bygget. Hvis søknaden avslås, består plikten til å avstå fra å føre opp bygget. Begge utfall må regnes som vedtak bestemmende for rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 bokstav a. Dette poenget blir enda klarere i konsesjonssaker, hvor det søkeren etter spør nettopp er negasjonen av den eller de forbud som ligger til grunn for konsesjonsordningen.

Ut fra disse synspunktene, og i tilslutning til Singer, Eckhoff, Hohfeld og andre, betrakter jeg friheter som juridiske rettigheter. Deres effekt er kanskje ikke like synlig som effekten av krav og kompetanser, men den er like fullt reell.

Gjelder samme konklusjon for både enkle friheter og valgfriheter? Fra et rent språklig ståsted er det selvfølgelig mulig å kun bruke ordet «frihet» til å beskrive valgfriheter og dermed holde enkle friheter utenfor rettighetsbegrepet. En slik forståelse synes imidlertid ikke å samsvare med vanlig språkbruk. Det er flere kontekster hvor det fremstår som naturlig å betegne en enkel frihet som en rettighet. Det virker for eksempel som et rettsgode at man har frihet til å ta ferie, selv om man også plikter å ta ferie, jf. ferieloven § 5.⁵⁵ Videre ville vi neppe finne det kunstig om en vekter fikk spørsmålet «Hvilken *rett* har du til å være på denne eiendommen?», selv der vokterens frihet til å være på eiendommen er kombinert med en kontraktsfestet plikt til å overvåke området.⁵⁶

⁵³ Sml. Williams (1956) s. 1130.

⁵⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister. Se om dette Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, 3. utg., Oslo: Papinian 2017 s. 85–101. Hov legger til grunn at både krav og (deres negasjon) frihet, samt kompetanser og (deres negasjon) immunitet, kan være gjenstander for selvstendige søksmål.

⁵⁵ Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie.

⁵⁶ Et lignende eksempel kan finnes hos Hart (1982) s. 174. Sml. Eckhoff (1969) s. 88 flg. Den noe kontraintuitive følgen er at det finnes rettigheter i enhver pliktsituasjon. Denne erkjennelsen er ikke bare en logisk følge av å anerkjenne fraværet av plikt som en rettighet, men også et egnet utgangspunkt for analyse.

3.3 Implikasjoner av å regne friheter som rettigheter

Rettslige friheter har ikke fått mye oppmerksomhet i juridisk teori, og med manglende teoretisk synlighet er det heller ikke så overraskende at frihetsbegrepet sjeldent brukes i lovtekst. Det er flere mulige forklaringer på den manglende interessen. Én av dem er de nevnte egenskapene ved friheter, altså at de er negativt definerte og potensielt svake. En annen kan være at Ross' form for kritikk aldri fikk særlig motbør i det norske rettsvitenskapelige miljøet. En tredje mulig forklaring tar form av en påstand om at det er mer givende å uttrykke rettsregler ved hjelp av pliktbegrepet enn som friheter (slik praksis er). Denne siste forklaringen mener jeg imidlertid ikke holder mål. Det er mange gode grunner til å forsøke å synliggjøre disse tilsynelatende ubetydelige størrelsene i vår rettsordning. Ulempene ved å ikke regne friheter som rettslige relasjoner, og verdien av å anerkjenne deres funksjon innenfor rettsordningen, ble kanskje best uttrykt av H.L.A. Hart:

Bentham in my view was certainly justified in regarding liberty-rights as of very great importance. Some later theorists have thought that so negative an idea could be of little significance for jurisprudence and could not represent 'a legal relation'. This I am sure is a great mistake. Without attention to this negative and apparently insignificant element there cannot be any clear understanding of such important ideas as that of ownership, or of the legal character of the sphere left open by the law to economic competition, or any clear formulation of many legal problems to which that has given rise.⁵⁷

Harts budskap står i sentrum for denne artikkelen. I likhet med Hart mener jeg at både lovtekst og beskrivelser av rettens innhold vil kunne bli klarere og mer presise gjennom en mer bevisst holdning til friheter (eller til fraværet av plikt, for de som ikke ønsker å sette likhetstegn mellom frihet og pliktnejasjon). Allerede nevnte eksempler er omtale av forvaltningsskjønn og domstolenes prøvingsrett. Artikkelen videre eksempler vil, forhåpentligvis, understreke Harts poeng ytterligere.⁵⁸

Ved siden av å styrke rettslig diskurs, har anerkjennelsen av friheter en overføringsverdi til mer prinsipielle diskusjoner. Overses frihetenes rolle,

⁵⁷ Hart (1982) s. 166.

så overses også et vesentlig aspekt av samfunnets organisering.⁵⁹ Dette kan være med å forklare hvorfor friheter, forstått som fraværet av plikt, har hatt en så sentral plass i politisk teori og moralfilosofi.⁶⁰ Med et robust frihetsbegrep, som fungerer i både rettslige og normative sammenhenger, er man bedre rustet til å forene rettsdogmatisk og rettspolitisk analyse.

4 Nakne friheter

4.1 Begrunnelsen for å holde nakne friheter utenfor rettighetsbegrepet

Til Ross' undersøkelse av frihetsbegrepet hørte også en redegjørelse for statusen til «blotte friheder», hans betegnelse på friheter som mangler beskyttelse i form av krav mot forstyrrende handlinger, som for eksempel en ferdselfrihet uten beskyttelse mot at det settes opp stengsler. Tranøy kalte en

⁵⁸ Nyttan av å synliggjøre friheter kan illustreres på områdene nødverge, abort og prostitusjon. *Nødverge*. Det vil være mer treffende å tale om en *frihet* til nødverge enn et *krav* om nødverge. Villkårene for nødverge bestemmer når den opprinnelige plikten til å avstå fra bruk av vold erstattes med dets motsats, altså med en frihet til å bruke vold, jf. Hohfeld (1964) s. 41 fn39, 94. Å forstå nødverge som frihet avdekker også en ytterligere dimensjon i Augdahls utsagn «til feighet er man ikke forpliktet»; fraværet av plikt er ikke bare et hensyn bak nødverge, men også et kjennetegn ved nødverget som rettsposisjon, jf. Per Augdahl, *Nødverge*, Oslo: Cappelen 1920 s. 78–79. Kfr. Strahl, som kontroversielt nok hevdet at det ikke finnes noen plikt til avståelse fra voldshandlinger i fraværet av nødverge, se Ivar Strahl, «Till frågan om rättighetsbegreppet», *Tidsskrift för Rettsvitenskap* 1947 s. 503 fn1. *Abort*: Man har riktignok krav om tilretteleggelse for gjennomføringen av abort, men valget om å ta abort eller ikke er en frihet. For et eksempel på hvordan navngivningen og fremhevingen av denne friheten kan virke klargjørende, se Thomson (1990) s. 289 flg. *Prostitusjon*: Kjøp av sex er gjort straffbart, jf. lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff § 316 første ledd bokstav a, mens salg ikke er det. Det betyr at prostituerte ikke er underlagt et forbud mot å selge sex, hvilket igjen betyr at de har frihet til å selge sex. Denne friheten er det verdt å sette navn på, og å betegne som rettighet, jf. Johan Wibye, «Prostitusjonsinntekter, samvittighetsforbehold og plassering av rettigheter», *Lov og Rett* 58 nr. 4, 2019 s. 255–256.

⁵⁹ Thomson (1990) s. 49.

⁶⁰ Et kjent eksempel er hvordan det Hohfeldianske frihetsbegrepet brukes til å forklare Hobbes' naturtilstand, jf. Richard Flathman, *The Practice of Rights*, Cambridge: CUP 1976 s. 41. En av de mest innflytelsesrike konseptualiseringene av frihet som (bl.a.) fravær av plikt er hos John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: HUP 2009 s. 177. Rawls' drøftelse er imidlertid ikke begrenset til juridiske rettigheter, og reiser en rekke spørsmål om forholdet mellom friheter og deres kravbeskyttelse. Disse behandles i neste punkt. Se videre John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press 2005 s. 325; Nikolai Lazarev, «Hohfeld's Analysis of Rights», *Murdoch University Electronic Journal of Law* 12 nr. 1, 2005 s. 4.

slik frihet for en «blott og bar tillatelse». ⁶¹ For å sikre et bedre samsvar med moderne språkbruk, kaller jeg disse frihetene for «nakne friheter». ⁶² Ross' syn på de nakne frihetenes plass fremgår av følgende avsnitt:

Som rettsvidenskabeligt hjelpemiddel skal rettighedsbegrebet netop tjene til at angive et vist retsindhold. De blotte friheder adskiller sig klart fra de tilfælde, hvor den fordel en person nyder er resultatet af en retlig regulering i dette øjemed. De blotte friheder må derfor udskilles af rettighedsbegrebet. ⁶³

Slik det fremgår av det siterte, sluttet Ross seg til Hohfelds forståelse av rettigheter som fordelaktige posisjoner. Det finnes flere måter å forstå hans påstand om at nakne friheter ikke er en fordel som er resultat av en rettslig regulering. Én er som en påstand om at alle ikke-normfestede friheter faller utenfor rettighetsbegrepet. Denne forståelsen harmonerer imidlertid dårlig med Ross' øvrige forfatterskap. ⁶⁴ En mer nærliggende forståelse er at Ross tok utgangspunkt i et *faktisk rettighetsbegrep*: For at en frihet skal kvalifisere som en rettighet i egentlig forstand, forutsettes det at friheten har den formen for beskyttelse som er nødvendig for at rettighetsbæreren faktisk kan nyte innholdet i friheten. Alternativet til et faktisk rettighetsbegrep er et *analytisk rettighetsbegrep*: En rettighet foreligger overalt der man finner en frihet i form av en pliktnejasjon, uavhengig av om rettighetsbæreren har praktisk adgang til å utøve friheten. Spørsmålet i det følgende er hvilket av disse to rettighetsbegrepene som gir det mest fruktbare utgangspunktet for analyse.

Forskjellen mellom en naken og en beskyttet frihet kan illustreres med et eksempel som dessverre har fått en ny aktualitet. Stemmeundertrykkelse («voter suppression») betegner forsøk på å legge hindringer i veien for utøvelsen av friheten til å avlegge stemme, eksempelvis gjennom strenge dokumentasjonskrav, fjerning av stemmeberettigede fra valglistor eller

⁶¹ Knut Erik Tranøy, «Rettighetsbegrepet som venn og fiende», *Mennesker og Rettigheter* 19, 2001 s. 54.

⁶² Dette samsvarer for øvrig med Harts språkbruk, som definerte en «naked right» som «a liberty unprotected by any obligation», Hart (1982) s. 172.

⁶³ Ross (1953) s. 212.

⁶⁴ Ross argumenterte overbevisende for at friheters rolle som vern mot andres rettsfølgelse er uavhengig av skillet mellom ikke-/normfestede tillatelser, jf. Ross (1968) s. 120–124, 129.

manipulasjon ved hjelp av sosiale medier. Om man legger til grunn et faktisk rettighetsbegrep, må friheten til å stemme være beskyttet av krav mot slike hindringshandlinger for å kvalifisere som rettighet. Om man legger til grunn et analytisk rettighetsbegrep er det nok at stemmeavleggelse ikke er forbudt. Utøvelsen av stemmerett er et særlig egnet eksempel fordi det også ble brukt av Tranøy, som argumenterte for den samme utdefineringen av nakne friheter fra rettighetsbegrepet som hos Ross:

[E]n blott og bar tillatelse betyr: 'Ja, bare gjør det hvis du kan. Det er ikke forbudt å prøve. Men du må ikke vente deg at staten eller andre skal fikse det for deg'. En 'ekte' rettighet forutsetter derimot at noen har plikt til å sørge for at rettighetshaveren faktisk *kan* gjøre det han har rett til, som stemmeretten illustrerer.⁶⁵

I Tranøys øyne må altså friheter være beskyttet for å være «ekte» rettigheter. Den beskyttelsen Tranøy ser for seg tar ikke bare form av avståelseskrav, men omfatter også krav om aktiv tilrettelegging for utøvelse av stemmerett, eksempelvis ved at man innretter stemmelokaler med rullestoltilgang. Ved siden av Ross og Tranøy er det spor av samme tilnærming i Opsahls omtale av Grunnlovens rettighetsvern. Som ledd i hans gjennomgang av Grunnlovens frihetsgarantier, problematiserte Opsahl hvorvidt det ved disse bestemmelsene «ikke [er] tale om retter i subjektiv forstand som er beskyttet, men friheter uten omsetningsverdi».⁶⁶ Hos Opsahl ser vi imidlertid behovet for å være varsom med å klassifisere en forfatter som tilhenger av et faktisk rettighetsbegrep. Hans påstand om at friheter uten beskyttelse mangler omsetningsverdi trenger ikke å bety at han holdt dem utenfor rettighetsbegrepet; påstanden kan simpelthen bety at han regnet beskyttede rettigheter som mer *paradigmatiske* tilfeller av rettigheter.⁶⁷

Den videre redegjørelsen er tredelt. Den undersøker først samsvaret mellom våre alminnelige forestillinger om rettigheter og et rettighetsbe-

⁶⁵ Tranøy (2001) s. 54, opprinnelig kursivering.

⁶⁶ Torkel Opsahl, «Bør vi modernisere individets grunnlovsværn?», *Lov og Rett*, 1968 s. 50.

⁶⁷ Ryddigst er det når denne nyanseringen gjøres eksplisitt: «[A] right, in the most important sense, is the conjunction of a [privilege] and a claim-right», John L. Mackie, «Can There be a Right-Based Moral Theory?», *Midwest Studies in Philosophy* 3 nr. 1, 1978 s. 351. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1475-4975.1978.tb00366.x>.

grep som ekskluderer nakne friheter. Deretter redegjøres det for den logiske distinksjonen mellom, på den ene hånd, frihet som fravær av plikt og, på den annen, friheters kravbeskyttelse. Tredje skritt er å vurdere om den logiske distinksjonen mellom friheter og krav bør gjenspeiles i rettighetsbegrepet. Konklusjonen etter disse punktene, vil være at vi er best tjent med et rettighetsbegrep som ikke ekskluderer nakne friheter.

4.2 *Nakne friheters rettighetsstatus*

4.2.1 *Forestillinger om nakne friheter*

Avgrensningen av rettighetsbegrepet mot nakne friheter har en sterk intuitiv og praktisk appell. Dette skyldes i stor grad den normative bagasjen som rettighetsbegrepet bærer med seg. Når man har en rettighet, forventes det at rettigheten har en håndfast effekt på verden rundt. Denne effekten kan utebli dersom friheten mangler beskyttelse mot hindringshandlinger. Dermed kan det virke urimelig å kalle det en «rettighet» når en person i rullestol har en frihet til å stemme, uten at myndighetene har lagt til rette for stemmerettens utøvelse, eksempelvis ved å innrette stemmelokaler med rullestoltilgang.⁶⁸ Det kan på samme måte virke formalistisk å kalle friheten til å demonstrere en «rettighet» om demonstranter står totalt uten beskyttelse mot vold fra offentlige myndigheter eller tredjeparter. Og tilsvarende kan en adgang til å ferdes i utmark bli uthult hvis grunneiere får lov til å gjerde inn eiendom. Felles for disse tilfellene er at friheter tappes for deres faktiske innhold gjennom omstendigheter som kunne vært forebygget gjennom rettslige krav.

Det må imidlertid knyttes noen umiddelbare forbehold til oppfatningen om at friheter er noe som må kunne realiseres. Først, selv om det er legitimt å bekymre seg for evnen til å faktisk utøve friheter, er det ikke gitt at slike bekymringer må håndteres på *begrepsnivå*. Sagt på en annen måte er det liten tvil om at friheten til å stemme, til å demonstrere og til å ferdes i utmark *bør* beskyttes. Det er imidlertid et videre spørsmål om slik beskyttelse er nødvendig for å klassifisere disse frihetene som rettigheter.

⁶⁸ Eksempelet er basert på *Molka v Poland* [2006] 56550/00. Saksøkeren hevdet at mangelen på offentlig transport gjorde det umulig å stemme i lokale valg, og at dette var i strid med EMK art. 8 (1). Retten utelukket ikke at et slikt krav kunne ligge innenfor rettens område, men avviste saken på annet grunnlag.

Det er også viktig å være forsiktig med å la rettighetsbegrepet farges av assosiasjoner til termen «frihet». Frihet, i normteoretisk forstand, er bare en pliktnegasjon. Frihet som *ideal* forutsetter gjerne en grad av beskyttelse. Ved en glidning mellom frihet som ideal og som rettsposisjon, er det kort vei til en påstand om at friheter må være beskyttet for å være genuine rettigheter.⁶⁹

Endelig må man være forsiktig med å fremsette påstander om rettighetsbegrepet som er basert på observasjoner av gjeldende rett. Det er en kjensgjerning ved vår rettsordning at friheten til å stemme er kombinert med krav mot hindringshandlinger, at demonstranter har krav på beskyttelse og at allemannsretten er beskyttet av krav mot ulovlige stengsler.⁷⁰ Fra disse betingede egenskapene ved den positive rettens innhold kan man imidlertid ikke trekke nødvendighetsslutninger til hvilket frihets- og rettighetsbegrep som er å foretrekke.

4.2.2 Skillet mellom friheter og krav

Et første spørsmål for tilhengere av et faktisk rettighetsbegrep er: Hvis friheter må være beskyttet av krav for å være rettigheter, hva er det kravene beskytter? Tilhengerne er som følge av deres begrepsforståelse logisk avskåret fra å svare at kravene beskytter en *rettighet*; de vil forbeholde rettighetsbegrepet for friheter som er kombinert med krav. Hvilket annet ord skal man i så fall sette på den ubeskyttede friheten? Og videre, hvis ubeskyttede friheter ikke er rettigheter, men beskyttede friheter er det, får man ikke da to konkurrerende frihetsbegreper?

Det er for å hindre slike vansker at Hohfelds rettighetsanalyse sonderer mellom friheter og deres beskyttelse. For Hohfeld var en rettighet enhver form for rettslig fordel («any sort of legal advantage»)⁷¹ I dette ligger at friheten alene kvalifiserer som en rettighet, på lik linje med de håndfaste kravene og kompetansene som vi allerede er fortrolige med å betegne som rettigheter. Dette poenget kan illustreres ved å ta setningen «Eva har en rettighet i en tomt» og liste opp dens mulige betydninger:

⁶⁹ Singer (1982) s. 1023.

⁷⁰ For en drøftelse av behovet for slik beskyttelse, se f.eks. *Plattform 'Ärzte für das Leben' v Austria* [1988] ECHR 15, avsn. 32; *Faber v Hungary* [2012] ECHR 1648, avsn. 39.

⁷¹ Hohfeld (1964) s. 64, 71.

- a. Andre har ikke krav om at Eva skal avstå fra å benytte tomten (frihet), *eller*
- b. andre plikter å avstå fra å hindre Evas benyttelse av tomten (krav), *eller*
- c. Eva kan disponere rettslig over tomten (kompetanse), *eller*
- d. andre mangler evnen til å disponere rettslig over tomten (immunitet).⁷²

Det operative ordet er «eller». Det signaliserer at disse fordelaktige rettsposisjonene er *alternativ* og *selvstendige*, og at hver av dem er en tilstrekkelig betingelse for å kunne hevde at Eva har en rettighet. Sagt på en annen måte, det forutsettes ingen spesifikk kombinasjon av a, b, c eller d for å bruke rettighetsbegrepet. Dermed kan det heller ikke foretas noen nødvendighetslutninger mellom dem, herunder fra en (a) frihet til et (b) krav.⁷³

En av de som i nordisk tradisjon var opptatt av å gå opp grensen mellom frihet og krav, er Eckhoff. Regelfestingen av en frihet vil, etter hans syn, ikke implisere at det er gitt et tilhørende vern mot hindringshandlinger (selv om kombinasjonen kan være en naturlig tolkning). Slikt vern «forutsetter særskilte regler».⁷⁴ Den samme logiske separasjonen av frihet og krav forsvares i *Rettsystemer*, som Eckhoff skrev i samarbeid med Sundby, og i Sundbys egne tekster.⁷⁵ Den mest inngående drøftelsen av spørsmålet finner vi imidlertid hos formallogikeren Henning Herrestad. Herrestads analyse starter i en observasjon av at det finnes rettssetninger som det er naturlig å tolke som kombinerte friheter og krav. For eksempel kan det være grunnlag for å tolke utsagnet «I utmark kan enhver ferdes» som både en ferdselsfrihet og et krav mot hindringshandlinger. Herrestad regnet derfor utsagnet som en implisitt konjunksjon av formelt distinkte rettsposisjoner. Selv om både en frihet og et krav kan bakes inn i samme setning, og selv om de virker mot det samme målet, forblir de to normene distinkte. En ytterligere grunn til at Herrestads omtale er interessant, er hans drøftelse av

⁷² Listen er inspirert av behandlingen hos Neil MacCormick, «Rights in Legislation» i P.M.S. Hacker og J. Raz (red.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press 1977 s. 205.

⁷³ I Hohfelds system finnes bare én logisk nødvendig, positiv sammenheng mellom rettsposisjoner, og det er nødvendigheten av at hver rettighet er forbundet med en tilhørende byrde (korrelasjonstesen), se bl.a. Ronen Perry, «Correlativity», *Law and philosophy* 28 nr. 6, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10982-009-9045-2>.

⁷⁴ Eckhoff (1969) s. 89.

⁷⁵ Sundby (1974) s. 66; Eckhoff og Sundby (1991) s. 75.

muligheten for at juristfelleskapet deler en oppfatning om at friheter er noe som bør kunne realiseres. Til dette skriver Herrestad at selv om man skulle finne empirisk belegg for en slik oppfatning blant jurister, så gjenstår den logiske distinksjonen mellom frihet og krav. Spranget fra en frihet til et krav er fremdeles en potensiell slutningsfeil. Selve forventningen om at friheter opptrer sammen med krav, hvis den finnes, må regnes som en egen norm.⁷⁶

Sondringen mellom frihet og krav er også utbredt hos forfattere utenfor Norden.⁷⁷ Av disse er særlig Kelsens posisjon interessant, ettersom den kombinerer logisk stringens med en pragmatisk tilnærming til de nakne frihetenes potensielle svakhet. Kelsen observerte at besittelsen av en frihet ikke garanterer vern mot hindringshandlinger (eller krav om tilrettelegging for utøvelse av friheten), men at det samtidig er en kjensgjerning at utøvelsen av friheter kan forstyrres av andre rettssubjekter. Dette samspillet mellom rettigheter er, ifølge Kelsen, en reell og vedvarende kilde til konflikt i retten. Slik konflikt løses imidlertid ikke på begrepsnivå, ved å sette kravsbeskyttelse som vilkår for bruk av rettighetsbegrepet. Slike konflikter må i stedet håndteres løpende, gjennom utviklingen og ivaretagelsen av et lovverk som kombinerer frihetsnormer med den ønskede graden av kravsbeskyttelse.⁷⁸

Det er flere grunner til å følge Kelsen i å behandle beskyttelsen av friheter som en praktisk utfordring fremfor som et spørsmål om rekkevidden av rettighetsbegrepet. Ved siden av å ivareta den logiske distinksjonen mellom frihet og beskyttelse, gir dette grepet et fruktbart utgangspunkt for å ta stilling til videre spørsmål om rettigheters beskyttelse. Friheters svakhet kan nemlig skyldes andre faktorer enn at de mangler kravsbeskyttelse. En frihet vil være svak om den mangler vern mot plutselig rettsendring, eller om innehaveren av friheten mangler evnen til å bringe rettighetsbrudd inn for domstolene. Det følger at hvis kravsbeskyttelse er motivert av ønsket

⁷⁶ Herrestad (1996) s. 93–96, 130.

⁷⁷ Se bl.a. Williams (1956) s. 1143; Rowan Cruft, «Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?», *Law and Philosophy* 23 nr. 4, 2004 s. 357. Det er grunn til å være oppmerksom på at flere drøftelser på dette området gjelder innholdet i *moralske* friheter, hvor forholdet til rettsnormer må problematiseres særskilt, se bl.a. John Finnis, «Some Professorial Fallacies About Rights», *Adelaide Law Review* 4, 1971 s. 382; Mackie (1978) s. 351; Joseph Raz, «On the Nature of Rights», *Mind* 93, 1984 s. 199.

⁷⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. utg., Wien: Deuticke 1960 s. 44.

om å sikre friheter, så er det mulig å formulere lignende begrunnelser for at friheter bør være beskyttet av immuniteter og kompetanser. Det er heller ikke bare rettslige friheter som kan være svake. Lignende argumenter kan formuleres for krav, kompetanser og immuniteter. Det logiske endepunktet for en utelukkelse av friheter fra rettighetsbegrepet som følge av deres svakhet, synes med dette å være at rettsposisjoner kan ekskluderes fra rettighetsbegrepet på en hel rekke forskjellige grunnlag.⁷⁹

Redegjørelsen så langt støtter det analytiske rettighetsbegrepet. Dette kan imidlertid ikke være siste ord i debatten. Selv om det mangler logisk belegg for å hevde at kun beskyttede friheter er rettigheter, kan det fremdeles være gode normative eller praktiske grunner til å avgrense rettighetsbegrepet på denne måten. Også Ross aksepterte at det teknisk sett var mulig for lovgiver å tildele noen en frihet uten kravbeskyttelse. Hans poeng gikk dypere, til en påstand om at det i praksis trengs sterkere beskyttelse for å gi friheter rettighetsstatus.⁸⁰ Det gjenstår derfor å vurdere om det analytiske rettighetsbegrepet tåler møtet med virkeligheten.

4.2.3 Praktiske eksempler på nakne friheter

En påstand om at nakne friheter ligger utenfor rettighetsbegrepet, kan svekkes gjennom eksempler på friheter som mangler beskyttelse, men likevel fortjener å kalles for juridiske rettigheter. Hohfeld selv demonstrerte skillet mellom krav og friheter ved hjelp av en rekesalat. Hans eksempel, basert på et tidligere eksempel hos John Chipman Gray, har etablert seg som en klassiker i rettighetslitteraturen og er derfor et naturlig sted å starte:

The eating of shrimp salad is an interest of mine, and if I can pay for it, the law will protect that interest, and it is therefore a right of mine to eat shrimp salad which I have paid for, although I know that shrimp salad always gives me the colic.⁸¹

Den sentrale påstanden i dette avsnittet er at den som har kjøpt en rekesalat har kjøpt en rett til å spise rekesalaten, og at loven vil beskytte denne retten. Som svar påpekte Hohfeld at Grays eksempel skjuler et stille premiss. Ved

⁷⁹ Dette resonnementet er fulgt videre hos Wellman (1985) s. 59–60.

⁸⁰ Ross (1953) s. 200, 212; Ross (1968) s. 123.

⁸¹ Hohfeld (1964) s. 41. Hohfeld siterte her fra John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York: Macmillan 1921 s. 18–19.

å hevde at retten «vil beskytte» en interesse i å spise rekesalat, slo Gray i realiteten sammen to separate rettsposisjoner: friheten til å spise rekesalat, og et krav mot hindringshandlinger. Problemet er at det også er mulig å se for seg en frihet til å spise rekesalat som mangler slik beskyttelse. Her kan man forestille seg at personene A, B og C sier til Gray: «Spis rekesalaten hvis du kan, du har vår tillatelse til å gjøre det, men vi kan ikke garantere at vi ikke vil forsøke å hindre deg».⁸² Gray ville da stå i en uvanlig, men på ingen måte uforståelig, stilling. Hvis han godtar proposisjonen fra A, B og C er det klart at han fremdeles har en frihet til å spise salaten; verken A, B eller C har et krav om at han avstår. Men det er like klart at A, B eller C kan hindre ham i å spise rekesalat uten at det skjer et pliktbrudd.

Moralfilosofen Judith Thomson har brukt rekesalat-eksempelet til å ta et generelt oppgjør med forestillingen om at nakne friheter er uten verdi. Hennes resonnement ligner på forsvaret av friheters rettighetsstatus i punkt 2 over. Friheten til å spise rekesalaten staker ut et område hvor Gray kan handle uten frykt for pliktbrudd. Det kan hende at A, B og C lykkes i å sabotere Gray. Men det kan også hende at Gray lykkes i å spise rekesalaten, og gjør han det, er det ingen som kan beskyldes ham for pliktbrudd. Grays frihet gir ham dermed en trygghet til å handle. Selv om hans rett er prekær, er den, slik Thomson formulerer det, definitivt mer enn ingenting.⁸³

Om en rekesalat ikke virker overbevisende, kan samme poeng illustreres med mer alminnelige eksempler. I Rt. 2011 s. 780 gikk en grunneier til sak mot naboen, med krav om at naboen måtte unnlate å utnytte vindkraft på sin eiendom. Begrunnelsen var at naboens vindmøller ville gjøre det vanskeligere å utnytte vindforholdene på grunneierens egen tomt. Retten vedkjente at vindforholdene på grunneierens tomt ville bli berørt, men konkluderte at slik påvirkning ikke var en «direkte krenkelse av hans [grunneierens] eiendomsrett» (avsnitt 62). Bak rettens gradering av «krenkelse» ligger i realiteten en nyansering av eiendomsrettens komponenter. Grunneieren hadde åpenbart en *frihet* til å utnytte vindkraft på egen eiendom, men denne friheten var ikke beskyttet av et *krav* mot hindringshandlinger

⁸² Hohfeld (1964) s. 41. Hvis man sammenligner denne formuleringen med det gjengitte sitatet fra Tranøy i punkt 4.1 over, ser man at Hohfeld må ha vært en direkte inspirasjonskilde.

⁸³ Thomson (1990) s. 52. For videre eksempler på friheter (delvis) uten kravbeskyttelse, se Ross (1953) s. 201; Sundby (1974) s. 79; Wellman (1985) s. 9.

på nabotomten. Her kan man forestille seg at naboen sier det samme til grunneieren som A, B og C sa til Gray: «Utnytt vindkraft hvis du kan, jeg har ikke krav om at du avstår, men jeg kan ikke garantere at jeg ikke vil hindre deg gjennom mine egne handlinger».

Det finnes også rettsområder hvis hele karakter kjennetegnes av ubeskyttede friheter. Ett av disse er konkurranseretten. Sett at en næringsdrivende begynner å selge hvitevarer til lavere pris enn konkurrentene. Denne handlingen kan åpenbart gå utover konkurrentenes inntjening. I en markedsøkonomi ville det likevel være absurd for konkurrentene å kreve at han skal heve sine priser, eller for ham å kreve at konkurrentene skulle unnlate å senke sine priser for å kompensere. Her gjelder fri konkurranse. Når en ny aktør går inn i et marked, gjentas i essens det samme som ble sagt til Gray: «Selg hvitevarer hvis du kan, du har tillatelse til det, men du har ingen garanti mot at jeg ikke vil utkonkurrere deg.»

På dette trinnet er det imidlertid nødvendig å kvittere ut en mulig motforestilling. Til påstanden om at en markedsaktørs konkurransefrihet overfor en annen er ubeskyttet, kan det påpekes at konkurranseretten oppstiller regler mot utestengende avtaler (som eksempelvis eksklusivavtaler) eller ekskluderende atferd som misbruk av dominerende stilling (som eksempelvis rovprising), og at markedsføringsretten oppstiller et forbud mot handlinger som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom. Innvendingen er altså at friheten *er* beskyttet, men at beskyttelsen finnes lenger ute i rettsystemets kontekst. Imøtegåelsen av denne innvendingen krever en redegjørelse for hvordan analyse av rettigheter skal forholde seg til den utvidede konteksten av et rettssystem.

4.2.4 Rettens beskyttende lag

I rekesalat-eksempelet er det klart at personene A, B og C ikke står helt fritt i hvordan de går frem for å hindre Gray. Blant annet må de fremdeles avstå fra å bruke vold eller trusler for å hindre ham; slikt sett vil Gray fremdeles nyte en grad av beskyttelse. Lignende forbehold gjelder for hvert av de omtalte eksemplene. En grunneier har kanskje ikke et krav om at naboen avstår fra å påvirke vindforholdene på hans tomt, men naboen må fremdeles avstå fra å sabotere hans vindmøller direkte. Konkurrenter står fritt til å ta markedsandeler fra hverandre, men kun innenfor lovens rammer. Formuleringen «lovens rammer» henviser til at friheter, i likhet med alle rettsnormer, befinner seg bak rettssystemets alminnelige lag av beskyt-

tende rettsregler og strukturer.⁸⁴ At jeg har mulighet til å bevege meg rundt i byen, selge mitt arbeid og bruke pengene som jeg dermed tjener, er bare mulig fordi rettssystemet opprettholder et mylder av straffesanksjonerte plikter, forsikrings- og erstatningsordninger, konstitusjonelle immuniteter, prosessuelle garantier og så videre. Sammen utgjør disse bakenforliggende strukturene det som kan kalles rettens *beskyttende lag*.⁸⁵

Strukturen av en rettighet med dens beskyttende lag vil nødvendigvis være kompleks. Spørsmålet er, bør rettens beskyttende lag påvirke forståelsen av rettighetsbegrepet? Et mulig svar er å hevde at bakenforliggende strukturer må innlemmes i rettighetsbegrepet. Denne tilnærmingen leder imidlertid til flere vansker. For det første er rettens beskyttende lag like logisk distinkt fra en rettsposisjon som beskyttende krav er fra en frihet, som Finnis påpeker:

[T]he privilege of the landowner to walk on his own land [...] is rather a liberty surrounded by a perimeter of supporting claim-rights of the landowner against attempted interference with him in the exercise of his liberty. The existence of such supporting claim-rights is not, of course, a condition of the existence of the liberty.⁸⁶

For det andre er det vanskelig å angi hvor mange av rettens bakenforliggende mekanismer som skal inkluderes. Sett at grunneierens frihet til å utnytte vindkraft inkluderer en beskyttelse mot skadeverk i kraft av straffeloven § 351. Bør man da også inkludere den strafferettslige beskyttelsen av grunneierens personlige frihet og hans vern mot vold og trusler, jf. blant annet straffeloven §§ 251, 252, 263 og 271? Videre, hva med de finansielle ordningene og bakenforliggende normene om eierrådighet, handle- og avtalefrihet som tillater grunneieren å utnytte tomten for vindkraftproduksjon? Har man gått så langt, bør man kanskje også anerkjenne at grunneierens faktiske og rettslige beføyelser blir gjort mulige av en rekke tinglysningsordninger, registre og lignende, samt at han nyter et indirekte vern i form av tilgang til tvisteløsningsmekanismer. Poenget mitt er at når analysen først begynner å gjøre perifere beskyttelsesmekanismer til forut-

⁸⁴ Se Hart (1982) s. 172, 181–182.

⁸⁵ Hart kalte dette laget for rettens «protective perimeter», (1982) s. 171. Se videre Sumner (1987) s. 35 flg.

⁸⁶ Finnis (1971) s. 378–379. Sml. Herrestad (1996) s. 130.

setninger for å behandle friheter som rettigheter, så er det også vanskelig å sette strek.

For det tredje er det ikke bare friheter som befinner seg bak et beskyttende lag. Hvis man vil innlemme beskyttelsesmekanismer i ens forståelse av friheter som rettigheter, så må man gjøre det samme for krav, kompetanser og immuniteter. Resultatet blir en grad av kompleksitet som vil virke fullstendig lammende for analyse. Rettens beskyttende lag bør med dette holdes utenfor analysen av friheter som rettslige relasjoner.

4.3 Implikasjoner av å regne nakne friheter som rettigheter

En frihet uten beskyttelse mot hindringshandlinger er en noe uvant størrelse, men den er ikke uforståelig som rettighet. Nakne friheter bør derfor ikke utdefineres fra rettighetsbegrepet. For å illustrere hvordan analysen av friheter da blir seende ut, kan vi gå til yringsfriheten i Grunnloven § 100. Denne retten er en aggregert samling av ulike typer rettigheter, herunder friheter. Yringsfriheten inneholder, som et minimum, friheter til å ytre seg eller å la være, en viss kravsbeskyttelse mot hindringshandlinger, et krav om tilrettelegging for yringshandlinger og immunitet mot tap av yringsfriheten. Rettens frihetskomponenter er analyserbare som distinkte og selvstendige rettigheter, og rekkevidden av kravsbeskyttelse må fastlegges ved hjelp av en konkret tolkning. Verdien av frihetene ligger i adgangen til å ytre seg, eller tie, i trygghet om at handlingen ikke er pliktstridig. Grunnloven § 100 annet ledd er av særskilt interesse fordi frihetens effekt er gjort eksplisitt, gjennom det kvalifiserte utgangspunktet om at «[i]ngen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap».

Den foreslåtte løsrivelsen av frihet fra krav er mer enn en begrepsøvelse. En konsekvens av tilslutningen til et analytisk rettighetsbegrep er å støtte opp under et skille mellom to egenskaper ved rettigheter: om de finnes, og hvor verdifulle de er for rettighetsbærerne. Dette skillet har også en viss moralfilosofisk tradisjon bak seg.⁸⁷

Skillet kan også bidra til å fremheve rettslige nyanser og tolkningsalternativer. Spranget fra frihet til kravsbeskyttelse foretas så ofte at man til slutt

⁸⁷ Se f.eks. Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, OUP 1969 s. liii; Rawls (2009) s. 179.

blir blind for det underliggende skillet mellom dem. De to relasjonene slås sammen til én rettighet, og tolkes og anvendes som et udelt hele. Istedenfor å forsvare kravenes eksistens på selvstendig grunnlag, tas det for gitt at kravet finnes i det man kaller friheten for en «rettighet». Dermed kan et sentralt vurderingstema – *bør* denne friheten beskyttes med krav? – ende med å bli underkommunisert.⁸⁸ Dette ville være uheldig av flere grunner. For de som skal skape regler, er det en fordel å ha kjennskap til hvilke alternative løsninger som er normteoretisk mulige, og da særlig i form av kjennskap til det legislative spillerommet som finnes mellom en naken frihet og full kravsbeskyttelse. For de som skal anvende regler, leder en manglende sonndring mellom frihet og kravsbeskyttelse til en fare for ubegrunnede tolkningssprang. Man kan ende med å tolke inn krav/plikt-relasjoner som ikke nødvendigvis var påtenkt idet friheten ble regelfestet.⁸⁹

5 Trivielle friheter

5.1 Begrunnelsen for å holde trivielle friheter utenfor rettighetsbegrepet

De to foregående punktene har forsvart et rettighetsbegrep som har rom for valgfriheter og nakne friheter. Jeg vil her drøfte det tredje og siste grunnlaget for å utdefinere friheter fra rettighetsbegrepet, med utgangspunkt i arbeidet til rettsfilosofen Nils Kristian Sundby. Sundby beskrev fire mulige normeringer av handling innenfor et normativt system: «Handlingen kan enten være påbudt, forbudt eller tillatt i systemet. Men den kan også falle utenfor den handlingsmengde systemet regulerer. Handlingen er i så fall irrelevant i forhold til systemet.»⁹⁰ Ifølge Sundby finnes det altså en kategori av irrelevante handlinger utenfor rettssystemet. Innholdet i denne kategorien presiserte han som «mange former for indre og ytre 'adferd' (tanker, handlinger, følelser, mange av dagliglivets sysler) som ikke egner seg til rettslig regulering i form av påbud og forbud, og som derfor pr. defi-

⁸⁸ Pierre Schlag, «How to Do Things with Hohfeld», *Law & Contemporary Problems* 78, 2015 s. 199.

⁸⁹ Se videre Perry (1977) s. 50; Singer (1982) s. 1059.

⁹⁰ Sundby (1974) s. 67. Sundby bruker som nevnt «tillatt» om både negasjonen av forbud og om valgfrihet, se fotnote 27 over. I denne sammenhengen menes trolig «tillatt» som valgfrihet. Om man inkluderer muligheten for kombinerte påbud og forbud, så blir det totalt fem mulige normeringer.

nisjon vil bli rettslig tillatt».⁹¹ Jeg omtaler frihetene i denne kategorien som trivielle friheter. Trivielle friheter tjener med dette som fellesbetegnelse for normeringen av små, ubetydelige handlinger som å gå med slips, å sette seg på en parkbenk eller å takke nei til et tilbud om en gratis avis.

Sundbys utdefinering av trivielle friheter fra rettighetsbegrepet har likhetstrekk med Svein Engs omtale av frihetsnormer i *Rettsfilosofi*. Eng tar utgangspunkt i at rettssystemet er et svært omfattende normsystem. Utsagnet om at det «[s]aklig sett er [...] få handlinger som etter sin natur faller utenfor et rettssystem», etterlater likevel rom for at *noen* slike handlinger finnes.⁹² Hvilke handlinger dette måtte være, blir ikke gjort eksplisitt. Eng reiser i stedet et generelt spørsmål om det på filosofisk grunnlag kan settes grenser for rettssystemets rekkevidde. Det som imidlertid fremgår klart av Engs systematisering, er at kategorien «utenfor normsystemets rekkevidde» er distinkt fra kategorien «uregulert av påbuds- og forbudsnormene i normsystemet». Eng synes med dette å bygge på at det finnes en kategori av normer som ligger helt utenfor rettssystemets rekkevidde, uten at han eksplisitt følger Sundby i å fylle denne kategorien med trivielle friheter.⁹³

Spørsmålet i det følgende er om det er holdbart å holde trivielle friheter utenfor rettighetsbegrepet, eller, slik Sundby formulerte det, å plassere dem i en normkategori som er «irrelevant i forhold til [retts]systemet.»⁹⁴

Utdefineringen av trivielle friheter fra rettighetsbegrepet ligner på utdefineringen av nakne friheter, i den forstand at begge grep har en intuitiv og praktisk appell. Det finnes utallige friheter som virker så selvsagte at rettssystemet aldri vil befatte seg med dem. Men de to grepene deler også analytiske utfordringer. For de trivielle frihetene kan disse utfordringene sorteres i tre hovedgrupper. Den første har å gjøre med behovet for å sonde mellom trivielle og ikke-trivielle handlinger. Den andre utfordringen ligger i et tilsynelatende premiss om at det finnes absolutte og nødvendige grenser for hva rettssystemet er i stand til å normere. Den tredje utfordringen, som virker inn på de to foregående, er at kategorien av trivielle friheter

⁹¹ Sundby (1974) s. 68. Påstanden står i et spenningsforhold med Sundbys samtidige beskrivelse av rettssystemets kompetanse som «total». Denne spenningen er omtalt videre i punkt 5.2.3.

⁹² Eng (2007) s. 74.

⁹³ Eng (2007) s. 74–75.

⁹⁴ Sundby (1974) s. 67.

ikke er statisk. Sundbys posisjon blir satt under press av stadige eksempler på at handlinger som en gang har blitt ansett å være rettslig irrelevante, blir gjort til gjenstand for regulering. Disse utfordringene omtales etter tur.

5.2 Trivielle friheters rettighetsstatus

5.2.1 Sondringen mellom det trivielle og det ikke-trivielle

En påstand om at trivielle friheter er rettslig irrelevante, krever at man er i stand til å skille mellom det trivielle (som faller utenfor retten) og det ikke-trivielle (som faller innenfor). Denne grensen er imidlertid ikke så enkel å trekke.

Det er ikke tilstrekkelig å sortere friheter etter deres *opplevde viktighet*. En slik sontring vil være subjektivt betinget og dermed uforutsigbar. Dessuten bærer en slik sontring med seg en uheldig konnotasjon om at rettigheter kun er til for å regulere det som er viktig. Dette stemmer ikke. Mange rettigheter er ubetydelige.⁹⁵

Et videre alternativ er å hevde at friheter er trivielle så lenge de ikke er *ekspisitt regulert*. Dette er heller ingen robust løsning. For det første er grensene for vårt eksisterende regelverk et resultat av historiske, politiske og sosiale tilfeldigheter. For det andre reiser løsningen et vanskelig spørsmål om betydningen av normfestelse: Hva er det ved et fravær av plikt som blir endret når man går fra fraværet av regulering til en ekspisitt tillatelse eller et fritak? Overgangen fra uregulert til ekspisitt rettsregel har tradisjonelt blitt diskutert som et spørsmål om det er holdbart å skille mellom normfestede og ikke-normfestede tillatelser. Sundby svarte bekræftende, ved å klassifisere friheter i form av fravær av påbud eller forbud som noe annet enn rettslige normer.⁹⁶ Dette synet har imidlertid møtt mye motbør, og er neppe representativt for hovedtendensen i skandinavisk rettsteori.

⁹⁵ Wenar (2013) s. 381. Kfr. Scanlon: «[Not] just any possible improvement in the way people generally behave will become the subject of a right. Rights concern the alleviation of certain major problems», TM Scanlon, «Rights, Goals, and Fairness», i *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy*, Cambridge: CUP 2003 s. 36. Merk likevel at Scanlons emne er det alminnelige rettighetsbegrepet, og ikke bare juridiske rettigheter.

⁹⁶ Sundby (1974) s. 69. Ifølge Eckhoff og Sundby hevdet Moritz at det må sondres mellom ikke-/normfestede tillatelser, Eckhoff og Sundby (1991) s. 75. Denne påstanden må trolig nyanseres. Moritz' verk er en kommentar til Hohfelds system, og hans anmodning om å bruke ytterligere verktøy til å analysere rettsposisjoner, strakk seg aldri lenger enn til en anbefaling, se fotnote 30 over.

Særlig Ross, som omtaler ikke-/normfestede tillatelser under merkelappen sterke og svake tillatelser, stilte seg svært kritisk til skillet.⁹⁷ Hovedpoenget i denne kritikken er at normfestelse ikke berører innholdet i en frihet. En frihetsnorm er en ganske enkel konstruksjon. Friheten tilhører noen, den gjelder en handling og den regulerer handlingen med et fravær av plikt. At friheten *regelfestes* påvirker ikke noen av disse egenskapene. Den er fortsatt bare en pliktnejasjon.⁹⁸ Alt normfestingen endrer er frihetens *kontekst*. Ved å regelfeste en frihet på lovs nivå, for eksempel, gis friheten et lag av immunitetsbeskyttelse mot endring gjennom trinnlavere regler.⁹⁹

Den tredje løsningen, ved siden av et subjektivt viktighetskriterium og et skille mellom normfestede og ikke-normfestede tillatelser, er å hevde at det finnes handlinger som retten ikke *kan* – det vil si ikke er i stand til – å regulere. Dette svaret inviterer til en drøftelse av om det egentlig finnes noe som ligger utenfor rettens reguleringsevne.

5.2.2 Finnes det noe retten ikke kan regulere?

For å forsvare en påstand om at det finnes en kategori av normer som per definisjon ligger utenfor rettssystemets rekkevidde er det ikke bare nødvendig å demonstrere at det finnes handlinger som ligger utenfor rettens reguleringsevne i dag; man er nødt til å demonstrere at handlingene *nødvendigvis* ligger utenfor rettens reguleringsevne. Mot et slikt syn har det blitt innvendt at det hører til rettens vesen å gjøre krav på å kunne regulere *ethvert forhold* og *enhver tilstand*. Både Raz og Rawls argumenterer for at rettssystemet har dette særpreget.¹⁰⁰ Det samme perspektivet er antydnet i Sundbys betegnelse av rettssystemet som et «totalt» normsystem, med nær sagt ubegrenset lovgiverkompetanse.¹⁰¹

Spørsmålet blir så hvilket syn på rettens reguleringsevne som er mest dekkende. Bør rekkevidden av rettssystemet anses som total, eller er det mer treffende å hevde at det finnes absolutte og nødvendige grenser for ret-

⁹⁷ Ross (1968) s. 120–124. I dette hadde Ross støtte hos Kelsen og, senere, hos Raz, se Kelsen (1960) s. 43; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford: OUP 1999 s. 86–89.

⁹⁸ Eckhoff (1969) s. 89.

⁹⁹ Eckhoff og Sundby (1991) s. 75.

¹⁰⁰ «[Legal systems] do not acknowledge any limitation of the spheres of behaviour which they claim authority to regulate», Raz (1999) s. 150–151. «What distinguishes a legal system is its comprehensive scope and its regulatory powers», Rawls (2009) s. 207.

¹⁰¹ Sundby (1974) s. 68.

tens reguleringsevne? Ettersom disse spørsmålene ligger på et forholdsvis høyt abstraksjonsnivå, bør det ikke vies for mye plass til dem i en rettslig analyse som denne. Jeg vil begrense meg til en redegjørelse for noen av de analytiske vanskene som oppstår idet man forsøker å påvise nødvendige grenser for rettens reguleringsevne.

Vår rettsorden følger et prinsipp – eller en uskrevet metanorm – om at alle handlinger som ikke er påbudte eller forbudte er frie.¹⁰² Mye av vår handlingsfrihet følger derfor av et fravær av regulering.¹⁰³ Innebærer denne ordningen at det finnes handlinger som for alltid vil være uregulerte? En slik påstand er neppe holdbar. Handlingsfriheten som vi har i kraft av manglende regulering virker så fast og bestandig at vi kan ende med å ta den for gitt, men derfra følger det ikke at det ligger utenfor rettssystemets evne å en dag regulere dem med plikt. Strengt tatt er det også mulig å snu rettens presumsjon, slik at alt som ikke er eksplisitt tillatt eller fritatt, er forbudt eller påbudt. En slik ordening er trolig for tungrodd til noensinne å bli realisert, men den illustrerer at handlefriheten som følger av fravær av regulering ikke kan behandles som en analytisk sannhet.¹⁰⁴

Rettsdogmatisk analyse er heller ikke egnet til å påvise grenser for rettens reguleringsevne. Det er for eksempel klart at eksplisitte kompetansebegrensninger ikke er grensemarkører for rettssystemets rekkevidde. Regelen om at det ikke kan gis lover med tilbakevirkende kraft i Grunnloven § 97 betyr ikke at tilbakevirkende lover ligger *utenfor retten*. Grunnlovsbestemmelsen er en kompetansebegrensning, og begrensningene den setter er av rettslig art. Rettssystemets grenser er heller ikke sammenfallende med domstolenes prøvingsrett. Når Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1979 s. 468 konkluderte at spørsmålet om ekskludering fra et balalaikaorkester var av rent privat karakter, var dette et uttrykk for at søksmålsvilkårene i den daværende tvistemålsloven § 54 ikke var oppfylt.¹⁰⁵ Denne avgjørelsen

¹⁰²Eckhoff og Sundby (1991) s. 72; Eng (2007) s. 76.

¹⁰³Jeremy Bentham, *The Collected Works of Jeremy Bentham: 3: Of Laws in General*, London: Athlone Press 1970 s. 253; Eckhoff og Smith (2014) s. 45.

¹⁰⁴Raz (1999) s. 87–88. Se også Julian Rivers, *Translator's Introduction*, i Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: OUP 2009 s. xlii. Den bakenforliggende metanormen kan også erstattes med en områdebestemt forbudspresumsjon, som eksempel ved forbud mot alle kjøretøy som ikke oppfyller kravene i Forskrift 4. oktober 1994 nr. 918 om tekniske krav og godkjenning av kjøretøy, deler og utstyr.

¹⁰⁵Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (opphevet), sml. Eng (2007) s. 74.

kartlegger grensene for en tvisteløsningsmekanisme *innenfor* rettssystemet, men grensene for denne tvisteløsningsmekanismen er ikke rettssystemets endelige grense. Endelig kan det ikke være slik at rettssystemets grenser er diktert av de normative, pragmatiske og historiske grunnene bak reglers utforming. Et av Sundbys mest overbevisende eksempler på en handlingskategori som per definisjon vil være tillatt, er tankevirksomhet. Det er en kjensgjerning at vår rettsordning er fundert på ideer om personlig frihet og integritet, og at dette verdigrunnlaget setter visse føringer for regelverkets utforming. Det ville oppleves som svært urimelig om det ble innført en plikt til å ikke tenke på landssvik. Men disse rimelighetsgrensene er betingede egenskaper ved samfunnet. De kan tale for at tankevirksomhet ikke *bør* reguleres, men de taler lite til det analytiske spørsmålet om tankevirksomhet *kan* reguleres.

Det er også nødvendig å skille mellom påstander om at en rettsregel vil være ineffektiv – som forsøk på å regulere tanker vil være med nåværende teknologi – og en påstand om at det finnes forhold som nødvendigvis ligger utenfor rettens normeringsevne. Det kan hende at regelstyring av tanker er lite praktisk, men det synes like fullt å være *mulig* å lage regler om hva som skjer i menneskers sinn. For å illustrere, hva ville skjedd hvis det ble innført en plikt til å avstå fra å tenke på landssvik? Rettens institusjoner ville kunne komme til å lide et tap av legitimitet. Regelen ville også være svært vanskelig, og kanskje umulig, å håndheve. Men regelen ville ikke være inkohærent som rettsnorm. Det er heller ikke klart hvorfor det skulle være umulig å regne den som gjeldende rett.

Tankeeksperimentet behøver heller ikke å være så eksperimentelt, med tanke på at det allerede finnes rettsregler som ligger nært opp mot regulering av tankevirksomhet. Et hyppig omtalt eksempel er kriminaliseringen av «handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen» av en terrorhandling i straffeloven § 131 tredje ledd. I forarbeidene legger departementet til grunn at bestemmelsen i utgangspunktet ikke rammer «dagligdagse handlinger som anskaffelse av gummihansker, biler eller støvmasker, eller søk på internett», men at «slike handlinger vil kunne inngå i en samlet vurdering av en handlemåte, og kan også gi indikasjoner om hva gjerningspersonen har tenkt».¹⁰⁶ Dette er ikke stedet for å vurdere om slike

¹⁰⁶Prop. 131 L (2012–2013) Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv., 62.

bestemmelser teller som regulering av tanker, men jo mer handlingsnormene i strafferetten løsrives fra ytre forhold, jo større preg får straffebudet av å regulere gjerningspersonens indre forhold. Rettens utvikling i en slik retning setter Sundbys posisjon under press.

5.2.3 Trivielle friheter i rettslivet

Et siste problem med å holde trivielle friheter i en eksternt normkategori, er at de kan slutte å være trivielle. Flytter de seg dermed fra den eksterne kategorien og inn i rettssystemet? Hvis ja, hvor nyttig er det å sondre mellom kategoriene til å begynne med?

Et eksempel på rettens dynamiske utvikling er den allerede omtalte friheten til å røyke, som en gang var så selvsagt at den ble avfeid som rettslig irrelevant. Forfattere som Kocourek, Tranøy og Ross ville trolig sett med interesse på dagens røykelover. Fra et analytisk perspektiv er det også verdt å merke seg at rettens utvikling overhodet ikke har påvirket frihetens vesen. Friheten til å røyke, der den er i behold, er den samme som da røyking ikke var forbudsregulert. Den er bare en pliktnejasjon. Alt som har endret seg er den rettslige konteksten. Dermed står man overfor to valg. Ett alternativ er å hevde at friheten til å røyke ble en del av rettssystemet idet røykeforbudet ble innført. Det alternative synet, som virker mer konsekvent, er å vedkjenne at røykeforbudet kun påvirket den *subjektive opplevelsen* av friheten til å røyke. Friheten ble oversett fordi den ikke resulterte i synlige rettsvirkninger, men den var like fullt reell. Sagt på en annen måte, endringen i frihetens kontekst synliggjorde og aktualiserte en rettighetsstatus som allerede forelå.

Det som skjedde med friheten til å røyke, kan skje med enhver frihet. For å illustrere tar Thomson utgangspunkt i et hypotetisk boligkjøp. Etter kjøpet blir boligområdet omregulert, og boligeierne blir pålagt en rekke restriksjoner. Blant disse restriksjonene er et forbud mot å male huset rødt. Spørsmålet Thomson så stiller er, medfører tapet av adgangen til å male huset rødt et rettighetstap? Dette spørsmålet besvarer hun bekreftende. Det var alltid et rettslig innhold i den tilsynelatende trivielle friheten til å male huset rødt, selv om dette innholdet først ble aktualisert idet friheten ble erstattet med et forbud.¹⁰⁷ Hennes eksempel får en særlig aktualitet ved

¹⁰⁷Thomson (1990) s. 339–340. For samme konklusjon (etter en drøftelse av friheten til å male en husdør lilla), se Peter Jones, *Rights*, London: Macmillan 1994 s. 18.

at det i Norge allerede finnes utallige eiendommer som er underlagt bebyggelsesplaner med føringer for valg av husfarge.

Thomsons eksempel kan også strekkes videre. Vi kan først forestille oss at en av de regulerte boligene får en servitutt som unntar fra forbudet mot å male huset rødt. Det virker åpenbart at en slik servitutt er en genuin rettighet (og potensielt en selvstendig søksmålgjenstand). Normen som servituten gir uttrykk for – en frihet til å male huset rødt – har imidlertid nøyaktig samme innhold som friheten boligeierne hadde før omreguleringen. Hva er så vesensforskjellen mellom friheten som har blitt gjort eksplisitt i form av en servitutt og friheten som forelå i medhold av et fravær av plikt? Dette spørsmålet aktualiserer på nytt det anførte skillet mellom normfestede og ikke-normfestede tillatelser.

Den andre justeringen er å erstatte valg av husfarge med en handling som Sundby nok ville regnet som en av dagliglivets sysler – valg av slipsfarge. Hvis tap av friheten til å male huset rødt er et rettighetstap, er vi ikke da nødt til å si det samme om tapet av friheten til å velge slipsfarge? Det er ingen overbevisende vesensforskjell mellom de to frihetene. Som nevnt er en ren subjektiv vurdering av deres relative viktighet en lite pålitelig indikator for deres rettslige status. Det er heller ikke så vanskelig å forestille seg en situasjon hvor valget av slips blir regulert. Kanskje blir det innført regler om å bruke en viss type slips på en minnedag for krigsveteraner, eller for å markere sosial og etnisk tilhørighet. Slike regler vil kanskje oppleves som urimelige av mange, uten at de dermed blir å regne som rettslig uforståelige. At slike regler er tenkelige, har i nyere tid blitt demonstrert av debatten om offentlige tjenestemenns adgang til å bruke religiøse hodeplagg.

Det er flere gode eksempler på reguleringen av tilsynelatende trivielle forhold i andre jurisdiksjoner. Ett av dem er fra BVerfGE 54, 143 «*Taubenfütterungsverbot*», hvor den tyske forfatningsdomstolen vurderte grunnlovsmessigheten av et lokalt forbud mot mating av duer. Det sentrale er ikke resultatet (forbudet ble ikke regnet som en uforholdsmessig begrensning i handlefriheten), men at friheten til å mate duer i det hele tatt ble behandlet som en rettighet hvis innskjerping måtte prøves opp mot en forholdsmessighetsterskel. Ironisk nok kom saken knappe tjue år etter at retsteoretikerne Ehmke og Schmidt brukte en grunnlovsrett til fuglemating som eksempel på de potensielt absurde og latterlige konsekvensene av å gi den alminnelige handlefriheten grunnlovsbeskyttelse. Alexy bruker derfor nettopp denne saken til å argumentere for at enhver handling innenfor

rettssystemets negative frihet har rettighetsvern, også der handlingen tilsynelatende er triviell (det Alexy kaller «kleine Fälle»).¹⁰⁸ På dette punktet ligner vel det tyske rettssystemet på vårt eget.

Disse eksemplene har alle samme fellesnevner. Friheten til å handle på en bestemt måte – om det er å røyke, male huset rødt, velge slipsfarge eller mate duer – kan oppleves som irrelevant for rettssystemet inntil den blir aktualisert. Dette skjer normalt ved at friheten trues med å bli erstattet av en plikt. Rettsendringen endrer ingenting ved frihetenes materielle innhold. Den er fortsatt bare en pliktnekasjon. Endringen påvirker i stedet frihetens *kontekst*. Der friheten tidligere ble oversett fordi den virket gjennom et fravær, blir den nå synlig gjennom dens mulige erstatning av en håndfast og synlig plikt.

Det er lite konsekvent å hevde at en simpel rettsendring er i stand til å flytte en frihet ut av Sundbys kategori for det «rettslig irrelevante» og over i kategorien for rettslig relevante opplysninger. Det ville være like betenkelig å bevege seg i den andre retningen. Hvis et tidligere påbud eller forbud blir opphevet, og dette skjer uten at plikten erstattes med en regelfestet frihet, så virker det lite intuitivt å hevde at friheten dermed har flyttet seg ut av kategorien av handlinger som retten er i stand til å regulere. Et mer nærliggende syn er å gå ut fra at handlingen nå er belagt med en ny rettsnorm, i form av en frihet.¹⁰⁹ Hvis en plikt oppheves, så er den resulterende friheten fremdeles et rettslig anliggende. Og motsatt, hvis det viser seg at en frihet er et rettslig anliggende fordi omstendighetene endrer seg, så var den *alltid* et rettslig anliggende.

5.3 Implikasjoner av å regne trivielle friheter som rettigheter

For å opprettholde en sortering av trivielle friheter som eksterne for retten, er man nødt til å trekke en grense mellom det trivielle og det ikke-trivielle, forsvare et premiss om at det finnes begrensninger i rettens reguleringsevne og kvittere ut gjentatte eksempler på at tilsynelatende trivielle handlinger blir gjort til gjenstand for rettslig regulering. Med så mange utfordringer er det verdt å spørre om det er enklere å simpelthen regne de trivielle frihetene som en del av retten.

¹⁰⁸Alexy (1986) s. 324–325 med videre henvisninger.

¹⁰⁹Raz (1999) s. 86–87.

Med en slik aksept kan man også falle tilbake på en pragmatisk tolkning av Sundbys syn. Istedenfor å forstå hans kategorisering av friheter som en ontologisk påstand, kunne man tolke den som en påminnelse om at det i praksis sjelden er verdt å dvele ved reguleringen av trivielle handlinger. En slik påminnelse har mye for seg. Det finnes nær sagt uendelige handlinger som ikke er omtalt i rettsregler og som heller aldri vil bli tematisert i en rettsal. Denne pragmatiske holdningen bør imidlertid ikke stå i veien for å anerkjenne trivielle friheter som en del av rettssystemet.

Hvilke implikasjoner følger av resultatet? Fire følger er verdt å fremheve. Den første er at trivielle friheter, akkurat som alle andre friheter, må behandles som rettsnormer. All pliktregulering, selv der den skjer på et tidligere uregulert område, involverer dermed et rettighetstap.¹¹⁰ Dette synet harmonerer også med Opsahls syn om at enhver kompetanseutøvelse som skaper rettsnormer på et tidligere uregulert område, forandrer en bestående rettstilstand ved å innskrenke en tidligere frihet.¹¹¹ Synet står i et spenningsforhold til Sundbys påstand om at negativt bestemte tillatelser ikke hviler på en egen norm.¹¹²

Den andre følgen av å anerkjenne trivielle friheter som rettsnormer, er å svekke en eventuell forestilling om at juridiske rettigheter kun er til for å regulere det som er viktig.

Den tredje følgen er å støtte oppunder synet til forfattere som Raz og Rawls, om at retten som normativt system ikke anerkjenner noen bånd på dets evne til å regulere handlinger. Dette er et relativt grunnleggende perspektivskifte, fra å behandle retten som et *svært omfattende* normsystem til å behandle det som et formelt sett *uttømmende* normsystem. Synet er fremdeles forenlig med en påstand om at det finnes normative og praktiske grenser for hva som bør reguleres.

Den fjerde følgen av å inkludere trivielle friheter i rettighetsbegrepet er en viss forenkling. Hvis trivielle friheter er rettsnormer, så er det mindre behov for Sundbys sondring mellom fire normeringer av handling («forbud», «påbud», «tillatelse» eller «utenfor rekkevidde»). Istedenfor fire typer sammenhenger står man igjen med bare to: Enten er en handling eller unntattelse belagt med en plikt, eller så er den fri. Dette perspektivet harmone-

¹¹⁰Thomson (1990) s. 341.

¹¹¹Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo: Tanum 1965 s. 291.

¹¹²Sundby (1974) s. 69.

rer godt med Eckhoff og Sundbys påpekning at det er «ikke helt treffende» å karakterisere forbud og påbud som to forskjellige normer. Det «dreier seg snarere om to ulike måter å *formulere* normer på». ¹¹³ Det analytiske interessante skillet går mellom tilstedeværelse og fraværet av plikt, mellom å være underlagt en plikt og å stå fritt.

Sammen støtter disse følgene – at rettssystemet har en ubegrenset reguleringssevne og at fraværet av regulering må regnes som en selvstendig rettsnorm – et syn om at det ikke finnes noen «gap» eller «luker» i retten. Alt mellom himmel og jord er regulert, med en presisering om at handlinger flest er «regulert» gjennom fraværet av forbud eller påbud. I denne artikkelen blir imidlertid dette kun en tentativ påstand. Formålet her har kun vært å undersøke hvordan rettsvitenskapen bør håndtere rettslige friheter, og ikke å kartlegge det alminnelige rettsbegrepet. ¹¹⁴

¹¹³Eckhoff og Sundby (1991) s. 71, opprinnelig kursivering.

¹¹⁴Se om dette Kelsen (1960) s. 251–255. Merk at det er en forskjell mellom, først, spørsmålet om fraværet av plikt er en rettsnorm og, videre, om retten har «tomrom» i den forstand at dommere har et reelt valg blant ulike rettsresultater, se Joseph Raz, *Legal Reasons, Sources and Gaps*, inntatt i Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: OUP 2009 s. 70 flg.