

# OVERSIKT OVER RETTSKILDENE



# OVERSIKT OVER --- RETTSKILDENE

*Karen Eg Taraldrud*

CAPPELEN DAMM AKADEMISK

© CAPPELEN DAMM AS, Oslo, 2018

ISBN e-bok: 978-82-02-63009-6

ISBN trykt bok: 978-82-02-54075-3

1. utgave, 1. opplag 2018

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med Cappelen Damm AS er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk.

Omslagsdesign: Marte Fæhn

Sats: Bøk Oslo AS

Trykk og innbinding: AiT Bjerch AS

[www.cda.no](http://www.cda.no)

[akademisk@cappelendamm.no](mailto:akademisk@cappelendamm.no)

# Forord

Min motivasjon for å skrive denne boken er rett og slett lysten til å skrive den. Jeg håper dette avspeiler seg i teksten.

Boken tar utgangspunkt i rettsstaten og demokratiet som basis for rettssystemets legitimitet. Den påpeker våre verdier som grunnlag for rettsprinsipper og rettsregler. Jeg har forsøkt å vise hvordan rettsavklaring beror på samspill mellom skrevne regler og uskrevne prinsipper. Jeg har valgt å omtale rettskilder først og følge opp med omtale av sentrale rettsprinsipper i bokens avsluttende kapitler.

Det ligger utenfor siktemålet med boken å presentere ny forskning som avviker i særlig grad fra eksisterende rettslitteratur. De juridiske forfatterne har iblant divergerende syn i noen spørsmål, men dette bør ikke overskygge at de mest grunnleggende kunnskaper er felles eie. Målet med denne boken er å gjøre rettskildebruken i norsk rett tilgjengelig for mange.

Det ferdige utkast til boken er lest av prof. emer. Thor Falkanger ved UiO samt mine kolleger ved NMBU, dosent Fredrik Holth og stipendiat Leikny Gammelmo. Jeg har fått inspirerende og nyttige tilbakemeldinger fra alle tre, og jeg er svært takknemlig for innspillene. Bokens innhold er selvsagt mitt ansvar alene.

Alle lover nevnes ved kortform. Komplette titler er oppført i referanse-listene bakerst i boken.

Karen Eg Taraldrud

10. november 2017



# Innhold

## Del I

|                                        |    |
|----------------------------------------|----|
| Rettstenkning og verdier .....         | 13 |
| <b>1 Rettstenkning</b> .....           | 15 |
| 1.1 Vår rettstenknings utvikling ..... | 15 |
| 1.2 Rett .....                         | 20 |
| 1.3 Rettssystemet .....                | 20 |
| <b>2 Rettsstaten</b> .....             | 23 |
| <b>3 Verdier</b> .....                 | 25 |

## Del II

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| Rettskildefaktorer .....                           | 29 |
| <b>4 Rettsanvendelse og skjønn</b> .....           | 31 |
| 4.1 Praktisk juridisk arbeid .....                 | 31 |
| 4.2 Subsumsjon .....                               | 33 |
| 4.3 Skjønnsutøvelse .....                          | 33 |
| 4.3.1 Forvaltningens skjønnsutøvelse .....         | 33 |
| 4.3.2 Domstolenes skjønnsutøvelse .....            | 34 |
| <b>5 Rettsregler</b> .....                         | 36 |
| 5.1 Normer, regler og retningslinjer .....         | 36 |
| 5.2 Regeltyper – kategorisering etter formål ..... | 40 |
| <b>6 Rettskildefaktorene</b> .....                 | 42 |
| <b>7 Rettskildeprinsipper</b> .....                | 46 |
| 7.1 Relevans .....                                 | 47 |
| 7.2 Innhold .....                                  | 48 |
| 7.3 Vekt .....                                     | 48 |
| <b>8 Lovtolking</b> .....                          | 50 |
| 8.1 Tolking av Grunnloven .....                    | 51 |
| 8.2 Språklig tolking av lovtekster .....           | 55 |

|           |                                                       |           |
|-----------|-------------------------------------------------------|-----------|
| 8.3       | Presiserende lovtolking .....                         | 56        |
| 8.4       | Utfyllende tolking.....                               | 56        |
| 8.5       | Formålstolking.....                                   | 56        |
| 8.6       | Antitetisk tolking.....                               | 57        |
| 8.7       | Innskrenkende tolking.....                            | 58        |
| 8.8       | Unntaksbestemmelser.....                              | 59        |
| 8.9       | Utvidende tolking.....                                | 60        |
| 8.10      | Analogi .....                                         | 61        |
| 8.11      | Derogasjon .....                                      | 62        |
| 8.12      | Tolking på tvers av lovtekst.....                     | 63        |
| <b>9</b>  | <b>Avklaring ved kolliderende rettsregler .....</b>   | <b>64</b> |
| 9.1       | Harmonisering ved tolking.....                        | 64        |
| 9.2       | Avklaring ved rangering.....                          | 65        |
| 9.2.1     | Lex superior .....                                    | 65        |
| 9.2.2     | Lex posterior .....                                   | 66        |
| 9.2.3     | Lex specialis .....                                   | 67        |
| 9.3       | Ingen harmonisering eller avklaring .....             | 67        |
| <b>10</b> | <b>Støttedokumenter til lovene.....</b>               | <b>69</b> |
| 10.1      | Forarbeider til lovene.....                           | 69        |
| 10.2      | Etterarbeider til lovene.....                         | 71        |
| 10.2.1    | Instruks som etterarbeid – et eksempel.....           | 73        |
| <b>11</b> | <b>Rettspraksis som rettskilde .....</b>              | <b>75</b> |
| 11.1      | Domstoler .....                                       | 75        |
| 11.2      | Ikke domstoler .....                                  | 78        |
| 11.3      | Domstolsavgjørelser.....                              | 78        |
| 11.3.1    | Presedens og prejudikat .....                         | 79        |
| 11.4      | Høyesterett er prejudikatdomstol .....                | 80        |
| 11.5      | Høyesterett er konstitusjonsdomstol .....             | 83        |
| 11.6      | Rettskraft og rettskildekraft er ulike begreper ..... | 88        |
| <b>12</b> | <b>Tolking av rettsavgjørelser .....</b>              | <b>89</b> |
| 12.1      | Høyesterettsdommer.....                               | 89        |
| 12.2      | Obiter dictum .....                                   | 90        |
| 12.3      | Dissens.....                                          | 91        |
| 12.4      | Justering av rettspraksis.....                        | 91        |
| <b>13</b> | <b>Voldgift som rettskilde .....</b>                  | <b>94</b> |

|           |                                                                   |            |
|-----------|-------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>14</b> | <b>Folkerett og internasjonale avtaler som rettskilde.....</b>    | <b>97</b>  |
| 14.1      | EMK .....                                                         | 99         |
| 14.1.1    | Norsk rettspraksis etter EMK .....                                | 100        |
| 14.2      | EØS .....                                                         | 102        |
| <b>15</b> | <b>Fremmed nasjonal rett som rettskilde .....</b>                 | <b>105</b> |
| <b>16</b> | <b>Forvaltningspraksis som rettskilde .....</b>                   | <b>108</b> |
| 16.1      | Tilgang til rettskilder i forvaltningen .....                     | 111        |
| <b>17</b> | <b>Rundskriv, håndbøker og veiledninger som rettskilde? .....</b> | <b>112</b> |
| <b>18</b> | <b>Sivilombudsmannen som rettskilde .....</b>                     | <b>116</b> |
| 18.1      | Ombudsmannens særmeldinger i 2015 .....                           | 117        |
| 18.2      | Ombudsmannens forebyggende virke .....                            | 118        |
| 18.3      | Ombudsmannens rettskildevekt .....                                | 118        |
| <b>19</b> | <b>Klagenemnder som rettskilde? .....</b>                         | <b>121</b> |
| <b>20</b> | <b>Privates sedvaner som rettskilde .....</b>                     | <b>122</b> |
| 20.1      | Avtaler på formuerettens område .....                             | 123        |
| 20.2      | Standardavtaler .....                                             | 123        |
| 20.3      | Forvaltningsavtaler .....                                         | 124        |
| <b>21</b> | <b>Reelle hensyn som rettskilde .....</b>                         | <b>126</b> |
| <b>22</b> | <b>Juridisk teori som rettskilde .....</b>                        | <b>130</b> |
| <b>23</b> | <b>Rettslige standarder .....</b>                                 | <b>133</b> |

### Del III

|           |                                                 |            |
|-----------|-------------------------------------------------|------------|
|           | Rettsprinsipper .....                           | 137        |
| <b>24</b> | <b>Rettsprinsipper .....</b>                    | <b>139</b> |
| <b>25</b> | <b>Konstitusjonelle rettsprinsipper .....</b>   | <b>143</b> |
| 25.1      | Grunnlovens tilblivelse .....                   | 143        |
| 25.2      | Parlamentarisme .....                           | 144        |
| 25.3      | Maktfordelingsprinsippet .....                  | 144        |
| 25.3.1    | Maktfordelingsprinsippet i en ny tid .....      | 145        |
| 25.4      | Domstolenes prøvingsrett .....                  | 145        |
| 25.5      | Forbudet mot lovers tilbakevirkende kraft ..... | 146        |
| 25.6      | Konstitusjonell sedvanerett .....               | 147        |
| 25.7      | Konstitusjonell nødrett .....                   | 149        |

|           |                                                            |     |
|-----------|------------------------------------------------------------|-----|
| <b>26</b> | <b>Rettsprinsipper i offentlig rett</b> .....              | 151 |
| 26.1      | Offentlighetsprinsippet .....                              | 151 |
| 26.2      | Bærekraftighetsprinsippet .....                            | 153 |
| 26.3      | Føre var-prinsippet .....                                  | 156 |
| <b>27</b> | <b>Rettsprinsipper i forvaltningsretten</b> .....          | 158 |
| 27.1      | Prinsippet om god forvaltningsskikk .....                  | 159 |
| 27.2      | Myndighetsmisbruk .....                                    | 160 |
| 27.3      | Usaklig forskjellsbehandling .....                         | 162 |
| 27.4      | To instans-prinsippet .....                                | 164 |
| 27.5      | Legalitetsprinsippet i forvaltningsretten .....            | 164 |
| 27.6      | Proporsjonalitetsprinsippet i forvaltningsretten .....     | 166 |
| <b>28</b> | <b>Rettsprinsipper i strafferetten</b> .....               | 167 |
| 28.1      | Prinsipper i straffelovgivningen .....                     | 167 |
| 28.2      | Uskyldspresumsjonen .....                                  | 168 |
| 28.3      | Legalitetsprinsippet i strafferetten .....                 | 170 |
| 28.4      | Tilbakevirkningsforbudet .....                             | 171 |
| 28.5      | Forbudet mot dobbelt straff .....                          | 171 |
| 28.6      | Proporsjonalitetsprinsippet i strafferetten .....          | 173 |
| 28.7      | Legitimitet i strafferetten .....                          | 174 |
| 28.7.1    | Miljøkriminalitet og legitimitet .....                     | 174 |
| <b>29</b> | <b>Rettsprinsipper i prosessretten</b> .....               | 176 |
| 29.1      | Rettsprinsipper i straffeprosessen .....                   | 177 |
| 29.2      | Rettsprinsipper i sivilprosessen .....                     | 179 |
| 29.3      | Rettsprinsipper for særdomstoler .....                     | 181 |
| <b>30</b> | <b>Rettsprinsipper i privatretten</b> .....                | 182 |
| 30.1      | Proporsjonalitetsprinsippet i privatretten .....           | 183 |
| 30.2      | Legalitetsprinsippet i privatretten? .....                 | 183 |
| <b>31</b> | <b>Rettsprinsipper i avtaleretten</b> .....                | 184 |
| 31.1      | Privat autonomi – avtalefrihet – pacta sunt servanda ..... | 184 |
| 31.2      | Lojalitetsprinsippet i avtaleretten .....                  | 185 |
| <b>32</b> | <b>Rettsprinsipper i erstatningsretten</b> .....           | 188 |
| 32.1      | Forurensar betaler .....                                   | 189 |
| 32.2      | Erstatning for allemannsretter .....                       | 191 |

|           |                                                          |            |
|-----------|----------------------------------------------------------|------------|
| <b>33</b> | <b>Registre.....</b>                                     | <b>193</b> |
| 33.1      | Rettspraksis .....                                       | 193        |
|           | Høyesterettsavgjørelser .....                            | 193        |
|           | Avgjørelser fra lagmannsretter og tingretter.....        | 196        |
|           | Avgjørelser fra EMD.....                                 | 196        |
| 33.2      | Litteratur .....                                         | 197        |
| 33.3      | Sivilombudsmannens uttalelser .....                      | 201        |
| 33.4      | Lover.....                                               | 201        |
| 33.5      | Lovforarbeider .....                                     | 204        |
| 33.6      | Internasjonale traktater, direktiver, rapporter mm. .... | 205        |
| 33.7      | Andre dokumenter .....                                   | 206        |
| 33.8      | Internettpresentasjoner .....                            | 207        |
| 33.9      | Forkortelser og akronymer .....                          | 207        |
|           | <b>Stikkord .....</b>                                    | <b>208</b> |



# DEL I

## RETTSTENKNING OG VERDIER



# 1 Rettstenkning

Med lov skal land bygges! Det tradisjonsrike utsagnet med fotfeste i land-skapslovene har fortsatt betydning.<sup>1</sup> Landenes lovgivning skal bidra til å sikre samfunnets utvikling og innbyggernes velferd. Intet mindre! Den norske og andre vestlige lands konstitusjoner er basert på prinsipper som er utviklet over lang tid i europeisk tenkning med folkets trygghet, frihet og utviklingsmuligheter som mål.

**Med lov skal land bygges!**

En balansert konstitusjon yter kanskje ikke fullgod sikkerhet mot endringsvedtak eller ulykkebringende valg av statsledere – det har historien vist. Nasjonal lovgivning skal tjene ulike formål til beste for landet og folket. Dette fungerer best når innbyggerne respekterer landets lover og regler – det har vi sett i norsk og andre lands historie. I nyere tid har Norge inngått avtaler med andre land, og gjort flere konvensjonsbestemmelser til norsk rett. Sammenslutninger av nasjoner, basert på avtaler eller konvensjoner gir ikke alltid sikkerhet for fred internt – det har så langt især amerikansk historie vist. Hittil har vi ikke sett systemer som over tid har sikret fred, frihet og velferd for alle. Derfor er det viktig å fortsatt arbeide for forståelse av rettssystemer og rettsregler. Denne boken handler om å forstå norsk rett.

## 1.1 Vår rettstenknings utvikling

Deler av vår rettsvitenskapelige tenkning bærer spor fra hellenismen, hvor lovgivning og rettsfilosofi fikk utvikle seg og etter hvert påvirke både romersk og kanonisk rett og dermed også norsk rett, når vi ser utviklingen over lang tid.

**Hellenismen**

Den greske stoicismen skilte mellom fornuft og affekt og anså den etiske livsholdningen som det sentrale for alle filosofiske overveielser.<sup>2</sup> Den stoiske skolen er omtalt som særlig innflytelsesrik for senere tiders rettsoppfatning, og stoikerne som de egentlige grunnleggerne av naturrettslæren.<sup>3</sup>

1 Setningen er kjent fra lovbøker i Norge, Island, Danmark og Sverige omkring 1200-tallet og kanskje tidligere. Se Robberstad 1950 side 7–17.

2 Lund, Pihl og Sløk 1967, side 106.

3 Annens 1983, side 42–43.

**Naturrett** Naturretten kan oppfattes som en teori om at det finnes et sett av rettslige prinsipper av grunnleggende karakter som gjelder overalt til alle tider. Naturretten trenger ikke særlig begrunnelse, da den er tuftet på naturens orden. Men naturretten har gjennomgått flere utviklingsstadier, iblant tilpasset sin tids politiske rammer, og iblant har den bidratt til utvikling av nye rettsoppfatninger.

For Thomas Aquinas (1225–1274) var Guds uutgrunnelige vilje overordnet annen rett, og noe menneskene alltid måtte underkaste seg.

**Romerrett** Romerretten, slik den omkring år 500 evt. ble utformet i keiser Justinians lovbok *Corpus juris civilis*, har påvirket rettsutviklingen og rettsforskningen i Sentral-Europa lenge etter Romerrikets fall, særlig på formuerettens område. Romerrettens påvirkning på dansk og norsk rett kom hit via Tyskland.

**Kanonisk rett** Kanonisk rett var den romersk-katolske kirkerett. Kanonisk rett omhandlet kirkelige forhold og flere privatrettslige forhold, blant annet på familierettens og formuerettens område. For eksempel oppstilte kanonisk rett forbedring av forbryteren som straffens mål i motsetning til det tidligere hevnprinsippet.

**Opplysningstiden** Utbredelsen av trykkekunsten og utvikling av skoler medførte at lovgivning utover 1600-tallet kunne nå ut til folket. Man lærte at lovregler virker bare når de er tilpasset befolkningens faktiske, sosiale og økonomiske situasjon.<sup>4</sup> Behovet for folkets aksept av lovgivningen ble synlig.

På strafferettens område ble middelalderens bruk av tortur i straff og straffeprosess endret i flere land med opplysningsbevegelsen på 1700-tallet. Cesare Beccaria (1738–1794) argumenterte imot dødsstraff i *Om forbrytelse og straff*, 1764. Han lanserte hardt straffarbeid på livstid som et alternativ. Tanken vant gehør i flere land. Danmark og Sverige tok prinsippet inn i reformer av strafferetten.<sup>5</sup> Italieneren Gaetano Filangieri (1752–1788) utga på 1780-tallet *Lovgivningsvitenskapen*, hvori han argumenterte for at straff burde tjene til forbryterens forbedring. Med sitt humanitære syn fremstår han som opphavsmann til individualprevenasjon som element i moderne kriminalomsorg, slik vi kjenner den i dag.

**Grotius** Naturrettslærerne på 1600-tallet med nederlandske Hugo Grotius (1583–1645) som fremstående representant, benyttet seg av en opprinnelig samfunnspakt mellom folket og herskerne som en hjelpekonstruksjon til å forklare både fyrstemakten og idéer om folkesuverenitet.<sup>6</sup>

**Locke** Under opplysningstiden ble naturretslige tanker om grunnleggende menneskerettigheter videreutviklet. John Locke (1632–1704) skrev *Two*

<sup>4</sup> Anners 1983, side 199.

<sup>5</sup> Anners 1983, side 206.

<sup>6</sup> Anners 1983, side 190–191.

*Treatises of Civil Government* i 1690, og boken fikk stor betydning for statsrettslig utvikling i England, USA og Frankrike. Locke mente at menneskene via samfunnspakten ikke overførte mer makt til staten enn nødvendig til vern mot ytre fiender og innbyggernes medfødte menneskerettigheter. Til menneskerettighetene regnet han liv, helse, frihet og eiendom.

I 1748 ga Montesquieu (1689–1755)<sup>7</sup> ut *de L'esprit de lois*, som lanserte teorien om maktfordeling mellom fyrste, folkerepresentasjon og domstoler.

**Montesquieu**

Jean Jacques Rousseau (1712–1778) videreutviklet Lockes ideer om den høyeste makten hos folket. Rousseau tok utgangspunkt i en opprinnelig rett for mennesket med idealer som humanitet, frihet og likhet for folk, presentert i *Du Contrat Social* 1762.<sup>8</sup> Rousseau formulerte folkesuverenitetsprinsippet, *la volonté générale*.<sup>9</sup> Rousseaus tanker fikk betydning for revolusjon i Frankrike og USA, og de har bidratt til Norges Grunnlov.

**Rousseau**

Immanuel Kant (1724–1804) formulerte det allmenne rettsprinsippet: «Enhver handling er rett som er slik at den, eller dens maksime, gjør enhver persons valgfrihet forenlig med enhver annen persons frihet ut ifra en allmenn lov.»<sup>10</sup> Kants idéer har inspirert mange etter hans tid.

**Kant**

Før og under eneveldet var det lite rettsvitenskapelig publisering i Danmark og Norge, utover det som fremgikk av lovtekster. Fra historiskrivningen vet vi at landskapslovene gjerne ble «gitt» av kongen, men de måtte godtas på tinget. For å få gjennomført en ny lov eller lovendring var kongen avhengig av enten tingmennenes aksept eller militær makt. Det var lite utvikling i rettsforholdene og rettstenkningen i Danmark og Norge. Det er illustrerende at Jyske Lov fra 1241 ble utgitt i en modernisert versjon så sent som i 1590 og dermed skjøv de øvrige landskapslovene til side.<sup>11</sup>

**Danmark og Norge**

Da Christian Vs Danske Lov kom i 1683 og Norske Lov i 1687 var deler av lovene basert på dansk og norsk rett, men innflytelse fra naturretten og romerrettslig tankegang kan konstateres. Dette gjelder for eksempel om prinsipalansvar og de fortsatt gjeldende regler om avtaler i Norske Lov 5-1-1 og 5-1-2. Forskjellene mellom de to lovverkene lå især på regler om rettergang og eiendomsretten til jord.

Etter hvert fikk enkelte naturrettsforfattere betydning. Ludvig Holberg (1684–1754) bidro til å gjøre naturretten kjent i Danmark og Norge med

7 Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (1689–1755).

8 Fenger 2001, side 140–141.

9 Annens 1983, side 192.

10 Vestens tenkere, bind II, side 262–263.

11 Annens 1983, side 238.

sin *Introduction til Naturens og Folkerettens Kundskab I-II* i 1716. Verket, som ble utgitt i gjentatte nye opplag, var inspirert av naturrettslig system. Holberg forklarte at Gud har begavet mennesket med en fornuft, som er «et helligt lys til at begribe og dømme, hvad som godt og ondt er, hvis den ikke er fordærvet af ond og dårlig opdragelse, vane eller defekter, som formørker menneskets forstand.»<sup>12</sup>

Europeisk rettstenkning hadde betydelig innflytelse i de nordiske land, ikke minst som følge av at jurister måtte utdannes ved utenlandske universiteter.

#### Studium Juris

I 1736 innførtes Studium Juris ved Københavns Universitet.<sup>13</sup> Studiekravene bygget dels på dansk og norsk rett, dels på naturretten og romerretten, slik man kjente den fra Tyskland.<sup>14</sup> Blant professorene gjorde især Peder Kofoed Ancher (1710–1788) seg gjeldende som vitenskapsmann. I 1755 skrev Kofoed Ancher: «... i vore Tider begynder man at indsee, at det ikke er nok at blive en grundig Dansk Jurist, at have faaet nogen Grund in Jure Romano-Germanico, men at vores egen Jurisprudenz billigen bør udgiøre et Studium for sig selv.»<sup>15</sup> Påvirkningen fra Kofoed Ancher samt utdanning av dommere fikk betydning for utviklingen av dansk og norsk rett på 1700-tallet.

Under eneveldet var det ikke tillatt å påberope romerrett – som var fremmed rett – ved danske domstoler, men forbudet gjaldt ikke naturretten. Siden naturretten i stor grad hadde tatt til seg det romanistiske begrepsapparatet og terminologi, fikk romerretten indirekte innflytelse på utviklingen av dansk og norsk rettspraksis utover 1700-tallet.<sup>16</sup> Det gjengse synet på eiendomsretten i norsk teori i dag er et eksempel på fortsatt innflytelse fra romerretten via naturretten og tysk rett.<sup>17</sup>

Opp gjennom 1800-tallet fikk eldre nasjonal rett mer plass, men studier av romerretten hadde fortsatt en plass i norsk rettsvitenskap og rettspraksis.<sup>18</sup>

#### Menneskerettigheter

Naturrettens og opplysningstidens idéer om menneskerettigheter satte spor i rettsutviklingen i flere europeiske land på ulike områder. Tanken om eiendomsrett som del av menneskerettighetene preget store deler av Europa utover 1800-tallet. Synet på eiendomsrettens totale innhold bidro til å avvikle tidligere føydale systemer, med adelige fyrstehus og livegne arbeidere, til et rettssystem med eiendomsrett for den enkelte

12 Fenger 2001, side 137.

13 Forordning 10. februar 1736, omtalt hos Fenger 1964, side 96.

14 Fenger 1964, side 96.

15 Peder Kofoed Ancher 1755, omtalt hos Fenger 1964, side 97.

16 Fenger 2001, side 137–138.

17 Nærmere om eiendomsrett: Falkanger og Falkanger 2016, kapittel 1, § 2.

18 Annors 1983, side 240. Se også Michalsen 1994, især side 229–239.

og avvikling av fideikommiss i flere land. Den norske grunnloven fikk vedtakelsen i 1814 et forbud mot opprettelse av nye stamhus og fideikommiss.

Naturretten har påvirket den amerikanske selvstendighetserklæringen og grunnloven samt den franske grunnloven og Norges grunnlov – og etter hvert fler. Det er vanlig å se nåtidens interesse for universelle menneskerettigheter som utsprunget av naturrettsideologien.

Anders Sandøe Ørsted (1778–1860) kalles dansk og norsk rettsvitenskaps far. Han gjorde betydelig innsats som vitenskapsmann, embetsmann og statsmann<sup>19</sup> i det opplyste eneveldets tid. I sin periode som dommer og høyesterettsassessor startet Ørsted utgivelse av tidsskrifter med viktige rettsavgjørelser, og han la dermed grunnen til prejudikatsamlinger av stor verdi for samtidens og ettertidens rettspraksis. Som vitenskapsmann var Ørsted inspirert av Immanuel Kant.

**Ørsted**

Ørsteds forfatterskap var omfattende og spredt på de fleste rettsområder. Han utviklet en nasjonal rettsvitenskap, basert på gransking av det danske rettslivets forhold, men han var også påvirket av fremmed rett. For eksempel antas det at Ørsteds lære om hevd og servitutter er påvirket av utenlandsk – især fransk – rett.<sup>20</sup> For Ørsted var lovenes fornuftige mening avgjørende, og hvor ingen skreven lov fantes måtte man søke til den «juridiske Fornuften». Ørsteds «juridiske Fornuft» måtte være utviklet via samfunnslivet og anerkjent av den alminnelige folkebevisstheten som stemmende med samfunnets tarv. Vi kjenner oss igjen i deler av dagens teorier om rettsstaten. Ørsteds tanker har preget dansk og norsk rettsliv i en slik grad at vi taler om tiden før og etter Ørsted.<sup>21</sup>

Anton Martin Schweigaard (1808–1870) videreutviklet Ørsteds teorier i Norge i realistisk retning, bort fra den tyske konstruktive vitenskapen.

**Schweigaard**

I nyere rettsteori trekker jeg frem danske Alf Ross (1899–1978) som representant for en tenkning der fikk betegnelsen «nordisk realistisk rettsfilosofi» og norske Torstein Eckhoff (1916–1993) med sin *Rettskildelære* som viktige bidragsytere til dansk og norsk rettstenkning og rettskildeteori.

**Ross – Eckhoff**

Våre dagers tanker om rettsspørsmål på flere områder er utviklet og modnet over lang tid. Dette gjelder ikke minst idéer om menneskerettigheter og folkestyre. Utviklingen har bidratt til at synet på mange rettslige spørsmål har oppnådd fast aksept i befolkningen – vi kan kalle det legitimitet.

<sup>19</sup> Premierminister, tilsvarende statsminister.

<sup>20</sup> Tamm 1976, side 173–183.

<sup>21</sup> For nærmere studier av Ørsteds forfatterskap, se Ditlev Tamm 1976.

## 1.2 Rett

**Rett** Historien kan oppvise ulike forståelser av hva «rett» innebærer. Naturrettstankegangen om retten som et naturgitt rettferdighetsideal har vekslet med en gudgitt rett for herskeren til å fastsette lover for innbyggerne. Vi minnes Bibelens beretning om Moses som mottok de ti bud fra Gud på Sinaifjellet, Thomas Aquinas' utlegning av Guds vilje som overordnet alt og vår egen tradisjon med idéen om monarken som «Konge av Guds nåde.»

En annen gren av naturrettsenknningen førte til den teoretiske konstruksjonen om samfunnskontrakten mellom hersker og folk. Denne oppfatningen har bidratt til å opprettholde herskerens lovgivermakt, etter hvert riktig nok tilpasset visse rammer ut fra en form for menneskerettstankegang.

I nyere litteratur finnes spor av at «rett» ikke bare er skrevne rettsregler fra autoritære givere, men retten forutsetter at visse innholdsmessige kriterier er oppfylt. Disse kan ha idealistisk karakter og eventuelt minne om naturrettslige tanker og menneskerettstanker. En egen forklaring går ut på at «rett» kan ligge i en kollektiv forestilling om hva samfunnets rettsregler krever generelt og i det enkelte tilfellet.<sup>22</sup> Forestillingen har svakheter på områder hvor det ikke kan finnes noen bred oppfatning om hvordan retten bør være og på områder hvor det er splittelse blant innbyggernes meninger.

Andre teoretikere går i en positivistisk retning, og oppfatter rett som verken et etisk eller religiøst begrep, men mener rett utledes av formelle og autoritære kilder. I vårt samfunn kan slik autoritet oppfattes som gitt av folket – mer konkret via Eidsvollsmennenes fullmakter fra sine sambygdingene på hjemmeplassene.

I denne boken behandles skreven og uskreven rett, som kan komme til anvendelse ved norske domstoler og i norsk forvaltning.

## 1.3 Rettssystemet

«Rettssystemet» er en systematisk inndeling av retten. Begrepet anvendes i juridisk teori som en hjelp til å skaffe seg overblikk. Rettssystemet følger statsforfatningen etter landets grunnlov, som gir regler om lovgivningsorgan, fremgangsmåte og regelinhold i ordinær lovgivning.

For den alminnelige lovgivningen skiller vi tradisjonelt mellom offentlig rett og privat rett. Systematiseringen er ikke i seg selv knyttet til rettslige konsekvenser.

22 Graver i *Hva er rett* 2012 og *Rettsretorikk* 2007.