

Rettslige forestillinger

1 Innledning¹

Rettsreglene regulerer forholdet mellom statsmaktene, statsmaktene og borgerne og borgerne imellom. Det overordnede formålet med reglene er å styre samfunnslivet, for eksempel stimuleres adferd med bruk av rettsvirkninger som tillatelser og stønader, og adferd søkes begrenset med bruk av rettsvirkninger som straff og erstatningsansvar.

Når verddivurderinger eller oppfatninger om faktiske forhold endres, kan det føre til at rettsreglene gis nytt innhold, ved lovgivning, prejudikatfravikelse med videre. Det er ikke overraskende, tatt i betraktning at rettsregler benyttes til å regulere samfunnslivet med alle dets bestanddeler.

Like iøynefallende er det ikke alltid hvordan forestillinger om retten og de nære sammenhenger den inngår i, preger forståelsen og systematiseringen av reglene. Siktemålet i det følgende er å pirke borti og stille spørsmål ved holdbarheten ved enkelte forestillinger, og med det gi et bidrag til refleksjon rundt teoribygninger og perspektiver av betydning for forståelsen av retten.

Det er nyttig å rette oppmerksomhet mot tematikken, fordi forestillingene spiller inn ved fastsettelse av rettens innhold. Dessuten er det interessant, fordi det å klargjøre grunnlaget for og ta stilling til holdbarheten av forestillingene kaster lys over retten som fenomen.

Analysen innledes med et kort teoretisk rammeverk om rettslige forestillinger (kapittel 2) og et tilbakeblikk til noen forestillinger fra tidligere tider (kapittel 3). Det er lett å tenke at samtidens forestillinger er et idéhistorisk endepunkt, og ved å vise at det er tatt feil før, er det kanskje lettere å akseptere at det også i dag kan finnes forestillinger med revisjonsbehov.

Deretter rettes oppmerksomheten mot fire konkrete forestillinger som på hver på sin måte har en sentral plassering for retten i dag. Det gjelder det tredelte grunnlovsvernet (kapittel 4), rekkevidden av lovkravet på strafferettens område (kapittel 5), borgernes tilgang til rettsregler (kapittel 6), og at lovgiveren og domstolene har frihet til å fastsette rettsreglenes abstraksjonsnivå (kapittel 7).

De konkrete forestillingene har hver sine særtrekk, og de er derfor egnet til å illustrere hvordan forestillinger kan systematiseres ut fra sin art. Drøftelsene av de nåtidige forestillingene er tredelte, ved at det først redegjøres for forestillingen og hvordan den kommer til uttrykk, deretter rettes det kritikk mot forestillingens holdbarhet, før det til slutt vurderes hvilken betydning og videre virkning forestillingen kan ha for forståelsen av retten.

I det avsluttende kapittelet sammenfattes og vurderes drøftelsene (kapittel 8). Der fremheves dessuten at Høyesterett er en sentral produsent av rettslige forestillinger, og det argumenteres for at det kan være grunn til å nedtone aktiviteten på noen områder, og for at rettssamfunnets og den enkelte rettsanvender har et ansvar for å vurdere holdbarheten av egne forestillinger.

¹ Tusen takk for innspill fra universitetslektor Nils Gunnar Skretting, redaktørene og anonym fagfelle.

2 Generelt

Med «forestillinger» siktes det til psykologiens begrep om informasjonsbærende mentalt innhold, som tanker, kunnskap, minner og fantasier – ofte omtalt som representasjoner. Ordet har dessuten en sidebetydning, konnotasjon, som er å iscenesette og fremføre tanker med og uten forankring i virkeligheten. Forstavelen «rettslige» peker mot at forestillingene, i en eller annen forstand, omhandler eller står i sammenheng med juridiske forhold.

Det er mange måter å systematisere rettslige forestillinger på. Én er å skille mellom på den ene siden *eksterne* forestillinger om større og mindre forhold som retten tar opp i seg; for eksempel ligger det oppfatninger om sammenhenger mellom menneskelig aktivitet og miljøet til grunn for Grunnloven § 112. På den andre siden finnes *interne* forestillinger, som omhandler rettssystemet som sådant, for eksempel det nærmere innholdet i § 112 og hvor langt bestemmelsen går i å sikre at kommende generasjoner bør få nytte godt av naturressursene.

En annen systematikk er å skille forestillingene ut fra hva de omhandler og ut fra kriterier for holdbarhet. De kan gjelde *metafysiske* størrelser, som vil si forhold utenfor den fysiske virkeligheten og menneskelig erfaring, som for eksempel årsak og fri vilje. Grunnlaget for slike størrelser tematiseres normalt ikke i retten; det er ikke spørsmål om hva årsak og fri vilje er, når noen holdes erstatningsrettslig til ansvar for å ha forårsaket skade.

På enkelte områder er de metafysiske forestillingene imidlertid mindre festnet. Det gjelder blant annet for regler som retter seg mot alvorlige psykiske avvikstilstander, som til dels knytter an til usikre og faglig omstridte forestillinger om psykiske størrelser i menneskene.² Da er det grunn til å holde fast ved oppfatningene som lå til grunn ved utformingen av rettsreglene, for om mer private oppfatninger om slike størrelser legges til grunn, kan det føre til vilkårlige verdidømmer.

Videre kan forestillingene omhandle forhold som hører til den fysiske virkeligheten og er gjenstand for menneskelig erfaring, det *faktiske*.³ For rettsordenen er det særlig forestillinger om forhold som angår samfunnslivet, som er av interesse; for eksempel ligger nevnte eksterne oppfatninger om sammenhengene mellom menneskelig aktivitet og miljøet til grunn for en rekke regelsett, herunder altså Grunnloven § 112.

Ved å snakke om forestillinger om faktiske forhold markeres at det vi holder som kjensgjerninger – fakta – er basert på den til enhver tid tilgjengelige kunnskap innenfor det til enhver tid gjeldende verdensbilde, og at forståelsen av verden og kunnskapen om hva som rører seg i den, kan endre seg. Det realistiske verdensbilde som gjelder i dag, forutsetter at det finnes en virkelig verden og at det er mulig å få kunnskap om denne gjennom sansing.⁴

Til grunn for utformingen av rettsregler ligger det verddivurderinger om hva som er nyttige eller rettferdige reguleringer. *Verdibaserte* forestillinger om hvordan samfunnslivet bør være, er knyttet til og sammenvevd med forestillinger om faktiske forhold. Se til illustrasjon HR-2017-560-A, hvor spørsmålet var om det kunne idømmes samfunnsstraff for et grovt uaktsomt

² Alv A. Dahl og Anders Løvlie, *Psykiske lidelser – Forståelse, diagnostikk og juss*, Oslo 2018, s. 328–337.

³ Knut Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000, s. 893 flg.

⁴ Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper*, Oslo 2014, s. 28 flg.

trygdebedrageri, som bestod i å ha mottatt i utgangspunktet rettmessige arbeidsavklaringspenger, men i strid med lovens vilkår om å oppholde seg i Norge:

«Tungtveiende håndhevelsessensyn gjør seg gjeldende [...]. Trygdemyndighetene har stort behov for å følge opp, styre og kontrollere. Det er tale om masseforvaltning. Systemet er i høy grad basert på egenmeldinger og tillit. Oppdagelsesrisikoen ved misbruk er begrenset.»⁵

I tillegg til at retten knytter seg til metafysiske, faktiske og verdibaserte forestillinger, knytter den seg til forestillinger om *institusjonelle* forhold. De institusjonelle størrelsene kjennetegnes ved at de beror på menneskers individuelle og/eller kollektive reaksjoner og aksept, og av den grunn fremstår og kan behandles som faste og objektive meningsstørrelser.

Rettsystemet er selv et institusjonelt fenomen, som vi har oppfatninger om hvordan er, og foretar vurderinger av hvordan bør være. Våre forestillinger om rettsystemet spiller inn på fastsettelsen av gjeldende rett, og som påpekt av Frøberg: «Spørsmålet er ikke *om* man opererer med teoretiske utgangspunkter når man bedriver rettsdogmatikk [...]. Spørsmålet er heller *om man er seg bevisst hva disse utgangspunktene er.*»⁶

En uttrykt forestilling om hva retten er, som sies å ha hatt stor betydning for rettens innhold, er Francis Hagerups artikkel «Det Psykologiske Grunnlag for Retten». Der argumenterer han for at retten er et psykologisk eller subjektivt fenomen og kulturprodukt: «Den har denne Karakter fælles med alle Aandsfrembringelser, med Sproget, med Kunst, Litteratur, Videnskab, med Moral og Religion.»⁷

For Hagerup var det avgjørende for om en subjektiv meningsstørrelse tilhørte retten, om den virket motiverende på borgernes handlinger og unnlater. Det var ikke avgjørende om meningsstørrelsen var uttrykt formelt på et stykke papir. Denne forståelsen av retten skal ha ført til at han i fremstillinger av statsretten hevet blikket fra Grunnlovens tekst og argumenterte for at store deler av forfatningsretten er sedvanebasert.

I dagens juridiske teori er det brede perspektivet på retten, med sitt tilhørende vide rettskildetilfang, sagt å være fundamentet for dagens statsrett.⁸ Det teoretiske utgangspunktet har således hatt stor betydning for rettsområdet, selv om det nok kan være uenighet om perspektivets rekkevidde og i hvilken utstrekning det bør gjøres til normativ rettesnor.⁹

⁵ HR-2017-560-A avsnitt 15.

⁶ Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014, s. 371.

⁷ Francis Hagerup, «Det psykologiske Grunnlag for Retten», i Francis Hagerup *Udvalgte mindre juridiske afhandlinger*, Christiania 1913, s. 26.

⁸ Eirik Holmøyvik, «Tolkingar av Grunnlova», i Eirik Holmøyvik (red.) *Tolkingar av Grunnlova – Om forfatningsutvikla 1814–2014*, Oslo 2013, s. 16–17.

⁹ Se Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati – Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, Oslo 2021, s. 121–130.

3 Fortidige forestillinger

3.1 Tema og opplegg

I det følgende gis det eksempler på forestillinger som tidligere lå til grunn for retten, og som derfor kan karakteriseres som fortidige. Tanken med å gå tilbake i tid er å vise at rettslige forestillinger kan være forgjengelige, ved at de forsvinner eller skiftes ut med nye forestillinger.

Fremstillingen er strukturert i tråd med systematikken i kapittel 2. Først gis det eksempler på eksterne forestillinger som er metafysiske (punkt 3.2), faktiske (punkt 3.3) og verdibaserte (punkt 3.4), før det pekes på noen interne forestillinger av institusjonell karakter om retten (punkt 3.5). Til slutt gis en sammenfatning og vurdering (punkt 3.6).

3.2 Metafysiske forestillinger

Prinsippet om fri bevisbedømmelse er en regel som stiller krav om rasjonell og sannhetssøkende bedømmelse av bevis når det tas stilling til holdbarheten av faktiske påstander som har rettsvirkninger. Det at bedømmelsen er «fri», markerer at den ikke er nærmere rettslig regulert, utover kravet om rasjonalitet.

I tidligere bevisteoretiske epoker var rasjonalitetsbegrepet et annet, og loven ga føringer for betydningen av bevis. Systemet som omtales som formell bevisteori, kjennetegnes ved at loven stiller krav om at noe må presteres for at en påstand skal kunne legges til grunn for en rettslig avgjørelse.

Prestasjonene var knyttet til en sterk gudstro og tanken var at Gud ville gripe inn via prestasjonene for å vise hvem som hadde rett.¹⁰ Slike religiøse og overnaturlige forestillinger er en underkategori av metafysiske forestillinger ettersom de omhandler forhold utenfor den fysiske verden.

Et eksempel på en regulering som knyttet an til en slik forestilling, er blant annet å finne i Hammurabis lover, som er betegnelsen på en lovsamling fra 1700-tallet før vår tidsregning. I § 2 står det:

«Sett at en mann har beskyldt en annen mann for å drive trolldom og så ikke har kunne bevise det, da skal han som er blitt beskyldt for trolldom, gå til elven, kaste seg i eleven, og så: sett at elven griper ham, da skal hans anklager ta hans hus. Sett at elven frikjenner den mannen og lar ham være uskadd, da skal han som har beskyldt ham for trolldom, drepes, og han som har kastet seg i elven, skal ta sin anklagers hus.»¹¹

Denne regelen bygger på flere forestillinger som de fleste i vestlige samfunn ser bort fra i dag. Det «å drive trolldom» er en aktivitet uten rasjonell betydning innenfor det vestlige

¹⁰ Løvlie (2014), s. 274–276.

¹¹ Hammurapis Lov – Oversatt fra babylonsk, Oslo 1943, s. 23.

verdensbilde, og videre er det utenfor vårt begrep om rasjonalitet, med en elv som «frikjenner», i betydningen at den tjener som et middel for at Gud kan gi uttrykk for sin dom.

Lignende gudsbevis ble tatt i bruk i norsk rett dersom forholdet ikke lot seg fastslå eller saken ikke lot seg løse.¹² Systemet ble avskaffet av kirken i 1247, og begrunnelsen skal ha vært at det ikke sømnet seg for «kristne Mænd at friste Gud til at give Vidnes om menneskelige Anliggender».¹³

3.3 Faktiske forestillinger

De faktiske forestillingene som ligger til grunn for rettsregler og konkrete rettslige avgjørelser, kan endre seg som følge av at ny kunnskap kommer til. Kunnskap defineres gjerne som velbegrunnet, sann tro, og det har variert over tid hva som anses som velbegrunnet. Det kan også være uenighet om konkrete og generelle årsak-/virkningsanalyser innenfor en periode.

Begrepet om justismord er en påminnelse om at det er mulig å ta feil om faktiske forhold som har rettslig betydning. Fritz Moen ble i to adskilte saker dømt for to drap i 1978 og 1981, men fikk senere sakene gjenåpnet hver for seg, og ble frikjent for det ene forholdet i 2004 og det andre et år etter sin død i 2006.¹⁴ I evalueringen av Fritz Moen-sakene ble det foreslått en rekke endringer for å demme opp for fremtidige justismord.¹⁵

Oppfatninger om faktiske forhold av betydning for rettsregler er i stadig endring som følge av at ny kunnskap kommer til. Diskusjonen om allmenn stemmerett for kvinner, som ble debattert i Stortinget fra 1890 og frem til vedtakelsen i 1913, er egnet til å illustrere at det har vært endringer i synet på kvinners psykiske og fysiske forutsetninger.¹⁶

Det er ikke vanskelig å spore faktiske forestillinger om kvinner på 1800-tallet som vil ha store vansker med å finne klangbunn i dagens likestillingsdebatt. Slike oppfatninger ga flertallet i konstitusjonskomiteen uttrykk for i 1890 under behandlingen av et forslag om å endre Grunnloven for å innføre alminnelig stemmerett for kvinner og menn, noe de ikke fant å anbefale:

«Den Lære, at Mand og Kvinde, naar Forskjellen i Kjøen blot undtages, er hinanden fuldstændig lige i Anlæg og Evner, beror efter Flertallets Mening mere paa abstrakte, fra selve Livet løsrevne Theorier end paa Kjendsgjæringer og Erfaring.»¹⁷

¹² L.M.B Aubert, *Bevissystemets Udvikling i den norske Criminalproces indtil Christian den femtes Lov – Prøveforelesning ved Universitetet i Oktober*, Kristiania 1864, s. 12 flg.

¹³ Aubert (1864), s. 16.

¹⁴ NOU 2007: 7 Fritz Moen og norsk strafferettspleie, s. 15–17.

¹⁵ NOU 2007: 7, s. 320–327.

¹⁶ Se Stine Gahre, *Allmenn stemmerett for kvinner i lys av stortingsdebattene fra 1880 til 1913*, masteroppgave UiO 2012 – <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/35083/165723.pdf?sequence=4> – og Utsnitt av lovforslag, komité-innstillinger og debatter i Stortinget om Stemmerett for kvinner 17. mai 1814–11. juni 1913 – https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/diverse/stemmerett-for-kvinner_hefte_1963_iii.pdf.

¹⁷ Indst. S. XIV 1890.

I stortingsdebattene pekte flere på at kvinners fysiske og åndelige sider stod i veien for stemmerett. Biskop Heuch mente at kvinner var intellektuelt underlegne, og dessuten at de ville opphøre å være kvinner om de tok del i det offentlig liv:

«Hun kan ikke gjøre Mandens gjærning, men dersom hun vil ud i Offentligheden, saa foragter hun sin egen Gjærning, saa vil hun ikke være Kvinde. Hun kan ikke gjøre Mandens Gjærning, og hun vil ikke gjøre Kvindens Gjærning, hvad bliver hun da? Hun bliver et vandskabt Misfoster, hun bliver et Neutrum, saaledes som det er Syn for Sagen for den, der vil have Øine til at se med. Men ve det Samfund, som ikke længer bestaar af Maskuliner og Femininer, men av Maskuliner og Neutra.»¹⁸

Det er i dag nærliggende å lese dette som et argument om kvinner som sosial konstruksjon, og at den som ikke ivaretar sine tradisjonelle funksjoner, vil ende opp som en bastard i samfunnslivet. Det fremgår imidlertid klart nok av innleggene at forestillingene til Heuch og hans meningsfeller gjaldt fysiske og psykiske forhold, herunder kvalitative forskjeller i hjernen.¹⁹

Disse faktiske forestillingene og verdivurderingen av om stemmerett skulle innrømmes, har en nær forbindelse til underliggende metafysiske forestillinger. For tankesettet og argumentasjonen hadde forankring i religionen, blant annet har første Mosebok lært oss at det første som ble skapt, var mannen, deretter alle dyrene som han navnga, før det til slutt ble skapt en kvinne av mannens ribbein mens han sov, og da sa mannen:

«'Nå er det bein av mine bein og kjøtt av mitt kjøtt. Hun skal kalles kvinne, for av mannen er hun tatt.' Derfor skal mannen forlate sin far og sin mor og holde fast ved sin kvinne, og de to skal være én kropp.»²⁰

Forestillingen om kvinnens begrensede forutsetninger for å kunne delta i samfunnslivet forsvant med fremveksten av et mer sekularisert samfunn. Enheten mellom mann og kvinne fikk et lengre liv i retten, men nå står ekteskapsloven § 1 som et minnesmerke over endrede forestillinger: «To personer av motsatt eller samme kjønn kan inngå ekteskap.» Per i dag er det altså ingen forbindelse mellom den tradisjonelle metafysiske enheten ekteskap og det rettslige begrepet om ekteskap.²¹

3.4 Verdibaserte forestillinger

Verdivurderingene som ligger til grunn for og uttrykkes gjennom retten, er ikke bestandige. Historien gir oss en rekke eksempler på endrede verdistrømninger dersom vi sammenholder innholdet i gjeldende rett mot innholdet i tidligere tiders konkrete rettsregler og mer abstrakte verdiuttrykk.

De ti bud i Det gamle testamentet omhandler korte leveregler for storsamfunnet og mindre sosiale strukturer som familien. Det fjerde budet bestemmer at «du skal ære din far og din

¹⁸ Stortingsforhandlinger (1890), s. 1275.

¹⁹ Gahre (2012), s. 65–72.

²⁰ Første Mosebok 2, 18–24.

²¹ Rt. 2010 s. 880.

mor». Dette er en norm de fleste kan slutte seg til i en eller annen forstand, også i dagens sekulariserte samfunn. Derimot vil nok få være villige til å gå så langt som å gi et strengt strafferettslig vern om leveregelen. Annerledes var det etter Norske lov 6-5-2, som bestemte at den som ærekrenket sine foreldre, skulle straffes med tap av arv og livsvarig straffarbeid, og som i 6-5-3 fastslo dødsstraff for å slå sine foreldre.

De abstrakte verdiene som utgjør grunnfjellet for dagens rettsorden, kommer til uttrykk i sentrale prinsipper som folkelig deltakelse, mindretallsvern og vern om den enkeltes private og sosiale rettsgoder. Verdiene er formalisert i Grunnloven § 2 annet punktum: «Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.» Selv om kjernen i prinsippene i dag anses som selvsagte idealer i vestlige samfunn, har ikke verdivurderingene alltid vært der, og de kan endres i fremtiden.

I Platons dialog *Gorgias*, om retorikk, fører Sokrates og Gorgias en rasjonell dialog seg imellom med sikte på meningsavklaring, blant annet om betydningen av rettferdighet. Kallikles melder seg på, men mener samtalen er et intellektuelt blindspor som han forkaster som meningsløs. For hans moral er at de sterke skal prioriteres over de svake, for slik viser rettferdigheten seg ellers i naturen: De naturlige og sterke har midler til å få tilfredsstilt sine lyster, mens de svake må ty til måtehold og rettferdighet forankret i en unaturlig og dermed kunstig lov.²²

Dette er tankegods som finnes i verden i dag, og for mindre enn hundre år siden fikk en slik moral solid fotfeste i Tyskland, et land som lå oss svært nært kulturelt, herunder rettslig. Borgerrettigheter som fulgte av Weimarrepublikkens forfatning, ble tilsidesatt med riksdagsbrannforordningen av 28. februar 1933, og det la til rette for senere tilsidesettelse av den tyske demokratiske rettsstaten med nasjonalsosialistenes fullmaktslov. Fullmaktsloven ga regjeringen, og i praksis føreren Adolf Hitler, lovgivende makt.²³ Nürnberglovene som senere ble vedtatt av en enstemmig Riksdag, gjorde antisemittisk ideologi til en del av det tyske lovverket.²⁴

Det er nær forbindelse mellom denne verdistrømningen og faktiske og metafysiske forestillinger. Den politiske bevegelsen i Tyskland var basert på en oppfatning om at det mellom menneskene pågår en evig rasekamp hvor det germanske folk var overlegne alle andre. Da det Det tredje riket gikk under, fikk vi i Vesten en verdimesig rekyll mot dette, som blant annet kom til uttrykk ved at det vokste frem en internasjonal strafferett som holdt individer til ansvar, og senere er det kommet til en særskilt konvensjon mot rasediskriminering.²⁵

3.5 Institusjonelle forestillinger

Forestillinger som ligger til grunn for hvordan retten forstås, systematiseres og fastsettes, er avledet av mer overordnede syn på hvordan samfunnet bør driftes. Disse kan få et ekstremt uttrykk, som for eksempel i nasjonalsosialistenes Tyskland på 1930-tallet, hvor det blant

²² Gorgias 483 b og 492 a–c.

²³ Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, 24. mars 1933.

²⁴ Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre og Reichsbürgergesetz, begge 15. september 1935.

²⁵ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965.

annet skulle ses bort fra all juridisk teori med jødisk opphav. I Knophs omtale av denne utviklingen beskrives innholdet i en tysk artikkel slik:

«Han peker her på hvordan jødene i det 19. århundre steg op fra ghettoen og frem til verdensherredømmet, og hvordan de også mere og mere erobret rettsvidenskapen. Særlig la Weimarforfatningen veien helt åpen for dem, og hvis ikke den nasjonalsosialistiske revolusjon var kommet, vilde ikke bare advokaturen, men også rettsteorien og rettspraksis mere og mere fått et 'artsfremmed' utseende – sett med virkelig tyske øine.»²⁶

Et annet og mindre ekstremt eksempel på en forestilling om retten, som ofte sies å høre fortiden til, er en overordnet teori om *systematisering* av retten som omtales som begrepsjurisprudens. Den kjennetegnes ved at rettssystemet forstås som en lukket helhet, og ved at ethvert rettsspørsmål lar seg besvare ved deduksjon fra abstrakte rettssetninger.²⁷

De rettslige begrepene er etter teorien klart avgrensede og anvendes uten nærmere skjønnsutøvelse. Denne forestillingen om retten sies å ha blitt fortrent til fordel for en teoretisk tilnærming hvor oppmerksomheten isteden er rettet mot rettsregler som tjener for samfunnets interesser, og hvor rettsspørsmål løses med disse for øye og med utøvelsen av skjønn.

Lid omtaler dette skiftet i erkjennelsesinteresse og systematisering med utgangspunkt i begrepet om eiendomsrett. Han beskriver en overgang fra et abstrakt og substansielt begrep om eiendomsrett til et konkretisert og funksjonelt begrep, hvor eiendomsrett ikke lenger forstås og omtales som en enhet, men som summen av alle rettsvirkninger som følger av å eie: «Den grove forenkling var gjort i ei altfor optimistisk tru om kor langt det var råd å 'automatisere' løysinga av konkrete rettsspørsmål.»²⁸

I norsk rett sies det moderne begrepet om eiendomsrett å omhandle hvilke rettsvirkninger som kan gjøres gjeldende i kraft av å eie eiendom, og meningsinnholdet er summen av ulike beføyelser. Fra et rettslig perspektiv har begrepet ingen teoretisk interesse utover dette. Selv om perspektivskiftet i seg selv ikke innebar nye eller endrede rettsregler, kan det ha åpnet for økt oppmerksomhet mot nye forhold og samfunnsinteresser, som i sin tur kan ha fått betydning for rettens innhold.

3.6 Sammenfatning og vurdering

Det er så langt gitt noen eksempler på hvordan ulike typer forestillinger ligger til grunn for retten. Det er også vist at de kan være forgjengelige, i den forstand at forestillinger byttes ut med nye forestillinger; ideologier byttes ut med nye ideologier. Dessuten er det vist at det er en nær sammenheng og avhengighet mellom metafysiske, faktiske, verdibaserte og institusjonelle forestillinger.

²⁶ Ragnar Knoph, «Jødespørsmålet i tysk rettsvidenskap», *Tidskrift for Retsvidenskap* 1937, s. 125–130 på s. 125.

²⁷ Frede Castberg, «Omkring naturretten», i Knut S. Selmer (red.) *Nordisk gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm*, Oslo 1969, s. 51–63 på s. 57.

²⁸ Olav Lid, «Ny bok i tingsrett», *Lov og Rett* 1965, s. 117–123 på s. 119–121. Se også Alf Ross, *Eiendomsret og Eiendomsvergang*, København 1935.

Flere av forestillingene som er løftet frem, er så fremmede for vårt sekulariserte, realistiske og humanistiske vestlige verdensbilde at de i dag blir stående som aparte størrelser hentet frem fra historiens skraphaug. På motsatt side er eksempelet med den institusjonelle forestillingen om begrepsjurisprudens, som er nærmere vår tids meningsstørrelser og forståelse av retten.

Det kan være utfordrende å få tak på fortidens forestillinger, blant annet fordi ettertiden er fanget i sin egen forståelseshorisont og tidvis tenderer til å markere avstand ved å karikere fortiden. Og kanskje gir det som er sagt ovenfor om teorien om begrepsjurisprudens, et fortegnet bilde av hvordan det forholdt seg i retten; forhold som kan tale for det, er at det var knyttet skjønnsutøvelse til bruken av formelle og abstrakte rettslige begreper,²⁹ og ikke minst at store begrepsjuridiske systemer fremdeles er i bruk andre steder i Europa, herunder også substansielle begreper om eiendomsrett.

Overgangen fra fortid til ettertid er ikke skarp, og i vår samtid er vi selv vitne til meningsforskyvning i rettslige forestillinger. I dag er det for eksempel en pågående institusjonell brytning knyttet til forestillinger om hva *juridisk metode* er og bør være. Debatten kan sies å gå på tvers av juristgenerasjoner, og omhandler blant annet spørsmålet om det er holdbart å beskrive juridisk metode som en øvelse i å veie rettskilder mot hverandre.³⁰

I debatten stiller Bergo spørsmål ved om det bør rettes større oppmerksomhet mot formelt vedtatte lovtekster fremfor formålsbetraktninger ved fastsettelse av rettens innhold: «Vi liker vel alle å bli snakket til med et presist, forståelig språk, og særlig dersom ordene kan få konsekvenser, dersom de som ytrer dem har makt over oss.»³¹ Kanskje dette kan forstås som et uttrykk for en forestilling om at pendelen har svingt for langt vekk fra teorien om begrepsjurisprudens.

²⁹ Se for eksempel Løvlie (2014), s. 273 flg.

³⁰ Se Thomas Frøberg, «Rettskildefagets avveiningsmodell – kritikk og alternativer», Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 502–524, og Erik Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2. utgave, Oslo 2021.

³¹ Knut Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Oslo 2002, s. 1047.

4 Forestillingen om tredelingen av Grunnlovens gjennomslagskraft

4.1 Forestillingen

Grunnlovens § 89 lyder: «I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om det strider mot Grunnloven å anvende en lovbestemmelse ...» Diskusjonen om grunnlovsvernet i norsk rett er i særlig grad knyttet til domstolenes prøving av om lover er forenlige med Grunnloven.

Forståelsen av Grunnlovens rekkevidde er blant annet knyttet til en uttalelse fra Høyesterett i Rt. 1976 s. 1, det såkalte *Kløfta*-skjønnnet.³² Førstvoterende skrev at Grunnlovens kraft er gradert ved at reguleringsformålet virker styrende for Grunnlovens gjennomslag overfor lover:

«Det er [...] forskjellige oppfatninger av hvor meget som skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg [...] at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.»³³

Det siterte ble fulgt opp med et avsnitt om betydningen av Stortingets syn på lovens grunnlovmessighet for vern om økonomiske rettigheter. Det ble ansett som «klart» at lovgiverens syn må spille «en betydelig rolle» når domstolene på dette området skal ta stilling til Grunnlovens vern.

Avgjørelsen er avsagt under dissens, men også mindretallet graderer grunnlovsbestemmelsene ut fra reguleringsformålet, men da ved å betone betydningen av lovgiverens vurderinger:

«Utgangspunktet må være at det tilligger lovgiveren selv å vurdere forholdet til grunnloven. Hvilket innhold prøvesretten har, stiller seg for øvrig forskjellig etter de grunnlovsbestemmelser det dreier seg om.»³⁴

Forestillingen om den tredelte grunnlovskraften er også kommet til uttrykk i senere plenumsdommer.³⁵ Rt. 2007 s. 1281 gjaldt økonomiske rettigheter, og det fastslås at det «følger av sikker rettspraksis at domstolene [i slike saker] må være mer tilbakeholdne med å

³² Rt. 1976 s. 1. Om bakgrunnen for uttalelsen, se Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo 2017, s. 432.

³³ Rt. 1976 s. 1 på s. 5–6.

³⁴ Rt. 1976 s. 1 på s. 22.

³⁵ Rt. 2010 s. 1445 avsnitt 89.

sette lovgiverens grunnlovsvurderinger til side enn ved bestemmelser som gjelder personlig frihet og sikkerhet.»³⁶

Tredelingen er sagt å knytte seg til to forhold.³⁷ For det første en forestilling om at Grunnlovens gjennomslagskraft styres av interessen bestemmelsene gjelder, og at bestemmelsene lar seg dele inn i tre hovedgrupper. For det andre en oppfatning om at Stortingets syn på Grunnlovens rekkevidde har betydning, og at gjennomslaget til denne oppfatningen varierer ut fra tredelingen av interessene.

I det følgende er det kun den første og generelt uttrykte forestillingen om tredelingen av Grunnlovens kraft som skal tematiseres. Forestillingen om betydningen av lovgiverens syn på grunnlovsspørsmålet og hvordan den knytter seg til tredelingen, omhandles ikke, men det tas opp hvordan disse to størrelsene forholder seg til hverandre, i punkt 4.2.

I juridisk teori har Tverberg karakterisert den generelle tredelingen som læren om det graderte grunnlovsvernet,³⁸ og sammenfattet det han mener er forestillingen til førstvoterende i Rt. 1976 s. 1, slik: «En *tre-delning* av Grunnlovens bestemmelser, ut fra hvilken 'gjennomslagskraft' Grunnloven ville ha overfor motstridene lovgivning.»³⁹

Tidligere høyesterettsjustitiarius Schei har sagt at tredelingen er «ett av utgangspunktene ved grunnlovskontrollen».⁴⁰ Andenæs/Fliflet omtaler graderingen slik:

«Sondringen synes [...] nå å ha en god forankring i Høyesteretts praksis. Gode grunner taler også for å ha en slik sontring. Den bygger på at domstolen vil være spesielt på vakt når det gjelder forholdet til sentrale rettssikkerhetsmessige forhold. I saker som gjelder økonomiske interesser, vil politiske overveielser lett komme inn i bildet og domstolen bør da vise en tilbakeholdenhet ved prøvingen.»⁴¹

Tredelingen har altså et godt feste i juridisk teori, men den er også kritisert.⁴² Smith stiller spørsmål ved om den gir uttrykk for hva som faktisk skjer når lover prøves mot Grunnloven, og peker på at Høyesterett ikke har stått tilbake for å prøve Grunnlovens bestemmelser om forholdet mellom den lovgivende og den utøvende makt,⁴³ og dessuten at domstolen ellers

³⁶ Rt. 2007 s. 1281 avsnitt 73–75. Se også HR-2021-417-P avsnitt 72, Rt. 1997 s. 1821 på s. 1831 (flertallet) og 1834 (mindretallet) og Rt. 1996 s. 1415 på s. 1429.

³⁷ Arnulf Tverberg, «Kommentar til § 89», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven – Historisk kommentarutgave 1814–2020*, Oslo 2021, s. 877.

³⁸ Arnulf Tverberg, «Det graderte grunnlovsvernet ved tolking av Grunnloven og prøving av lovers grunnlovsmessighet», i Eirik Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova – Om forfatningsutviklinga 1814–2014*, Oslo 2013, s. 256. Se også blant andre Eirik Holmøyvik, «Prøvingsrett og tilbakeverknadsforbud Borthendommen i Rt-1996-1415 og rettsutviklinga», i Bergby mfl. (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016, s. 210–242; Stig H. Solheim, «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – Lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014, s. 1–48 på s. 6–10; Erik Boe, «Lovers grunnlovsmessighet», *Jussens Venner* 1998, s. 4–34 på s. 23–25.

³⁹ Tverberg (2021), s. 877.

⁴⁰ Tore Schei, «Har Høyesterett en politisk funksjon?», *Lov og Rett*, vol. 50 nr. 6, s. 319–335 på s. 328. <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2011-06-02>

⁴¹ Andenæs og Fliflet (2017), s. 432, og Smith (2021), s. 322–324. Se også Tverberg (2013), s. 302–303.

⁴² Skjerdal, Nicolai Vogt, «Relativisering av domstolenes grunnlovskontroll – på tide å forlate tredelingslæren?», i *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe* (2013), s. 275–296, på s. 287 flg.

⁴³ Smith (2021), s. 286. Se Rt. 1987 s. 473.

ikke har forholdt seg til læren på områdene for den enkeltes «personlige frihet» og «økonomiske rettigheter». ⁴⁴

Skjerdal mener på sin side at kategoriinndelingene etter tredelingen er for «grovskårne» til å gi veiledning for prøvelsesintensiteten. ⁴⁵ Smith mener videre at tredelingen ikke er et ideal å etterstrebe; isteden anbefaler han å tolke Grunnloven «på vanlig måte i lys av ordlyd, rettspraksis mv. på det enkelte område». ⁴⁶

Samlet viser dette at forestillingen om en generell tredeling av Grunnlovens gjennomslagskraft tjener rollen som et omdreiningspunkt for forståelsen av og diskusjonen om Grunnlovens rekkevidde. Oppmerksomheten omkring uttalelsen i Rt. 1976 s. 1 har vært betydelig, og den er dels ansett som mønsterdannende, og dels gjort til gjenstand for kritikk.

4.2 Kritikk

Tredelingen i *Kløfta*-skjønnet gir uttrykk for at Grunnlovens gjennomslag overfor lover er relativt. Relativt betyr «sett i forhold til noe annet, jevnført med noe annet, betinget eller forholdsmessig». ⁴⁷ Adjektivet angir at ellers sammenlignbare fenomener kan ha ulike egenskaper, og forutsetter således at fenomenene på samme tid er like nok til å tilhøre en gruppe, og ulike nok til at de kan skilles ad – genus og species.

Det er kriterier om identitet som avgjør hvilke fenomener som skal anses som like og tilhøre en gruppe, og som avgjør hvilke særskilte egenskaper innenfor gruppen som kan gjøres til gjenstand for sammenligning. Identitetskriterienes nærmere innhold beror på erkjennelsesinteressen til den som undersøker og sammenligner fenomenene, se punkt 7.2.3.

For eksempel kan det innenfor gruppen mobiltelefoner foretas en sammenligning av levetid på batteriene ut fra en felles målestokk om batterikapasitet. Uten meningsfulle identitetskriterier blir derimot sammenligninger absurde. Det er det som er Øystein Sundes virkemiddel i sangen «Det året det var så bratt»:

«For det er kalder' om vinter'n enn på øra
De'er sikkert noe alle vet fra før'a
Men hakkespett er no' man ikke dør'a
Og det er lengere te' London enn med fly»⁴⁸

Skal det gi mening å sammenligne rettsregler, må de derfor tilhøre en avgrenset gruppe og samtidig ha egenskaper som kan gjøres til gjenstand for sammenligning. Bestemmelsene som omfattes av den generelle tredelingen, kan sammenlignes, fordi de tilhører gruppen «konstitusjonelle normer» samtidig som de skiller seg ad ved «reguleringsformålet».

Den generelle graderingen av Grunnlovens gjennomslag etter *Kløfta*-skjønnet omhandler imidlertid ikke bestemmelsenes interesseområder som sådanne, men hvilket innhold

⁴⁴ Smith (2021), s. 324.

⁴⁵ Skjerdal (2013), s. 275–296 på s. 291.

⁴⁶ Smith (2021), s. 324.

⁴⁷ Store norske leksikon. <https://snl.no/relativ>.

⁴⁸ Øystein Sunde, «Det året det var så bratt», *Det året det var så bratt*, sang nr. 2, 1971.

bestemmelsene har vis-à-vis hverandre. Forestillingen er at Grunnlovens «gjennomslagskraft» styres av hvilket reguleringsformål bestemmelsen har.

Skal tredelingen gi mening, må det være grunnlag for sammenligning. Det vil si at Grunnlovens bestemmelser om statsmaktens arbeidsmåte, økonomiske rettigheter og borgernes personlige frihet og sikkerhet må ha likhetstrekk som gjør at de utgjør en gruppe, og samtidig ha egenskaper som gir grunnlag for å sammenligne «gjennomslagskraft» overfor lover ut fra en felles målestokk.

Bestemmelsene tilhører en felles gruppe ved at de setter skranker for Stortingets lovgivningsmyndighet og kan gi grunnlag for domstolene for å sette lovvedtak til side, jf. Grunnloven § 89. Bestemmelsene kan derimot vanskelig sies å ha egenskaper som gir grunnlag for å sammenligne gjennomslagskraften overfor lover, fordi de har *unike reguleringsformål* og innholdet er avledet av *unike rettskildebilder*.

Av dette følger at forestillingen om Grunnlovens relative gjennomslagskraft er basert på en sammenligning av ikke-sammenlignbare – inkommensurable – størrelser. Videre er det et spørsmål om ikke bestemmelsene innenfor de tre interessesfærene er for ulike til å sammenligne «gjennomslagskraft»; i hvert fall er gruppen økonomiske rettigheter sagt å omfatte «svært forskjellige kategorier».⁴⁹

For å ty til en analogi: Poenget er at det ikke gir mening å si at vilkårene for å få innvilget opphold i Norge etter utlendingsloven er strengere enn vilkårene for å stå på eksamen i master i rettsvitenskap. Derimot gir det mening å si at det skal mer til for å stå på eksamen i master i rettsvitenskap enn å stå i rettslære på videregående skole – får vi håpe.

Kritikken som så langt er rettet mot forestillingen om Grunnlovens tredelte gjennomslagskraft, forutsetter at det som er sagt om tredelingen, skal tas på ordet. Det kan imidlertid være at det som er sagt om tredelingen, isteden bør forstås som vage eller abstrakte uttrykk for sammenligning av andre forhold. I så tilfelle er kritikken at de som fremsetter slike påstander, bør presisere og konkretisere hva de mener og hvilke egenskaper de sammenligner.

For selv om det ikke finnes en felles målestokk som kan brukes til å sammenligne bestemmelsene ut fra reguleringsformål og interesseområde, for å si noe om «hvor meget som skal til for at domstolene skal sette en lov til side»,⁵⁰ er det andre sider ved domstolenes prøving av lover mot Grunnloven som kan sammenlignes. Disse forholdene kan i sin tur tenkes å slå ulikt ut på tvers av de tre reguleringsformålene.

Ett forhold som kan undersøkes og sammenlignes, er betydningen av Stortingets egne vurderinger av Grunnlovens rekkevidde ved grunnlovstolkningen, altså om og i hvilken grad Stortingets egne vurderinger tas i betraktning ved fastsettelse av bestemmelsenes innhold. Det er dette den andre delen av *Kløfta*-tredelingen, som det ble avgrenset mot innledningsvis, synes å omhandle.

Betydningen av Stortingets syn på saken er et forhold som kan tenkes å slå ulikt ut på tvers av de tre reguleringsformålene. Det gir likevel ikke grunnlag for å si at bestemmelsenes gjennomslagskraft varierer etter tredelingen, for det blir – som vist i argumentasjonen ovenfor

⁴⁹ Rt. 2007 s. 1281 avsnitt 73 og 100 og Rt. 1996 s. 1415 på s. 1429.

⁵⁰ Rt. 1976 s. 1 på s. 5–6.

– å sammenligne inkommensurable størrelser i form av bestemmelser med unike reguleringsformål og unike rettskildebilder.

Det er også mulig å sammenligne andre sider ved metodebruken ved fastsettelsen av Grunnlovens innhold; for eksempel kan det på tvers av bestemmelser og interesseområder tenkes forskjeller i bruken av ordlyd, rettspraksis, formålsbetraktninger med videre.

Et ytterligere forhold som kan sammenlignes, er gjennomslaget til enkeltbestemmelser på tvers av interesseområder. For eksempel sies vernet mot tilbakevirkende lovgivning etter Grunnloven § 97 å ha ulikt innhold beroende på hvilket rettsområde det er snakk om.⁵¹ Bestemmelsen er blant annet omtalt som fast regel på strafferettens område, mens den på andre områder omtales og forstås som en rettslig standard.⁵²

I Rt. 2010 s. 1445 synes denne bestemmelsen å ha blitt knyttet til den generelle tredelingen på et slikt sammenligningsgrunnlag:

«Vår sak gjelder hvilken beskyttelse Grunnloven § 97 gir mot tilbakevirkning på strafferettens område. Dette berører vernet for enkeltmenneskets personlige frihet og sikkerhet, hvor Grunnlovens gjennomslagskraft ifølge tredelingen er størst.»⁵³

Det siterte kommer i forlengelsen av et avsnitt om domstolenes prøvningsintensitet og følges opp med et avsnitt om betydningen av lovgivers syn på grunnlovsmessigheten, så det er usikkert om det er den generelle tredelingen som omtales. Uansett, det som sammenlignes her, er ikke gjennomslagskraften til grunnlovsbestemmelser med ulike reguleringsformål, men håndteringen av én bestemmelse med et særskilt reguleringsformål på tvers av interesseområder.

4.3 Vurdering

Forestillingen om den generelle tredelingen av Grunnlovens «gjennomslagskraft» er ut fra kategoriinndelingen i kapittel 2 å anse som intern for retten. Den omhandler institusjonelle forhold, mer presist retten selv og forholdet mellom lovgiver og domstoler.

Selv om forestillingen tatt på ordet omhandler en sammenligning av inkommensurable størrelser og dermed gir uttrykk for rettslige kriterier uten mening, kan den tenkes å ha innvirkning på forståelsen av Grunnlovens bestemmelser. Det gir grunn til å undersøke hvordan den omfattende tekstmassen om forestillingen best kan forstås, og mulige virkninger av den.

I tillegg til å klargjøre hva som kan ligge i grunnbegrepet om «gjennomslagskraft», er det en rekke med avledede påstander å se nærmere på. Hva betyr det for eksempel når den tidligere justitiarius skriver at tredelingen er «ett av utgangspunktene» for Høyesteretts kontroll av lover mot Grunnloven, eller når sentrale juridiske teoretikere oppgir at Høyesterett er «spesielt på vakt» overfor noen typer interesser?

⁵¹ Rt. 2006 s. 293 avsnitt 58–61.

⁵² Rt. 2010 s. 1445 avsnitt 86–88.

⁵³ Rt. 2010 s. 1445 avsnitt 90.

Et mulig svar på disse spørsmålene er at alt pratet om tredelingen er nettopp det – bare prat. Det kan være at Høyesterett rett og slett ikke tar et særlig utgangspunkt ved prøvingen, men tilnærmer seg Grunnloven på tradisjonelt vis med utgangspunkt i ordlyd, rettspraksis, formål med videre. Og kanskje er det sånn at Høyesterett aldri skjerper oppmerksomheten, men alltid er på vakt for å påse at lovene holder seg innenfor Grunnloven, uavhengig hvilke interesser det er snakk om.

Selv om denne forklaringen skulle virke overbevisende, kan det likevel ikke ses bort fra at forestillingen og pratet om tredelingen, på en eller annen måte, påvirker forståelsen av Grunnloven og er av betydning ved domstolens prøving av lover mot denne, eller for øvrig virker inn på forståelsen av retten. Det vil det kreve svært sammensatte undersøkelser for å finne ut av, om det i det hele tatt er mulig å bringe noen klarhet til torgs.

Det er ikke rom for å forfølge dette videre her. Likevel skal det nevnes at grunnlaget for kritikken som i juridisk teori er rettet mot den generelle tredelingen de lege lata, og som går ut på at Høyesterett ikke har fulgt opp tredelingen i praksis, kanskje er et symptom på at det egentlig ikke er noe å følge opp videre (se punkt 4.1). Og kanskje er det slik at kritikken som i juridisk teori er reist de lege ferenda, er et symptom på at det egentlig ikke er mulig å sammenligne bestemmelsene på dette grunnlaget.

Samtidig er det ikke til å komme unna at også den kritiske juridiske litteraturen, om den tas på ordet, aksepterer forestillingen om at det er mulig å tredele Grunnlovens gjennomslagskraft. Det er ikke sikkert det ville vært tilfellet om det ikke var for all oppmerksomheten rettssamfunnet har viet uttalelsen i Rt. 1976 s. 1. Uansett, det er ikke uten ironi at den sementerte forestillingen om tredelingen har sitt opphav i et avsnitt som innledes med at det ikke er meningen å si noe generelt om grunnlovvernets rekkevidde.

5 Forestillingen om lovkravet i strafferetten

5.1 Forestillingen

Legalitetsprinsippet har fått økt oppmerksomhet den senere tid. På strafferettens område er det gitt et formelt uttrykk i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7, og i HR-2020-955-A, hvor bestemmelsene omtales samlet, er innholdet formulert slik:

«I lovkravet ligger at den aktuelle straffebestemmelsen må være tilgjengelig for allmennheten. Den må videre være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes.»⁵⁴

Presiseringen «i de fleste tilfeller» gir føringer for klarhetskravets innhold, og idealet som uttrykkes er at ansvaret skal kunne leses rett ut fra ordlyden, og at ordlyden minst må dekke det aktuelle forholdet. Ordlyden skal altså sette den ytre grensen for ansvarets rekkevidde, og begrenser muligheten for et straffansvar forankret i formålsbetraktninger og reelle hensyn.

I flere høyesterettsavgjørelser er det uttalt at dagens lovkrav er resultat av en skjerpelse i rettspraksis. I Rt. 2014 s. 238 er det vist til utviklingen og sagt at kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebudene er strammet til.⁵⁵ Juridisk teori har omtalt utviklingen og sluttet opp om innholdet, og herunder presisert at spillerommet for utvidende fortolkning av ordlyden er blitt snevrere.⁵⁶

Høyesteretts formulering av lovkravet gir – tatt på ordet – opphav til en forestilling om at det ikke idømmes straff for handlinger som faller utenfor straffebudets ordlyd. De underliggende interessene som det er grunn til å anta blir ivaretatt med en slik praksis, er vern mot vilkårlighet for borgerne og demokratisk kontroll med bruken av straff.

5.2 Kritikk

5.2.1 Tema og opplegg

I det følgende påvises det at formuleringen av lovkravet og den avledede forestillingen om det er for vidtrekkende. Fra den generelle formuleringen om at «straffebestemmelsen må være [...] så klar», må det første gjøres et unntak for straffebud som gjennom rettspraksis allerede hadde et avklart og vidtrekkende innhold, og for det andre kan det tenkes et unntak for situasjoner der klarheten følger av straffebudet sammenholdt med andre kilder.

⁵⁴ HR-2020-955-A avsnitt 22, med henvisning til tidligere praksis.

⁵⁵ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15.

⁵⁶ Se blant annet Jørn Jacobsen, «Det strafferettslege lovkravet i eit metodeperspektiv», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 527–561; Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2019, s. 66; Ståle Eskeland, *Strafferett*, 5. utg. ved Alf Petter Høgberg, Oslo 2016, s. 107; og Thomas Frøberg, «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 2015, s. 46–71.

Først redegjøres det for bakgrunnen og det rettslige grunnlaget som lå til grunn for Høyesteretts rettsskapende virksomhet ved skjerpelsen (punkt 5.2.2), før det fremheves at lovkravet er formulert mer vidtrekkende enn dette rettsgrunnlaget skulle tilsi (punkt 5.2.3). Til slutt gis det et konkret eksempel på et straffebed som før, under og etter skjerpelsen av lovkravet er gitt et innhold som rekker langt utover ordlyden (punkt 5.2.4).

5.2.2 Bakgrunnen for klarhetskravet i Grunnloven § 96

Frem til årtusenskiftet ble vernet etter Grunnloven § 96 ansett som nokså begrenset. Andenæs rapporterte i 1997 om at «[d]et kan være delte meninger om hvor strengt dette kravet skal oppfattes», og «praksis har stilt seg nokså fritt i forhold til § 96». ⁵⁷ Jacobsen skriver i dag: «Høgsterett sin *tidlegare* praksis synes prega av eit ønskje om å understøtte dei føremåla som lovgjevaren ønska seg ivareteke.» ⁵⁸

Brekkestangen for å skjerpe kravet var EMK artikkel 7. I Rt. 2009 s. 780 ble bestemmelsen brukt som selvstendig ramme ved fortolkningen av et straffebed, og klarhetskravet kom til uttrykk ved at drøftelsen tok utgangspunkt i ordlyden og ved at meningsinnholdet ble fastsatt med bruk av ordbok. ⁵⁹

I en senere avgjørelse ble EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 sidestilt, uten at grunnlaget for dette ble klargjort nærmere, jf. Rt. 2011 s. 469. Ut fra de sidestilte rettsgrunnlagene, og med henvisning til Rt. 2009 s. 780, ble følgende rettskildepriussipp formulert for fastsettelsen av straffansvar: «Straffverdighet, eller andre reelle grunner som kan tale for [utvidende tolkning], er ikke tilstrekkelig.»

Det skjerpede kravet er brukt som argument på andre rettsområder. HR-2017-1840-A gjaldt bruk av kontaktforbud, noe som omfattes av det alminnelige legalitetsprinsippet i § 113. Kravet ble koblet til lovkravet på strafferettens og straffeprosessens område, og det ble uttalt: «Det er tale om et vesentlig inngrep, og lovkravet må praktiseres strengt.» ⁶⁰

Skjerpelsen av lovkravet er altså forankret i den folkerettslige forpliktelsen etter EMK, og det var nok av betydning at konvensjonen er gjort til norsk lov med forrang fremfor annen lovgivning, og at det til konvensjonen hører en individklageordning. Skjerpelsen var uten direkte velsignelse fra grunnlovgiveren, men utviklingen falt i tid sammen med arbeidet som ledet frem til grunnlovsreformen i 2014, og i den anledning ble lovgiveren ble gjort oppmerksom på koblingen til EMK art 7. ⁶¹

5.2.3 Krav til klarhet og krav til formell lov

⁵⁷ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 4. utg, Oslo 1998, s. 97 og 110.

⁵⁸ Jacobsen (2019), s. 547.

⁵⁹ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21.

⁶⁰ HR-2017-1840-A avsnitt 22.

⁶¹ Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 126–128.

Grunnloven § 96 stiller et absolutt krav om at gjerningsbeskrivelsen er uttrykt i, eller har hjemmel i, formell lov gitt i henhold til Grunnloven §§ 76 og følgende. Det utelukker straffansvar forankret i rettspraksis, og derav uttrykket «lovkravet» om legalitetsprinsippet i norsk rett; forstavelen gir en påminnelse om at vernet er til hinder for et ulovfestet straffansvar.

Høyesteretts formulering av det skjerpede lovkravet knytter kravet om klarhet til kravet om formell lov, jf. «straffebestemmelsen må være [...] så klar ...». Denne koblingen går lenger enn rettsgrunnlaget som lå til grunn for og motiverte skjerpelsen, fordi EMK artikkel 7 åpner for at straffansvar kan forankres i domstolskapt rett:

«When speaking of 'law', Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law and which implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability. As regards foreseeability in particular, the Court notes that, however clearly drafted a legal provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in certain Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen ...»⁶²

Konvensjonen stiller altså ikke krav om klarhet i formell lov, men at rettsreglene er tilgjengelige og at rettstilstanden er forutberegnelig for borgerne, noe som avgjøres ut fra en konkret vurdering med utgangspunkt i ordlyd, formål, forarbeider og rettspraksis. Kravet om forutberegnelighet kan etter omstendighetene være innfridd selv om det kreves juridisk bistand for å få klarhet i rettsregelens innhold.⁶³

Siden Høyesteretts formulering av det nyervervede klarhetskravet er knyttet til rettskilden formell lov, er det et spørsmål hvor det er blitt av det handlingsrommet som tidligere fulgte av § 96, og det handlingsrommet EMK artikkel 7 gir til å forankre og utfylle straffansvar gjennom rettspraksis. Det kan stille seg ulikt beroende på om straffansvarets rekkevidde allerede før skjerpelsen var avklart i rettspraksis, eller ikke.

Høyesteretts formulering av klarhetskravet må leses med en reservasjon for straffansvar som før skjerpelsen av lovkravet allerede hadde fått sin avklaring gjennom rettspraksis, selv om ansvaret vanskelig kan sies å følge klart av loven. Det er nemlig ikke noe som tilsier at skjerpelsen var ment å skulle nullstille hundre års brukshistorikk med straffebud (se punkt 5.2.4).

Det er mer usikkert om det i formuleringen av klarhetskravet også skal leses inn en reservasjon om at det er tilstrekkelig om tilgjengelighets- og forutberegnelighetsstandarden

⁶² Kononov mot Latvia, klage nr. 36376/04, storkammerdom 17.05.10 avsnitt 185.

[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-98669%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-98669%22]})

⁶³ Se nærmere Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 5. utg., København 2020, s. 82 flg.

etter EMK artikkel 7 etterleves. På den ene side er Høyesteretts ord at «straffebestemmelsen» må være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes, noe som i henhold til juridisk teori også er fulgt opp i praksis (se punkt 5.1). Høyesterett viser dessuten til EMK artikkel 7 når det oppgis at en regels innhold kan utvikle seg over tid gjennom rettslig fortolkning, selv om § 96 i utgangspunktet bød på det samme spillerommet.⁶⁴ På den annen side er det ikke noe i rettskildegrunnlaget som ledet frem til skjerpelsen av klarhetskravet, som tilsier at klarheten må utledes av formell lov.

5.2.4 Voldsbegrepet i § 155

Strafferetten byr på rettsregler som vanskelig kan sies å fremgå klart av ordlyden i straffebudet, i den forstand at det ved å lese lovteksten er mulig å forutsi hvilke typer handlinger som omfattes av ansvaret. Et eksempel er vilkåret «ved vold» i straffeloven § 155, som rekker langt utover hva som i alminnelighet forstås med vold.

Det er av to grunner interressant å se nærmere på praksis knyttet til akkurat dette straffebudet. For det første er det vide voldsbegrepet lagt til grunn også etter at klarhetskravet ble innskjerpet og utlagt av Høyesterett. For det andre har straffebudet i samme periode vært undergitt en lovgivningsprosess, uten at det vide voldsbegrepet ble viet oppmerksomhet.

Straffeloven § 155 har overskriften «Vold, trusler, skadeverk eller annen rettsstridig adferd mot offentlig tjenesteperson», og den objektive gjerningsbeskrivelse lyder: «Den som ved vold, trusler, skadeverk eller annen rettsstridig adferd påvirker en offentlig tjenesteperson til å foreta eller unnlate å foreta en tjenestehandling eller hindrer en slik handling, eller søker å oppnå dette ...»

I alminnelig språkbruk betegner vold en kvalifisert utøvelse av makt. I Det Norske Akademis ordbok defineres det som «brutal, rå bruk av fysisk makt».⁶⁵ Det samme gjelder for Bokmålsordboka.⁶⁶ I Store norske leksikon heter det: «Vold er fysiske eller psykiske overgrep for å tvinge gjennom sin vilje, eller for å få utløp for aggresjon.»⁶⁷

Sammensatte ord som «voldsmann» og adjektivet «voldelig» gir også assosiasjoner i retning av kvalifisert maktutøvelse. De samme tanker melder seg når «vold» leses i sammenheng med ordlydens tilhørende substantiver «skadeverk» og «trusler», som også finnes i straffebudets overskrift. Dessuten tilsier tillegget «annen rettsstridig adferd» at det ikke skulle være behov for å legge begrepet om vold på strekk.

Slik skal begrepet om vold i § 155 likevel ikke forstås, for etter prejudikatet i Rt. 1922 s. 73 omfattes «en hvilken som helst kraftanvendelse stor eller liten mot en person for at overvinde en hindring eller motstand eller at tvinge».⁶⁸ Det virker forutsatt i Rt. 1971 s. 882, som åpner for at begrepet om vold kan forstås videre i bestemmelsen om vern av offentlig tjenesteperson enn i bestemmelsen om kroppskrenkelse, jf. § 271.⁶⁹

⁶⁴ HR-2016-1982-A avsnitt 38.

⁶⁵ Se <https://naob.no/ordbok/vold>

⁶⁶ Se

https://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=vold+&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&bokmaal=+&ordbok=bokmaal

⁶⁷ <https://snl.no/vold>

⁶⁸ Rt. 1922 s. 73.

⁶⁹ Rt. 1971 s. 882 på s. 883, om §§ 127 og 228 i straffeloven 1902.

Presiseringen om at kraften må være av en slik karakter at den er egnet til å «overvinde en hindring eller motstand eller at tvinge», ligger det ikke mye begrensning i. Det er blant annet ikke krav om at det er kontakt mellom voldsutøveren og fornærmede. I Rt. 1983 s. 652 hadde føreren av en bil ved to politikontroller – i stedet for å stoppe – gitt gass og kjørt mot politiet, som måtte kaste seg eller løpe til side for ikke å bli påkjørt:

«Etter min mening vil en voldshandling i forhold til denne bestemmelse kunne foreligge selv om vedkommende tjenestemann ikke treffes rent fysisk av handlingen og selv om det ikke var poenget med handlingen at han skulle treffes.»⁷⁰

I Rt. 1999 s. 240 la flertallet til grunn at «spytting omfattes av voldsbegrepet».⁷¹ Ordlyden stod ikke i fokus som en begrensende størrelse for drøftelsen:

«Det å spytte på noen er en grov krenkelse, og jeg kan vanskelig se at straffverdigheten av spytting skal være mindre enn av slag. I teorien har det vært lagt til grunn at voldsbegrepet i § 127 første ledd må omfatte enhver fysisk innvirkning på person ...»⁷²

Denne vide forståelsen av voldsbegrepet er også lagt til grunn etter at lovkravet ble strammet til. I HR-2018-1267-U var det vold når tiltalte i en opphetet situasjon «[gjekk] tett opp i B og dytta han med flate hender mot overkroppen. B tok eit par steg tilbake både på grunn av dytten og for å få litt avstand til tiltalte. Tiltalte kom etter han og dytta til han ein gong til».⁷³

HR-2021-2379-U er en beslutning om ankenektelse i en sak om overtredelse av § 155, hvor lagmannsrettens dom bygde på følgende faktum: «[T]iltalte [tok] tak i [politibetjentens] overarm i noen sekunder. Taket ble foretatt med hensikt i et forsøk på å hindre, eventuelt få [vedkommende] til å unnlate å foreta, pågripelsen. Selv om taket ikke var særlig hardt, forstyrret det [politibetjenten] og gjorde at han vred seg unna på en måte han ellers ikke ville ha gjort.»⁷⁴

Det ovennevnte viser at Høyesterett aksepterer straffansvar som ikke klart kan spores til ordlyden i straffebudet. Grunnloven § 96 har flere adressater, i tillegg til å rette seg mot den utøvende og den dømmende makt er den skranke for lovgiveren. Lovkravet ble trukket frem av lovgiveren i arbeidet med den generelle og den spesielle delen av straffeloven 2005,⁷⁵ men fikk ikke betydning for det fast innarbeidede begrepet i § 155, som ble videreført uten nærmere drøftelse.⁷⁶

Heller ikke ved en revisjon av straffebudet i 2020 ble utformingen av vilkåret omtalt. Gjerningsbeskrivelsen fikk tillegget «annen rettsstridig adferd», for å ramme «hets og trakassering» av offentlig ansatte. Departementet hadde ikke anbefalt utvidelse, blant annet

⁷⁰ Rt. 1983 s. 652 s. 653.

⁷¹ Rt. 1999 s. 240 på s. 242. Se HR-2010-2103-U avsnitt 13–14.

⁷² Rt. 1999 s. 240 på s. 242.

⁷³ HR-2018-1267-U avsnitt 11.

⁷⁴ LB-2020-83612.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 71–72.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 209–212 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 202.

fordi det burde tas i bruk «vilkår som gir bedre veiledning».⁷⁷ Justiskomiteen gikk likevel inn for tillegget, fordi det var ønsket av politi- og påtalemyndigheten.⁷⁸

Departementet var altså opptatt av idealet i § 96 om klarhet og forutberegnelighet, mens Stortinget utvidet straffansvaret uten å omtale kravet til klarhet. Det vide voldsbegrepet i § 155, som teknisk sett var uberørt av endringen, fikk ingen oppmerksomhet.

5.3 Vurdering

Forestillingen om lovkravet i strafferetten er etter kategoriinndelingen i kapittel 2 intern og omhandler institusjonelle forhold, mer presist kravet til sammenheng mellom termbruken i lovgivningen og meningsinnholdet i rettsregler på strafferettens område.

Ironisk nok kan Høyesteretts formulering av lovkravets innhold, som er ment å bygge opp under sammenhengen mellom språk og mening, ikke tas på ordet. I det strafferettslige stammespråket kan straff bare idømmes etter straffebud som er så klart formulert at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen om normen brytes, og i det samme språket er spyting, dytting og ta tak i en arm i noen sekunder å anse som «vold».

Høyesteretts formulering av lovkravet går for langt, fordi den ikke tar opp i seg at allerede avklarte tolknings spørsmål fortsatt skal legges til grunn. Dessuten går formuleringen for langt vis-à-vis rettskildegrunnet ved at den ikke tar opp i seg det fremtidige handlingsrommet til å utbrodere straffansvar i rettspraksis, i tråd med tidligere praksis under Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. Formuleringen er heller ikke dekkende for straffansvar som er vidt formulert i loven, og som må forstås med en vesentlig rettsstridsreservasjon for å gi mening.

Selv om klarhetskravet er formulert vidt, er det ikke nødvendigvis slik at Høyesterett eller det øvrige rettssamfunnet har en forestilling om at det er så vidtrekkende som formuleringen tilsier tatt på ordet. De fleste vil nok ved ettertanke se utformingen som utslag av en generalisering av den særlige situasjonen straffesaker står i for Høyesterett, altså at det foreligger et uavklart tolknings spørsmål som skal avgjøres for fremtiden. Formuleringen må derfor presiseres, i hvert fall for allerede avklarte tolknings spørsmål, som eksempelet med straffeloven § 155.

Det kan imidlertid også tenkes at formuleringen av dette rettskildeprinsippet på strafferettens område har ført til – eller kan føre til – forestillinger om at vernet er mer vidtrekkende enn det faktisk er. Til en slik forestilling kan det knytte seg en rekke virkninger.

For det første kan det tenkes at Høyesterett i forlengelsen av den sterke betoningen av kravet til klarhet vil legge bånd på seg for utforskningen av handlingsrommet som følger av at straffansvaret kan fastsettes «with the assistance of the courts». Det er forhold som viser at oppmerksomheten og drøftelsen av handlingsrommet i saker hvor straffverdighet klart taler for analogisk anvendelse, er begrenset.⁷⁹ Det er også en tilnærming til rettskildene som synes å ha fått tilslutning i juridisk teori, og som dessuten anses «velbegrunna med tanke på det ansvaret som ligg og skal ligge på lovgjevaren for å utforme presise straffelover».⁸⁰

⁷⁷ Prop. 66 L (2019–2020) s. 98.

⁷⁸ Innst.328 L (2019–2020) s. 4.

⁷⁹ Rt. 2011 s. 469.

⁸⁰ Jacobsen (2019), s. 527–561 på s. 555.

En slik tilnærming til rettsgrunnlaget har også vist seg på andre rettsområder hvor kravet til klarhet er skjerpet. I HR-2016-1833-A var spørsmålet om straffeprosessloven ga hjemmel for ved tvang å bruke siktedes finger til å låse opp en mobiltelefon. Muligheten for å legge ordlyden på strekk ble ikke drøftet, selv om det var åpenbart at de legislative grunner tilsa at politi- og påtalemyndighet skulle ha tilgang til informasjonsbæreren og informasjonen.⁸¹

En annen virkning som kan tenkes å følge av at Høyesterett underspiller det handlingsrommet for rettsavklaring som rettskildebildet i utgangspunktet åpnet for, er at klarhetskravet spres til andre områder. Det er som nevnt vist til det strafferettslige lovkravet i argumentasjon for klarhetskrav på områder utenfor strafferetten, blant annet for rekkevidden av en bestemmelse om en strafferettslig reaksjon. Det er en manøver som lettere ville avkreve en nærmere begrunnelse, dersom nyansene i lovkravet var tydeliggjort.⁸²

En ytterligere virkning av at Høyesterett holder fanen terminologisk høyt for klarhetskravet, er at rettssamfunnet slår seg til ro med en tanke om at kravet gjelder generelt for all håndhevelse av materiell strafferett. Det er blant jurister en sterk tendens til å se hen til hva Høyesterett sier, og de som nøyer seg med det, fremfor å undersøke hva Høyesterett gjør, får inntrykk av at lovkravet er til hinder for straffansvar utenfor lovens ordlyd.

Dersom lovgiveren og andre aktører i strafferettspleien av den grunn holder seg passive ved lovarbeid, vil det svekke interessene lovkravet er ment å verne om. Eksempelet med voldsbegrepet og ny-kriminaliseringen i straffeloven § 155 viser at det ikke var noen oppmerksomhet rettet mot å oppdatere straffebudets ordlyd i tråd med idealet i klarhetskravet. Lovgiveren stod heller ikke tilbake for ny-kriminalisering med bruk av vage uttrykk, i strid med departementets anbefaling.

En lovgiver som selv er oppmerksom på lovkravet, vil på sin side styrke hensynet til borgernes forutberegnelighet og idealet om at straffansvaret skal ha demokratisk forankring. Det er grunn til å understreke at betydningen av slik oppmerksomhet ikke er begrenset til straffansvarets nedre grense, men også spiller inn ved justeringer av straffebudets virkeområde holdt opp mot lovens øvrige straffebud.

Når det gjelder eksempelet med straffeloven § 155, er det ingen tvil om at lovgiveren mener adferden som hører til yttergrensen av voldsbegrepet, er straffverdig, ettersom § 156 rammer det å hindre offentlig tjenestemann i utførelsen av en tjenestehandling, uaktet vold. Det er imidlertid betydelig forskjell på strafferammene og straffutmålingen etter disse to bestemmelsene, og det taler for at lovgiveren selv tar stilling til hvor spytting, dytting og det å ta tak i en arm i noen sekunder skal høre hjemme.

For ordens skyld: Poenget her har ikke vært å argumentere for et bestemt lovkrav på strafferettens område, ei heller for at voldsbegrepet i straffeloven § 155 bør snevres inn eller videreføres. Om det faktisk er slik at Høyesterett stiller krav til klarhet når det oppgis at klarhetskravet anvendes, er et empirisk spørsmål som heller ikke er undersøkt. Siktemålet har kun vært å peke på noen mulige forestillinger som følge av Høyesteretts formulering av klarhetskravet og mulige virkninger av disse, samt å vurdere formuleringens og forestillingenes holdbarhet.

⁸¹ Se HR-2016-1833-A og straffeprosessloven § 199 a.

⁸² HR-2017-1840-A avsnitt 22.

6 Forestillingen om borgernes tilgang til retten

6.1 Forestillingen

For vår rettslige styringsform er det en grunnleggende forutsetning at borgerne har mulighet til å orientere seg i de til enhver tid gjeldende rettsregler. Offentlig tilgjengelige rettsregler gjør det mulig for den enkelte å innrette seg i tråd med samfunnets forventninger og ha en offentlig diskusjon om styringen av samfunnet.

I rettssamfunnet er det en utbredt forestilling at borgerne enten er kjent med eller kan gjøre seg kjent med rettsreglenes innhold. Et uttrykk for denne forestillingen gir HR-2021-2249-A, som gjaldt spørsmålet om hvorvidt en mobiltelefon skulle inndras etter at en ungdom hadde brukt den til videreformidling av bilder med seksuelt krenkende innhold:

«Inndraging av mobiltelefonen vil, etter mitt syn, vera eit godt eigna tiltak når telefonen er nytta til innehaving og distribusjon av bilete som seksualiserer born. Kunnskap om at mobiltelefonen i slike tilfelle kan bli inndregen, vil vonleg ha ein avskrekkande verknad, framfor alt i ungdomsmiljø.»⁸³

Hvorvidt borgerne faktisk har tilgang til rettens innhold slik det forutsettes her, er viet begrenset oppmerksomhet. Det gjelder også for rettsområder hvor forutsetningen har en fremtredende plass, slik som i strafferetten, hvor rettsfølgene er inngripende, og den formelle begrunnelsen for disse er knyttet til en psykologisk virkning basert på «normutvekslinga frå stat til borgar» – allmennprevensjonen.⁸⁴

I noen sammenhenger erkjennes det at rettens innhold kan være utilgjengelig for borgerne. Straffeloven § 26 regulerer betydningen av rettsvillfarelse på strafferettens område, og fastslår at den som er ukjent med at en handling er ulovlig, skal straffes så sant uvitenheten er uaktsom. Kravet til aktsomhet ble myket noe opp med straffeloven 2005:

«Departementet mener at dagens strenge aktsomhetskrav bør dempes noe med sikte på situasjoner der myndighetene ikke har gjort nok for å avverge rettsuvitenheten. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom reglene er unødige uklart utformet, eller der myndighetene ikke har gjort nok for å informere om nye regler.»⁸⁵

Det kan også ta tid for borgerne å bli kjent med og innrette seg etter rettsregler. Åpenhetsloven, som trer i kraft sommeren 2022, stiller krav om at bedrifter av en viss størrelse skal påse at grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold er respektert i leverandørkjeden. I lovens § 15 er det åpnet for at bestemmelsene kan ikraftsettes til «forskjellig tid», og bakgrunnen for det er at det kan være behov for tid til å bli kjent med reglene før regimet med tvangsmulkt og overtredelsesgebyr tas i bruk, jf. §§ 13 og 14.⁸⁶

⁸³ HR-2021-2249-A avsnitt 29.

⁸⁴ Se Jørn R.T. Jacobsen, «Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad», *Tidsskrift for strafferett*, vol. 4 nr. 4 2004, s. 394–438 på s. 423–424. <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9537-2004-04-02>

⁸⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), s. 429. Se Løvlie (2014), s. 383–463.

⁸⁶ Prop. 150 L (2020–2021) Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven), s. 117.

Samfunnet har alltid belaget seg på at lovkyndige i ulike roller og former bidrar til bekjentgjøring og effektivisering av retten. I tillegg til det private advokatmarkedet gir den offentlige ordningen med fri rettshjelp deler av befolkningen rettsråd og sakførsel innenfor avgrensede rettsområder.⁸⁷ Dessuten gir forvaltningen i utstrakt grad informasjon om rettens innhold på sine hjemmesider og andre steder, i tillegg til å ha veiledningsplikt og utrednings- og informasjonsplikt i enkeltsaker.⁸⁸

6.2 *Kritikk*

6.2.1 Tema og opplegg

Forestillingen om rettens tilgjengelighet står langt på vei som en utematisert og uproblematisk grunnforutsetning for styringen av rettsstaten, selv om det i noen sammenhenger er oppmerksomhet om borgernes faktiske tilgang til rettens innhold og det på enkelte områder er reguleringer om betydningen av manglende tilgang til eller oppmerksomhet omkring gjeldende rett.

I det følgende skal det påvises at forestillingen om at borgerne har tilgang til rettens innhold, ikke er holdbar. For å slå an tonen tas det utgangspunkt i rettshistorien og fortellingen om tolvtafleloven, som viser at det er vanskelig å overdrive betydningen det har for samfunnet at borgerne gis tilgang til rettens innhold (punkt 6.2.2).

Deretter rettes det en tredelt kritikk mot forestillingen. Først fremheves at den alminnelige borger står uten tilgang til digitale søkemotorer som samler og strukturer rettskildene på meningsfullt vis (punkt 6.2.3). Deretter pekes det på at prinsippet om at borgerne skal ha tilgang til rettens innhold, står sterkt i norsk rett, men at det ikke er tilpasset den digitale tidsalder, fordi det ikke stilles krav om at staten skal sammenstille rettskildene (punkt 6.2.4). Til slutt pekes det på at rettssamfunnet synes å være uten bekymring for borgernes manglende tilgang til rettens innhold (punkt 6.2.5).

6.2.2 Tolvtafleloven

Rettshistorien kan vise oss hvordan ordningen med offentlig tilgjengelig lovgivning vokste frem, og hvilke betydelige konsekvenser dette fikk for samfunnslivet. Og i likhet med mye annet kan forestillingen om borgernes tilgang til retten spores tilbake til Roma.⁸⁹

Romerretten og den romerske republikks forfatning fant sitt grunnlag for to og et halvt tusen år siden. Dagens rettssystem hviler tungt på tankegods fra dette rettssystemet, og viser seg

⁸⁷ Lov om fri rettshjelp.

⁸⁸ Forvaltningsloven §§ 11 og 17. Se Tonje Lilaas Larsen, «Tilgang til tvisteløsning og rettshjelp – Rettssikkerhetsrapport 2020», Juristforbundet – <https://www.juristforbundet.no/globalassets/dokumenter/arrangement/rettssikkerhetskonferansen/tilgang-til-tvistelosning-og-rettshjelp.-rettssikkerhetsrapport-2020.pdf> – og Sunniva Sloten og Dag Wiese Schartum, «Selvbetjent rettshjelp – En undersøkelse av digitale, selvbetjente rettshjelps løsninger», *Complex* nr. 3 2021 – https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/complex/2021/complex_3_21_web.pdf

⁸⁹ Se Dag Michalsen, *Rett – en internasjonal historie*, Oslo 2011, s. 98–101, og Gudmund Sandvik, «Retts historie», *Jussens Venner* 5/1990, s. 229–315 på s. 267 – <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-3126-1990-05-01>

blant annet i velkjente uttrykk som «pacta sunt servanda», «culpa in contrahendo», «ne bis in idem» med videre.

Startskuddet for romerretten, en tusenårig rettstradisjon frem til keiser Justinians lovverk Corpus Juris Civilis, er tolvtafleloven. Dette skal ha vært tolv tavler av bronse hvor en rekke rettsregler var gravert inn, og som stod tilgjengelig for alle på plassen Forum Romanum.

Bakgrunnen for at tavlene ble satt opp, var at retten først var forvaltet av prestene og kun var tilgjengelig for det romerske aristokratiet – patrisierne. De øvrige borgerne i Roma – plebeierne – var misfornøyd med denne ordningen og stilte krav om offentliggjøring av rettsreglene. Til slutt ble kravet etterkommet, og ti menn ble gitt i oppdrag å nedtegne den eldste romerretten.

Lovene var både kortfattede og ufullstendige, og måtte tolkes utvidende og brukes analogisk. Likevel var alle borgerne nå gitt et vern mot vilkårlighet ved at de kunne forutberegne sin rettsstilling: «Gjennom tekstliggjøring ble [retten] mer tilgjengelig og den ble emne for diskusjoner.»⁹⁰ Dette fikk stor betydning for samfunnslivet, og mot slutten av den tidlige republikken stod plebeierne på lik linje med det tidligere mektige aristokratiet.

Bronsetavlene gikk til grunne, men de rettslige prinsippene levde videre, og det gjør også idealet om offentlig tilgjengelige rettsregler. Det er bare tyranner som holder lovgiving og rettslige avgjørelser hemmelige. En annen sak er at full oversikt over retten ikke bare er uoverkommelig, men også uhensiktsmessig, ettersom retten på mange områder uansett svarer til samfunnets alminnelige levereregler.⁹¹

6.2.3 Tilgjengeliggjøring av rettskilder

Rettsregler kan forstås som meningsstørrelser som er et produkt av formelle og uformelle rettskilder. Tilgangen til rettens innhold forutsetter at den enkelte kan finne frem til, forstå og avstemme kildene med klangbunn i og begrenset av rettsstatlige idealer. Perspektivet bør da være bredt, ved at det foretas en samlet og konsentrert gjennomgang av informasjonen rettskildene byr på.

Det er ikke tilstrekkelig med tilgang til lovene for å finne frem til rettens innhold, blant annet fordi det finnes en rekke ulovfestede rettsområder, og fordi lovgiveren på en rekke områder overlater den nærmere utbrodering av rettsreglenes innhold til domstolene. Dertil kommer det komplekse samspillet med rettens øvrige kilder, og at det ofte er nødvendig å se hen til en kilde for å få klarhet i innholdet i en annen kilde.

På grunn av dette er det for den som skal få tak i rettens innhold, nyttig, og noen ganger nødvendig, at informasjonsmengden er samlet. Det er utenkelig for en juridisk student eller jurist med et minimum av variasjon i porteføljen å være uten tilgang til informasjonsbasene og søkemotorene Gyldendal Rettsdata og Lovdata. For den som er uten disse verktøyene, er henvist til trykte dokumenter i bokhyller og informasjon som er spredt stykkevis og delt på

⁹⁰ Michalsen (2011), s. 99.

⁹¹ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (1969), s. 49–51.

forskjellige internettsider tilhørende henholdsvis den lovgivende, utøvende og dømmende makt.⁹²

Gyldendal Rettsdata er et kommersielt produkt, mens Lovdata er en selvfinansierende stiftelse som ble opprettet i 1981 av Justisdepartementet og Det juridiske fakultet ved Universitet i Oslo for å etablere, vedlikeholde og drive systemer for rettslig informasjon. Lovdata har blant disse to en særlig privilegert posisjon fordi staten lenge har hatt en avtale med stiftelsen om publisering av lover, og fordi det først og fremst er det søkeverktøyet studentene trenes opp til å bruke under studiet.

Lover, forskrifter, rettsavgjørelser og andre vedtak av offentlig myndighet er uten vern etter åndsverkloven, jf. § 14. Derimot har systematisering av slik informasjon et selvstendig opphavsrettslig vern som database, jf. § 24. Det gjelder også for systematiseringen som er foretatt av Lovdata, for selv om stiftelsen har hatt og har en nær tilknytning til det offentlige, faller ikke databasene utenfor vernet i kraft av å være «offentlig myndighetsutøvelse».⁹³ Tilgang til stiftelsens databaser og søkemotor koster rundt 8000 kroner i året for en enkeltperson.

Rettskildeverktøyet er svært pedagogisk og brukervennlig; blant annet er det utstyrt med innholdsfortegnelser som gjør det mulig å manøvrere på oversiktlig vis i lovtekster og forskrifter. Det er dessuten direkte lenker fra lovene til forskrifter, og det gis oversikt over historiske versjoner av både lover og forskrifter, samt lovspeil. Dessuten er det lenke videre til andre rettskilder, herunder forarbeider, dommer, andre organers avgjørelser og uttalelser med videre.

Utenfor abonnementsordningen Lovdata Pro, en gratis studentversjon og en bibliotekversjon, er søkemotoren vesentlig begrenset, og det er vanskelig å manøvrere rundt i rettskildene. Lovene er vanskelig å orientere seg i, fordi innholdsfortegnelsene er skilt ut separat og ikke er koblet til de enkelte bestemmelser, og det er heller ingen direkte lenke fra lovene til forskriftene. Ingen av de øvrige ovennevnte funksjonene tilbys, som koblinger mellom lovparagrafer og rettsavgjørelser, så lovene og forskriftene må eventuelt suppleres med rettskilder fra statens hjemmesider.

6.2.4 Rettslig vern om tilgangen til rettskilder

Prinsippet om at borgerne skal ha tilgang til rettens innhold, ligger som en klar og tydelig forutsetning i lovverket. I en rekke reguleringer er det fastslått at statens styringsmonopol skal forvaltes med åpenhet. Derimot finnes det ingen særskilt regulering som pålegger staten å gjøre rettskildene tilgjengelig samlet og konsentrert.

Grunnloven § 76 fastslår at lover skal foreslås på Stortinget, og at det skal være diskusjon om forslagene før de enten vedtas eller forkastes, og § 84 bestemmer at Stortinget i utgangspunktet «holdes for åpne dører og dets forhandlinger kunngjøres ved trykken». På tampen av lovgivningsprosessen gjelder dessuten krav om at «lover og vedtak om lovers ikraftsetting, oppheving og virksomhetsområde» skal kunngjøres i Norsk Lovtidend.⁹⁴

⁹² www.stortinget.no, www.regjeringen.no, www.domstolene.no mv. Lykke til!

⁹³ HR-2019-1725-A avsnitt 47–52.

⁹⁴ Lov 19. juni 1969 nr. 53 om Norsk Lovtidend § 1 første ledd bokstav b.

Videre er tilgangen til rettens kilder sikret gjennom det såkalte infrastrukturkravet uttrykt i Grunnloven § 100 sjette ledd: «Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale.» Bestemmelsen gir i utgangspunktet uttrykk for såkalte «demokratiske og politiske forpliktelser», men skal etter omstendighetene også kunne benyttes som hjemmel for krav om faktisk yringsmulighet.⁹⁵ Det kan ikke «overlates til markedet» å legge til rette for den offentlige samtalen.⁹⁶

En forutsetning for at det skal kunne finnes en offentlig samtale, er at det er tilgang til informasjon som det kan samtales om. Grunnloven § 100 femte ledd lyder: «Enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter og til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer.» Denne retten til innsyn i dokumenter gjelder overfor forvaltningen, ikke rettspleien, og omfatter i utgangspunktet alle informasjonsbærere, herunder formelle rettskilder og forhandlinger forut for disse.

Det stilles i utgangspunktet ikke krav om at staten tar et aktivt grep for å spre informasjon, men dokumentene skal formidles på forespørsel. På enkelte områder gjelder det imidlertid særskilte informasjonsplikter; blant annet gir Grunnloven § 112 annet ledd borgerne «rett til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen, slik at de kan ivareta den rett de har ...».

Statens positive plikter etter infrastrukturkravet og prinsippet om dokument- og møteoffentlighet er ment å bygge opp under retten til yringsfrihet, og ved det ivareta hensynene til «sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse», jf. § 100 annet ledd.⁹⁷ Til dette hører den enkeltes behov for å få klarhet i den til enhver tid gjeldende rettsstilstand, jf. for så vidt også § 2 annet punktum: «Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene.»

Den nærmere regulering av retten til innsyn er å finne i offentlighetsloven, og dessuten i viderebruksdirektivet som sikrer at borgerne kan dra nytte av informasjonen.⁹⁸ Direktiv 2019/1024/EF utvider plikten til tilgjengeliggjøring, dels ved minimumsregler for viderebruk, og dels ved ordninger til å fremme bruk av informasjon.⁹⁹ I fortalens avsnitt 8 heter det:

«Dokumenter produsert af offentlige udøvende, lovgivende eller dømmende myndigheder udgør en omfattende, forskelligartet og værdifuld samling ressourcer, som kan være til gavn for samfundet. Levering af disse oplysninger, der omfatter dynamiske data, i et almindeligt anvendt elektronisk format gør det muligt for borgere og juridiske enheder at finde nye måder at bruge dem på og skabe nye, innovative produkter og tjenester.»

Domstolenes dommer er som hovedregel å regne som offentlig tilgjengelige dokumenter, og den enkelte kan henvende seg til domstolene for å få utlevert en dom, jf. tvisteloven § 14-2 og straffeprosessloven § 28. Det gjelder imidlertid ingen generell publiseringingsplikt; det

⁹⁵ NOU 1999: 27 s. 343.

⁹⁶ NOU 1999: 27 s. 344.

⁹⁷ Bjørnar Borvik, «Kommentar til § 100», i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven – Historisk kommentarutgave 1814–2020*, Oslo 2021, s. 1113–1114. Se også NOU 1999: 27 punkt 10.3.7.

⁹⁸ Direktiv 2003/98/EF (PSI-direktivet) og endringsdirektivet 2013/37/EF, se LOV-2006-05-19-16 og LOV-2017-04-28-22. Direktivene er forløperne til direktiv 2019/1024/EF (ODD), som per i dag ikke er gjennomført i norsk rett.

⁹⁹ Artikkel 1.

nærmeste en kommer, er forskrift om offentlighet i rettspleien § 11 som bestemmer at domstolene «kan legge ut rettsavgjørelser på åpne nettsider for allmennheten».

Denne korte gjennomgangen viser at retten til tilgang til informasjon, herunder rettskilder, står svært sterkt i norsk rett – rimelig nok. Statens plikt til å spre og gjøre informasjonen tilgjengelig for borgerne er derimot mindre fremtredende, selv om utgangspunktet om tilgjengeliggjøring i og for seg er klart nok, noe som blant annet viser seg ved kravene om kunngjøring av stortingsforhandlinger og lover.

Selv om staten ikke kan overlate til markedet å legge til rette for den offentlige samtalen, er det nok ikke slik at staten har en plikt til å tilby borgerne en kostnadsfri søkemotor som ordner rettskildene samlet og konsentrert. Antagelig er det etter regelverket tilstrekkelig at det finnes tilbydere av slike tjenester bak betalingsmurer i det private markedet, som Lovdata.no og Rettsdata.no.

Per i dag finnes det altså ikke et rettslig grunnlag som kan underbygge forestillingen om at borgerne er gitt tilgang til retten og rettsreglens innhold, i betydningen gratis konsentrasjon og sammenstilling av rettskilder. Med utgangspunkt i Grunnlovens utvetydige forutsetning om at borgerne skal ha tilgang til rettens innhold, er det all grunn til å spørre om dette er tilstrekkelig, eller om det er på tide å tilpasse reguleringene til den digitale tidsalder.

6.2.5 Et ubekymret rettssamfunn

I rettssamfunnet er det lite bekymring å spore om at det verken faktisk eller rettslig er sørget for at borgerne kostnadsfritt gis en samlet og konsentrert tilgang til rettskildene. En stemningsrapport om dette er å finne på hjemmesiden til professor Olav Torvund, hvor det argumenteres for at det offentlige ikke bør overta driften av Lovdata. Hovedargumentet er at politikerne neppe vil sikre driften de nødvendige midler, samtidig som betalingsmuren ikke forstås som et hinder:

«Et årsabonnement for én bruker koster 7.990 kr. Det kan høres ut som et stort beløp. Men det er ikke veldig mye mer enn hva et abonnement på Aftenposten koster (6.288 kr per år), eller en årsbillett for kollektivtrafikk i sone 1 i Oslo, (7.500 kr). Det er ikke mange privatpersoner som vil betale for Lovdataabonnement, for å kunne lese en dom en gang i blant, akkurat som jeg ikke gidder å abonnere på alle nettaviser som av og til har en artikkel jeg måtte være interessert i. Men Lovdata er først og fremst en informasjonstjeneste for profesjonelle.»¹⁰⁰

Her det ingen tanker å spore om betydningen av borgernes tilgang til retten. Stemmen tilhører dessuten et privilegert profesjonsmiljø som ikke trenger å velge mellom abonnementene, ettersom arbeidsgiveren bekoster rettskildetilgangen. Avisabonnement-analogien er heller ikke helt treffende, i og med at tilgang til rettskildene ligger på nivået før og er en forutsetning for den offentlige samtalen som utspiller seg i avisene.

HR-2019-1725-A kan kanskje leses som uttrykk for en noe lignende holdning. Saken hadde sitt utspring i at den aktivistiske interesseorganisasjonen Rettspraksis.no offentliggjorde

¹⁰⁰ Olav Torvund, «Lovdata og fri tilgang til dommer», 29.11.19. Se <https://blogg.torvund.net/2019/11/29/lovdata-og-fri-tilgang-til-dommer/>

dommer fra Lovdatas databaser, og spørsmålet i saken var om databasevernet etter åndsverksloven skulle tolkes innskrenkende av hensyn til yringsfriheten. Det ble, ikke overraskende, besvart benektende. I premissene for avgjørelsen pekes det på at borgerne er gitt tilgang til Høyesteretts avgjørelser:

«Høyesterettsavgjørelser er således ikke opphavsrettslig vernet, og de er allment tilgjengelige ved å kreve innsyn etter reglene i rettergangslovene – så langt de rekker – ved å kjøpe en lisens fra Lovdata eller en konkurrent av Lovdata og ved å oppsøke et bibliotek som har Lovdatalisens eller Norsk Retstidende i bokform. Avgjørelser avsagt fra og med 2008 er som nevnt dessuten fritt tilgjengelige på Høyesteretts hjemmeside på internett.»¹⁰¹

Dersom det siterte er ment å gi uttrykk for at borgerne er gitt tilstrekkelig tilgang til Høyesteretts avgjørelser, må behovet for en samlet og konsentrert tilgang til rettskildene sies å være underspilt. Verken konkrete innsynsbegjæringer eller Høyesteretts hjemmeside, med sin svært enkle søkemotor, er særlig til hjelp i jakten på prejudikater. Det å måtte oppsøke offentlige bibliotek for å avklare rettens innhold med sikte på egne private – og gjerne sensitive – anliggender, eller for å delta i samfunnsdebatten, kan verken karakteriseres som brukervennlig eller effektivt.

Heller ikke fra politisk hold er det bekymring om borgernes tilgang til rettens innhold, og den oppmerksomhet som har vært rettet mot temaet, synes ikke å ta inn over seg betydningen av et bredt tilgjengelig kildetilfang og rettskildeverktøy. Stortingets justiskomiteé ga i forbindelse med behandlingen av statsbudsjettet for 2020 i oppdrag til Domstoladministrasjonen å nedsette en arbeidsgruppe for å klarlegge hvilke tekniske og regulatoriske justeringer, samt økonomiske rammer, som er påkrevd for å gjøre rettsavgjørelser tilgjengelige for aktører som ønsker å videreformidle disse. Dette basert på en vag tanke om at rettsavgjørelser som ressurs kunne utnyttes bedre enn i dag ved tilgjengeliggjøring.

En rekke interesser sikres ved offentlig tilgjengelige rettsavgjørelser, blant annet prejudikatseffekten, muligheten for å øve kritikk mot enkeltavgjørelser, pressens behov og muligheter for forskning. For den som skal ha tilgang til rettens innhold, har det imidlertid begrenset betydning om det gis tilgang til rubbel og bit av rettsavgjørelser, 35 000 i året, slik det er foreslått.¹⁰² I rapporten fra arbeidsgruppen trekkes det et skille mellom allmennhetens tilgang og de profesjonelles tilgang til rettskildeverktøy:

«En sentral årsak til at det ikke allerede er etablert en løsning for allmenn offentliggjøring av rettsavgjørelser, er antakelig at rettsinformasjonssystemene – i første rekke Lovdata og Gyldendal Rettsdata – i høy grad har ivaretatt behovene til de profesjonelle brukerne. Etter arbeidsgruppens syn er det svært viktig både for dommere og andre ansatte i domstolene og for rettslivet for øvrig, at det finnes rettsinformasjonssystemer av høy kvalitet, som i dag. Løsningen for allmenn offentliggjøring av rettsavgjørelser skal ikke ha som ambisjon å dekke de profesjonelle brukernes behov for rettsinformasjonssystemer.»¹⁰³

¹⁰¹ HR-2019-1725-A avsnitt 66.

¹⁰² Domstoladministrasjonen, Allmenn offentliggjøring av rettsavgjørelser – Anbefalinger for etablering av «Plattform for domstoldata», 18.12.20, s. 107–108.

https://www.digi.no/filer/Allmenn_offentliggj%C3%B8ring_av_rettsavgj%C3%B8relser.pdf

¹⁰³ Domstoladministrasjonen, Allmenn offentliggjøring av rettsavgjørelser – Anbefalinger for etablering av «Plattform for domstoldata», 18. desember 2020, s. 7.

Heller ikke her lar det seg altså spore tanker om at borgerne kan ha behov for generell tilgang til rettens innhold. I den grad rettstilgang var motiverende da Stortingets justiskomiteé ga mandatet, er det verdt å merke seg at arbeidsgruppens forslag først og fremst vil resultere i økt tilrettelegging av informasjon for de allerede eksisterende rettskildeverktøyene.

Per i dag er det også nedsatt et utvalg som vurderer reguleringen av viderebruk av offentlig informasjon, og som med utgangspunkt i offentlighetsloven og EUs åpne datadirektiv vurderer om det bør innføres en plikt til tilgjengeliggjøring av visse typer offentlige data.¹⁰⁴ Det ligger innenfor mandatet å kunne drøfte behovet for samling og konsentrasjon av rettskilder, men det kan også avgrenses mot det.

6.3 Vurdering

Forestillingen om borgernes tilgang til retten er ut fra kategoriinndelingene i kapittel 2 å anse som eksternt for retten. Forestillingen omhandler faktiske forhold som har en nær tilknytning til retten som institusjon, mer presist borgernes tilgang til formelle rettskilder. Det er ikke sånn at borgerne står helt uten tilgang til rettens innhold, men det er holdepunkter for at tilgangen er mer begrenset enn det forestillingen om tilgangen tilsier.

Idealet som kan spores til tavlene på Forum Romanum om at rettsreglene skal være offentlig tilgjengelige, går ikke ut på at alle borgere til enhver tid skal være kjent med alle rettsregler på alle rettsområder. Tanken er at de uten overdrevne anstrengelser skal kunne ta seg til torget og gjøre seg kjent med hovedtrekkene i rettens innhold, for eventuelt å foreta ytterligere undersøkelser.

Med fremveksten av dagens sentraliserte og komplekse rettsstatsdannelser er ikke betydningen av effektiv tilgang til rettens kilder blitt mindre.¹⁰⁵ Statsmakten er i stor grad bundet opp i materielle, personelle og prosessuelle rettsregler, og kunnskap om disse er nødvendig for å avklare sin egen rettslige posisjon og for å kunne delta i en meningsfull debatt om hvordan samfunnet bør styres.

Derfor er det overraskende at staten ikke gjør mer for å sikre tilgjengeligheten til rettskildene. Det kan virke som om forestillingen om borgernes tilgang til retten er så innarbeidet at den faktiske situasjonen ikke overskues. En mulig forklaring på at dette kan skje, er at staten og de profesjonelle aktørene uansett har sikret eget behov for et samlet og konsolidert rettskildebilde gjennom stiftelsen Lovdata og produktet Lovdata Pro. Med eget behov dekket er det lettere å tape andres interesser av syne. Det er derfor ikke uten ironi at lovgiveren har stilt svært strenge krav til offentlig publisering av lovene, samtidig som andre formelle rettskilder som innskrenker, presiserer og utvider betydningen av lovens ord, ikke knyttes til lovteksten.

En kan også undres over hvorfor Høyesterett ikke kjenner på et større misjoneringsbehov med sikte på å knytte egne avgjørelser til loven. Domstolen produserer avgjørelser som det har medført store menneskelige og økonomiske kostnader å drive frem, og som omhandler rettsspørsmål av betydning for samfunnet. Institusjonen ser det ellers som sin arbeidsoppgave

¹⁰⁴ Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Utvalgsmandat – helhetlig regulering av viderebruk av offentlig informasjon (data), 6. oktober 2021.

¹⁰⁵ NOU 2003: 19 Makt og demokrati, s. 31.

å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling, og har nylig begynt å oppgi avgjørelsens «nøkkelavsnitt» på hjemmesiden. Selvfølgelig er det mulig å satse på at informasjonen sprer seg med jungeltelegrafene, men til det hører også risikoen for at det utvikler seg til hviskeleken.

Det er grunn til å tro at en rekke ulike interesser berøres, og at det har en rekke virkninger at borgerne er avskåret fra effektiv og kostnadsfri tilgang til rettens kilder. Én virkning av økt tilgjengelighet er at det styrker muligheten for innrettelse etter rettsreglene, noe som kan tenkes å være konfliktdempende. Den som via en lovt tekst kan finne frem til et prejudikat som omhandler en situasjon lik den man selv står i, vil raskt få dekket sitt retthjelpsbehov og kunne slå seg til ro.

En annen virkning er at økt tilgang til informasjon kan styrke den offentlige debatt, blant annet ved at det blir lettere å føre kontroll med rettskildene og de som produserer dem. I dag er det nok så krevende for den alminnelige borger å vurdere holdbarheten av Høyesteretts argumentasjon, fordi det ikke gis en «lenke» til rettskildene som ligger til grunn for domstolens avgjørelser; de må isteden søkes opp manuelt.

De som er i posisjon og har forutsetninger for å rette kritikk mot rettssystemet, er først og fremst en homogen menighet av profesjonsutøvere. I artikkelen «Den norske Høyesterett som politisk organ», som ofte er kritisert av denne profesjonen, skriver historikeren Jens Arup Seip at jurister «synes ha vanskelig for å skjønne sin egen aktivitets natur». ¹⁰⁶ Det gjelder i det minste betydningen og verdien av egne arbeidsbetingelser: Det er lett å venne seg – også til Lovdata Pro.

En tredje virkning er at tilgang til rettskildene i konsentrert form kan bygge opp under menneskerettighetene og forhindre brudd på disse. Det mangler ikke eksempler på kritikkverdige overtramp fra staten overfor svakerestilte grupper, som det kunne vært nyttig om flere kunne kritisert med bruk av rettskilder – fra den senere tid for eksempel systematisk ulovlig isolasjon, ulovlig nakenvisitasjon i fengsler og ulovlig bruk av tvangsmidler i form av ransaker og kroppsundersøkelser. ¹⁰⁷

En fjerde mulig virkning av det å gjøre rettskilder tilgjengelige er at det kan bygge opp under idealet om lovformelighet. En stor del av det rettslige regelverket forvaltes av ikke-jurister, og empiriske studier viser at beslutningstakere mener seg selvlært og «ikke ser på rettskildene som det mest sentrale grunnlagsmateriale for sine beslutninger». ¹⁰⁸ Områder som styres ut fra tradisjon og sunn fornuft, ville kanskje bli mer rettsliggjort og motvirke vilkårlighet dersom borgerne hadde gratis tilgang til retten.

Trygdeskandalen fra 2019 viste at en rekke personer uriktig ble dømt for trygdebedrageri og fikk urettmessige krav om tilbakebetaling av trygdeytelser som følge av mangelfull kunnskap og oppmerksomhet om EØS-rettslige regler som gir borgerne rettigheter på tvers av nasjonalstatens grenser. Granskingsutvalget rettet sterk kritikk mot de fleste involverte aktører

¹⁰⁶ Jens Arup Seip, «Den norske høyesterett som politisk organ», i *Lov og Rett* 1965, s. 1–21 punkt 4.

¹⁰⁷ Se Marit Lomundal Sæther, «Isolert fra menneskerettigheter», Hodnefjell mfl. (red.), *Jussbuss 50-år*, 2021, s. 172–187, og Grethe Kristine Olsen, «Ulovlig kroppsvisitasjon», Hodnefjell mfl. (red.), *Jussbuss 50-år*, 2021, s. 188–202. Se Riksadvokaten, «Tvangsbruk i mindre alvorlige narkotikasaker», Riksadvokatens skriftserie 1/2022.

¹⁰⁸ Wenche Natland Dahlen og Elizabeth Langsrud, «Ikke-juristers bruk av rettsregler – En analyse av profesjonsutøvers beskrivelse av rettsanvendelsen i helse- og velferdstjenestene», i *Kritisk juss* 2021 nr. 3, s. 185–206 på s. 200.

og mente at det i forvaltningen ikke hadde «vært tradisjon for å stille spørsmål ved etablerte sannheter eller si fra om problemstillinger som ikke er ens eget ansvar».¹⁰⁹

En femte mulig virkning av å gi offentligheten økt samlet og konsentrert tilgang til rettskildene er at det kan motvirke andre hindre for tilgang til rettens innhold. En hindring som har fått en viss oppmerksomhet den senere tid, er at lovverket, dommer og øvrige rettskilder ofte utformes i et usedvanlig og unødig krevende, teknisk og lite leservennlig språk. Det kan tenkes at det kunne tjene som en katalysator for et klarere språk dersom flere utenfor den juridiske profesjon fikk tilgang til rettskildene i konsentrert form.

Samlet sett er det ikke urimelig å anta at et bredere innslag med meninger om retten de lege lata og retten de lege ferenda vil være til berikelse for rettssamfunnet. Det er dessuten en tanke som er gitt formelt gjennomslag på andre områder i rettssystemet, blant annet gjennom prinsippet om bruk av lekdommere i domstolene, som til dels er begrunnet med at det er hensiktsmessig å supplere fagdommerens rettslige og faktiske skjønn med mer alminnelige verdioppfatninger og livserfaringer.

Det er dessuten grunn til å minne om at historien om tolvtaflelovene viser at tilgangen til rettens innhold også har en klassesdimensjon, ettersom kunnskap om rettens innhold er av betydning for diskusjonen om fordelingen av goder i samfunnet og for den enkeltes konkrete tilgang til godene. Tilgangen til Lovdata Pro og Gyldendal Rettsdata er i praksis forbeholdt grupper i samfunnet som kan betale for rettsråd, og gruppen med høyere utdanning og fast jobb som arbeider med verktøyene. Det er ikke bare i kraft av egen lovkyndighet juristprofesjonen står i en særstilling overfor retten, de tilhører også et aristokrati med særlig tilgang til rettens råmateriale.

¹⁰⁹ NOU 2020: 9 Blindsonen, s. 22.

7 Forestillingen om betydningen av abstraksjon

7.1 Forestillingen

7.1.1 Tema og opplegg

Til det å bruke rettsregler til å styre og regulere samfunnets interessekonflikter hører det en potensiell spenning som består i at det på et overordnet nivå kan være hensiktsmessig å ta i bruk rettsregler med et visst abstraksjonsnivå, samtidig som slike reguleringer kan gå på bekostning av hva som er rimelig i det enkelte tilfellet. Det å bruke grovkornede fremfor finkornede regler innebærer at noen kan bli ofret på rettsstatens alter.

En rettsregel er abstrakt/grovkornet når den regulerer flere ulike fenomener; for eksempel gjelder den alminnelige foreldelsesfristen for ulike fordringer og skyldforhold, se foreldelsesfristloven § 2, jf. § 1. En rettsregel er konkret/finkornet når den omhandler et bestemt fenomen; for eksempel er foreldelsesfristen for bankinnskudd rettet mot en bestemt type fordringer og skyldforhold, se foreldelsesfristloven § 4.

Det er i første omgang et spørsmål med adresse til lovgiveren hvilket abstraksjonsnivå en rettsregel skal ha, og valget vil bero på hva som er reguleringsformålet, og hva som vurderes som en hensiktsmessig reguleringsstrategi. Domstolene vil også måtte ta stilling til abstraksjonsnivået i rettsregler dersom de forelegges en sak hvor rettskildebildet tilsier at interessene som taler for en abstrakt regulering, må avstemmes mot interesser som taler for en mer konkret regulering.

Det er forhold som tyder på at både lovgiveren og Høyesterett har en forestilling om at rettssystemet stiller dem nokså fritt i valget av abstraksjonsnivå, og i juridisk teori er det også begrenset oppmerksomhet omkring skillet mellom abstrakte og konkrete rettsregler. I de følgende tre punktene vil dette utdypes med to eksempler i hvert, for lovgiveren (punkt 7.1.2), Høyesterett (punkt 7.1.3) og juridisk teori (punkt 7.1.4), som følges opp i punktet om kritikk (7.2.8).

7.1.2 Lovgiveren

Hvor lovene, som uttrykk for rettsregler, bør finne sin plass i valget mellom konkrete og abstrakte formuleringer, beror på sammensatte politiske og tekniske vurderinger av hvordan samfunnet bør organiseres og driftes.¹¹⁰ Herunder hører også rettstekniske hensyn; for eksempel er det på enkelte rettsområder grunn til å la lovgivningsteknikken preges av tradisjon.

Det kan vanskelig sies noe om valg av abstraksjonsnivå uten å bevege seg inn i konkrete, materielle rettsområder og politiske vurderinger. Uten å ta stilling til hva som er hensiktsmessig, kan det imidlertid undersøkes om argumenter som er av betydning for valg av abstraksjonsnivåer, er trukket frem og vurdert. I det følgende gis det først et eksempel fra

¹¹⁰ Se Jon Christian Fløysvik Nordrum, *Bedre regulering? Årsak-virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess – med eksempler fra miljøregulering av næringsvirksomhet*, Oslo 2017.

strafferetten som viser at argumenter mot et høyt abstraksjonsnivå i liten grad er iaktatt, og deretter gis det et eksempel fra barneretten som viser at argumenter for abstraksjon i liten grad er trukket frem av lovgiveren.

Strafferetten er et offentlig rettsområde hvor legalitetsprinsippet står sterkt. Straffebudene reflekterer et betydelig spenn i abstraksjonsnivå i gjerningsbeskrivelser og reaksjonsfastsettelse.¹¹¹ Det gjelder også på nivået for rettsregler, noe det vide voldsbegrepet i § 155 er et eksempel på (se punkt 5.2.4).

Straffebudene suppleres med ansvar for forsøk og medvirkning. Forsøksansvaret kan sies å være konkret angitt, ved at utvidelsen av det straffbare er begrenset til adferd som er tett knyttet til adferd som rammes av straffebudene: «Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd [...] og som foretar noe som leder direkte mot utføringen, straffes for forsøk ...», jf. § 16.

Medvirkningsansvaret er på sin side angitt mer abstrakt ved at en rekke former for adferd med større og mindre tilknytning til straffebudene omfattes: «Et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt», jf. § 15. Lovgiveren har i liten grad klargjort kriterieriene for forsettlig og uaktsom medvirkning, jf. §§ 15 og 23.¹¹²

Den abstrakte reguleringen av medvirkningsansvaret utgjorde et markant brudd med ordningen under den tidligere straffeloven, ettersom ansvaret da var regulert konkret i tilknytning til gjerningsbeskrivelsene i de enkelte straffebud. Tanken var at det ikke var grunn til å skille mellom bistand til overtredelser av straffebud og overtredelser av straffebud.¹¹³

Begrunnelsen for den generelle reguleringen i straffeloven 2005 var først og fremst at det å gi en enhetlig regulering av et ansvar som var felles for de fleste straffebud, ville bli «enklere og mer oversiktlig».¹¹⁴ Det var mindre oppmerksomhet omkring at det å heve reguleringen til et slikt abstraksjonsnivå innebar at loven etter sin ordlyd rammet både for vidt og for snevert holdt opp mot reguleringsformålet.

Tidligere måtte det altså tas aktive skritt av lovgiver for å kriminalisere medvirkning, mens det i dag må tas aktive skritt om et slikt ansvar ikke skal følge straffebudet, jf. ordlyden «når ikke annet er bestemt» i § 15. Innføringen av et generelt medvirkningsansvar sammenholdt med begrensede analyser av virkningene har gitt et betydelig potensial for et høyt abstraksjonsnivå og nykriminalisering, ikke minst av uaktsomme bistandshandlinger.¹¹⁵

Barneretten er et offentligrettslig område hvor lovgiveren i stadig mindre grad har vist vilje til abstraksjon på regelnivå, ved at det legges opp til at det i hver enkelt sak skal foretas konkrete interesseavveininger for det enkelte barn.¹¹⁶ Grunnloven § 104 annet ledd fastslår dessuten at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved handlinger og avgjørelser som berører barn.

Barnelova § 48 har overskriften «Det beste for barnet» og første ledd lyder:

¹¹¹ Se for eksempel § 169 om brudd på identifikasjonsplikten og § 387 om korrupsjon.

¹¹² Se Anders Løvlie, «Ansvaret for uaktsom medvirkning etter straffeloven», *Kritisk juss* 2020, s. 76–109.

¹¹³ Løvlie (2020), s. 78–79.

¹¹⁴ NOU 1992: 23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V, s. 76.

¹¹⁵ Løvlie (2020) s. 99 flg.

¹¹⁶ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, s. 11 og 35–41.

«Avgjerder om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, kven barnet skal bu fast saman med og samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.»

Uttrykket «best for barnet» kan forstås abstrakt, fordi det omhandler flere forskjelligartede situasjoner barn kan være i. Lovgiveren har imidlertid forutsatt at domstolene skal konkretisere begrepsinnholdet for det enkelte barn i den enkelte situasjon, og som følge av denne funksjonelle rollefordelingen mellom den lovgivende og den dømmende makt er det treffende å karakterisere rettsreglene som konkrete.

Grunnvilkåret «best for barnet» kan et stykke på vei forstås som et reelt hensyn om konkret rimelighet. I juridisk teori er «barnets beste» brukt som eksempel på et reelt hensyn ved drøftelsen av reglers godhet.¹¹⁷ De utpreget konkrete vurderingene er dessuten understøttet av prosessuelle regler; blant annet skal saksforberedende møter legge til rette for forlik, og forestillingen om «barnets beste» står da som en regulativ idé som partene, i fellesskap og med veiledning, skal finne frem til.¹¹⁸

Helt uten abstraksjonsnivå er rettsreglene imidlertid ikke. De konkrete avgjørelsene skal treffes med utgangspunkt i verdimeslige føringer fra lovforarbeidene, og regelinnholdet skal finne klangbunn i et homogent rettssamfunn, hvor det blant store grupper – men ikke alle – er nokså like tanker om hva som er bra for barn. Dette er oppfatninger som tilflyter domstolene, blant annet ved utstrakt bruk av sakkyndige vitner.

Dette er forhold som også i noen grad vil gi grunnlag for induktive slutninger fra konkrete enkeltavgjørelser og øvrige kilder til mer abstrakte rettsregler. De sterke føringene som er gitt om at domstolene til syvende og sist skal foreta konkrete vurderinger, har likevel som en nødvendig konsekvens at grunnlaget for å utkrystallisere entydige rettsregler med bruk av prejudikatslæren ikke er det beste. Dertil kommer at mandatet fra lovgiveren binder domstolene til å foreta konkrete vurderinger.

De sterke føringene om konkretisering finnes også på områder innenfor barneretten hvor det kunne tenkes å være hensiktsmessig å ta i bruk abstrakte rettsregler. Et eksempel er barnelova § 56 tredje ledd som bestemmer at foreldre kan reise sak om flytting med barnet ut av landet. Tidligere måtte det da reises sak om selve foreldreansvaret, noe som ga en nokså høy terskel for å kunne ta med barn ut av landet, men det ble endret i tråd med den overordnede rettesnoren på rettsområdet:

«Departementets syn er at dagens regler ikke er tilstrekkelig fleksible, og at det er behov for en endring for å gi domstolen flere muligheter for å finne individuelle løsninger i konkrete saker til barnets beste.»¹¹⁹

Domstolene skal altså søke konkret rimelighet, og skal herunder tillate at barn tas ut av landet i situasjoner hvor argumentene for oppholdssted ikke trekker i noen særlig bestemt retning, noe som var situasjonen i HR-2019-1230-A:

¹¹⁷ Alf Petter Høgberg, «Reelle hensyn», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 348.

¹¹⁸ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, s. 37.

¹¹⁹ Prop. 102 LS (2014–2015) s. 76. Se også HR-2019-1230-A avsnitt 37 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 81.

«Fordelane må vegast opp mot ulempene. Det ligg føre gode argument for begge alternativa. Borna i denne saka vil truleg få det godt uansett alternativ; spørsmålet er kva for løysing som samla sett vil vera den beste for dei. Dette må som nemnt vurderast konkret.»¹²⁰

Det gjelder for alle rettsområder at rimelige resultater er et ideal, og vurdert isolert er det ikke vanskelig å forstå at barnerechten er et område hvor det i særlig grad er ønskelig med rimelighet i den enkelte sak. Det er likevel grunn til å stille spørsmål ved om det ikke burde forventes ytterligere drøftelser av om reguleringsstrategien «barnets beste» er den mest hensiktsmessige på generert nivå, altså at den vil gi de beste resultater for alle barn over tid.¹²¹

7.1.3 Høyesterett

Domstolene er i sin dømmende virksomhet bundet av rettsreglenes abstraksjonsnivå, noe som innebærer at reelle hensyn ofte får begrenset gjennomslag overfor entydige, formelle rettskilder. I HR-2022-234-A ble det uttrykt slik: «I lys av dette rettskildebildet finner jeg ikke grunn til å gå inn på ulike reelle hensyn som partene har påberopt til støtte for sine respektive syn.»¹²²

Det kan imidlertid være slik at det ut fra rettskildebildet er uklart hvilket abstraksjonsnivå en regel har, og da er det domstolenes oppgave å fastslå dette i sakene de blir forelagt. Dissensavgjørelser i Høyesterett, hvor reelle hensyn er av betydning for valg av abstraksjonsnivå, viser at dommerne har en forestilling om at de står nokså fritt i valget.

Rt. 1973 s. 1409 gjaldt et arveoppgjør hvor arvelateren i et testament hadde bestemt at seks personer skulle ha hver sin tomt av boets eiendom, men hvor en odelsberettiget arving i tråd med loven krevde eiendommen utlagt til seg. Testamentsarvingene gjorde gjeldende at kravet innebar misbruk av ordningen med odel, fordi det var på det rene at den odelsberettigede ikke skulle drive gård, men utparsellere eiendommen til boligformål. Det var på det rene at vedkommende alt hadde inngått en avtale med en entreprenør som hadde betalt et forskudd for at han skulle kunne overta eiendommen.

For flertallet på tre dommere ble hensynet til konkret rimelighet avgjørende for resultatet:

«Jeg finner for mitt vedkommende at [den odelsberettiges] avtale med [entreprenøren] er av en slik art at den må sidestilles med overdragelse av odelsgodset. Det er denne avtale som har gjort det mulig for [den odelsberettigede] å overta eiendommen på skifte. Det ville være i strid med testators ønske om [den odelsberettigedes] overtakelse av eiendommen skulle fortrenge de testamentariske disposisjoner. Det ville i seg selv være et urimelig resultat, og det ville være et resultat som innebar at odelsretten ble misbrukt, Overfor et slikt misbruk mener jeg at domstolene kan og bør reagere.»¹²³

Mindretallet på to dommere mente derimot at forholdet skulle pådømmes i tråd med lovens abstrakte regulering:

¹²⁰ HR-2019-1230-A avsnitt 53.

¹²¹ Prop.102 LS (2014–2015) s. 75–78.

¹²² HR-2022-234-A avsnitt 58.

¹²³ Rt. 1973 s. 1409 på s. 1414.

«Om en slik mellomløsning er rimelig og det er urimelig at [den odelsberettigede] får overta hele odelsgodset og utnytte det slik han har gjort, kan etter min oppfatning ikke sette saken i en annen stilling. Odelsrettens regler er i utpreget grad positivrettslige, og rimelighetshensyn har liten gjennomslagskraft. Det samme har hensynet til en testators vilje.»¹²⁴

Flertallet verner med dette om det overordnede formålet med ordningen med odel, men uten å ta opp de videre virkningene av å innfortolke et slikt unntak i loven, jf. «mener jeg at domstolene kan og bør reagere». Mindretallet mente derimot at trekk ved regelsettet ga føringer om lovformelighet, slik at utgangspunktet om domstolenes bundethet til lovens abstraksjonsnivå slår igjennom. Dissensen gir uttrykk for at flertallet har en formålsoverordnet tolkningsstil, og at mindretallet er mer system- og ordlydstro. Felles for begge fraksjonene er at abstraksjonsnivåets betydning, hvilke videre virkninger vilkårsutformingen vil kunne få, ikke drøftes særskilt.

HR-2021-966-A gjaldt det ulovfestede bevisforbudet for ulovlig ervervet bevis.

Utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres, og unntaket fra dette har siden Rt. 1999 s. 1269 vært knyttet til følgende rettssetning:

«I tilfeller hvor føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet, må beviset normalt nektes ført. I andre tilfeller må spørsmålet bero på en interesseavveining. Ved denne avveiningen må det blant annet legges vekt på grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset plikter å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset ...»

Denne formuleringen ble fraveket, slik at det nå isteden skal foretas en helhetsvurdering i tråd med formuleringen i tvisteloven § 22-7: «Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.» Dette ble utbrodert med en momentliste for hva som kan utgjøre «særlige tilfeller», basert på momentene i Rt. 1999 s. 1269, men slik at «om føring av beviset vil bli opplevd som en fortsatt rettskrenkelse», inngår som moment.¹²⁵

Med dette er rettssetningen om bevisforbud for utilbørlig ervervet bevis i straffesaker blitt mer vag, fordi det ut fra rettskildebildet ikke lenger er like klart hvilke bevis som omfattes av regelen. Dessuten er det med omleggingen åpnet for at regelen kan konkretiseres, fordi vilkåret «gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet» er fraveket til fordel for mer individuelle tilpasninger av regelens virkeområde.

Fravikelsen av Rt. 1999 s. 1269 ble begrunnet med at det hadde vært en utvikling i rettspraksis som en «naturlig konsekvens» av at det i tvisteloven hadde funnet sted en kodifisering ut fra felles prosessgrunnlag. Videre ble det vist til behovet for å ha en operativ regel, og at det gjeldende vurderingskriteriet ikke var «godt egnet som avgrensningskriterium». Dessuten ble det vist til at det eksisterende interessevernet kunne ivaretas ved den nye helhetsvurderingen:

¹²⁴ Rt. 1973 s. 1409 på s. 1415.

¹²⁵ HR-2021-966-A avsnitt 34.

«Når momentet uansett inngår i den bredere vurderingen som må foretas – og etter omstendighetene med betydelig vekt – er det heller ingen reelle grunner til å trekke et slikt skille mellom tilfellene som verksbetjendommen bygger på.»¹²⁶

Poenget her er ikke å vurdere holdbarheten av nevnte rettskildebruk, men å peke på at argumentasjonen for å legge om fra en regel med et abstrakt kriterium til en helhetsvurdering og konkret bedømmelse er fri for betraktninger om hvilken betydning det vil få for behandlingen av straffesaker mer generelt. Dertil kommer at det ikke ble gjort nærmere undersøkelser av hva som er skrevet i juridisk teori om regelen i Rt. 1999 s. 1269,¹²⁷ til tross for at lovgiveren har forutsatt at rettsreglene skal finne sitt innhold i et samspill mellom teori og praksis.¹²⁸

7.1.4 Juridisk teori

Det kan vanskelig sies noe om hva som er hensiktsmessig abstraksjonsnivå for rettsregler, uten å foreta konkrete undersøkelser av materielle rettsområder. Det er imidlertid bevissthet om at dette er et spørsmål som melder seg på tvers av rettsområdene, og det er sagt at «[k]onfrontasjonen mellom prinsipp og pragmatisme er et grunnleggende og tidløst problem i rettsvitenskapen».¹²⁹

Enkelte forfattere har tematisert spenningen mellom abstrakte og konkrete reguleringer i tilknytning til overgangen fra begrepsjurisprudens til en mer funksjonell teori om retten (se punkt 3.5). Lid skriver om dette i forbindelse med det han forstår som overgangen fra et abstrakt og substansielt begrep om eiendomsrett til et konkretisert og funksjonelt begrep om eiendomsrett:

«Ein må også vera klar over at, om ein er viljug til å ta det offer det er at eit særtilfelle hamnar i ei gruppe der det ikkje høver så heilt bra, kan ein godt skape ein rettstilstand der ‘det grove rutemønsteret’ høver. Det ein vinn i forenkling ved å ha firkanta og ‘idiotsikre’ reglar, det må ein betala i form av uheldige einskildresultat av og til. Vår tid er visst lite innstilt på å yte slike offer. Og kvar tid må visst her avgjera kva som er mest tenleg.»¹³⁰

Høyesterettsdommer Noer er en av få forfattere som i den senere tid har tematisert skillet mellom abstrakte og konkrete rettsregler. Hun argumenterer for at advokatene bør gi Høyesterett informasjon om hvilke virkninger valg av abstraksjonsnivå kan få:

«Noen saker er slik at retten vil måtte velge mellom det som er den beste løsningen for den enkelte, og det som fremstår som den beste løsningen generelt. Ikke minst i disse sakene, der rimelighet for den enkelte og hensynet til en

¹²⁶ HR-2021-966-A avsnitt 22.

¹²⁷ Se Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009, og Ørnulf Øyen, «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?» *Lov og Rett* 2010, vol. 49 nr. 7, s. 423–438.

¹²⁸ NUT 1969: 3 s. 197.

¹²⁹ Bjarte Askeland, «Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten», i *Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard* 2002, s. 23–34 på s. 23.

¹³⁰ Olav Lid, «Ny bok i tingsrett», *Lov og Rett* 1965, s. 117 flg., s. 119–121.

samfunnsmessig god løsning trekker i hver sin retning, er det viktig at dommeren har et solid grunnlag for avveiningen av de motstridende hensynene.»¹³¹

Samtidig som skillet abstrakt/konkret løftes frem, underspilles imidlertid betydningen av skillet for regelfastsettelsen. Det henger sammen med at Høyesterett er ment å virke som en prejudikatsdomstol, noe som vil si at rettsregler som legges til grunn i konkrete saker, skal anvendes av rettssamfunnet for fremtiden. Spørsmålet domstolene må stille seg, er derfor strengt tatt ikke hva som er «den beste løsningen for den enkelte», men om det typetilfellet som er til behandling, for fremtiden bør omfattes av rettsregelen eller ikke.

Denne samme tilnærmingen til skillet er kommet til uttrykk i juridisk metodelære i omtalen av argumenttypen reelle hensyn. Det er en type argumenter som er av betydning for skillet abstrakt/konkret, og oppfatningen er at argumentene virker på begge sider av todelingen:

«Reelle hensyn vil nærmere bestemt si hensyn til resultatets godhet enten i betydningen 'rettferdighet'/'rimelighet' når det gjelder det konkrete resultat eller i betydningen 'formålstjenlig'/'hensiktsmessig'/'nyttig' når det gjelder den *generelle regelen* vi skal komme frem til.»¹³²

Også her trekkes det altså et skille mellom den beste konkrete løsningen og den beste generelle løsningen. Spørsmålet er imidlertid om typetilfellet som er til behandling skal føres inn under eller løftes ut av en rettsregel – på generelt grunnlag.

Det at konkrete, rimelige avgjørelser får videre virkninger som følge av at forholdet føres inn under eller unntas fra en lovbestemmelse, er tydelig når rettsregelen tilskrives et innhold som fører til at lignende forhold også vil omfattes av regelen. Det kan også inkludere forhold som har særtrekk som kan tale mot å gi rettsregelen anvendelse.¹³³

7.2 Kritikk

7.2.1 Tema og opplegg

Til alle tider har det vært oppmerksomhet omkring betydningen av abstraksjon i retten. Det er blant annet tema for Platon, som bruker en analogi om at en god lege vil foreta en konkret vurdering av sine pasienter, og bare vil ty til abstrakte retningslinjer for behandlingen dersom han må reise bort og ikke kan stå overfor pasienten.¹³⁴

I det foregående punktet er det argumentert for at rettslige aktører har en forestilling om frihet i valg av abstraksjonsnivå for rettsregler. For å få tak i forestillingens betydning og for å kunne vurdere om den er holdbar, er det behov for et begrepsapparat om rettsregler og

¹³¹ Ragnhild Noer, «En god løsning», i Adele Matheson Mestad mfl. (red.), *Embetet – Regjeringsadvokaten 1816–2016*, Oslo 2016, s. 419–424 på s. 419.

¹³² Alf Petter Høgberg, «Reelle hensyn», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 345.

¹³³ Alf Petter Høgberg, «Reelle hensyn», i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 346 note 521.

¹³⁴ Platon, *Statsmannen*, Platons verker VI, Oslo 2004, s. 388 (295 a).

abstraksjon, og i det følgende skal det derfor redegjøres nærmere for skillet mellom abstrakte/grovkornede og konkrete/finkornede rettsregler.

Først utdypes det hva som ligger i skillet mellom abstrakte og konkrete rettsregler (punkt 7.2.2). Deretter pekes det på at muligheten for abstraksjon avhenger av hvordan vi i alminnelighet forstår og kategoriserer de faktiske forholdene rettsreglene omhandler, og at det i retten kan benyttes ulike strategier for å knytte seg til slike kategoriseringer (punkt 7.2.3). Det fremheves også at vi kan snakke både presist og vagt om konkrete og abstrakte regler (punkt 7.2.4).

Flere verdimeslige forhold legger føringer for valg av abstraksjonsnivå. Disse knytter seg i første omgang til grunnleggende spørsmål om hva et rettssystem er (punkt 7.2.5), og til grunnleggende interesser innenfor systemet (punkt 7.2.6). Endelig er det av betydning hva som er rettsreglens konkrete reguleringsformål, og den faktiske muligheten for abstraksjon (punkt 7.2.7).

Til slutt vendes det tilbake til forestillingene hos den lovgivende makt, den dømmende makt og juridisk teori som det er redegjort for i punktene 7.1.2, 7.1.3 og 7.1.4. Forestillingene og hvordan disse kommer til uttrykk, måles mot føringene rettssystemet gir for valg av abstraksjonsnivå; herunder pekes på enkelte forhold med relevans for valget av abstraksjonsnivå som aktørene kunne ha trukket frem (punkt 7.2.8).

7.2.2 Abstrakt/konkret

Ordet «abstrakt» brukes som substantiv om meningsstørrelser som omhandler fenomener med felles egenskaper, for eksempel epler, mens ordet «konkret» brukes om mer partikulære fenomener vi kan se, høre eller ta på, for eksempel et eple. Avledet av disse betydningene brukes «abstrakt» som et *gradsadjektiv* til forskjell fra «konkret».

Rettsregler er normative meningsstørrelser med en betingelses-/vilkårsside og en virknings-/følgeside, som er fastsatt med bruk av juridisk metode og forankret i formelle og uformelle rettskilder. Reglene kan karakteriseres ut fra betingelsenes og virkningenes grad av abstraksjon:

Rettsregel/Innhold	Betingelser	Virkning
Konkret	Konkret betingelse (1)	Konkret virkning (2)
Abstrakt	Abstrakt betingelse (3)	Abstrakt virkning (4)

Vurderingstemaet for bruk av karakteristikkene er om rettsregelen knytter an til en stor eller liten gruppe fenomener på henholdsvis regelens betingelses- og virkningsside. En rettsregel med abstrakt betingelsesside gir et grovmasket nett som fanger inn større grupper fenomener med ulike egenskaper, mens en abstrakt virkningsside gir grovmaskede følger.

Dette skillet angår *graden av abstraksjon* i generelle normer, og er således ikke en todeling eller en dikotomi. Skillet omhandler ikke spørsmålet om rettsanvenderen ved rettsanvendelsen har frihet til å fastsette rettsregelens innhold, som gjerne drøftes ut fra et skille mellom regler

og retningslinjer.¹³⁵ Det gjelder heller ikke todelingen mellom generelle og individuelle normer.¹³⁶

7.2.3 Alminnelige og rettslige abstraksjonsnivåer

Rettsregler får sitt innhold fra verdivurderinger av faktiske forhold, og mulighetene for abstraksjon styres i første omgang av hvordan vi i alminnelighet forstår og kategoriserer slike forhold. Klassifikasjonene markerer hva som skal anses likt og ulikt, og styres av forestillinger om faktiske egenskaper og vår erkjennelsesinteresse.

For eksempel har fagområdet biologi i stor grad omhandlet forståelse ut fra systematisering, med klassifikasjoner av plante- og dyreriket fra Aristoteles, via Carl von Linné, til dagens systematisering ut fra arvematerialet DNA. Tradisjonelt deles organismene inn i syv nivåer med økende abstraksjonsnivå, fra det konkrete til det mer abstrakte: art (species), slekt (genus), familie (familia), orden (ordo), klasse (classis), rekke (phylum) og rike (regnum).

Hva som faller inn under et begrep, avgjøres av kriterier om identitet, og som blant annet fremhevet av Nietzsche: «Hvert begrep oppstår ved en likestilling av det u-like. Like sikkert som et blad aldri kan bli helt likt et annet, like sikkert er begrepet 'blad' dannet ved en vilkårlig neglisjering av de individuelle særegenheter, ved å glemme det som skiller.»¹³⁷ Det å tilskrive mening til språklige uttrykk innebærer altså i seg selv abstraksjon.

For å sikre at rettsreglene presiserer verdidommer *vis-à-vis* de fenomener som søkes regulert, må reglens betingelsesside og virkningsside tilskrives det ønskede abstraksjonsnivå. For å finjustere nivået tas det i bruk ulike reguleringsstrategier, dels trekkes det veksler på alminnelige/eksterne klassifikasjoner, dels skaper rettsreglene egne/interne klassifikasjoner, og dels kombineres disse fremgangsmåtene.

Et regelsett som knytter an til alminnelige klassifikasjoner, er deltakerloven § 4 som bestemmer at det kreves tillatelse for å benytte et fartøy til ervervsmessig fiske eller fangst. Bestemmelsen kan sies å gi uttrykk for en *abstrakt* rettsvirkning, fordi det ikke konkretiseres hva slags type fiske eller fangst det er tale om.

Den kunne vært mer konkret i angivelsen av rettsvirkning, for eksempel ved å si at det gjaldt fiske og fangst av beinfisker (classis) av torskefamilien (familia). I en forskrift til deltakerloven finnes for eksempel en særregulering for kysttorsk, som er betegnelsen på en stasjonær torsk som finnes hele året i fjordene langs norskekysten.¹³⁸

Dersom det etter deltakerloven § 4 gis en konkret tillatelse til å benytte et fartøy, kan den tenkes å gjelde for en bestemt type fisk eller fangst. Det betyr ikke at en abstrakt rettsregel blir redusert til en konkret rettsregel, men at det gis en individuell norm, i form av et enkeltvedtak, i medhold av en generell norm.

¹³⁵ Se Nils Kristian Sundby, *Om normer*, Oslo 1978, s. 190 flg.

¹³⁶ Hans Kelsen, *General theory of law and state*, 1945, s. 37–39.

¹³⁷ Friedrich Nietzsche, «Om sannhet og løgn i en utenommoralsk forstand», *Utvalgte kortere tekster*, Oslo 2013 (1873), s. 112.

¹³⁸ Forskrift om regulering av fisket etter torsk, hyse og sei nord for 62° N i 2022 § 32.

Et regelsett som i stor grad bygger på egne klassifikasjoner for å avgrense grupper av handlinger, er straffeloven. Et eksempel er § 275 som fastslår at «[d]en som dreper en annen, straffes med fengsel fra 8 inntil 21 år», men det blir en for abstrakt regel, så den konkretiseres blant annet med § 18, som tar høyde for en gruppe mer konkrete forhold ved å gjøre ellers straffbare handlinger lovlige ved nødverge.

Et regelsett som kombinerer alminnelige klassifikasjoner og egne klassifikasjoner, er ordningen med vergemål. Vergemålsloven angir hvem som er eller kan settes under vergemål, og som følge av det vil møte begrensninger i adgangen til selv å foreta rettslige handlinger eller råde over egne midler, jf. § 1.

Av bestemmelsen om vergemål for voksne fremgår at det blant annet er aktuelt for dem som tilhører gruppen demente, jf. § 22. Demens er en medisinsk fellesbetegnelse på flere sykdommer i hjernen, som fører til en generell intellektuell svikt, glemsomhet, desorientering og sviktende dømmekraft – organiske sykdommer. Dette kan karakteriseres som et abstrakt begrep fordi det omfatter flere ulike tilstander som alzheimer, vaskulær demens, frontallappdemens med videre.

Demens er imidlertid for abstrakt som vilkår, og betingelsesleddet i § 22 konkretiseres derfor ved at det stilles tilleggsvilkår om at vedkommende ikke skal være i stand til å ivareta sine interesser, i og med at det må være behov for å opprette vergemål. Dette viser hvordan medisinske klassifikasjoner kan finjusteres for rettslige formål, ved at det skjæres normativt igjennom de alminnelige klassifikasjonene med bruk av kriterier om funksjonsdyktighet og inngrepsbehov.

7.2.4 Presist/vagt

Språket om rettsreglers innhold kan være presist eller vagt. «Presist» er et *gradsadjektiv* som angir at noe er klart, tydelig eller nøyaktig, og brukes i motsetning til gradsadjektivet «vagt» som angir at noe er utydelig, ubestemt eller uklart. Dersom disse to karakteristikkene holdes opp mot rettsreglens mulige betingelser og virkninger, får vi disse alternativene:

Betingelser/språk	Konkret	Abstrakt
Presist	Presist om konkrete betingelser (1)	Presist om abstrakte betingelser (2)
Vagt	Vagt om konkrete betingelser (3)	Vagt om abstrakte betingelser (4)

Og:

Virkninger/språk	Konkret	Abstrakt
Presist	Presist om konkrete virkninger (5)	Presist om abstrakte virkninger (6)
Vagt	Vagt om konkrete virkninger (7)	Vagt om abstrakte virkninger (8)

Sammensetningen mellom termene «konkret» og «vagt» kan umiddelbart fremstå fremmed, fordi det i dagligspråket ikke er helt uvanlig å bruke «konkret» som motsetning til «vagt». Poenget her er imidlertid at rettsregelen kan knytte an til håndgripelige fenomener som vi kan se, høre eller ta på, og dermed er konkrete, samtidig som er mulig å snakke ubestemt eller uklart om dette innholdet.

I rettssystemet stilles det krav til sammenheng mellom språkbruk og rettsreglers meningsinnhold. På noen områder er kravene formalisert; for eksempel følger det av legalitetsprinsippet på strafferettens område at rettsreglenes betingelsesside ikke kan formuleres for abstrakt, og at meningsinnholdet må gis et presist uttrykk i loven, jf. Grunnloven § 96. Det begrenser lovgivers mulighet til å benytte seg av kategoriene nr. 3 og 4 i matrisen ovenfor.

Stort sett er det et ideal å uttrykke seg så presist som mulig om meningsinnholdet i rettsregler. Det kan imidlertid også være grunn til å uttrykke seg vagt. For lovgiveren er det en hyppig brukt normeringsstrategi med sikte på å overlate domstolene den nærmere grensedragning i møte med konkrete saker som skal pådømmes, og derigjennom overlate fastsettelsen av abstraksjonsnivået til domstolene.¹³⁹

Et eksempel er ekteskapsloven § 31 tredje ledd, hvoretter det for spørsmålet om hvem som har ervervet eiendeler som har tjent til ektefellenes felles personlige bruk, skal ses hen til arbeid i hjemmet. Forarbeidene presiserer innholdet til et visst punkt, men om terskelen for erverv av andre eiendeler enn bolig og innbo heter det: «Spørsmålet vil etter komiteens mening måtte finne sitt svar gjennom domstolsavgjørelsene.»¹⁴⁰

Det samme behovet for utfylling gjør seg gjeldende på ulovfestede rettsområder, som gjerne kjennetegnes ved at rettens innhold er tett knyttet til domstolenes praksis. På området for erstatningsrett argumenterer Askeland for en mer «pragmatisk rettsanvendelse enn [...] en formalistisk orientert metode»,¹⁴¹ fordi rettsområdet har særtrekk som tilsier at det er grunn til å gi domstolene og juridisk teori et visst handlingsrom for samspill i utviklingen av retten.¹⁴²

7.2.5 Abstraksjon som forutsetning for rettssystemet

Allerede begrepet om regler bærer i seg en abstraksjon, ved at det refererer til allmenne normer, i motsetning til normer for enkeltsituasjoner. Når vi sier at noe er en regel, gir det assosiasjoner til at noe gjelder generelt og er gjentakende. Ordet stammer fra det latinske *regula*, og har grunnbetydningen «rett trestykke, linjal, målestokk».¹⁴³

Hva som nærmere bestemt ligger i begrepet rettsregler, beror på hva man legger i begrepet om rett. Det forfølges ikke her, utover at det pekes på at begrepet om rettsregler omhandler allmenne normer som er forankret i rettssystemet, og med det altså bærer i seg en abstraksjon ved å være hevet over det partikulære (se punkt 7.2.2).

Fleischer peker på dette i en drøftelse av begrepet eiendomsrett og hvordan det spalter seg opp i rettsregler om stansingsrett, rettsvern med videre:

«Dei kan alle delast opp i ulike funksjonar, relasjonar eller ‘beføyelser’. Men vi kan ikkje med det laga rettsreglar som er ‘realistiske’ i den meining at dei gjeld den einskilde konkrete situasjonen og berre den. Ein slik rettsskipnad ville

¹³⁹ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2000, s. 63–64.

¹⁴⁰ Innst. O. nr. 71 (1990–91) Innstilling fra justiskomiteen om lov om ekteskap, s. 13.

¹⁴¹ Bjarte Askeland, «Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten», i *Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard* (2002), s. 23–34 på s. 23.

¹⁴² Askeland (2002), s. 26–28.

¹⁴³ Se Det Norske Akademis ordbok: «regel».

menneska ikkje kunna handsama. Det ville bli eit ovstort tilfang av einskildreglar for einskildsituasjonar, som ikkje nokon mann ville ha von om å få oversyn over.»¹⁴⁴

Videre følger det av den konstitusjonelle maktfordelingen at Stortinget, organet som er gitt i oppgave å uttrykke verdidommer i form av rettsregler, skal ha avstand til – med Platons analogi: reise bort fra – konkret maktutøvelse. Denne *funksjonelle ansvarsfordelingen* forutsetter at den lovgivende makt delegerer oppgaven med å iverksette lover overfor enkeltpersoner til den utøvende og dømmende makt.

Med dette utgangspunktet går det en grense for hvor konkret lovgiveren kan ta sikte på å utforme regelens *betingelsesledd* (matrisens kategori nr. 1). Det samme gjelder for regelens *virkningsdel* (matrisens kategori nr. 2), ved at den ikke kan være så konkret at det reelt sett ikke finner sted delegasjon av makt, eller det reelt sett er grepet inn i et enkelttilfelle.

Sett fra motsatt side følger det av ansvarsfordelingen at den utøvende makt og den dømmende makt er bundet av loven som et uttrykk for retten. Det ligger i utgangspunktet utenfor den utøvende makts og den dømmende makts oppgaver å gi lover, men de kan gjennom den konkrete anvendelse av lovene få en viss betydning når det kommer til å avklare og utvikle rettens innhold.

Det går som følge av dette en grense for hvor vagt lovgiveren kan gi uttrykk for reglens *betingelses- og virkningsledd*, i den forstand at det ikke kan legges opp til at den utøvende og den dømmende makt reelt sett skal få rollen som lovgiver.

En betingelse for at den funksjonelle ansvarsfordelingen skal fungere, er at den etterleves konsekvent.¹⁴⁵ Dersom Stortinget etter eget forgodtbefinnende skulle gripe inn nå og da med særskilt lovgivning for å løse konkrete rettstvister, og derigjennom gjøre seg til forvaltningsmyndighet eller domstol, vil det bli uklart hvilke rettsregler som gjelder.

De ovennevnte forhold gjør seg også gjeldende for ulovfestede rettsregler, som i likhet med de lovbaserte gir grunnlaget for forvaltningens og domstolens avgjørelse av konkrete tvister. Det blir tydelig dersom det tenkes på ulovfestet rett som områder hvor Stortinget sier seg tilfreds med rettstilstanden og unnlater å gripe inn med formell lov. En annen sak er, som nevnt, at domstolene støtter opp om den rettsskapende virksomhet ved håndteringen av enkeltsaker på lovfestede og ulovfestede områder.

7.2.6 Abstraksjon som grunnverdi i rettssystemet

Demokratiske rettsstater kjennetegnes ved at generelle og offentlig tilgjengelige rettsregler benyttes til å styre samfunnet. Forstavelsen *démo* markerer at flertallets verddivurderinger har gjennomslag overfor mindretallet. Uttrykket «rettsstat» markerer at verddivurderingene skal formaliseres i rettslige former, og bærer dessuten i seg at borgerne er gitt visse minsterettigheter flertallet ikke kan gripe inn i.

¹⁴⁴ Carl August Fleischer, «Egedsretten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot «det substansielle egedsomgrepet», i Torgeir Austenå (red.), *Jus og jord: Heidersskrift til professor Olav Lid på 70-årsdagen*, 1978, s. 87. Se også *Jussens Venner* 1978, s. 241–252.

¹⁴⁵ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 1969, s. 48.

Dette systemet bærer i seg visse grunnverdier som ivaretas ved at det stilles krav til rettsreglens abstraksjonsnivå. Det er imidlertid mange måter å verne om verdiene på, noe variasjonen i rettssystemer og rettskulturer i den vestlige verden vitner om. Selv om fremgangsmåtene kan vært ulike, er det også mulig å peke på fellestrekk av betydning for valg av abstraksjonsnivå.

En grunnleggende verdi som forutsetter bruk av abstrakte rettsregler, er idéen om at den utøvende og dømmende makt skal behandle borgerne likt. En viss likebehandling følger – som vi har sett – av selve rettssystemet, men det gjelder i tillegg et verdibasert krav om likebehandling som rekker videre, jf. Grunnloven § 98 og EMK artikkel 14.

Det følger av dette at det gjelder ytre rammer for hva lovgiveren gjennom sine materielle reguleringer kan anse som likt og ulikt, og tilsvarende rammer gjelder for den utøvende og den dømmende makt. Det konstitusjonelle forbudet mot singular lovgivning, som blant annet går ut på at betingelsessiden eller virkningssiden av loven ikke kan rette seg mot en bestemt person i en bestemt situasjon, knyttes tradisjonelt til et slikt verdibasert krav om likebehandling.¹⁴⁶

Idealet om likebehandling er ikke til hinder for bruk av svært konkrete rettsvirkninger, så lenge betingelsessiden er tilstrekkelig abstrakt. Om bruken av normalstraffenivåer, som vil si at det i forarbeidene gis konkrete anvisninger for straffereaksjonen for lovbrudd, uttaler lovgiveren:

«Forslagene i proposisjonen her er på ingen måte ment å rokke ved domstolenes frihet til å fastsette den straff i den enkelte sak som de til enhver tid finner riktig ut fra tilgjengelige og relevante straffutmålingsmomenter, men et tungtveiende slikt moment vil nettopp være lovgivers klart uttrykte og begrunnede uttalelser om hvor normalstraffnivåene bør ligge.»¹⁴⁷

Hva som er likt og hva som er ulikt, er rettsspørsmål det må søkes svar på ved fortolkning av rettskildene. EMK artikkel 14 inneholder en liste over forhold som rettsreglene i utgangspunktet skal være abstrakte om etter konvensjonsvernet, nemlig «kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status».

Den grunnleggende verdien om likhet ved abstraksjon kommer også til uttrykk i særskilte rettslige argumentasjonsstrukturer, for eksempel analogiargumenter, som går ut på at dersom det er knyttet rettsvirkninger til en type forhold og det finnes andre lignende forhold som det ikke er grunn til å regulere annerledes, kan det føre til at den samme rettsvirkningen knyttes til disse.

Det er også andre rettsstatlige grunnverdier enn likhet som er av betydning for skillet abstrakt/konkret. For eksempel innebærer forbudet mot tilbakevirkende lovgivning at lover må utformes med et visst abstraksjonsnivå dersom rettssystemet skal kunne ta høyde for samfunnets kompleksitet og utvikling.

¹⁴⁶ Se Fuller (1969), s. 47. Se annerledes i Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 64.

¹⁴⁷ Se Prop.97 L (2009–2010) s. 6.

En tredje grunnverdi er tanken om at staten skal legge til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale. Infrastrukturkravet om tilgangen til informasjon tilsier at det bør benyttes regler med et visst abstraksjonsnivå for å sikre en effektiv rettsstatsdebatt:

«Ein viss grad av ‘begrepsjurisprudens’ er noko som er heilt naudsynt dersom vi i det heile skal kunna ha ei brukande regulering av samfunnet gjennom rettsreglar, og dersom vi skal kunna teoretisera over og kommunisera innhaldet av desse rettsreglane.»¹⁴⁸

Videre vil mer tekniske innretninger i rettssystemet spille inn. Om den øverste domstolen er gitt i oppgave å være en prejudikatsdomstol, taler det for at domstolen gir uttrykk for rettssetninger med et høyere abstraksjonsnivå enn om oppgaven kun var å løse konkrete tvister. Overnasjonale domstoler må ta høyde for sin særlige rolle i så henseende.¹⁴⁹

Oppfatninger om juridisk metodebruk har også betydning for abstraksjonsnivået. Dersom man er tro mot ordlyden i lovteksten ved regelfastsettelsen, er det et begrenset spillerom for å trekke inn reelle hensyn som argument for den gode løsning. Dersom formålsbetraktninger gis en sentral rolle ved regelfastsettelsen, blir handlingsrommet til å fastsette abstraksjonsnivå større.

Den metodiske tilnærmingen kan altså få betydning for reglenes abstraksjonsnivå. Et klart uttrykk for det gir argumentasjonen til den amerikanske høyesterettsdommeren Scalia i en sak hvor spørsmålet var om en konstitusjonell rettferdighetsstandard stod i veien for en lov som satte en grense på to år for å reise farskapssak for tredjemann overfor barn født i ekteskap. I en kritikk av mindretallet, som mente det gjaldt et vern etter konstitusjonen, pekte han på at de fastsatte vernet uten kriterier for valg av abstraksjonsnivå:

«Though the dissent has no basis for the level of generality it would select, we do: We refer to the most specific level at which a relevant tradition protecting, or denying protection to, the asserted right can be identified.»¹⁵⁰

Samlet viser det ovennevnte at det til rettssystemet hører flere grunnleggende verdier som knytter seg til rettsreglenes abstraksjonsnivå. Det er dette som skiller rettsstaten fra anarkiet, for i anarkier er poenget å begrense statens makt og isteden legge til rette for at beslutninger treffes av selvstendige enkeltindivider. Tanken er at interessemotsetninger skal løses fortløpende av borgerne mens de oppstår, istedenfor etter generelle og abstrakte regler i et forutbestemt og «ufeilbarlig» system.

Anarkismen som politisk ideologi har hatt nokså trange kår i vår kulturkrets, noe som blant annet har sin årsak i at den gjør seg til fiende av alle større statlige teoribygninger som benytter rettsregler til å styre samfunnet, herunder så vel liberalismen som sosialismen. Vårt rettssystem er imidlertid ikke fritt for anarkistisk tankegods; blant annet legges det på en rekke områder til rette for at borgerne skal håndtere konflikter selv.

¹⁴⁸ Fleischer (1978), s. 91–92.

¹⁴⁹ Gerard Conway, «Levels of Generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice», *European Law Journal* Vol. 14, No. 6, 2008, s. 787–805.

¹⁵⁰ Michael H. v. Gerald D, 109 S Ct 2333 (1989) s. 127–128. Se Laurence H. Tribe og Michael C. Dorf, «Levels of Generality in the Definition of Rights», *The University of Chicago Law Review*, vol. 57 nr. 4 1990, s. 1057–1108.

For eksempel er utgangspunktet for sivile saker at behandlingen skal starte i meklingsinstitusjonen forlikrådet, og tvisteloven legger ellers opp til ordninger med utenrettslig og rettslig mekling.¹⁵¹ I straffesakssporet kan saker overføres til mekling i konfliktrådet eller til oppfølging i konfliktrådet – såkalt gjenopprettende prosess.¹⁵²

Under disse innslagene av konkret interessehåndtering ligger det imidlertid rettsregler med et visst abstraksjonsnivå. Virksomheten som er rettet mot å løse konflikter konkret, utøves dermed med visshet om at de underliggende rettsreglene kommer i spill ved behov. Grunnverdiene i vårt rettssystem er derfor nokså langt unna anarkismen.

7.2.7 Reguleringsformål

Innenfor rammen av mulige abstraksjonsnivåer (punkt 7.2.3), det rettsstatlige rammeverket (punkt 7.2.5) og rettsstatlige grunnverdier (punkt 7.2.6) er reguleringsformålet styrende for valg av abstraksjonsnivå: «Dette er politiske og reguleringsstekniske spørsmål med ulike konsekvenser, herunder rettssikkerhet og formåls- og ressurseffektivitet.»¹⁵³

Den ideelle regel har et meningsinnhold som verken er over- eller underinkluderende for det som søkes oppnådd. Det kan være vanskelig å leve opp til idealet, fordi det er en sammensatt og kompleks sammenheng, herunder vekselvirkning, mellom rettsreglene og samfunnslivet. Dette er gjort til gjenstand for diskusjon i Platons dialog «Statsmannen»:

«Den fremmede: På en måte er det åpenbart at det å gi lover er noe som hører kongekunsten til. Det beste er imidlertid ikke at lovene råder, men heller den kongelige mann som er sindig og forstandig. Vet du hvorfor?

Den unge Sokrates: Hva mener du?

Den fremmede: Fordi loven aldri vil finne det beste og riktigste for alle og dermed befale det som alltid vil være til det beste. Mennesker og handlinger er aldri like, og det vi kan kalle menneskelivets manglende ro, tillater rett og slett ikke at man på noe som helst område stiller opp regler som skal gjelde overalt og til alle tider. Det er vi enige om, ikke sant?

Den unge Sokrates: Selvsagt!

Den fremmede: Men vi ser jo at loven bestreber seg på nettopp dette. Den opptrer som en dum og sta mann som ikke tillater noen å gjøre noe som er i strid med hans forordninger, eller å stille spørsmål ved dem selv om det skulle vise seg at noe nytt var langt bedre enn det han hadde befalt.

Den unge Sokrates: Så sant, loven fungerer virkelig i forhold til hver og en av oss slik du sier.

¹⁵¹ Tvisteloven kapittel 6–8.

¹⁵² Straffeprosessloven § 71 a.

¹⁵³ NOU 1992: 32 Bedre struktur i lovverket, s. 48.

Den fremmede: Er det ikke rett og slett umulig for det som alltid er enkelt og udelt, å opptre riktig i forhold til det som stadig er i forandring?

Den unge Sokrates: Slik ser det ut.

Den fremmede: Hvorfor er det da nødvendig å sette opp lover siden loven ikke er det riktige? Vi må finne årsaken til dette.

Den unge Sokrates: Selvsagt.»¹⁵⁴

Denne dialogen peker på tre forhold av betydning for treffsikkerheten til verdidommene som rettsreglene er bærere av.

For det første er det vanskelig å uttrykke verdidommer som tar høyde for alle eksisterende forhold, fordi det ikke lar seg gjøre å ha full oversikt over hvordan fenomener utspiller seg i samfunnet. Det er vanskelig å vite om rettsregelens betingelsesside i praksis fanger inn alle fenomener som omfattes av reguleringsformålet, og det er vanskelig å vite om rettsregelens følgeside i tilstrekkelig grad åpner for ønskede rettsvirkninger.

Dessuten er det vanskelig å ha oversikt over hva som er rettsreglenes videre virkninger. Dersom reguleringen for eksempel er rettet mot et marked, kan det hefte usikkerhet ved hvordan markedet påvirkes av regelen, og hvordan aktørene i markedet ellers tilpasser seg reguleringen.¹⁵⁵

For det andre vil lite fleksible regler kunne stå i veien for verdiene som ønskes fremmet. Skal lovgiveren være sikker på å få gjennomslag for sine verddivurderinger i systemet, må lovene eller forarbeidene til lovene formuleres i et presist språk. Men dersom en lov utformes presist med en abstrakt betingelsesside og konkret virkningsside, begrenses muligheten for å tilpasse rettsvirkningen til den konkrete situasjonen.

Dette kommer tydelig frem ved bruk av minstestraffer, som av den grunn også er omdiskutert. Et sjeldent tydelig eksempel på at Høyesterett har erkjent å være tvunget til å treffe en avgjørelse de ikke mente var rimelig, er Rt. 1927 s. 1070. Førstvoterende fant minstestrafen klart urimelig og uttalte at han kunne «forstaa at herredsretten har veket tilbake for at anse tiltalte skyldig», men at det naturlig nok ikke fritok fra å subsumere korrekt.¹⁵⁶

For det tredje kan endringer i samfunnet gi behov for nye verdidommer. Når verddivurderinger og oppfatninger om faktiske forhold endres, kan det føre til at rettsreglene får nytt innhold som følge av ny lovgivning, prejudikatfravikelse med videre. Det kan legges opp til en viss dynamikk i rettsreglene ved å formulere lover vagt med sikte på betingelsesleddet, men det er også av betydning dersom rettsregelen følgeside ikke lukker handlingsrommet.

7.2.8 Konklusjon

¹⁵⁴ Platon, «Statsmannen», i *Platons verker VI*, Oslo 2004, s. 386–387 (294a).

¹⁵⁵ Se Sidsel Sverdrup, *Evaluerings – Tilnæringer, modeller og eksempler*, Oslo 2014, s. 132–136.

¹⁵⁶ Rt. 1927 s. 1070 på s. 1071.

Det er påvist at rettssystemet forutsetter at spørsmålet om abstraksjonsnivå skal vies oppmerksomhet ved fastsettelse av rettsreglers innhold. Denne normative rettesnoren retter seg mot alle tre statsmaktene.

Holdes denne fordringen opp mot de konkrete drøftelsene fra lovgiveren og Høyesterett redegjort for i punkt 7.1.2 og 7.1.3, kan den vanskelig sies å være innfridd. I de skriftlige begrunnelsene for lovvedtakene og rettsavgjørelsene er det begrenset oppmerksomhet omkring betydningen av abstraksjon.

Det er ikke meningen å si noe om hvor den materielle retten hører hjemme mellom det konkrete og det abstrakte for de aktuelle rettsspørsmålene, noe som beror på sammensatte og komplekse vurderinger av rettsreglers virkninger i og utenfor domstolene (punkt 7.2.7). Poenget har vært å peke på at forestillingen om frihet i valget av abstraksjonsnivå ikke er holdbar. Dette er altså et spørsmål som ikke bør fares over med harelabb, noe som også blir tydelig ved et raskt blick på enkelte av virkningene som følger av abstraksjonsnivået.

Den abstrakte reguleringen av det strafferettslige medvirkningsansvaret (punkt 7.1.2) har ført til et potensial for nykriminalisering uten konkrete overveielser fra lovgiveren, og i forlengelsen av det følger at grensene for straffansvaret i stor grad må trekkes opp med bruk av den alminnelige rettsstridsreservasjonen, alternativt til at påtalemyndigheten må gjøre omfattede bruk av opportunitetsprinsippet. Dette har kostnader i form av tap av klarhet og svekket forutberegnelighet for borgerne. Ironisk nok førte hevingen av abstraksjonsnivået for medvirkningsansvaret til at rettsreglene ble mindre tilgjengelige for borgerne, stikk i strid med det som var formålet med å regulere medvirkningsansvaret generelt.

For reguleringen av flytting med barn til utlandet (punkt 7.1.2) melder det seg flere spørsmål om de videre virkninger av den konkrete reguleringen, herunder om regelen virker motiverende for hvor par velger å etablerere seg, eller hvor foreldre velger å bosette seg etter samlivsbrudd. Det er også et spørsmål om den virker konfliktskapende og fører til at flere saker må behandles av domstolsapparatet. Til reguleringsstrategien med at lovgiveren overlater til domstolene å utpensle regelens innhold i den enkelte sak, er det kjent at det knytter seg kostnader i form av manglende forutberegnelighet, ressurskrevende prosess, og mulig herunder konflikt- og prosessdrivende.¹⁵⁷ Dertil kommer at reguleringsstrategien begrenser muligheten for å styre rettssamfunnet med prejudikatseffekten. Det kan tenkes at mer abstrakte normeringsstrategier vil kunne ivareta barnas interesser vel så godt, for eksempel en regel basert på en legalpresumsjon med adgang til motbevis om at domisil er til det beste for barnet.

Saken om odelsrett (punkt 7.1.3) var fri for vurderinger av hva som ville bli de videre virkninger for odelsretten av å la hensynet til konkret rimelighet begrense abstrakte reguleringer. Det kan tenkes en rekke videre virkninger, blant annet at det å gi konkret rimelighet gjennomslag vil kunne øke konfliktnivået på det aktuelle området og andre områder innenfor odelsretten, og at det vil kunne virke begrensende på muligheten til å få utviklet eiendom til samfunnets beste.

Saken om bevisforbud for utilbørlig ervervet bevis (punkt 7.1.3) var også fri for drøftelser av hvilke videre virkninger omleggingen kunne få. Spørsmål som melder seg, er hvor mange saker dette gjelder, hvilken betydning det vil få for straffesaksbehandlingen at det overlates til

¹⁵⁷ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, s. 37.

den enkelte påtalejurist å foreta skjønnsmessige helhetsvurderinger i den enkelte sak, og om omleggingen samlet sett vil generere mer prosess og rettsklarhet.

Heller ikke i juridisk teori er det stor oppmerksomhet omkring skillet mellom det konkrete og det abstrakte for regelutformingene. Det fremgikk dessuten at når skillet tematiseres, så fortregnes vurderingen til å være et spørsmål om et valg mellom konkrete rimelige resultater og nyttige generelle regler, mens spørsmålet fra rettsordenens side er om den generelle regelen bør få et vidt eller snevert dekningsområde (punkt 7.1.4).

7.3 Vurdering

Forestillingen om betydningen av abstraksjon er ut fra kategoriinndelingen i kapittel 2 å anse som intern for retten. Den omhandler institusjonelle forhold; mer presist er det en forestilling om verdien av abstraksjon for rettssystemet.

Det er nokså klart at tanker om abstraksjonsnivå spiller inn på de fleste rettsfelt og i utviklingen av retten. Det er imidlertid påvist en forestilling om frihet til å avgjøre om argumenter for og mot abstraksjon skal drøftes, og en forestilling om frihet i valg av abstraksjonsnivå, som står i et spenningsforhold til forutsetninger i rettssystemet.

Hva som er et hensiktsmessig abstraksjonsnivå for en rettsregel, vil – innenfor rammene av rettsstatens grunnverdier – bero det på forhold ved rettsområdet og sammensatte oppfatninger og vurderinger av hvordan samfunnet bør driftes. Det vil ofte hefte usikkerhet ved hva som blir de kortsiktede og langsiktige virkningene av valget.

Det at det er vanskelig å overskue og si noe sikkert om alle virkninger av rettsregler, er en iboende og generell egenskap ved rettssystemet, men valget mellom abstrakte og konkrete regler vil uansett få betydning for løsningen av interessekonflikter og fordelingen av ressurser i samfunnet.¹⁵⁸ Spørsmålet bør derfor vies oppmerksomhet av lovgiveren, domstolene og i juridisk teori.

Det er forhold som peker mot at hensynet til konkret rimelighet står nokså høyt i kurs i dagens rettssystem. Det gjelder blant annet de konkrete eksemplene i punkt 7.1 med reguleringene til «barnets beste» og bruk av en konkret helhetsbedømmelse til å avgjøre om det gjelder bevisforbud for utilbørlig ervervet bevis. Av mer overordnede reguleringer kan det vises til tvistelovens sterke fokus på forlik og mekling og utstrakt bruk av forholdsmessighetsbedømmelser i kjølvannet av menneskerettighetenes inntog i norsk rett.

Hvorvidt det er som Lid skrev, at rettssamfunnet i vår tid er «lite innstilt» på ofre den enkelte for å tjene samfunnets interesser med bruk av abstrakte reguleringer, vil det imidlertid kreve ytterligere undersøkelser å finne ut av. Uansett hvordan det måtte forholde seg, er det grunn til å være seg bevisst at noe ofres ved valg av abstraksjonsnivå.

¹⁵⁸ Noer (2016), s. 419–424.

8 Avslutning

Begrepet om forestillinger er benyttet som en brekkstang for å få tak på og systematisere fortidige og nåtidige forhold av rettslig betydning. Ordets primære betydning, denotasjon, om mentale størrelser, er nyttig for å avgrense og peke på særskilte størrelser i retten, mens ordets sekundære betydning, konnotasjon, som peker mot at størrelsene er iscenesatt, gir en påminnelse om at det er grunn til å vurdere holdbarheten av størrelsene.

Det er hensiktsmessig å skille forestillingene fra hverandre ut fra hva de omhandler, altså om de er metafysiske, faktiske, verdibaserte eller institusjonelle, for å avklare hvilke holdbarhetskriterier som gjelder. Og på den måten er det gjennom analyse tatt stilling til holdbarheten av fire konkrete forestillinger, ved bruk av formal, normativ og empirisk kritikk.¹⁵⁹ Det er vist hvor forestillingene har sitt opphav, hvordan de har festet seg i retten, og hvilke mulige virkninger de har.

De ulike forestillingskategoriene står i et avhengighetsforhold til hverandre. Det kom særlig tydelig til uttrykk i eksempelet med de ekstreme forestillingene i Det tredje riket, som gjennomsyret alle kategoriene. Et mer avdempet eksempel på en slik sammenheng er hvordan den eksterne og faktiske forestillingen om at borgerne har tilgang til retten, ligger til grunn for forståelsen av rettssystemet og trekkes inn som et argument for å begrunne innholdet i enkeltregler.

Undersøkelsen av de fire nåtidige forestillingene gjaldt først og fremst interne, institusjonelle forhold, i tillegg til en faktisk forestilling med nær institusjonell tilknytning. Forestillingene har til felles at de omhandler grunnleggende forhold i retten, som på hvert sitt vis er utgangspunkter for rettslig argumentasjon og derfor berører sentrale og til dels overlappende institusjonelle tanker om frihet, legalitet, forutberegnelighet, demokrati, rettsstat og effektiv styring.

Disse idealene og krysningpunktene mellom dem synes å gi grobunn og næring til eksterne og interne rettslige forestillinger. Og kanskje er det nettopp derfor holdbarheten til disse fire forestillingene har vist seg å være så skjør under et kritisk blikk – det at de på samme tid har funksjon som et faktisk og et verdibasert institusjonelt fotfeste for rettssystemet.

En annen fellesnevner for de fire forestillingene er at de er knyttet til og kretser om Høyesteretts praksis. Det henger sammen med – en forestilling om – domstolens funksjon og at avgjørelser derfra er og bør være «brennpunkt» for diskusjoner om prejudikatsvirkninger og rettslige argumentasjonsmønstre.

Høyesterett anser og forstår seg selv som en prejudikatsdomstol, i betydningen at den gjennom å pådømme enkeltsaker bidrar til rettsavklaring og rettsutvikling. En side ved dette institusjonelle prosjektet synes å være at domstolen mener det er grunn til å uttale seg generelt om kriteriene for å fastsette rettens innhold og egne forestillinger om retten.

Men én ting er at det kan være rasjonelt å se hen til hva de som dømmer i siste instans, foretar seg, noe annet er om det på samme måte er grunn til å høre på hva domstolen mer overordnet sier om rettssystemet og egen virksomhet. I så tilfelle er det grunn til å huske på at de som er i «brennpunktet» har et særskilt perspektiv og en særskilt erkjennelsesinteresse, som ikke

nødvendigvis sammenfaller med perspektivet og erkjennelsesinteressen til dem som er utenfor.

Det er grunn til å være seg bevisst at den som fremsetter en ytring, ofte forutsetter at andre opplever verden på samme måte og har den samme erkjennelsesinteressen. Det er imidlertid ikke alltid tilfellet; blant annet er åtte prosent av alle menn og knapt én prosent av alle kvinner fargeblinde, hørselen svekkes etter hvert som vi blir eldre, smaksopplevelsene er ulike, og intelligensen er «gausset». Slik er det nok også i noen grad for forståelsen av retten. Ikke minst avgjør den tradisjonelle avgrensningen av rettsstoffet hva vi ser på og hvordan vi prater om det.¹⁶⁰

Poenget er at perspektivet har betydning for hva det rettes oppmerksomhet mot, og for hvordan man uttrykker seg om fenomener. Det tilsier at det er grunn til å rette oppmerksomheten mot hva som skjer og ikke skjer, mer enn mot det som blir sagt om hva som skjer. Dette var – helt uten sammenligning for øvrig – aktors poeng i prosedyren mot Vidkun Quisling:

«Hvor det gjelder å finne hva der bor i en mann, hvilke motiver han drives av, hva hans hensikt er, ja, da er det intet som forteller mer om dette enn de handlinger som han foretar. Ord er lette og billige.»¹⁶¹

Det er påvist utsagn fra Høyesterett om teoretiske modeller om retten som er uten mening (kapittel 4), for generelt formulerte rettskildeprinsipper (kapittel 5), uriktig forestilling om borgernes tilgang til retten (kapittel 6) og manglende oppmerksomhet omkring sentrale rettsstatlige verdier som abstraksjon i rettsregler (kapittel 7). Dette har gitt opphav til forestillinger om retten, som har spredt seg i rettsamfunnet.

Rettsordenen kan tenkes å være bedre tjent med en øverste domstol som i større grad holdt seg til kjerneoppgaven med å løse konkrete rettstvister og isteden overlot teoretiseringen over induksjonsmaterialet til andre. Og kanskje er det behov for at de som ser hen til domstolens aktiviteter, i større grad stiller seg kritisk til forestillingene som formidles.

Jurister snakker tilsynelatende samme språk innenfor samme institusjonelle rammeverk, men som det historiske kapittelet illustrerer, er det nok av betydning i hvilket tiår man er uteksaminert. For mange vil møtet med retten i studietiden prege den videre forståelsen av den. Det stiller krav til de juridiske lærestedenes oppmerksomhet omkring rettslige metafysiske, faktiske, verdibaserte og institusjonelle forestillinger.

Et særlig spørsmål er hva en juridisk student bør gjøre i møte med forestillinger om rettens innhold som det skurrer noe ved. Det enkleste er å lukke øynene og sluke det hele med søkke og snøre. Et alternativ er å besøke Forum Romanum for å minnes tolvtafleloven og betydningen av offentlig tilgjengelige rettsregler. Merk at det også til grunn for denne teksten ligger rettslige forestillinger, som du kan slutte deg til, være uenig i eller se forbi.

¹⁶⁰ Nils Kristian Sundby, «Strafferetten og dens begrensninger», *Lov og Rett* 1976, s. 51–91.

¹⁶¹ Straffesak mot Vidkun Abraham Lauritz Jonsson Quisling, Oslo 1946, s. 449.

