

# **Rett i vest**



---

# Rett i vest

---



**Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen  
ved Universitetet i Bergen**



FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2019 by  
Vigmostad & Bjørke AS  
All Rights Reserved

1. utgave / 1. opplag 2019

ISBN: 978-82-450-2794-5

Grafisk produksjon: John Grieg, Bergen  
Omslagsdesign ved forlaget  
Omslagsfoto: Eivind Senneset

Spørsmål om denne boken kan rettes til:  
Fagbokforlaget  
Kanalveien 51  
5068 Bergen  
Tlf.: 55 38 88 00 Faks: 55 38 88 01  
E-post: [fagbokforlaget@fagbokforlaget.no](mailto:fagbokforlaget@fagbokforlaget.no)  
[www.fagbokforlaget.no](http://www.fagbokforlaget.no)

Materialet er vernet etter åndsverkloven.  
Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarframstilling  
bare tillatt når det er hjemlet i lov eller avtale med Kopinor.

## *Redaksjon*

*Johan Giertsen*

*Erling Johannes Husabø*

*Øystein L. Iversen*

*Berte-Elen Konow*

## *Redaksjonssekretær*

*Oskar Emil Kornelius Dybvik*

## *Korrektur*

*Frida Finstad Gilje*

*Kristian Wederhus*

*Vilde Sandene Vrålid*

*Liv Sofie Hallaråker Utvær*

## Juristutdanningen i vest runder 50

Når juristutdanningen ved Universitetet i Bergen nå fyller 50 år, er det som for andre som fyller samme alder, naturlig med noen refleksjoner om fortid, nåtid og fremtid. De historiske bidragene gir hvert sitt blikk på juristutdanningen – samlet sett et bilde av skiftende tider, men også av fenomen som har gått igjen. I dette bidraget er det bare plass til å løfte frem noen få utviklingstrekk fra det siste halve århundret.

Boken inneholder en rekke bidrag, som viser både fakultetets utvikling og forskningen ved fakultetet. Vi hadde aldri fått boken uten en redaksjon som har lagt ned mange timer for fellesskapets beste, og de har hatt gode hjelpere i form av redaksjonssekretær og korrekturlesere. På vegne av fakultetet: Takk til dere alle!

Gjennom 50 år har utallige studenter vært gjennom eller innom juristutdanningen i Bergen. De har sittet i Aasegården, Frøkenstiftelsen, Allégaten, Høyteknologisenteret og på Dragefjellet. Pensum har skiftet, rettskildebildet er utvidet, og nye lærere er kommet til. Fremdeles skjer mye av undervisningen i auditorier, men video-opptak av forelesningene er en nyvinning. Lovsamlingen har vært med hele tiden, selv om den nå fases ut. Et fellestrekk gjennom hele perioden har vært selvstudium som et bærende element.

Uten studenter, ingen juristutdanning og intet fakultet, og studentene kom før de ansatte. Juristforeningen fylte nettopp 70 år. Eksterne lærerkrefter kom før den organiserte utdanningen, og fremdeles har fakultetet et stort timelærerbudsjett. Da studiet startet opp i 1969, møtte 272 studenter, og i dag har fakultetet 2500 studenter. Brorparten for 50 år siden var menn, i dag er nær to tredjedeler kvinner. Et tilbakevendende tema gjennom alle år har vært det høye forholdstallet mellom student og lærer. Det har skjedd forbedringer, særlig i den siste tredjedel av perioden, men fremdeles skulle fakultetet gjerne gitt studentene mer undervisning.

Jusstudentene har alltid levd under et karakterpress. Året før juristutdanningen startet opp, sluttet Norsk Retstidende å publisere eksamensresultatene (Rt. 1969 s. 1472), men frem til rundt 1990 ble sensurlistene slått opp på fakultetet med navn og karakter. Også mange av dagens jusstudenter vil trekke frem karakterpress som en negativ side ved tilværelsen, som igjen har ført til mange klager på eksamen og høy forekomst av gjentak.



Studietiden er for de fleste en skjellsettende epoke av tilværelsen. Noen opplever sine største nederlag nettopp da, det være seg på den akademiske fronten eller i livet ellers. For mange er studietiden den delen av livet som en oftest ser tilbake på med størst glede. Mange har utviklet vennskap for livet gjennom kollokviegrupper eller sosiale arrangement i regi av studentforeningene.

Juristutdanningen har hele tiden vært praktisk rettet. Løsningen av rettslige problem gjennom praktiske oppgaver har vært et sentralt element både i studiet og som prøvingsform. Peder Ås har fått ekstingvert formuesgoder for atskillige beløp og er idømt mange år i fengsel. Jusstudentene har hele tiden hatt gode muligheter for jobb etter ferdig utdanning. I takt med et økende antall uteksaminerte kandidater har juristene fylt nye oppgaver. Likevel har mangel på praksis i utdanningen vært et savn, som fakultetet nettopp nå jobber med å bøte på.

Den dominerende prøvingsformen gjennom 50 år har vært skoleeksamen. Utallige studenter har skrevet for hånd på gjennomslagspapir. Nå er eksamen digitalisert, og studentene tar med sin egen datamaskin. Alle jusstudenter har hatt med lovsamling på eksamen, og innarbeiding av denne har vært en egen disiplin. Fakultetet tok jubileumsvåren i bruk Lovdata på eksamen, og lovsamlingen har kommet i sin siste utgave. Den tradisjonsrike Lovstafetten får dermed en utfordring, men studentene får mulighet til en mer realistisk prøvingsform med utvidet tilgang til rettskilder. Fakultetet jobber også med mer varierte prøvingsformer.

Juristutdanningen, cand.jur.-studiet, var normert til seks år. Noen brukte kortere tid, men de fleste brukte normert tid eller lengre enn det. Nasjonale krav førte i 2003 til en omlegging til mastergrad i rettsvitenskap og fem års studium. Samtidig gjennomførte fakultetet en grunnleggende reform. Vi gikk fra avdelingsvise eksamener til prøving etter hvert enkelt emne. Vi fikk obligatoriske arbeidskrav i form av innlevering av skriftlige arbeider og deltakelse på arbeids- og storgrupper. Arbeidsgruppene – diskusjoner i grupper på rundt ti studenter ledet av en viderekommen student – ble innført på 1980-tallet på grunn av mangel på lærerkrefter, og ble nå utvidet til de to første studieårene. Vi fikk masteroppgaver som obligatorisk innslag, mens tidligere hadde bare et fåtall studenter skrevet spesialoppgave. Mulighetene for et utvekslingsopphold i utlandet var et alternativ siden 1990-tallet, men brukt av få. Reformen i 2003 og tilrettelegging for utveksling, i kombinasjonen av flere avtaler med utenlandske institusjoner og en bevisst satsing fra fakultetet, har ført til at mer enn 40 prosent av våre studenter har deler av utdanningen sin fra utlandet.

Jusstudiet i Bergen slet lenge med høye stryktall, også på de to siste avdelingene. På 1990-tallet kunne vi ha eksamener hvor mer enn halvparten fikk ikke bestått. Jusstudiet fikk opptakskrav i 1989, men fremdeles sto privatistutdanningen åpen. Reformen i 2003 og de obligatoriske arbeidskravene utelukket privatister. Dermed fikk vi en helt annen gjennomføringsgrad enn tidligere, hvilket er en lykke når finansieringen av høyere utdanning nå skjer på bakgrunn av oppnådde studiepoeng og fullført grad. Stryktallene er i dag sjelden over 5 prosent. Det er slutt på tidene da våre nye studenter kunne se på sidemannen eller kvinnen og tenke at bare én av tre ville gjennomføre studiet. Da søknaden til samordnet opptak var ute våren 2019, var juristutdanningen i Bergen landets mest omsøkte studietilbud.

Siden 1980 har vi vært et eget fakultet, og hele tiden blant universitetets minste målt i økonomi, selv om studenttallene er blant de høyeste. Andre ser ofte på juristutdanningen som litt sær. Juridisk metode er selvforklarende for stammefolket, men fremstår som en pussighet for store deler av det akademiske fellesskapet. Vi har nær all undervisning på norsk, selv om dette har endret seg i form av en stor portefølje av engelskspråklige valgemner. Vi har få som tar doktorgrad, og sliter med rekrutteringen til vitenskapelige stillinger. Lærerne publiserer i større grad enn andre i nasjonale kanaler, og i større grad enn andre i form av bokkapitler og bøker. Samtidig blir juristutdanningen lagt merke til i form av gjennomføringsgrad, utvekslingsopphold, digitalisering av utdanningen og søkertall.

Det er lettere å reflektere over de 50 årene som er gått, enn å spå om utviklingen frem mot neste jubileum. Ventelig vil digitalisering og kunstig intelligens prege både juristutdanningen og yrkesutøvelsen. Vi vil se nye former for samhandling mellom lærere og studenter basert på digitale verktøy. Praktiserende jurister opplever allerede nå at enkelte beslutningsprosesser er automatisert, og mange flere vil komme. Studiet har lenge vært konsentrert om konkrete gjenstander, mens immaterielle rettigheter i vid forstand vil få større plass. Gjennom 50 år har vi utdannet jurister som er trent i å tolke rettsregler. Kanskje vil utdanningen i større grad rettes mot å utvikle rettsregler og analysere hvordan rettsregler virker i samfunnet?

Gjennom 50 år har utallige mennesker vært en del av juristutdanningen, enten som studenter eller som ansatte. Gjennom 50 år har disse på hvert sitt vis både formet utdanningen og blitt formet av den. Gratulerer med dagen!

Karl Harald Søvig  
Dekan



# Innhold

<b>50 år med endring</b> .....	13
<i>Ein introduksjon til Det juridiske fakultet si historie</i> <i>Professor Jørn Øyrehagen Sunde</i>	
<b>Vekst og profesjonalisering</b> .....	17
<i>Glimt fra fakultetsadministrasjonens ytre liv og rammer</i> <i>Seniorrådgiver Eivind Buanes og professor Jørn Øyrehagen Sunde</i>	
<b>Dei første jusstudentane i Bergen</b> .....	31
<i>Stipendiat Brage Thunestvedt Hatløy</i>	
<b>Det rettsvitenskapelige kloster</b> .....	41
<i>Doktorgradsutdanning og -avhandlinger ved Det juridiske fakultet i Bergen 1969–2018</i> <i>Student Marius Mikkel Kjølstad</i>	
<b>Den «moderne resepsjonen»</b> .....	59
<i>Internasjonaliseringen i undervisning og forskning mellom 1969 og 2003</i> <i>Professor Sören Koch</i>	
<b>Noen erindringer fra den første tiden</b> .....	81
<i>Årene 1969–1980 i Allégaten 34 og 27</i> <i>Professor emeritus Kai Krüger</i>	
<b>Biblioteket – fakultetets hjerte</b> .....	101
<i>Universitetsbibliotekar Jørn W. Ruud</i>	
<b>Internasjonalisering av studiet ved Det juridiske fakultet</b> .....	115
<i>Professor Asbjørn Strandbakken og rådgiver Ingrid Elisabeth Tøsdal</i>	
<b>Å skunda seg langsomt</b> .....	131
<i>Professor Jørn Øyrehagen Sunde</i>	
<b>Når faktum ikke er gitt</b> .....	145
<i>Professor Eivind Kolflaath og professor Ragna Aarli</i>	
<b>Om retten til å motsette seg øyeblikkelig helsehjelp i livets slutfase</b> .....	161
<i>Professor Henriette Sinding Aasen</i>	

<b>Klimaretslege utfordringer for rettsvitenskapen .....</b>	<b>177</b>
<i>Lagdommar (tidl. professor) Bjarte Askeland, førsteamanuensis Malgorzata Agnieszka Cyndecka, professor Eirik Holmøyvik, professor Berte-Elen Konow, professor Ernst Nordtveit og professor Sigrid Eskeland Schütz</i>	
<b>Erstatningsrettens utviklingslinjer de siste 50 år .....</b>	<b>197</b>
<i>Lagdommer (tidl. professor) Bjarte Askeland, professor Anne Marie Frøseth, førsteamanuensis Jan Ove Færstad, og professor og partner i Advokatfirmaet Schjødt Erik Monsen</i>	
<b>Criminalization of Cartels within EU Competition Law .....</b>	<b>225</b>
<i>Postdoctoral Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund</i>	
<b>Samtaleprosess i barnevernssaker .....</b>	<b>237</b>
<i>Forhandling om barn eller fruktbar dialog? Professor Camilla Bernt</i>	
<b>Utviklingslinjer i nyere norsk forvaltningsrett .....</b>	<b>259</b>
<i>Professor emeritus Jan Fridthjof Bernt</i>	
<b>Om anvendelsen av EØS-regler om offentlig støtte i den norske universitets- og høyskolesektoren .....</b>	<b>275</b>
<i>Særlig om offentlig finansiert (forsknings-)infrastruktur Førsteamanuensis Malgorzata Agnieszka Cyndecka</i>	
<b>The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices .....</b>	<b>293</b>
<i>Associate Professor Ronny Gjendemsjø and researcher Ignacio Herrera Anchustegui</i>	
<b>Utilregnelighetsreglenes moderne historie .....</b>	<b>317</b>
<i>Professor Linda Gröning</i>	
<b>Forbrukervernets utvikling i norsk kontraktsrett .....</b>	<b>343</b>
<i>Professor Hilde Hauge</i>	
<b>Law, Legal Science and Methodological Pluralism .....</b>	<b>361</b>
<i>Professor Jørn Jacobsen</i>	
<b>Politi- og påtalerett som akademiske fag ved Det juridiske fakultet i Bergen ....</b>	<b>379</b>
<i>Professor Gert Johan Kjølby</i>	
<b>Immaterialrettens europeisering .....</b>	<b>395</b>
<i>Førsteamanuensis Torger Kielland, professor Tore Lunde og førsteamanuensis Knut Martin Tande</i>	

<b>Tore Sandvik (1931–1985) – gudfaren i norsk entrepriserett</b> .....	419
<i>Professor emeritus Kai Krüger</i>	
<b>Det juridiske fakultet og konkurranseretten</b> .....	435
<i>Professor Tore Lunde</i>	
<b>Skjønnnet i oppdragsgivers plikt til å avvise tilbud</b> .....	449
<i>Stipendiat Linda Midtun og stipendiat Kristian Strømsnes</i>	
<b>Metodiske utfordringer i tingsretten</b> .....	461
<i>Professor Ernst Nordtveit og professor Ingunn Elise Myklebust</i>	
<b>Det skatterettslige skillet mellom eiendomsrett og begrensede rettigheter til ting</b> .....	477
<i>Postdoktor Henrik Skar</i>	
<b>Fuskesaken fra 2008</b> .....	497
<i>Fakultetets bidrag til utvikling av fuskebegrepet og aktsomhetskravet i uhl. § 4-7 første ledd bokstav b</i>	
<i>Seniorrådgiver Johanne Spjelkavik og professor Asbjørn Strandbakken</i>	
<b>Utviklingslinjer i tvangsjussen på helse- og omsorgsfeltet – og Bergensfakultetet si rolle</b> .....	521
<i>Professor Bjørn Henning Østenstad</i>	
<b>Universitetet i Bergen og rettsområdet straffeprosess</b> .....	531
<i>Professor Ørnulf Øyen</i>	
<b>Seksjons-, institutt- og fakultetsledelse</b> .....	539
<b>Ansatte ved Det juridiske fakultet</b> .....	542
<b>Juridiske doktorgrader</b> .....	549
<b>Æresdoktorer ved Det juridiske fakultet</b> .....	556



# 50 år med endring

## Ein introduksjon til Det juridiske fakultet si historie<sup>1</sup>

*Professor Jørn Øyrehagen Sunde*

For ein professor på rundt 50 år vil ikkje det kjennast som eit langt tidsrom. Men ser ein på tala, så er det ein periode med store endringar når det gjeld norsk rettsvitenskap. Ikkje minst er dei siste 50 åra ein periode då rettsvitenskapen for alvor har sett sitt preg på rettslivet.

For det mest iaugefallande ved den norske rettskulturen si historie er tidleg lovgjeving, omfattande bruk av domstolar som samfunnsstyringsreiskap, og gjennomgåande tileigning av rett produsert utanfor norske jurisdiksjongrensar heilt sidan mellomalderen. Det minst iaugefallande er juristutdanninga og rettsvitenskapleg forskning, som lenge sette lite preg på den norske rettskulturen.

Det var nemleg fyrst i 1736 at ein fekk ei praksisretta juristutdanning som gjorde at personar med universitetseksamen, og dermed metodisk og materielljuridisk kompetanse, fylte juriststillingane i det dansk-norske riket. Sjølv om det ikkje var før rundt 1800 at så godt som alle i juridisk virke hadde ein bakgrunn som jusstudent, var effekten av jusstudiet alt målbar på midten av 1700-talet.

Med universitetet i Christiania i 1811 fekk ein ei eiga juristutdanning i Noreg. Men ser ein bort frå dei store etterkrigskulla, var talet på uteksaminerte juristar lågt. Trass fleire framstående rettsvitenskapsmenn var det meir enn eitt år mellom kvar disputas til den juridiske doktorgrad, og talet på juridiske professorar var lågare enn talet på høgsterettsdommarar. Men alt dette endra seg på 1960-talet.

Juridisk seksjon ved Universitetet i Bergen, som seinare skulle verta til Det juridiske fakultet, vart etablert i 1969. Det året hadde Noreg eit samla folketal på

---

<sup>1</sup> Tidlegare fakultetsdirektør Eivind Buanes samla, systematiserte og kopla empiri til Det juridiske fakultets historie i 2014, som vart samla i 20 notat, sist omarbeidd og sendt over til fakultetet i juni det året. For alle dei fire rettshistoriske bidraga som innleiar dette festskriftet, har Buanes sitt arbeid vore ei viktig kjelde. Dette arbeidet vil òg vera ei viktig kjelde for komande arbeid med fakultetets historie.

om lag 3,85 millionar,<sup>2</sup> og i Bergen budde det enno – før kommunesamanslåing og vekst – berre noko over 115 000 menneske.<sup>3</sup> Attreisinga av landet og utviklinga av velferdsstaten som prega det norske samfunnet dei fyrste tiåra etter andre verdskrigen, gjekk på 1960-talet over til ei jamn drift av eit stadig meir samansett og utbygd samfunn. Med det vaks òg behovet for personar med høg utdanning generelt, og med juridisk utdanning spesielt. For å sikra betre rekruttering til jussutdanninga vart *ad hoc*-jusstudiet i Bergen erstatta av ein Rettsvitenskapleg seksjon under Humanistisk fakultet i 1969 med to professorar, 272 studentar og leigde kontorlokale i Lars Hillesgate.

Universitetet i Bergen var i 1969 eitt av ti universitet og høgskular i Noreg med til saman 27 414 studentar og 2317 lærarkrefter.<sup>4</sup> Av den samla norske studentmassen var om lag 20 000 menn og 7000 kvinner. I dag er det 33 offentlege og private universitet og høgskular i landet med 293 123 studentar, der om lag 119 000 er menn og 174 000 er kvinner.<sup>5</sup> Med andre ord har det vore meir enn ei tredobling av lærestadar, meir enn ei tidobling av studentar, og studiemiljøet har vorte meir kvinne- enn mannsdominert. Berre ved Universitetet i Bergen åleine har ein 2283 tilsette for å driva med undervisning, forskning og formidling,<sup>6</sup> som er nesten like mange som på alle universitet og høgskular i heile landet for 50 år sidan.

Ein tilsvarende auke har ein hatt frå 1969 til i dag når det gjeld tal knytte til rettsvitenskapen og jussutdanninga. Då Frihagen og Hærem vart tilsette som professorar ved Universitetet i Bergen med kontor i Lars Hillesgate, var dei den tolvte og trettande juridiske professoren i Noreg ved den andre utdanningsinstitusjonen for juristar. Dei to utgjorde dermed til saman 15 prosent av alle professorarar i rettsvitenskap i landet. I Oslo fanst det ved sida av elleve professorar i rettsvitenskap rett nok òg tre som var professor i samfunnsøkonomi og statistikk, éin som var professor i distribusjonsøkonomi, éin i rettsosjologi og endå éin i kriminologi,<sup>7</sup>

2 Statistisk sentralbyrå, *Statistisk årbok 1970*, 89. årgang, Oslo 1970, 1970:5.

3 Op.cit., 1970:8.

4 Op.cit., 1970:295.

5 Statistisk sentralbyrå, Studentar i utdanning i Noreg og i utlandet, <https://www.ssb.no/utdanning/statistikker/utuvh>, sist oppdatert 28. mars 2019.

6 Database for statistikk om høgre utdanning (DBH), [https://dbh.nsd.uib.no/statistikk/rapport.action?visningId=219&visKode=false&admdebug=false&columns=arstall&index=3&formel=329!8!401&hier=insttype!9!instkode!9!fakkode!9!ufakkode!9!st\\_kode&sti=Universiteter!9!Universitetet%20i%20Bergen&param=insttype%3D11!9!st\\_gruppe%3DUN!9!arstall%3D2017!9!dep\\_id%3D1!9!instkode%3D1120](https://dbh.nsd.uib.no/statistikk/rapport.action?visningId=219&visKode=false&admdebug=false&columns=arstall&index=3&formel=329!8!401&hier=insttype!9!instkode!9!fakkode!9!ufakkode!9!st_kode&sti=Universiteter!9!Universitetet%20i%20Bergen&param=insttype%3D11!9!st_gruppe%3DUN!9!arstall%3D2017!9!dep_id%3D1!9!instkode%3D1120), 2019.

7 Universitetet i Oslo, Vitenskapelig ansatte ved UiO 1813–1984 fakultetsvis, <https://archive.is/TWsgf>. Det fanst òg to dosentar i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo i 1969, og begge vart professor i 1969.



med Det juridiske fakultet i Oslo som arbeidsplass. Berre ved å rekna dei med vert talet på professorar ved juridiske undervisningsinstitusjonar i Noreg i 1969 høgre enn talet på høgsterettsdommarar, som var 18.

I dag er situasjonen ein heilt annan. Ved sida av universiteta i Oslo og Bergen tilbyr ein òg mastergrad i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø, og ein tilbyr ein bachelorgrad ved universiteta i Stavanger, Agder og Sørøst-Norge, og på Høgskolen i Innlandet. Talet på professorar har stige endå meir.<sup>8</sup> På institutta for privatrett, offentlig rett, sjørett og menneskerettar i Oslo er det til saman 65 professorar,<sup>9</sup> meda det på Det juridiske fakultet i Bergen i dag er 36.<sup>10</sup> I Tromsø er det 14 professorar i rettsvitenskap,<sup>11</sup> og så er det éin ved Universitetet i Stavanger.<sup>12</sup> I dag er altså om lag 30 prosent av professorane i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet i Bergen, og det samla talet på professorar i Noreg er nesten 8 gonger større i dag enn for 50 år sidan.

Frå 1960-talet auka òg talet på avlagte juridiske doktorgradar. Dei fyrste 60 åra av 1900-talet vart det kreert 40 dr. juris i Noreg. Dei siste 40 åra av same hundreåret var talet 113, og frå 2000 til fyrste kvartal av 2019 er det avlagt 283 juridiske doktorgradar i Noreg.<sup>13</sup> Av desse er 103 avlagte i Bergen – 23 før tusenårsskiftet og 80 etter. Rettsvitenskapleg forskning har i dag eit omfang som aldri før i historia: Dei 16 juridiske doktorgradane som vart avlagte i Noreg på 1960-talet, og som var eit rekordhøgt tal den gongen, er mindre enn det som i dag vert avlagt på eitt år.

8 I det følgjande er ikkje professor II talt med.

9 UiO, Institutt for privatrett, det juridiske fakultet, vitenskapelig ansatte, <https://www.jus.uio.no/ifp/personer/vit/> (sist opna 7. februar 2019). UiO, Institutt for offentlig rett, det juridiske fakultet, vitenskapelig ansatte, <https://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/> (sist opna 7. februar 2019). UiO, Nordisk institutt for sjørett, det juridiske fakultet, vitenskapelig ansatte <https://www.jus.uio.no/nifs/personer/> (sist opna 7. februar 2019). UiO, Norsk senter for menneskerettigheter, det juridiske fakultet <https://www.jus.uio.no/smr/personer/> (sist opna 7. februar 2019).

10 UiB, Vitenskapelig ansatte ved det juridiske fakultet <https://www.uib.no/jur/personer/vit> (sist opna 7. februar 2019).

11 UiT, Ansatte ved det juridiske fakultet, [https://uit.no/om/enhet/ansatte?p\\_dimension\\_id=88177](https://uit.no/om/enhet/ansatte?p_dimension_id=88177) (sist opna 7. februar 2019).

12 UiS, Ansatte ved avdeling for regnskap og rettsvitenskap <https://www.uis.no/article.php?articleID=73841&categoryID=11198> (sist opna 7. februar 2019).

13 UiO, Det juridiske fakultet, tidlige disputaser <https://www.jus.uio.no/forskning/arrangementer/disputaser/?view=allprevious>. UiB, det juridiske fakultet, avlagte doktorgradar, <https://www.uib.no/jur/23876/avlagte-doktorgradar>. UiT, avdeling for forskning og utviklingsarbeid, doktorgradar ved UiT, [https://uit.no/om/enhet/artikkel?p\\_document\\_id=256499&p\\_dimension\\_id=88199](https://uit.no/om/enhet/artikkel?p_document_id=256499&p_dimension_id=88199). UiB, det juridiske fakultet, Juristers doktorgradar i Norge, <https://www.uib.no/jur/21510/juristers-doktorgradar-i-norge> (sist opna 3. april 2019).

Men mest har talet på jusstudentar auka. Med opprettinga av jusstudiet i Bergen i 1969 auka talet på jusstudentar brått med om lag 40 prosent. I dag er det samla 8325 jusstudentar i Noreg – 7425 på masterstudiet og 900 på bachelorstudiet – og av dei finn ein 2500 ved Det juridiske fakultet i Bergen.<sup>14</sup> Det vil seia at det har skjedd meir enn ei tidobling av talet på jusstudentar dei siste 50 åra. Årsaka er ein tilsvarande auke i behovet for juristar. Bakgrunnen for det igjen er det fenomenet som gjerne vert referert til som rettsleggjering, og som opptrer i det juridiske ordsiftet frå 1980-talet av, og som følgde av samfunnsendingane på 1970-talet.

Med vekst i talet på vitenskapleg tilsette, på doktorandar og ikkje minst med veksten i studenttalet kom det òg ein sterk vekst i administrasjonen ved Det juridiske fakultet. Men dette skuldast meir enn berre talet på personar, og like mykje utvida studietilbod og tettare oppfølging av både studentane og ph.d.-kandidatane, høgare forventningar til vitenskapleg tilsette si publisering og formidling i både inn- og utland, og høgare krav til dokumentasjon og rapportering av fakultetet sin aktivitet.

Sjølv om 50 år kan kjennast som ein augneblink i den norske rettskulturen si historie, er ingenting i 2019 som det var i 1969. I alle høve nesten ingenting. Unnateke at professorar klagar over studentar som ikkje møter førebudde til undervisning, studentar som klagar over professorar som ikkje fornyar seg, administrativt og teknisk tilsette som klagar over rotete professorar, professorar som lurar på kva vi skal med så mange administrativt tilsette, doktorgradskandidatar som lurar på når professorar skal gå av så det blir ei ledig stilling ... Jo, noko vil vel alltid vera som før. Men det er ei anna søge.

<sup>14</sup> Det juridiske fakultet i Oslo hadde i 2018 3990 studentar, i Bergen var det 2500 jusstudentar og i Tromsø 935, Høgskolen i Innlandet hadde 380 studentar og Universitetet i Agder 185, 170 studentar studerte juss ved Universitetet i Sørøst-Norge, og 165 ved Universitetet i Stavanger. Tala kan finnast gjennom å ta utgangspunkt i Database for statistikk og høgre utdanning (DBH), Registrerte studenter (tidsserie), sjå [https://dbh.nsd.uib.no/statistikk/rapport.action?visningId=125&visKode=false&admin-debug=false&columns=arstall&index=1&formel=232&hier=insttype!9!instkode!9!fakkode!9!ufakkode!9!progkode&sti=&param=nivakode%3DDB3!8!B4!8!HK!8!YU!8!AR!8!LN!8!M2!8!ME!8!MX!8!HN!8!M5!8!PR!9!arstall%3D2018!8!2017!8!2016!8!2015!8!2014!8!2013!8!2012!8!2011!9!dep\\_id%3D1!9!kategori%3DS!9!semester%3D3](https://dbh.nsd.uib.no/statistikk/rapport.action?visningId=125&visKode=false&admin-debug=false&columns=arstall&index=1&formel=232&hier=insttype!9!instkode!9!fakkode!9!ufakkode!9!progkode&sti=&param=nivakode%3DDB3!8!B4!8!HK!8!YU!8!AR!8!LN!8!M2!8!ME!8!MX!8!HN!8!M5!8!PR!9!arstall%3D2018!8!2017!8!2016!8!2015!8!2014!8!2013!8!2012!8!2011!9!dep_id%3D1!9!kategori%3DS!9!semester%3D3), (sist opna 7. februar 2019).

# Vekst og profesjonalisering

## Glimt fra fakultetsadministrasjonens ytre liv og rammer<sup>1</sup>

*Seniorrådgiver Eivind Buanes og professor Jørn Øyrehagen Sunde*

### 1 Innledning

Vi har i denne artikkelen valgt å gi noen historiske glimt fra fakultetsadministrasjonens ytre liv og rammer og forholdet til de vitenskapelig tilsatte. Administrasjonens ytre historie i form av etablering, organisering, antall tilsatte, lokalisering, infrastruktur med mer kan da heller ikke beskrives uten at de to stillingsgruppene ses i sammenheng. Hovedvekten er lagt på seksjonsperioden fra 1969 til 1980 og fakultetsperioden fram til samlokaliseringen på Dragefjellet i 1995. Administrasjonens faglige virksomhet i form av kompetanse, bruk av de mange administrative støttesystemene, arbeidsoppgaver, faglig samarbeid med lærerne og ikke minst forholdet til studentene er lite berørt i denne artikkelen.

Vårt utgangspunkt er at organisering, antall tilsatte, lokalisering, infrastruktur med mer inngår i de administrative rammene av universitetets forskning, undervisning og formidling. Det juridiske fakultet fikk ganske raskt på plass administrative rammer som sikret flyt i virksomheten til vitenskapelig tilsatte og studenter. De store forandringene i computerteknologi/EDB begynte før fakultetet og fakultetets

---

<sup>1</sup> Utgangspunktet for artikkelen er et 59 siders notat som omtaler deler av «Historien om administrasjonen ved Den juridiske seksjon/instituttene/Det juridiske fakultet». Se Eivind Buanes, «Historien om administrasjonen ved Den juridiske seksjon/instituttene/Det juridiske fakultet», sist omarbeidet 16. juni 2017. Et annet dokument hvor administrasjonen omtales, er «Det juridiske fakultet med hovedvekt på seksjonsperioden». Se Eivind Buanes, «Det juridiske fakultet med hovedvekt på seksjonsperioden», s. 1–141. Se s. 13, fotnote 1.

administrasjon ble samlet på Dragefjellet i 1995, og i kommunikasjonsteknologi noe seinere. Dette kom til å revolusjonere administrasjonen, og gjorde mulig det omfattende servicetilbudet til den store studentmassen og de vitenskapelig og administrativt tilsatte som kom etter årtusenskiftet. Økningen i antall tilsatte gjorde det mulig å hankes med følgene av rettsliggjøringen, som stilte nye krav både til de vitenskapelig tilsatte som skulle ordne, analysere og formidle et større og mer komplekst rettslig materiale, og til de administrativt tilsatte som skulle iverksette og dokumentere de nye administrative rammene.

## 2 Lokalisering, tilsatte og organisering

### 2.1 Lokalisering

Våren 1969 vedtok Det akademiske kollegium å opprette De juridiske institutter – Institutt for offentlig rett og Institutt for privatrett – som skulle etableres som en seksjon under Det historisk-filosofiske fakultet. Dette ble virkeliggjort ved tilsetning i de to første professoratene og oppstart av undervisningen samme høst. Ved opprettelsen av Det samfunnsvitenskapelige fakultet i 1970 ble seksjonen og instituttene lagt inn under dette fakultetet.

Ved semesterstart høsten 1969 var Den juridiske seksjon med De juridiske institutter lokalisert i Lars Hilles gate 20, kalt Aasegården, med kontor både for vitenskapelig og administrativt tilsatte. Dessuten inneholdt disse arealene en liten studentlesesal. I 1971 flyttet instituttene fra Aasegården til Allégaten 34, og i 1972 fikk instituttene tilleggslokaler i Allégaten 27 ved at lesesaler ble omgjort til kontor. I 1974 ble deler av Allégaten 27 også tatt i bruk som felles bibliotek. Instituttene fikk mer areal i Allégaten, og ble værende i Allégaten 27 og 34 fram til nybygget på Dragefjellet ble tatt i bruk ved semesterstart våren 1995.

Seksjonsadministrasjonen, også omtalt som seksjonssekretariatet, var i hele seksjonsperioden fra 1969 til 1980 samlokalisert med de vitenskapelig tilsatte og kontorpersonalet på instituttene i Allégaten hvor det hadde sin studentekspedisjon og sine kontor.<sup>2</sup> Øverste seksjonsorgan var seksjonsrådet, og seksjonen ble ledet av en seksjonsformann som skulle være vitenskapelig tilsatt og professor. Seksjonen fikk blant annet undervisningsansvaret, og etter hvert også eksamensansvaret, mens instituttene var reine forskningsenheter. Instituttene ble ledet av

---

2 Men studiekonsulenten hadde også kontor sammen med sekretariatet for Det samfunnsvitenskapelige fakultet.

en instituttstyrer. Arvid Frihagen hadde dette vervet ved Institutt for offentlig rett i hele seksjonsperioden. Axel Hærem var styrer ved Institutt for privatrett fra 1969 til 1976. Betegnelsen seksjonssekretariat opphørte da virksomheten knyttet til juridiske fag ble organisert som fakultet fra 1. mars 1980. Denne enheten ble fra da av et eget fakultetssekretariat for juss og var lagt administrativt under universitetsdirektøren liksom de øvrige sekretariatene. Blant annet som en følge av dette ble det nye fakultetssekretariatet flyttet fra Allégaten til Muséplass 2,<sup>3</sup> mens instituttadministrasjonen forble i Allégaten. Etter 9 år på Muséplass flyttet sekretariatet i 1989 til lysthuset «Lille Sorgenfri på Berget» på Fastings Minde, hvor det holdt hus til desember 1994.

Ordningen med to institutt ble beholdt også etter fakultetsstatusen, og ved oppstarten på Dragefjellet fra 1995 tok det vitenskapelige personalet i bruk 5., 6. og 7. etasje i det som ble omtalt som lærerfløyen. Hvert av instituttene fikk sin etasje, og den siste ble fordelt på de to instituttene. Det teknisk-administrative instituttpersonalet, som ved flyttingen var fire administrativt tilsatte og én EDB-konsulent, ble fordelt på de samme tre etasjene. Dette var nærmest et krav fra de vitenskapelig tilsatte som sterkt ønsket å ha kontor-administrativt tilsatte lett tilgjengelig i sine etasjer. Fakultetssekretariatet<sup>4</sup> fra Fastings Minde utgjorde ved flyttingen tolv personer. Disse fikk ved innflyttingen areal i administrasjonsfløyen som besto av ekspedisjonsarealet med tilhørende kontor og kontoretasjen over. Og da studieseksjonen måtte økes som følge av Reform 2003, overtok den noen kontor i 7. etasje i lærerfløyen. Samme år ble ekspedisjonsarealene ombygd og gjort til informasjonskontor.

Fakultetet vokste gradvis utover sine opprinnelige areal på Dragefjellet, og kontorsituasjonen ble i første halvdel av 2000-tallet så vanskelig at fakultetet i 2004 måtte ta i bruk leieareal i Folkets hus like nedenfor Dragefjellet. Da hadde

3 Lokaliseringen av sekretariatet skjedde imidlertid ikke uten kamp. I ekstraordinært møte i seksjonsrådet den 14. november 1979 avga seksjonsrådet uttalelse til forslag om ny administrasjonsordning ved delingen av Det samfunnsvitenskapelige fakultet fra 1. januar 1980 (iverksatt fra 1. mars). Dette var en viktig sak for seksjonsrådet som argumenterte sterkt for at sekretariatet måtte plasseres sammen med fagmiljøet i Allégaten. Kollegiet uttalte blant annet følgende da det i møte 13. desember 1979 behandlet lokaliseringsspørsmålet: «De nye fakultetssekretariatene [for Psyk, Sv og Juss] lokaliseres sammen med administrasjonen for øvrig i Fosswinkelsgate 1.» Det endelige resultatet ble imidlertid verken lokalisering sammen med instituttene i Allégaten eller samlokalisering i Fosswinkelsgate 1, men en spredning hvor sekretariatet for Det juridiske fakultet fikk lokaler på Muséplass 2.

4 Tidligere policy fra universitetsdirektøren om at fakultetssekretariatene skulle være lokalisert nær universitetsdirektøren og sentraladministrasjonen, og ikke samlokalisert med sine fagmiljø, var blitt historie på innflyttingstidspunktet.

fakultetet allerede tatt i bruk den ledige 4. etasjen på Dragefjellet foruten de arealene Jussformidlingen hadde disponert i etasjen under møterommene, og som populært ble kalt «Dødens dal». I leielokalene fakultetet disponerte i Folkets hus fra 2004, satt vitenskapelig tilsatte uten administrativt personale. Prinsippene som lå til grunn for flyttingen, var frivillighet og spesifikke fagområder. Foruten kontorene inneholdt arealene grupperom som var tilpasset den nye studieordningen som hadde sitt første opptak i 2003. Det tok imidlertid ikke mange år før undervisningslokalene måtte ombygges til flere kontor for å få plass til de mange nye lærerne som ble tilsatt i denne perioden.

Også de nye kontorene i Folkets hus ble snart fylt opp. Denne sterke ekspansjonen må ses i sammenheng med den nye studieordningen som krevde flere egne vitenskapelig tilsatte og en styrket studieadministrasjon, som nevnt ovenfor. I tillegg kom styrkingen av forskerutdanningen, flere prosjekttilsatte og økt administrativ støtte. Romproblemene ble midlertidig løst da fakultetet i 2009 overtok 27 kontor i byggetrinn 2 på Dragefjellet (Juss II). Dette var første gang universitetet fikk realisert et planlagt byggetrinn II. Også her satt bare vitenskapelig tilsatte uten administrativt personale, og flyttingen baserte seg på frivillighet og prioritering av angitte fagområder. I forkant av fordelingen av de ledige kontorene i Juss I la en for administrasjonens del til grunn en samling av like funksjoner og hvem som arbeidet mest sammen. Det resulterte i at studieseksjonen tok i bruk flere kontor i 7. etasje i lærerfløyen, og hele forsknings- og stabsseksjonen samlet seg i 6. etasje. Det ble dermed ikke sittende administrativt personale i 4. eller 5. etasje, noe som gjenspeilte nye samarbeidsformer både innad i administrasjonen og mellom de to stillingsgruppene.

Den store veksten i vitenskapelig og administrativt personale hadde ført fakultetet ut i en femårig periode i «utlendighet», men nå var hele fakultetet igjen samlet under ett tak. Den videre ekspansjon har skjedd gjennom overtakelse av flere kontor i Juss II og fortettinger i Juss I.

## 2.2 Tilsatte

Av årsmeldingen framgår at De juridiske institutter/Den juridiske seksjon i etableringsåret 1969 hadde foruten professorene Frihagen og Hærem én NFR-stipendiat, tre universitetslektorer og to vitenskapelige assistenter i halv stilling.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Dette var henholdsvis Nils Nygaard som kom til UiB allerede i 1968, Sverre Tønnessen, Alf Henrik Bruland og Jan Fridthjof Bernt, og Knut Lindebo og Arne Fanebust som vitenskapelige assistenter.



Først i årsmeldingene f.o.m 1971 finner vi også angitt det kontortilsatte personalet, som var én kontorassistent på hvert institutt.<sup>6</sup> Mens Den juridiske seksjon ble opprettet allerede i 1969 med Arvid Frihagen som formann, nevnes seksjonen for først gang i universitetets årsmelding for 1974 hvor den har egen oppføring med seksjonsformann, undervisningskonsulent og instituttsekretær.<sup>7</sup> Undervisningskonsulent Walther B. Nordgaard var seksjonens første administrative leder, og som fakultetssekretær fra mars 1980 ble han også det nye fakultetets administrative leder.<sup>8</sup> Mons Sandnes Nygard ble fakultetets første dekan. Instituttene og seksjonen hadde i 1974 til sammen 5 årsverk administrativt tilsatte.<sup>9</sup> På samme tidspunkt var det tilsetning i 18 vitenskapelige årsverk, eksklusive vitenskapelige assistenter. Ved utgangen av seksjonsperioden i 1980 hadde de samme enhetene administrativt tilsatte tilsvarende 6 årsverk.<sup>10</sup> På samme tidspunkt var det tilsetning i 24 vitenskapelige årsverk, eksklusive vitenskapelige assistenter.<sup>11</sup> På 1970-tallet og inn på 1980-tallet synes det å ha vært mellom 3,5 og 4 vitenskapelige årsverk per administrativt årsverk.

En viktig sak for blant annet administrativt tilsatte i 1991 var om den framtidige stillingsstrukturen for denne stillingsgruppen ved Universitetet i Bergen. Fra 1980 hadde det totale antall administrative årsverk på juss da økt til 12,5 årsverk. Til sammenligning var det tilsetning i 27,9 vitenskapelige årsverk, eksklusive vitenskapelige assistenter og juniorstipendiater. Den administrative økningen skjedde primært

6 Jan Fridthjof Bernt har fortalt Eivind Buanes at hvert av instituttene ble tildelt minst ½ kontorassistentstilling allerede ved etableringen i 1969. Når kontorassistentstillingen ikke er oppført under De juridiske institutter i årsmeldingen for 1969–70, kan det skyldes at stillingene på det tidspunkt lå formelt under det Historisk-filosofiske fakultet / Det samfunnsvitenskapelige fakultet. De oppførte i årsmeldingen for 1971 var Marit Sigvartsen (IPV) og Astrid Holm/Jorunn Grepstad (IOR).

7 Dette var henholdsvis Per Stavang, Walther B. Nordgaard og Øystein Søfteland. Bente Milch var i 1976 den første kontortilsatte oppført i årsmeldingen under seksjonen. Seksjonen hadde før dette fått kontorstøtte fra instituttene.

8 Med virkning fra 1990 ble det lyst ut stilling som fakultetsdirektør ved alle fakultet. Eivind Buanes, som hadde vært fakultetssekretær siden 1987, ble tilsatt i stillingen ved Det juridiske fakultet. Han ble i 2012 etterfulgt av Øystein Lunde Iversen.

9 Institutt for offentlig rett: 2 årsverk, Institutt for privatrett: 1 årsverk, Den juridiske seksjon: 2 årsverk.

10 Institutt for offentlig rett: 1½ årsverk, Institutt for privatrett: 1½ årsverk og seksjonen: 3 årsverk.

11 Se «Historien om administrasjonen ved Den juridiske seksjon/instituttene/Det juridiske fakultet», vedlegg 1 og 2 for en oversikt over samtlige tilsatte i administrativ stilling og i vitenskapelig stilling fra opprettelsen av De juridiske institutter og seksjonen i 1969 og fram til status som eget fakultet i 1980. To andre notat fra Buanes (notat 3 og notat 4) inneholder en komplett oversikt over alle som har vært fast tilsatte som hhv. professor og førsteamanuensis ved fakultet. Notat 5 inneholder en oversikt over disputaser ved Det juridiske fakultet og påfølgende tilsetningsforhold. En samlet oversikt over sentrale lederposisjoner (dekaner, prodekaner, visedekaneer, styrere, seksjonsformenn, fakultetssekretærer/fakultetsdirektører og assisterende fakultetsdirektør) er tatt inn i notat 2.

ved fakultetssekretariatet og skyldtes blant annet den påbegynte oppgave- og ansvarsdelegeringen til fakultetsnivået, større volum, høyere kompetansekrav, mer utredningsarbeid m.m. Dessuten hadde fakultetet på slutten av 1980-tallet hatt en eksplosiv studentøkning, som førte til adgangsregulering fra 1989. I samme periode hadde fakultetet startet opp den organiserte forskerutdanningen. Fakultetsdirektørens forslag av 1991 til ny stillingsstruktur for og dimensjonering av administrative stillinger ved instituttene og fakultetssekretariatet la opp til en videre styrking og økte kompetansekrav. Med altfor få vitenskapelig tilsatte som følge av manglende rekruttering var det fortsatt viktig med god administrativ støtte og avlastning der det var mulig. I skrivende stund har Det juridiske fakultet ifølge fakultetsadministrasjonen tilsetting i 31 teknisk og administrative og 73 vitenskapelige årsverk. Så fra at ratio mellom administrative og vitenskapelige årsverk det første tiåret varierte rundt 1:4, ligger den noe over 1:2 i dag. Dette forholdstallet må imidlertid ses ut fra at administrasjonen har langt flere «kunde grupper» enn de vitenskapelig tilsatte. Administrasjonens størrelse er således illustrerende for den økende mengden tilretteleggings- og dokumentasjonsoppgaver som administrasjonen har både overfor studenter, vitenskapelig tilsatte og myndigheter utenfor. Dette er en del av rettsliggjøringen av samfunnet. I praksis vil det si at antallet doktorander har økt, og det har også kravet til deres opplæring og midlene de forvalter. Gjøre målene til de vitenskapelig tilsatte er mer omfattende og skal i større grad dokumenteres og kontrolleres samt synliggjøres og kommuniseres. Men viktigst er at antall studenter økte alt på 1980-tallet, og med studiereformen av 2003 ble studietilbudet kraftig utbygget samtidig som kravet til formell saksbehandling vokste i omfang. Forholdstallet mellom administrative og tekniske årsverk og antall studenter ved Det juridiske fakultet er likevel i dag 1:83.

### 2.3 Organisering

Vi har tidligere omtalt den faglige organisasjonsmodellen med to institutt og en rettsvitenskapelig seksjon fram til mars 1980 og deretter fakultet med to underliggende institutt. Dette var en naturlig modell og i samsvar med universitetets organisasjonskart. Men samlokaliseringen på Dragefjellet fra 1995 gjorde det naturlig å drøfte om instituttstrukturen burde opprettholdes. Et utvalg foreslo i sin innstilling om organiseringen av Det juridiske fakultet og instituttstrukturen at

instituttnivået ved Det juridiske fakultet skulle nedlegges.<sup>12</sup> Et enstemmig fakultetsstyre vedtok å tilrå at instituttnivået ved Det juridiske fakultet ble nedlagt, og kollegiet gjorde vedtak i samsvar med det.<sup>13</sup> Som en følge av dette ble det vitenskapelige personalet fra 1996 organisert i Rettsvitenskapelig seksjon (RVS) som ble ledet av forskningsdekanen.

Det tekniske og administrative personalet ved instituttene var i hele instituttperioden underlagt styrerne, men utgjorde den gang ingen formell administrativ enhet. Da instituttnivået ble nedlagt, ble dette personalet samlet i en egen forskningsadministrativ seksjon under RVS og under daglig ledelse av en kontorsjef. Fakultetssekretariatet disponerte ved oppstarten i 1980 3,5 årsverk, og da Eivind Buanes etterfulgte Terje Steen Edvardsen som fakultetssekretær sommeren 1987, var dette steget til 5,3 årsverk. Etter som antall tilsatte økte videre, ble sekretariatet tidlig på 1990-tallet organisert i en eksamensseksjon og en studieseksjon med hver sin seksjonsleder.<sup>14</sup>

Strukturen holdt seg fram til 2003 da studieseksjonen og eksamensseksjonen som en naturlig følge av Reform 2003 ble slått sammen til en felles studieseksjon. Samtidig ble økonomi- og personalsektoren en formell seksjon – stabsseksjonen. Men den største organisatoriske endringen var at administrativ forskningsseksjon som lå under RVS, i 2002 ble en ny seksjon under fakultetssekretariatet. Dermed var hele fakultetsadministrasjonen for første gang samlet i samme enhet og under samme øverste leder.<sup>15</sup>

12 To medlemmer foreslo at de to instituttene ble slått sammen til ett Rettsvitenskapelig institutt, med to eller flere avdelinger.

13 Det vises til protokollene til sak 69/95 i møte 26. september 1995 og sak 3/69 i møte 16. januar 1996.

14 Disse utgjorde sammen med budsjettkonsulenten fakultetsdirektørens ledergruppe. Omkring 1990 ble blant annet fakultetssekretariatet for juss styrket med 0,5 årsverk til økonomistilling og med 0,5 årsverk til stilling for internasjonalsisering. Vedkommende som ble tilsatt i de sammenslåtte stillingsbrøkene, ble sekretariatets nestleder og daglig ansvarlig for økonomi, personalforvaltning og internasjonalsisering.

15 Dette skjedde imidlertid ikke uten kamp da mange vitenskapelig tilsatte fryktet at fakultetsdirektøren ville bruke noen av stillingsressursene til tradisjonelle sekretariatsoppgaver. Styret gjorde derfor slikt vedtak i møtet den 18. desember 2001: «[...] 4. Styret forutsetter at det ikke som følge av omorganiseringen skjer en reduksjon av omfanget eller kvaliteten på støttefunksjonene overfor det vitenskapelige personalet.» Siste organisatoriske endring skjedde i 2008 da stabsseksjonen og forskningsseksjonen ble slått sammen til en felles stabs- og forskningsseksjon. Den endret i 2014 navn til Forsknings- og stabsseksjonen. Notat 11, vedlegg 5 inneholder oversikt over administrative lederfunksjoner i perioden 1969–2014, notat 18, vedlegg 5 inneholder oversikt over organiseringen av instituttene og fakultetsadministrasjonen i perioden 1969–2014, og notat 18, vedlegg 6 gjengir intern organisering av fakultetsadministrasjonen med ledere i perioden 1990–2014.

### 3 Bruk av ny teknologi, fakultetssykkel, sensuoppslag m.m.

De første årene disponerte kontorpersonalet bare manuelle skrivemaskiner, men etter hvert ble også elektriske maskiner tatt i bruk. I motsetning til kontorpersonalet fikk vitenskapelig tilsatte bare unntaksvis skrivemaskiner, og da primært gjennom fondsmidler Arvid Frihagen disponerte og fordelte. En konsekvens av få skrivemaskiner var at de vitenskapelig tilsatte normalt skrev håndskrevne konsept som så ble reinskrevet av kontorpersonalet. Et alternativ til håndskrevne konsept var diktafon. Bruken av diktafon var imidlertid begrenset blant vitenskapelig tilsatte. I sekretariatet synes bruken av diktafon å ha vært mer utbredt, og både instituttsekretæren og fakultetssekretæren talte ofte inn tekst på diktafon på 1970- og det meste av 80-tallet.

Blant de vitenskapelig tilsatte på instituttet var det stor kamp om skriveressursene, som var altfor knappe i forhold til behovet. Dette var tidvis en kime til misnøye. Mangel på skrivekapasitet medførte også at noen anskaffet seg private skrivemaskiner. Tekstbehandlingsmaskiner var allerede tatt i bruk flere steder ved Universitetet i Bergen da professor Atle Grahl-Madsen i rådsmøte høsten 1982 reiste spørsmålet om å ta i bruk tekstbehandling ved De juridiske institutter. De første innkjøp over fakultetsbudsjettet ble gjort i første halvdel av 1980-tallet. Det store gjennomslaget kom omkring 1990 da fakultetet bygde opp et eget nett og tok i bruk Mac-maskiner for alle som ønsket det.<sup>16</sup> Men fortsatt var det noen som overlot all reinskriving til kontorpersonalet.

Den nye tid for administrasjonen med tekstbehandling begynte midt på 1980-tallet. Høsten 1984 hadde Axel Hærem, som da var leder av undervisningsutvalget, påpekt i seksjonsrådet problemet med at fakultetssekretariatet ikke disponerte tekstbehandlingsutstyr. I 1987 hadde sekretariatet nylig fått sin andre PC. Full PC-dekning til alle i sekretariatet kom først etter flyttingen til Fastings Minde i 1989. Der fikk sekretariatet bygd opp en liten datasentral, og fikk etablert et internt nettverk.

Ved starten i 1969 brukte instituttene/seksjonen stensilmaskiner til mangfoldiggjøring, mens brev og annet som bare skulle kopieres i ett til to eksemplar, ble skrevet med gjennomslagspapir. Men allerede omkring 1975 hadde de tilsatte i Allégaten fått Xerox-maskin med en etter den tid rimelig god hurtighet og kapasitet.

<sup>16</sup> Fakultetet hadde i 1989 opprettet et EDB-utvalg, og fikk høsten 1990 sin første EDB-konsulent i halvstilling.

Og da Realfagbygget som nærmeste nabo i Allégaten ble tatt i bruk høsten 1977, fikk instituttene og seksjonssekretariatet også tilgang til offsetkopiering der.<sup>17</sup>

De vanligste kommunikasjonsmidlene mellom sekretariatet og timelærerne/sensorene og omverdenen generelt var lenge telefon, brev og faks. At bruken av telefon har forandret seg, kan illustreres med følgende sitat fra protokollen etter møte i undervisningsutvalget i februar 1975:

På grunn av de nye takstregler som er innført for telefonsamtaler [lokalsamtaler i Bergensområdet] innskjerpes hermed at det av budsjettmessige grunner er nødvendig å begrense bruken av bytelefon så langt så det overhodet er forsvarlig. Universitetet vil ikke bli gitt tilleggsbevilgning for å dekke eventuelle merutgifter. Det henstilles til den enkelte tjenestemann om å føre så korte telefonsamtaler som mulig.

Lenge var det bare de to instituttstyrerne og seksjonsleder som disponerte direkte telefonlinje ut. Og da telefonsentralen var stengt om lørdagen, var de som var på kontoret en lørdag (eller søndag), utilgjengelige for telefon på kontoret. Så seint som i 1995 da fakultetet tok i bruk Dragefjellet, ble de tilsatte delt inn i «rettighetsgrupper» for telefonbruk: De som bare kunne ringe lokalsamtaler uten å gå om telefonsentralen, de som kunne ringe riks direkte uten å gå om telefonsentralen (øvrige deler av Norge), og de som kunne ringe utenlands direkte uten å gå om telefonsentral (dekan, fakultetsdirektør og noen få andre).

Også den interne informasjonen har forandret seg. Som eksempler kan nevnes «Seksjonsnytt frå Dei juridiske institutta ved Universitetet i Bergen» som inneholdt referat fra seksjonsrådet, undervisningsutvalget, arbeidsutvalget og annen informasjon av interesse for tilsatte. Seksjonsnytt ble videreført under navnet «NYTT fra Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen» fra 1980, og skiftet fra 1982 navn til «Fakultetsnytt frå Det juridiske fakultet Universitetet i Bergen». Fra ca. år 2000 gikk Fakultetsnytt over til elektroniske meddelelser som utviklet seg til det elektroniske Fakultetsnytt som kom hver fredag.

Undervisningsavlysninger og omberammelser forekom ikke sjelden på 1980- og det meste av 90-tallet, og gjerne på kort varsel. Det var derfor nødvendig

<sup>17</sup> Utover kopieringssentralen på Realfagbygget hadde universitetet også etablert sentraler noen få andre steder på Nygårdshøyden, blant annet på Muséplass 1 og i HF-bygget. Begge lå tett inntil sekretariatet både i Muséplass 2- og Fastings Minde-periodene. Den daglige kopiering skjedde imidlertid i økende grad fra sekretariatet i takt med bedre lokal maskinpark.

å få oppslag hurtig ut til de stedene studentene hadde lesesaler, og i det aktuelle undervisningslokalet. I fakultetsperioden gjaldt det siste blant annet HF-bygget, Dragefjellet, Høyteknologisenteret, Johanneskirken menighetshus og Student-senteret.<sup>18</sup> For ikke å bruke for mye gangtid, kjøpte fakultetet en «fakultetssykkel» i Fastings Minde-perioden. Som et apropos kan nevnes at i innstilling fra 1987 om faglærernes undervisningsplikt ble følgende foreslått: «På grunn av avstanden til undervisningslokalene foreslås et gang-tillegg for undervisning på Dragefjellet skole. Gangtillegget foreslås satt til 5 % av antall undervisningstimer.» Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt. Ikke lenge etter sykkelkjøpet skaffet fakultetet seg også noen dataskjermer som ble plassert på Høyteknologisenteret og på Dragefjellet. Skjermene ble betjent fra fakultetssekretariatet hvor en primært la inn avlysninger, nye berammelser og påminning om frister.

Sensurresultatet for den enkelte avdeling ble slått opp med både navn på kandidat og karakter, jf. følgende fellesretningslinjer av 1979 om kunngjøringsform og -måte for sensur: «Kunngjøringen skal som hovedregel inneholde navn på alle kandidater som har bestått eksamen, kandidatnummer og karakter [...]. En kandidat kan i særlige tilfelle søke angjeldende fakultet om å få sitt navn sløffet på sensuroppslaget.» Dette fungerte likevel ikke alltid etter intensjonen, og i 1988 vedtok fakultetsrådet en presisering.<sup>19</sup> Ordningen med offentliggjøring av navn og karakter falt imidlertid helt bort noen år etter.

I alle fall fra 1987 ble eksamensresultatene offentliggjort etter et fast ritual hvert semester på sekretariatet. Fakultetssekretær/-direktør hengte opp sensurresultatene presis kl. 18.00 på sensurdagen, og rundt sto et stort antall kandidater og ventet spent. Med en meget høy strykprosent (som i en periode lå på 50–60 % på 3. avdeling) var dette en blandet opplevelse med både gledeshyl og gråt.

Ny teknologi har som kjent også påvirket utrustningen av undervisningslokalene. Da fakultetet tok i bruk Dragefjellet våren 1995, framsto undervisningslokalene som velutstyrte, og etter datidens normer med avansert teknologi i auditorium 1, 2 og 3. Dette i motsetning til tidligere undervisningslokaler med tavle, noe adgang til overhead og høyttaler i de største lokalene. Men den nye tid på Dragefjellet kom ikke uten stor frustrasjon og stor fortvilelse blant mange

18 Notat 11, kap. 3.2 inneholder oversikter over øremerkede lesesalsplasser for jusstudenter og de undervisningslokalene som ble mest benyttet.

19 «Offentleggjering av karakterlister skjer normalt med kunngjøring av navn og eksamensnummer for dei kandidatane som har greidd eksamen. Kandidatar som ikkje ønskjer å få namnet sitt på sensuroppslaget må levere skriftleg melding.»



vitenskapelig og administrativt tilsatte og studenter. Noen lærere tok tidlig i bruk den nye teknologien, og baserte sin undervisning på godt forberedte og dels avanserte PowerPoint-presentasjoner. Når de så kom til et undervisningslokale hvor utstyret ikke fungerte, er deres fortvilelse forståelig. Det samme gjaldt studentene som i slike tilfeller tidvis fikk en forenklet forelesning, og en sjelden gang også avlysning. Situasjonen ble ikke bedre av at dette skjedde relativt ofte de første årene. Skyteskiven i første linje var fakultetsadministrasjonen, og særlig dem som satt på ekspedisjonskontoret (seinere Informasjonssenteret). Disse måtte også motta mishagsyttringer fra mange eksterne brukere som benyttet seg av auditoriene på Dragefjellet og som trodde at fakultetet hadde ansvar for lokalene og utstyret. Problemet ble langt på vei eliminert da IT-avdelingen sammen med Eiendomsavdelingen fikk ansvaret for undervisningslokalene og tilsatte undervisningsassistenter på Dragefjellet. Fakultetsdirektøren tror ikke han har vært engasjert i noen annen sak hvor han over tid har nedlagt så mye «unødig» tid, og i alle fall ingen sak hvor han har mottatt så mange klager fra frustrerte lærere og studenter.

Etter få år ble noe teknologisk utstyr utdatert, og nytt utstyr ble installert. Nå omfattet dette også seminarrommene, og opprustingen var et ledd i et prosjekt for å øke studiekvaliteten ved hele Universitetet i Bergen. Likevel er godt og brukervennlig utstyr én sak. Noe annet er å se mulighetene for god bruk av digitalisering i eksamens- og undervisningssammenheng. Det var noe av dette prodekan Knut Martin Tande tok særlig tak i under siste del av sin prodekanperiode (2009–2013), da fakultetets digitaliseringsstrategi begynte å ta form, og som visedekan for digitalisering (2013–2017).

#### 4 Kontakt og samarbeid mellom stillingsgruppene, sosiale møteplasser og styringsnivå

I hele seksjonsperioden på 1970-tallet i Allégaten var det relativt nær kontakt mellom alle stillingsgruppene, og ikke minst i etableringsfasen hersket dugnadsånd og samhold. Den nære kontakten skyldes dels at miljøet var lite og samlokalisert, og dels at kontorpersonalet historisk har arbeidet tett opp til de vitenskapelig tilsatte på individnivå, eksempelvis med manuskriptskrivning etter konsept, billettbestillinger, utfylling av reiseregninger, kopiering, gjøre avtaler m.m. Som eksempler på det sosiale samholdet kan nevnes de mye omtalte middagene hjemme hos Arvid Frihagen og båtturene til Kai Krügers landsted på Eknes. Dårlig isolerte kontor kunne likevel skape gnisninger, og en leende kontortilsatt på andre siden

av veggen kunne være grunnlag for kommentar fra vitenskapelig tilsatt som mente seg forstyrret i sitt tankearbeid.

I fakultetsperioden ble det av naturlige grunner mindre personlig kontakt mellom det administrative og det vitenskapelige instituttpersonalet i Allégaten og de sekretariatstilsatte på Muséplass og på Fastings Minde, før alle flyttet til Dragefjellet. Blant vitenskapelig tilsatte utviklet det seg gradvis et mønster hvor noen spiste lunsj i Realfagbygget. De øvrige fortsatte å spise på møterommet i Allégaten 27. Der spiste også kontorpersonalet, men gjerne til et annet tidspunkt. På Dragefjellet fortsatte de fleste tilsatte etter gammelt sosialt mønster ved at det vitenskapelige personalet og det administrative instituttpersonalet hadde lunsj til ulike tider eller ved ulike bord, men i samme lokale. Sekretariatets personale samlet seg til lunsj i eget lokale i administrasjonsfløyen. Men selvsagt var det noen som brøt disse mønstrene, og omorganiseringene i administrasjonen førte til at noen flere benyttet personalkantinen. Likevel så fakultetsledelsen og andre tilsatte det som faglig og sosialt uheldig at fakultetet ikke mer benyttet seg av kantinen som felles samlingssted og på den måten medvirket til å skape et mer helhetlig fakultetsmiljø. Blant annet som en følge av dette ble kantinen rustet opp i 2013 samtidig med at det ble fokusert på dette som et arbeidsmiljøtiltak. Av konkrete sosialiseringstiltak kan nevnes fredagsgrøt, fredagsquiz og pizzasamlingene et par ganger i semesteret. Dette i tillegg til de årlige sommerfestene og julefestene i kantineområdet.

En sammenligning med andre fakultet viser noen klare ulikheter. Da daværende juridiske seksjon i 1979 kjempet forgjeves for å beholde det nye fakultetssekretariatet i Allégaten sammen med instituttene, var det fordi alle administrative oppgaver knyttet til undervisning og eksamen til cand.jur.-studiet lå ved sekretariatet, og ikke hos instituttadministrasjonen. Som en konsekvens av at instituttadministrasjonen ikke hadde disse eller andre tunge saksbehandleroppgaver, har det - med ett unntak i 1995 - bare vært utlyst kontor- og seinere også sekretærstillinger ved instituttene. Dette i motsetning til sekretariatet som hadde både kontor- og saksbehandleroppgaver. De mer servicerte oppgavene som instituttadministrasjonen utførte overfor de vitenskapelig tilsatte, forklarer den nære daglige kontakten mellom disse to stillingsgruppene, før ny teknologi, nye organisasjonsformer og endrede oppgaver og kompetansekrav førte til nye former for samarbeid. En konsekvens av sekretariatets «instituttoppgaver» i form av undervisnings- og eksamensadministrasjon førte til et nærmere samarbeid mellom undervisnings- og eksamensseksjonene og lærerne enn ved andre fakultetsadministrasjoner. I denne

sammenheng må også nevnes samarbeidet mellom sekretariatet og timelærere/ studentundervisere og sensorer. På det meste kunne disse to eksterne gruppene utgjøre henholdsvis nærmere 70 og over 90 prosent av det samlede antall årsverk til undervisning og sensur.

I akademia skjer det tidvis at vitenskapelig personale oppfatter fakultetsadministrasjonen som motpart eller representanter for sentraladministrasjonen. Når Det juridiske fakultet langt på vei synes å ha unngått dette, har det blant annet sammenheng med den nære faglige kontakten og samarbeidet som er omtalt ovenfor. Dessuten har fakultetet en struktur hvor ledelsen og administrasjonen bare skal ivareta interessene til ett fagmiljø og ett studium, og derfor unngår å måtte prioritere fag/institutt opp mot hverandre i ressursammenheng og annen sammenheng.<sup>20</sup> En utfordring for en administrativ leder ved et fakultet med delt ledelse er den potensielle lojalitetskonflikten som ligger i dette systemet. For med universitetsdirektøren som nærmeste formelle overordnede og dekanen som fakultetets øverste leder og direktørens nærmeste samarbeidspartner kan fakultetsdirektøren i visse situasjoner komme i et krysspress. Gjensidig tillit og rolleforståelse på alle nivå har derfor vært viktig.

Da Det juridiske fakultet i 1995 ble samlokalisert på Dragefjellet, var det det første fakultetet på Nygårdshøyden hvor fakultetsdirektøren og den øvrige administrasjonen ble samlokalisert med dekanen og alle vitenskapelig tilsatte. Og ved at alle tradisjonelle institutt oppgaver ligger på fakultetsnivået på juss, er dekan, fakultetsdirektør og fakultetsadministrasjonen i fellesskap involvert i oppgaver som ved andre fakultet ligger hos instituttstyrer og kontorsjef og den øvrige instituttadministrasjonen. Noe som også har skapt ro innad ved fakultetet både på styrenivå og i andre sammenhenger, er at fakultetet bare har ett studieprogram og derfor unngår vanskelige og ofte ampre prioriteringsdebatter.

---

20 I denne artikkelen har vi i liten grad berørt det faglige samarbeidet mellom lærere og administrasjon – et samarbeid som gradvis har økt i takt med endrede oppgaver og en mer spesialisert administrasjon. Vi har heller ikke berørt det interne faglige samarbeidet og faglig opplæring innad i administrasjonen. Vi gjentar det likevel her for helhetens skyld.



# Dei første jusstudentane i Bergen

*Stipendiat Brage Thunestvedt Hatløy*

## 1 Innleiing

Sidan byrjinga til juridiske fag i Bergen har det vore ei hovudoppgåve å utdanne juristar, og på denne måten har studentane vore i kjernen av Den juridiske seksjon og Det juridiske fakultet sitt liv og virke. I denne artikkelen vil eg sjå nærare på dei første studentane ved juridiske fag i Bergen, og eg freistar å skildre studieordningane, undervisningstilbodet, den sosiale konteksten og studentane sine arbeidsplassar. Først vil eg fortelje om dei som allereie studerte juss i Bergen før opprettinga av undervisning ved universitetet, før eg skildrar studiestart ved universitetet haustsemesteret 1969. Den organisatoriske konteksten for starten til dei juridiske fag ved Universitetet i Bergen er skildra godt av Astrid Forland i *Universitetet i Bergens historie 1946–1996*,<sup>1</sup> og perspektivet til dei tilsette er i dette festskriftet skildra i seniorrådgiver Eivind Buanes og professor Jørn Øyrehagen Sunde sin artikkel «Vekst og profesjonalisering – Glimt fra fakultetsadministrasjonens ytre liv og rammer» og professor emeritus Kai Krüger sin artikkel «Noen erindringer fra den første tiden – årene 1969–1980 i Allégaten 34 og 27».

Denne artikkelen byggjer i stor grad på det framifrå arbeidet til seniorrådgiver Eivind Buanes, tidlegare fakultetssekretær og -direktør (1987–2012) ved Det juridiske fakultet i Bergen. Etter å ha vore tilsett som fakultetsdirektør og seniorrådgivar ved fakultetet gjorde han ein omfattande gjennomgang av fakultetets arkivmateriale, med eit særleg ynske om å studere fakultetets «etableringsfase, utvikling, særtrekk med mer».<sup>2</sup> Resultatet er i skrivande stund 20 omfattande notat,

---

1 Astrid Forland og Anders Haaland, *Universitetet i Bergens historie, bind I*, gitt ut av Universitetet i Bergen, 1996, frå s. 394.

2 Buanes, notat 11, «Det juridiske fakultet med hovedvekt på seksjonsperioden 1969–1980 og noen supplerende data og utviklingstrekk fra fakultetsperioden 1980–2014», s. 5.

som forfattere sjølv omtalar som ei «historisk dokumentsamling».<sup>3</sup> Det er hans ynske at notata kan nyttast av den som skulle ynskje å setje seg inn i fakultetets historie og einskilte enkelttema. Det er med denne kjeldemessige bakgrunnen at eg har valt å skrive denne artikkelen om dei første jusstudentane i Bergen.

## 2 Overrettssakfører Emil Eriksen – «Bergens juridiske fakultet»

Hautsemesteret 1969 starta undervisninga i juridiske fag ved Universitetet i Bergen, og Institutt for offentlig rett, Institutt for privatrett og Den juridiske seksjon var opphavleg del av Det historisk-filosofiske fakultet.<sup>4</sup> Det var allereie tydelege planar om at dette tilbodet over tid skulle utvikle seg til eit eige fakultet, slik jussstudiet hadde vore sidan Universitetet i Oslo vart oppretta i 1811.<sup>5</sup> Ifølgje *Bergens Tidende* skal professor Arvid Frihagen allereie i velkomsttalen 4. september 1969 ha uttala at «[m]eningen er at lærertallet raskt skal øke i løpet av nærmeste par år. Vi vil da bli et virkelig Juridisk Fakultet».<sup>6</sup> 1. mars 1980 vart draumen om eit eige fakultet realisert då dei vart skilt ut frå Det samfunnsvitenskapelige fakultet.<sup>7</sup>

Men allereie 14. juli 1964 publiserte *Bergens Tidende* intervjuet «Juridisk fakultet er 70».<sup>8</sup> Intervjuobjektet var overrettssakfører Emil Eriksen, «kjent i vide kretser som Bergens juridiske fakultet». I intervjuet fortel Eriksen at det byrja med at han i 1945 vart «oppsøkt av en student som tok sikte på juridikum». Studenten var i fast jobb, og «hadde ikke anledning til å gi yrket på båten og etablere seg som heldagsstudent». To år seinare var denne studenten cand.jur., og det vart kjend at Eriksen hadde hjelpt han med studiane. Etter kvart vart det fleire og fleire som oppsøkte Eriksen.

3 Buanes, notat 11, s. 6.

4 Buanes, notat 11, s. 43, siterer tidlegare professor og dekan Nils Nygaard sin tale på fakultetets 25-årsjubileum i 1994: «Utad fekk faget på denne måte to namn; De juridiske institutter og Den juridiske seksjon, og for uinnvidde var det ikkje alltid like lett å halda styr på desse to namna. Men institutta var då som nå reine forskningseiningar, medan seksjonen hadde undervisningsansvaret og etter kvart også eksamensansvaret.»

5 Tor Ivar Hansen, «Universitetet i Oslo», Store Norske Leksikon, [https://snl.no/Universitetet\\_i\\_Oslo](https://snl.no/Universitetet_i_Oslo), henta 10.01.2019.

6 «Universitetets juridiske seksjon åpnet i formiddag: Overraskende mange vil studere jus i Bergen», *Bergens Tidende*, 4. september 1969, s. 8.

7 Institutt for offentlig rett, Institutt for privatrett og juridisk seksjon vart lagt under samfunnsvitenskapleg fakultet då det i si tid vart skilt ut frå historisk-filosofisk fakultet 1. desember 1970.

8 Her og i det følgjande: «Juridisk fakultet er 70», *Bergens Tidende*, 14. juli 1964, s. 5.



Seinare professor og dekan Nils Nygaard følgde Eriksen sine manuduksjonar på 60-talet,<sup>9</sup> og han fortalte om dette i sin tale ved Det juridiske fakultet sitt 25-årsjubileum i 1994.

Eg var her [i Bergen] som juridisk student haustemesteret 1961 [...]. Alle som studerte jus i Bergen på den tida, gjekk på det som den gong vart kalla Bergens juridiske fakultet. Nemleg hos den juridiske manuduktør, overrettssakfører Emil Eriksen i Inndalsvegen nr. 1. Han var ein eigen institusjon i byen. Emil Eriksen manuduserte i alle fag til juridisk embetseksamen. [...] Han manuduserte oss, og ellers kollokverte me saman, skreiv fakultetsoppgåver og sende [dei] til Oslo til retting. På den måten var det etablert eit juridisk studiemiljø i Bergen. Studentane til Eriksen fekk jamt gode eksamensresultat.<sup>10</sup>

Agnar Emil Sundbotten studerte under Eriksen før Sundbotten vart student ved Den juridiske seksjonen ved Universitetet i Bergen,<sup>11</sup> og gjennom to artiklar i dei første utgåvene av studenttidsskriftet *Injuria* skildrar han korleis det var å vere student under Eriksen si rettleiing. Eriksen heldt manuduksjonar i alle disiplinar, men Sundbotten skildrar han særleg som «ganske enkelt eminent i statsforfatning».<sup>12</sup> Undervisninga under Eriksen vert skildra som ein blanding av førelesingar og skrivetrening:

Eriksen holdt forelesningar for små grupper. Så satte han den enkelte student til å skrive om et emne. Dette rettet Eriksen og gikk nøye gjennom sammen med vedkommende, som så måtte skrive det hele om igjen, hvorpå Eriksen igjen rettet og studenten måtte skrive om, helt til Eriksen var fornøyd med resultatet. Da ble besvarelsen brukt som mønster for de andre studentene.<sup>13</sup>

Eriksen si metodiske tilnærming var i stor grad utvikla av han sjølv, med fokus på å gi ei rask innføring i grunnleggjande juridiske spørsmål og med tyngde på

9 Nygaard var den første juristen som vart knytt til det juridiske fagmiljøet i Bergen, og var professor i privatrett ved fakultetet frå 1977 og dekan i perioden 1986–1991. Sjå også Eivind Buanes og Jørn Øyrehagen Sunde «Vekst og profesjonalisering – Glimt fra fakultetsadministrasjonens ytre liv og rammer» og Kai Krüger «Noen erindringer fra den første tiden – årene 1969–1980 i Allégaten 34 og 27» i dette festskrift.

10 Buanes, notat 11, s. 13, frå Nygaards manuskript til tale på fakultetets 25-årsjubileum i 1994.

11 Sundbotten skulle frå 1971 verte tilsett ved Den juridiske seksjon som amanuensis I.

12 Agnar Emil Sundbotten, «Advokat Emil Eriksen», *Injuria*, nr. 1 1970, s. 2.

13 Ibid.

sentrale omgrep.<sup>14</sup> Han skal sjølv ha skildra dette som ein «kasuistisk-analytisk metode» ifølgje Sundbotten, som han førte tilbake til romarretten. Til *Bergens Tidende* fortalde han at studentane hans måtte «lese mer konsentrert og intenst» enn studentane i Oslo, og at «[d]et gjelder å lære studentene å tilegne seg den juridiske tenkemåten». Det var også eit tydeleg fokus på praktikumsoppgåver, som Sundbotten skildrar som Eriksen sin «store lidenskap». Også her skal Eriksen ha utvikla ei tilnærming som var til stor nytte for studentane:

Teknikken går ut på at selvstendige krav og påstander holdes skarpt fra hverandre, samtidig som man benytter seg av alternative forutsetninger for å få frem en interessant drøftelse av de subsidiære rettsspørsmål.<sup>15</sup>

Fram til 1969 førte Eriksen ifølgje Sundbotten «mellom 200 og 250 studenter frem til embetseksamen».<sup>16</sup> Sundbotten presiserer at Eriksen ikkje hadde noka «økonomisk vinning av sin manuduksjon, og honorarene han har tatt har vært minimale – nærmest symbolske».<sup>17</sup> Emil Eriksen vart 1. juli 1966 heidra med Kongens fortенestemedalje i gull.

Dei såkalla Eriksen-studentane hadde stor innverknad dei første åra på det juridiske studentmiljøet i Bergen. Allereie i 1949 var det om lag 70 studentar som leste til juridisk embetseksamen i Bergen, og av desse vart Juristforeningen i Bergen stifta 26. januar 1949. Den første studentorganisasjonen for jusstudentar i byen vart då stifta heile 20 år før undervisninga byrja ved universitetet, og foreininga sin første formann var Knut Borge. Advokat Sverre Erlandsen var foreiningsformann i denne første perioden, og han vart intervjuva i *Injuria* i 1969. Han fortalde at ein del av studentane i Bergen hadde tidlegare lest i Oslo, «men da situasjonen ble prekær hva hybler og leseplass angår fant mange av dem det bedre å forsøke og lese på egen hånd i Bergen».<sup>18</sup> Juristforeningen gjorde tidleg ein viktig innsats i å etablere eit sosialt og fagleg studentmiljø, og fungerte også som ein pådrivar for å betre juristutdanninga i Bergen. Dei organiserte førellesningar med juristar

14 Her og i det følgjande Sundbotten 1970, s. 3.

15 Sundbotten 1970, s. 20.

16 Agnar Emil Sundbotten, «Forhistorien til de juridiske institutter», *Injuria*, nr. 1 1969, s. 3; *BT* 1964: «Mellom 150 og 200 [jurister] har studert under hans rettleiding». Nygaard seier òg i sin tale frå 1994 at omkring 200 tok embetseksamen etter å ha følgt manuduksjonar hos Eriksen.

17 Sundbotten 1970, s. 3.

18 Her og i det vidare visast det til «Juristforeningen ANNO 1949», *Injuria*, nr. 1 1969, s. 2.

som arbeidde i byen, og Erlandsen trakk særleg fram sorenskrivar Hille Andresen, som også underviste på NHH, og «lagmann Eftestøl».<sup>19</sup> Det vart også arrangert fiktive rettssaker i Bergen tinghus, som vekte stor interesse blant tilhøyrarar og pressen. Denne første aktive perioden til Juristforeningen var likevel kortvarig, og foreininga vart inaktiv frå og med 1952.

### 3 Opptakten til 1969

Universitetet i Bergen hadde ved Juristforeningen si stifting vore verksam i mindre enn eitt år, sidan 30. august 1948, etter først å ha vorte oppretta ved stortingsvedtak 9. april 1946. Universitetskomiteen hadde opphavleg uttala i 1939 at det ikkje eksisterte «sterke serlege grunnar til å få noko nytt teologisk eller juridisk fakultet, nett no», grunna rekrutteringssituasjonen, men det vart samtidig gitt uttrykk for at på sikt burde juridiske og teologiske fag inngå i universitetet si vidare utvikling.<sup>20</sup>

Mot byrjinga av 1960-talet var det fleire ulike komitear som gav uttrykk for vilje til utbygging av juridiske fag i Bergen.<sup>21</sup> Universitets- og høyskolekomitéen av 1960, også kjend som Kleppe-komiteén, etter leiaren Per Kleppe, skreiv i si innstilling av 28. mars 1961 at ein skulle byrje utviklinga av juristutdanninga i Bergen, og sette starten på undervisninga til hausten 1967. Mykland-komiteén, ein felleskomité for UiB, Norges Handelshøyskole og Christian Michelsens Institutt, meinte 20. august 1963 at undervisninga kunne vere i gang allereie hausten 1965. Dei to første professorata og det første dosenturet i juridiske fag i Bergen kom på statsbudsjettet for 1966–1967.<sup>22</sup>

Av ulike grunnar vart det ikkje mogeleg å organisere undervisning før hausten 1969. På dette tidspunktet var det ei stor gruppe studentar som venta ivrig på å få starte juristutdanninga si i Bergen, og som hadde basert seg på innstillinga til Kleppe-komiteen at studiestart ville vere hausten 1967. Blant desse fann ein mellom anna «Eriksen-studentar», studentar som tidlegare hadde studert juss i Oslo, og nye studentar. Av denne studentgruppa vart studentforeininga «Foreningen for

19 Dette er nok lagmann og domstolsleiar E.T. Eftestøl, som var domstolsleiar for Gulating lagmannsrett i perioden 1946–1969 (kjelde: <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/gulating-lagmannsrett/Om-Gulating-lagmannsrett/Historie/> henta 04.01.2019).

20 Buanes, notat 1, «Noen sentrale årstall og milepeler», s. 1.

21 Her og i det følgjande byggjer eg på Buanes, notat 11, frå s. 9 mv.

22 For ei meir detaljert skildring av dei første tilsettingane ved juridisk seksjon viser eg til seniorrådgiver Eivind Buanes og professor Jørn Øyrehagen Sunde sin artikkel «Vekst og profesjonalisering – Glimt fra fakultetsadministrasjonens ytre liv og rammer» og professor emeritus Kai Krüger sin artikkel i dette festskrift, «Noen erindringer fra den første tiden – årene 1969–1980 i Allégaten 34 og 27».

juridiske studenter i Bergen» stifta, med Agnar Emil Sundbotten som initiativtakar og formann. Foreininga freista å starte eit undervisningstilbod for dei ventande studentane i Bergen, og dei la fram konkrete forslag til undervisningsopplegg med lærarar i Bergensområdet, som foreininga meinte kunne lønnast med dei pengane som var knytte til dei enno ikkje tiltredde professorstillingane. I eit intervju med *Injuria* i 1969 trekker Sundbotten særleg fram samarbeidet med dr. juris Atle Grahl-Madsen i dette arbeidet,<sup>23</sup> og Sundbotten fortel:

I tillegg til potensielle lærerkrefter inneholdt innstillingen forslag til undervisningsopplegg, med fagfordeling, forslag til undervisningsform samt en generell redegjørelse for foreningens siktemål forøvrig.<sup>24</sup>

Undervisningsopplegget vart ikkje godkjend av universitetet, som viste til at universitetet som institusjon ikkje hadde nok juridisk kompetanse til å vurdere kvaliteten av undervisninga som vart foreslått. Men universitetet opna for at dei første jusstudentane vart registrerte ved UiB allereie hausten 1967, og la til rette for at studentane skulle ha litteraturen tilgjengeleg og plassar på lesesalane. Universitetet i Bergen inngikk òg ei avtale med UiO om at studentane kunne gå opp til lokal eksamen i Bergen til 1. avdeling ved UiO. Denne mogelegheita til å ta eksamen i Bergen var også til stades i 1968. Styremedlemmane i Foreningen for juridiske studenter i Bergen arrangerte egne førelesingar i vårsemesteret 1968, der først Agnar Emil Sundbotten og Arne Valen, og neste semester også Helge S. Dyrnes og Svein A. Christophersen, bidrog med undervisning.<sup>25</sup> Eksamensmanuduksjonen haustsemesteret 1968 vart gjennomført av universitetsstipendiat Nils Nygaard. Han hadde flytta til Bergen påskea same året og arbeidde på magasinet ved Universitetsbiblioteket i Bergen medan han venta på å verte tilsett ved juridisk seksjon.<sup>26</sup> Ifølgje Sundbotten var det ein del studentar som deltok på desse førelesingane, «og de resultater disse oppnådde ved eksamen i august samme år (1968) var gjennomgående meget gode. Dette skyldtes nok imidlertid heller Eriksens virksomhet kombinert med innsatsvilje og høy modenhetsgrad hos studentene».<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Sundbotten 1969, s. 4.

<sup>24</sup> Sundbotten 1969, s. 22.

<sup>25</sup> Sundbotten 1969, s. 22–23.

<sup>26</sup> Buanes, notat 11, s. 11–12, der han refererer til Nygaard sin tale ved Det juridiske fakultet sitt 25-årsjubileum i 1994.

<sup>27</sup> Sundbotten 1969, s. 23, min kontekst i parentes.

## 4 Studiestart 1969

4. september 1969 var for første gong professorar, lektorar og studentar samla i femte etasje i Aasegården i Lars Hilles gate 20 til semesterstart ved Universitetet i Bergen. Til stades var dei juridiske instituttas to første professorar, Arvid Frihagen og Axel Hærem, lektorane Sverre Tønnesen, Alf Bruland og Jan Fridthjof Bernt, og eit fullsett auditorium med studentar. Så mange møtte opp at det var ikkje sitjeplassar til alle, og i *Bergens Tidende* si dekning av møtet er det referert at studentane gjekk og henta fleire stolar frå kontora for å skaffe plass til alle oppmøtte.<sup>28</sup>

Til saman var det 272 studentar som byrja på studiet ved den juridiske seksjon i 1969, eit overraskande høgt tal.<sup>29</sup> Siktemålet var at studentane skulle få eit fullverdig tilbod om juridisk embetsstudium – som i Oslo – frå byrjinga. Undervisningstilbodet dei fekk, var nærast identisk med slik det var ved Universitetet i Oslo, med same fag, litteratur og studieordning. Det var til saman 3 avdelingar inkludert spesialfag, på til saman 11 semester (3 + 4 + 4).<sup>30</sup> Undervisningsplanen vart bestemt i Bergen, men alle litteraturendringar vart vedtekne i Oslo og så tatt i bruk også i Bergen. Etter kvart skulle desse oppgåvene gå over til Bergen. Eksamen for 1. og 2. avdeling vart organisert av Universitetet i Bergen frå og med hausten 1970, i samarbeid med Det juridiske fakultet i Oslo, og sensur vart gjennomført i Bergen frå og med våren 1972. 3. avdelingseksamen vart halde i Bergen i regi av Universitetet i Oslo fram til våren 1976.

Juridisk fagutvalg var tidleg med på å delta i utforminga av undervisninga ved Den juridiske seksjonen. Fagutvalet var forløparen til det som i dag er Juridisk Studentutvalg (JSU), og vart stifta 10. mars 1969 i samsvar med UiB sine reglar om fagutval. Utvalets første leiar var Ove Jan Ommundsen, og han vart intervjuva i *Injuria* i 1969. Han skildrar at dei i byrjinga bygde på den innsatsen som vart lagd ned av Foreningen for juridiske studenter i Bergen: «Grovplanleggingen var foretatt, mye detaljarbeid sto igjen, og sist, men ikke minst, dette skulle settes i sving rent praktisk.»<sup>31</sup> Mellom anna organiserte utvalet eit eksamenskurs for 1. avdelingsstudentar

28 «Universitetets juridiske seksjon åpnet i formiddag: Overraskende mange vil studere jus i Bergen», *Bergens Tidende*, 4. september 1969, s. 8.

29 Professor Arvid Frihagen er sitert i *Bergens Tidende* 4. september 1969: «Vi har hatt lite grunnlag for å gjette hvor mange studenter vi ville få fra starten av. Så mange hadde i hvert fall ikke jeg regnet med.»

30 Til desse tala gjer Buanes, notat 11, s. 24, ein merknad om at desse tala kjem frå kandidatane sjølve, då han ikkje fann studiehandbok frå denne perioden. Det synest å ha vore noko tvil om 2. avdeling kunne vere på 5 semester, då mange i praksis brukte til saman 5 semester på 2. avdeling.

31 Ove Jan Ommundsen, «Utvalget – rapport og orientering», *Injuria*, nr. 1 1969, s. 13.

som skulle opp til eksamen i august 1969. Fagutvalet bidrog med studentrepresentantar i Den juridiske seksjonen heilt frå første seksjonsmøte 28. mai 1969. Ifølgje Ommundsen var fagutvalet særskildt godt førebudd på oppgåva som låg føre dei:

Av spesiell interesse for studentene kan nevnes at fagutvalget la frem talloppgaver over studentmassen som ikke var kjent for Seksjonen. Dette medførte at antallet lærere ble foreslått øket, noe som senere resulterte i at dmf. Fridthjof Bernt ble midlertidig ansatt som universitetslektor.<sup>32</sup>

Faga som det vart undervist i hausten 1969, var avtalerett og arve- og familierett på første avdeling, materiell konkurs- og eksekusjonsrett, panterett og skatterett på andre avdeling, og forvaltningsrett og praktisk prosess på tredje avdeling.<sup>33</sup> I tillegg kunne ein ta spesialfag i kommunalrett, selskapsrett og skatterett, og det var heilt frå starten av tilbod om smågruppeundervisning og oppgåveretting. Juridisk seksjon sitt mål var at alle som byrja på 1. avdeling hausten 1969, skulle kunne få gjennomføre heile studiet i Bergen med full undervisning og eksamen. Men i tillegg til desse var det også eit stort tal studentar til 2. og 3. avdeling. Dette var studentar som hadde tatt eksamen til 1. eller 2. avdeling ved Universitetet i Oslo. Professor Arvid Frihagen, seksjonsformann for juridisk seksjon i 1969, forklarte i *Injuria* at studentane på 2. og 3. avdeling til å byrje med ikkje ville få eit like godt tilbod som studentane på 1. avdeling:

2. avdelings studentene vil nok få et betydelig mindre forelesningstilbud, men det vil bli noen forelesningsserier, seminarer og praktikumskurs etc. [...] Når det gjelder 3. avd. må vi primært konsentrere oss om de fag som ikke er godt nok dekket skriftlig.<sup>34</sup>

Kombinasjonen av nye studentar og studentar som tidlegare hadde studert i Oslo eller under Emil Eriksen, hadde også ein annan konsekvens. Eriksen-studentane var jamt over mykje eldre enn sine medstudentar, og vart skildra av Sundbotten som «stort sett [...] voksne menneske – familieforsørgere i årsklasse 25 – 50 år».<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Ommundsen, s. 14.

<sup>33</sup> Her og i det neste visast det til studiekatalogen for haustsemesteret 1969, *Universitetet i Bergen: Forelesninger – Institutter og samlinger – Lærere og funksjonærer*, publisert av John Griegs Boktrykkeri, Bergen, frå s. 44.

<sup>34</sup> Intervju med professor Arvid Frihagen, «Håpet å begynne i det små», *Injuria*, nr. 1 1969, s. 5.

<sup>35</sup> Sundbotten 1969, s. 3.

Det var altså ein sær sars heterogen gruppe studentar som var dei første studentane ved juridisk seksjon i Bergen. Den nye Juristforeningen ved Universitetet i Bergen tok på seg ansvaret «å være miljøskapende faktor», som formann Kolbjørn Johansen formulerte det i *Injuria* 1969.<sup>36</sup> Juristforeningen av 1969 rekna Juristforeningen av 1949 og Foreningen for juridiske studenter i Bergen som sine to forløparar. Men den store oppgåva som førre foreining hadde tatt på seg, å utvikle studietilbodet for studentane, var no overført til Fagutvalet, og Juristforeningen kunne «ta seg av den mer festlige siden i en students liv». Juristforeningen overtok både økonomiske midlar, maskot og ordenstradisjon frå Juristforeningen av 1949 gjennom Erlandsen, og gjekk straks i gang med å arrangere juristball i desember 1969, sportslege arrangement, faglege ekskursjonar til m.a. Bergen Kretsfengsel og Bergen Politikammer, seminar, debattar og «ølmøter».<sup>37</sup> Etter kvart skulle særleg arrangementet Juridisk Club lokke øltørste studentar til sosialt samvær til meir eller mindre faste tider, og ei rekke studentgrupper vaks fram under Juristforeningen. I fleire av desse tidlege initiativa ser ein spirene til undergrupper og studentaktivitetar som framleis eksisterer i dag.

På kvardagane var studentane helst å finne på lesesalane. Før undervisninga ved juridisk seksjon tok til i 1969, var Eriksen-studentane som regel på lesesalen på Universitetsbiblioteket.<sup>38</sup> Dette var sær ettertrakta lesesalsplassar også etter 1969, og *Injuria* nr. 3 1970 skildrar lange køar for å sleppe til på Universitetsbiblioteket om morgonen.<sup>39</sup> Juridisk seksjon var ved studiestart hausten 1969 samla i 5. etasje i Aasegården i Lars Hilles gate 20. Der var både kontor for dei tilsette og studentforeiningane, auditorium, seminarrom og lesesal. Denne ordninga var kortvarig, og studentar og tilsette vart allereie i 1971 flytta til Allégaten. Dei tilsette hadde kontor i Allégaten 34, medan studentane hadde nokre plassar her og nokre i Allégaten 27. Flyttinga til Allégaten 34 vart sær dårleg tatt imot av studentane,<sup>40</sup> og stemninga vart endå dårlegare då det etter kvart viste seg at det ikkje ville vere lesesalar, grupperom eller auditorium for studentane.<sup>41</sup> Pågangen til juridiske fag i Bergen hadde vore langt større enn forventa, og både tilsette og studentar trengte meir plass. Studentane fekk i 1972 ny lesesal i Herman Foss' gate 6, men det var

36 Her og i det følgjande Kolbjørn Johansen, «Juristforeningen ANNO 1969», *Injuria*, nr. 1 1969, s. 8.

37 Intervju med Juristforeningens formann Sverre Rasmussen, «Juristforeningens aktiviteter i vårsemesteret», *Injuria*, nr. 1 1970, s. 4.

38 Buanes, notat 11, s. 13, der han refererer til Nygaard sin tale på Det juridiske fakultet sitt 25-årsjubileum i 1994.

39 Arne Arvid Rasmussen, «Mange planer, men få konkrete», *Injuria*, nr. 3 1970, s. 20.

40 Forfatter ukjend, «Allégaten 34», *Injuria*, nr. 1 1969, s. 20.

41 Forfatter ukjend, «Allégaten 34 – det utilstrekkelige alternativ», *Injuria*, nr. 2 1970, s. 5.



utfordrande med både undervisnings- og lesesalsplass heilt fram til Det juridiske fakultet kunne flytte inn i nye lokalar på Dragefjellet i 1995.<sup>42</sup>

## 5 Det juridiske fakultet

Den klare vilja til eit juridisk fakultet i Bergen verkar tydeleg når ein studerer den første tida med juridisk utdanning.<sup>43</sup> Men fokuset var først og fremst på å etablere og starte sjølv utdanningsarbeidet, og ikkje på organisasjonsspørsmålet om juridiske fag skulle vere ei eining på fakultet-, institutt- eller seksjonsnivå. På 1960-talet var som nemnt juridiske fag del av Det historisk-filosofiske fakultet, og det same var det som i dag er Det samfunnsvitskaplege fakultet og Det psykologiske fakultet. Juridisk seksjon hadde lenge også ein for liten vitskapleg og administrativ stab til at det i det heile var aktuelt å skilje seg ut som eige fakultet. Likevel var det eit tydeleg mål at det med tida skulle vekse til eit juridisk fakultet i Bergen. Det vart nemnt allereie i professor Frihagen si opningstale i 1969, sjølv om det fulle sitatet er «eventuelt et Juridisk-Samfunnsvitenskapelig Fakultet».<sup>44</sup> Seksjonsformann Axel Hærem uttalte det same i eit intervju med *Injuria* i 1970, då planane var klare for at dei juridiske, psykologiske og samfunnsvitskaplege faga skulle verte til Det samfunnsvitskaplege fakultet: «På lengre sikt håper vi imidlertid at seksjonen skal kunne utvikle seg til et eget fakultet.»<sup>45</sup>

Denne tanken falma ikkje etter at juridisk seksjon vart skilt ut saman med Det samfunnsvitskaplege fakultet frå og med desember 1970. I eit notat datert 10.12.1975 stadfesta dekanen ved Det samfunnsvitskaplege fakultet Tore Sandvik, sjølv professor i rettsvitskap, at det hadde sidan fakultets etablering «vært en forutsetning om at det før eller siden ville bli aktuelt med en deling, i hvert fall med utskillelsen av et eget juridisk fakultet».<sup>46</sup> Arbeidet med ei ny organisering var ferdigstilt mot slutten av 1979, og 1. mars 1980 var Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen eit uomtvisteleg faktum. På same måte som jubileet me no markerer i 2019, var dette eit resultat av mange års innsats frå tilsette og studentar som ynskte å byggje opp eit juridisk studium i Bergen, med god hjelp frå alle venar og allierte i det juridiske fagfellesskapet og norsk akademia.

42 For meir om undervisningssituasjonen, sjå Krüger i dette festskrift.

43 Her og i det vidare Buanes, notat 11 punkt. 2.4, «Fra Den juridiske seksjon til Det juridiske fakultet», frå s. 33.

44 *Bergens Tidende* 4. september 1969.

45 Intervju med professor Axel Hærem, «Vi presenterer: Seksjonsformannen, prof. Axel Hærem», *Injuria*, nr. 2 1970, s. 4.

46 Sitat frå Buanes, notat 11, s. 34.



# Det rettsvitenskapelige kloster

Doktorgradsutdanning og -avhandlinger ved  
Det juridiske fakultet i Bergen 1969–2018

Student Marius Mikkel Kjølstad

## 1 Om å gå i kloster<sup>1</sup>

Da Nils Nygaard leverte doktorgradsavhandlingen *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis* ved Det juridiske fakultet i Bergen i 1974, hadde han visstnok startet arbeidsprosessen med å «gå i kloster med Norsk Retstidende».<sup>2</sup> Også Morten Nadim skal, inspirert av Nygaard, ha «gått i kloster» med høyesterettspraksis under arbeidet med avhandlingen *Precedents in the 21st Century: The Evolution of Case Law in the Norwegian Supreme Court 1970–2016*, avlagt ved fakultetet i 2017.<sup>3</sup> Nygaard og Nadim sine avhandlinger befinner seg i hver sin ende av fakultetets første femtiårsperiode, og på sett og vis gir klostermetaforen uttrykk for et iboende trekk ved arbeidet med en juridisk avhandling: Man stenger seg inne over en lengre periode, alene med sitt studieobjekt.<sup>4</sup>

---

1 Takk til Sören Koch, Tarjei Ellingsen Røsvoll og Jørn Øyrehagen Sunde for innspill til tidligere utkast, og til Eivind Buanes som har stilt interne notater til rådighet. Feil og mangler tar jeg på min egen kappe.

2 Nils Nygaard, *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis*, Bergen 1974, s. 24.

3 Morten Nadim, *Precedents in the 21st Century. The Evolution of Case Law in the Norwegian Supreme Court 1970–2016*, Bergen 2017, s. I (forord).

4 Ordet «kloster» stammer fra det latinske *claustrum* - «stengsel, avsperring», mens det engelske «monastery» stammer fra det greske *monazein* - «å bo alene», se henholdsvis «kloster» i Det norske akademis ordbok og «monastery» i Oxford English Dictionary, tilgjengelig på henholdsvis <https://www.naob.no/ordbok/kloster> og <https://en.oxforddictionaries.com/definition/monastery> (begge lest 30. november 2018).

Men om beskrivelsene av egen arbeidsprosess bærer bud om en viss kontinuitet, var allikevel arbeidsforholdene for en juridisk doktorgradskandidat annerledes på 1970-tallet enn de var på 2010-tallet. For å ta et eksempel måtte Nygaard bruke trykte årganger av Norsk Retstidende for å finne avgjørelser fra Høyesterett, mens Nadim enkelt kunne søke opp rettspraksis – og et vell av andre rettskilder – på Lovdata. For øvrig skrev Nygaard sin avhandling på skrivemaskin, mens Nadim skrev på datamaskin og brukte en spesialdesignet database for å foreta en empirisk analyse av utviklingstrekk i høyesterettspraksis. Dette er eksempler på at teknologisk utvikling har endret rammebetingelsene for rettsvitenskapelig forskning betraktelig. Men også andre betydningsfulle endringer som kan påvirke forskningsprosessen har funnet sted, både ved fakultetet som institusjon og i retts-systemet mer generelt.

I denne artikkelen er planen å se nærmere på doktorgradsutdanningen og -avhandlingene som er avlagt ved fakultetet i løpet av dets første femti år, og da nettopp i et *endringsperspektiv*. Først presenteres endringer i doktorgradsutdanningen ved fakultetet (punkt 2). Deretter rettes blikket mot avhandlingene (som jeg har gått i kloster med), hvor jeg først skal ta for meg noen alminnelige utviklingslinjer (punkt 3), men der fokuset særlig vil ligge på endringer knyttet til metodebruk og metoderefleksjoner (punkt 4). Noen av de endringene som blir påvist i punkt 2–4 skal så knyttes til rettsteoretiske strømninger ved fakultetet (punkt 5). Til sist følger noen avsluttende refleksjoner (punkt 6).

Formålet med artikkelen er å gi et bidrag til fakultetets institusjonshistorie, men ambisjonen er samtidig at teksten skal være av mer allmenn rettsvitenskapelig interesse. For det første kan nemlig doktorgradsavhandlinger gi en pekepinn om strømninger i retten og rettsvitenskapen, for eksempel knyttet til juridisk metode.<sup>5</sup> For det andre bør det være blant rettsvitenskapens oppgaver å kaste et søkelys på sin egen virksomhet, og da også med andre innfallsvinkler enn rent rettsteoretiske grunnlagsdiskusjoner.<sup>6</sup>

5 Bjarte Askeland, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013, s. 15–25, på s. 16.

6 Det siste tiåret har det blitt publisert flere slike selvreflekterende bidrag i den rettsvitenskapelige forskningen, se Synne Sæther Mæhle, «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2015, s. 125–157; Jørn R.T. Jacobsen, «Rettsvitenskapssosiologi – ei spire», i Søvig mfl. (red.), 2013, s. 267–278; Hans Petter Graver, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011, s. 230–249, og Kåre Lilleholt, «Universitetsjuristen gjennom 50 år», *Lov og Rett*, 2011, s. 78–88.

## 2 Fra klosterværelset til sokratisk samtale: utviklingen av en organisert doktorgradsutdanning

De første årene etter etableringen av de juridiske instituttene ved Det samfunnsvitenskapelige fakultet i 1969 var det juridiske forskningsmiljøet i Bergen begrenset.<sup>7</sup> I den første årsrapporten omtalte Institutt for offentlig rett rekrutteringen som vanskelig, særlig fordi Universitetet i Oslo hadde et mer attraktivt tilbud. For instituttet var det derfor viktig «å veilede yngre forskere ved å bygge opp et forskningsmiljø og drive organisert forskerutdanning».<sup>8</sup> Et organisert forskerprogram så imidlertid ikke dagens lys før i 1986.<sup>9</sup> Dette året ble det gitt 30 timer veiledning til doktorgradsstudenter, noe som økte til 168 timer i 1987.<sup>10</sup> Frem til forskerprogrammets oppstart var opplæringen med andre ord uformell. Arvid Frihagen og Tore Sandvik arrangerte riktig nok åpne diskusjonsseminarer, men de institusjonelle rammebetingelsene lå først og fremst til rette for at den enkelte jobbet selvstendig med sitt. Til dette kommer det også at rettsvitenskapelig forskning, i hvert fall tradisjonelt, har blitt utført av enkeltforskere og ikke som samarbeidsprosjekter.<sup>11</sup> Som en kuriositet kan det nevnes at da Jan Fridthjof Bernt leverte sin avhandling i 1979, var det ingen som hadde lest teksten før innleveringen.<sup>12</sup>

På 1990-tallet var forskerutdanningen preget av en betydelig vekst i antallet stipendiater. Ved utgangen av 1992 var det registrert 13 stipendiater, mens antallet i januar 1999 var 25.<sup>13</sup> På om lag seks år var altså antallet doblet. I 2005 satte fakultetet ned et

7 Jeg bruker for enkelhets skyld uttrykket «fakultetets første femti år» og lignende formuleringer i teksten, selv om det først var i 1980 at et eget juridisk fakultet ble opprettet. For nærmere om fakultetets historie, se kapittel «Vekst og profesjonalisering – Glimt fra fakultetsadministrasjonens ytre liv og rammer».

8 De juridiske institutter sin årsrapport for 1969–1970, s. 2.

9 I forbindelse med innføringen av forskerprogrammet vedtok man at de som fulgte dette løpet, skulle tildeles graden «dr. legis». De som ikke fulgte programmet, ble tildelt den tradisjonelle «dr. juris»-graden. Denne todelte modellen ble opphevet igjen i 1990, og da hadde ingen blitt tildelt «dr. legis»-graden, jf. internt notat ved Det juridiske fakultet i Bergen utarbeidet av Eivind Buanes, notat 7 (I) Organisert forskerutdanning ved Det juridiske fakultet, 2. mai 2014, s. 5–6. I 2003 ble for øvrig «dr. juris»-graden erstattet av ph.d.-graden gjennom Kvalitetsreformen, se St.meld. nr. 27 (2000–2001).

10 Dette fremgår av fakultetets årsrapporter for de respektive årene. Etter 1987 sluttet man å oppgi antall timer brukt til forskjellige undervisningsaktiviteter i årsrapportene.

11 Se «Krafttak for juridisk forskning: Forslag til gjennomføring», innstilling fra en arbeidsgruppe med deltakere fra Justisdepartementet, Norges forskningsråd og de juridiske fakulteter i Oslo, Tromsø og Bergen, 2005, s. 19. Der omtales for øvrig den på det tidspunktet pågående etableringen av forskergrupper som «noe nytt i juridisk forskning».

12 Dette er opplyst til meg av Bernt i samtale 24. september 2018 i Bergen. Det samme er informasjonen om Frihagen og Sandvik sine seminarer.

13 Buanes 2014, s. 4.

utvalg som skulle utrede en ny forskerutdanning, og utvalget pekte i sin innstilling på at noe av behovet for reform skyldtes nettopp veksten i antallet stipendiater.<sup>14</sup> Utvalget foreslo en mer formalisert forskerutdanning, med fem moduler, omfangsberegnet til 30 studiepoeng. Utvalget uttalte blant annet at «planlegging og gjennomføring av undervisningen på forskerskolen antas å bli vesentlig mer omfattende enn dagens forskerutdanningsprogram samtidig som antall PhD-studerende [sic] antas å ville øke betydelig de neste årene».<sup>15</sup> Dette var en spådom som skulle slå til; ved utgangen av 2018 var det 49 deltakere på doktorgradsprogrammet.<sup>16</sup> I dag er det for øvrig som et utgangspunkt lagt opp til inntil 80 timers veiledning i året per kandidat.<sup>17</sup>

Etter at Forskerskolen ble opprettet i 2006, gikk det bare tre år før Forskningsutvalget ved fakultetet bestemte seg for å sette ned et utvalg som skulle evaluere undervisningsopplegget. Dette må ses i lys av at Forskerskolen var blitt evaluert av både NOKUT og et ekspertutvalg nedsatt av Forskningsrådet i årene etter oppstarten. I tillegg ble de nasjonale retningslinjene for hvilke krav som bør stilles til juridiske doktorgradsavhandlinger oppdatert i 2007, og i 2009 vedtok Kunnskapsdepartementet kvalifikasjonsrammeverket for universitetsutdanningen. Det oppnevnte Forskerskoleutvalget leverte sin innstilling i 2010.<sup>18</sup> Utvalget foreslo en ny organisering som innebar en strammere konsolidering av forskerutdanningen, med tre hovedelementer i opplæringen: en grunnlinje for rettsvitenskapelig metode, en perspektivlinje og en valgfri opplæringsdel, omfangsberegnet til 10 studiepoeng hver. Endringene ble vedtatt av fakultetsstyret i 2011 og gjelder fortsatt.

I tillegg til omleggingen av selve strukturen på opplæringen ga Forskerskoleutvalgets innstilling en tydelig idé- og verdimesig forankring til forskerutdanningen. Det overordnede læringsmålet for opplæringen er i dag at kandidaten «skal bli så godt kjent med rettsvitenskapens vitenskapsteori, metode og ulike teoretiske innfallsvinkler at vedkommende selv kan treffe kvalifiserte og informerte valg med

14 Notat til fakultetsstyrets styremøte 20. juni 2006, sak nr. 33/06, s. 2. Utvalgets medlemmer var professor Rune Sæbø (leder), professor Jan Fridthjof Bernt, førsteamanuensis Bjarte Askeland, stipendiat Jørn Jacobsen og Gøril Vikøren Nøkleby (sekretær). Stillingene angitt her henviser til tidspunktet for oppnevning, det vil si juni 2005.

15 Ibid., s. 8.

16 Se <https://www.uib.no/jur/23233/phd-kandidater-ved-det-juridiske-fakultet>.

17 «Retningslinjer for veiledningsordningen ved Det juridiske fakultet i Bergen», tilgjengelig på <https://www.uib.no/jur/37307/retningslinjer-veiledningsordningen-ved-det-juridiske-fakultet-i-bergen>.

18 Utvalget ble ledet av visedekan for forskning Anne Marie Frøseth. Øvrige medlemmer var prodekan for undervisning Knut Martin Tande, forskerskoleleder Karl Harald Søvig, professor Bjarte Askeland, stipendiat Erlend Baldersheim, professor Petter Asp (Stockholms universitet) og stipendiat Lars Anders Heimdal. Stillingsangivelsene her følger innstillingen, som ble avgitt i november 2010.

hensyn til egen metodisk posisjon, mulige teoretiske innfallsvinkler og overordnede problemformuleringer for avhandlingsprosjektet».<sup>19</sup> Læringsmålet bygger på Forskerskoleutvalgets uttalte idégrunnlag, nemlig «rettsvitenskapelig erkjennelse og kreativitet basert på informerte valg i tråd med vitenskapelige idealer».<sup>20</sup> I innstillingen heter det blant annet at doktoranden skal «oppøves i, og ideelt sett internalisere, de vitenskapelige idealene», at det må stilles krav til doktorgradskandidatens «etiske bevissthet», at kandidaten må tilegne seg «en kvalifisert selvforståelse som rettsvitenskapelig forsker i det moderne vitenskapssamfunnet», og at vedkommende skal gis adgang til «å delta i diskusjoner der ulike teoretiske og metodiske innfallsvinkler problematiseres og analyseres i en akademisk diskusjon».<sup>21</sup>

I innstillingen er det altså gjennomgående forskeren, ikke forskningsobjektet, som blir fremhevet. Det blir betonet at forskeren treffer valg under forskningsprosessen, og at forskeren dermed behøver kunnskap om alminnelige teoretiske og metodiske problemstillinger. En naturlig konsekvens av en slik tilnærming er at man må legge vekt på etisk bevissthet, vitenskapsidealene og ikke minst forskerens *selvforståelse*: Doktoranden skal ikke bare sette et kritisk søkelys på sitt forskningsobjekt, men også på seg selv. Videre la utvalget vekt på at denne selvrefleksjonen og andre deler av læringen i stor grad skal skje gjennom diskusjon – en slags «sokratisk metode», slik utvalget selv uttrykte det.<sup>22</sup>

For å oppsummere utviklingen av doktorgradsutdanningen er tre sentrale utviklingstrekk at det har skjedd en formidabel vekst i antallet doktorgradskandidater, at man har fått en formalisering og profesjonalisering av opplæringen, samt at man har fått en tydelig idé- og verdimessig forankring der forskerens selvrefleksjon fremheves. Oppfatningen er at avhandlingen skal være doktorandens «svennestykke».<sup>23</sup> Om man tenker seg en skala for ulike tilnærminger til et doktorgradsprosjekt,

19 Se punkt 2 i Reglement for graden philosophia doctor (ph.d.) ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, vedtatt av styret for Det juridiske fakultet i Bergen 1. februar 2011. Reglementet utfyller Forskrift for graden philosophiae doctor (ph.d.) ved Universitetet i Bergen, vedtatt av universitetsstyret ved Universitetet i Bergen 20. juni 2013.

20 Forskerskoleutvalget, «Innstilling om revisjon av forskerskolen i Rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet i Bergen», 2010, s. 15.

21 Ibid., s. 15–16.

22 Ibid., s. 21.

23 Sml. «Nivået for juridiske doktorgrader. Retningslinjer for de juridiske fakulteter ved Universitetet i Bergen og Universitetet i Oslo», vedtatt av styret for Det juridiske fakultet i Bergen 4. september 2007, på s. 5.

der ytterpunktene ser henholdsvis *forskning* og *utdanning* som det sentrale, har doktorgradsutdanningen ved fakultetet helt klart beveget seg i retning av sistnevnte.<sup>24</sup>

Flere av utviklingstrekkene som har funnet sted henger sammen med hverandre. Profesjonaliseringen av forskerutdanningen, som særlig fant sted på 2000-tallet, kan i hvert fall et stykke på vei forklares med veksten i antallet doktorgradskandidater, som startet på 1990-tallet. Videre har fremveksten av et større forskermiljø, og med det muligheten for å organisere seg i mindre, spesialiserte forskergrupper, vært en forutsetning for en opplæring som legger stor vekt på en «sokratisk samtale». Den spesifikke normative forankringen forskerutdanningen fikk i 2010 kan også være en forklaring, men det skal jeg komme tilbake til (punkt 5). Først skal vi se nærmere på noen utviklingstrekk ved doktoravhandlingene i samme periode.

### 3 I hundre etter femti år: avhandlingene og noen utviklingstrekk

#### 3.1 Antallet avhandlinger

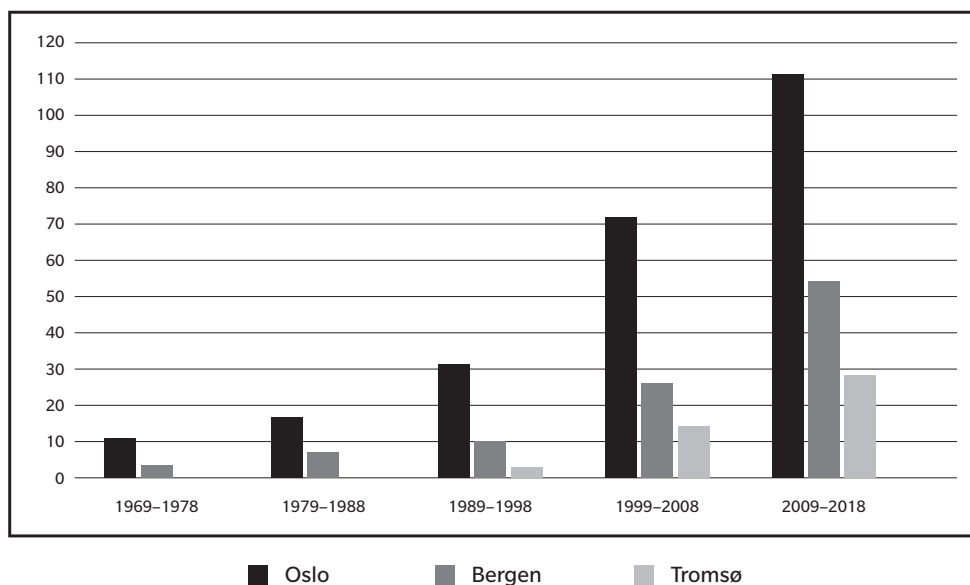
Det har blitt avlagt 100 avhandlinger ved fakultetet i perioden 1969–2018.<sup>25</sup> For Oslo og Tromsø er tallene henholdsvis 241 og 45. Som jeg allerede har vært inne på, har det vært en betydelig vekst i antallet doktorgradsavhandlinger de senere årene. Ser man på den siste tiårsperioden, 2009–2018, har det i snitt blitt avlagt 5,4 avhandlinger i året ved fakultetet.

---

24 En slik skala er skissert av Claes Sandgren, «Framtidens doktorsavhandlingar i rettsvetenskap», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007, s. 388–407, på s. 390. En «utdanningsrettet» tilnærming er i Sandbergs modell blant annet kjennetegnet av samarbeid, eller i det minste åpen dialog med andre personer, at kurs i forskningsmetodikk blir ansett som nyttige, og at veiledningen er aktiv og har innslag av opplæring.

25 En oversikt over alle avhandlingene er tatt inn som vedlegg i dette festskriftet, se s. 549 En løpende oppdatert liste ligger tilgjengelig på <https://www.uib.no/jur/23876/avlagte-doktorgrader>.

Doktorgradsavhandlinger ved de juridiske fakultetene i Norge 1969–2018



### 3.2 Avhandlingenes fordeling på ulike rettsområder

En tematisk oversikt over hva det er forsket på i doktorgradsavhandlingene er fremstilt i en tabell utarbeidet av undertegnede og Sören Koch, inntatt som vedlegg til Kochs artikkel. Her skal jeg nøye meg med helt kort å fremheve noen tendenser. På 1990-tallet ser man at helse- og sosialretten hadde en kraftig oppblomstring, med fire avhandlinger. Frem mot århundreskiftet ser man også en tendens til emnevalg med ulike former for internasjonal vinkling, særlig menneskerettigheter og flyktningrett. Hopper man frem til det siste tiåret, er det særlig tre områder det har blitt forsket mye på: politi- og påtalerett, konkurranse- og markedsrett, og alminnelig formuerett.

### 3.3 Doktorandenes kjønnsfordeling

For perioden 1969–2018 som helhet er kjønnsfordelingen mellom mannlige og kvinnelige doktorander ved fakultetet 70–30 prosent. I Oslo er tallet 62–38 prosent, i Tromsø 55–45 prosent. Isolerer man den siste tiårsperioden, 2009–2018, er det fortsatt en overvekt av mannlige doktorander ved fakultetet i Bergen, men skjevheten er i denne perioden redusert til 63–37 prosent. Til sammenligning var det kjønnsbalanse ved UiO og UiT i samme periode. Det kan imidlertid nevnes at



blant doktorgradskandidatene i Bergen ved utgangen av 2018 var det 61 prosent kvinner og 39 prosent menn, slik at kjønnsbalansen ser ut til å snu.

### 3.4 Avhandlingenes omfang

Det er i løpet av fakultetets første 50 år produsert i overkant av 48 000 sider med avhandlingsmateriale (eksklusive registre og eventuelle vedlegg). Formatet avhandlingene er publisert i har endret seg flere ganger, og det er derfor vanskelig å måle utviklingen i omfang over tid. Ser man imidlertid på avhandlingene fra perioden 2006–2018, der det er brukt samme format, er medianen på 461 sider. Det vil si at nivået ligger noe over det de nasjonale retningslinjene omtaler som et «hensiktsmessig omfang», som normalt er 200–400 sider.

### 3.5 Avhandlingenes språk

67 av avhandlingene som er avlagt er skrevet på bokmål, 15 på engelsk, 17 på nynorsk og én på svensk. Den første engelskspråklige avhandlingen ble skrevet av Hanne Sophie Greve i 1988. Det seneste tiåret har antallet avhandlinger på engelsk steget betraktelig – 12 av de totalt 15 engelskspråklige avhandlingene er skrevet mellom 2009 og 2018. Det innebærer samtidig at nesten hver fjerde avhandling er skrevet på engelsk i denne perioden.<sup>26</sup>

## 4 Tverrfaglighet og metoderefleksjoner i avhandlingene

### 4.1 Forekomsten av tverrfaglighet i avhandlingene

Vi skal nå bevege oss over til avhandlingenes metodekapitler, der vi skal gå noe mer i dybden. Vi skal først, i punkt 4.1, se på forekomsten av *tverrfaglighet*, og deretter, i punkt 4.2, *metoderefleksjoner*.

Den store majoriteten av avhandlinger som er avlagt ved fakultetet, er rettsdogmatiske, om man med «rettsdogmatikk» forstår rettsvitenskap som tar sikte på en systematisk fremstilling av gjeldende rett.<sup>27</sup> Dette er naturlig – det er denne typen forskning rettsforskeren «så å si er satt inn i verden for å dekke».<sup>28</sup> Den rettsdogmatiske sjangeren åpner også for teoretisering, generalisering og «kritisk

<sup>26</sup> Se nærmere om utviklingen og dens årsaker i Sören Kochs bidrag i dette festskriftet.

<sup>27</sup> Jan Fridthjof Bernt og David Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998, s. 13.

<sup>28</sup> Jan Fridthjof Bernt, «Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1989, s. 265–294, på s. 293.

granskning» av stoffet.<sup>29</sup> Det innebærer at det innenfor et rettsdogmatisk arbeid er mulig med en tverrfaglig tilnærming. Man kan tenke seg både ulike typer og grader av tverrfaglig juridisk forskning, der det ene ytterpunktet er at man anvender resultater eller innsikter fra andre vitenskapelige disipliner for å ta stilling til rent juridiske spørsmål, mens det andre ytterpunktet er at man integrerer begreper og metoder fra begge disipliner, slik at det til og med kan oppstå en egen, separat disiplin.<sup>30</sup>

Inntrykket er at slik tverrfaglig forskning ikke har vært særlig utbredt i doktorgradsforskningen ved fakultetet, om man ser bort fra innslag av rettshistoriske undersøkelser. Det har vært en viss økning over tid, men fortsatt er andelen avhandlinger med tverrfaglige innslag relativt begrenset. Mesteparten av forskningen har sitt tyngdepunkt ganske nærme det første ytterpunktet nettopp beskrevet.

Et område som skiller seg ut og som bør nevnes særskilt, er Hanne Sophie Greve, Maja Janmyr og Elizabeth Baumann sine avhandlinger, som har det til felles at de handler om internasjonale konflikter – henholdsvis i Kambodsja, Uganda og Afghanistan. Avhandlingene, som tematisk omhandler flyktningrett og overgangsrettferdighet, inneholder retts sosiologiske case-studier som supplerer de rettsdogmatiske analysene.<sup>31</sup> Forfatternes siktemål med de empiriske undersøkelsene er å vurdere om det er samsvar mellom på den ene siden rettsreglene og deres formål og på den andre siden hvordan retten faktisk praktiseres. Greve uttrykker det for eksempel slik i sin avhandling: «To know how refugee law fails is as important as knowing how it functions.»<sup>32</sup>

29 Se Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008, s. 149–178, på s. 157. Graver opererer med en videre definisjon enn Sandgren (2007), på s. 403. Kjennetegn ved arbeider som etter Sandgrens inndeling ikke er rettsdogmatiske, men rettsanalytiske, er blant annet at de anvender rettsprinsipper, utenlandsk rett, formålsbetraktninger og konsekvenshensyn. Med tanke på at den norske rettskildelæren er relativt åpen, vil en slik systematisering medføre at svært få rettsvitenskapelige tekster kan kategoriseres som rettsdogmatiske, hvilket strider mot vanlig begrepsbruk. Jeg er derfor enig i Gravers tilnærming.

30 Se Sanne Taekema og Bart van Klink, «On the Border. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research», i Sanne Taekema og Bart van Klink (red.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen 2011, s. 7–32, i punkt 2, og Douglas W. Vick, «Interdisciplinarity and the Discipline of Law», *Journal of Law and Society*, 2004, s. 163–193, på s. 184.

31 Hanne Sophie Greve, *Kampuchean refugees «between the tiger and the crocodile»: international law and the overall scope of one refugee situation*, Vol. 1 og 2, Bergen 1988; Maja Janmyr, *Protecting the Civilians in Refugee Camps: Issues of Responsibility and Lessons from Uganda*, Bergen 2012, og Elizabeth Baumann, *States in transition and the duty to prosecute international crimes: Alternatives under international law, with lessons from Afghanistan*, Bergen 2011.

32 Greve 1988, Vol. 1, s. 3.

Ellers er det økonomiske teorier, herunder rettsøkonomi, som det oftest blir trukket veksler på. Men stort sett er det snakk om meget sporadiske henvisninger.<sup>33</sup> Andre tverrfaglige tilnærminger jeg har funnet i de rettsdogmatiske avhandlingene, er innhenting av forvaltnings- og domstolspraksis – igjen med det siktemål å vurdere forholdet mellom «law in books» og «law in action»,<sup>34</sup> sosialpsykologi,<sup>35</sup> medievitenskap,<sup>36</sup> demokratiteori,<sup>37</sup> kriminologi<sup>38</sup> og sosiologi.<sup>39</sup> Det er interessant å merke seg at det blant forskerne som har anvendt en tverrfaglig tilnærming, er en overvekt av kvinner.

At bruken av tverrfaglighet har blitt noe mer vanlig, kan indikere et åpnere syn på rammene for rettsdogmatisk forskning. Derfor kan det også være verdt her å nevne fremveksten av avhandlinger som befinner seg i en «mellomkategori» mellom rettsdogmatikk og alminnelig rettsteori og -filosofi, selv om disse avhandlingene strengt tatt ikke nødvendigvis er tverrfaglige. I denne «mellomkategorien» finner man Jørn Jacobsens avhandling fra 2008 som analyserer fundamentale premisser i strafferetten, Magne Strandbergs bevisteoretiske studie av beviskravsreglene fra 2010, og Johan Sandstedts og Erlend Baldersheims teoretiske studier på tingsrettens område fra henholdsvis 2012 og 2016.<sup>40</sup>

33 Et unntak her er riktig nok Ignacio Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, Bergen 2017, og Ronny Gjendemsjø, *Oligopolproblemet – om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, Bergen 2011. I begge avhandlingene er økonomisk teori anvendt i relativt utstrakt grad.

34 Se Alice Kjellevoid, *Sosialhjelp på vilkår: om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser*, Bergen 1995, og Jessica Schultz, *The Internal Protection Alternative in Refugee Law: Treaty basis and scope of application under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Bergen 2017.

35 Se Jan-Ove Færstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, Bergen 2011.

36 Se Ellen Lexerød Hovlid, *Vern av privatlivets fred – med særlig fokus på kjente personers vern mot offentliggjøring av private forhold i redaktørstyrte medier*, Bergen 2014, og Ragna Aarli, *Offentlig rettergang. Publikums adgang til innsyn og omtale av straffesaker*, Bergen 2009.

37 Se Aarli 2009.

38 Se Ingun Fornes, *Straff av barn. Frihetsstraffene og alternativene*, Bergen 2018.

39 Se Ragnhild Collin-Hansen, *Barnets rett til opplæring og til vern mot marginalisering i skolen*, Bergen 2008.

40 Jørn Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Bergen 2008; Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker: En bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærers forutsetninger*, Bergen 2010; Johan Sandstedt, *Förarbeten till en komparativ sakrättsdialog: Substantialismens blick på den nordiska funktionalismen med exemplifiering genom valda fragment*, Bergen 2012, og Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens ontologi*, Bergen 2016.

## 4.2 Metoderefleksjoner i avhandlingene

Et annet spørsmål er hvilke *metoderefleksjoner* man finner i avhandlingene. Vi holder oss fortsatt til de rettsdogmatiske avhandlingene. De fleste av disse inneholder et metodekapittel, og selv om det er stor variasjon i omfang, ligger medianen stabilt på 15 sider gjennom hele perioden. En viss utvikling over tid kan man derimot finne dersom man ser på innholdet i metodekapitlene. For å spore denne utviklingen tenker vi oss i det følgende en sondring mellom, på den ene siden, avhandlinger som ser «juridisk metode», «rettsdogmatikk» og/eller «gjeldende rett» som så pass klart definerte størrelser at de ikke behøver noen nærmere vurdering, og på den andre siden avhandlinger som reflekterer over eller problematiserer disse begrepene.<sup>41</sup> Det er den førstnevnte tilnærmingen som dominerer gjennom hele perioden, men som sagt ser man en utvikling. I perioden 1969–1998 er det tre avhandlinger med en mer problematiserende tilnærming (15 prosent), i perioden 1999–2008 er det åtte (36 prosent), og i perioden 2009–2018 er det 13 (28 prosent).<sup>42</sup> Vi skal nå se nærmere på metoderefleksjonene i et utvalg av disse.

I den første tidsperioden finner man to av de problematiserende avhandlingene på helse- og sosialrettens område. De metodiske diskusjonene dreier seg om relevansen av ulike former for praksis for å fastlegge gjeldende rett. Tydeligst artikulert er det metodologiske spørsmålet hos Henriette Sinding Aasen: «Er målsettingen å finne fram til en rettsstilstand i faktisk empirisk forstand, eller er målsettingen å beskrive den rett som 'bør' gjelde, uavhengig av den faktiske rettsstilstand?»<sup>43</sup> Sinding Aasen argumenterer for at retten er «verdibasert og derved subjektiv», og hun tar derfor til orde for at «gjeldende rett» ikke nødvendigvis er det samme som den retten som faktisk blir praktisert. Også hos Gudrun Holgersen finner man lignende drøftelser om forholdet mellom det hun kaller for «fungerende rett» og det hun «anser som riktige prinsipper for bruk og avveining av rettskildedefaktorene».<sup>44</sup>

I neste tidsperiode, 1999–2008, finner man flere avhandlinger med lignende refleksjoner om forholdet mellom en deskriptivt og en normativt orientert metode.

41 Det er viktig å understreke at også i den første kategorien kan man finne til dels omfattende drøftelser av ulike rettskildespørsmål, men da altså innenfor et grunnleggende metodisk rammeverk som forstås som så fastlagt at det uten videre kan legges til grunn for avhandlingens analyser.

42 Jeg har anvendt perioden 1969–1998 som tidsmessig enhet for å få et tilstrekkelig antall avhandlinger til at det blir meningsfullt å foreta en statistisk sammenligning.

43 Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling: om selvbestemmelsesrettens grunnlag, innhold og rekkevidde*, Bergen 1998, s. 81.

44 Gudrun Holgersen, *Tilbake til arbeid? Folketrygdens regler om ytelser under attføring med hovedvekt på de sentrale vilkår*, Bergen 1990, s. 49–50.

I en diskusjon av ulike forståelser av begrepet «gjeldende rett» sonder Terje Einarsen mellom henholdsvis «faktisk fungerende rett» og «normativt gjeldende rett», og han posisjonerer seg langs sistnevnte akse.<sup>45</sup> Enda tydeligere er Bent Liisberg, som definerer «gjeldende rett» som «en tankeform i et tenkt normativt rom – en såkalt ‘regulativ idé’ – ikke en avspeiling av høyesterettspraksis, faktiske rettsoppfatninger eller andre empiriske fenomener».<sup>46</sup>

Det er i denne perioden også avhandlinger med andre, relativt ulikeartede typer refleksjoner. Et eksempel er Tore Lunde, som skriver at rettskildematerialet må analyseres og presenteres «på det som innanfor fagfellesskapet er allment anerkjent som forsvarleg rettsleg argumentasjon», at verdipremissene for de valgene forskeren foretar må komme eksplisitt til uttrykk og at «[e]it fundamentalt krav til rettsforskninga må vere kritisk refleksjon over det positive rettsstoffet».<sup>47</sup> Et annet eksempel er Thomas Eeg, som tar til orde for det han omtaler som en narrativmønster-sammenlignende metode. Denne metoden går ut på at man i den juridiske analysen må sammenligne enkelttilfeller med de «konkrete forestillinger eller ‘fortellinger’ om normaltilfeller» som ligger til grunn for rettslige begreper. Eeg kontrasterer sin sammenligningsmodell med både rettsrealistiske avveiningsmodeller og normdeduktive modeller. Han argumenterer for at sammenligningsmodellen vil sikre en normstyrt og ikke subjektiv og vilkårlig rettsanvendelsesprosess samtidig som den åpner for tilstrekkelig grad av skjønn.<sup>48</sup> Anne Marie Anfinsen (nå Anne Marie Frøseth) har på sin side som formål for avhandlingen å «trekke frem en argumentasjon som kan brukes som en supplerende rasjonalitet til de føringer som ligger i høyesterettspraksis». Hun legger opp til en såkalt «skadesituasjonsorientert og differensiert metode» der samfunnsverdier står sentralt, og argumenterer også for en slags hermeneutisk modell der rettsanvenderens oppgave er å bygge opp en «helhetlig argumentasjonsstruktur».<sup>49</sup>

45 Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 1998, s. 57–59.

46 Bent Liisberg, *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet: kritikk av en juridisk vranglære*, Bergen 2005, s. 67.

47 Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2000, s. 145.

48 Thomas Eeg, *Deling av ektefellers formuer ved separasjon og skilsmisse*, Bergen 2004, punkt 1.5, der de metodologiske drøftelsene sammenfattes på s. 62–63.

49 Anne Marie Anfinsen, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, Bergen 2008, bl.a. s. 5 og s. 52 f. Anfinsen bygger delvis på synspunkter utviklet av Bjarte Askeland. Også Askelands avhandling kunne vært nevnt her, men jeg skal heller komme tilbake til en nærmere omtale av hans metodiske orientering i punkt 5.

I den siste tidsperioden, 2009–2018, skal jeg nøye meg med å fremheve to rettsområder der det har vært relativt utbredt blant doktorandene å reflektere over eller problematisere grunnleggende juridiske metodespørsmål, nemlig folkeretten og den allmenne formueretten. På folkerettens område finner man metoderefleksjoner i avhandlingene til Maja Janmyr, Jessica Schultz og Knut Einar Skodvin. Alle tre omtaler sin egen metode som rettspositivistisk, men med visse modifikasjoner. Janmyr anvender en «soft legal positivism» som er åpen for å inkorporere moralske standarder i rettsanvendelsen,<sup>50</sup> mens Schultz vektlegger at en hermeneutisk tolkningsprosess gjør rettspositivismen tilstrekkelig dynamisk.<sup>51</sup> Skodvin kombinerer disse to perspektivene og tar til orde for en rettspositivisme som både er *soft* og hermeneutisk fundert. Hos Skodvin, som foretar inngående rettsteoretiske drøftelser, er begrunnelsen for denne metodologiske innfallsvinkelen at den er åpen for et ubestemt språk, at den gir rom for at moralske betraktninger kan komme inn i tolkningsprosessen, at den åpner for *soft law*-rettskilder og at den avviser troen på at det finnes ett riktig svar på rettsspørsmål.<sup>52</sup>

På den allmenne formuerettens område inneholder Hans Fredrik Marthinussens avhandling de grundigste metoderefleksjonene. Marthinussen argumenterer for en normativt orientert metode, der rettsanvenderen ikke kan nøye seg med å beskrive Høyesteretts rettsanvendelse. Rettsvitenskapen deltar i utviklingen av jussen og er med på å påvirke innholdet av gjeldende rett, som Marthinussen definerer som «den løsning rettsanvenderen mener er den rette, og som han selv ville lagt til grunn om han satt i Høyesterett».<sup>53</sup> Rammene for argumentasjonen ligger primært i det juridiske fellesskapet, i en regulativ idé om at det finnes en riktig løsning på rettsspørsmål, og i en orientering mot rettssystemets grunnleggende verdier. Drøftelser av grunnleggende metodiske problemstillinger på formuerettens område finner man også hos Silje Karine Nordtveit og Marianne Mathilde Rødvei Aagaard. De inntar riktig nok ikke en like eksplisitt rettsteoretisk posisjon, men drøfter særlig forholdet mellom pragmatisme og koherens.<sup>54</sup>

50 Janmyr 2012, s. 31.

51 Schultz 2017, s. 28.

52 Knut Einar Skodvin, *Freedom of navigation in the exclusive economic zone under the LOS Convention: balancing coastal and maritime state interests*, Bergen 2013, s. 25 og s. 35.

53 Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom panterett og pantekrav*, Bergen 2008, s. 67.

54 Silje Karine Nordtveit, *En formuerettslig analyse av fordringens stiftelsestidspunkt*, Bergen 2016, s. 41–45, og Marianne Mathilde Rødvei Aagaard, *Virkninger av formuerettslig ugyldighet: særlig om restitusjonskrav og ugyldighetens tingsrettslige virkninger*, Bergen 2018, s. 38–40.

Som det fremgår av denne gjennomgangen, er det et utviklingstrekk *at* metode-refleksjoner har blitt mer vanlig de siste 20 årene, men både omfang, problemstillinger som drøftes og rettsteoretiske posisjoner varierer. Det man imidlertid ser, er at det er noen rettsområder der slike refleksjoner er mer vanlige. Det kan skyldes særtrekk ved – og aktuelle diskusjoner på – det aktuelle rettsområdet.<sup>55</sup> Enda viktigere er etter mitt syn at det blir dannet fagmiljøer med kompetanse om og interesse for grunnleggende metodologiske spørsmål. Illustrerende er nettopp formuerettsmiljøet ved fakultetet, der man i tillegg til de avhandlingene som er gjennomgått her, finner de allerede nevnte teoretiske avhandlingene til Johan Sandstedt og Erlend Baldersheim. Kompetansen og interessen for grunnleggende spørsmål vil i slike miljøer gjerne videreføres gjennom både formelle og uformelle strukturer, slik at det kan oppstå en «kumulativ effekt».

## 5 En rettsteoretisk vending: betydningen av ideologiske endringer ved fakultetet

I forrige punkt så vi at det har blitt mer vanlig de siste 20 årene at doktorgradskandidatene reflekterer over og drøfter ulike metodiske innfallsvinkler. I punkt 2 var vi også inne på at Forskerskoleutvalget i 2010 ga forskerutdanningen en tydelig idé- og verdimeslig forankring, med vekt på problematisering av og refleksjon over metodologiske spørsmål. Nå skal vi forsøke å samle trådene, og se at begge deler har en sammenheng med visse ideologiske komponenter i det som har vært sentrale rettsteoretiske strømninger ved fakultetet siden 1990-tallet.<sup>56</sup>

Går man tilbake til fakultetets første tiår ble det knapt forsket på alminnelige rettsteoretiske og metodologiske spørsmål. Man oppfattet seg visstnok som «pragmatisk orienterte tjenere for det praktiske rettsliv», og vurderte på 1980-tallet å legge ned rettskildelære som et eget eksamensfag.<sup>57</sup> På 1990-tallet vokste det imidlertid frem en interesse for rettsteoretisk forskning ved fakultetet. Her kan det være en sammenheng med veksten i antall vitenskapelig ansatte, i den forstand at

55 Illustrerende her er for eksempel Skodvin (2013, s. 16) som knytter behovet for metodologiske drøftelser til særtrekk ved folkeretten.

56 Når erkjennelsesinteressen er å spore en slik kobling, innebærer det at det verken i bredden eller dybden vil bli gitt en uttømmende oversikt over de rettsteoretiske arbeidene ved fakultetet.

57 Jan Fridthjof Bernt, «Hvorfor rettsfilosofi? Davids prosjekt, arven og arvingene», i Bjarte Askeland og Jan Fridthjof Bernt (red.), *Erkjennelse og engasjement – minneseminar for David Roland Doublet*, Bergen 2001, s. 12.



forholdene lå bedre til rette for et diskusjonsfellesskap. En annen relevant faktor er den tiltakende europeiseringen av retten som fant sted og som åpnet opp både for nye metodiske spørsmål og perspektiver.<sup>58</sup>

Kanskje mest sentralt sto allikevel David Doublets inntreden ved fakultetet.<sup>59</sup> Sammen med Jan Fridthjof Bernt sto han for det mest grunnleggende og toneangivende bidraget til den rettsteoretiske forskningen ved fakultetet. Et sentralt trekk ved Doublet og Bernt sitt rettsteoretiske program er, kort sagt, at de ser retten som et dynamisk system, altså et system i kontinuerlig endring, der rettens legitimitet først og fremst avhenger av dens *anvendelse* og ikke hva som er dens *opprinnelige opphav*.<sup>60</sup> I en slik modell får rettsanvenderen en sentral rolle, men også «det kommunikative fellesskap» av andre jurister, som danner rammene og spillereglene for rettslig argumentasjon.<sup>61</sup>

Også Bjarte Askeland har vært en sentral aktør innenfor det rettsteoretiske miljøet i Bergen. Askeland, som for øvrig både satt i utvalget som utredet en ny forskerutdanning i 2005 og i Forskerskoleutvalget i 2010, hevdet i 1999 at tiden var inne for at «norske rettsanvendere løsriver seg fra det tradisjonelle Eckhoff-inspirerte paradigmet og selv reflekterer over sin metodiske tilnærming». Askeland mente også at det i fremtiden «kanskje i større grad enn tidligere [vil] være et krav til den enkelte skribent at hans metode er et produkt av et informert og veloverveid valg». <sup>62</sup> Askelands program har likhetstrekk med Bernt og Doublet sin tilnærming, ved at han tar til orde for en perspektivforskyvning fra rettskildefaktorene til selve rettsanvendelsen. For Askeland er rettsanvenderens oppgave «å spesialsy en rettslig normering av det gitte typetilfellet» ved å bruke «en størst mulig mengde spesialsyde rasjonelle argumenter». Med en slik tilnærming må rettsanvenderen «være kreativ og (til en viss grad) selv skape retten», og dermed må man ha en bevissthet om at rettsanvenderen «selv har en normerende funksjon». <sup>63</sup>

58 Se for eksempel som illustrasjon Kai Krüger, «Vil norsk juridisk metode overleve i et integrert Europa?», foredrag på Det 22. felles juristmøte, 30. oktober 1995. Foredraget er trykket i *Juristkontakt* nr. 2, 1996, s. 2–6.

59 For en levende beskrivelse av «kulturkollisjonen» Doublets inntreden innebar, samt Doublets betydning for miljøet ved fakultetet, se Bernt 2001, særlig s. 11–12.

60 Jan Fridthjof Bernt og David Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse*, 2. utgave, Oslo 2002, s. 459.

61 Se for eksempel *ibid.*, s. 485.

62 Bjarte Askeland, «Eckhoffs rettskildelære under press», *Kritisk juss*, 1999, s. 115–126, på hhv. s. 126 og s. 115.

63 *Ibid.*, s. 124 og s. 126.



Viktige bidrag har også kommet fra Synne Sæther Mæhle, som både har videreført og videreutviklet Bernt og Doublet sitt program.<sup>64</sup> Her skal vi først og fremst se på Mæhles tilnærming til rettsvitenskapelig forskning. Mæhle legger vekt på at forskeren gjennom hele forskningsprosessen treffer valg, og at vedkommende derfor trenger «en bevisst og reflektert holdning til diskursen om forskningsmetodikk på sitt vitenskapelige felt». Mæhle har tatt til orde for en «metodologisk diversitet» i rettsvitenskapen, og mener at valg av metodologisk innfallsvinkel til forskningen krever «en sammensatt forskningsmetodisk vurdering av hvordan forskeren skal møte rettens komplekse karakter på en måte som er i tråd med grunnleggende forskningsverdier».<sup>65</sup> De grunnleggende forskningsverdiene sammenfatter hun med stikkordene «relevans, soliditet og originalitet».<sup>66</sup>

Til sist skal Knut Martin Tande, som også satt i Forskerskoleutvalget, nevnes. Hos Tande kommer sammenhengen mellom en rettsteori som er sterkt *rettsanvenderfokuseret*, og betydningen for metode og rettsvitenskap kanskje tydeligst frem. For Tande er rettsanvenderens egne individuelle vurderinger «det mest overordnede i hele rettsanvendelses- og argumentasjonsprosessen». Med en slik tilnærming blir det nødvendig å supplere den tradisjonelle domstolsorienterte rettskildelæren med «et indre perspektiv [...] med retningslinjer for bevisstgjøring, synliggjøring og kvalitetssikring» i relasjon til de valgene og vurderingene rettsanvenderen foretar.<sup>67</sup>

Til tross for at det er nyanser mellom de ulike posisjonene, er det et fellestrekk at rettsanvendelsen, og med det den enkelte rettsanvender sin rolle, blir tydelig aksentuert. Den enkelte forholder seg samtidig til et fellesskap av andre jurister og deltar i en *diskurs* om hva som er gjeldende rett.<sup>68</sup> Rettsanvenderen må derfor foreta en selvrefleksjon over egne valg – en «intern binding» – og orientere seg mot hva andre jurister mener er akseptabel argumentasjon – en «ekstern binding».<sup>69</sup> Nettopp her ser man for det første en klar kobling til Forskerskoleutvalgets idégrunnlag, med vektlegging av «informerte valg i tråd med vitenskapelige idealer», «etisk

64 Se blant annet Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, Oslo 2016, s. 18.

65 Mæhle 2015, s. 145.

66 *Ibid.*, s. 135–136 (uthevet i original).

67 Knut Martin Tande, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner*, 2011, s. 1–36, på s. 2.

68 Se særlig om diskursperspektivet Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, 2004, s. 329–342.

69 Uttrykkene «intern» og «ekstern» binding er hentet fra Lars Finholt Jansen, «'Bergenskolen': nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag», *Jussens Venner*, 2007, s. 108–123, på s. 111–112.

bevissthet», «kvalifisert selvforståelse» og viktigheten av teoretiske og metodiske diskusjoner i fagfellesskaper. Idégrunnlaget for den nåværende forskerutdanningen utgjør etter mitt syn en institusjonalisering av sentrale ideologiske komponenter i de retningsgivende rettsteoretiske strømmingene ved fakultetet de siste 20 årene.

Det er for det andre også mulig å spore en kobling til utviklingen med økt metoderefleksjon i avhandlingene. Koblingen er dels av innholdsmessig karakter, i den forstand at de rettsteoretiske drøftelsene hos flere av doktorandene bygger på teoretiske arbeider fra fakultetsmiljøet. Men dels handler koblingen også om at de rettsteoretiske strømmingene ved fakultetet legger opp til metoderefleksjon som en integrert del av rettsdogmatisk forskning.

## 6 En «tind av fullkommenhet og innsikt»: noen avsluttende refleksjoner

Den som lever et klosterliv og som følger læresetningene i *Benedikts regel* – St. Benedikt av Nursias håndbok for hvordan et klosterliv skal organiseres – vil, ifølge håndboken, nå en «tind av fullkommenhet og innsikt».<sup>70</sup> Om det å skrive doktorgrad er som å gå i kloster, så er kanskje dette – *en tind av fullkommenhet og innsikt* – også en mulig måte å formulere målsettingen med en doktorgradsutdanning på. Mer nøkternt kan man si at den rettsvitenskapelige forskningen skal bidra til å utvikle kunnskap og forståelse på en selvstendig og systematisk måte.<sup>71</sup> Men det kan være ulike syn på hva slags fullkommenhet og innsikt doktorgradsutdanningen skal føre til, og hva slags kunnskap og forståelse rettsvitenskapen skal bidra med. Det vil i sin tur kunne medføre ulike syn på hvordan utdanningen skal organiseres, for eksempel skissert langs en akse med ulik grad av vekt på henholdsvis forsknings- og utdanningselementet.<sup>72</sup>

Fordi de arbeidene som ble gjennomgått i forrige punkt kan sies å ligge nokså nær hverandre på en slik tenkt akse, skal jeg avslutningsvis, for helhetens skyld og utelukkende derfor, helt kort presentere noen potensielle innvendinger mot disse posisjonene. Fra en synsvinkel som legger større vekt på forskningselementet kan man nemlig se det slik at fokus på grunnleggende metodiske og teoretiske problemstillinger går på bekostning av forskningstid og plass i avhandlingen til de

70 Regel 73, her hentet fra *Klosterliv i Vesten: Augustins regel, Benedikts regel*, Oslo 1968, s. 102.

71 Mæhle 2015, s. 131 med videre henvisninger.

72 Se ovenfor ved fotnote 23.

mer praktisk rettede undersøkelser. Man vil derfor kunne hevde at en mer praktisk orientert forskningsprosess er best egnet til å ivareta rettssystemets behov for kartlegging og systematisering av rettsreglene. Man vil videre kunne understreke det *verdifulle* ved etablerte metodeparadigmer, fordi disse medfører at forskeren slipper å forklare og begrunne helt grunnleggende metodespørsmål, og i stedet kan gå rett til selve undersøkelsene.<sup>73</sup> Fra dette perspektivet vil det i tillegg være mulig å argumentere for at metodiske og teoretiske innfallsvinkler blir synlige gjennom de juridiske analysene.<sup>74</sup>

Hva som er et riktig balansepunkt mellom en slik innfallsvinkel og en tilnærming som legger større vekt på metoderefleksjon, vil være noe både den enkelte forsker og fakultetet som forskerutdanningsinstitusjon må forholde seg til også de neste femti årene.

---

73 For naturvitenskapenes del er dette fremhevet av Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2. utgave, Chicago 1970, s. 19–20.

74 Se i denne retning til illustrasjon Erling Johannes Husabø, *Rett til sjølvvalt livsavslutning?*, Bergen 1994, s. 9, fotnote 43, og Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010, s. 16. Merk at jeg med dette ikke vil ha sagt noe om hvordan disse forfatterne stiller seg mer generelt til de spørsmålene som drøftes her.

# Den «moderne resepsjonen»

## Internasjonaliseringen i undervisning og forskning mellom 1969 og 2003

Professor Sören Koch

### 1 Innledning

Det å studere juss har historisk sett i mange århundrer blitt tett knyttet til fremmede rettskilder og universelle rettsprinsipper. Verdens første juridiske fakultet, opprettet i Bologna, utdannet jurister og teologer på grunnlag av den nylig gjenoppdagede senklassiske kompilasjon av romersk rett som ble kjent som *Corpus Juris Civilis*. I tillegg begynte man snart å undervise kanonisk rett etter samme mønster. Etter reformasjonen ble kanonisk rett i Norden erstattet med et annet universelt fag: naturrett. I statuttene til Danmark-Norges første juridiske fakultet i København fra 1539 nevnes studiet av dansk og norsk rett først på tredje plass etter romersk og naturrett.<sup>1</sup> Til og med ved grunnleggelsen av det første norske universitet i Christiania i 1811 dominerte internasjonale rettskilder læreplanen ved det juridiske fakultet.<sup>2</sup>

Rundt 150 år senere, da det juridiske fakultet i Bergen ble opprettet, ble rett oppfattet som et lukket nasjonalt system, stort sett upåvirket av fremmed og

---

1 Ditlev Tamm, *Retshistorie – Danmark – Europa – Globale perspektiver*, 2. utgave, København 2005, s. 156.

2 Se Ludvig M.B. Aubert, *Historiske opplysninger om det juridiske fakultet ved det Norske Fredriks-Universitet*, Christiania 1870, I s. 1. Planen var å opprette følgende fag: «Almindelig Retslære, Romersk Ret, Dansk og Norsk borgerlig og kriminal Ret, Almindelig protestantisk og dansk-norsk Kirkeret». Den første professoren som faktisk ble ansatt (Nicolaus Falck), fikk innvilget et reisestipend «for i Udlandet at uddanne sig til sin Post.»

internasjonal rett. Det fantes et behov for jurister utdannet i norsk rett på grunnlag av norske rettskilder og norsk juridisk metode.<sup>3</sup> Eksterne impulser for norsk retts-tenkning kom hovedsakelig fra andre nordiske land og gjennom det internordiske lovgivningssamarbeidet.

«[E]n 'ny' internasjonaliseringsbølge» måtte til før en ny bevissthet om rettens internasjonalitet begynte å påvirke fakultetspolitiske satsinger, forskningsprofiler og institusjonelle strukturer.<sup>4</sup> I denne artikkelen skal jeg se nærmere på internasjonaliseringens innflytelse på jussen,<sup>5</sup> og dens betydning for undervisning og forskning ved det juridiske fakultet i Bergen mellom 1969 og 2003.

## 2 Noen metodiske refleksjoner og avgrensninger

Som andre artikler i denne antologien bygger også denne artikkelen på det grundige forarbeidet av tidligere fakultetsdirektør Eivind Buanes (særlig notat 11 og 18). Likevel kan en historisk skisse av fakultetets forhold til internasjonalisering ikke skrives uten å ta hensyn til forskningshistorien samt skiftende forskningsprofiler, konkrete forskningsaktiviteter og publiseringsvirksomheter. Å hente inn dette materialet har Buanes uttrykkelig overlatt til andre.<sup>6</sup> I denne forbindelsen er det viktig å understreke at det er umulig å skissere mer enn noen grove trekk i denne utviklingen, og her og der trekke frem konkrete eksempler for å illustrere markante forskningspolitiske endringer eller forskyvninger. I tillegg avgrensner jeg mot utviklingen etter 2003, som til dels har blitt dekket av andre artikler i denne antologien og er for mangfoldig og omfattende til å drøftes innenfor rammen av dette bidraget.<sup>7</sup> Den tidsmessige avgrensning er også grunnen til at bruken av utenlandske professorer II ikke omtales nærmere.<sup>8</sup>

3 Til og med i studieplanen for juridisk embetseksamen fra 1977 heter det under punktet «Målsetting» (senere § 1-4): «Studiet har til føremål å fremja evna til sjølvstendig juridisk tenking og å gi godt kjennskap til gjeldande [uuttalt norsk] rett på ulike område slik at kandidatane kan fylla dei forventningane samfunnet har til ein fagutdana jurist.» Denne bestemmelsen ble stående uendret helt frem til studiereformen i 2003.

4 Formuleringen er tatt fra et brev fra European Law Students' Association sendt til fakultetsledelsen 27. april 1990.

5 Se s. 115–130 i denne boken som avgrensner mot en analyse av «årsakene til internasjonalisering av jussen».

6 Buanes, notat 11, s. 8.

7 Se s. 115–130 og s. 41–58 i denne boken.

8 Jf. figur 1 der det kommer frem at professor II hovedsakelig ble brukt etter 2003.

Artikkelen er todelt. I den første delen fokuserer jeg på fakultetspolitiske satsinger som særlig gjenspeiler seg i studietilbudet og ansettelsespolitikken.<sup>9</sup> En god oversikt over emner og pensumlitteratur gir forelesningsfortegnelser og studieplaner fra 1969 til 1981 og studiehåndbøker fra 1982 til 2002.<sup>10</sup> Fra 2003 er studiehåndbøkene ikke lenger publisert eller på annen måte arkivert. Konkrete endringer i fagsammensetning, eksamenskrav og pensumlitteratur lar seg derfor bare vanskelig rekonstruere. I den andre delen undersøker jeg internasjonaliserings innflytelse på juridisk forskning. Jeg bygger mine observasjoner hovedsakelig på en analyse av doktoravhandlinger avlagt i Bergen. En analyse av disse gir en god indikasjon på endringer i synet på og bruken av internasjonale kilder. For å gi et mer utfyllende bilde av utviklingen innenfor forskning er det nødvendig også å se hen til andre vitenskapelige produksjoner. Det finnes imidlertid ikke noen sammenhengende dokumentasjon av slike vitenskapelige bidrag produsert i Bergen før 2008.<sup>11</sup> Derfor tas det bare unntaksvis hensyn til andre rettsdogmatiske verk som gir uttrykk for en endret forståelse av den internasjonale rettens betydning for norsk rett og dens funksjon i rettsanvendelsesprosessen. I denne sammenhengen menes med internasjonal rett både rett som har sitt opphav i internasjonale og overnasjonale rettskilder, og rettspraksis fra internasjonale institusjoner og utenlandsk (nasjonal) rett. Samtidig refereres det her med «internasjonalisering» til påvirkning av norsk rett som går lenger enn den nordiske innflytelsen på norsk rettstenkning. Grunnen til dette er at den utviklingen som skisseres i dette bidraget, manifesterer seg nettopp i en utvidelse av forskernes og undervisernes perspektiv fra et internordisk til et europeisk og globalt perspektiv. At nordisk rett er den tilsynelatende viktigste eksterne inspirasjonskilde for norsk rett i undersøkelsesperioden, kan neppe være tvilsomt, men det er altså ikke denne påvirkningen artikkelen handler om.<sup>12</sup>

9 I en nylig utgitt masteroppgave sammenlignes internasjonaliseringsstrategier i Bergen og Oslo. Christina Havn, *Internasjonaliserings strategier og praksis – en komparativ casestudie av Det juridiske fakultet på UiB og UiO*, Bergen 2017, tilgjengelig i BORA <https://bora.uib.no/handle/1956/17925>

10 Universitetet i Bergen, *Plan for rettsstudiet*, Bergen, Universitetsforlaget 1981–88, Alma Mata, 1989–95, Fagbokforlaget 1996–2002.

11 I perioden mellom 2008 og 2013 har tidligere bibliotekar Kirsti Lothe Jacobsen sammenstilt en liste som muligens er den mest omfattende og fullstendige dokumentasjon av sin art for rettsvitenskapelige bidrag produsert i Bergen.

12 Det kan likevel påpekes at det internordiske perspektivet var like fraværende i undervisningen som det europeiske eller globale perspektivet.

### 3 Internasjonalisering i utdanningen

#### 3.1 Fire utviklingstrinn

Det kan grovt skilles mellom fire ulike utviklingstrinn i fakultetets forhold til internasjonalisering i jusutdanningen. Den tidligste etableringsfasen mellom høsten 1969 og våren 1972 er preget av en fullstendig mangel på et internasjonalt perspektiv. Det gjelder både læreplanen og i de overordnede institusjonelle satsingene som på den tid var underlagt Det historisk-filosofiske fakultet.<sup>13</sup> Dette til tross for at studentene allerede tidlig kom med et ønske om internasjonalt samarbeid med andre nordiske land,<sup>14</sup> evaluering av muligheten for en internasjonal rettslig sommerskole i Bergen<sup>15</sup> og et rettskomparativt spesialfag (internordisk).<sup>16</sup>

Høstsemesteret 1972 markerer begynnelsen på det neste steget i utviklingen. For å imøtekomme studentenes ønske<sup>17</sup> holdes det for første gang forelesninger i folkerett, romersk rett og komparativ rett. I det følgende semester etableres spesialfaget «Engelsk og amerikansk rett» (1973–1984), og Thorstein Eckhoff begynner å forelese i Bergen om rettsfilosofi med en tydelig side mot amerikansk rettsrealisme. Utover disse fagene fantes ingen form for institusjonalisert tilbud for studier av fremmed eller internasjonal rett eller for et utenlandsopphold.<sup>18</sup> På forskningsfronten var «fakultetets internasjonale virksomhet primært knyttet til enkeltforskernes uformelle kontrakter med utenlandske forskere eller fagmiljø».<sup>19</sup> I denne fasen dominerer et angloamerikansk fokus også innenfor rettsdogmatisk og rettsteoretisk forskning på fakultetet.<sup>20</sup>

13 Jf. Forlesningsfortegnelser for årene 1969–1972.

14 Se innlegg i *Injuria* (tidsskrift for juridiske studenter i Bergen), årgang 1 nr. 1 1969, s. 18, det første av tallrike bidrag relatert til Nordisk Studentjuristråds (NSJR) virksomhet, funksjon og formål. Se også årgang 2 nr. 1 1970, s. 12; årgang 3 nr. 1, s. 9; årgang 3 nr. 4, s. 11.

15 Årgang 2 nr. 1 1970, s. 33.

16 Årgang 3 nr. 4, s. 12: «[...] har man diskutert innføring av faget nordisk komparativ rett [...]»

17 Studentavisen *Injuria* inneholder en del debatt om Norges forhold til EEC (debatten relaterte seg også til EF-medlemskapet), se bl.a. årgang 4 nr. 3 s. 10, 15, 23.

18 Enkelte bidrag i studentmagasinet *Injuria* krevde et sterkere engasjement av fakultetsledelsen, men studentene fikk ikke noen form for gehør for sine ønsker om et mer internasjonalt fokus.

19 Buanes, notat 11 B-Versjon, s. 110. Påfallende er at internasjonalisering i den nylig reviderte formålsbeskrivelsen i studiehåndboken fra 1988/89 (s. 9) ikke nevnes med et eneste ord. Formålet med jusstudiet er utelukkende relatert til den nasjonale retten. Rettens stadig økende kompleksitet kobles her fortsatt ikke til internasjonal innflytelse på norsk rett.

20 Også bidrag i *Injuria* relatert til utenlandsk rett relaterer seg som regel til engelsk og amerikansk rett (årgang 2 nr. 1 1970, på s. 12 «engelsk goodbit»; Terje G. Gran, «Tanker om en ny kultur», *Injuria*, årgang 4, nr. 3 1972, på s. 27–30; årgang 5 nr. 2 1973, på s. 11–17, med flere artikler som relaterer seg til USA.

Neste fase i internasjonaliseringens historie er sparket i gang når fakultetet etablerer et første internasjonaliseringsutvalg i 1990. Utvalgets leder fikk ansvar for både det faglige og det administrative arbeid relatert til internasjonalisering. Samtidig fikk fakultetet en halv stilling øremerket internasjonaliseringsarbeidet. Nok en gang var det studentene som var en drivkraft bak endringen.<sup>21</sup> Denne gangen ble de tatt på alvor, særlig av daværende dekan Kai Krüger. Etter innspill fra ELSA ble det opprettet et studietilbud i EF/EØS-rett i 1992.<sup>22</sup> Samtidig begynte en første form for institusjonelt samarbeid å realisere seg. Men det varte likevel til 1994<sup>23</sup> før det første engelskspråklige kurs ble holdt ved Det juridiske fakultet i Bergen.<sup>24</sup> Frem til 2002 økte antallet engelskspråklige emner gradvis.<sup>25</sup> Samtidig ble stadig flere ansatte integrert i internasjonale forskningsprosjekter, og antall publikasjoner adressert til et internasjonalt publikum økte tilsvarende.<sup>26</sup> Likevel fantes det fortsatt ingen helhetlig politisk linje for å profesjonalisere fakultetets internasjonaliseringsvirksomhet.

Med Ernst Nordtveit fikk fakultetet en dekan som målrettet drev frem *institusjonalisering* av internasjonaliseringen. Studiereformen i 2003 skapte institusjonelle strukturer som la til rette for en mer internasjonal utdannings- og forskningsprofil og en aktiv ansettelsespolitikk som eksplisitt åpnet for rekruttering av forskere

21 European Law Students' Association (ELSA) la 27. april 1990 frem forslaget om «at det blir opprettet et internasjonalt utvalg for å gi et tilbud til studenter som ønsker et utenlandsk opphold som alternativ til spesialfag».

22 Kurs i EF/EØS-rett ble første gang lansert som spesialfag i studiehandbok 1992/93 s. 42. Fagansvarlig var Kai Krüger og Arvid Frihagen. Pensumlitteraturen består i det vesentlige av Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen, *EF-ret* (1988), samt et undervisningskompendium med omtrent 150 siders omfang. Mesteparten av pensumlitteraturen var på dansk eller norsk.

23 Buanes hevder at det første engelskspråklige faget ble etablert i 1993 (jf. notat 11 s. 112). I studieplanen for det året fant jeg imidlertid ikke noen referanse til spesialfaget «EC and EEA-Procurement Law»; dette faget kom først inn som spesialfag i 1994 (jf. studiehandbok 1994/95, s. 44).

24 I studiehandboken 1994/95 nevnes det to spesialfag med engelske titler: nr. 6 «Current International Refugee Law and Issues» (professor Mæland) og nr. 15 «EC and EEA-Procurement Law» (Krüger og Frihagen). Det finnes ikke informasjon om pensum i disse fagene, men med blick på pensum fra senere år kan det antas at kursene ble basert på engelsk litteratur og engelske forelesninger.

25 Se nærmere nedenfor.

26 Se nærmere nedenfor.



med utenlandsk bakgrunn.<sup>27</sup> Denne reformen markerer den fjerde og siste fasen i denne utviklingen. Ettersom denne artikkelen gjelder den historiske utviklingen, vil hovedfokuset i den følgende analysen settes på trinn to og tre, særlig på samspillet mellom rettsutvikling, undervisning og forskning.

### 3.2 *Et internasjonalt perspektiv i undervisningen*

En første indikator på endringer i graden av internasjonalisering ved Det juridiske fakultet er antall undervisere og forskere med utenlandsk bakgrunn eller særlig interesse for internasjonal rett. Dette antallet har økt kraftig etter 2003, men allerede i fakultetets første år fantes det ansatte som hadde fått sin utdanning i andre land enn Norge, eller var særlig interessert i internasjonal rett.<sup>28</sup> I 1972 begynte Nicolas Wilmot som amanuensis å undervise i spesialfaget «Engelsk og amerikansk rett». Wilmot er født og oppvokst i Zimbabwe (den gang Rhodesia) og studerte juss i London der han tok bachelorgrad i juss og senere en LLM-grad i sjørett. Før han kom til Norge i 1970, hadde han jobbet for UNCTAD i Genève. I Bergen fikk han først en stilling som lektor for transport ved NHH, før Tore Sandvik klarte å få Wilmot til å begynne ved Det juridiske fakultet. I likhet med andre utenlandske ansatte senere tok det litt tid før Wilmot begynte å undervise også i norskrettslige fag. I tillegg underviste han i retts sosiologi basert hovedsakelig på Vilhelm Auberts lærebok som første gang kom ut i 1961.<sup>29</sup> En norsk juridisk eksamen tok han aldri. Han sluttet ved Det juridiske fakultet i 1984.

I 1978 tok den internasjonalt renommerte professor Atle Grahl-Madsen (1922–1990), som tidligere hadde vært ansatt ved universitetet i Uppsala, over folkerettsforelesningene som professor Stavang hadde holdt i tidligere år.<sup>30</sup> Fra 1980 ble han

27 Med dette var Det juridiske fakultet likevel blant de fakultetene som var tidligst i gang med institusjonelle reformer. Et helhetlig rammeverk for høyere utdanning kom på plass med St.meld. nr. 14 (2008–2009) kap. 5, der det heter: «Internasjonalisering av utdanning gir viktige bidrag til arbeidslivet og samfunnet i form av bedre språkferdigheter, internasjonal orientering og flerkulturell kompetanse. Økt samhandling og økte muligheter for sammenligninger på tvers av nasjonale grenser gir elever, studenter, lærere og utdanningsinstitusjoner bedre forståelse for eget kunnskapsnivå og egne evner.» Senter for internasjonalisering og utdanning (siden 2018 DIKU) definerer siktemålet for en slik institusjonaliseringsprosess slik: «Innenfor høyere utdanning vil internasjonalisering være prosessen med å integrere en internasjonal, interkulturell og global dimensjon i mål, organisasjon og handling» (SIU 2005 (2008): 7; referert hos Havn 2017, s. 8).

28 En fullstendig oversikt over alle ansatte med utenlandsk bakgrunn og professorer II finnes i figur 1.

29 Vilhelm Aubert, *Retts sosiologi*, 1. utgave, Oslo 1968.

30 Forelesninger, Høstsemester 1978, s. 130. Han kom tilbake i 1980 (s. 94); dette året holdt universitetselektor B.T. Nielsen eksamensmanuduksjonen i folkerett. Professor Stavang hadde selv utenlandsk erfaring etter å ha studert halvannet år i England.

fast ansatt som professor i Bergen. Grahl-Madsen hadde studert internasjonal rett i Haag (Nederland) og vært engasjert bl.a. for ulike flyktningorganisasjoner og som ekspertrådgiver for Europarådet og FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR). I 1967 forsvarte han sin avhandling *The status of refugees in international law* ved UiO.<sup>31</sup> Boken ble etter hvert et standardverk på dette feltet, og på 1980-tallet brukt som pensumlitteratur i Bergen.<sup>32</sup> Under Grahl-Madsen ble flyktning- og asylrett etablert som forskningsfelt og etter hvert også som undervisningsfag.

Nok en viktig impulsgeber for internasjonalisering var professor Kai Krüger som i sin tid som dekan kjempet for å etablere et studietilbud i EF/EØS-rett fra høsten 1992.<sup>33</sup> Allerede i 1991 hadde Krüger sammen med Rune Sæbø lansert et seminar med tittelen «Internasjonal kontraktsrett».<sup>34</sup> Samme år utvidet han læreboken *Norsk kjøpsrett* med et engelskspråklig kapittel om «International sales under present Norwegian Law».<sup>35</sup> Han var også kursansvarlig for det første engelskspråklige valgfaget, «EU and EEA Procurement Law», i 1994.<sup>36</sup> Krüger inspirerte en del, særlig yngre, kollegaer til å utvide sine forskningsinteresser til innflytelsen av internasjonal rett på norsk rett.

En stor berikelse for og en sentral drivkraft bak nye impulser på fakultetet var professor David Roland Doublet (1954–2000). Født i Bergen var han likevel fransk statsborger, usedvanlig språkmektig og internasjonalt orientert. Han bidro til å gi debatten rundt rettens internasjonalisering et rettsteoretisk fundament. I 1985 forsvarte han sin filosofiske doktoravhandling *Fornuft som rettsinstans*.<sup>37</sup> Ni år senere fulgte en juridisk doktoravhandling med tittelen *Rett, vitenskap og fornuft*, der han tematiserte «forholdet mellom retten og de grunnleggende verdier

31 Nærmere informasjon om Grahl-Madsen finnes i en artikkel i bind to av *International Journal of Refugee Law* 1990, s. 179 f.

32 Dessuten publiserte Grahl-Madsen bøker som *Territorial Asylum* (Stockholm 1980) og *Norsk fremmedrett i støpeskjeen* (Universitetsforlaget 1985).

33 Studiehåndbok 1992/93 s. 42 f.

34 Se Kai Krüger og Rune Sæbø, *Internasjonal kontraktsrett – textmateriale*, Bergen 1991, som inneholder en meget omfattende samling av datidens vitenskapelige bidrag til dette tema både på nordiske språk, engelsk og tysk.

35 Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*, 3. reviderte utgave, Bergen 1991, § 26.

36 Se notat til Det juridiske fakultetsrådet, sak nr. 12/92 til styremøte 12. mai 1992; faget føres likevel første gang i Studiehåndboken 1994/95, s. 44.

37 David R. Doublet, *Fornuft som rettsinstans*, Bergen 1985. Avhandlingen ble oversatt til tysk: David R. Doublet, *Die Vernunft als Rechtsinstanz: (Kritik der reinen Vernunft als Reflexionsprozess der Vernunft)*, Oslo 1989.

som organiseringen av samfunnet hviler på».<sup>38</sup> Basert på Luhmanns og Krawietz' systemteoretiske tilnærminger og en grundig analyse av den internasjonale rettsfilosofiske diskursen utviklet Doublet en unik rettsfilosofisk tilnærming som har preget den juridiske forskningen i Bergen frem til i dag. Han tok til orde for en kritisk vitenskapsteoretisk selvforståelse som grunnlag for «en vitenskapsteoretisk debatt om rettsdogmatikk, rettsanvendelse og rettsvitenskap».<sup>39</sup> Allerede før han ble professor ved Det juridiske fakultet i 1995, brukte han sin bakgrunn og sitt nettverk for å sparke i gang debatter om forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett. Samtidig bidro hans «akselererende internasjonale aktivitet, med gjesteforelesninger i USA, Frankrike, Tyskland og Australia» til å skjerpe fakultetets internasjonale profil.<sup>40</sup>

En annen forsker med utenlandsk bakgrunn som begynte å undervise på fakultetet, var den svenske professoren Jan Andersson. Andersson tilføyde impulser fra *law and economics* og introduserte det første fag med et rettskomparativt perspektiv.<sup>41</sup>

I forlengelsen av reformen i 2003 kan vi observere en markant økning i ansettelser av forskere med utenlandsk bakgrunn.<sup>42</sup> I 2004 ble Christian Franklin (UK) og Annika Suominen (Finland) ansatt som stipendiater. Frem til 2009 økte antallet ansatte med utdanning utenfor Norge til 11.<sup>43</sup> Av disse fikk 7 fast ansettelse, 4 har etter hvert fått opprykk til professor, mens av de 3 som har blitt førsteamanuensis, har 2 valgt å forlate fakultetet.<sup>44</sup> I 2019 er Esmeralda Colombo (Italia, stipendiat) og Ignacio Herrera Anchustegui (Venezuela, forsker) de siste «eksterne» blant de midlertidig ansatte.

38 Jf. pressemeldingen 22. september 1995: [https://www.uib.no/info/dr\\_grad/95/september/Doublet.html](https://www.uib.no/info/dr_grad/95/september/Doublet.html)

39 Doublet, «Rett, vitenskap og fornøft» – et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjonsverdimessige forutsetninger, Bergen 1995, s. 8.

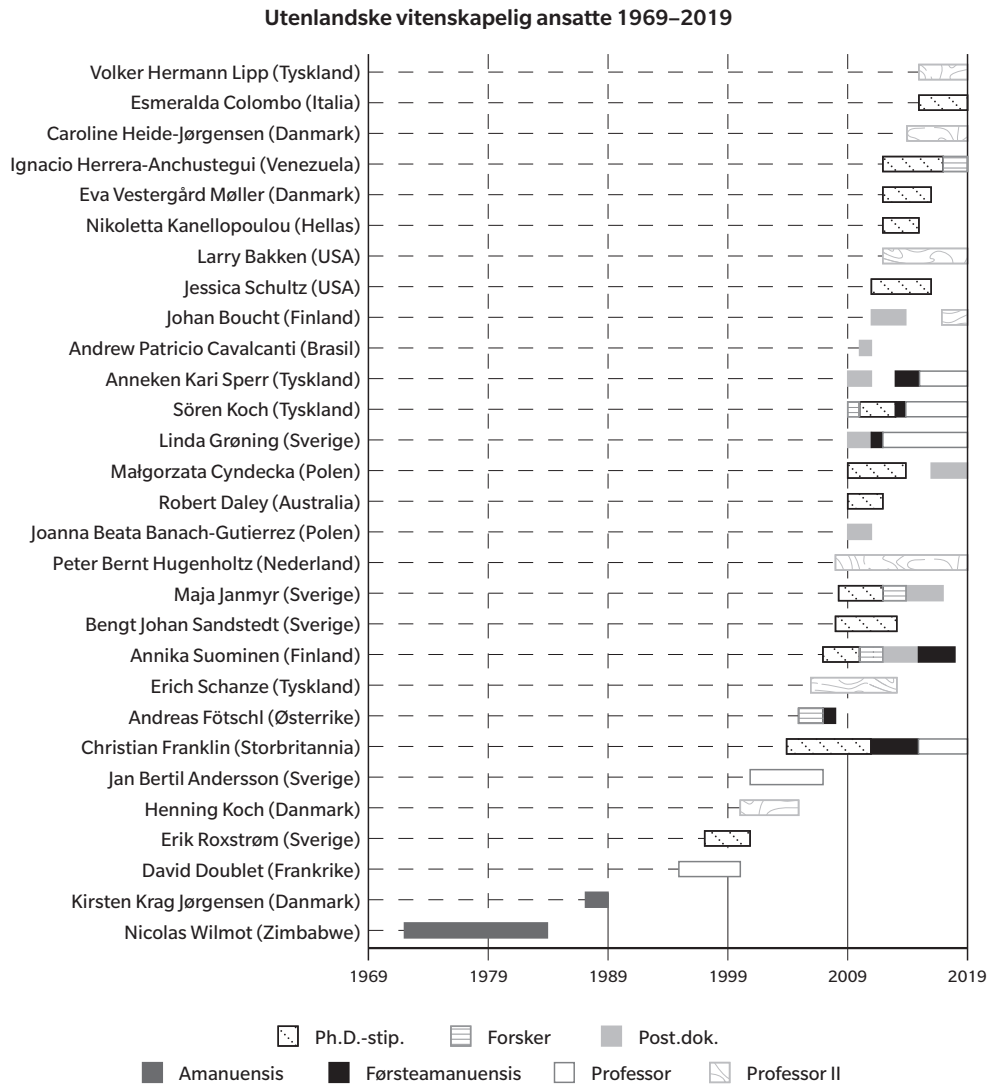
40 Bjarte Askeland og Jan Fridthjof Bernt, *Erkjenning og engasjement – minneseminar for David Roland Doublet (1954–2000)*, Bergen 2002, s. 5.

41 Studiehåndboken 2001/02 s. 73. Andersson er fortsatt en av Sveriges mest aktive rettskomparatister (<https://www.su.se/profiles/janan-1.183800>).

42 Se figur 1 nedenfor – grafisk fremstilling av ansatte med utenlandsk bakgrunn samt stilling og ansettelsesperioder.

43 Joanna Beata Banach-Gutierrez (Polen), Malgorzata Cyndecka (Polen), Robert Daley (Australia), Andreas Fötschel (Østerrike – senere førsteamanuensis til 2010); Linda Gröning (Sverige); Maja Janmyr (Sverige), Sören Koch (Tyskland); Anneken Sperr (Tyskland); Bengt Johan Sandstedt (Sverige).

44 Suominen og Fötschel.



### 3.3 Fag med internasjonal perspektiv

Opprinnelig hadde læreplanen og sysselsettingen ved Det juridiske fakultet i Bergen liten plass for internasjonalisering. I 1969 og 1970 fantes det ikke noe fag på læreplanen med et internasjonal perspektiv.<sup>45</sup> Vårsemesteret 1971 ble det annonsert

<sup>45</sup> Forelesningsfortegnelser med ytterligere informasjon om kurs og undervisere finnes i Universitetet i Bergen, *forelesninger, institutter og samlinger, lærere og funksjonærer*, høstsemester 1969, vårsemester 1970, høstsemester 1970, Bergen, hhv. på sidene 44 f., 29 f. og 28 f.

et kurs i folkerett/statsrett i 3. avdeling.<sup>46</sup> Om det ble holdt, er ikke kjent. På våren 1972 fantes igjen utelukkende fag basert på norsk rett og norske rettskilder på læreplanen.<sup>47</sup>

På mange måter markerte høstsemesteret 1972 et startskudd for et mer internasjonalt fokus i jusutdanningen i Bergen. Dette semesteret ser vi for første gang at renommerte utenlandske forskere holder forelesninger. Komparatisten og Oxford-professor A.M. Honoré foreleste over romerretten, og Oxford-professor B. Nicolas holdt en gjesteforelesning over emnet «English and American attitudes to the authority of precedent».<sup>48</sup> Samme semester ble det tilbudt en tolv timers forelesning i folkerett med Per Stavang som foreleser.<sup>49</sup> Det var fra og med vårsemesteret 1973 at Nicolas Wilmot som amanuensis etablerte «Engelsk og amerikansk rett» som spesialfag.<sup>50</sup> Et visst internasjonalt innslag hadde sikkert også Thorstein Eckhoffs forelesninger i rettsfilosofi som ble holdt fra 1973 til 1978. I 1978 ble et lite kapittel om internasjonal privatrett pensum i første avdeling.<sup>51</sup> Studiereformene fra 1978<sup>52</sup> og 1984<sup>53</sup> medførte ikke noen realitetsendringer med tanke på fag med internasjonalt perspektiv.<sup>54</sup> Engelskspråklig pensumlitteratur fant man bare i de fagene der rettskildene hadde sitt opphav i internasjonal rett. Noen

46 Universitetet i Bergen, *Forelesninger, institutter og samlinger, lærere og funksjonærer*, vår 1971, s. 34.

Hvem som foreleste, kommer ikke frem. Høsten 1971 fantes ingen fag med internasjonalt perspektiv.

47 Universitetet i Bergen, *Forelesninger, institutter og samlinger, log funksjonærer*, vår 1972, s. 43 f.

48 Universitetet i Bergen, *Forelesninger, institutter og samlinger, lærere og funksjonærer*, høst 1972, s. 44 f.

49 Universitetet i Bergen, *Forelesninger, institutter og samlinger, lærere og funksjonærer*, høst 1972, s. 45.

50 Universitetet i Bergen, *Forelesninger, institutter og samlinger, lærere og funksjonærer*, vår 1973, s. 51. Fra 1974 er det professor Kai Krüger som er ført som fagansvarlig for dette kurset, senere overtar Kristian Huser. Kurset ble nedlagt med Fakultetsrådets vedtak fra 13.06.1995.

51 Studiehåndbok 1981/82 s. 17 – der pliktliteraturen relatert til dette emnet angis med § 122 i *Knophs oversikt over Norges rett*, 8. utgave fra 1981.

52 Se Reglement for Juridisk Embetseksamen fastsett av Kirke- og undervisningsdepartementet 12.10.77 med hjemmel i §§ 33 og 5 i lov av 19. juni 1970 nr. 58 om eksamen og grader ved universiteter og høyskoler. Utdraget av målsetningskomiteens innstilling med tittelen «Utvikle evnen til selvstendig juridisk tenkning» trykket i *Injuria* årgang 6 nr. 1/2 1974, s. 14 f., gjenspeiler et fullstendig fravær av noen form for internasjonalt perspektiv i jusutdanningen på 1970-tallet.

53 Jf. studiehåndbøker fra 1981/82 til 1995/96; fra 1984 kunne man innenfor folkerettskurset velge alternativt internasjonale menneskerettigheter eller utlendings- og flyktningrett. Nærmere informasjon om innholdet i eller litteratur for disse fagene finnes dessverre ikke i studiehåndboken fra dette året (jf. s. 31); tilsvarende informasjon finnes først i Studiehåndbok 1985/86, på s. 31 fl., samt litteratur for begge alternativer.

54 Se studieplan for juridisk embetseksamen fastsatt av Rådet for Det juridiske fakultet 10 desember 1984 mv. med hjemmel i Reglement for juridisk embetseksamen ved Universitetet i Bergen av 22. november 1984. Det eneste som kan nevnes her, er at man har åpnet for adgang til eksamensbesvarelser på dansk og svensk, og – med særlig samtykke fra fakultetet – på et annet språk (jf. § 1 tredje ledd).

form for påvirkning fra internasjonal rett overfor de klassiske rettsdogmatiske fagene gjenspeilte læreplanen ikke.

Påfallende var et visst fokus på angloamerikansk rett i denne fasen. Dette vil tilsynelatende ha hatt en sammenheng med individuell bakgrunn og interesser hos de involverte lærerkrefter. Eckhoff, Bernt og Wilmot hadde studert i Common Law-land, og Sandvik og Stavang hadde internasjonale kontakter særlig til Oxford.<sup>55</sup> Likevel kan dette retningsvalget til en viss grad også sies å være uttrykk for den dominerende innflytelse angloamerikansk rett øvde på norsk rettsvitenskap etter 1945.

I den tredje fasen fra 1990 til 2000 kan vi observere at fokuset på angloamerikansk rett etter hvert begynte å skifte mot en fornyet interesse for kontinentaleuropeisk rett og rettskultur. Nye folkerettslige spesialfag og EF/EØS-rett tas opp i studieplanen.<sup>56</sup> «EC and EEA-Procurement Law» er blant de første engelskspråklige spesialfag. Samtidig overtok Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet undervisningen i rettsfilosofi. Bare et kort blikk på pensumlitteraturen dokumenterer et markant paradigmeskifte innenfor dette faget.<sup>57</sup> Et bredere internasjonalt perspektiv kom frem i fagets reviderte eksamenskrav: «Det kreves kjennskap til og innsikt i de sentrale trekk i den rettsfilosofiske diskusjon i Norge og i den vestlige kulturkrets, [...]»<sup>58</sup> I 1997 fornyet Terje Einarsen og Jørgen Aall karakteren av folkerettsforelesningene og integrerte menneskerettsperspektivet i det nye faget «Internasjonal rett» på 4. avdeling.<sup>59</sup> Samme år ble faget «Rettskildelære III» introdusert der den internasjonale rettens implikasjoner for norsk juridisk metode var et kjerneelement.<sup>60</sup> Et ytterligere tegn på mer fokus på rettens internasjonalisering var at spesialfagene fikk en ny rekkefølge der fag med internasjonalrettslig fokus kom lenger frem (nr. 3, 4, 5, 6 A/B, 7).<sup>61</sup> Samtidig introduserte stipendiat Jørgen Aall faget «Internasjonale menneskerettigheter».<sup>62</sup> Også i andre spesialfag og enkelte obligatoriske fag økte antallet referanser til engelskspråklig litteratur.<sup>63</sup>

55 Betegnende er at Wilmot brukte Eckhoff, *Rettsvesen og rettsvitenskap i USA* (1953) som del av pensumlitteraturen i spesialfaget «Engelsk og amerikansk rett», jf. Studiehåndbok 1982, s. 29.

56 Se note 24.

57 I tilleggslitteraturen finnes bidrag fra Habermas, *Faktizität und Geltung* (engelsk oversettelse), Dworkin, Hart, Teubner, Rawls, Ross, Krawietz og Doublet.

58 Studiehåndbok 1994/95 s. 40.

59 Studiehåndbok 1997/98 s. 51.

60 Studiehåndbok 1997/98 s. 52.

61 Studiehåndbok 1997/98 s. 55–61.

62 Studiehåndbok 1997/98 s. 61.

63 Et eksempel er tilleggslitteraturen til olje- og gass-rett (nr. 10), jf. Studiehåndbok 1997/98 s. 63.

I de nye læringskravene til «Kontraktsrett II» skriver professor Krüger: «Moderne kontraktsrett er internasjonal, og krever derfor kjennskap til kontraktsrettsutviklingen innen EØS og internasjonale institusjoner så langt dette har betydning for norsk rett.»<sup>64</sup> Dette sitatet er et illustrerende eksempel på både et institusjonelt og et mentalt paradigmeskifte som hadde sin årsak i den stadig økende betydningen av internasjonale rettskilder i Norge. Som en følge relaterte stadig flere pensumfag seg til internasjonale rettskilder og internasjonal litteratur. Dessuten økte antallet valgfag med internasjonalt og rettskomparativt perspektiv kraftig på begynnelsen av 2000-tallet.<sup>65</sup> Det ble til og med lagt planer om å opprette et LLM-program ved Det juridiske fakultet i Bergen, men av resursmessige grunner er dette programmet ennå ikke realisert.<sup>66</sup>

Sentrale ildsjeler bak fakultetets internasjonalisering var utvilsomt dekanene Nordtveit og Strandbakken, med sine store internasjonale nettverk og en sunn ambisjon om å omstrukturere Det juridiske fakultet fra en provinsiell til en mer internasjonal forsknings- og undervisningsinstitusjon. Utgangspunkt for denne utviklingen var Ernst Nordtveits tale med tittelen «Globalisering og internasjonalisering – Virkninger for juridisk forskning og utdanning» på et Solstrand-seminar i 2000. I denne talen skisserte Nordtveit sin visjon om et forskningsbasert utdanningsopplegg med sterke internasjonale komponenter. Samtidig oppfordret Nordtveit alle vitenskapelig ansatte til å delta i «internasjonaliseringsverksemda.»<sup>67</sup> Den følgende debatten dannet grunnlaget for den «faglige internasjonaliseringen» samt «en større forståelse for tanken om en ny studieordning med lengre utenlandsk opphold og større innslag av EØS-rett og generell styrking av internasjonal rett».<sup>68</sup> Selve reformen som ble implementert i 2003/04, blir et naturlig slutt punkt

64 Studiehåndbok 1999/2000 s. 58.

65 Noen eksempler er Internasjonal skatterett, Studiehåndbok 1999/2000 s. 89; Petroleumsrett s. 82; American Law s. 69 (læringskrav er her for første gang skrevet på engelsk). 9 av 17 valgfag er direkte relatert til internasjonal rett, ytterligere 4 har en sterk side mot internasjonalisering. Det første faget med klar rettskomparativ tilnærming var JUS 355 «Comparative Company Law with Law and Economics», kursansvarlig prof. Jan Andersson (Sverige), Studiehåndbok 2001/02.

66 For nærmere informasjon om de ulike vedtakene som har blitt truffet i denne sammenheng, se Buanes, notat 11, s. 117 f. Særlig viktig er rammevedtaket for LLM i handlingsplanen 2007, Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 34/07 til styremøte 19. juni 2007, s. 7, jf. punkt 4 i notatet.

67 Fullstendig sitat fra denne talen, se notat 11, s. 118.

68 Buanes, notat 11, s. 118.



for denne fremstillingen. Med denne reformen ble tre obligatoriske fag etablert som mer eller mindre direkte relaterer seg til internasjonal rett.<sup>69</sup>

Men store ambisjoner alene var selvfølgelig ikke nok. Akkurat som hverken Napoleon eller Cesar vant de store slagene på egen hånd, trengte disse «ildsjeler», som Buanes kalte dem,<sup>70</sup> hjelp av administrative allierte. Blant de mange som bidro, fortjener Jan Erik Hatling en særlig anerkjennelse. Han sto sentralt ved mange samarbeidsavtaler, men tok også ofte personlig initiativ til nye former for samarbeid, både administrativt og vitenskapelig. Mari Myren og Kristin Mathiesen var særlig viktige støttespillere for utenlandske ansatte og internasjonale gjester, og hjalp med å integrere dem i de respektive fagmiljøer. Stor innsats viste også enkelte forskere som selv hadde studert, forsket og undervist i utlandet. Artikkelen av Strandbakken og Tøsdal i denne boken gjør omfattende rede for historien om utveksling og institusjonelt internasjonalt samarbeid.<sup>71</sup>

Avslutningsvis kan det konstateres at det fantes bestrebelser og diskusjon relatert til internasjonalisering siden jusutdanningens grunnleggelse i Bergen på 1960-tallet. Ofte var det studentene eller enkeltundervisere som sto for initiativ. Jussens internasjonale dimensjon ble likevel ikke del av formålet med juristutdanningen i Bergen før mot slutten av 1990-tallet.<sup>72</sup> Dette henger tilsynelatende sammen med den økende betydningen av internasjonal rett som rettskildedefaktor i norsk rett. Først med noen grunnleggende reformer ved begynnelsen av det nye millennium ble rettens internasjonalisering et mer sentralt satsingsområde for Det juridiske fakultet og en integrert bestanddel av jusutdanningen. I det følgende skal jeg undersøke hvorvidt forskningsvirksomheten ved Det juridiske fakultet har påvirket eller har blitt påvirket av denne institusjonaliseringsprosessen.

---

69 JUS 121 «Norske og internasjonale rettslige institusjoner» (NIRI), JUS 134 «Retts historie og komparativ rett» og JUS 135 «Rettsstat og menneskerettigheter».

70 Buanes, notat 11, s. 118.

71 S. 115–130 i Strandbakken og Tøsdal.

72 Påfallende er at det frem til 2002 ikke finnes et eneste ord om internasjonalisering i studiehåndbøkens generelle innledning med undertittel «Føremålet med det juridiske studiet», eller i studie- og eksamensreglementet § 1-2 «Målsetning». Ordlyden i denne bestemmelsen var uendret helt siden 1969. Fra 1997/98 finner vi et avsnitt viet internasjonalisering (kap. E), som bare besto av to korte paragrafer relatert til utveksling og utenlandske studenter. Omfanget av dette kapittelet endres ikke vesentlig i årene frem til 2002.



### 3.4 Forskning

Internasjonaliseringen har satt preg også på fakultetets viktigste kilde til vitenskapelige publikasjoner. Fra 1973 til 2018 har det blitt avlagt nøyaktig 100 juridiske doktoravhandlinger ved Det juridiske fakultet i Bergen.<sup>73</sup> Femten av disse er skrevet på engelsk og retter seg således umiddelbart til et internasjonalt publikum. Bortsett fra én avhandling er alle disse publisert etter 1990.<sup>74</sup> Også norskspråklige avhandlinger som Terje Einarsens *Retten til vern som flyktning*, Jørgen Aalls *Rettergang og menneskerettigheter* og Arnfinn Bårdsens *Krenkelser og klager*, for å nevne noen tidlige eksempler, relaterer seg umiddelbart til internasjonale kilder og institusjoner.<sup>75</sup> Andre felt med særlig stort innslag av internasjonal rett er IPR,<sup>76</sup> «Sivil- og straffeprosessrett»<sup>77</sup> og de rettsområdene som er særlig påvirket av EØS- og EU-rett.<sup>78</sup> Den vedlagte tabellen viser at antallet avhandlinger med internasjonalrettslige emner har økt kraftig de siste ti årene og utgjør mer enn en tredjedel av de avhandlingene som har blitt avlagt etter 2009. Den relative andelen av forskning med internasjonalrettslig forankring har økt fra 0,13 i 1989 til 0,25 i 2008, men blir deretter relativt konstant.

73 En generell undersøkelse av doktoravhandlinger finnes hos Marius Mikkel Kjølstad, «Det rettsvitenskapelige kloster» i denne boken, s. 41–58. I det følgende bygger jeg på en empirisk analyse som jeg i samarbeid med Kjølstad har gjennomført høsten 2018. Tallene er tatt fra s. 78–79.

74 Hanne Sophie Greve, *Kampuchean refugees «between the tiger and the crocodile»: international law and the overall scope of one refugee situation*, to bind, Bergen 1987. Greve har på 1980- og 90-tallet undervist en del, men – så vidt jeg kan se – ikke innenfor et fag med et særlig internasjonalt perspektiv.

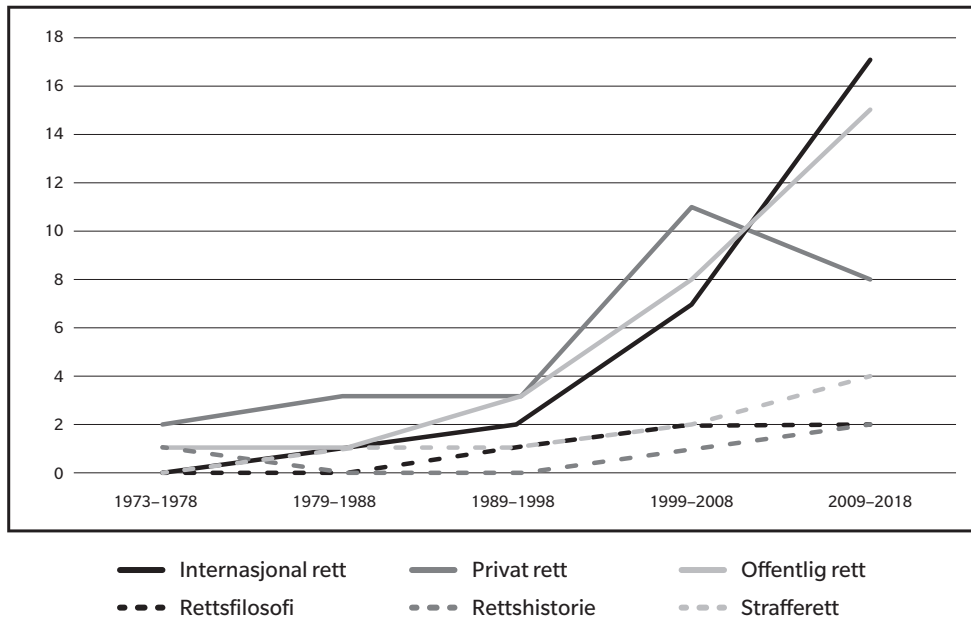
75 Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning, med hovedvekt på FNs flyktningsbegrep – de historiske og traktatsforutsetninger og gjeldende rett*, Bergen 1998; Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter – Den europeiske menneskerettskonvensjons art. 6 og norsk strafferett*, Bergen 1993; Arnfinn Bårdsen, *Krenkelser og klager – vilkårene for realitetsbehandling av private klager under Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. Bergen 1998.

76 Se eks. Berte Elen Konow, *Løsørepant over landegrensener*, Bergen 1999; Torstein Franzen, *Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap – studier i norsk og internasjonal privatrett med særlig vekt på gjenlevende ektefelles rettsstilling*, Bergen 2000.

77 Disse avhandlinger er publisert etter 2009, eksempler er Annika Suominen, *Gjensidig anerkjennelse i straffesaker mellom EUs medlemmer*, Bergen 2011; Elizabeth Baumann, *States in transition and the duty to prosecute international crimes. Alternatives under international law with lessons from Afghanistan*, Bergen 2011; Gjermund Mathisen, *Utlevering for straffbare forhold. Norsk rett i nordisk, europeisk og globalt samarbeid*, Bergen 2009.

78 F.eks. Christian Franklin, *Consistency in EC External Relations Law*, Bergen 2010; Ronny Gjendemsjø: *Oligopolproblemet – om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, Bergen 2011; Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013; Herdis Helle, *Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter*, Bergen 2013; Malgorzata Cyndecka, *The Applicability and Application of the Market Economy Investor Principle*, Bergen 2015.

Doktoravhandlinger 1973–2018



Det empiriske materialet indikerer at det har funnet sted et paradigmeskifte i forskningen relatert til internasjonalisering allerede før de institusjonelle endringene etter studiereformen i 2003 fikk effekt. En kvalitativ analyse av doktoravhandlingene fra 1973 til 2003 støtter denne hypotesen.

Referanser til fremmed rett finnes allerede blant de første dissertasjoner avlagt i Bergen. Mons Sandnes Nygard, som har vært på opphold i Tyskland, refererer i sin rettshistoriske studie til en del kontinentaleuropeiske utviklingstrekk med betydning for utviklingen av norsk rett.<sup>79</sup> Kristian Husers avhandling om avtale-tolkning inneholder en svært omfattende rettshistorisk del der den internasjonale diskursen skisseres. Samtidig beskriver han rettstilstanden i en del andre land, på rundt 20 sider.<sup>80</sup> Noen systematisk rettsammenligning inneholder avhandlingen likevel ikke. Det gjøres heller ikke rede for betydningen av utenlandsk rett for utredningen av norsk rett. Mange andre rettsdogmatiske avhandlinger på 1980-tallet inneholder tilsvarende (ofte enda kortere) fremstillinger av rettstilstanden

<sup>79</sup> Mons Sandnes Nygard, *Eigedomsavhending i norsk rettshistorie*, Bergen 1975, s. 40 f.

<sup>80</sup> Kristian Huser, *Avtaletolking: en innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del*, Bergen 1983, s. 163–336 (rettshistorisk utredning) og s. 341–361 om fremmed rett.

i andre land.<sup>81</sup> Som regel er det nabolandene Danmark og Sverige som tas med,<sup>82</sup> men også amerikansk, engelsk, tysk og fransk rett. Kåre Lilleholt er den første som gjør mer systematisk rede for bruken av og funksjonen til fremmed rett, i sin rettsdogmatiske avhandling (s. 8). Siktemålet er å kaste lys over norsk rett, ikke å sammenligne med andre land.<sup>83</sup> Samtidig understrekker han at «bruken av ikke norsk tilfang skal haldast innafør tradisjonelle rammer»<sup>84</sup>. Det virker som om disse tradisjonelle rammene er innfridd når en doktorand skisserer i grove trekk rettstilstanden i de skandinaviske nabolandene. Med tanke på rettskulturelle fellestrekk, lovgivningssamarbeid og språklig tilgjengelighet virker det naturlig å søke inspirasjon fra de nordiske landene. Den rettskildemessige vekten av fremmed rett problematiseres sjelden, gjennomgangen av andre lands rettstilstand er ofte deskriptiv og uten særlig analytisk verdi for kandidatenes rettsdogmatiske problemstillinger innenfor nasjonal rett.

En ny type bevissthet om funksjon og betydning av fremmed rett antydes for første gang i Ernst Nordtveits avhandling fra 1990.<sup>85</sup> Allerede tittelen inneholder det engelske begrepet «joint ventures». Dette er påfallende i et arbeid som ellers relaterer seg til et rettsdogmatisk kjerneområde (kontraktsrett) innenfor norsk rett. Samtidig fremhever forfatteren den økende betydningen av den internasjonale dimensjonen ved regulering av supranasjonalt oppdragssamarbeid. Nordtveit hevder at «det konkrete kildematerialet som er tilgjengeleg når det gjeld oppdrags-samarbeid er såleis norsk og utanlandsk kontraktspraksis, litteratur og utanlandsk rettspraksis».<sup>86</sup> Han slår videre fast at den nasjonale retten og rettshåndhevelse

81 Henry John Mæland, *Æreskrenkeler*, Bergen 1984. II av 474 sider (s. 29–40) gir hovedtrekk ved æreskrenkelseslovgivning i enkelte utenlandske rettssystemer. Bortsett fra en kort referanse til svensk juridisk litteratur omtales heller ikke utenlandske rettskilder i metodedelen. Magnus Matningsdal, *Inndragning*, Bergen 1985, inneholder to korte kapitler om dansk og svensk rett, som i all hovedsak består av en oppramsing av rettstilstanden i henhold til lovgivning. Fremmed rett som rettskilde omtales på s. 144. Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold: krav om «saklig grunn», forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet*, Bergen 1986, inneholder et meget kortfattet overblikk over rettstilstanden i ulike nordiske land samt Vest-Tyskland og Storbritannia – og en ILO-rekommandasjon, som senere i avhandlingen ikke spiller noen rolle.

82 F.eks. Gudrun Holgersen, *Tilbake til arbeid? Folketrygdens regler om ytelser under attføring med hovedvekt på de sentrale vilkår*, Bergen 1991; Alice Kjellevoid, *Sosialhjelp på vilkår: om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser*, Bergen 1995.

83 Kåre Lilleholt, *Personskifte i husleigeforhold*, Bergen 1986. Her brukes «ikke-norsk rett» som rettskilde-faktor i argumentasjonen (jf. f.eks. s. 43 og 128).

84 Op.cit. s. 8.

85 Ernst Nordtveit, *Oppdragssamarbeid: joint ventures i oppdragsindustri, entreprenørverksemd, forskning og utvikling*, Bergen 1990.

86 Ibid., s. 16.

i Norge «ikkje kan sjåast isolert fra den amerikanske, og etter hvert internasjonale utviklinga av 'joint venture'-modellen».<sup>87</sup> På 1990-tallet kan vi observere en stadig voksende bevissthet om at Norge er en del av et internasjonalt fellesskap, og at norsk rett ikke lenger kan utvikles utelukkende innenfor de nasjonale rammene. Frem til 2003 skriver Aall, Einarsen, Konow, Bårdsen, Franzen og Meidell avhandlinger som direkte relaterer seg til internasjonale rettsordninger og deres innflytelse på norsk rett og rettshåndhevelse.<sup>88</sup> Rasmussens, Husabøs og Sindig Aasens avhandlinger trekker inn et menneskerettsperspektiv.<sup>89</sup> Doublet og Kinander legger fundamentet for en ny juridisk metode som i stor utstrekning bygger på teorier utviklet i utlandet, men er tilpasset norske forhold.<sup>90</sup> Samtidig yter begge forfattere bidrag til den internasjonale diskursen. Den såkalte Bergensskolen utfordrer den rettsrealistiske forankring for Eckhoffs rettskildelære også med tanke på funksjon og betydning av internasjonal rett i Norge.<sup>91</sup>

Men også innenfor mer tradisjonelle rettsdogmatiske avhandlinger antydes en grunnleggende mentalitetsendring. Et eksempel er Sæbø som uttaler seg om temaets «internasjonale dimensjon»<sup>92</sup> og omfattende drøfter EU-rettens innvirkning samt løsninger i andre land (kap. 5).<sup>93</sup> Andre eksempler er Askelands og Strandbakkens avhandlinger som viser en meget reflektert forståelse av innflytelsen til internasjonale regimer for utviklingen og anvendelsen av rett i Norge.<sup>94</sup> Av de 17 avhandlinger som publiseres mellom 1990 og 2003, er det bare 4 som følger det mer tradisjonelle mønsteret der drøftelser av utenlandsk rett stort sett begrenses til de skandinaviske nabolandene og brukes som støtteargumenter eller for å utrede den historiske eller rettsteoretiske bakgrunnen for avhandlingens tema.

87 Ibid., s. 44.

88 Aall (1993); Einarsen (1998); Bårdsen (1998), Konow (1999), Frantzen (2000), Meidell (2003).

89 Ørnulf Rasmussen, *Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet*, Bergen 1994; Rune Sæbø, *Innsidehandel med verdipapir*, Bergen 1995; Henriette Sindig Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling: om selvbestemmelsesrettens grunnlag, innhold og rekkevidde*, Bergen 1998.

90 Doublet (1995), og Morten Kinander, *The view from within. An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence*, Bergen 2003. For et nylig publisert bidrag til denne fortsatt aktuelle debatten, se Bjarte Askeland, «Nye utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018», *Lov og Rett* 2018, s. 519–536.

91 Et nylig eksempel på denne form for metodisk reflektert kritikk finnes i Bjarte Askeland, «Andreas Bloch Ehlers: Kausalitet i personskadeerstatningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2018, s. 124–131.

92 Sæbø 1995, punkt 3.2.5.

93 Ibid., på s. 80–115.

94 Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Bergen 2001; Asbjørn Strandbakken (dr. juris), *Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»*, Bergen 2002.

Men hva var grunnen til denne utviklingen? Vi har allerede sett at fakultetspolitiske vurderinger eller undervisningsbehovet i liten grad krevde en revurdering av forskningsperspektiver før 2003. Svaret finnes tilsynelatende i en kombinasjon av interne og eksterne faktorer. Rettens globalisering og internasjonalisering var utvilsomt den mest betydningsfulle eksterne drivkraften. Etter at FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp var vedtatt i 1980, ble det opprettet en nordisk arbeidsgruppe med oppdrag å undersøke mulighetene for å komme frem til samordnede kjøpslover som kunne stemme med FN-konvensjonens regler og prinsipper (CISG).<sup>95</sup> Omtrent samtidig konkretiserte planer om å slutte seg til det felles europeiske markedet gjennom EØS-avtalen seg. Dessuten fikk Den europeiske menneskerettskonvensjonen og dommer fra EMD stadig større betydning for norsk rett, til og med før Norge inkorporerte EMK og andre folkerettslige traktater gjennom menneskerettsloven i 1999.<sup>96</sup> Et økende antall internasjonale og overnasjonale rettskilder med direkte eller indirekte virkning i Norge gjorde det nødvendig å stille spørsmål om hvordan dette rettskildematerialet påvirket det nasjonale rettsystemet.<sup>97</sup> Videre ble det klart at håndhevelsen av internasjonale rettskilder byr på utfordringer med tanke på norsk juridisk metode.<sup>98</sup> Endelig har også de økonomiske og sosiale forholdene endret seg kraftig siden slutten av 1980-tallet. Norge ble en del av et stadig mer globalisert marked, og har både tiltrukket seg utenlandske handelspartnere og vært attraktivt for utenlandsk arbeidskraft. På denne bakgrunnen måtte retten tilpasse seg nye samfunnsstrukturer og -utfordringer. Alt dette krevde en nyorientering på forskningsfronten. Som dokumentert overfor har denne utviklingen, som etter Nordtveit kunne karakteriseres som «ein moderne resepsjon», blitt tatt på alvor i Bergen.<sup>99</sup>

Likevel kan det neppe tenkes at disse progressive tendensene innen forskningen ville vært mulige om ikke doktorandenes veiledere og mentorer var åpne for nye tilnærminger og et paradigmeskifte. Særlig viktige aktører i denne sammenheng var Arvid Frihagen og Jan Fridthjof Bernt. Frihagen, som selv hadde studert i USA, oppmuntret Bernt til å ta et lengre utenlandsopphold. I USA studerte Bernt

95 John Egil Bergem, Berte Elen R. Konow og Stein Rognlien, *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*, 3. utgave Oslo 2007, s. 27.

96 Se f.eks. Jørgen Aall, «Siktedes rett til vitne-eksaminasjon etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og etter norsk rett», *Lov og Rett* 1988, s. 478–488.

97 Dette er for eksempel kjernen i Ingvill Helland, *Rulings of the European Court of Human Rights as a legal argument – a comparison between Norwegian and German law*, Bergen 2012.

98 Askeland 2018, s. 520.

99 Nordtveit 1999, s. 16.

«administrative and constitutional law». Oppholdet medførte at Bernt fikk et nytt perspektiv på både norsk forvaltningsrett og juridisk metode.<sup>100</sup> Internasjonaliseringsens mest innflytelsesrike ildsjeler frem til studiereformen i 2003, Nordtveit og Doublet, har uttrykkelig fremhevet Bernts sentrale rolle som samtalepartner og impulsgeber.<sup>101</sup>

Det å heve blikket fra det nasjonale til det internasjonale rettskildematerialet og forskningsfronten ble videre fremmet ved at stadig flere stipendiater gjennomførte en del av sin forskning i utlandet. Nordtveit er en av de første stipendiater som fikk tildelt midler til et utenlandsopphold. Men innen bare noen år blir slike opphold nesten et obligatorisk element i forskerutdanningen.

#### 4 Noen avsluttende refleksjoner

Samlet sett har det blitt tydelig at en anerkjennelse av internasjonaliseringen på det institusjonelle planet (satsingsområde, undervisning, utveksling) var en følge av en markant økning i den internasjonale rettens betydning for norsk rett og rettsanvendelse. Globaliseringen og europeiseringen endret den norske rettskulturens rammevilkår grunnleggende. Idéer om og forventninger til retten måtte justeres. Et skjerpet fokus på internasjonaliseringen i jusutdanningen ble nødvendig.

Historisk sett skjer slike endringer – særlig innenfor jussen – meget sakte, og ofte gjennom en evolusjonær prosess. At reformen foregikk forholdsvis raskt ved Det juridiske fakultet i Bergen, skyldes utvilsomt et meget godt samspill mellom forskere, undervisere, studenter og administrasjon.

En nødvendig betingelse var en mentalitetsendring innenfor forskningen og en åpenhet både hos studenter og forskere for å stille seg nye utfordringer. Første tegn på denne holdningsendringen kan spores tilbake allerede til 1990. Det internasjonale perspektivet skulle ikke lenger anses som et pliktløp før man kunne vie seg til «tradisjonell» norsk rettsdogmatikk, men ble nå vurdert som en relevant faktor ved utredningen og tolkningen av norsk rett. Utviklingen åpnet for nye interessante forskningsfelt og metoder. Takket være en aktiv ledelse, initiativ fra enkelte vitenskapelig og administrativt ansatte var det mulig å gi fakultetet en ny internasjonal forskningsprofil og et nytt undervisningstilbud. Da internasjonalisering

<sup>100</sup> Intervju med Jan Fridthjof Bernt 12.02.2019.

<sup>101</sup> Doublet 1995, s. 9, og Nordtveit 1990, s. 5.

ble et satsingsområde ved studiereformen i 2003, var dette bare mulig fordi «den moderne resepsjonen» hadde ført til en intellektuell revolusjon.

## Vedlegg:

Doktorgrader ved Det juridiske fakultet, UiB.

Tematisk/tid/språk	1969–1978	1979–1988	1989–1998	1999–2008	2009–2018	Norsk Antall/andel	Engelsk Antall/andel	Svensk Antall/andel	Total
Rettsfilosofi, rettsteori og juridisk metode	0	0	1	2	2	3	2	0	5
Strafferett (norsk) <sup>102</sup>	0	1	1	2	4	8	0		8
Privatrett	2	3	3	11	8	27	0		27
Arverett og familierett	0	0	1	1	0	2	0		2
Alminnelig formuerett	0	1	0	2	5	8	0		8
Kontraktsrett	0	2	1	2	0	5	0		5
Erstatningsrett	1	0	0	4	2	7	0		7
Selskapsrett	0	0	1	2	0	3	0		3
Tingsrett	1	0	0	0	1	2	0		2
Internasjonal rett	0	1	2	7	17	15	12		27
Menneskerettighetsvern	0	0	2	3	4	7	2		9
EU/EØS-rett	0	0	0	0	5	2	3		5
Folkerett/Asylrett	0	1	0	1	3	1	4		5
IPR	0	0	0	3	1	3	1		4
Internasjonal strafferett	0	0	0	0	3	2	1		3
Fremmed rett	0	0	0	0	1	0	1		1
Offentlig rett	1	1	3	8	15	27	1		28
Arbeidsrett	0	1	0	1	2	4	0		4
Sosialrett	0	0	3	1	0	4	0		4

<sup>102</sup> Avhandlinger relatert til internasjonale aspekter av strafferetten er ført som egen kategori under «Internasjonal rett».

<b>Politirett</b>	0	0	0	0	3	3	0		3
<b>Forvaltningsrett</b>	1	0	0	0	1	2	0		2
<b>Miljørett</b>	0	0	0	3	0	3	0		3
<b>Skatterett</b>	0	0	0	1	3	3	1		4
<b>Konkurranseret/ Immateriell rett</b>	0	0	0	2	3	5	0		5
<b>Sivilprosessrett</b>	0	0	0	0	3	3	0		3
<b>Rettshistorie</b>	1	0	0	1	2	4	0		4
<b>Komparativ rett</b>	0	0	0	0	1	0	0	1	1
<b>Total</b>	4	6	10	31	49	85 (85 %)	15 (15 %)		100





# Noen erindringer fra den første tiden

Årene 1969–1980 i Allégaten 34 og 27<sup>1</sup>

*Professor emeritus Kai Krüger*

Min første befatning med Bergen i en fagjuridisk kontekst skriver seg fra min studietid ved Det juridiske fakultet i Oslo, der jeg i Aulakjelleren og i lesesalen i 2. etasje ble kjent med flere bergensstudenter som før studiestart i Oslo hadde fulgt advokat *Emil Eriksens* legendariske manuduksjoner i Inndalsveien i Bergen. Det var stud.jur.-ene *Helge Kvamme*, *Per Hagelien*, *Hans Oppdal*, *Knut Magnus*, *Jan Tormundsen*, *Svein Alsaker* og *Steinar Molland*. *Jan Fridthjof Bernt* og *Pål W. Lorentzen* var i samme generasjon. Pål var en tid formann i juridisk studentutvalg og talte studentenes sak mot et tungt professorsegment i fakultetsrådet – i forkant av Paris 1968.

Den eldre av oss – *Nils Nygaard* – var også i kullet. Med yrkeserfaring som gårdbruker og håndverker gjennomførte han i moden alder sitt jusstudium i Oslo. Han var vit.ass. under instituttleder og nestor *Carl Jacob Arnholm* på «privatretten»

---

<sup>1</sup> Tidligere fakultetsdirektør *Eivind Buanes* har utarbeidet en omfattende dokumentasjon av fakultetets historikk. Se s. 13, fotnote 1. Jeg viser i det følgende til dette materialet med notat og nummer. I tobindsverket *Nils Roll Hansen mfl., Universitetet i Bergens historie*, bind II, Universitetet i Bergen 1996, gjør *Sverre Bagge* rede for samfunnsvitenskapenes historie, s. 581 flg., med historikken for de juridiske fag, s. 625–640 – med illustrasjoner og omtale av de tidlige ansatte forskere og lærerreferter. Om UiB-historikken på 1960-tallet kan det også vises til *Arne Halvorsen, Et universitet i vekst*, Universitetsforlaget 1967. Av interesse er også Universitetsbibliotekets *Jan Olav Gatland* (red.), *Amor Librorum Nos Unit*, 1996, med omtale av det juridiske fakultetsbibliotek på s. 55 – utgitt i anledning Universitetets 50-årsjubileum, Universitetsbiblioteket Bergen 1825–1996.

i Domus Media 3. etasje.<sup>2</sup> Etter embetseksamen (som det het den gang) i 1967 brøt han året etter opp fra Oslo med sin familie, kjøpte hus på Årstad i Bergen og fikk lenge før oppstarten i Bergen – som NAVF-stipendiat – arbeidsplass ved Universitetsbiblioteket der han etter eget utsagn «gikk i kloster med Norsk Retstidende» som opptakt for doktoravhandlingen *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis*. Arbeidet ble videreført og avsluttet ved det senere Institutt for privatrett – disputas i 1974 og professor 1977 – som den andre dr. juris i Bergen, etter *Sverre Tønnesen* (dr. juris 1973 og professor 1976), etterfulgt av *Mons Sandnes Nygard* (dr. juris 1975 og professor 1975) og Jan Fridthjof Bernt (dr. juris 1979 og professor 1980).<sup>3</sup>

På denne tiden – sekstitallet – arbeidet jeg selv med min doktoravhandling som amanuensis ved Nordisk institutt for sjørett, UiO.<sup>4</sup> Jeg kunne derfor – med Oslo-fakultetet som ståsted – følge professorenes holdninger til planene som da verserte om opprettelsen av et dublerende rettsvitenskapelig alternativ utenom Oslo, der fakultetet hadde vært enerådende i Norge siden universitetets opprettelse i 1811! Meningene i dette miljøet var delte; det fantes flere blant fakultetets professorer som kunne styre sin begeistring for planene om et konkurrerende juridisk fakultet i vest, men også andre som var udelt positive – jeg minnes især *Sjur Brækhus, Carsten Smith og Peter Lødrup*. (Senere skulle det samme gjelde oppstart av juss ved Universitetet i Tromsø i 1984.) Et mer prosaisk argument for å støtte bergensplanene var en sterk økning av studenttallet ved fakultetet der både

- 
- 2 Akademisk hierarki med rangorden ble strengt opprettholdt på denne tiden. Hver lørdag presis kl. 12.30 var det samling av den vitenskapelige stab ved Institutt for privatrett sitt bibliotek i Domus Media (midtbygningen) 3.etasje («Kirken»), der skarpe blikk rammet den stipendiat eller student-vit.ass. som ikke hadde fått med seg at privatretts- og sjørettsprofessorene hadde faste plasser etter ansiennitet ved bordsetet – med instituttbestyrer Carl Jacob Arnholm øverst og de øvrige nedover ved langbordet etter rang. Vit.ass. stud.jur. Nils Nygaard med full kaffekanne opp trappene fra Aulakjelleren måtte lære seg koden!
  - 3 Graden dr. juris ble opprettholdt for våre senere disputaser frem til og med 2008. Deretter ble dokortittelen erstattet av ph.d., tilpasset ny organisert forskerutdanning. E. Buanes, notat 5, gir en oversikt over ph.d.-disputaser og tilsettingsforhold frem til 2014: 46 dr. juris/35 ph.d. samt tre lic.jur. 1977–1985.
  - 4 Sjørettsinstituttet var finansiert av Nordisk råd, men var lagt administrativt til UiO, med utsmykkede lokaliteter i Domus Media 3. etasje i maritim stil: mahogni-interiør, skipsmodeller i glasskap – og en skipsklokke som ringte til daglig lunsj kl. 12. Under professor Sjur Brækhus' (1918–2009) ledelse tilbød instituttet stipendordninger og sjørettsundervisning med seminarer for både forskere og studenter fra de nordiske land. Dette var på en tid da norsk skipsfart hadde sin høykonjunktur – før utflagging av industrien og internasjonalisering reduserte betydningen av norsk sjørett i en internasjonal kontekst. Andre doktorander i NIFS-miljøet var Erling Selvig og Thor Falkanger, og Peter Lødrup med luftrett som assosiert forsker, med jur.doc.-avhandlingen *Luftfart og ansvar* (1966).

lærerkrefter og lokaliteter ville få problemer (studiebegrensning ved Oslo-fakultetet kom senere på plass).

Sekstitallet skulle altså bli tiden for oppstart av et rettsvitenskapelig bergens-alternativ.<sup>5</sup> Dette lå nok i tiden – kunne man med den akademiske ære i behold ha et bergensuniversitet uten rettsvitenskap og juristutdanning?

*Eivind Buanes* og *Jørn Øyrehagen Sunde* har redegjort for utredninger og planer som ledet frem til opprettelsen av de to institutter i 1969, som et tiår senere skulle bli til et Juridisk fakultet ved UiB (1980). Daværende kontorsjef, og senere direktør og politisk tungvekt, *Magne Lerheim* var sekretær i *Mykland*-komitéen og kan ha vært en pådriver i denne prosessen. I ettertid kan det se ut til at rettsvitenskap i Bergen ble båret frem også av ønsker om gjennomgående sterkere akademisk markering av samfunnsfagene – med *Stein Rokkan* og *Fredrik Barth* som veivisere.

Stillingene som ble kunngjort med søknadsfrist 1. oktober i 1966, gjaldt to professorater og ett dosentur ved UiB, et professorat/utdanningsstipend ved Norges Handelshøyskole NHH og et dosentur ved UiO. Bedømmelseskomitéens innstilling er datert 19. oktober 1968.

Bedømmelsen for de kunngjorte stillinger er den største i norsk fagjuridisk academia til dato overhodet. Bedømmelseskomitéen var bredt sammensatt for å dekke søkernes samlede fagfelt – professorene *Curt Olsson*, *Knut Rohde*, Carsten Smith og *Torkel Opsahl* – og høyesterettsdommer (og senere justitiarius) *Rolv Ryssdal*. Innstillingen med bilag var på nær 500 sider.<sup>6</sup>

Litt om den fagsosiale kontekst for søknadene til Bergen: På sekstitallet var det en håndfull stipendiater i jur.fak. UiO-miljøet på Karl Johan<sup>7</sup> som arbeidet med rettsvitenskapelige doktoravhandlinger – *Torkel Opsahl*, *Magnus Aarbakke*, *Thor Falkanger*, Peter Lødrup, *Erling Selvig*, *Torgeir Austenå*, *Tore Sandvik* og *Axel Hærem*. Slike *prosjekter* betød den gang flere års enegang – og med undervisningsplikt. Det var verken forskeropplæring, tidsnormering eller organisert veiledning – og dermed bare sporadisk *ad hoc* karisma og interesse fra kolleger

5 Om prosessen vises til Eivind Buanes, notat 11, og til S. Bagge, op.cit., s. 625–626.

6 I følge E. Buanes, Notat 11, punkt 1.2.

7 En samling av universitetsfagene i Oslo skjedde ved Blindern-utbyggingen på 1960 tallet, hvilket resulterte i at medisinere (pre-klinisk) og filologer – alle med arbeidsplass i universitetsbygningene i sentrum – flyttet opp til nye lokaliteter på Blindern. Juristenes professor og dekanus Sjur Brækhus presset *ikke* på for juristenes del – og det endte med at juristene med institutter og administrasjon til sist rådet over hele bygningskomplekset på Carl Johan – et trekk som våre kolleger i Oslo i ettertid bør ha satt stor pris på! Bygningene er de senere år blitt grundig renoverert og oppgradert – med kunstnerisk bistand av blant andre juss-professor og kunstekspert Viggo Hagstrøm.

og etablerte seniorer. Doktorand-forfatterne siktet stort sett mot professorkompetanse, og det var derfor ikke uvanlig at avhandlingen i emnebredde, omfang, tidsløp og arbeidsmengde alene kunne kvalifisere til hovedstilling, kanskje med noen mindre artikler i tillegg. Ingen av doktorandene på sekstitallet ved jur.fak. UiO siktet mot en *post.doc.*-karriere utenom academia.

Noe av utfordringen for doktorgradskandidatene ved Oslo-fakultetet kan ha vært magre utsikter til nye professorater.<sup>8</sup> Bergensutlysningen illustrerer dette; kunngjøringen omfattet i tillegg til stillingene i Bergen bare én stilling i Oslo – et dosentur. Legg til at fakultetets professorer på denne tiden samlet dekket undervisning i fagbredde for den gang to avdelinger, og at praksis i Oslo var at sittende professorer beholdt emne- og fagansvar og sine undervisningsfag, slik at «ledige» fag for nye søkere forutsatte oppnådd pensjonsalder eller bortgang for dem som satt i stillingene. Det var den gang som nå praksis å kunngjøre stillinger i hovedkategorier offentlig rett/privatrett uten ytterligere fagspesifisering. Nytilsatte professorer i Oslo kunne derfor bli henvist til å undervise i helt andre emner enn dem som lå innenfor doktorgrad og forfatterskap for den oppnådde professorkompetanse.<sup>9</sup> Dette kan ha bidratt til at bergensstillingene i en gründer-tid fristet med store faglige utfordringer som man ikke kunne forvente i det etablerte fagmiljø i Oslo.

Det var 8 søkere til henholdsvis professorater, dosentur og utdanningsstipend – fordelt på de 3 institusjonene: 6 søkere til UiB-professoratene – Thor Falkanger, Carl August Fleischer, Arvid Frihagen, Atle Grahl-Madsen, Axel Hærem og Tore Sandvik. Sandvik søkte og ble innstilt til både UiB og NHH. Fem av søkerne til UiB ble innstilt: Fleischer, Sandvik, Falkanger, Frihagen og Hærem. Fleischer og Falkanger trakk sine søknader da innstillingen forelå. Det var ikke uvanlig på denne tiden at innstilling med professorkompetanse kunne brukes som akademisk «verdipapir» i annen sammenheng – med betydelig merarbeid for bedømmelseskomitéens medlemmer som følge! Tore Sandvik – som var innstilt til professorat ved NHH – valgte seg først dit (kom til UiB i 1973), og dermed gjensto Frihagen og Hærem som de to første juridiske professorer til UiB fra 1969 med oppstart av

8 Utvidelser av professorstaben i Oslo skjedde langsomt på denne tiden – kunngjøring av ledig professorat kom normalt først ved oppnådd pensjonsalder for – eller bortgang av – sittende professorer.

9 Det var heller ikke praksis for å nyansere fag ved kunngjøring av stillinger – hovedgrupperingen var «privatrett» og «offentlig rett».

hvert sitt institutt, ett for offentlig rett (Frihagen) og ett for privatrett (Hærem).<sup>10</sup> For å markere fagprofil i forhold til det overordnede HF-fakultet – senere SV-fakultet – valgte man den litt uortodokse konstruksjon «Den juridiske seksjon».<sup>11</sup>

Komitéens vurderinger av søkerne er vanligvis todelt. Man vurderer først – med en viss arbeidsdeling innen komitéen – søkerens professorkompetanse basert på innleverte arbeider, og gjør deretter en rangering av søkere med kompetanse. De tre innstilte med professorkompetanse for stillingene i Bergen (UiB) kom alle fra fakultetet i Oslo. Arvid Frihagen (f. 1931) gikk gradene fra lisensiat til doktorgrad på sin konkurranserettslige avhandling *Linjekonferanser og kartell-lovgivning* (1964). Tore Sandviks (f. 1931) doktoravhandling *Entreprenørrisikoen* (1966) ble skrevet ved Institutt for privatrett i Oslo, og hans professorkompetanse ble lagt til grunn både for UiB og NHH (som ble hans valg før senere overgang til UiB). Axel Hærem (f. 1927) professorkompetanse til UiB ble fastlagt på grunnlag av en tidligere bedømmelse fra 1967 om et professorat i skatterett (jur.fak. UiO). Hærem var fra tidligere først og fremst kjent som medforfatter sammen med Sjur Brækhus av standardverket *Norsk tingsrett* (1964) på 688 sider, som veide tungt i UiB-bedømmelsen. Hærem skatterettslige arbeider ble dessuten vurdert i et eget notat av Carsten Smith, som kommenterer hans ikke publiserte manuskripter, blant disse især to kapitler i et hovedarbeid om *beskatning av arv og gaver*, et annet om *beskatning av travsport* – og et om *arveavgift*. Ved den senere enstemmige rangering av søkerne til UiB gis rekkefølgen uten særskilt begrunnelse.<sup>12</sup>

De innstilte Arvid Frihagen og Axel Hærem startet hvert sitt institutt som bestyrere, henholdsvis Institutt for offentlig rett (*Frihagen*) og Institutt for privatrett

10 Forholdet mellom dem var undertiden noe anspent – i 1971 gjaldt det instituttallokering for en tildelt amanuensisstilling som Nicolas Wilmot tiltrådte med arbeidsplass ved Institutt for privatrett. En langt senere kampsak var spørsmålet om utlysning av et påtenkt professorat i olje- og gassrett – i strid med norsk akademisk tradisjon som gikk mot fagspesialiserte professorater. Saken endte uten spesifikk emnekonngjøring. Fagmiljøets egne – professorene *Frihagen*, *Hærem* – og senere *Ernst Nordtveit* – har sørget for solid rettsvitenskapelig dekning av olje- og gassindustriens utfordringer!

11 Nærmere om modellen «Den juridiske seksjon» med overgang til juridisk fakultet 1980: E. Buanes, notat 11, punkt 2.4.

12 Hærem hadde også søkt NHH om professorat i rettsvitenskap – men han hadde i NHH-søknaden – med søknadsfrist et halvt år før UiB-fristen – vedlagt færre skatterettsarbeider enn for UiB, og bare to kapitler fra hans hovedarbeid, manuskriptet «Beskatning av arv og gaver». Bortsett fra *Norsk tingsrett*, Oslo 1964, en mindre artikkel om ektefelleskatt i *Lov og Rett* 1956, s. 433–455, og en bokanmeldelse i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* i 1965, var ingen av hans arbeider publisert, og i motsetning til hans samtidige kolleger ved jur.fak. i Oslo hadde han ikke doktorgrad. Han ble med henvisning til mangelfull produksjon ikke ansett som professorkompetent til NHH, dette til tross for at han allerede i 1967 hadde en kompetanseerklæring fra jur.fak. UiO om professorat i skatterett (innstilt som nummer to).

(Hærem).<sup>13</sup> Den første tilknytning i årene 1969–1970 var til HF-fakultetet (dekan *Hans Aaraas*). SV-fakultetet ble opprettet året etter – med *Ørjar Øyen* som dekan, etterfulgt av *Tore Sandvik* 1974–1977, og *Hallgrim Kløve* og *Jan Petter Blom* (to måneder) fra 1978 frem til 1980.<sup>14</sup> Juristene forholdt seg i SV-tiden til to sidestilte faggrupperinger – sosiologene (ett institutt) og psykologi (to institutter!).<sup>15</sup> «Vår» *Tore Sandvik* skulle i sin dekantid holde styr på sosiologene, psykologene og juristene. Det gikk seg til – også fordi *Tore* foruten å holde orden på SV-fakultetets grupperinger – sosiologer, psykologer og jurister – var forsynt med gode leder-evner – pluss en solid sans for humor.<sup>16</sup> Fakultetsstatus fikk juristene først i 1980 med *Mons Sandnes Nygard* som vår første dekanus, etterfulgt av *Nils Nygaard* (1986–1991).

I tillegg til de første professorene besto staben ved starten i 1969 av *Sverre Tønnesen* (lektor, dr. juris 1973 og professor 1976), *Nils Nygaard* (dosent 1975, dr. juris 1977 og professor 1977), *Jan Fridthjof Bernt* (lektor, amanuensis 1971, dr. juris 1979 og professor 1980) og *Alf Henrik Bruland*.

Senere, og frem til fakultetsstatus i 1980, ble lærerstaben og dermed undervisningsporteføljen utvidet med et tyvetalls vitenskapelig ansatte,<sup>17</sup> blant dem professorene *Per Stavang* (1971), *Mons Nygard* (1972 – professor 1975) professor *Tore Sandvik* (1973), meg selv (1973) og professor *Atle Grahl-Madsen* (dr. juris 1967 – professor 1980). Tre professorer ved seksjonen vendte tilbake til Oslo etter en tid i Bergen: *Torkel Opsahl* (1972), *Jo Hov* (1977) og *Mads Henry Andenæs* (1979).<sup>18</sup>

Kvinneinnslaget var beskjedent de første årene. Den første vitenskapelig ansatte var lektor *Guri Greve*, fra 1974. *Guri* var et særdeles velkomment innslag i et den gang mannsdominert vitenskapelig fagmiljø. Hun huskes kanskje først og fremst som en elsket foreleser for studentene, men var innad på Institutt for privatrett også en miljøbygger – klok og kunnskapsrik – og dessuten en viktig brobygger til det

13 I Bergen var Hærem aktiv i oppstart av faget oljerett; han satt dessuten i flere år i Klagenemnda for oljebeskatning. Se *S. Bagge*, op.cit., s. 638.

14 *E. Buanes*, notat II, vedlegg 4.

15 *E. Buanes*, notat II, punkt 3.3 og vedlegg 4 om HF/SV-fakultetets dekaner 1970–1980.

16 Jeg erindrer et rektorvalg der valgforsamlingen i auditoriet avga skriftlige stemmer. Man måtte etter regelverket i forveien ha meldt lovlig forfall til administrasjonen. Møteleder var universitetsdirektør *Lerheim*. Så viste det seg at en professor som hadde meldt forfall, allikevel satt klar i forsamlingen – hvilket utløste en debatt med mange spissfindige innlegg om hvorvidt vedkommende allikevel kunne stemme. Dekan *Tore Sandvik* ba om ordet og bemerket kort og konsist at professor *N.N.* ikke hadde lovlig forfall og derfor kunne/måtte avgi stemme!

17 Oversikt i *E. Buanes*, notat II, vedlegg I.

18 Senere også *Kristian Huser* og *Kåre Lilleholt*.

bergenske advokatmiljø. Hennes første publikasjon var et kapittel om «Bruksrett til bolig ved separasjon og skilsmisse» i en antologi om boligrettslige emner – *Boligrett* (Universitetsforlaget 1978). Guri gikk senere over som dommer i Bergen byrett. Hun døde i 2015, og ved hennes bisettelse sa jeg blant annet:

Guri var en sentral miljøbygger i oppstarten av det som mange år senere skulle bli det juridiske fakultet i Bergen. Spør etablerte bergensjurister fra 1970-årene som har kjære erindringer om Guri fra deres studietid. Hun delte generøst sine kunnskaper med høy og lav – var en ruvende Alma Mater i begrepetets kjernebetydning. 1970-årene var ennå en tid da den akademiske distanse mellom lærere og studenter var et faktum. Professorene foreleste med jakke og slips – og noen av oss så frem til å komme tilbake til kontoret som snarest når dobbelttimen var unnagjort. Men Guri hadde tid og hennes store hjerte banket for alle. Jeg har i mine nesten 50 i academia ikke kjent et så varmt, klokt og generøst menneske som vår kjære Guri. Humor så det forslo, men også alvor og faglig eminense når det gjaldt.

Det skulle gå noen år før kvinneandelen økte – *Hanne Sophie Greve* (lektor 1977, amanuensis 1986 og dr. juris 1988) og *Gudrun Holgersen* (lektor i 1979, dr. juris 1991 og professor 1991).

Oppstarten i 1969 ble lagt til provisoriske og spredte lokaliteter for de to institutter – våren 1969 ved HF-fakultetet på Nygårdshøyden, fra høsten 1969 «Aasegården» Lars Hilles gate 20, 5. etasje – frem til 1971 da villaen Allégaten 34 med tre etasjer kunne innredes og tas i bruk med kontorer, forværelser for kontordamer og administrasjon (undervisningskonsulent *Walther B. Nordgaard*). Bygningen over gaten – Allégaten 27 – ble først brukt som lesesal for studentene, senere (1972) innredet som bibliotek og kontorer.<sup>19</sup>

Mitt eget første møte med bergensmiljøet skjedde allerede senvinteren 1971 da jeg som universitetsstipendiat ble invitert til Bergen for å holde en forelesningsserie om kjøpsrett. Jan Fridthjof Bernt var på denne tiden på studieopphold i USA for å ta sin master,<sup>20</sup> og jeg disponerte hans kontor i «Aasegården». Interessen for bergensakademia var for min del dermed allerede vakt, men det gjensto to

<sup>19</sup> E. Buanes, notat 11, punkt 3.2.

<sup>20</sup> *Court like procedural safeguards in the administrative process: a comparative study of the use of adversary procedure in the administrative process under U.S. and Norwegian law*, Ann Arbor/Bergen 1971.



års avhandlingsarbeid i Oslo før jeg kunne tenke på å søke meg sammen med pionerene i Bergen!

Våren 1973 disputerte jeg i Oslo over min sjørettslige avhandling om transportrettslig «deviasjon».<sup>21</sup> Med doktorgrad i lommen søkte jeg Kongen<sup>22</sup> om professorat i privatrett i Bergen – og forlot Oslo-fakultetet med professorkompetanse i bagsjen.<sup>23</sup> Det ble kjøp av Volvo stasjonsvogn og hus i Loddefjord, og så tilrådde jeg mitt professorat i privatrett i august 1973 – med stor appetitt på utfordringer etter syv års avhandlingstid i Oslo.<sup>24</sup>

Fagmiljøet hadde i mellomtiden (1971) flyttet opp på Nygårdshøyden – Allégaten 34, der jeg kom til stort kontor med forværelse i første etasje og – oh lykke!

- 
- 21 «Transportomlegning – særlig om deviasjon i sjøtransport», stensil I–II, Nordisk institutt for sjørett 1973. Avhandlingen tok opp temaet forsettlig kontraktsbrudd – typisk bortfrakters/fraktførers bevisste tilsidesettelse av oppdragsgivers/befrakters krav på *due dispatch* uten ruteavvik av bekvemmelighet, sjøloven 1994 § 340 – («deviasjon») – så som f.eks. kontaktstridig avstikker til prisgunstig bunkershavn utenom ruten. Arbeidet tok opp rekkevidden av urimelige opsjonsklausuler («liberty clauses»). Kontaktstridig deviasjon kunne medføre såkalt *casus mixtus* risiko og kvalifisert kontraktsbruddsansvar, så som tap av ellers standardiserte begrensninger av misligholds-/erstatningsansvar (sjøloven). Mine opponenter var Sjur Brækhus fra NiFS og Kurt Grönfors fra Universitetet i Göteborg. Avhandlingen var på 811 stensilerte sider. Meldingen fra kolleger i Oslo etter oppstart for meg i Bergen – der sjørett ikke var etterspurt – ble manuskriptet liggende, og avhandlingen er derfor ikke publisert (til min smule ergrelse). Men senere på 1980-tallet vendte jeg en kort tid tilbake til sjøretten; jeg foreleste sammen med vår amanuensis Nicolas Wilmot på kurs i sjørett arrangert i Bergen av Norges Rederiforbund. Vi ble senere engasjert som faglig undervisnings-«vedlegg» til en større kontrakt om levering av en norsk fartøypakke til Indonesia. Vi holdt et tre ukers kurs i sjørettslige emner (rederansvar, skipssammenstøt, befraktning, lasteskade) for shipping *young aspirings* i Jakarta.
- 22 Professorat var den gang et *embete*, og en professor var embetsmann-/kvinne, med den konsekvens at professorene som hadde lovet troskap til kongen, ikke kunne streike, slik alle andre tjenestemenn kunne. Det gjaldt i tillegg nokså – den gang – formelle krav til papir og format/skriftstil når søkeren formelt rettet sin søknad til Hans Majestet. Utnevning skjedde i statsråd og ble kunngjort i NRKs nyhetssendinger.
- 23 E. Buanes, notat 3 og notat 11, punkt 4.3: «Foruten de omtalte professorene som kom til Bergen i 1969 og på 1970-tallet, har fakultetet fram til i dag (2014) bare rekruttert én person med doktorgrad fra Oslo til fast vitenskapelig stilling i Bergen» – Helge Johan Thue i 2003 – Torstein Frantzen mfl. (red.), *Rett og toleranse: Festskrift for Helge Johan Thue: 70 år*, Oslo 2007.
- 24 Mitt første faglige eksterneoppdrag i Bergen har en viss sammenheng med det senere byggeprosjekt på Dragefjellet. Bergen hadde på 1960-/70-tallet fortsatt noen gassbluss i gatene foruten gass til enkelte husholdninger. Gassen ble levert av Bergen kommune fra et gassverk som lå nær der Jussbygget ligger i dag. Kommunen hadde fastprisavtale med Esso Norge om levering av nafta til gassproduksjonen. Så kom oljekrisen i 1973, og markedet og oljeprisene gikk til himmels. Esso krevde pristillegg i sin avtale med kommunen, som viste til avtalt fast pris. Kontrakten hadde voldgiftsklausul, og jeg ble som kjøpsrettsforfatter – med ferskt selvbilde og høy sigarføring – oppnevnt som voldgiftsdommer sammen med rettens formann byrettsdommer Per Lorentzen og høyesterettsdommer Karsten Gaarder. Mine meddommere ga Esso medhold i pristillegg, men jeg dissenterte med henvisning til forretningsskontraktenes *pacta sunt servanda*. Voldgiftsdommen er inntatt i *Rettens Gang* 1976, s. 650.

– vit.ass.- og stud.jur.-ene *Fredrik Christian Wyller* og *Hanne Sophie Greve*<sup>25</sup> – og (!) egen kontordame (innleid *Birthe Nordø* – senere *Astri Moe* og *Britt Haraldsvik*).<sup>26</sup>

I 1973 var professorstaben utvidet med *Per Stavang* (1971)<sup>27</sup> og *Tore Sandvik* (1973) (som hadde skiftet arbeidsplass fra NHH). *Torkel Opsahl* hospiterte av familiære grunner i Bergen i 1972. *Mads Henry Andenæs*, *Jo Hov*, professor *Kristian Huser* (dr. juris 1983 UiB) og professor *Kåre Lilleholt* (dr. juris 1986 UiB) var hos oss flere år, men dro etter hvert tilbake til Oslo. *Arne Fanebust* var først lektor dr. juris 1986, men gikk senere over til dommerstilling ved Bergen byrett.

De tre etasjene i Allégaten huset også et kontor i første etasje for vår første administrative leder *Walther B. Nordgaard* (senere assistert av *Øystein Sjøfteland*).<sup>28</sup>

Men studentene var det den første tiden ikke plass til i Allégaten! Tiden frem til eget hus på Dragefjellet fra 1994 var preget av en rekke provisoriske løsninger for undervisningslokaler, lesesaler<sup>29</sup> og kontorer for seksjons-/fakultetsadministrasjon. Bortsett fra spesialfagsveiledning i kontorene i Allégaten<sup>30</sup> foregikk undervisning spredt omkring på Nygårdshøyden. Bemanningssituasjonen var slik at jeg for min del – med overdreven selvtillit – påtok meg å forelese i kjøpsrett/kontraktsrett, pengekrav, konkursrett og etter hvert også panterett (sjørett var det ikke lenger bruk for!). Mine forelesninger var stort sett lagt til «Frøkenstiftelsen» i Fosswinckelsgate 32 A med inngang fra Strømgaten (nå KIWI-butikk). Lokalet kunne skryte av å være Norges eneste auditorium med peis! Senere – med økende studenttall – ble Realfagbygget tatt i bruk, men også (det tidligere) Studentsenteret

25 Hanne Sophie Greve ble i 1988 vår første kvinnelige doktorand med avhandlingen *Kampuchean refugees «between the tiger and the crocodile»*. *International law and the overall scope of one refugee situation*. Hun var deretter en tid dommer ved Menneskerettsdomstolen i Strasbourg, senere lagmann i Gulating.

26 Overgangen til eget kontor var bekvem siden jeg i Oslo-tiden i flere år måtte dele kontor med en svensk stipendiat-kollega.

27 David Doublet mfl. (red.), *Stat, politikk og folkestyre: festskrift til Per Stavang på 70 års-dagen*, Bergen 1998.

28 Etter hvert utspant det seg en viss kamp om hvorvidt det administrative personale skulle legges under universitetsdirektøren på Muséplassen eller – slik vi helst ville – nær eller helst i fagmiljøet. Universitetsdirektør *Magne Lerheim* vant, og i en periode holdt administrasjonen til i Fastings Minde lenger borte på Nygårdshøyden. Men det ble revansje i 1995: Nå er fakultetsadministrasjonen lagt til Jussbygget på Dragefjellet.

29 E. Buanes, notat 11, punkt 3.2, og notat 19 om Jusmiljøets tilholdssteder fra Aasegården til Dragefjellet – stor spredning på Nygårdshøyden!

30 *Tore Sandvik* hadde en eksklusiv gruppe på to spesialfagstudenter i entrepriserett på sitt kontor, bl.a. stud.jur. *Haakon Blaauw* (nå advokat) med studentavhandlingen «Arkitektnormen».

i Parkveien<sup>31</sup> – og etter hvert det gamle skolebygget på Dragefjellet (i bergensk slagregn med forelesningsdisposisjoner i sykkelvesken!).

Korpsånden blant kollegene i Allégaten var upåklagelig – om man ser bort fra en viss rivalisering mellom de to instituttlederne.<sup>32</sup>

Proessen frem mot egen studieordning i 1978<sup>33</sup> startet med felles studieordning og praktisk eksamenssamarbeid under studieordningen ved fakultetet i Oslo, fortsatte med interne utredninger mot gradvis fristilling av pensumlitteratur og eksamensordning, og ble som en jur.fak. UiB studieordning basert på juridisk grunnfag og to avdelinger – fristilt fra Oslo. Ordningen, som hadde en lang utredningsperiode, ble nedfelt i en innstilling fra Den juridiske seksjon, vedtatt av SV-fakultetet og godkjent i Det akademiske kollegium i november 1977 – oversendt Kirke- og undervisningsdepartementet, med departementets vedtak 15. oktober 1977 om *Reglement for juridisk embetseksamen ved Universitetet i Bergen* – med iverksettelse fra 1978.<sup>34</sup> Bergensfakultetet fikk også etter hvert egen fagprofil ved spesialfag, så som kommunalrett, bygge- og entrepriserett og politirett.

Fra praksis med innleide sensorer fra Oslo tok vi i hele denne tiden også i bruk våre egne ansatte supplert med innleie av eksterne sensorer – dommere og advokater i Bergen, blant dem den mangeårige sensor lagmann i Gulating *Hans Fredrik Marthinussen* – bestefar til dagens professor med samme navn ved fakultetet.<sup>35</sup>

Arbeidsforholdene i Allégaten var gode, selv om lokalitetene ikke var optimale for forskningsarbeid.

Et fagjuridisk bibliotek over gaten i Allégaten 27 sparte oss for å hente litteratur fra Universitetsbiblioteket sentralt på Sydneshaugen. Vår første bibliotekar, *Catharina Rietti*, var utlånt fra HF-fakultetet. Hun ble etterfulgt av *Sophie Wigum* og *Ciren Stokkenes* (gift *Penkari*), og senere (1992) *Halvor Kongshavn*, *Kirsti Lothe Jacobsen* og *Jørn Wangensten Ruud*. Alle har betjent oss med upåklagelig service!

31 Bygget var nedslitt på 1980-tallet. Kraftig bergensk høstregn nødvendiggjorde bøtter på gulvet for å fange opp vannlekkasjer gjennom taket. Det nye Studentsenteret («Sammen») ble åpnet i 2007.

32 Instituttdivisjonen opphørte i 1996.

33 E. Buanes, notat 11, punkt 2.2 og 2.3, og notat 15 redegjør for prosessen med ulike utredninger og dialog med Oslo-fakultetet – der man på denne tiden også forberedte endringer i studieordningen – om utbyggingen av embetsstudiet. Også S. Bagge, op.cit., s. 626 flg. Ordningen av 1976 ble senere justert i 1984. Forsøk på ny samordning med Oslos samtidige revisjon i 1984 førte ikke frem.

34 Supplert med interne studieplaner, litteraturlister og opplegg for spesialfag/valgemenner/særavhandling. I prosessen ble en opprinnelig første avdeling endret til juridisk grunnfag som skulle fungere som «avstigningsplattform» – eller eventuelt som ledd i fagkombinasjon med andre fag i cand.mag.-grad.

35 Marthinussen (blant studentene «Dry Martini») var en streng men rettferdig muntlig eksaminator! En annen mangeårig trofast sensor for oss var Eivind Eftestøl, lagdommer i Gulating.

Instituttene fikk tidlig – om enn noe motstrebende – aksept fra UiB for å ha et eget fagjuridisk fakultet i nærmiljøet.<sup>36</sup>

De fleste av oss – meg selv inklusive – skrev sine manuskripter på private skrivemaskiner. Andre skrev konsepter for hånd for kontordamer som sto for renskrivning på maskin.<sup>37</sup> Kopiering ble gjort på datidens såkalte xerox-maskiner, og mangfoldiggjøring av tekster skjedde med tungvinte stensilmaskiner med begrenset kapasitet. De første digitale tekstbehandlingsmaskiner ble levert med tilhørende tjenester av firma Wang i Bergen. I forhold til dagens digitale løsninger var «Wangsgutane» sine løsninger massivt plasskrevende, støyende – og med dårlig statistikk for driftssikkerhet. Vår kontraktsrettslige ekspertise måtte undertiden trå til for å unngå kostbare servicebesøk for tjenester som vi egentlig allerede hadde betalt dyrt for. Etter hvert ble Wang faset ut og erstattet med Mac(intosh) som muliggjorde kabling mellom nr. 34 og lokalene over gaten i nr. 27. Neste fase var PC med egne (2) edb-konsulenter i nærmiljøet – *Arild Raftevoll* og *Jorge Chavarria* – før overgang til sentrale støttefunksjoner fra UiB IT-avdeling i Nygårdsgaten (det gamle BT-bygget).<sup>38</sup> Den nye digitale tid betød skroting av skrivemaskiner og utfasing av kontordamer for manuskriptproduksjon.<sup>39</sup>

Telefontjenester var fra starten underlagt begrensninger. På 1970-tallet var det bare instituttstyrerne som disponerte direkte linje ut – NB! På hverdager. Etter hvert fikk også øvrige tilsatte linje, men lenge var utlinjene fra nr. 34 og nr. 27 stengt

36 *Amor Librorum Nos Unit – Universitetsbiblioteket i Bergen 1825–1996*, UiB 50 års jubileumsskrift, 1996, s. 48–49, beskriver fremvekst for desentraliserte, fakultetsvise fakultetsbibliotek, vedtatt under rektor Ole Didrik Lærum og gjennomført av overbibliotekar Kari Garnes i 1996. Men før dette beskrives at juridisk litteratur på det nærmeste ble «smuglet» ut fra hovedbiblioteket til Allégaten (s. 55). Universitetsbibliotekar emeritus Jørn Ruud forteller at UB før 1996 noe motvillig godtok vår desentraliserte biblioteksordning – mot at juristene betalte for den senere hovedbibliotekar Halvor Kongshavn. Det var for øvrig Kongshavn som allerede i 1994 sørget for optimale løsninger ved innredningen av det velfungerende fakultetsbiblioteket i Jussbygget på Dragefjellet.

37 E. Buanes, notat 11, punkt 3.3.3, refererer et ikke-datert rundskriv på 1980-tallet om dette: «Ved den juridiske seksjon mottas ofte manuskript for renskrivning, som er i en slik forfatning at de ikke kan tydes på vanlig måte. Manuskriptene minner svært ofte om en uløselig rebusoppgave. Kontordamene ved Den juridiske seksjon vil på denne måte be om at manuskriptene for ettertiden blir klart og tydelig skrevet, og glem ikke *endelsene*. Skal noe tilføyes i teksten, vennligst bruk korrekturtegn da piler i alle retninger virker svært forvirrende. At det lar seg gjøre å levere fra seg et skikkelig, ryddig og gjennomarbeidet manuskript vet vi, for heldigvis finnes det også de ved seksjonen som gjør dette. Vi håper selvsagt at disse ikke tar denne henstillingen ille opp. Dersom det for ettertiden ikke blir noen forandring til det bedre, vil manuskript som er vanskelig å forstå bli i levert tilbake til forfatteren.»

38 E. Buanes, notat 11, punkt 3.3.3, redegjør for prosessen frem mot digitalisering både for administrasjon og vitenskapelig personale.

39 Tore Sandvik og Per Stavang fortsatte allikevel lenge etter dette med håndskrevne konsepter!

lørdag/søndag, hvilket passet dårlig for de av oss som (før tiden for likestilling i heimen!) hadde gode arbeidsdager uten undervisning nettopp på lørdag. En slik lørdag ble dramatisk for meg: Det brøt ut skogbrann tett på huset vårt i Loddefjord, men min kone Anne Louise kunne ikke varsle meg på telefon. Så banket det på vinduet i 1. etasje i Allégaten der jeg satt – og en politimann ga meg meldingen om å komme meg hjem sporenstreks. Jeg hastet gjennom Laksevåg – med fare for fartsbot – og sparte huset med å spyle vann på husveggen før flammene rakk frem.

\*

Vårt forhold til *studentene* på fakultetet begrenser seg ikke til undervisning og eksamen. Jusstudentene i Bergen var frodig og vitalt til stede i hele den perioden jeg her beskriver. Jussformidlingen i Bergen var på plass meget tidlig – allerede i 1972.<sup>40</sup> Det fantes også på 1970-tallet en student-juristforening med den etter hvert noe aldrende maskot *Qua Injuria* – med fjørørker stud.jur. *Hans-Carl Tveit*. Tveit var også arrangør og seremonimester ved det årlige studentball på Hotell Norge, der lærere med ektefeller var invitert. Men det var også *Force Marsjør!* – jussbandet som kunne vekke naboer på Nøstet og enhver pensumtrett student fra slumring og eksamensnerver på lesesalen. Og så var det ELSA med blikket vendt sørover – som jeg hadde med på tidlige-EU-ekskursjoner til Brussel/Luxembourg. Og så kom ERASMUS-utvekslingen i gang. Våre studenter ble tidlig internasjonalsert og var språkmektige i møter med både fag og rettskulturer i andre land.

Ved én studentforeningbankett holdt jeg tale på Hotell Norge og sa blant annet:

Studenter gjør min arbeidsdag ny og spennende året rundt. Jusstudenter provoserer, kritiserer, trakasserer og kverulerer, men det må et fakultet som vårt se som et tegn på at vitale juristferdigheter er under utvikling. Aksjonen på juss kan man ha ulike meninger om, men den er først og fremst et sunnhetstegn. Lydige og enige studenter er ikke slike som mor-Norge vil ha – og slett ikke slike som en forsknings- og undervisningsminister tror vil logre når nye departementale pyramider over egne innsatser skal oppføres. (Jeg stiller følgelig på dekanens kontor mandag klokken ni for betimelig reprimande) [...].

40 Kim Hovet og Benedikte Høgseth (red.), *Jubileumsfestskrift 1997 til Jussformidlingen 25 år*, Bergen 1997, og senere *Festskrift til Jussformidlingens 35-årsjubileum*, Det juridiske fakultets skriftserie nummer 114, Bergen 2008.

\*

Flere av «pionerene» var tidlig med på å gjøre bergensmiljøet synlig i academia – både innen offentlig rett, sosialrett, privatrett<sup>41</sup> og allmenn rettslære/rettsfilosofi – og nye kom til på 1980-tallet.<sup>42</sup>

Først må nevnes Lektor **Sverre Tønnesen** (1933–1979) (til Bergen i 1969, amanuensis 1974 og professor 1976). Han kom fra politimesterstilling i Finnmark. Hans doktoravhandling, *Retten til jorden i Finnmark: rettsreglene om den såkalte «Statens umatrikulerte grunn»* (1972), var en undersøkelse med særlig sikte på samenes rettigheter. Arbeidet var banebrytende – etterfulgt av offentlige utredninger og publikasjoner omkring dette ømtålige emnet. Avhandlingen var dermed en tydelig – og tidlig! – markering av Bergen i en privatrettslig nasjonal setting. Tønnesen var også etter hvert pioneren bak opprettelsen av *politirett* som en juridisk fagkombinasjon av straffeprosess og forvaltningsrett, som basis for forskning og undervisning (spesialfag). Hans første stensilerte fremstilling ble senere utvidet og i fortsettelsen videreført av *Henry John Mæland* og *Ragnar Auglend*.<sup>43</sup>

*Tønnesens* altfor tidlige bortgang i 1979 var et stort tap for fagmiljøet i Bergen.

En annen ruvende bauta i bergensmiljøet i de første tiårene var **Tore Sandvik** (1931–1985)<sup>44</sup> – vår første «egne» dekanus i SV fakultet-tiden (1974–1977). Han var tidlig etablert som «gudfar» innen norsk og nordisk entrepriserett med sitt nybrottsarbeid – doktoravhandlingen (UiO) *Entreprenørrisikoen* (Oslo 1966). På NHH (1969–1973) – før overgang til UiB – skiftet han beite og utga i 1971 en fremstilling av norsk og nordisk mellommannsrett – *Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandelen* (Oslo 1971). Boken var den første grundige

41 To arbeider fra denne tiden hadde «patriotisk» vestlandsprofil: vit.ass.-ene stud.jur Wiggo Storhaug Larssens studentavhandling om kyst- og fergefart og Ernst Nordtveits om rettslige spørsmål knyttet til naustbygg i strandsonen (begge tatt inn i en jur.fak. UiB skriftserie som senere ble nedlagt). Nordtveit disputerte i 1990 med avhandlingen *Oppdragssamarbeid: joint ventures i oppdragsindustri, entreprenørverksemd, forskning og utvikling*. Han ble senere professor med omfattende forfatterskap innen tingsrett, selskapsrett, petroleumsrett, formuerett og miljørett. Han var dekan ved fakultetet 1999–2009.

42 S. Bagge, op.cit., gir en beskrivelse med portretter av fakultetets første generasjon forskere.

43 Nå Ragnar L. Auglend og Henry John Mæland, *Politirett*, 3. utgave, Oslo 2016.

44 Også omtalt i S. Bagge, op.cit., s. 629–630.



behandling av mellommannsrett i Norge; boken nyter fortsatt anerkjennelse for sin innsiktsfulle behandling av grunnproblemene i agent- og mellommannsretten.<sup>45</sup>

I 1973 tok Sandvik opp igjen entrepriserett og anbudsrett.<sup>46</sup> Hans *Kommentar til NS 3401* (Universitetsforlaget, Oslo 1977) ble i en årrekke den ubestridte «bibel» i norsk entrepriserett – også etter at standardvilkårene innen bransjen ble endret og tilpasset nye tider. Sandvik utviklet bygge- og entrepriseretten både ved sitt forfatterskap og ved omfattende kurs- og foredragsvirksomhet (sammen med advokat *Bjørn Sulland*). Jeg var selv så heldig å bli trukket med i hans initiativ til opprettelsen av et Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i 1978 (BFJR), som fortsatt er et responderende forum for innhenting av ekspertuttalelser innen BA-bransjen. Min egen interesse for entrepriskontrakter og anbudsrett fikk sitt startskudd da Sandvik trakk meg med som rådsmedlem.<sup>47</sup> Rådet gikk fra å være et lokalt responsumforum for Bergen til å få nasjonal utbredelse gjennom fagtidsskriftet *Byggeindustrien*.<sup>48</sup> Rådets formann i dag er advokat *Harald Kobbe* (bfjr.no).

**Nils Nygaard** (1932–2015)<sup>49</sup> fullførte sin juridiske doktoravhandling i 1974, ble dosent i 1975 og professor i 1977. Han var overfor myndigheter og Eiendomsavdelingen ved UiB pådriver for prosjektet som endte med jussbygget på Dragefjellet. Som forsker satte Nygaard ettertrykkelig Bergen på kartet, med omfattende litterær produksjon innen erstatningsrett og allmenn rettslære. Hans *Skade og ansvar* (1976) kom i seks senere utgaver frem til 2007. Hans dypdykk i rettstenkning – *Rettsgrunnlag og standpunkt* (utgitt i 1999, med 2. utgave i 2004) har hatt stor utbredelse. Fra *Asbjørn Strandbakkens* minneord etter hans bortgang i 2015 siteres:

45 Sandvik avga sammen med Carsten Smith i Oslo en lite kjent innstilling som ble lagt til grunn for datidens lovgivning om avgangsvederlag for handelskommisjonærer og agenter (nå er emnet EU-regulert).

46 Han utarbeidet etter oppdrag fra Nordisk ministerråd et forslag til felles nordiske kontraktsbestemmelser for bygge- og anleggsarbeider (NU 1976: 22). Prosjektet ble imidlertid skrinlagt og er lite kjent i dag. Jeg skrev i et festskrift om store variasjoner mellom standard-byggekontraktens bestemmelser om endrings- og tilleggsarbeider («Change Order»): S. Blomstrand mfl. (red.), *Bertil Bengtsson 90 år*, Stockholm 2016, s. 235 flg.

47 BFJR arrangerte i november 2013 i samarbeid med jur.fak. UiB et to dagers symposium, «Entreprenør-risikoen revisited», i Bergen, der avdøde Sandviks forfatterskap innen faget ble holdt opp mot senere års utvikling og utfordringer innen BA-bransjen (klimatekst, europeisering, digitalisering osv.).

48 Rådets første uttalelser frem til 1987 ble utgitt i to samlinger som Kai Krüger (red.), *Uttalelser i byggesaker*, 1984 og 1987.

49 Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Bergen 2002.

Det var først og fremst erstatningsretten som ble Nygaards fagområde – et fagområde han foredlet på nynorsk. Først ved sin avhandling og senere gjennom læreboken «Skade og ansvar» som kom ut i 6. utgave i 2007. Også andre sider av erstatningsretten ble viet oppmerksomhet gjennom bøker som «Skatt og Skade» fra 1985 og «Bilansvaret» fra 1990. Gjennom de rettsvitenskapelige arbeidene viste Nygaard sin dype innsikt i de metodiske utfordringene rettsvitenskapen står overfor. Det var derfor nærmest naturlig at han utga et eget verk i rettskildelære som kom i 2. utgave i 2004. Nygaard så også ut over det rent rettsvitenskapelige da han i 1986 utga en bok om bevis sammen med en økonom og en realist. Han var videre sentral i oppbyggingen av faget trygderett ved fakultetet. I erstatningsretten i Norge står Nygaard som en suveren ener i sin tid, og hans tilnærming til erstatningsretten har satt sine spor i generasjoner av jurister som har sittet under hans kateter.

Nygaard var en nybrottsmann innenfor det juridiske fagmiljøet i Bergen. Han viste seg som en klok og sindig person som inngav tillit blant kollegaene ved å bli valgt som seksjonsleder og instituttstyrer. Fagmiljøet ble etablert som eget fakultet i 1980, og som den andre i rekken var Nygaard dekan fra 1986–1991. I kraft av sin stilling som professor og ikke minst i egenskap av dekan, tok han tunge løft i en krevende oppbyggingstid. Han var den helt sentrale person i arbeidet med å samle fakultetets virksomhet i eget bygg, Jussbygget på Dragefjellet som i dag er et av UiBs «signalbygg».

Uten forkleinelse for kolleger nevner jeg at en særdeles aktiv gründer og miljøskaper i pionermiljøet på 1970-tallet var **Arvid Frihagen**.<sup>50</sup> Han ble som nevnt dr. juris i 1964 i Oslo med avhandlingen *Linjekonferanser og kartell-lovgivning*.<sup>51</sup> Ved UiB utviklet han forvaltnings- og kommunalretten ved stadig nye utgaver av

50 Omtale i S. Bagge, op.cit., s. 626.

51 Frihagen og Sandvik hadde vært arbeidskolleger i Prisdirektoratet, en etat som sto for omfattende pris-, markeds- og konkurranseregulering på 1950/-60-tallet. Min generasjon husker prisloven av 1953 med bl.a. forbud mot urimelige kontraheringsvilkår, regulering av forretningsnektelse og forbud mot urimelige priser. Etaten var sammen med Justisdepartementets lovavdeling, og Nordisk Skipsrederforening – og UiO Juridisk fakultet – et «first choice» for juridiske kandidater med toppkarakterer på «laud»-skalaen. Fakultetets sterke miljø for EU konkurranserett («BCCL») i dag kan ses som en videreføring av 1960-årenes tunge norske etterkrigs markedsregulering – med Prisdirektoratet og Priserådet som de norske forløpere til EU-kommisjonen og det norske Konkurransetilsynet. I lys av fakultetets sterke fokus på dagens EU-konkurranserett (BCCL) kan jeg minne om at Arvid Frihagen allerede i 1960 publiserte sin lisensiatavhandling «Priserådets praksis: Priserådets stilling til leverandørers bruk av sin monopollignende makt til å regulere melkeomsetning og installasjonsvirksomhet».



sine bøker, men han var også en drivende kraft med bred fagprofil som dekket både tjenestemannsrett, anbudsrett, EU/EØS-rett og etter hvert olje- og gassrett tilpasset den voksende offshoreindustrien på 1980- og -90-tallet. Hans legendariske Solstrand-seminarer samlet ved juletider hvert år hele det norske fagjuridiske miljø innen offshoreindustrien – med ettervekst i litterær produksjon og omfattende etterutdanningstilbud for jurister.

**Jan Fridthjof Bernt**<sup>52</sup> (f. 1943) (dr. juris 1979 og professor 1980) var et faglig midtpunkt allerede i 1970–1980-miljøet i Allégaten. I hans omfattende bibliografi<sup>53</sup> inngår 11 publikasjoner fra før 1980, med hans masteravhandling fra 1971 som startpunkt – etterfulgt av et forfatterskap som allerede i det første tiår omfattet bidrag innen kommunalrett, forvaltningsrett – frem til doktoravhandlingen *Avtale om offentlig myndighetsutøving* (1978) – senere etterfulgt av arbeider i stor bredde, ikke minst innen helse- og sosialrett og rettsteori. Han var rektor ved UiB 1996–1998. Fra forordet i hans 70 års festskrift *Undring og erkjennelse* (2013)<sup>54</sup> siteres:

Du har vært en sentral kraft i utviklingen av disse rettsfeltene her i landet. Rettsteori, rettsfilosofi og yrkesetikk er akademiske områder som har hatt glede av ditt store engasjement. Som forfatter har du stått fjellstøtt alene, men de mange felles publikasjoner viser gleden over å samarbeide med gode kolleger. Sammen med David Doublet ble erkjennelse av rettsvitenskapen som akademisk disiplin videreutviklet [...]. Din faglige kompetanse har vært ditt våpen i en langvarig strid for akademisk utvikling, og vern om samfunnsmessige interesser som du har sett som viktige og som trenger ditt engasjement. Rettssikkerhet for svake i samfunnet, kontroll med maktutøvelse, åpenhet og ytringsfrihet er stikkord for utfordringer du har valgt, og som dine omgivelser etter hvert identifiserer deg med.

**Mons Sandnes Nygard** (1925–1991) (dr. juris 1975 og professor 1975) var etter seksjons- og SV-perioden vår første dekan i det nye juridiske fakultet fra 1980 til 1985. Han etterfulgte *Knut Robberstad* som leder av Sivillovbokutvalet (som i en rekke rådsegner arbeidet med forberedelse av nynorsktekster i lovverket). Med fast eiendoms rettsforhold og retts saga som emneområde gjennomførte han også

52 Omtalt S. Bagge, op.cit., s. 637.

53 *Undring og erkjennelse* (2013), op.cit., s. 817 flg.

54 Karl Harald Sovig, Sigrid Eskeland Schütz, Ørnuf Rasmussen (red.), Bergen 2013.

flere populære og lærerike faglige «tingsrettsekskursjoner» rundt om på Vestlandet til steder av rettshistorisk eller tingsrettslig interesse – Moster på Bømlo, Baroniet i Rosendal, Mongstad og Gulating. Bokbåten *Epos* ble ifølge *Ernst Nordtveit* brukt på en av disse turene.

**Ernst Nordtveit** (f. 1953) (dr. juris 1990 og professor 1993). Ernst Nordtveit og *Wiggo Storhaug Larssen* var blant de tidlige vit.ass.-ene ved Institutt for privatrett. Nordtveits første publikasjon var et trykt seminarinnlegg om inkasso – «Småkrav – summarisk inndrivelse og rettshjelp» (*Jussens Venner*, 1976). Under studieordningen den gangen kunne man skrive særavhandling som spesialfag – og Ernsts emne var «Rettar til nausttomt» – publisert som *Juridiske skrifter* nr. 2, Universitetsforlaget, Bergen 1982. Storhaug Larssens avhandling om kystfart og fergeansvar kom i samme serie.

Nordtveit disputerte i 1990 på avhandlingen *Oppdragssamarbeid: joint ventures i oppdragsindustri, entreprenørverksemd, forskning og utvikling*. Han ble professor i 1993, og har en omfattende vitenskapelig produksjon innen tingsrett, selskapsrett, petroleumsrett, formuerett og miljørett. Han var fakultetets dekanus i perioden 1999–2009.

Nordtveit hadde verv i Petroleumspriserådet og Stjernøutvalget (NOU 2008: 3 «Sett under ett – Ny struktur i høyere utdanning»). Han var i en årrekke sekretær i Sivillovbokutvalet som forberedte norske lovtekster på nynorsk (frem til siste Rådsegn NOU 1993: 29 om tomtefeste).

Jeg minnes for egen del at det i Oslo-miljøet i Domus Media rådet et spent forhold mellom bokmål og nynorsk. På Sjøretten ledet riksmålsmann, professor og instituttleder Brækhus an med sine *skib, nu, efter* osv., versus nynorsk-kollegene på fakultetet. I Bergen, derimot, der både Nils Nygaard, Per Stavang, Mons Nygard, Ernst Nordtveit – og senere Kåre Lilleholt – sto for nynorsk forfatterskap og undervisning, forløp samspillet mellom språkformene i fagmiljøet helt uten problemer.

Innen helse- og trygderett – og senere også barne- og likestillingsrett – ble etter hvert også vår **Gudrun Holgersen**<sup>55</sup> (f. 1950) et faglig tyngdepunkt – lektor i 1979, doktorgrad i 1988 og professor i 1991. Oslo hadde sin guru *Asbjørn Kjøenstad*, men vår Gudrun har også satt Bergen tydelig på helse- og omsorgskartet, med betydelig forfatterskap innen trygderett, barnerett og likestillingsrett. Det startet

55 Omtale i S. Bagge, op.cit., s. 638.

i 1979 med en artikkel om likestillingsloven (Ruth Nielsen (red.), *dansk Årbog for kvinderet*, 1980).

\*

En verdifull støttespiller i fagmiljøet på 1970–80-tallet, som fortjener å bli tatt med i vår krønike, er forlagsdirektør *Knut Lie*, som fra kontor i Allégaten 26 ledet en lokal avdeling av Universitetsforlaget. Hans nysgjerrige oppsporing av faglige publiseringsinteressante UiB-aktiviteter på Nygårdshøyden kom også juristene til gode. Ikke lenge etter min egen oppstart i Bergen oppsøkte han meg med spørsmål om jeg ikke burde utgi en lærebok i kjøpsrett. Så skjedde – og min *Norsk kjøpsrett* (1974) kom i fire utgaver frem til den siste og 4. utgave i 1999<sup>56</sup> – etterfulgt av hans utgivelse av min fremstilling av *Norsk kontraktsrett* (1989). Boken var et «protestinnlegg» mot konseptet «obligasjonsrett» ved at boken søkte å klargjøre vare- og tjenestekontraktens ulike karakteristika (levering, tjenesteyting, omsorg o.l.). Det logiske motstykke til kontraktsrettsboken ble *Pengekrav* (2. utgave 1984) over temaet betalingsforpliktelser i og utenfor kontraktsforhold.

Et annet prosjekt med samme utgiver var en antologi: *Boligrett*, Christian Fredrik Wyller og meg (red.) med bidrag fra Axel Hærem, Tore Sandvik, *Arvid M. Pedersen* og Guri Greve. Antologien kom i 1. utgave i 1978, senere frem til 5. utgave i 2009 ved *Christian Fredrik Wyller*.

*Norsk panterrett* (2. utgave 1982) var også et forfattersamarbeid tilpasset ny pantelov i 1990, med forfatterne Tore Sandvik, banksjef *Ole Johan Giertsen*<sup>57</sup> og meg.

Dessverre ble Universitetsforlagets drift av Knut Lies forlagsvirksomhet nedlagt i 1988, men virksomheten fortsatte med Knuts eget forlag – *Alma Mater* – som etter Knut Lies bortgang ble overtatt av Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke.

\*

56 På denne tiden kom forbrukervern på den rettspolitiske dagsorden – ved eget departement/Forbrukerombud/Forbrukerrådet/Forbrukertvistutvalget supplert med høy lovgivertakt. Jeg hadde som første leder av Forbrukertvistutvalget (fra 1978 til 1992) nært samarbeid med kollegene Børge Dahl (senere president i Danmarks Højesteret) og Peter Møgelvang Hansen, begge den gang ved Handelshøyskolen i København (CBS). Sammen med Møgelvang Hansen lanserte jeg *Reklamens bindende virkning: om kontraktsrettslige og markedsrettslige rettsvirkninger av reklame etter nordisk rett*, Nordisk ministerråd, København 2001 (TemaNord: 2001: 549). Det var den gang høykonjunktur for forbrukerrett – også ved generøse midler fra Nordisk råd.

57 Far til dagens professor Johan Giertsen.

Fagmiljøet i Allégaten hadde en blomstrende tid i tiåret 1969–1980 – tross nokså kummerlige lokalforhold for både lærere og studenter frem til Jussbygget i 1994. Miljøet fikk imidlertid også en sterk føling med etterdønningene etter studentopp-rørene i Europa på denne tiden. ML (Marxisme-Leninisme) og «kritisk juss»-bevegelsen i norsk akademia satte på denne tiden dagsorden for tidkrevende utfordringer til den tradisjonelt konservative rettskulturen. «Lenin-høyden» kom på folkemunne blant ærverdige bergensere. Min studiekamerat og senere kollega *Nils Kristian Sundby* i Oslo var en drivende kraft i kampen mot professorveldet og kapitalismens juss. I Bergen var vår lektor *Einar Stueland* (senere LO-advokat) aktiv sammen med progressive studenter, med ny agenda for hva juridiske studenter, forelesere og forskere burde drive med. Det ble mye bråk og mange møter med målbevisste og talføre – men tidkrevende – studenter. Men som kjent: Det gode som kom ut av denne tiden, var slutt på professorenes enevelde i akademia – det ble nye tider med student- og ansatt-representasjon i alle råd og utvalg på universitetene.

Men det kom også en tid da vår vitenskapelige stab ble rammet av en serie tragiske dødsfall. Svært mange av våre gründere fra 1969–1980 falt fra – Sverre Tønnesen 1933–1979 (46), Mons Sandnes Nygard 1925–1991 (66), Axel Hærem 1927–1994 (67), Arvid Frihagen 1931–1995 (55) og Tore Sandvik 1931–1985 (54) – senere også *David Doublet* 1954–2000 (46).

\*

For meg var årene på Nygårdshøyden fra 1973 til min avgang i 2010 en eventyrlig – og minnerik – tid. Det har vært fantastisk å følge et fagmiljø i sterk vekst, fra den spede start til dagens fagsterke fakultet. Jeg takker kolleger, studenter, bibliotekkolleger og administrasjon for et langt og godt liv med dagens femtiåring!



# Biblioteket – fakultetets hjerte

*Universitetsbibliotekar Jørn W. Ruud*

## 1 De første årene

Biblioteket er hjertet til et juridisk fakultet! Rettsvitenskapen er, og har vært, et utpreget bokfag, og de juridiske fakultetene har tradisjonelt holdt seg med store bibliotek. Da det juridiske studium ble opprettet i Bergen i 1969, var intensjonen i det nye fagmiljøet fra starten av å bygge opp en ruvende samling faglitteratur av internasjonalt format.

Kjært barn har mange navn. Offisielt var navnet først Det juridiske fakultetsbibliotek, deretter Bibliotek for juridiske fag. Offisiell forkortelse har vært UBBJUR. I dagligtale har formen ofte vært Juridisk bibliotek. I denne artikkelen brukes navneformene litt om hverandre.

Forløperen til Universitetet i Bergen var Bergens Museum som ble grunnlagt i 1825. I 1946 ble Universitetet i Bergen opprettet, og Museets bibliotek ble til Universitetsbiblioteket i Bergen (UBB). I tillegg til Universitetsbibliotekets etter hvert betydelige samlinger ble det på mange av universitetets institutter opprettet håndboksamlinger av fagbøker og tidsskrifter.

Det var personale fra Universitetsbiblioteket sentralt som også arbeidet med de lokale samlingene, den såkalte instituttjenesten. For å få tilgang til disse samlingene måtte man ha nøkkel. Kort og godt: Dette var ressurser for de ansatte, ikke for studentene.

Tidlig ble bibliotekar Catharine Rietti tilknyttet de juridiske instituttene. Senere overtok bibliotekar Sofie Wigum dette ansvaret, og siviløkonomen Ciren Stokkenes ble den første fagreferenten i rettsvitenskap. Hun ble senere gift Penkari. Etter hennes død i 1985 ble cand.jur. Kirsti Lothe Jacobsen tilsatt som universitetsbibliotekar og ny fagreferent, en stilling hun hadde frem til hun gikk av med pensjon i 2016.

Bokinnkjøpene var todelte. Sentralt kjøpte Universitetsbiblioteket (UB) inn bøker i jus på sitt eget budsjett, som ble stilt opp i UBs magasin etter løpende

aksesjonsnummer – det såkalte numerus currens-systemet. I hovedbibliotekets publikumsarealer var det bare referanselitteratur med oppslagsverker som sto i åpne, lett tilgjengelige hyller. For å få låne en bok måtte brukerne først finne korrekt referanse i de omfattende kortkatalogene, for deretter å bestille boken fra magasinene og senere komme tilbake for å hente den i ekspedisjonen.

Bøker kjøpt inn av midler fra det juridiske fagmiljøets budsjetter sto lokalt tilgjengelig på åpne hyller. UBs daværende ledelse var lenge skeptisk til å opprette et eget juridisk bibliotek. De ivrige nytilsatte juristene hengte seg derfor på den aksepterte ordningen med håndboksamlinger på instituttene, og alt som ble innkjøpt for fakultetsmidler av jus, ble plassert der.

Fagreferentene hadde overordnet ansvar for bokvalg, og systematiserte innkjøpte bøker. Norske bøker ble normalt anskaffet gratis etter pliktavleveringsloven. I mange år var Bibliotekutvalget ved Det juridiske fakultet tungt inne i valget av litteratur. Biblioteket sirkulerte også bokomtaler og forlagsprospekter til de vitenskapelig tilsatte for å få tilbakemelding om hva miljøet ønsket anskaffet.

Utover på 1980-tallet begynte for alvor etableringen av egne fakultetsbibliotek. En komité nedsatt av Det akademiske kollegium, under ledelse av senere rektor Ole Didrik Lærum, anbefalte i 1985 at UBB skulle ha avdelinger på fakultetene med fullgode utlåns-, referanse- og andre publikumstjenester. Instituttene samlinger skulle integreres i fakultetsbibliotekenes samlinger. De juridiske samlingene ble da flyttet over fra Universitetsbiblioteket på Haakon Sheteligs plass, til fakultetsbibliotekets lokaler i Allégaten 27. Lederen av Det samfunnsvitenskapelige fakultetsbibliotek ble også fakultetsbibliotekar ved Det juridiske biblioteket.

Da jeg begynte å arbeide på Det juridiske fakultetsbibliotek 2. januar 1992, var forholdene enkle. Biblioteket holdt til i to gamle patrisierleiligheter i Allégaten 27 og videre inn i Jonas Reinsgate 19. Taket med gipsrosetter og vinduer i karnapper vitnet om en annen og svunnen tid. Personalets arbeidsplasser sto åpent plassert i publikumsarealene. Reolene var langs veggene fordi gulvene ikke var dimensjonert for vekten av tunge bokhyller. Deler av boksamlingene var oppstilt på andre siden av gaten i Allégaten 34.

Alle ansatte ved fakultetet hadde nøkkel til biblioteket og dermed fri døgntilgang. Utlånssystemet var utfylling av gjennomslagsblanketter for hver utlånt bok, som så ble stilt opp i utlånskartoteket. Gjenparten ble satt i markører og plassert på bokens plass på hyllen slik at alle hadde oversikt over hvem som hadde lånt hva. All innkalling av ikke innleverte bøker skjedde manuelt med tilskrivning pr. brev. Dersom studenter da ikke leverte bøkene, ble de som hadde telefon, oppringt

av bibliotekets morgenfugl, Sofie Wigum, da hun kom kl. 07.00 om morgenen. Morgengretne og protesterende studenter fikk da høre at dersom de hadde tenkt å bestå eksamen, så burde de for lengst ha vært oppe for å sikre seg en plass på lesesalene. Fakultetets ansatte risikerte personlig utformede «rykkebrev», gjerne med følgende tekst: «Dersom du nå ikke leverer disse bøkene skal jeg forfølge deg inntil verdens ende.»

Fakultetet var spredt over et stort område. Studentene satt på Høyteknologisenteret (HiB) i syd til gamle Dragefjellets skole i nord. De vitenskapelig ansatte og biblioteket holdt til i Allégaten, og fakultetssekretariatet hadde lokaler i det gamle, ærverdige lyststedet Fastings Minde på Sydneshaugen. Professor Axel Hærem mente at Det juridiske fakultet var Norges lengste. De lange avstandene gjorde at fakultetet hadde tjenestesykkel for de ansatte. Professor Jan Fridthjof Bernt holdt seg med egen fakultetssykkel som han hadde «arvet» fra sin datter, senere professor Camilla Bernt, til denne internttransporten. Biblioteket nøyde seg med en tjenesteparaply når vi måtte krysse over gaten til Allégaten 34 på regntunge dager. Vi hadde aldri problemer med heisen. Noe slikt fantes ikke i bygningene, og tunge bokbører måtte bæres både mellom bygninger og etasjer.

## 2 Konsolidering og ekspansjon

1992 ble et merkeår for biblioteket. Biblioteket fikk egen fakultetsbibliotekar da jurist og førstebibliotekar Halvor Kongshavn kom fra Universitetsbiblioteket i Oslo. Han avløste Tom Johnsen ved Det samfunnsvitenskapelige fakultetsbibliotek som inntil da også hadde denne funksjonen ved de juridiske samlingene. Samme år ble også tre andre nye medarbeidere, Marit Saksvik, Finn Solemdal, og meg selv, tilsatt i tillegg til Wigum og Jacobsen. Marit Saksvik fikk hovedansvaret for fjernlånsvirksomheten. Finn Solemdals viktigste arbeid ble i starten omregistrering av kortkatalogen, bok for bok, til moderne digitale medier. Jeg ble hovedbibliotekar, katalogisator, «altnuligmann» og nestleder i biblioteket. Vi var alle svært allsidige, noe som gjorde driften mindre sårbar ved fravær.

Halvor og jeg kjente hverandre fordi vi begge kom fra Universitetsbiblioteket i Oslo før vi ble tilsatt i Bergen. Helt frem til 1994 ble lønnen til Kongshavn betalt av Det juridiske fakultet, noe som understreker hvor stor vekt fagmiljøet la på utviklingen av biblioteket. Alt i 1973 hadde fakultetet besluttet å bruke penger på å bygge ut et godt bibliotek som en kompensasjon for manglende rekruttering til faglige stillinger.



Det som særlig lokket oss til Det juridiske fakultetsbibliotek i Bergen, var at vi da kunne være med å planlegge og bygge opp et splitter nytt bibliotek i nye og moderne lokaler. I 1992 var det klart at nytt jusbygg, lokalisert til Dragefjellet, var underveis.

Den 1. juli 1993 gikk Sofie Wigum av med pensjon. Som etterfølger ble Kate Lønningen tilsatt. Kate overtok da ansvaret for katalogiseringen av bibliotekets tilvekst. Hun hadde lang erfaring med digitale biblioteksystemer.

Biblioteket sorterte administrativt under Universitetsbiblioteket. Bibliotekutvalget var det eneste formelle organet der Det juridiske fakultet var representert. Siden bibliotek og fakultet levde tett på hverandre, ble de personlige båndene sterke. Bibliotekets personale ble alltid invitert til arrangementer som julefester og andre sammenkomster ved fakultetet, også av faglig art. Halvors nye bok *Praktisk rettskildelære*, som han nettopp hadde utgitt sammen med Pål Bertnes, ble snart pensum for studentene.

Det juridiske biblioteket har ikke bare vært et fakultetsbibliotek. Det fungerer også som juridisk sentralbibliotek for Vestlandet. Særlig i den predigitale tidsalder var advokater og andre jurister fra byen hyppige gjester i biblioteket.

### 3 Fra kort til dataskjerm

Et bibliotek med store samlinger av bøker og tidsskrifter må også ha et system for å registrere materialet slik at det senere kan gjenfinnes. I mange år ble dette gjort gjennom sirlige kortkataloger med både emnemessige/systematiske og alfabetiske innførsler. De systematiske katalogene var, slik jeg opplevde det på Juridisk fakultetsbibliotek, gode. De alfabetiske var nøyaktige, men de hadde bare tittelinnførsel på redaksjonsverk og bøker med flere enn tre forfattere. Dette var vanlig ved universitetsbibliotekene i Norge. Begrunnelsen var dels å spare plass. Det ble også hevdet at «våre brukere kjenner sine forfattere», et argument som for nye studenter fortonte seg arrogant. Det var denne brukergruppen som oftest hadde størst problemer i møte med UBs daværende gjenfinningsapparat.

I en overgangsperiode frem til IKT for alvor gjorde sitt inntog, hadde biblioteket tilgang til samkataloger og annet gjennom mikroformer som film og mikrofiche via leseapparater. Dette er for de fleste i dag en eksotisk fortid.

I motsetning til resten av Universitetsbiblioteket i Bergen gikk Bibliotek for juridiske fag ikke over til det systematiske klassifikasjonssystemet, Dewey, som gjennom mange år var veletablert i norske folke- og fagbibliotek. I likhet med Det

juridiske fakultetsbibliotek i Oslo beholdt man den norskutviklede klasse L i det gamle faglige klassifikasjonssystemet til norske universitetsbibliotek. Grunnen var at det amerikanskutviklede Dewey innen rettsvitenskap var tilpasset det anglo-amerikanske common law-systemet, og den gangen i for liten grad tok høyde for inndelingen av de nordiske og europeiske rettssystemene.

Allerede i 1983 begynte Universitetsbiblioteket å katalogisere ny litteratur i det digitale biblioteksystemet Bibsys. Bibsys, som var utviklet i Trondheim, var et tidlig europeisk katalogsystem basert på moderne informasjonsteknologi. På 1980-tallet ble det tatt i bruk på de norske universitetsbibliotekene. Men inntil de eldre samlingene var konvertert, var vi fortsatt avhengig av kortkatalogene.

Bibliotekverdenen var tidlig ute med det vi i dag kaller IKT-utvikling. Alt rundt 1960 ble det i USA utviklet det såkalte marcformatet for EDB-registrering av litteratur, som også gjorde at katalogdata lett kunne utveksles mellom bibliotekene.

Ved Juridisk fakultetsbibliotek satte vi i gang – som et ledd i flytteforberedelsene – et lokalt konverteringsprosjekt for de eldre samlingene. Finn Solemdal registrerte fra 1992 til 1995 mer enn 20 000 eldre bøker i Bibsys – en fenomenal jobb som gjorde at gjenfinning av litteratur nesten var fulldigitalisert da vi flyttet inn på Dragefjellet.

UBs katalogavdeling hadde store restanser på katalogiseringen av juridisk litteratur. Med egne krefter fikk vi også registrert disse bøkene i Bibsys. Brukerne kunne nå finne referanser og oppstilling av bøker på egen dataskjerm før de gikk til biblioteket for å låne dem.

Digitaliseringen medførte kort og godt at brukerne enklere fikk innsyn i bibliotekets samlinger. Noe som forbauset enkelte vitenskapelig tilsatte. En del bøker var mer eller mindre permanent utlånt til forskerne. Forskrekkelser blant noen ble stor da de begynte å få innkalling på mer smale bøker fordi andre ville låne dem. Vanlig tilbakemelding var: «Det er jo bare meg som har interesse av dette temaet.» Et vanlig svar fra biblioteket var: «Er du ikke glad for at også andre er interessert i disse bøkene?»

De tidlige digitale registreringene av litteratur var rene registerhenvisninger. Med andre ord: Dette var ikke fulltekst baser. Det kom senere. Derfor sto det i korridorene på fakultetet fortsatt «verktøyslitteratur» for forskerne i form av lovforarbeider, domssamlinger og sentrale norske juridiske tidsskrift. Dette dublerte i noen grad bibliotekets samlinger.

Vi hadde også tilgang til andre elektroniske registerdatabaser, som samkataloger og artikkelbaser. Dette lettet innlansarbeidet. Våre brukere var begeistret

når vi enklere og raskere enn før klarte å låne inn vanskelig tilgjengelig litteratur fra andre bibliotek. Ikke alle var i starten like glade for at vi også lånte ut «deres» bøker til andre bibliotek.

## 4 Lovdata

Neste trinn i digitaliseringen var introduksjonen av fulltekstbaser. Først ute med dette i juristenes verden var Lovdata, som var et av de første databaserte juridiske informasjonssystemer i Europa da det startet opp i 1981.

Våre brukere var nå i ferd med å bli datakompetente, men de aller første databasene var ikke alltid selvforklarende å søke i. Søk med såkalte boolske operatører, der man selv måtte bygge opp søkestrenger, var noe nytt og litt fremmed for mange. Det tok også her litt tid før alle fikk skikkelig grep på søketeknikken, og i mange år var biblioteket til stor hjelp ved mer kompliserte søk. Brukergrensesnittet ble etter hvert også enklere i Lovdata.

## 5 Flytting til nye lokaler

Den store oppgaven som nå sto foran oss, var flytting av biblioteket til det nye Jusbygget på Dragefjellet, selveste drømmejobben for en bibliotekar. Lokalene i Allégaten var sprengt. Vi fikk nå sjansen til å innrede et nytt og moderne bibliotek fra bunnen av. Vi var alle involvert i denne prosessen som gjorde oss til en tett sammensveiset og entusiastisk gjeng. Hvordan utflyttingen og innflyttingen skulle foregå, og hvordan det nye biblioteket skulle innredes, måtte planlegges til minste detalj. Vi hadde dugnad og pakket selv ned alle bøkene og tidsskriftene i den rekkefølge de skulle pakkes ut og stilles opp i det nye biblioteket. Noen ganger holdt vi på til nærmere midnatt. I tillegg forberedte vi, som nevnt ovenfor, også samlingene for full digital gjenfinning. Relasjonene til de ansatte ble også styrket i dette skjebnefellesskapet. Vi skulle alle ut av det gamle og inn i noe nytt. Fakultetsbibliotekaren hadde ansvaret for innflyttingen, og hovedbibliotekaren for utflyttingen. Vi var på plass i det nye biblioteket før jul i 1994. Da vi flyttet, var det på høy tid. Lokalene i Allégaten var overfylte.

Da vi trodde vi hadde flyttet hele biblioteket, oppdaget vi i Allégaten 34 boksamlinger på noen av kontorene og i kjellerboder, som ikke engang veteranene blant oss var klar over. Dette sier mye om hvor uoversiktlig det gamle biblioteket var, sammenlignet med det vi flyttet inn i. En av bodene, som biblioteket delte

med professor Vogt, var så fullpakket med trykksaker at vi utløste en «lavine» da døren ble åpnet.

Da vi tømte bibliotekets kjellermagasiner, kom det for dagen hauger med koks – et tydelig vitnemål om hva kjelleren opprinnelig var brukt til. Det spadde vi over i bøtter og ga til en takknemlig siste leieboer i Allégaten 27.

Tett samarbeid med fakultetet lettet arbeidet. Biblioteket var representert i innredningskomiteen for det nye bygget. Det grundige forarbeidet gjorde at innflyttingen på Dragefjellet gikk raskt og problemfritt.

## 6 Nytt bibliotek på Dragefjellet

Brukerne gikk en ny tid i møte i de nye og lyse lokalene i et splitter nytt og moderne bygg. Biblioteket var sentralt plassert i nybygget, både for studenter og forskere. Bøker og tidsskrifter var oversiktlig plassert i godt merkede reoler. For bibliotekets personale ble arbeidsmiljøet dramatisk forbedret. Vi fikk egne kontorer, heis og andre bekvemmeligheter. Kortkatalogen var nå definitivt historie og ble plassert i kjellermagasinet. Brukerne søkte opp litteraturen i det databaserte biblioteksystemet Bibsys, og alt utlån ble automatisert. Nå ble det helt slutt på den tungvinte utfyllingen av gjennomslagsblanketter. Antall arbeidsplasser for studenter og andre brukere ble sterkt utvidet. Vi fikk enda tettere relasjoner både til fakultetets administrativt tilsatte som tidligere satt på det fjerne Fastings Minde, og ikke minst til studentene som nå alle ble samlet på Dragefjellet.

Biblioteket åpnet offisielt den 16. januar 1995. Det var høytidelige taler og et mer uformelt musikalsk innslag ved Sofie Wigums ektemann, pensjonert advokat Stig Wigum, som spilte lirekasse.

Bruken av biblioteket eksploderte etter at det nye biblioteket ble tatt i bruk. Nå begynte også studentene for alvor å strømme til biblioteket. Arbeidsplassene der ble svært etterspurte. Nytt automatisk telleapparat ved dørene muliggjorde en mer pålitelig statistikk over besøkende. Alt i alt var veksten på alle områder formidabel.

Utlån av bøker og ekspedering av kopibestillinger var i 1993 15 527. To år senere var det vokst til 45 907. Antall besøkende var i 1993 8737. I 1995 var tallet økt til 71 622. Antall kopier tatt av bibliotekets materiale var i 1993 58 672, og to år senere 278 087.

For å forenkle veiledningen for vårt voksende publikum laget vi etter innflyttingen en rekke informative brosjyrer. Halvor Kongshavn hadde et oppkomme av ideer som nedfelte seg i mange veiledende brosjyrer.

Vi opprettet også ordningen «Bestill en bibliotekar», der brukerne våre sendte inn problemstillinger de ønsket hjelp til å finne ut av. Deretter avtalte vi et møte-tidspunkt i biblioteket.

I de nye lokalene fikk vi plass til utstillingsmontre. Her var universitetsbibliotekar Kirsti Lothe Jacobsen den drivende kraft i etter hvert mange utstillinger med skiftende tema, men alltid innenfor rettsvitenskapen. Vi andre prøvde etter beste evne å hjelpe til. Til hver utstilling fulgte det en informativ trykksak. Kirsti fikk med utgangspunkt i dette arbeidet opprykk til førstebibliotekar i 2008.

De ansatte i biblioteket har gjennom årene bidratt til en rekke publikasjoner. Eksempler er Halvor Kongshavn som bidro til Nordisk festskriftbibliografi i 1998, og Kate Lønningen i *Lernaeocera branchialis (L.,1767) on cod in Baltic waters / G. Sundnes, J. Mork, P. Solemdal & K. Solemdal (i.e. K. Lønningen) i Helgoländer Meeresuntersuchungen, 51 (1997), s. 191–196.*

## 7 Bibliotekets plass i UiBs organisasjon

Allerede før etableringen på Dragefjellet var biblioteket selvhjulpent med det aller meste. Opprinnelig ble katalogiseringen gjort sentralt på UBs katalogavdeling. Her var det i perioder store restanser, noe som også kan skyldes at deler av den juridiske litteraturen er komplisert å registrere. Da biblioteket ble selvhjulpent på dette området, forsvant restansene. Som følge av selvhjulpenhet og tett, uformelt samarbeid med Det juridiske fakultet ønsket Halvor Kongshavn å løsrive Juridisk bibliotek fra UB og legge det inn under fakultetet. Etter mange diskusjoner ble dette aldri noe av. Biblioteket forble en del av UB, men utviklet videre sin tette, uformelle tilknytning til fakultetet.

## 8 Internasjonaliseringen av retten og biblioteket

Jussen har etter hvert blitt mye mer internasjonalsert enn den var tidligere. Biblioteket ble for alvor berørt av dette først gjennom Norges tilslutning til EØS, og da avgjørelsene fra Den europeiske menneskerettsdomstolen gjorde sitt inntog i faget. Også biblioteket var oppmerksom på utviklingen. Som nytilsatt ble Kongshavn alt i 1992 invitert til å holde faglig foredrag i forkant av den årlige julefesten. Temaet var «Internasjonalisering i 1990-årene; kan fagbibliotekene følge opp?».

Allerede tidlig fikk bibliotekets boksamlinger et betydelig innslag av internasjonal litteratur, både i form av bøker og periodika. Fakultetets ansatte hadde i mange

år vært tungt inne ved valg av litteratur som skulle kjøpes – et klart eksempel på at de var godt orientert i faget også internasjonalt.

Utenlandske gjester har flere ganger bemerket at de er imponert over bredden i samlingene. En svensk professor på besøk spurte meg en gang om det var i orden at han tok en gjennomgang av dette «provinsiella norska juridiska biblioteket». Svaret var selvsagt ja. Etter en stund kom han tilbake igjen og beklaget at han hadde vært så arrogant. Utvalget litteratur, og ikke minst den internasjonale bredden, var bedre enn i hans eget hjemlige bibliotek.

I de gamle lokalene i Allégaten hadde fakultetet opprettet en såkalt EU-lab med en del bøker samt registre over – og dokumenter om – EU-retten på mikrofiche med tilhørende leseapparat. Etter flyttingen til Dragefjellet overtok biblioteket denne samlingen.

I 1995 fikk biblioteket det faglige og administrative ansvaret for et Europeisk dokumentasjonssenter (EDC), senere kalt *EUi*. Senteret ble lokalisert i Høyteknologisenteret i Thormøhlens gate og åpnet offisielt den 16. april 1996. Liv Glasser ble ansatt som bibliotekar, og hun innledet et tett samarbeid med Europakontoret ved Hordaland fylke. En gang i uken var hun på Dragefjellet for å få kontakt med resten av miljøet. Den dagen var jeg på EDC for å bli nærmere kjent med virksomheten.

Samlingene ved EDC besto av bøker og trykksaker av og om EU. Vi fikk også tilgang til nye databaser innen temaet. Senteret var en drivkraft i oppbyggingen av bibliotekets kompetanse på EU og EU-rett. Senteret drev også en omfattende overvåking av litteratur, som ble formidlet videre til interesserte personer både i og utenfor fakultetet.

Ordningen med en egen EU-filial på HiB ble i det lange løp noe tungvint, og en del mye brukt litteratur måtte dubleres på Dragefjellet. I 2004 flyttet bokhandelen Akademika ut av lokalene vegg i vegg med biblioteket. I det frigjorte arealet flyttet vi inn med EDCs samlinger, og vi fikk et enda mer rasjonelt juridisk bibliotek.

Neste skritt var å integrere EDC-ressurser i bibliotekets øvrige samlinger. Stadig mer av det materialet vi fikk tilsendt fra EU, kom i digital form, og dermed minket arealbehovet. Til slutt kunne mesteparten av EDC-arealet frigjøres og omgjøres til et læringscenter. Faktisk hadde vi allerede i 1992 planlagt dette rommet som læringsrom, før vi ble informert om at det skulle avgis til bokhandelen Akademika.

Biblioteket skaffet seg også tilgang til utenlandske abonnementsdatabaser som Westlaw og dansk og svensk Karnov. Alle de tilgangene våre brukere har til kommersielle databaser fra inn- og utland, er betalt og administrert av biblioteket.

Biblioteket ved førstebibliotekar Kirsti Lothe Jacobsen opprettet en egen database, Norlaw, som er en forkortelse av *Norwegian law in foreign languages*. Den har henvisninger til norsk rett publisert på utenlandske språk.

## 9 Digitalisering av biblioteket

Raskt oppsto det innen vårt fagområde en stor flora av nettsteder både fra inn- og utland, noe som medførte et omfattende webarbeid. I samarbeid med UBs IT-avdeling videreutviklet biblioteket på slutten av 1990-tallet websidene og sørget for kontinuerlig oppdatering og vedlikehold. En nyvinning var det såkalte Elektroniske juridiske bibliotek, en systematisk ordnet samling av pekere til juridiske primærkilder på web. I samarbeid med de juridiske fakultetsbibliotekene i Oslo og Tromsø ble dette arbeidet videreført i jusportalen Juridisk nettviser, som dekker kilder og nettsteder fra inn- og utland.

Den videre utviklingen var at ikke bare juridiske kilder var tilgjengelig i fulltekst, men i økende grad også juridiske fagartikler og senere hele bøker. Dette ble fanget opp av bibliotekets databaser. Nå kunne brukerne i økende grad sitte på sine kontorer og via bibliotekets nettsider lese dokumenter uten å ta turen innom bibliotekets lokaler.

I ettertid har det vist seg at innen rettsvitenskapen holdt den trykte boken på papir skansen forbausende godt. Noen trodde den snarlig ville dø selv i et utpreget bokfag som jus. Det er først og fremst for regelverk som lovsamlinger, tidsskriftsartikler, domssamlinger og lovforarbeider de digitale formene er blitt dominerende.

Brukerne har heller ikke forlatt det fysiske biblioteket. Besøkstallene og utlånstallene holder seg høye.

## 10 Bibliotekets undervisning

Biblioteket har alltid tilstrebet å være en fullverdig del av fakultetets faglige og pedagogiske tilbud. Det var imidlertid først fra 1992 og fremover at biblioteket for alvor begynte med undervisning i praktisk bruk av bibliotekets etter hvert mange hjelpemidler, og da særlig de elektroniske hjelpemidlene. De nye hjelpemidlene skulle gjøre tilgangen til ressursene bedre, og det gjorde de også, men de var særlig i starten ikke spesielt selvforklarende. Dertil kom at det snart ble mange forskjellige elektroniske ressurser. I rettsvitenskapen er det også slik at hvert land



har sine egne rettssystemer som er skrevet på landenes egne språk. Dette gjør det heller ikke enklere å manøvrere seg frem i «jungelen».

I 1992 begynte Halvor Kongshavn med kurset «Praktisk rettskildelære og bibliotekkunnskap» for nye studenter. Forelesningen bygde på hans bok om samme tema. Senere introduserte vi kurset «Lov og rett på nett og andre steder» for alle nye studenter, i auditorium 1. Denne forelesningen holdes fortsatt, i noe endret form. I 1996 begynte jeg med «Lovdatakurs» for studenter. Kurset var interaktivt og ble holdt i fakultetets PC-stuer der hver deltaker hadde en PC. Jeg lagde kursopplegg med oppgaver og lærte så opp videregående studenter, som videre lærte bort sine nyervervede ferdigheter. Kursholderne ble lønnet av fakultetet.

Det kan høres merkelig ut i dag, men i starten gikk en betydelig del av undervisningen med til å lære studentene å bruke en PC. Vi holdt også kurs i stortingsforhandlinger med tilhørende forarbeider i denne pionertiden. Jevnlig er det blitt holdt kurs etter behov for ulike brukergrupper, også ved andre fakultet, institusjoner og sågar i utlandet.

Etter som datakompetansen til brukerne ble bedre og fakultetets undervisning endret seg, justerte også biblioteket sine kursopplegg.

Lenge var vi avhengig av å bruke fakultetets PC-stuer til våre interaktive kurs. Etter at vi tok i bruk databasen Westlaw, kunne vi kassere en stor mengde domsamlinger fra amerikanske føderale distriktsdomstoler. Det frigjorde plass i biblioteket, og vi innredet arealet med 10 PC-er samt en projektor slik at vi kunne holde kurs der i morgentimene. Enda bedre forhold og mer skjermet undervisning fikk vi da EDC-arealet ble læringsrom.

Bibliotekets ansatte deltar jevnlig på eksterne kurs, men har også hyppige internopplæringer der vi har lært av hverandre, noe som har styrket både kompetansen og allsidigheten til personalet.

I skrivende stund har biblioteket disse faste kursene: introduksjonsforelesning for nye studenter, kurs i kilder til NIRI (norske og internasjonale rettslige institusjoner), kurs for alle nye masterstudenter, kurs for nye vitenskapelige assistenter, kurs for nye stipendiater, år om annet også for internasjonale studenter. Biblioteket holder nå også egne kurs i referansehandteringsverktøyet EndNote, primært for stipendiater, men også åpent for spesielt interesserte. Universitetsbibliotekar Elen Elvebakk er bibliotekar og pedagog og organiserer kursvirksomheten. Kursene har de siste årene blitt tettere integrert i fakultetets emner; flere av kursene inngår nå som en del av øvrig undervisning. Siden 2016 har Elen Elvebakk og Britt-Inger Bjørsvik laget og publisert videoer der søk i ulike databaser blir demonstrert. Dette



var nybrottsarbeid i lokal biblioteksammenheng. I dag er dette vanlig ved flere av UBs bibliotek, særlig når det gjelder rene instruksjoner. På denne måten sikrer vi studenter og ansatte tilgang til informasjon når de trenger den, og vi får en bedre utnyttelse av knappe personal- og arealressurser.

## 11 Personale og organisering

Mange har arbeidet i biblioteket i kortere eller lengre tidsrom. Den fast tilsatte stammen av ansatte har likevel vært svært stabil. I 2003 gikk Kate Lønningen av med pensjon, og spesialbibliotekar Britt-Inger Bjørsvik etterfulgte henne i fast stilling. I 2008 pensjonerte Liv Glasser seg og ble etterfulgt av bibliotekar, senere universitetsbibliotekar, Elen Elvebakk. Hun tiltrådte i 2009. I 2008 gikk også Halvor Kongshavn av som fakultetsbibliotekar. Jeg ble midlertidig vikar i stillingen for tre til fire måneder om gangen i til sammen to år og ni måneder. Lederstillingen ble da slått sammen med tilsvarende stilling ved HF-biblioteket og SV-biblioteket med Ane Landøy som leder. Jeg gikk da over i stilling som universitetsbibliotekar og fagreferent. Britt-Inger Bjørsvik overtok som daglig leder av Juridisk bibliotek i 2011. Mari Saksvik gikk av med pensjon i 2015, Kirsti Lothe Jacobsen i 2016 og jeg i 2017. I 2018 ble juristen Anders Parmann ny universitetsbibliotekar. Han ble i 2019 avløst av nyutdannet jurist Helene Jakobia Thorsen. Etter lengre tid som midlertidig daglig leder av biblioteket ble veteranen Finn Solemdal i 2019 avløst av hovedbibliotekar Trude Hals. I alle år har biblioteket hatt en studentmedarbeider rekruttert lokalt på Dragefjellet, noe som også har gitt oss god kontakt med hva som rører seg i studentmiljøet.

## 12 Fremtiden

Biblioteket har hele tiden vært en dynamisk organisasjon som har tilpasset seg utviklingen. Det har påtatt seg nye, endrede og nødvendige roller når tiden har krevet det. Allerede i mange år har det blitt hevdet fra enkelte hold at digitaliseringen gjør bibliotekene overflødige. Tiden har vist, og vil vise, at bibliotek med kompetent personale fortsatt er et «must» i moderne forsknings- og undervisningsmiljøer.

Det er imidlertid viktig at biblioteket beholder sitt særpreg og sin nærhet til det juridiske fagmiljøet. Det er en uheldig internasjonal tendens til at juridiske bibliotek i omorganiserings- og sentraliseringsbølger, ofte ut fra funksjon og ikke fag, mister denne nærheten. Dermed svekkes det som har vært bibliotekets store styrke.

### 13 Etterord

Kilder til denne artikkelen har vært årsrapporter fra lokale bibliotek og Universitetsbiblioteket sentralt. Av bøker: Universitetet i Bergen, *Universitetet i Bergens historie*, Bergen, 1996; Universitetsbiblioteket i Bergen, Jan Olav Gatland (red.), *Amor librorum nos unit: Universitetsbiblioteket i Bergen 1825–1996*, Bergen, 1996. Videre har jeg hatt samtaler med professorene Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, tidligere fakultetsbibliotekar Halvor Kongshavn, tidligere førstebibliotekar Kirsti Lothe Jacobsen, Marit Saksvik og Kari Normo. Fungerende daglig leder Finn Solemdal og universitetsbibliotekarene Elen Elvebakk og Anders Parmann samt Halvor Kongshavn har lest gjennom manuskriptet og kommet med verdifulle innspill.



# Internasjonalisering av studiet ved Det juridiske fakultet

*Professor Asbjørn Strandbakken og rådgiver Ingrid Elisabeth Tøsdal*

## 1 Innledning

Da det juridiske studiet ved Universitetet i Bergen ble startet opp i 1969, var det nok de færreste som hadde et internasjonalt perspektiv på jussen. Jusstudiet hadde nasjonal rett som fokus, og studentene skulle utdannes til å utføre juridisk arbeid i Norge. Slik var det også i en rekke år.

Selv om vi kan spore påvirkning av norsk rett fra andre lands rettssystem langt tilbake i tid, er det først mot slutten av 1980-tallet at jussen for alvor ble mer internasjonalt orientert. I denne artikkelen skal vi ikke analysere årsakene til internasjonalisering av jussen, men heller fokusere på fakultetets arbeid med internasjonalisering, og da særlig fra et studieperspektiv.<sup>1</sup> I dag er det en kjensgjerning at Det juridiske fakultet er det mest internasjonalt orienterte fakultetet ved Universitetet i Bergen målt i andel utreisende studenter, og også det juridiske fakultet i Norge som har størst andel studenter som har minst ett semester som utenlandsopphold som del av graden sin.<sup>2</sup>

## 2 Den spede begynnelsen

På 1980-tallet var det få eller ingen studenter som visste om en verden utenfor Dragfjellet. Man studerte norsk kjøpsrett og strafferett, og menneskerettighetene var noe

---

1 Ved arbeidet med denne artikkelen har vi hatt stor nytte av å kunne bygge på Eivind Buanes sine notater om fakultetets historie, se s. 13, fotnote 1.

2 Se notat til Utdanningsutvalget ved UiB, sak nr. 42/18 til møte 9. mai 2018, og SIU rapportserie 02/2016: Studentutveksling fra Norge.

som var viktig i alle andre land enn Norge. Lovene ble gitt av Stortinget, og drøftelsen av rettsspørsmål begrenset seg til norske forarbeider, høyesterettspraksis og litteratur på norsk skrevet av norske professorer ved et av de tre juridiske lærestedene. Enkelte forskere hadde imidlertid oppdaget at rettsoppfatninger fra andre rettskulturer og -systemer kunne ha interesse ved løsning av rettsspørsmål her hjemme. Kai Krügers *Norsk kjøpsrett* (1977) tok studentene ut i Norden,<sup>3</sup> men avhandlinger på 1970-tallet var stort sett begrenset til norsk og nordisk materiale. I Mons Sandnes Nygard (1925–1991) sin avhandling om eiendomsavhendelse i norsk rettshistorie (fra 1975) er det imidlertid tysk materiale, og det er til og med et sammendrag på tysk.<sup>4</sup> Det fremgår også av forordet at Nygard hadde hatt forskningsopphold i Tyskland. Kristian Huser's avhandling fra 1983, om avtaletolkning, inneholdt en bred fremstilling av svensk, dansk, engelsk, amerikansk, tysk og fransk rett.<sup>5</sup> Ved avhandlingen av Magnus Matningsdal om inndragning fra 1985 ser vi at Tyskland er gjenoppdaget i strafferetten.<sup>6</sup> Henry John Mælands avhandling om ærekrenkelser fra 1983 bygget på materiale fra USA, Canada, New Zealand og England.<sup>7</sup> I denne avhandlingen ble også avgjørelser fra Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg trukket inn i drøftelsene. Få ante nok på dette tidspunktet hvilken betydning særlig domstolen i Strasbourg og rettsakter fra EU-systemet skulle få for det norske rettssystemet.

Særlig fra 1990 skjøt utviklingen fart. Jørgen Aall skrev en artikkel i *Lov og Rett* i 1988 om siktedes rett til vitne-eksaminasjon etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.<sup>8</sup> At opplesing av tidligere avgitte politiforklaringer fra vitner som ikke møtte under en hovedforhandling i en straffesak, kunne reise spørsmål om tiltalte i en straffesak fikk en *fair trial*, var noe som det ikke tidligere hadde blitt reist spørsmål om.

Det var ikke bare forskerne som fikk øynene opp for verden. Et åpnere Europa etter Berlinmurens fall i 1989 appellerte også til jusstudenter. Bergensavdelingen av ELSA – European Law Students' Association – fremmet våren 1990 et forslag om at det, etter modell fra Oslo, burde opprettes et internasjonalt utvalg ved fakultetet som skulle tilrettelegge forholdene for studenter som ønsket et utenlandsopphold

3 Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*, Oslo 1997.

4 Mons Sandnes Nygard, *Eiendomsavhending i norsk rettshistore*, Oslo 1977.

5 Kristian Huser, *Avtaletolkning*, Oslo 1983. Se særlig kapittel 4 i avhandlingen.

6 Magnus Matningsdal, *Inndragning*, Oslo 1987.

7 Henry John Mæland, *Ærekrenkelser*, Oslo 1986.

8 Jørgen Aall, «Siktedes rett til vitne-eksaminasjon etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon og etter norsk rett», *Lov og Rett* 1988, s. 478–488.

fremfor å ta et spesialfag i Norge. Forslaget fikk tilslutning av fakultetsstyret, og fra 1990 hadde man fått et internasjonalt utvalg ved fakultetet.<sup>9</sup> Året etter ble det opprettet et sentralt internasjonalt utvalg ved Universitetet i Bergen. Lederen av fakultetets internasjonale utvalg, professor Henry John Mæland, ble fakultetets representant i det sentrale utvalget.

Internasjonaliseringen av studiet ble drevet frem av ildsjeler. Daværende dekan professor Kai Krüger fikk gjennomslag for å opprette et studietilbud i EF/EØS-rett fra høsten 1992. Han etablerte også det første engelskspråklige studietilbudet «EU and EEA Procurement Law» i 1993.<sup>10</sup> Men også på administrativ side var det ildsjeler. Jan Erik Hatling (1954–2013) fikk fra 1990 ansvar for internasjonalisering ved fakultetet. Med noen få unntak var interessen for internasjonalisering blant de vitenskapelig ansatte laber. Internasjonalisering uten engasjement fra de faglig ansatte lar seg ikke gjennomføre. Hatling hadde imidlertid pågangsmot og visjoner, og etter hvert fikk han med seg enkelte vitenskapelig ansatte som så hvilken betydning en internasjonal orientering hadde for utviklingen av fagene og studentene. Frem til sin altfor tidlige bortgang var Hatling den mest markante talsperson for internasjonalisering i fakultetsadministrasjonen.

Også organisasjoner utenfor fakultetet var viktige for arbeidet med internasjonalisering. I 1988 etablerte Nordisk ministerråd Nordplus, et program som legger til rette for mobilitetsaktiviteter og nettverk på utdanningsområdet. Innen kort tid ble det etablert et Nordplus-nettverk mellom de juridiske fakultetene i Norden, som hadde som mål å styrke kontakten og samarbeidet mellom de nordiske utdanningsinstitusjonene. Den første Nordplus-avtalen ble inngått for studieåret 1990–1991, og høsten 1991 sendte fakultetet sine to første studenter til Universitetet i København. Fra 2008 ble Nordplus-programmet utvidet til å også gjelde nordisk-baltisk samarbeid, og i dag har Nordplus-nettverket for juss totalt 22 medlemsfakulteter, inkludert de tre norske juridiske fakultetene, samt ett fra hver av de tre baltiske statene. Det er årlige nettverksmøter der representanter fra medlemsfakultetene deler erfaringer og beste praksis, og oppdaterer hverandre om hva som er nytt i tilbudet til innreisende studenter.

Også Erasmusprogrammet i regi av EU var viktig for fakultetet. For studieåret 1992–1993 sendte fakultetet to studenter til Universitetet i Amsterdam. Fakultetet

9 Se notat til Det juridiske fakultetsrådet, sak nr. 31/90 til styremøte 5. juni 1990.

10 Se notat til Det juridiske fakultetsrådet, sak nr. 30/92 til styremøte 12. mai 1992.

høstet anerkjennelse for sitt arbeid internt ved UiB, noe som fremgår av brev av 20. juli 1992 fra universitetsdirektøren:

På vegne av universitetsledelsen vil jeg uttrykke anerkjennelse til Det juridiske fakultet for det arbeid som er nedlagt for at Universitetet i Bergen kan delta i ERASMUS-samarbeidet med Universitetet i Amsterdam i det såkalte AMSTEL-nettverket.

Fakultetet deltok høsten 1995 ved etablering av organisasjonen European Law Faculties Association – ELFA. I 1996 besluttet fakultetet å slutte seg til organisasjonen, som tilbyr en årlig møteplass for juridiske utdanningsinstitusjoner i Europa. På ELFA-møtene settes spørsmål knyttet til utveksling og utdanning på dagsordenen. Det er også en arena hvor søsterorganisasjonen i USA bidrar med foredrag. Fakultetet har vært representert med så vel faglig som administrativ ledelse på Annual General Meeting. Fakultetet har gjort seg gjeldende på møtene, blant annet gjennom en sentral person i tilknytning til studiereformen av 2003, Lars Skjold Wilhelmsen (1938–2018), som har presentert forskningsbasert kunnskap om erfaringer med studenters studieadferd i masterprogrammet.

I 1995 ble den første kontakten med Hamline University Law School i St. Paul, Minnesota, etablert. Dette ble starten på et viktig samarbeid i den tidlige fasen av fakultetets internasjonaliseringsarbeid. De tre første studentene reiste på utveksling til Hamline året etter, og fra 1998 la Hamline et av sine sommerkurs til Bergen. Hamline sto selv ansvarlig for kurset, men fakultetets lærerkrefter bidro med undervisning om norsk rett. For mange lærere ble dette første erfaring med å undervise på engelsk. Den sentrale drivkraften fra Hamline sin side var professor Larry Bakken, som etter hvert ble knyttet til fakultetet som professor II med ansvar for flere engelskspråklige spesialemer. På grunn av finanskrisen og nedgangstider for amerikanske *law schools* ble amerikanske studenter mindre fristet av utenlandsopphold, og som følge av sviktende rekruttering har det ikke være arrangert sommerkurs etter 2012. Bakken har imidlertid opprettholdt sitt engasjement ved fakultetet.

En annen viktig samarbeidspartner fra denne tiden er Bond University i Australia. De første studentene reiste i 1997, og Bond har siden vært en populær destinasjon for våre studenter. Felles for både Hamline og Bond er at lærere fra fakultetet også har holdt egne kurs ved disse institusjonene. En av fakultetets faglige ildsjeler i internasjonaliseringen, professor David Roland Doublet (1954–2000), holdt i tillegg til forelesninger i Frankrike også forelesninger ved Hamline og Bond.

Sommeren 2000 ble han syk under sitt opphold ved Bond og døde så altfor tidlig kort tid etter hjemkomst fra Australia. Hans betydning for samarbeidet med Bond var lenge synlig ved at det inntil 2014 var et eget punkt i avtalen mellom Bergen og Bond om stipend til studenter fra Bergen: «Master of Law – David Doublet's Scholarship». Studenter fra Bergen får i dag fortsatt skolepengestipend fra Bond, men det bærer ikke lenger David Doublets navn.

### 3 Studiereformen fra 2003

Mot årtusenskiftet startet diskusjonen om reform av jusstudiet. Professor Ernst Nordtveit var valgt som dekan fra 1. januar 1999 og hadde klare internasjonale ambisjoner på vegne av fakultetet. Nordtveit var allerede dypt engasjert i et europeisk prosjekt knyttet til modernisering av undervisning og utdanning ved Immanuel Kant State University<sup>11</sup> i Kaliningrad – EuroFaculty. Ett av de første grep han tok etter at han ble dekan, var å arrangere et seminar hvor alle vitenskapelig ansatte var invitert. Tittelen på hans foredrag var «Globalisering og internasjonalisering – virkninger for juridisk forskning og utdanning». Om målet for seminaret uttalte Nordtveit:

Målet med dette seminaret er at vi skal få ei meir systematisk gjennomdrøfting av kva internasjonalisering og globalisering inneber og korleis vi skal møte dette på ein adekvat måte. For nokre kan dette berre vera ei gjentakning av noko dei visste, for andre kan det vera ei bevisstgjering. Eg har ei kjensle av at det ikkje er alle som har delteke like sterkt i internasjonaliseringsverksemda til nå.

Seminaret var startskuddet til at man begynte arbeidet med ny studieordning, allerede før den nasjonale kvalitetsreformen var vedtatt.<sup>12</sup> Reformen medførte som kjent at jusstudiet ble redusert fra sine 6–6½ års studium til 5 års masterstudium. Til tross for reduksjon av studietiden ble det økt fokus på at studiet skulle ha en internasjonal dimensjon. «Norske og internasjonale rettslige institusjoner» og «Rettsstat og menneskerettigheter» ble etablert som selvstendige fag. Ved at alle brikkene skulle legges på nytt, ble det også gitt rom for å studere et helt år i utlandet som en del av graden, noe som var i tråd med en av kvalitetsreformens intensjoner. Man kunne ta

<sup>11</sup> I dag kjent som Immanuel Kant Baltic Federal University.

<sup>12</sup> St.meld. nr. 27 (2000–2001) Gjør din plikt – krev din rett. Kvalitetsreform av høyere utdanning.



spesialfag i ett semester ute. Eller dersom man skulle ha et helt år ute, måtte man i tillegg skrive en eller flere oppgaver som i omfang og dybde tilsvarte masteroppgaven ved studiet i Bergen. At det i studieplanen åpnes for utenlandsopphold i form av et tydelig «mobilitetsvindu» på femte studieår, har vært avgjørende for den suksess fakultetet har hatt, dersom man måler i andelen av ferdige kandidater som har minst ett semester utenlandsopphold ved oppnådd mastergrad.

Ved studiereformen i 2003 ble det nedsatt et ad hoc-utvalg som skulle ha ansvaret for fakultetets strategi for å forhåndsgodkjenne utenlandsstudier som del av mastergraden, samt rådgi i andre strategiske spørsmål knyttet til internasjonalisering. Ved omorganisering og vedtak om styringsformene ved fakultet, la styret høsten 2005 ansvaret for internasjonalisering til dekanen.<sup>13</sup> Ad hoc-utvalget hadde allerede på dette tidspunkt fått karakter av et rådgivende organ, og med en sentralisering av ansvaret ble det større kraft og retning i fakultetets internasjonaliseringsarbeid.

Med en dedikert dekan og dedikerte nøkkelpersoner i administrasjonen ble det etablert samarbeid med stadig flere institusjoner, og studentene fikk flere og flere alternativ å velge mellom blant utenlandske studiesteder. Dekanaten som overtok stafettpinnen etter Nordtveit i 2009, videreførte engasjementet knyttet til internasjonalisering. Fra 2009 ble det satt et særlig fokus på utvikling av samarbeidsavtaler i USA, Canada og Kina, og ellers ytterligere konsolidering av samarbeidet med partnere i Europa.

## 4 Internasjonalisering hjemme

Internasjonalisering kan skje ved at studenter reiser ut, men også ved at studiet i Bergen gjøres mer internasjonalt orientert. Som det fremgår ovenfor, la man ved studiereformen av 2003 mer vekt på internasjonalisering ved at vi fikk innført to nye obligatoriske emner som typisk tar opp i seg internasjonalisering av retten. Men også andre grep kan tas for å bidra til internasjonalisering ved eget fakultet.

For at egne studenter skal kunne reise ut, må vi ha et godt studietilbud på engelsk for studenter fra partneruniversitet slik at man kan oppnå gjensidig utveksling. Opprinnelig var det relativt få emner på engelsk. Før reform av spesialemneporteføljen i 2008 hadde man i 2007 11 spesialemner på engelsk som samlet utgjorde 190 studiepoeng. I 2009, etter reformen av spesialemneporteføljen, hadde antallet engelskspråklige

---

<sup>13</sup> Se notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 90/05 til styremøte 4. oktober 2005.

spesialemer økt til 20, som samlet utgjorde 245 studiepoeng. Til sammenligning har fakultetet per 2018 24 engelskspråklige spesialemer på til sammen 275 studiepoeng.<sup>14</sup>

Det har vært en stadig økning i antall innreisende studenter til fakultetet. Dette i seg selv skaper et internasjonalt studentmiljø. Spørsmålet er hvordan man kan dra nytte av den ressursen innreisende studenter representerer. For fakultetet er det viktig at de internasjonale studentene føler seg ivaretatt og integrert i studiemiljøet. Erfaringsmessig er integrering av utenlandske studenter en utfordring mange læresteder sliter med.

Til tross for at det etter hvert ble et bredt studietilbud på engelsk, var det kun et fåtall norske studenter som tok disse emnene. For eksempel var det i 2009 seks norske studenter som tok eksamen i engelskspråklige emner om våren, og åtte om høsten. Å ha kurs bestående av så vel norske som internasjonale studenter vil utvilsomt bidra til bedre integrering. Fakultetsstyret besluttet derfor i 2015 at fra høstsemesteret 2016 måtte som hovedregel alle norske studenter som ikke tok et utenlandsopphold, ta minst ett spesialemerne på engelsk.<sup>15</sup> Dette har naturlig nok bidratt til at andelen norske studenter som gjennomfører kurs sammen med internasjonale studenter, har økt. Siden tiltaket er relativt nytt, er det foreløpig ikke foretatt en evaluering av om det har medført bedre integrering av internasjonale studenter. For de norske studentene har imidlertid ordningen medført at man som hovedregel ikke lenger kan gå gjennom studiet uten å møte de internasjonale studentene, og uten å studere annet enn norske fag og i hovedsak norske rettskilder.

I perioden 2010 til og med 2017 inviterte fakultetet flere ganger ambassadører fra strategiske land til å holde tale til nye kandidater ved kandidatarrangementet som finner sted ved slutten av hvert vårsemester. Mens det tidligere var tradisjon for at kandidattalen gikk på rundgang mellom professorene ved fakultetet, ønsket ledelsen at det internasjonale perspektivet på studiet også skulle løftes frem den siste dagen ved fakultetet. Det har derfor vært besøk av ambassadører fra både Kina, USA, Canada og Finland, som har gitt råd på veien idet de ferske kandidatene har stått på startstreken til arbeidslivet.

---

14 DBH Database for statistikk om høgre utdanning: statistikken Studieprogram og emner i hhv. 2007, 2009 og 2018. 2018-tallene inkluderer 0-poengsemnet Maritime Bergen Law Summer Programme som er en sommerskole rettet mot studenter fra fakultetets partneruniversitet, og Chinese Law Clinical Programme som er et praksisemne for norske studenter på utveksling til Kina.

15 Se notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 73/15 til styremøte 8. september 2015.

## 5 Om Kina-satsingen<sup>16</sup>

Høsten 2010 ble dekan og fakultetsdirektør invitert til en dekankonferanse i Beijing for å markere 60-årsjubileet til Renmin University of China Law School. Delta-kerne var ledere ved kinesiske og europeiske juridiske fakultet. Under konferansen ble spørsmålet om et samarbeid mellom fakultetet i Bergen og Renmin reist, og responsen var ubetinget positiv. Til tross for de diplomatiske utfordringene som fulgte av tildeling av Nobels fredspris til den kinesiske menneskerettighetsaktivisten Liu Xiaobo like etter konferansen i 2010, ble det fra våre kontakter i Kina gjort klart at dette ikke skulle være til hinder for å bygge ut et akademisk samarbeid.

Høsten 2011 reiste en delegasjon fra fakultetet til Shanghai og Beijing, og underskrev samarbeids- og utvekslingsavtale med blant andre Renmin. Gjennom støtte fra Diku ble det i 2013 mulig for en større delegasjon fra Bergen å reise til Beijing for å knytte et bredere faglig samarbeid med forskere fra Renmin, og etter en gjensitt fra forskere fra Renmin i Bergen høsten 2013 var det etablert en bred kontaktflate mellom forskere fra de to institusjonene. I dag har fakultetet til sammen 11 samarbeids- og utvekslingsavtaler med en rekke fremstående kinesiske universiteter som Peking University, Tsinghua University, China University of Political Science and Law, Shanghai Jiao Tong University og City University Hong Kong. Renmin er fortsatt fakultetets strategiske partner i Kina.

Foruten studentutveksling har samarbeidet med kinesiske institusjoner resultert i et årlig seminar for ph.d.-studentene våre, «Chinese Legal Culture – studied from a Nordic Viewpoint», som holdes ved Nordisk senter ved Fudan University i Shanghai. Seminaret avsluttes ved Renmin hvor det er en felles endagskonferanse med ph.d.-studenter fra Bergen og Renmin, der studentene gis anledning til å fremlegge sine prosjekter for et internasjonalt publikum, med kommentarer fra seniorforskere fra både Renmin og Bergen. Professorene Ragna Aarli og Karl Harald Søvig har vært drivkreftene bak ph.d.-seminaret, som til nå har blitt avholdt fem ganger. De fleste av fakultetets stipendiater som har blitt tatt opp på ph.d.-programmet siden 2013, har deltatt på seminaret og fått anledning til å oppnå en grunnleggende forståelse av det kinesiske rettssystemet. Ved å tilby våre ph.d.-kandidater innsikt i, og forståelse for, kinesisk rettskultur bygger vi opp en nasjonal kompetanse som vil kunne være av betydning for fremtiden. Per

---

16 Deler av dette avsnittet bygger på en upublisert Powerpoint-presentasjon om Kinasenteret utarbeidet av Bjørnar Borvik.

i dag er Det juridiske fakultet i Bergen det eneste norske juridiske fagmiljøet med systematisk utvikling av kompetanse innenfor kinesisk rett.

En av ildsjelene bak Kina-satsingen har vært professor Bjørnar Borvik som fra juli 2014 til juli 2017 var visedekan for utdanning ved fakultetet. Fra 2015 har han undervist om europeiske menneskerettigheter både ved Renmin i Beijing og ved Shandong University i Qingdao. Ved Renmin er forelesningene del av et allerede eksisterende utdanningsprogram om menneskerettigheter, mens ved Shandong står Borvik, sammen med Asbjørn Strandbakken, for all undervisning i et eget emne kalt «European Civil and Political Human Rights». Per desember 2018 har til sammen 88 kinesiske studenter tatt eksamen i emnene ved Renmin og Shandong.

I bytte mot undervisningen som holdes i Kina, får fakultetet kinesiske undervisningskrefter til det engelskspråklige spesialemnet «Introduction to Chinese Law» som ble etablert ved fakultetet fra og med høsten 2016, og som har blitt et populært emne blant de innreisende studentene, og også med deltakelse fra norske studenter.<sup>17</sup> Målet på lengre sikt er å etablere ytterligere to spesialemner i kinesisk rett: emner som har et kommersielt fokus, som for eksempel selskapsrett, kontraktsrett, og tvisteløsning.

Etter initiativ fra Borvik, og i tett samarbeid med professor Jørn Øyrehagen Sunde, ble det fra våren 2016 innført en egen variant av faget «Komparativ rett og rettshistorie» i tredje studieår, hvor deler av kurset kan gjennomføres ved Renmin.<sup>18</sup> Studentene tar første del av kurset i Bergen og avslutter med et fire ukers opphold ved Renmin universitet hvor de deltar på «Chinese Law Summer Programme» og slik får et særskilt fokus på kinesisk rett og rettskultur. Dette sommerprogrammet er et mangeårig samarbeidsprosjekt mellom Renmin og fem amerikanske «law schools» hvor Indiana University Robert H. McKinney School of Law har hovedansvaret. I 2015 ble Bergen invitert inn i samarbeidet, og fra 2016 har altså studenter fra Bergen fått anledning til å studere fire uker i Beijing i tredje studieår, sammen med studenter fra i hovedsak USA, men også andre land.

Vårsemesteret 2017 etablerte fakultetet en semesterpakke i kinesisk rett.<sup>19</sup> Før avreise til Kina gjennomfører studentene et 60 timers introduksjonskurs i kinesisk språk og kultur i regi av Bergen Konfutse Institutt. I Kina skal studentene ta emner tilsvarende 20 studiepoeng ved et av våre samarbeidsuniversiteter i Beijing

17 Se notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 33/16 til styremøte 3. mai 2016.

18 Se notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 95/15 til styremøte 8. desember 2015.

19 Se notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 73/16 til styremøte 30. august 2016.

eller Shanghai, og i tillegg gjennomføre et praksisopphold ved en norsk, kinesisk eller internasjonal bedrift eller virksomhet. Etter endt praksis skriver studentene en rapport, som gir 10 studiepoeng. Samarbeidspartnere er blant annet advokatkontorene Wikborg Rein, Gaopeng & Partners, Zhonglun W&D Law Firm og andre bedrifter som Jotun Coatings Co. Ltd, Lloyd's Register Consulting Asai og Alltech. På denne måten kombineres studier med praksis, noe som gir studentene en særlig forutsetning for senere å arbeide i et internasjonalt miljø.

Det foreløpig siste initiativet er etableringen av Maritime Bergen Law Summer Programme, som ble arrangert første gang i august 2018. Dette er et to uker langt program særlig rettet mot kinesiske studenter. I 2018 var det 28 studenter som deltok, hvorav 20 kom fra 4 av våre partneruniversiteter i Kina, og 8 var norske studenter. Fra og med 2019 åpnes det opp for inntil 45 studenter totalt. Programmet arrangeres i samarbeid med Centre for Shipping and Logistics ved Norges Handelshøyskole (NHH) og Maritime Bergen, klyngen for all maritim virksomhet i Bergensregionen med 150 medlemsbedrifter. Dette sommerprogrammet er med på å fremme Universitetet i Bergen sin strategi som blant annet fokuserer på hav, og er også med på å befeste Bergen som den maritime hovedstaden i Norge. Tilbudet viser at det er mulig å få til samhandling mellom academia og næringslivet, noe som er en uttalt politisk målsetting.

Med den samlede aktiviteten rettet mot Kina er det kanskje ikke overraskende at Universitetet i Bergen våren 2017, etter initiativ fra Borvik, etablerte Norwegian China Law Center ved Det juridiske fakultet.<sup>20</sup> Åpningen av senteret fant sted i forbindelse med en konferanse hvor Universitetet i Bergen viet en hel dag til å presentere ulike fagmiljøers engasjement og samarbeid med Kina. Senteret skal ikke bare tjene fakultetets interesser, men skal også ha en støttefunksjon for andre fakulteter og enkeltforskere som ønsker å etablere eller utvide sitt samarbeid med kinesiske partnere. Senteret har fått en sentral rolle i arbeidet med å iverksette universitetets handlingsplan for Kina, som ble vedtatt våren 2018.<sup>21</sup>

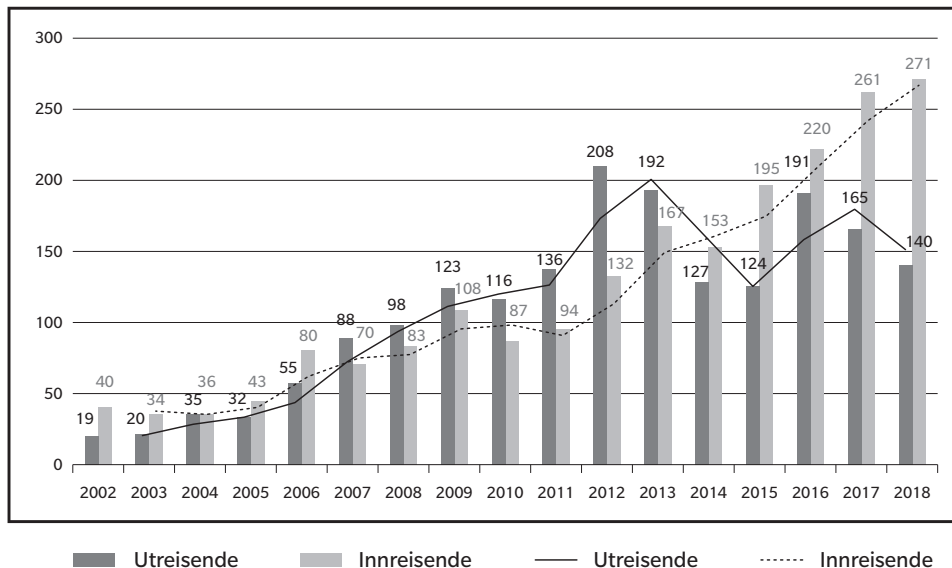
---

<sup>20</sup> Se notat til Universitetsstyret, sak nr. 10/17 til styremøte 23. februar 2017.

<sup>21</sup> Se notat til Universitetsstyret, sak nr. 27/18 Handlingsplan for universitetets satsing med Kina, til styremøte 12. april 2018.

## 6 Utviklingen over tid

Fra de to første studentene reiste på utveksling til Københavns universitet i 1991, og frem til i dag har vi sett en formidabel økning i antall utvekslingsstudenter til og fra fakultetet. Som figuren nedenfor viser, har det vært en jevn vekst i både antall innreisende og antall utreisende utvekslingsstudenter, selv om antall utreisende studenter har gått noe tilbake de senere årene sammenlignet med de eksepsjonelle toppårene i 2012 og 2013. Det foreløpige toppåret for antall utreisende studenter er 2012, da fakultetet opplevde en nærmest eksplosiv økning i antallet søkere til utveksling ved søknadsfristen 1. februar 2012. Det høye tallet i 2012 kan til dels forklares av at antall studenter som ble tatt opp til masterprogrammet i rettsvitenskap i 2008, var uvanlig høyt.<sup>22</sup> Ettersom de fleste av studentene drar på utveksling i sitt 5. studieår, vil det si at det i hovedsak var 2008-kullet som søkte utveksling i 2012. Stort kull kan ikke alene forklare utvekslingstallet. Det ser i tillegg ut til at uvanlig mange fra akkurat dette kullet valgte utveksling. I søknadsbunken til utveksling ser vi hvert år eksempler på at kullene agerer som gruppe, og at trender og tendenser for hvor de søker utveksling, varierer fra år til år og fra kull til kull. I 2008-kullet var utveksling per se uvanlig populært.<sup>23</sup>



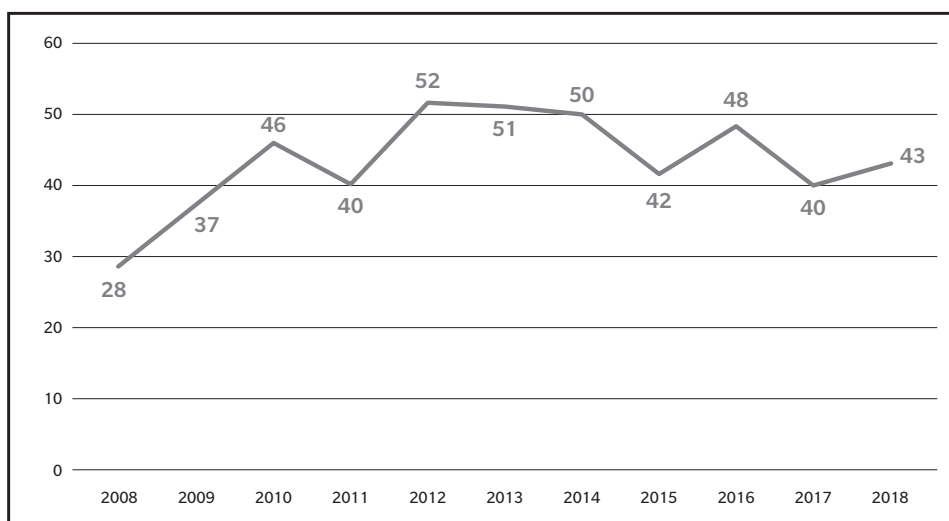
Antall utvekslingsstudenter pr. år i perioden 2011–2018.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> DBH Database for statistikk om høgre utdanning: statistikkene Opptakstall / Opptatte studenter.

<sup>23</sup> Se fakultetets Utdanningsmelding 2012, lagt frem i notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 21/13 til styremøte 19. mars 2013.

<sup>24</sup> DBH Database for statistikk om høgre utdanning: statistikken utvekslingsstudenter.

Også innreisende studenter har økt fra år til år, med unntak av årene etter finanskrisen, og fortsetter å øke. Det kan være interessant å merke seg at fra og med 2014 mottar vi flere studenter *til* Dragefjellet enn vi sender fra oss. Slik finansieringsordningen er lagt opp, der vi mottar midler basert på produksjon av studiepoeng, er det viktig at fakultetet mottar (minst) like mange studenter fra våre utenlandske partnere som vi sender ut. Særlig fra 2009 ble det derfor arbeidet for å øke antallet innreisende studenter til fakultetet, blant annet gjennom inngåelse av nye avtaler, og en ja-holdning til å ta imot flere studenter enn avtalen skulle tilsi, dersom partneruniversitet hadde mange studenter som var interessert i utveksling til Bergen. I tillegg har det hele tiden vært viktig for fakultetet at utvekslingsstudentene skal reise fornøyde hjem igjen etter oppholdet sitt, og dermed bli gode ambassadører for utveksling til Bergen og Dragefjellet. Tilbakemeldingene fra studentene tyder på at vi lykkes med dette, og også den kontinuerlige veksten i antall innreisende studenter tyder på at vi har blitt en populær og ettertraktet utvekslingsdestinasjon.



Andel ferdige kandidater som har utvekslet som del av grad (%).<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Tallene er hentet fra upublisert rapport fra Studieadministrativ avdeling – FS-gruppen «Andel på utveksling over flere år» basert på data hentet fra Felles studentsystem. Disse tallene blir også hvert år lagt frem for UiBs Utdanningsutvalg i «Melding om internasjonal studentmobilitet». I løpet av de årene andelen ferdige kandidater med utveksling som del av grad har blitt presentert, har FS-gruppen gjort justeringer og forbedringer i datauttrekket. Hvis man leser meldingene om internasjonal studentmobilitet, vil man se at det er noe avvik mellom tallene som har blitt presentert i de eldre mobilitetsmeldingene, og tallene i figuren ovenfor. Tallene i figuren ovenfor er hentet fra den upubliserte rapporten der datauttrekket også for tidligere år er gjort iht. 2018-rutine.



Figuren ovenfor viser hvor stor prosentandel av de ferdige master i rettsvitenskap-kandidatene som har studert i utlandet som del av graden sin. I 2008 begynner de første studentene som har fulgt studieordningen som ble innført i 2003, å avslutte studiene sine, og fra 2009 begynner vi dermed virkelig å se resultat av arbeidet med omlegging av studieordningen og innsatsen som ble lagt ned for å inngå mange og gode utvekslingsavtaler for jusstudentene. I årene før 2008 lå utvekslingstallene på mellom 4 og 10 prosent i gammel studieordning og medfølgende overgangsordninger, mens prosenten raskt krøp oppover mot 20 prosent i ny studieordning.<sup>26</sup>

Hvert år siden 2010 har mellom 40 og 50 prosent av dem som har blitt uteksaminert med graden master i rettsvitenskap, studert i utlandet som del av graden sin. I de foreløpige toppårene 2012 og 2013 var andelen til og med over 50 prosent. De høye utvekslingstallene fra 2012 og 2013 påvirker andelen ferdige kandidater som har utenlandsopphold som del av graden, i både 2012, 2013 og 2014, da det varierer hvor lang tid etter endt utvekslingsopphold studentene oppnår graden sin.

Prosentandelen ferdige kandidater fra fakultetet med utveksling som del av graden er over måltallet for andelen utvekslingsstudenter både ved UiB og nasjonalt, og resultatene fakultetet kan vise til, er nærmest unike både i UiB-sammenheng og i nasjonal sammenheng.<sup>27</sup>

Ifølge UiBs strategi for perioden 2016–2022 skal minst 40 prosent av kandidatene fra UiB ha et utvekslingsopphold som en del av graden sin innen 2022.<sup>28</sup> Per i dag er Det juridiske fakultet det eneste fakultetet som allerede oppfyller dette,

26 Upubliserte tall for 2005–2007 er opplyst i e-post fra Studieadministrativ avdeling – FS-gruppen 29. oktober 2015 i forbindelse med forberedelse av presentasjonen «Hvordan fikk vi det til? En dekans bekjennelser» som ble holdt av Asbjørn Strandbakken på SIUs nasjonale internasjoniseringskonferanse i 2016. Tallene er basert på data registrert i Felles studentsystem ved UiB. Det tas forbehold om at utvekslingsdata fra så langt tilbake i tid ikke holder samme kvalitet som i dag, blant annet fordi utvekslingsmodulen i Felles studentsystem har blitt endret underveis. Registrering av delstudier i utlandet har dermed ikke blitt gjort helt likt gjennom hele den tidsperioden data er hentet fra.

27 Handlingsplan for UiBs internasjonale virksomhet 2011–2015, vedtatt av Universitetsstyret 14. april 2011 i sak 17/11, slo fast at «[m]inimum 30 % av de som avlegger en grad ved UiB skal ha hatt et studieopphold utenlands».

28 UiBs strategi 2016–2022 «Hav, liv, samfunn», vedtatt av Universitetsstyret 28.–29. oktober 2015 i sak 101/15, slår fast at «innen 2022 skal minst 40 prosent av kandidatene våre ha et utvekslingsopphold som en del av graden sin». Se også SIU rapportserie 02/2016: «Studentutveksling fra Norge».

selv om det finnes enkelte studieprogram ved andre fakultet som oppfyller målet på programnivå.<sup>29</sup>

Nasjonalt har målet siden Norge sluttet seg til Bologna-prosessen, vært at innen 2020 skal 20 prosent av de ferdige kandidatene ha vært på utveksling. Dette er et mål man fortsatt er langt fra å nå, da det i realiteten kun er 15 prosent som velger å utveksle.<sup>30</sup> Tidligere kunnskapsminister Torbjørn Røe Isaksen tok til orde for at utveksling bør være regelen heller enn unntaket.<sup>31</sup> Også nåværende (juli 2019) minister for forskning- og høyere utdanning, Iselin Nybø, mener at flere bør dra på utveksling. Hun har uttalt det så sterkt som at utveksling bør gjøres obligatorisk.<sup>32</sup> Stortingsmeldingen «Kultur for kvalitet i høyere utdanning» fra 2017 slår fast at på lengre sikt er det et mål at 50 prosent av alle studenter drar på utveksling.<sup>33</sup> Slik sett ligger fakultetet i forkant og er godt rustet for fremtiden. Vi har tatt kvalitetsreformens intensjoner når det gjaldt utveksling og internasjonalisering, på alvor, og i fortsettelsen gjelder det å opprettholde det gode arbeidet og stadig prioritere internasjonaliseringsarbeidet høyt.

## 7 Sentrale grep for å lykkes med internasjonalisering

Det viktigste for å lykkes med internasjonalisering er nok erkjennelsen av at nasjonal rett ikke lenger kan studeres utelukkende med et nasjonalt perspektiv. Globaliseringen har medført behov for samarbeid på tvers av landegrensene. Både for å fremme økonomisk vekst og samhandel må nasjonale grenser til dels bygges ned, og rettslige institusjoner må innrettes mot at parter i kontrakter ikke lenger er fra samme land. Mennesker flytter over landegrenser, familier stiftes mellom borgere fra ulike land som slår seg ned i et tredje land. Og de store globale

29 For eksempel utmerker profesjonsstudiet i psykologi seg ved at hele 57,8 % av dem som avla grad i 2017, hadde utveksling som del av grad. I tillegg er det en høy andel utreisende fra flere av språkstudiene ved Humanistisk fakultet. Se «Rapport om internasjonal mobilitet 2017», notat til Utdanningsutvalget ved UiB, sak nr. 42/18 til møte 9. mai 2018. På institusjonsnivå utmerker Norges Handelshøyskole seg med 56 % ferdige kandidater (2015) med utvekslingsopphold som del av grad. Se SIU rapportserie 02/2016: «Studentutveksling fra Norge».

30 Se SIU rapportserie 01/2019: «Norske studenter på utveksling. Variasjoner mellom institusjoner og fagområder».

31 Hege Larsen, «Isaksen vil at studieopphold i utlandet skal være regelen», *Khrono*, 15. oktober 2015 - <https://khrono.no/2015/10/vil-dulte-studenter-ut>.

32 Nils Martin Silvola og Eva Tønnessen, «Nybø vil vurdere å gjøre utveksling obligatorisk», *Khrono*, 24. august 2018 - <https://khrono.no/utveksling-ansa-internasjonalisering/nybo-vil-vurdere-a-gjore-utveksling-obligatorisk/234014>.

33 St.meld. nr. 16 (2016–2017) Kultur for kvalitet i høyere utdanning.

utfordringer som klimaspørsmål og migrasjon kan ikke løses av ett land alene. Samarbeid over landegrensene har blitt stadig viktigere, og nasjonale regler må tilpasses en ny virkelighet.

Et annet sentralt grep er som nevnt å gi plass i utdanningsprogrammene for utenlandsopphold. Noen studieretninger vil kanskje tviholde på at det en ferdig kandidat skal lære, det skal hun lære i Norge. På jusstudiet i Bergen klarte man å gå vekk fra et slikt syn. Utveksling til et annet land er gitt en tydelig plass i studieplanen.

I erkjennelse av at man ikke kan satse på alt samtidig, har det siden 2007 vært utarbeidet egne handlingsplaner for internasjonalisering.<sup>34</sup> Ut fra det angitte mål har det blitt arbeidet med et langsiktig perspektiv. For perioden 2011–2015 hadde fakultetet et særskilt fokus på USA, Canada, Russland og Kina, og fra 2014 kom i tillegg India. Det er gjort økonomiske og personellmessige prioriteringer, og det er brukt mye tid på internasjonaliseringsarbeidet. Dekanen har brukt mye av sin arbeidstid på å bygge internasjonale relasjoner ved å reise og besøke andre institusjoner og samarbeidspartnere, samt ta imot delegasjoner fra utenlandske studiesteder. For enkelte avtaler har det vært tale om gjentatte besøk før man har kommet i havn. Og det har vært et meget tett samarbeid mellom den faglige ledelsen og administrasjonen.

Administrasjonen har bygget opp stor kompetanse på utveksling. Studentene nyter derfor godt av at de får god informasjon og veiledning ved valg av studiested i utlandet. De administrativt ansatte kjenner mange av sine kollegaer i utlandet, noe som medfører at utfordringer som kan oppstå i forberedelsene til eller under et utenlandsopphold, lar seg løse enklere enn om man ikke allerede har en personlig relasjon. Siden 2009 har fakultetet årlig arrangert en «Internasjonal dag» hvor våre samarbeidspartnere inviteres til Dragefjellet for å presentere sine studietilbud overfor våre studenter.

Dersom man med få ord skal si hva som er viktig for å lykkes, er det at så vel faglig ledelse som administrative nøkkelpersoner må ha visjoner og ambisjoner på vegne av fakultetet når det gjelder internasjonalisering. Uten sikker forankring i ledelsen vil internasjonalisering ikke være mulig. I tillegg må det prioriteres å avsette tilstrekkelige ressurser til internasjonalisering. I lys av de krav og forventninger som så vel myndigheter som studenter har til studiesteder i dag, kan

---

34 Se notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 34/07 til styremøte 19. juni 2007.

ikke internasjonalisering velges bort.<sup>35</sup> Det er et ledelsesansvar å legge til rette for at studentene får mulighet til å studere ved gode institusjoner i utlandet, og for at studenter som av ulike årsaker velger ikke å reise ut, også får internasjonale perspektiver og internasjonal erfaring i studieprogrammet sitt.

## 8 Veien videre

Internasjonalisering krever ressurser. Ut fra de forventninger og krav myndighetene stiller til utdanningsinstitusjonene i dag, vil internasjonaliseringen ikke forsvinne fra dagsordenen i academia. Vi vil stadig bli utfordret på å bli mer internasjonalt orientert.<sup>36</sup>

I løpet av 2019 er det grunn til å tro at det vil bli vedtatt en studiereform ved fakultetet. Alt annet enn ytterligere åpning for utveksling vil være umusikalsk. I tillegg er det også andre utfordringer. Av hensyn til å sikre finansiering gjennom produksjon av studiepoeng er det viktig at fakultetet mottar like mange studenter fra våre utenlandske partnere som de vi sender ut. Og som et viktig bidrag for å sikre fremtidig rekruttering blir det nødvendig å realisere planene om å tilby en engelskspråklig grad i Bergen. Tanken om å etablere en såkalt LLM-grad var lansert allerede før vedtakelsen av handlingsplanen for internasjonalisering i 2007.<sup>37</sup> Den formelle godkjenning ble gitt av departementet i 2008. En slik grad bør tilbys i minst to varianter, hvor den ene bør ha en maritim profil. Ut fra fakultetets fagressurser bør den andre varianten knyttes til strafferett og/eller menneskerettigheter. Det er utelukkende på grunn av mangel på ressurser at fakultetet i Bergen ikke allerede kan tilby tilsvarende engelskspråklig grad som de juridiske lærestedene i Oslo og Tromsø har hatt i en årrekke. For et internasjonalt orientert universitet som Universitetet i Bergen er dette uakseptabelt. En passende gave til 50-årsjubileet fra Universitetsstyret bør være at man stiller øremerkede ressurser til rådighet for at fakultetet kan realisere to LLM-grader, og dermed bidra til ytterligere å markere Universitetet i Bergens internasjonale profil.

35 Se lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven) § 1-3 bokstav g og h.

36 Se for eksempel statsrådets brev av 1. oktober 2018 med invitasjon til å komme med innspill til kommende stortingsmelding om internasjonal studentmobilitet – <https://www.regjeringen.no/contentassets/06e5c7e0dc1e47d5b6e09ac4b084285e/invitasjon-til-a-komme-med-innspill-til-stortingsmeldingen-om-internasjonalt-studentmobilitet.pdf> – og fakultetets innspill til UiBs høringsvar i brev av 24. oktober 2018 sak 2018/11989.

37 Se notat til Det juridiske fakultetsstyret, sak nr. 34/07 til styremøte 19. juni 2007 s. 7, jf. punkt 4 i notatet.

# Å skunda seg langsamt

Professor Jørn Øyrehagen Sunde

## 1 Juristmangel og jusstudentar frå Vestlandet på 1960-talet

I januar 1964 gav Bob Dylan ut sitt tredje album med tittelen «The Times They Are a-Changin'». På denne tida var ein uroleg i det norske statsapparatet.

Ikkje så mykje for Dylan sin nesten apokalyptiske spådom, men for tilgangen på velkvalifisert juridisk arbeidskraft. «Juristbehovet opp mens studentkvaliteten går nedover» var overskrifta i avisa *Nationen* i november 1966. Same dagen heldt Juridisk fakultet i Oslo eit diskusjonsmøte på Granvollen på Hadeland om korleis jusstudiet i Oslo skulle unngå å verte eit «oppsamlingsstudium». <sup>38</sup> Bakgrunnen for problemet var kjent, og handsama av *Bergens Arbeiderblad* alt i 1961. Etter andre verdskrigen hadde ein hatt store kull på mellom 360 og 580 jusstudentar. Men på byrjinga av 1950-talet var kulla nede att på noko over 100 studentar. Studentkulla skulle ikkje på ny passera 200 før ved inngangen til 1970-talet. Norges allmennvitenskapelige forskningsråds utredningsavdeling meinte at «årsaken til de lave antall jus-studenter i 1950-årene har sin årsak i små artiumskull og dette ti-talls lave studietilbøylighet». <sup>39</sup>

På nyåret 1967 tok *Nationen* opp tråden igjen, og skreiv at «[p]å bakgrunn av stadig større mangel på jurister og synkende kvalitet og tilstrømming til jus-studiet er naturligvis mange ansvarlige opptatt av hvordan studiet skal gjøres mer attraktivt». Justisminister Elisabeth Schweigaard Selmer var den det var naturleg å ta opp problemet med, og fekk mellom anna spørsmål om korleis hennar departement merka problemet: «Ja, dette er ubetinget et alvorlig problem, og verst når det gjelder rekrutteringen av politifullmektiger. Men også dommerfullmektiger

---

<sup>38</sup> *Nationen* 14. november 1966, s. 1.

<sup>39</sup> *Bergens Arbeiderblad* 25. august 1961, s. 8.

er det mangel på [...]. Dessuten er det sekretærstillinger i departementet som står ledige.» Men etter å ha slått fast at «det er ikke mulig å forutse noen bedring», var det eitt lyspunkt som justisministeren likevel ville trekka fram:

Dessuten skal vi jo ikke glemme at det på Kirke- og undervisningsdepartementets budsjettforslag for 1967 er satt opp to professorer og et dosentur i juridiske fag ved Universitetet i Bergen, slik at man kan komme i gang med jussen der.<sup>40</sup>

Justisministeren hadde grunn til å tru at rekrutteringa i Bergen kunne vera betre enn det den hadde vore i Oslo dei føregåande tiåra. I bladet *Blindern-året 1966* var ei av overskriftene «Sjokkinvasjon fra Vestlandet». Dette måtte *Bergens Tidende* undersøkje i 1967, og fann på «Studenterhjemmet» 33 vestlendingar mellom dei 250 bebuarane. Avisen slo tilfreds fast at dei kunne «bådes synes og høres». Viktigare i denne samanhengen er at 25 av dei var jusstudantar.<sup>41</sup> Då var kanskje bergensstudentar løysinga på juristmangelen i Noreg?

Som justisminister Schweigaard Selmer peika på, var det alt tatt grep for å gjera noko med juristmangelen. I statsbudsjettet for 1966 vart det gjort «framlegg om dei første professorat og dosentur i rettsvitenskap slik at universitetet kan ta opp undervisning når det gjeld studiet»,<sup>42</sup> og hausten 1967 vart 31 studentar tatt opp på jusstudiet ved Universitetet i Bergen. Sidan ingen enno var tilsett i dei nyoppretta stillingane, måtte dei nye studentane enten følgja undervisning hos advokat Emil Eriksen eller reisa til Oslo for å følgja førelesingane der. Fyrst våren 1969 vart Arvid Frihagen og Axel Hærem tilsett i dei to professorata. Dei skulle leia høvesvis Institutt for offentleg rett og Institutt for privatrett, som utgjorde Rettsvitenskapelig seksjon under Det historisk-filosofiske fakultet. Institutta vart lokaliserte i Lars Hilles gate 20, der det var kontor, undervisningslokale og lesesalar.

Undervisninga ved Rettsvitenskapelig seksjon tok til i haustsemesteret, for 272 studentar. Det var 80 fleire enn dei 192 som vart uteksaminerte i Oslo det året.<sup>43</sup> Og talet auka raskt. For i 1971 var det 580 studentar på dei tre avdelingane i Bergen. Ifølgje Frihagen var «mesteparten [...] naturligvis vestlendinger, men det

<sup>40</sup> *Nationen* 11. januar 1967, s. 14.

<sup>41</sup> *Bergens Tidende* 1. april 1967, s. 12.

<sup>42</sup> St.prp. nr. 1 (1966–1967) s. 86.

<sup>43</sup> *Norsk Retstidende* 1969, s. 784–785, og *Norsk Retstidende* 1970, s. 1560.

kommer også en god del frå Nord-Norge og fra syd i landet».<sup>44</sup> I 1973 var det om lag 700 studentar, og i 1977 var det oppe i nesten 900.<sup>45</sup> Dei store etterkrigskulla gjorde seg gjeldande samstundes som stadig fleire såg verdien av å investera tid i høgare utdanning i staden for å gå rett ut i arbeid. Men ikkje minst var behovet for juristar aukande med den framveksande rettsleggjeringa. Rekrutteringsproblema til jusstudiet var i alle høve over, og i Oslo konkurrerte no 3200 studentar om 1100 lesesalsplassar. Igjen diskuterte ein om jusstudiet skulle verta lukka, men no av motsett grunn enn knapt 10 år tidlegare.<sup>46</sup>

## 2 Samfunnsendring på 1970-talet

I skuggen av Paris, Woodstock og Vietnam vaks Seksjon for rettsvitenskap fram i Bergen. For det var mangel på politifullmektigar, dommarfullmektigar og sekretærar i Justisdepartementet som uroa justisminister Schweigaard Selmer i 1967. Det var med andre ord ikkje eit ønske om radikal samfunnsendring, men stabilitet i statsmaskineriet som dermed var utgangspunktet for jussutdanninga i Bergen. Seksjonen flytta frå Lars Hilles gate og opp i Allégaten i 1971, og vart langsamt påverka av straumane ute i den store verda. Til dømes vart Jussformidlingen oppretta i 1972,<sup>47</sup> og frå 1975 hadde den sin eigen kvinnedag på onsdagar fordi juss var eit «mannsdominert og sterkt mannspreget fagområde».<sup>48</sup> Noko var på gang – the times they [were] a-changin’.

I ein leiar i Lov og Rett i 1974 skreiv advokat Ole Jakob Bae at det «burde [...] være muligheter for en øket bevisstgjøring om den konserverende rolle faget og dets utøvere spiller i samfunnsmaskineriet», og at det var bakgrunnen for den nysifta Rettspolitisk forening.<sup>49</sup> Dagbladet gav Bae full støtte på leiarplass,<sup>50</sup> og i 1975 kom han til Bergen og stifta ei avdeling av foreininga, saman med yngre juristar.<sup>51</sup> Same året melde Rettspolitisk forening i Bergen redaktøren for Morgenavisen og

44 *Bergens Tidende* 13. desember 1971, s. 16.

45 *Bergens Tidende* 19. januar 1979, s. 5.

46 *Dagbladet* 16. mars 1976, s. 11.

47 *Bergens Tidende* 14. november 1972, s. 9.

48 *Bergens Tidende* 26. oktober 1977, s. 6.

49 Ole Jacob Bae, «Trenger vi en ny juristforening», *Lov og Rett* 1974, s. 241–242. Sjå òg *Dagbladet* 13. juni 1974, s. 23, og 9. august 1974, s. 12.

50 *Dagbladet* 29. juli 1974, s. 4.

51 *Hefte for Kritisk Juss* 1975, s. 6–8.



forfattern av eit lesarinnlegg for diskriminering.<sup>52</sup> Etter domfelling i Bergen byrett i «leserbrevsaken»<sup>53</sup> vart dei tiltalte frifunne i Høgsterett i 1978 med dissens 4–1.<sup>54</sup> Det er mindre viktig enn at jussen var tatt i bruk for å tvinga gjennom haldnings- og samfunnsendringar. Om det enno ikkje lukkast heilt i «leserbrevsaken», så var det ein strategi som skulle setja sitt preg på den vestlege verda i tiåra som kom.

For skulle kvinner og andre utsette grupper som barn, psykisk og fysisk funksjonshemma, og sinnslidande få ein sterkare samfunnsposisjon måtte dei òg få ei sterkare rettsleg stilling. Moralske og sosiale normer måtte erstattast av juridiske, og politikken måtte bindast opp gjennom tildeling av juridiske rettar. Paradokset er dermed at den samfunnsendringa meir radikale juristar ønskte på 1970-talet, måtte gjennomførast med eit samfunnsstyringsverktøy som representerte tradisjon, bevaring og stabilitet. Dette paradokset kjem tydeleg fram i leiaren i *Hefte for Kritisk Juss* nr. 1 1981, der det heiter at «[e]ksemlene på legalisme, rettsliggjøring av politiske spørsmål kan flerfoldiges».<sup>55</sup> Dermed var termen «rettsliggjøring» ein del av det juridiske ordskiftet, og vart til dømes eit tema i NOU 1987: 18 om *Forenkling av rettsregler og rettslig regulering*:<sup>56</sup> «Det har vært pekt på to typer av rettsliggjøring i denne sammenhengen; at stadig nye områder blir underlagt en rettslig regulering, og at regulering på allerede regulerte områder øker i omfang og grad av detalj.»<sup>57</sup> Men så lenge det var gjennom juss ein fekk gjennomført dei samfunnsendringane ein ønskte, så var rettsleggjering ein konsekvens.

### 3 Rettsleggjering frå 1980-talet

I 1969 strekte utgåva av *Norges lover* seg over 2599 sider. I dag er omfanget meir enn 50 % større, og *Norges lover* var i 2017 på 4091 sider.<sup>58</sup> Dette materialet måtte nokon systematisera, og nokon måtte bruka det til å løysa rettslege spørsmål. Veksten i talet på jusstudentar ved Universitetet i Bergen etter 1969 stod dermed berre i stil med nivået på rettsleggjeringa av samfunnet.

52 *Bergens Arbeiderblad* 02. april 1976, s. 9.

53 *Aftenposten* 30. juni 1978, s. 18.

54 *Bergens Arbeiderblad* 30. september 1978, s. 10. Sjå vidare *Norsk Retstidende* 1978, s. 1072.

55 *Hefte for Kritisk Juss* 1981, s. 3.

56 NOU 1987: 18 s. 13–21.

57 NOU 1987: 18, s. 13.

58 Då er ikkje register talt med.



For det fyrste så auka talet på lover. På 1960-talet gjorde Stortinget i snitt 81 lovvedtak i året, på 1970-talet auka det til 92 lovvedtak i årleg gjennomsnitt, på 1980-talet var det 95, så steig det til 103 lovvedtak i snitt i året på 1990-talet, og vidare til 123 lovvedtak i snitt fram til 2012.<sup>59</sup> Talet på nye lover har i heile perioden vore rundt 20, så det er endringslovene som har auka i omfang. I tillegg kjem dei mange administrative vedtaka gjort av regjeringa, som òg fell inn under rettskjeldekategorien lov, som har hatt ein auke i tal på over 40 %, og i omfang på om lag 100 %, frå 1969.<sup>60</sup>

For det andre auka mengda forarbeid. Med fleire lovvedtak vert det nødvendigvis meir forarbeid. Men fordi kompleksiteten var større, auka òg mengda forarbeid til kvart einskild lovforarbeid. I 1965 utgjorde mengda lovforarbeid samla ca. 3700 sider, og 59 sider per lovvedtak. I 1975 var tala ca. 3150 og 51, som vil seia at mengda lovforarbeid gjekk ned. Men det var berre stille før stormen. I 1985 utgjorde mengda lovforarbeid samla ca. 6500 sider, og 58 sider per lovvedtak. Tala for 1995 er 6000 og 68, og dei steig så til 17 000 sider samla lovforarbeid i 2005 og 125 sider per lovvedtak.<sup>61</sup> 2005 var eit år med mange og tunge lovvedtak, men på heile 2000-talet har lovforarbeida kvart år utgjort meir enn 10 000 sider.

Men det er ikkje berre lovgjevar som har auka sin rettslege *input* i rettsystemet. Høgsterett sine prejudikat, som er den viktigaste rettskjelde i norsk rett ved sida av lov, har minka i tal, men auka monaleg i omfang.<sup>62</sup> Morten Nadim har vist at i ekspropriasjonssaker og arbeidsrettssaker har talet på rettskjelder og lengda på høgsterettsdommar – både samla sett og dersom ein trekk frå den innleiande intimasjonen og berre måler dommarane sine votum – auka jamt sidan 1960-talet.<sup>63</sup> Og ser ein på avsagde dommar av norske domstolar på alle nivå, så har dei auka frå om lag 12 000 i 1965<sup>64</sup> til om lag 89 000 i 2016.<sup>65</sup> I tillegg har ein fått over 50

59 Jørn Øyrehagen Sunde, «At domme i sidste Instans» – Høgsteretts historie 1965–2015, Bergen 2015, s. 65–66. Iverksetjingslover og opphevingslover er ikkje talt med.

60 Dersom ein tek utgangspunkt i det kronologiske registeret i Norsk Lovtidende, så vart det i 1969 publisert 789 regjeringsvedtak, medan det i 2010 vart publisert 1118. Men ein skal ha i minnet at delar av auken kan ha med publiseringspolitikken å gjera. Men utvida publisering auka òg rettskjeldemassen ein skal halda seg til, og difor er tala interessante under alle omstende.

61 Sunde 2015, *ibid.*

62 Sunde 2015, s. 186.

63 Morten Nadim, *Precedents in the 21st Century – The Progress of Producing Case Law in the Norwegian Supreme Court 1970–2016*, Bergen 2017, s. 340, 342, 347, 399, 401 og 407.

64 Sunde 2015, s. 167.

65 Domstoladministrasjonen, *Domstolene i Norge – Årsrapport 2016*, s. 16–17 - <http://aarsmelding.domstol.no/data/2016/aarsmelding.pdf> (sist opna 7. februar 2019).

statlege konfliktløysingsorgan, som Forbrukarrådet i 1953 og Forsikringsklagenemnda i 1970 som dei fyrste, som løyser over 90 000 sivile tvistar i året.<sup>66</sup>

Ny lovgjeving, nye konfliktløysingsorgan og meir førearbeid til lover førte til at kompetansen til dei tilsette på Juridisk fakultet vart etterspurt. Frihagen hadde alt frå 1969 til dømes drive ei utstrekkt kursverksemd knytt til den nye forvaltningslova. Kai Krüger var til dømes leiar for Forbrukartvistutvalet frå 1978 til 1992, og Jan Fridthjof Bernt leia frå slutten av 1980-talet arbeidet med fleire offentlege utgreiingar. Dei 12 professorane ved fakultetet hadde i 1989 meir enn nok å hengja fingrane i, sjølv om den verkeleg store veksten i studenttalet fyrst kom på 1990-talet.

#### 4 Metodediskusjonane på 1990-talet

Rettsleggjering er eit empirisk faktum. Men den er ikkje berre drive framover av eit ønske om samfunnsendring, men òg av at det har vorte praktisk mogeleg. Det er krevjande å halda styr på ei rettskjeldemengde som stadig veks i omfang. Når Dylan på «The Times They Are a-Changin'» syng

And admit that the waters  
Around you have grown  
And accept it that soon  
You'll be drenched to the bone

har det ein overraskande relevans for den som særleg på 1990-talet skulle halda seg til den veksande mengda tekst med rettskjelderelevans. Men i løpet av 1980-talet gjer computerteknologien dette mogeleg. Noreg er tidleg ute med ei digitalisering av rettskjeldematerialet då Lovdata vart etablert i 1981 og verksam frå 1983, og då digital publisering av lover vart jamstilt med publisering på papir i 2001.<sup>67</sup> Utan ein slik database for rettskjelder hadde det vore svært tidkrevjande til dømes å få oversikt over dei 52 lovene og 672 forskriftene som i 2017 inneheldt reglar om sambuarskap. For ikkje å snakka om dei transnasjonale rettskjeldene som spring ut av Dei europeiske menneskerettane og EU-retten, som for alvor vart digitalt tilgjengelege rundt år 2000. Det er ein hovudgrunn til at referansane til desse rettskjeldetypane auka monaleg på denne sida av tusenårsskiftet.

<sup>66</sup> Sunde 2015, s. 264–265.

<sup>67</sup> Stiftelsen lovdata, *Om lovdata* - [https://lovdata.no/info/om\\_lovdata](https://lovdata.no/info/om_lovdata) (sist opna 7. februar 2019).

Men ein ting er å finna rettskjeldene, noko anna er å bruka dei. Og eit førebels høgdepunkt i Det juridiske fakultet si historie kan hevdast å ha vore framveksten av Bergenskulen på 1990-talet, der ein utvikla juridisk metode for å hanskast med den juridiske kvardagen etter rettsleggjinga på 1980-talet, som følgde av samfunnsendingane på 1970-talet. Det vart etter kvart eit intenst tiår med metodediskusjonar der mange på fakultetet deltok.<sup>68</sup> Utfallet vart eit oppgjer med rettskjeldelæra og metoden til Torstein Eckhoff frå midten av 1950-talet, sjølv om ein ikkje vart heilt samde om kva erstatninga skulle verta.<sup>69</sup>

Juridisk metode er sjeldan eit tema i norsk juridisk litteratur. Unnataket er nettopp tida rundt tusenårsskiftet. Doktorgradsarbeida til David R. Doublet, Morten Kinander og Synne Sæther Mæhle frå 1995, 2003 og 2004, alle skrevet med Jan Fridthjof Bernt som veileder, var rettsfilosofiske og relevante for juridisk metode på eit metanivå. Det same var doktorgradsavhandlingane til Ånde Somby frå 1999 i Tromsø,<sup>70</sup> og til Knut Bergo frå 2000, Erik Friis Fæhn frå 2002 og Sverre Blandhol frå 2004, avlagt ved Juridisk fakultet i Oslo.<sup>71</sup> Ein kan merka seg at i den korte perioden 2002–2004 publiserte til dømes *Jussens Venner* 50 artiklar<sup>72</sup> der 10 hadde ein klar metodisk profil.<sup>73</sup> Fire var skrivne av forskarar på Juridisk fakultet

68 Til dømes Jan Fridthjof Bernt, Kai Krüger, Nils Nygaard, David Doublet, Bjarte Askeland, Morten Kinander og Synne Sæther Mæhle var alle heilt sentrale personar i desse diskusjonane, og ein stad i bakgrunnen gjorde Halvor Kongshavn om Juridisk fakultetsbibliotek til det han kalla ei intellektuell varmestove for rettspolitisk debatt.

69 Sjå Bjarte Askeland, «Eckhoffs rettskildelære under press», *Kritisk juss* 1999, s. 115–129.

70 Ånde Somby, *Juss som retorikk*, Oslo 1999.

71 Knut Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Oslo 2000, Erik Friis Fæhn, *Ingen plikt til lydighet: En avhandling om jurisprudence – rettsvitenskapen[s] normative karakter*, Skien 2002, og Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme – Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode*, Oslo 2004.

72 *Jussens Venner* er digitalt tilgjengeleg på <https://www.idunn.no/jv> (sist opna 7. februar 2019).

73 Arne Fliflet, «Hva er gjeldende rett i forvaltningsretten? Noen tanker om Sivilombudsmannens betydning for rettsdannelsen og rettsutviklingen på forvaltningsrettens område», *Jussens Venner* 2002, s. 186–194, Hans Petter Graver, «Dømmer Høyesterett i siste instans?», *Jussens Venner* 2002, s. 263–281, Bjarte Askeland, «Rettskildelærens utvikling i retsteoretisk belysning», *Jussens Venner* 2003, s. 8–23, Håvard Kjærstad, «Forvaltningspraksis som rettskilde – belyst med praksis fra ett eller flere forvaltningsområder», *Jussens Venner* 2003, s. 138–160, Dag Michalsen, «Dannelsen av de moderne rettskildeteorier – juss, politikk og kultur», *Jussens Venner* 2003, s. 228–247, Nicolai V. Skjerdal, «Hva betyr 'klar lovhjemmel'?», *Jussens Venner* 2003, s. 337–364, Jørn R.T. Jacobsen, «Om omgrepet 'Juridisk metode'», *Jussens Venner* 2003, s. 360–375, Jan Fridthjof Bernt, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen», *Jussens Venner* 2004, s. 61–73, Carsten Smith, «Hvilken plass har samiske sedvaner og rettsoppfatninger i norsk rett? Offisiell åpning av Indre Finnmark tingrett 23. juni 2004», *Jussens Venner* 2004, s. 137–143, og Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner* 2004, s. 329–342.

i Bergen,<sup>74</sup> som ein kan seia høyrde til det som i ein annan artikkel i *Jussens Venner* i 2007 vart kalla Bergenskulen.<sup>75</sup>

At så mykje kunne skje på så kort tid generelt i Noreg, skuldast sjølvst at tida var overmoden for refleksjon over dei metodiske konsekvensane av samfunnsendringar og rettsleggjing dei føregåande tiåra. For Juridisk fakultet i Bergen sin del skuldast det òg at til dømes tre av veteranane på fakultetet – Bernt, Krüger og Nygaard – sidan dei byrja sin karriere på 1970-talet, hadde hatt ei interesse for metodiske spørsmål. Vidare spela nok samlokaliseringa av fakultetet i 1995 ei viktig rolle. Etter at tilsette og studentar hadde vore spreidde på fleire bygningar over absolutt heile Nygårdshøgda frå Dragefjellet til Høgteknologisenteret, omgjeikt alle kvarandre dagleg i dei nye lokala på Dragefjellet. Og så skuldast det Doublet sitt temperament og engasjement: Han diskuterte, provoserte, og vart gjerne «kjempesint»<sup>76</sup> eller gjekk i «moralsk fistel».<sup>77</sup> Saman med Bernt skreiv han bøker mynta både på ferske jusstudentar<sup>78</sup> og ferske doktorrandar,<sup>79</sup> og kom slik til å prega jusstudiet og forskarutdanninga lenge etter sin bortgang i 2000. Det er difor symptomatisk at det var personar som høyrde til Bergenskulen som i 2005 deltok i bokprosjektet om *Makt og rett*, som tilsvar på Makt- og demokratiutredningen 1998–2003.<sup>80</sup>

## 5 Transnasjonalisering og meir kjønnsbalanse på 2000-talet

Det var eit fakultet styrka gjennom methodediskusjonar som gjekk inn i 2000-talet og oppdaterte innhaldet i jusstudiet i Bergen med studiereforma av 2003. Undervisninga skulle vera meir diskuterande i form og lærarkontakten langt større, og det internasjonale skulle få langt større plass. Det siste skjedde gjennom at ein la til rette for at eigne studentar reiste ut, og at ein tok imot studentar frå andre

74 Dette er artiklane ovanfor som er skrivne av Askeland, Jacobsen, Bernt og Mæhle.

75 Lars Finholt Jansen, «'Bergenskolen' – Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag», *Jussens Venner* 2007, s. 108–122.

76 *Bergensavisen* 14. februar 1999, s. 6.

77 *Bergens Tidende* 20. mars 1997, s. 29.

78 Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse – en introduksjon til rettsvitenskapen*, Oslo 1996.

79 Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998.

80 Morten Kindander (red.), *Makt og rett – Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*, Oslo 2005. Deltakarar frå Juridisk fakultet i Bergen var Kinander, Askeland og Mæhle.

juridiske fakultet. Utnæringsfrekvensen auka raskt. I dag har over 40 % av dei uteksaminerte studentane hatt eit utanlandsopphald på eit semester eller to, og ein tek imot om lag same mengda utanlandske studentar.<sup>81</sup> Det andre sikra ein gjennom å ta inn Dei europeiske menneskerettane og EU-retten på pensum i langt større grad, samt oppretta nye spesialfag.

Internasjonaliseringa av retten kan ein føra direkte tilbake til tida rett etter andre verdskrigen, og då særleg FN si menneskerettserklæring frå 1948 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen frå 1950, som Noreg signerte alt i november same året. Men med EØS-avtalen frå 1992 og menneskerettslova frå 1999 vart dei to hovudkjeldene til transnasjonal rett i Europa ein integrert del av norsk rett.<sup>82</sup> Like viktig som det formelle var at digitaliseringa av retten kom for fullt rundt tusenårsskiftet, og dermed vart EØS-retten og dei europeiske menneskerettane tilgjengelege utanfor universiteta for dei som arbeidde med gjeldande rett. Ikkje berre hadde samfunnsendingane på 1970-talet avfødd ei rettsleggjering frå 1980-talet, som ein hadde tilpassa juridisk teori til frå 1990-talet, men no vart den store rettslege massen transnasjonalisert. Dermed var det ikkje berre behov for ei stor mengde juristar, men juristar med kunnskap – både metodisk og materielt – til å hanskast med den nye rettslege situasjonen. Til dette var studieordninga av 2003 ved Juridisk fakultet i Bergen godt eigna. Men forskingssituasjonen på fakultetet var det ikkje.

Doktorgradar er både ei kjelde til ny kunnskap og til vitalitet i eit forskingsmiljø. I 30-årsperioden frå 1969 til 1998 vart det avlagt 21 juridiske doktorgradar ved Universitetet i Bergen, som vil seia 0,7 i året. Men så skjedde det noko. Frå 1999 til studiereforma av 2003 vart sett i verk i 2005, vart det på 7 år avlagt 16 doktorgradar, som vil seia 2,3 i året i snitt. Og veksten heldt fram med 65 avlagte juridiske doktorgradar frå 2006 fram til 2018, som vil seia eit snitt på 4,6 i året.<sup>83</sup> Dette var viktig, fordi doktorgradar er òg ei kjelde til rekruttering. Og det var det behov for. I 1969 vart Frihagen og Hærem tilsette som professorar i rettsvitenskap ved Rettsvitenskapleg seksjon. Utover 1970-talet vaks studenttalet raskt, og det same gjorde talet på professorar, som i 1979 var 9. Men så flata talet på studentar ut, og det same gjort veksten i talet på professorar. I 1989 var det 12 professorar ved Juridisk

81 Det juridiske fakultet 2018, *Det juridiske fakultet er best på utveksling* – <https://www.uib.no/jur/117582/det-juridiske-fakultet-er-best-pa-utveksling> (sist opna 8. februar 2019).

82 Om internasjonaliseringa av norsk rett, sjå Sunde 2015, s. 394–466.

83 Det juridiske fakultet, *Avlagte doktorgrader* – <https://www.uib.no/jur/23876/avlagte-doktorgrader> (sist opna 8. februar 2019).

fakultet, medan det i 1999 var 13. Så lenge tilgangen på nye juridiske doktorandar var dårleg, var det vanskeleg å få god rekruttering. Men med veksten i talet på avlagte doktorgradar tok veksten i talet på professorar til igjen, og i 2009 var det 20 professorar i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen, medan det i dag er 36. Dermed vart forskingsmiljøet på fakultetet langt meir robust og i stand til å hanskast med dei utfordringane som følgde med transnasjonaliseringa av retten på 2000-talet.

Men det var ikkje berre eit etterslep i forskingskapasitet på Juridisk fakultet ved inngangen til 2000-talet. Det var òg eit etterslep i talet på kvinnelege tilsette. Fyrste kvinnelege tilsette var Guri Greve, som var lektor på Institutt for privatrett på 1970-talet. Fyrste kvinne som avla ein juridisk doktorgrad i Bergen, var Hanne Sophie Greve i 1988. Det var den tiande juridiske doktorgraden avlagt i Bergen. Deretter kom Gudrun Holgersen i 1991,<sup>84</sup> Alice Kjellevoid i 1995, Henriette Sinding Aasen i 1998, Berte-Elen Konow i 1999, Synne Sæther Mæhle i 2004 og Sigrid Eskeland Schütz i 2007. Med andre ord var det berre 7 kvinner blant dei 40 avlagte juridiske doktorgradane fram til 2007. Det er 17,5 % av totalen, og eit snitt på 0,2 i året sidan 1969. Men så skjedde det ei endring. I 2008, som i 2011 og 2016, var det like mange kvinner som menn som avla juridisk doktorgrad, og i 2018 var det to kvinner og ingen menn. Samla i denne perioden vart det avlagt 61 doktorgradar, og 24 vart avlagt av kvinner. Det vil seia at nær på 40 % av dei juridiske doktorgradane vart avlagt av kvinner, og det årlege snittet var 2,2. Dette har hatt konsekvensar for kjønnsamansettinga av professorgruppa ved fakultetet. Holgersen vart fyrste kvinnelege professor i 1991, og var den einaste fram til Aasen vart professor i 2006, Konow i 2009, Ragna Aarli i 2012 og Linda Gröning i 2013. Fyrst frå 2015 har det verkeleg vorte ein auke i talet på kvinnelege professorar, og dei har i dag 10 av 36 rettsvitenskaplege professorat ved Universitetet i Bergen.

Samfunnssamansettinga har altså vorte betre spegla på Juridisk fakultet gjennom fleire kvinnelege tilsette og fleire kvinnelege doktorandar. Viktigare er det at anke- og perspektivmangfaldet i samfunnet dermed er betre representert i jussen. Men i skuggen av den utviklinga har det vakse fram eit anna mishøve, som er mellom tilsette og doktorandar på den eine sida og personar med ikkje-vestleg innvandrarbakgrunn på den andre. Dette mishøvet pregar òg studentmassen, akkurat slik det var få kvinnelege studentar på 1970-talet. Vil det ta like lang tid å gjera noko med dette?

---

<sup>84</sup> Sjå *Bergens Tidende* 9. april 1991, s. 20.

## 6 Å skunda seg langsamt

I 1975 stilte tre kvinnelege studentar opp til intervju i Bergens Tidende for å fortelja om kvinnedagen som var innført på Jussformidlingen for å få kvinner til å ta steget fram og krevja sine juridiske rettar. Kvinnefrigjeringsa på 1970-talet var berre éi av mange samfunnsendingar som tok til i dette tiåret. Og nettopp juss var eit verkøy for at desse samfunnsendingane skulle verta mogelege, og som har gjort at rettsleggjering enno er eit trekk ved vår kvardag og vårt samfunn. Men Juridisk fakultet bar ikkje mykje preg av 70-talsfrigjering dei fyrste tiåra. Kritisk juss-rørsla sine skuldingar mot jussen som konservativ kan ein vel seia ikkje står fram som heilt ugrunna. Etter 80-talet då dei rettsvitskapleg tilsette ved Universitetet i Bergen prøvde å svara på samfunnsbehovet for meir juridisk ekspertkompetanse, var det på mange måtar fyrst på 1990-talet at dei heftige diskusjonane og steile frontane frå samfunnsdebatten på 1970-talet for alvor sette sitt preg på fakultetet. Men sjølv om den juridiske metoden vart utfordra og endra for å kunna hanskast med den store mengda rettsleg materiale som følgde av rettsleggjeringa, så var jussen enno «mannsdominert» slik den hadde vore i 1975.<sup>85</sup> Fyrst godt inn på 2000-talet vart kvinnedelen av doktorandar og professorar merkbar endra. Juridisk fakultet kan difor seiast å ha skunda seg langsamt. Men i stor grad har mannskapssituasjonen gjort at dette var einaste mogelege strategi. Så er spørsmålet kva fakultetet gjer no, når talet på tilsette og kjønnsbalansen er betre, i møte med eit tiår då digitaliseringa vil føra til nye og store juridiske utfordringar.

---

<sup>85</sup> *Bergens Tidende* 26. oktober 1977, s. 6.





Universitetslektorene Guri Greve og Gudrun Holgersen Foto: Universitetsbiblioteket i Bergen





Her sitter, fra venstre, Atle Grahl-Madsen, Jan Fridthjof Bernt, Mons S. Nygard, Per Stavang, Kai Krüger og Thor Falkanger og lytter til Kåre Lilleholts disputas i 1986. Foto: Bergens Tidende



# Når faktum ikke er gitt

Professor Eivind Kolflaath og professor Ragna Aarli

## 1 Femti år med virkeligheten på vent

Alle som har gjennomført juristutdannelsen, kjenner spillereglene for praktikumsoppgaver, hvor studenter blir bedt om å ta standpunkt til konkrete retts spørsmål: Faktum er gitt. Oppgavens beskrivelser av Peder Ås' og Marte Kirkeruds gjøren og laden, som kan minne sterkt om faktum i en tvist i det virkelige liv, skal tas for god fisk. Studentene oppfordres til ikke å spekulere i om de faktiske opplysningene er korrekte og tilstrekkelige som grunnlag for rettsanvendelsen. Ikke noe skal legges til eller trekkes fra. «I virkelighetens verden», sier vi til studentene, «må dere selvsagt også ta stilling til hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen.»

I fakultetets første femti år har vi tillatt oss å sette virkeligheten på vent for studentene. Vi har konsentrert oss om å gi opplæring i det jurister er mest kjent for å gjøre – å fastlegge innholdet av gjeldende rett ved hjelp av alminnelig juridisk metode. Døren til erfaringsrommet som kan hjelpe juristen til å fastsette faktum, har fakultetet holdt lukket. Som Bjarte Askeland har påpekt, gir juristutdannelsen «liten trening i å arbeide med å *fremskaffe faktum* som de juridiske reglene skal anvendes på».<sup>1</sup> Når faktum skal fastsettes i det virkelige liv, «starter den nyutdannede jurist nærmest på bar bakke».<sup>2</sup>

Slik er det, men slik trenger det ikke forbli.<sup>3</sup> I denne artikkelen tar vi til orde for at ambisjonene for den juridiske utdannelsen bør utvides. Vi vil argumentere for

---

1 Bjarte Askeland, «Juristutdanning for academia og praktisk rettsliv», i Lars Skjold Wilhelmsen (red.), *Juridisk fagdidaktikk. Med vekt på studentenes læring*, Bergen 2014, s. 13–30 på s. 16.

2 Samme sted.

3 Litt i samme retning Askeland 2014, som på s. 16 antyder at «[d]et kunne [...] være en idé å legge inn øvelser der man må fremfinne og presentere bevis, herunder avhør av vitner».

at det er mulig – og på høy tid – å gi våre studenter verktøy til å kunne håndtere situasjoner i det virkelige liv, hvor faktum ikke er gitt.

Vi begynner med å peke på at selv om målet med juristutdannelsen – å «forsyne samfunnet med habile aktører innenfor rettsstatens ulike roller»<sup>4</sup> – ligger fast, er krav og forventninger til opplegg og innhold av utdannelsen i kontinuerlig endring (punkt 2). Vi ser videre på hvordan juristutdannelsen generelt har forholdt seg til empiriske spørsmål (punkt 3). Deretter vil vi demonstrere betydningen av at jurister har kunnskap om hvordan faktum fasettsettes i konkrete saker (punkt 4), samt i utredningsoppdrag og generell problemløsning (punkt 5). Vi avslutter med å diskutere en utvidet ambisjon for juristutdannelsen (punkt 6).

## 2 Krav og forventninger til juristutdannelsen

Det er verken originalt eller kontroversielt å hevde at samfunnets krav og forventningene til juristutdannelsen endrer seg,<sup>5</sup> eller at det er behov for jevnlig revisjoner av studiets innhold og form.<sup>6</sup> Det er en kjensgjerning at utdannelsen *har* endret innhold og form over tid, nettopp for å møte nye krav og forventninger fra samfunnet. Når det gjelder innholdet, er det den internasjonale utviklingen av retten som i nyere tid i størst grad har bidratt til endring.<sup>7</sup> Denne utviklingen skjøt for alvor fart på 1990-tallet og har satt sine spor i studieplanene ved alle de tre lærestedene i Norge som i dag tilbyr femårig integrert masterprogram i rettsvitenskap.<sup>8</sup> Blant dagens obligatoriske emner finner vi for eksempel titler som «Forvaltningsrett og EØS-rett» ved Universitetet i Oslo og «Rettsstat og menneskerettar» ved Universitetet i Bergen.

Også formen på utdannelsen har vært under kontinuerlig revisjon. Utviklingen fra et *juststudium* som nærmest var en ren eksamensordning, til en juristutdannelse

4 Jf. Askeland 2014, s. 13.

5 Se f.eks. Asbjørn Strandbakken, «Møter dagens juristutdanning morgendagens krav?», *Lov og Rett* 2016, s. 112–121, som blant annet etterlyser mer spesialisering i utdannelsen for å imøtekomme behovet fra et mer differensiert arbeidsmarked.

6 Se f.eks. Carsten Smith, «Den norske studieordning for jurister under debatt», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1959, s. 399–420, som på s. 400–401 tar til orde for at enhver studiereform bør evalueres etter å ha virket i en tiårsperiode.

7 Se tilsvarende Kåre Lilleholt, «Universitetsjuristen gjennom 50 år», *Lov og Rett* 2011, s. 78–88 på s. 82.

8 I *Høgsteretts historie 1965–2015*, Bergen 2015, sonderer Jørn Øyrehagen Sunde mellom «Den omfattende internasjonaliseringa» på 1990-tallet (kapittel 14) og «Den langsame internasjonaliseringa» som til alle tider har funnet sted i retten (kapittel 13).

med pedagogisk begrunnede valg av undervisningsopplegg<sup>9</sup> begynte lenge før vi hadde mer enn ett lærested for utdanning av juridiske kandidater i Norge.<sup>10</sup> Og dagens tre juridiske fakulteter har valgt noe ulik form på sine juristutdannelse. Den problembaserte studieplanen med en rekke obligatoriske arbeidskrav var formmessig unik da den ble innført ved Universitetet i Bergen i 2003.<sup>11</sup> Med denne modellen får studentene atskillig trening i å skrive juridiske tekster. Formen på utdannelsen gjør etter vårt syn studentene godt rustet til å møte mye av det som venter i arbeidslivet, og bør videreføres i en ny studieordning ved vårt fakultet.

Et innholdsmessig særtrekk ved juristutdannelsen i Bergen, som vi ikke kan forsvare like varmt, er den snevrere rammen for studentenes vitensfelt sammenliknet med de to øvrige lærestedene. I Bergen er det avsatt færre studiepoeng til ikke-dogmatiske emner, såkalte perspektivfag, enn i Oslo og Tromsø.<sup>12</sup> Et lavere ambisjonsnivå med hensyn til å utdanne kandidater med evne til å se utover den juridiske tenkemåten avspeiler seg også i læringsutbyttebeskrivelsene. Juridiske kandidater som er uteksaminert fra Universitetet i Tromsø, skal for eksempel kunne «identifisere og analysere rettslige problemer av teoretisk eller praktisk art på en metodisk og etisk forsvarlig måte, herunder utrede og vurdere relevant faktum». Kandidater fra Universitetet i Oslo skal kunne «[r]eflektere over jussens forhold til andre fag» og kunne «[s]amarbeide med jurister og andre profesjoner om rettslige problemstillinger». I Bergen er det ikke uttrykt slike ambisjoner for ferdigutdannede kandidater.

Et av de mest markante utviklingstrekkene i samfunnet, som også har betydning for utdannelsen av habile aktører til å fylle rettsstatens roller, er tilgjengeligheten og volumet av informasjon. Dette taler etter vårt syn for at også juristutdannelsen i Bergen i høyere grad bør ha uttrykte ambisjoner om å utdanne kandidater som er forberedt på å samarbeide med andre profesjoner om å kartlegge fakta som er relevante for juristens virke.

9 Se Asbjørn Strandbakken, «Introduksjon», i Lars Skjold Wilhelmsen og Asbjørn Strandbakken (red.), *Juristutdanningens faglige og pedagogiske utfordringer*, Oslo 2010, s. 11–12 på s. 11.

10 Se f.eks. de pedagogiske diskusjonene knyttet til endringene i eksamensordningen ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo i 1933 og 1948, i Smith 1959, s. 399–400.

11 Dette var bakgrunnen for at fakultetet ble tildelt Utdannings- og forskningsdepartementets Utdanningskvalitetspris i 2004.

12 I Bergen er det avsatt 48 stp. mot Oslos 56 stp. og Tromsøs 52 stp.; se nærmere redegjørelse for perspektivfagenes plass ved de tre lærestedene i «Metodeundervisningen på ny studieordning» – diskusjonsnotat fra dekanatet 27. april 2018. [https://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/metodeunderivnsningen\\_pa\\_ny\\_studieordning\\_rev.pdf](https://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/metodeunderivnsningen_pa_ny_studieordning_rev.pdf)

### 3 Generelt om juristutdannelsen og den empiriske virkelighet

Mange innføringsbøker i juss loser studentene inn i et univers der faktum er et begrep som tilsynelatende ikke trenger noen forklaring, og heller ikke finnes som oppslagsord i stikkordregisteret.<sup>13</sup> Forfatterne legger vekt på å få frem at rettsvitenskapen er et normativt og dermed verdibasert fag, og ikke et empirisk fag.<sup>14</sup> For å bruke Erik Boes formulering: «Juss handler om normer, ikke om atferd.»<sup>15</sup> Det er vi selvsagt enige i, men normene våre studenter skal lære seg å fastlegge, kan ikke frikoples fra menneskelig atferd. Rettsreglene skal skape rammer i samfunn med reell eksistens, og tjene som grunnlag for å løse konflikter mellom virkelige individer.

I boken *Rettskildelære* pekte da også Torstein Eckhoff på at livet som jurist ikke bare handler om å tolke rettskilder, men også om å søke å vurdere om et faktum er tilstrekkelig.<sup>16</sup> Det kan i seg selv være en krevende oppgave å oppnå et volum og en kvalitet på det faktiske grunnlaget som gjør det til et forsvarlig startpunkt for en rettsanvendelsesprosess. Behovet for å «vite mer om fakta» kan bli vel så påtrengende som å få avklart hva som er gjeldende rett, når juridiske arbeidsoppgaver skal løses.<sup>17</sup>

Tilegnelsen og vurderingen av informasjon for å fastsette faktum kan være både tids- og tankemessig mer krevende i arbeidslivet til en jurist enn fastleggingen av innholdet i rettsregler. For eksempel skriver Svein Slettan og Toril Marie Øie at «[i] det levende livet», i motsetning til jusstudiet, «volder nok faktum vanligvis større problemer enn jusen. Ofte står og faller saken med hvilket faktum som legges til grunn».<sup>18</sup> Tilsvarende skriver tidligere førstelagmann Nils Erik Lie fra et dommerperspektiv at «[n]år det først er tatt standpunkt til hvilket faktum avgjørelsen skal bygge på, er det sjelden at anvendelsen av rettsreglene volder vanskeligheter».<sup>19</sup>

Når man i juristutdannelsen har unnlatt å problematisere hvordan faktum skal fastsettes i rettsanvendelsesprosessen, må dette sees i sammenheng med at juridisk

13 Slik f.eks. Olav Torvund, *Innledning til jusstudiet*, Oslo 2017; Erik Magnus Boe, *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo 2010; og *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utgave utgitt av Harald Irgens-Jensen, Oslo 2019.

14 Se Torvund 2017, s. 32.

15 Boe 2010, s. 24.

16 Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg., Oslo 2001, s. 34.

17 Eckhoff 2001, s. 34.

18 Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*, Oslo 1997, s. 28.

19 Nils Erik Lie, *Parts- og vitneavhør – i straffesaker og sivile saker*, 2. utgave, Oslo 2012, s. 19.



metode lenge syntes å ha blitt oppfattet som ensbetydende med rettskildelære. Det er gammel og god eckhoffiansk lære at «[r]ettskildelæren [befatter] seg hovedsakelig bare med de rettslige, ikke med de faktiske, premisser for våre avgjørelser».<sup>20</sup>

Terminologiskiftet fra «rettskildelære» til «juridisk metode» som fant sted i norsk rett i løpet av 1990-tallet,<sup>21</sup> åpnet imidlertid for å betrakte juridisk metode som noe mer enn rettskildelære.<sup>22</sup> Og i København ble faget «Juridisk metodelære», som skulle kombinere teoretisk og praktisk informasjonshåndtering i rettsanvendelsen, etablert som et nytt obligatorisk fag på juristutdanningen i 2001.<sup>23</sup> Knut Bergo konstaterte på dette tidspunktet for norsk retts vedkommende at rettsvitenskapen har «vitenskapeliggjort» det ene benet av en rettsavgjørelse og «glemte» det andre.<sup>24</sup> Mangelen på vitenskapeliggjøring av faktumskomponenten i juridisk metode forklarte Bergo den gangen med at «utfordringen har vært for stor, fordi faktabedømmelse er mye vanskeligere å rasjonalisere».<sup>25</sup>

Etter vår mening er tiden nå blitt moden for å gripe denne utfordringen. Magne Strandberg og en av oss (Kolflaath) har tidligere utpekt årtusenskiftet som et vendepunkt i norsk bevisteori.<sup>26</sup> Fra da av finner vi et større teorimangfold og en økt intensjonsdybde i bevisteoretisk forskning. Vi finner også en større praksisnærhet ved at bevisteorien interesserer seg mer for hvordan bevisbedømmelsen faktisk foregår ute i det praktiske rettsliv, og ved at den i høyere grad enn tidligere vektlegger at anbefalinger om bevisbedømmelsen må være gjennomførbare i praksis.<sup>27</sup> Denne utviklingen gir etter vårt syn et godt grunnlag for å kunne tilby forskningsbasert undervisning om fastsettelse av faktum innenfor juristutdannelsen.

20 Eckhoff 2001, s. 33.

21 Se f.eks. Kai Krügers omtale av «den såkalte juridiske metode» i foredraget «Vil norsk juridisk metode overleve i et integrert Europa?» på Det 22. felles Juristmøte i Oslo 30. oktober 1995, gjengitt i *Juristkontakt* 1996, s. 2–7 på s. 2.

22 Se f.eks. Jørn Jacobsen, som i artikkelen «Om omgrepet juridisk metode», *Jussens Venner* 2003, s. 360–375, argumenterer for å inkludere det kommunikative aspektet knyttet til en rettsavgjørelse i begrepet juridisk metode.

23 Peter Blume og Hans Chr. Spies, «Juridisk metodelære: nyt fag på jurauddannelsen i København», *Lov & Data* 2002, s. 4.

24 Knut Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000, s. 894.

25 Bergo 2000, s. 894.

26 Eivind Kolflaath og Magne Strandberg, «Norsk bevisteori før og etter årtusenskiftet», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Bergen 2013, s. 319–330.

27 Kolflaath og Strandberg 2013, s. 325–329.



Flere norske forfattere har pekt på behovet for at jurister oppøver seg et mer bevisst forhold også til faktumfastsettelsen.<sup>28</sup> Og i dansk teori er «juridisk metode» nylig definert som «metoden [til] fastlæggelse af relevant faktum, fastlæggelse af relevant regel og fastlæggelse af resultat».<sup>29</sup> Ved Universitetet i Oslo tilbys et 10 studiepoengs emne i «Rettslig bevisteori», som nettopp tematiserer betingelsene for faktumfastsettelsen og hvordan usikkerhet om fakta i rettsanvendelsen nærmere skal håndteres. Ved Universitetet i Bergen mangler vi et undervisningstilbud som tematiserer faktumfastsettelse som sådan.

Ordet «faktum» brukes i det juridiske feltet vanligvis om et konkret saksforhold som skal være utgangspunktet for rettsanvendelse. I neste punkt diskuterer vi behovet for at jurister kan håndtere faktumfastsettelsen på en betryggende måte. Men empiriske spørsmål er relevante for jurister også i flere andre sammenhenger. For eksempel vil bruk av reelle hensyn ofte dreie seg om empiriske konsekvenser, og både i evaluering av gjeldende rett og i forslag til ny regulering vil det normalt være nødvendig å bygge på empiriske antakelser. Et sentralt typetilfelle i denne sammenhengen er kartlegging av faktiske forhold i forbindelse med utredninger, som vi diskuterer i punkt 5.

#### 4 Fastsettelse av faktum i konkrete saker

De fleste ferdigutdannede jurister vil arbeide med konkrete saker hvor faktum ikke er gitt. Som dommer eller forvaltningsjurist skal man henholdsvis avsi dom eller fatte enkeltvedtak i saker hvor man selv avgjør hvilket faktum som skal legges til grunn. Også advokater må forholde seg til situasjoner hvor faktum ikke er gitt. Forskjellen er at dommere og forvaltningsjurister *avgjør* faktumsspørsmålet, mens advokatene *legger til rette for* slike avgjørelser og opererer med *antakelser* om hva som er sannsynlige utfall. Rollene er ulike, men uansett kreves det at juristen vurderer i hvilken grad informasjonen som foreligger i den konkrete saken, underbygger et faktum som en part krever å få gjennomslag for.

Det faktiske forholdet kan være fortidig, nåtidig eller fremtidig. Straffesaker som kommer opp for domstolene, dreier seg mye om fortidige handlinger, der

<sup>28</sup> Se f.eks. Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper*, Oslo 2014, s. 15; Markus Jerkø, «Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen», *Lov og Rett* 2014, s. 445–454, og Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse i praksis*, Bergen 2013, s. 13–22.

<sup>29</sup> Carsten Munck-Hansen, *Den juridiske løsning*, København 2017, s. 12.

det må tas stilling til om det for eksempel har funnet sted en «kroppsskade» (strl. § 273), gitt «uriktig forklaring» (strl. § 221) eller begått andre handlinger som rammes av straffeloven. I valget av straffereaksjon vil rettsanvenderen imidlertid ofte måtte ta stilling til spørsmål om hvordan den domfelte vil kunne utvikle seg i fremtiden. For eksempel er det en generell, formildende omstendighet at «det er gode utsikter til rehabilitering» (strl. § 78 bokstav h), og bestemmelsen om forvaringsstraff (strl. § 40) har flere vilkår som gjelder faren for nye straffbare handlinger. Også sivile saker, som for eksempel erstatningssaker, vil gjerne være orientert mot kartlegging av fortid (bl.a. hendelsen som forårsaket skaden), men vil ofte også kreve stillingstaking til fremtiden (f.eks. ved beregning av fremtidig inntektstap).

Loven kan kreve at rettsanvenderen tar stilling til et nokså bredt spekter av mulige fremtidige forhold. For å gi dispensasjon fra bestemmelser i plan- og bygningsloven må for eksempel «konsekvenser for helse, miljø, jordvern, sikkerhet og tilgjengelighet» være vurdert, jf. pbl. § 19-2 tredje ledd. Andre ganger er prognosevurderingen rettsanvenderen må foreta, mer spesifikk. Et eksempel er at barnevernloven § 4-12 gir hjemmel for å fatte vedtak om å overta omsorgen for et barn blant annet «dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnets helse». For å treffe en avgjørelse må rettsanvenderen vurdere både foreldrenes omsorgsevne i nåtid og mulige fremtidige skader for barnet av at foreldrene beholder omsorgen.

Riktignok kan både dommere og forvaltningsjurister få hjelp av sakkyndige. Men det er rettsanvenderen som skal vurdere bevis, fastsette faktum og ta stilling til det konkrete rettsspørsmålet. Betyggende saksbehandling innebærer blant annet at rettsanvenderen vurderer selvstendig og kritisk opplysningene som presenteres i saken, og sakkyndigbevis representerer ikke noe unntak fra dette. En empirisk orientert forsker som kriminologiprofessor Leif Petter Olaussen har i et avisinnlegg stilt spørsmålet om «norske dommere er godt nok kvalifisert og mentalt innstilt på at de må forholde seg kritisk spørrende også til det som blir presentert som fakta av ulike sakkyndige som uttaler seg i retten».<sup>30</sup> Innlegget var knyttet til en

---

30 Leif Petter Olaussen, «Dommerne må bli flinkere til å spørre», *Klassekampen* 19. juni 2015.

serie av straffesaker utover på 90-tallet om seksuelle overgrep mot barn,<sup>31</sup> med Bjugn-saken som den mest omfattende og kjente. Til forskjell fra Bjugn-saken, hvor den eneste tiltalte av de opprinnelig syv siktede ble frifunnet av juryen i lagmannsretten, ble en rekke personer domfelt i de øvrige sakene. Domfellelsene var helt eller delvis basert på uttalelser fra sakkyndige om hvilke funn som var gjort i disse barnas underliv, og om hva slike funn angivelig dokumenterte. Senere ble den ene domfelte etter den andre frifunnet etter gjenåpning, fordi det viste seg at slutningene som ble trukket fra de konkrete funnene, ikke var holdbare. Olaussen peker på at en dommer med en viss forståelse av empirisk vitenskap kunne stilt «følgende helt elementære spørsmål» til den sakkyndige:

Hva vet man forskningsmessig om normal variasjon i underlivsskader av den typen du som sakkyndig har observert i dette tilfellet, hos barn som det ikke er grunn til å tro har vært utsatt for seksuelt overgrep i denne alderen?  
– Et ærlig svar fra den sakkyndige ville vært: ingen ting eller det er ukjent. Og hva burde dommeren da ha tenkt om de observerte skadenes verdi som bevis?

Eksemplet illustrerer et sentralt sannsynlighetsteoretisk poeng – at den statistiske bevisverdien av et funn dreier seg om forholdet mellom sannsynligheten for at vi ville hatt det aktuelle funnet hvis det hadde vært seksuelt overgrep, og sannsynligheten for at vi ville hatt dette funnet hvis det *ikke* hadde vært seksuelt overgrep.<sup>32</sup> På 90-tallet hadde man ikke tilstrekkelig kunnskap om det siste, og dermed var ikke forutsetningene til stede for å trekke slutninger om statistisk bevisverdi av funnene i barnas underliv. Men i disse sakene ble det som kunne være utslag av normal variasjon i barns underliv, i stedet fremstilt som «skader».

31 Se nærmere om disse sakene f.eks. Arne K. Myhre, «Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker om seksuelle overgrep om barn», i Per Brandtzæg og Ståle Eskeland (red.), *Rettsmedisinsk sakkyndighet i fortid, nåtid og fremtid. Mot et paradigmeskifte ved vurdering av rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker*, Oslo 2007, s. 28–35, og Trygve Lange-Nielsen, «Saker om seksuelt misbruk av mindreårige» og «Rettspraksis om seksuelt misbruk av mindreårige», i Anders Bratholm og Ståle Eskeland (red.), *Justismord og rettssikkerhet*, Oslo 2008, s. 95–147 og 226–275.

32 Dette følger av det sannsynlighetsteoretiske begrepet om beviskraft («likelihood ratio», også kalt «rimelighetsbrøk»), se f.eks. Erling Eide, *Bevisvurdering. Usikkerhet og sannsynlighet*, Oslo 2016, s. 26–46 og 90–127, og Christian Dahlman, *Metod för bevisvärdering i brottmål*, Stockholm 2018, s. 66–112.

Olaussen er langt fra den eneste som mener at dommere er for passive overfor sakkyndige, og i praksis overlater deler av bevisbedømmelsen til disse. For eksempel har høyesterettsadvokat Pål Mitssem kritisert dommere for å ha en blind tro på sakkyndige i forsikringssaker.<sup>33</sup> Og Berit Reiss-Andersen, som har vært Advokatforeningens leder, har i forbindelse med diskusjonen av reglene om strafferettslig tilregnelighet uttalt at «norske dommere har hatt en tendens til å abdisere fra sitt ansvar».<sup>34</sup> Vi skal ikke her gå mer inn i diskusjonen om forholdet mellom jurister og sakkyndige, men det er liten tvil om at «kunnskapskløften mellom den sakkyndige og sakens øvrige deltakere får en tilhørende kommunikasjonsutfordring», som et bredt sammensatt juristutvalg formulerte det i en utredning i 2014.<sup>35</sup> Utfordringene på området skyldes ikke bare at det i ulike fag tales ulike språk, men også at ulike fag anvender ulike metoder – og at den enkelte aktørs kunnskaper om andre fags metoder ofte er nokså begrensede. Men uansett hvilke utfordringer jurister måtte stå overfor i møtet med sakkyndige, står det fast at det er rettsanvenderen, og ikke de sakkyndige, som er ansvarlig for bevisbedømmelsen og for å avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn. Dette innebærer at jurister må være i stand til ikke bare å stille kritiske spørsmål til sakkyndige, men også til å innta et velbegrunnet standpunkt om hvilket faktum som skal legges til grunn når de sakkyndige er uenige. Slik uenighet kan for eksempel oppstå i erstatningssaker med partsoppnevnte sakkyndige, eller i straffesaker med flere rettsoppnevnte sakkyndige, som i 22. juli-saken.

Et annet og mer generelt poeng er at faktumfastsettelse er en prosess som er sårbar for en rekke psykologiske feilkilder. Dette gjelder blant annet feilkilder som kan slå ut hos personer som gir opphav til bevis i saken – som vitner eller som forfatter av dokumenter. De siste tiår er det kommet mye forskning som påviser mulige feilkilder i vitneforklaringer.<sup>36</sup> Vår evne til å oppfatte og til å huske detaljer er betydelig svakere enn man i utgangspunktet skulle tro. Den vitnepsykologiske forskningen har vist blant annet hvor sårbare våre minner er for påvirkning fra andre. Feilattribusjon – for eksempel at man tar feil av i hvilken situasjon man

33 Se «Blind tro på sakkyndige», *Dagens Medisin* 2004 nr. 8 (30. april).

34 Se f.eks. Per Anders Madsen, «Rapporten som åpner saken», *Aftenposten* 10. april 2012.

35 «Kunnskapskløft og kommunikasjonsbehov». Utredning fra et utvalg nedsatt av Advokatforeningen, Dommerforeningen, Riksadvokaten og Regjeringsadvokaten for utarbeidelse av retningslinjer for sakkyndigarbeid i domstolene, ledet av Anders Ryssdal, levert 6. oktober 2014.

36 Se f.eks. Svein Magnussen, *Vitnepsykologi 2.0*, Oslo 2017, for en omtale av denne forskningen.

har observert en person – er en annen veldokumentert feilkilde.<sup>37</sup> Kunnskap om slike feilkilder er nødvendig for at dommeren skal ha en grunn til å stille spørsmål som kan bidra til å redusere den reelle usikkerheten om hvorvidt slike feilkilder faktisk har slått inn i det konkrete tilfellet.

Psykologiske feilkilder kan slå ut ikke bare hos personer som gir opphav til bevis, men også hos bevisbedømmeren selv. «Dommere har naturligvis de samme psykologiske begrensninger som andre mennesker», påpekte sorenskriver Nils Dalseide under et dommerseminar – og eksemplifiserte dette med å si at blant annet «fordommer og stereotypier» samt «confirmation bias» er noen av de bedømmelsespsykologiske faktorer som også virker på dommere.<sup>38</sup> Bekreftelsesfellen («confirmation bias») er vår tendens til å velge ut og tolke informasjon slik at den passer med de oppfatninger vi allerede har. En annen psykologisk feilkilde er førsteinntrykk-effekten («primacy effect»), som er vår tendens til å legge mer vekt på informasjon som kommer tidlig, enn informasjon som kommer sent. Slike tendenser kan motarbeides, men dette krever kunnskap både om hvilke feilkilder som finnes, og om hva som kan være effektive strategier for å redusere effektene av disse. Et tiltak mot bekræftelsesfellen er å resonnerer ut fra flere og gjensidig utelukkende hypoteser, mens førsteinntrykk-effekten kan reduseres hvis dommeren avstår fra fortløpende bevisbedømmelse under bevisførselen.

Det er ikke til å komme forbi at prosessretten bygger på en del forutsetninger som ikke står seg i lys av psykologisk forskning om beslutninger generelt og bevisbedømmelse spesielt. Forestillingen om at bevisbedømmelse er noe enhver normalt utrustet person uten videre kan utføre på en forsvarlig måte, er kommet under press. Et annet og mer spesifikt eksempel er knyttet til et aspekt ved begrunnelsen av muntlighetsprinsippet, nemlig at det å se på personen som forklarer seg, gir en mer treffsikker bevisbedømmelse – slik som når prinsippet begrunnes delvis med at «[v]ed en umiddelbar forklaring vil retten lettere kunne se om vitnet virker usikker – om han f.eks. stammer eller om han rødmer».<sup>39</sup> Vitnepsykologisk forskning de siste tiår har avdekket at det er lite realitet i det vi er tilbøyelige til å tolke som tegn på løgn.<sup>40</sup>

37 Se Annika Melinder, «Vitnebevisets psykologiske fallgruver», i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens, *Bevis i straffesaker. Utvalgte emner*, Oslo 2015, s. 481–505 på s. 504.

38 «Økt bevissthet gir økt kvalitet», *Rett på sak* nr. 1 2011, s. 8–9.

39 Jo Hov, *Rettergang II*, Oslo 2010, s. 1094.

40 Se f.eks. Magnussen 2017, s. 190–225.

Videre vil selvstendige vurderinger av informasjon fra sakkyndige for å fastsette hvilket faktum som skal legges til grunn for en konkret avgjørelse, forutsette en viss innsikt i metodene sakkyndige anvender. Dette er nødvendig både for å kunne stille kritiske spørsmål til sakkyndige og mer generelt for å kunne vurdere deres uttalelser. I neste punkt skal vi se at jurister kan ha god bruk for slik innsikt også i arbeidet med utredninger og generell problemløsning.

## 5 Utredning og generell problemløsning

Juristutdannelsen blir ofte omtalt som en «potet-utdannelse».<sup>41</sup> Uttrykket fremhever at studiet oppøver generelle ferdigheter i problemformulering og problemløsning som kan komme til nytte i mange og ulike sammenhenger. Én slik kompetanse er å konkretisere reguleringstiltak som kan være tjenlige i offentlige eller private sammenhenger. I læringsutbyttebeskrivelsen for masterstudiet i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo er «utforming av lovforslag» uttrykkelig angitt som en ferdighet juridiske kandidater har. Når det skal tas stilling til hvordan retten *bør* være, må det tas utgangspunkt i en beskrivelse av den faktiske situasjonen på det aktuelle området, vurderinger av hvordan dagens regulering faktisk fungerer, og prognoser om hvordan alternative reguleringer vil komme til å virke. Alt dette vil for en stor del være empiriske spørsmål. Behovet for empirisk kunnskap om den virkeligheten som skal reguleres, vil være presserende.

Kravene som stilles til lovprosser, vitner om behovet for slik empirisk kunnskap. Dersom Stortinget skal endre eksisterende lovgivning eller gi helt nye lover, vil dette ofte kreve en utredning som må fylle krav formulert i utredningsinstruksen, nylig revidert og fastsatt ved kgl.res. 19. februar 2016. Foruten visse mer spesifikke krav til lovprosser fastsetter § 2-1 i utredningsinstruksen at minstekravene til beslutningsgrunnlaget for et statlig tiltak ikke er oppfylt før samtlige av følgende spørsmål er besvart:

- 1 Hva er problemet, og hva vil vi oppnå?
- 2 Hvilke tiltak er relevante?
- 3 Hvilke prinsipielle spørsmål reiser tiltakene?

<sup>41</sup> Se f.eks. daværende leder for Stortingets utenriks- og forsvarskomiteé, nå utenriksminister Ine Marie Eriksen, som i et intervju i *Dagens Næringsliv* 1. oktober 2013 er sitert på følgende: «Jurister er litt som poteter, og du lærer en metode du kan bruke til veldig mye.»

- 4 Hva er de positive og negative virkningene av tiltakene, hvor varige er de, og hvem blir berørt?
- 5 Hvilket tiltak anbefales, og hvorfor?
- 6 Hva er forutsetningene for en vellykket gjennomføring?

Knapt noen av disse spørsmålene lar seg besvare ved hjelp av juridisk metode alene. Skal jurister kunne bidra konstruktivt i slike prosesser, må de kunne samarbeide med andre profesjoner, kjenne til hvordan holdbarheten av empiriske argumenter kan vurderes, og ha evne til å omsette et artikulert regelbehov i en regeltekst som er tilgjengelig for folk flest.

Kravene til utredning av faktiske forhold som ledd i beslutningsgrunnlaget for ny lovgivning finner vi igjen i mandater gjengitt i skriftserien *Norges offentlige utredninger* (NOU). Skriftserien benyttes ofte til å utrede om det trengs ny eller endret lovgivning på et bestemt område. Lovutvalget som står for utredningen, vil så å si alltid ha jurister som medlemmer. I NOU 2015: 4 *Tap av norsk statsborgerskap* ble mandatet gitt til en enkelt utreder med juridisk kompetanse, med anledning til å knytte til seg eksperter fra nærmere bestemte fagfelt. Formålet med utredningen var å gi et beslutningsgrunnlag for en politisk diskusjon om det burde gjøres endringer i reglene for tap av statsborgerskap. Utkastet til regelverksendringer skulle blant annet bygge på en diskusjon av «hvordan og i hvilken grad endringene vil kunne antas å forebygge terror og radikalisering», og «en diskusjon av hvordan forslaget vil virke i integreringsprosessen, hvordan det vil kunne oppfattes i samfunnet, hva det vil ha å si for hvordan vi tenker om det å være norsk statsborger og lignende».<sup>42</sup> Disse punktene i mandatet kunne åpenbart ikke løses ved hjelp av juridisk metode, men svarene skulle tjene som premisser for den juridiske utrederens anbefalinger om reguleringstiltak. Arbeidsoppdraget til juristen forutsatte med andre ord en evne til å samhandle med andre profesjoner og til å forstå holdbarheten av argumenter frembrakt ved hjelp av andre metoder enn den rettsdogmatiske.

Utredningsinstruksjonen reflekterer krav til offentlig sektor om at tiltak skal virke. Hvis ikke jurister er i stand til å inngå i dialog med andre faggrupper om slike spørsmål, risikerer vi at jurister blir mindre interessante bidragsyttere til offentlige utredninger, inkludert utredninger av hvilken lovgivning vi skal ha. Et eksempel på at krav til utredning av empiriske spørsmål i lovgivningsprosessen begrenser

---

<sup>42</sup> NOU 2015: 4 s. 9.



juristenes muligheter til å spille en sentral rolle i lovgivningsdiskusjoner, er etterlattepensjonsutvalget som stod bak NOU 2017: 3 *Folketrygdens ytelser til etterlatte*. Utvalget hadde foruten statsviter Ann-Helen Bay som ledet utvalget, kun fire medlemmer, hvorav vår professor Gudrun Holgersen var den eneste juristen. I et tungt sekretariat på fire personer ble det også bare funnet plass til én jurist blant økonomer og samfunnsøkonomer.

Mandatet til etterlattepensjonsutvalget besto på den ene siden i å beskrive og kartlegge gjeldende ytelser til etterlatte og på den andre siden i å komme med vurderinger og anbefalinger om fremtidige ytelser på feltet. Når utvalget i mandatet ble bedt om å beskrive «gjeldende ordninger for etterlatteytelser i folketrygden», og om å gjennomgå «[v]ilkårene for rett til de ulike ytelsene [...], herunder regelverket for å motta ytelser utenfor Norge»,<sup>43</sup> er dette en typisk oppdragsbeskrivelse for jurister. Store deler av mandatet beskriver imidlertid oppgaver av en annen og mer empirisk orientert karakter: «Kartleggingen skal omfatte antall mottakere, mottakernes alder, ytelsesnivå og varighet, familie- og forsørgingsmønster og andre forhold som utvalget anser relevante» for de vurderingene utvalget skulle foreta. Det ble videre presisert at kartleggingen også skulle

avdekke om det er systematiske forskjeller mellom grupper av befolkningen. Omfanget av etterlatteytelser til personer bosatt utenfor Norge skal også kartlegges. Det skal også utarbeides prognoser over fremtidig omfang og utgifter, forutsatt at etterlatteytelsene videreføres.<sup>44</sup>

Når kravene til utredning av faktiske premisser for og konsekvenser av lovgivning skjerpes, blir juristenes samfunnsrelevans i stigende grad avhengig av evnen til å føre dialog med profesjoner som bygger på andre metodiske tilnæringsmåter enn den juridiske.

Et annet eksempel på at nyere mandater for lovutvalg stiller høye krav til utredning av empiriske premisser og konsekvenser, finner vi i NOU 2017: 17 *På ein søndag?* Utvalget skulle i dette tilfellet vurdere om bestemmelsene om åpningstider på hellig- og høytidsdager i helligdagsloven burde endres. Sekretæren for utvalget var en jurist, og vedkommende hadde blant annet til oppgave å sammenfatte utvalgets vurdering av «alle vesentlige konsekvenser, herunder økonomiske og

43 NOU 2017: 3 s. 16.

44 NOU 2017: 3 s. 17.

administrative konsekvenser, konsekvenser for næringslivet, konkurranseforhold, sysselsetting og samfunnsøkonomisk lønnsomhet av ev. endringer som foreslås».<sup>45</sup> Når sekretariatsfunksjonen for dette oppdraget ble gitt til en jurist, er det klart at forventningen til juristen går langt utover det å være i stand til å anvende rettsdogmatisk metode.

Litt retorisk kan vi spørre om det er grunn til å fortsette å utdanne «poteter» som bare kan sin rettskildelære, når samfunnet åpenbart har behov for noe mer. Samfunnets behov for habile aktører i ulike roller i rettsstaten gir etter vår mening grunn til å utvide ambisjonene for juristutdannelsen.

## 6 En utvidet ambisjon for juristutdannelsen

Ovenfor har vi beskrevet noe av det som kan møte ferdigutdannede jurister ute i yrkeslivet. De mange ulike former for empiriske spørsmål som jurister må forholde seg til, og ofte selv er satt til å besvare, krever andre metodiske ferdigheter enn dem man tradisjonelt har tilegnet seg i løpet av jusstudiet. Faktumfastsettelse i forvaltningen og domstolene, og bruk av empiriske undersøkelser som grunnlag for regelutvikling, konsekvensanalyser og risikovurderinger, er eksempler på dette.

Skal juristutdannelsen forberede studentene på det som venter, og sette dem i stand til å løse et mangfold av oppgaver, må studieplanen gi uttrykk for dette og studiet innrettes der etter. At Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen faktisk *har* en slik ambisjon, fremgår klart av strategiplanen for 2016–2022, under punktet «Utdanning av juristar for morgondagen»:

UiB si satsing på tverrvitskapeleg aktivitet bør vise igjen også i juss-studiet. Studentane skal få kjennskap til relevante problemstillingar frå andre universitetsfag. På slike måtar kan vi møte samfunnet sitt behov for juristar som er vande med og forstår samarbeid med andre fagdisipliner. Slikt samarbeid er naudsynt for å løyse komplekse samfunnsproblem.

Etter vårt syn bør man i tillegg til å kjenne til selve problemstillingene også ha en viss kunnskap om hvordan slike problemstillinger behandles i de andre universitetsfagene.

<sup>45</sup> NOU 2017: 17 s. 19 punkt 3 i mandatet.

Behovet for kjennskap til andre fags metoder kan imidlertid melde seg også allerede før man er ferdig med studiet. Her tenker vi særlig på at en del jusstudenter velger en problemstilling for masteroppgaven som i alle fall ikke fullt ut kan besvares ved hjelp av juridisk metode alene. Dette gjelder for eksempel masteroppgaver som helt eller delvis diskuterer hvordan et bestemt spørsmål bør reguleres, og hvor dette krever at studenten går inn i empiriske problemstillinger, for eksempel om hvordan ulike reguleringer vil komme til å virke. Dessuten kan det dreie seg om å delta i tverrfaglige prosjekter i løpet av studiet. Også på dette punktet finnes det klart uttrykte ambisjoner i fakultetets strategiplan:

Fakultetet skal i strategiperioden følge opp initiativ teke av UiB om undervisningssamarbeid på tvers av fakulteta, og syte for at slikt samarbeid skjer til beste for utviklinga av jussen. Det kan til dømes vere tale om å samarbeide med andre fakultet om undervisning og/eller utvikling av masteroppgåver innan same overordna tema, men der studentar frå ulike fakultet arbeider saman.

Skal strategiplanens formuleringer om tverrfaglighet bli noe mer enn tomme ord, må studieordningen revideres slik at studentene får mulighet til å utvide sitt metodeperspektiv i løpet av studiet. Målet bør være at fremtidens juridiske kandidater får en bredere metodeforståelse slik at de kan forholde seg til relevante empiriske problemstillinger på en selvstendig måte.



# Om retten til å motsette seg øyeblikkelig helsehjelp i livets slutfase

Professor Henriette Sinding Aasen

## 1 Innledning

Plikten til å yte øyeblikkelig helsehjelp er en etisk og juridisk kjerneforpliktelse for helsepersonell og helseinstitusjoner, egnet til å sikre liv og helse. Spesielt for norsk rett er at helsepersonells plikt til å yte øyeblikkelig hjelp også gjelder når pasienten motsetter seg hjelpen, med noen få unntak. Ett av unntakene gjelder døende myndige pasienter, som har rett til å motsette seg livsforlengende behandling. Den vidtrekkende bestemmelsen om plikt til å yte øyeblikkelig hjelp også mot pasientens uttrykte ønske står i et spenningsforhold til hovedregelen om at pasienter har rett til å avgi et gyldig informert samtykke til all helsehjelp. Avveiningen mellom bevaring av liv og helse på den ene siden og individets rett til å bestemme over seg selv på den andre er en problemstilling med mange fasetter, som har vært gjenstand for langvarig diskusjon på Det juridiske fakultet i Bergen.<sup>1</sup> Denne artikkelen drøfter om dagens norske regulering av plikten til å yte øyeblikkelig helsehjelp<sup>2</sup> representerer en god balanse mellom bevaring av liv og helse på den

- 
- 1 Flere bøker er skrevet, se bl.a. Erling Johannes Husabø, *Rett til selvvalt livsavslutning*, 1. utgave, Fagbokforlaget 1994; Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2000; Karl Harald Søvig, *Tvang overfor rusmiddelavhengige, sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2007; Henriette Sinding Aasen, Rune Halvorsen og António Barbosa da Silva (red.), *Human Rights, Dignity and Autonomy in Health Care and Social Services: Nordic Perspectives*, Intersentia 2009; Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslige og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2011; Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, 1. utgave Fagbokforlaget 2018.
  - 2 Denne artikkelen bruker begrepet «helsehjelp» i en nokså snever medisinsk forstand, i betydningen handlinger som har direkte helse- og livsbevarende eller livsforlengende formål.

ene siden og pasientautonomi på den andre. Mer konkret er spørsmålet om dagens regulering i tilstrekkelig grad fanger opp situasjoner der hensynet til pasienten kan tilsi at helsehjelp ikke ytes selv om det strengt tatt foreligger en øyeblikkelig hjelp-situasjon (om enn noe utypisk), hvis pasienten har gjort det klart at hun/han ikke ønsker hjelp.<sup>3</sup> Det er tatt til orde for at reguleringen bør omfatte alvorlig syke personer med kort tid igjen å leve som ikke ønsker mer behandling, heller ikke øyeblikkelig hjelp.<sup>4</sup>

## 2 Oversikt over regelverket

### 2.1 Pasientens rett til selvbestemmelse

Hovedregelen i norsk rett er at pasienten selv avgjør om foreslått helsehjelp skal iverksettes. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven<sup>5</sup> § 4-1 første ledd: «Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke» (første setning). Det presiseres at samtykket kun er gyldig dersom pasienten har «fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen» (andre setning). Pasienten kan også trekke sitt samtykke tilbake dersom hun/han ombestemmer seg. Den som yter helsehjelp, plikter da å «gi nødvendig informasjon om betydningen av at helsehjelpen ikke gis» (tredje ledd). Lovens § 4-3 regulerer hvem som har samtykkekompetanse. Hovedregelen er at personer som har fylt 16 år, har rett til å samtykke til helsehjelp, med mindre annet følger av særlig lovbestemmelse eller av «tiltakets art», jf. første ledd bokstav b. Når det gjelder døendes rett til å nekte livsforlengende behandling, er aldersgrensen 18 år, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 tredje ledd. Det er ellers ganske få lovbestemmelser

3 Artikkelen fokuserer kun på pasienter som er samtykkekompetente eller som tidligere har gitt klart uttrykk for et bestemt behandlingsønske. Det avgrenses også mot diskusjon av de tolkningsspørsmål som lov 2. juli 1999 nr. 63 pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 andre ledd andre punktum reiser.

4 Se særlig Marianne Bahus, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*, ph.d.-avhandling, Universitetet i Oslo 2014, s. 75–123. Avhandlingen bygger på tre publiserte artikler: Marianne K. Bahus og Reidun Førde, «Parents As Decision-Makers – Do the Attitudes of Norwegian Doctors Conform to Law?», *European Journal of Health Law* 18 (2011), s. 531–547. DOI: 10.1163/157180911X598762; Marianne K. Bahus, Petter Andreas Steen og Reidun Førde, «Law, ethics and clinical judgment in end-of-life decisions – How do Norwegian doctors think?», *Resuscitation* 83, 2012, s. 1369–1373. DOI: 10.1016/j.resuscitation.2012.04.008; Marianne K. Bahus, «Legers rettsanvendelse ved liv/død-beslutninger», *Retfærd* nr. 1/140, 2013, s. 46–69. I det følgende vises det til Bahus sin «kappe» i ph.d.-avhandlingen, s. 15–220. Se også NOU 2017: 16 *På liv og død – Palliasjon til alvorlig syke og døende*, s. 15–16.

5 Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).

som begrenser pasientens rett til selv å bestemme om helsehjelp skal iverksettes. Helsepersonelloven<sup>6</sup> § 7 gir imidlertid et generelt unntak fra samtykkekravet for øyeblikkelig hjelp-situasjoner, se nedenfor. I tillegg finnes det noen andre hjemler, eksempelvis i smittevernloven<sup>7</sup>, helse- og omsorgstjenesteloven<sup>8</sup> og psykisk helsevernloven.<sup>9</sup>

## 2.2 Plikten til å yte øyeblikkelig hjelp

Helsepersonelloven § 7 første ledd slår fast at helsepersonell «skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig» (første setning). Dette er en yrkesmessig inngrepsplikt som kun omfatter helsepersonell.<sup>10</sup> En alminnelig hjelpeplikt følger av straffeloven<sup>11</sup> § 287, som hjemler straffansvar for den som unnlater «etter evne å hjelpe en person som er i åpenbar fare for å miste livet eller bli påført betydelig skade på kropp eller helse» (bokstav a). Helsepersonelloven § 7 må sees som en spesialbestemmelse for helsepersonell (*lex specialis*) med et ganske likt materielt kjerneinnhold.<sup>12</sup> Et vanlig rettslig utgangspunkt er at plikt forutsetter rett, og at hjelpeplikten derfor ikke kan gå lenger enn den rett som foreligger på selvstendig grunnlag, for eksempel i form av samtykke eller lovhjemmel som tillater handlingen.<sup>13</sup> Siden § 7 spesifiserer at plikten til å yte øyeblikkelig hjelp også gjelder når pasienten ikke er i stand til å samtykke eller motsetter seg

6 Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven).

7 Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven). Se §§ 3-3, 3-4 og 5-2.

8 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven). Se lovens kapittel 9 om tvang i omsorgen for personer med utviklingshemning, og kapittel 10 om tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige.

9 Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven). Se lovens kapittel 3 om etablering og opphør av tvungent psykisk helsevern.

10 Se definisjonen i helsepersonelloven § 3 første ledd nr. 2.

11 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

12 Vilkaene «påtrengende nødvendig» etter hpl. § 7 første setning og «åpenbar fare» etter strl. § 287 første ledd bokstav a viser til situasjoner preget av fare. Men den faregrad som kreves etter straffeloven § 287, er lavere enn den etter helsepersonelloven § 7. Ordlyden «åpenbar» impliserer at det må dreie seg om en utvilsom faresituasjon, men angir ikke hvor akutt faren må være. Dette i motsetning til ordlyden i den tidligere lov 22. mai 29 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) (opphevet) § 387 første ledd nr. 1 «øiensynlig og overhængende Livsfare» som korresponderte bedre med formuleringen «påtrengende nødvendig» i helsepersonelloven § 7; se Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 503.

13 Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 482, med henvisning til Husabø, *Sjølvalt livsavslutning*, s. 361–366. Andenæs og Andersen hevder på den annen side at hjelpeplikt etter tidligere strl. § 387 gjaldt uten hensyn til om hjelpen var ønsket eller ikke, se fremstillingen av diskusjonen i Aasen, s. 478–482, på s. 479.



hjelpen, foreligger det en utvetydig lovhjemmel som gir helsepersonell rett til å handle selv om samtykke ikke foreligger.<sup>14</sup>

Det påhviler sykehus og fødestuer en korresponderende plikt («skal») til straks å «motta pasienter som trenger somatisk helsehjelp, når det etter de foreliggende opplysninger må antas at den hjelp institusjonen eller avdelingen kan gi er påtrengende nødvendig», jf. spesialisthelsetjenesteloven<sup>15</sup> § 3-1 første ledd. Institusjonen eller avdelingen plikter da å motta pasientene for undersøkelse og – om nødvendig – behandling (første ledd andre setning). Bestemmelsen i helsepersonelloven § 7 om plikt til å yte øyeblikkelig hjelp selv om pasienten motsetter seg hjelpen, er ikke gjentatt her. En naturlig tolkning er at det kun er helsepersonell, og ikke institusjonen, som har plikt til å sette seg utover pasientens ønske når lovens vilkår er oppfylt. Dette er i tråd med oppfatningen om at plikt forutsetter rett (se ovenfor). Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-5 første ledd slår fast at kommunen straks skal «tilby eller yte helse- og omsorgstjenester til den enkelte når det må antas at den hjelp kommunen kan gi er påtrengende nødvendig» (første setning). Ansvaret omfatter undersøkelse, behandling eller annen hjelp som det er forsvarlig at kommunen yter (andre setning), eksempelvis øyeblikkelig helsehjelp til alvorlig svekkede sykehjemspasienter.

Plikten til å yte øyeblikkelig hjelp inntreer i situasjoner der helsehjelpen ikke kan utsettes uten at det oppstår fare for liv og helse, typisk ved ulykker og akutt sykdom. Formuleringen «påtrengende nødvendig» viser at det skal en god del til før hjelpeplikten i § 7 utløses. Ifølge forarbeidene skal det legges vekt på om «det er fare for liv eller fare for alvorlig forverring av en helsetilstand».<sup>16</sup> Det presiseres videre at det som alminnelig utgangspunkt må kreves at «det oppstår et akutt behov for undersøkelse og behandling».<sup>17</sup> I forarbeidene betegnes situasjonene som utløser plikt til å yte øyeblikkelig helsehjelp, som akuttsituasjoner der undersøkelse og behandling er påkrevd for å gjenopprette og/eller vedlikeholde vitale funksjoner eller for å hindre eller begrense alvorlig funksjonsnedsettelse som følge av skade eller sykdom. Det presiseres at bestemmelsen er ment å fange opp situasjoner som krever livreddende innsats eller innsats for å avverge alvorlig helseskade, for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon. Også en alvorlig smertetilstand kan utløse plikt til å gi øyeblikkelig hjelp i form av adekvat og kortvarig

14 Ibid., s. 484. Dette er derimot ikke tilfellet for straffelovens bestemmelse om hjelpeplikt i § 287.

15 Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven).

16 Ot.prp. nr. 13 (1998–99) Om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven), s. 219, andre spalte.

17 Ibid., s. 52, første spalte.

smertelindring, men ingen rett til vedvarende eller permanent smertebehandling.<sup>18</sup> Det må dreie seg om helsehjelp som ikke «bare» er nødvendig og kan håndteres gjennom timebestilling hos fastlege. Et karakteristisk kjennetegn ved øyeblikkelig hjelp-situasjoner er tidsaspektet: Det er ikke tid til å vente med behandling uten at pasientens liv og helse settes i alvorlig fare, derfor må helsehjelpen gis umiddelbart (jf. ordlyden «straks»).

Det presiseres i helsepersonelloven § 7 at plikten til å yte øyeblikkelig hjelp, med noen begrensninger (se nedenfor), gjelder «selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen». I situasjoner der øyeblikkelig hjelp er aktuelt, vil det som regel ikke være tid til å informere pasienten og sørge for et gyldig samtykke i tråd med bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4. Bestemmelsen om at hjelpeplikten inntreffer også der pasienten *motsetter* seg hjelp, innebærer at hovedregelen om å respektere pasientens vilje og rett til selvbestemmelse bevisst er satt til side i øyeblikkelig hjelp-situasjoner. Samfunnet har en særlig interesse i å verne om respekten for menneskelivet, og dette hensynet gjøre seg ofte sterkt gjeldende i øyeblikkelig hjelp-situasjoner, også i lys av at hensynet til pasientens selvbestemmelse mister tyngde jo mindre muligheten for rasjonell overveielse er. Plikten til inngripen kan dermed også forsvares ut fra hensynet til å sikre at personer med psykiske forstyrrelser, eksempelvis som følge av ulykke eller en krisesituasjon, sikres hjelp i akutte situasjoner.<sup>19</sup>

### 2.3 Døendes nektingsrett etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 åpner for at det skal være mulig å nekte helsehjelp i særlige situasjoner for personer som er over 18 år<sup>20</sup> og ikke er fratatt sin rettslige handleevne, som er gitt tilfredsstillende informasjon og som har forstått konsekvensene for egen helse ved behandlingsnektelsen.<sup>21</sup> Nektingsretten gjelder mennesker som på grunn av «alvorlig overbevisning» nekter å motta blod eller

18 Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 485 med henvisninger til lovforarbeidene. Se også Anne Kjersti Befring og Bente Ohnstad, *Helsepersonelloven – med kommentarer*, Fagbokforlaget 2001, 2. utgave 2005, s. 66.

19 Befring og Ohnstad, *Helsepersonelloven*, s. 68.

20 Dette er dermed en strengere aldersgrense enn den som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b.

21 Disse vilkårene følger av pbrl. § 4-9 tredje ledd.

blodprodukter, eller som av samme grunn nekter å avbryte en pågående sultestreik, jf. § 4-9 første ledd. Døende personer er gitt en nektingsrett i § 4-9 andre ledd. Helsepersonelloven § 7 første ledd gjør det klart at nektingsretten i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 også gjelder i øyeblikkelig hjelp-situasjoner. I det følgende er det nektingsretten i § 4-9 andre ledd som omtales:

En døende pasient har rett til å motsette seg livsforlengende behandling. Er en døende pasient ute av stand til å formidle et behandlingsønske, skal helsepersonellet unnlate å gi helsehjelp dersom pasientens nærmeste pårørende tilkjennegir tilsvarende ønsker, og helsepersonellet etter en selvstendig vurdering finner at dette også er pasientens ønske og at ønsket åpenbart bør respekteres.<sup>22</sup>

Av forarbeidene følger det at «døende» omfatter situasjoner der «det ikke er utsikt til helbredelse eller bedring, men bare til en viss livsforlengelse som i realiteten er en forlengelse av den pågående dødsprosess».<sup>23</sup> Begrepet «livsforlengende» viser da til at behandlingen ikke vil kunne redde pasientens liv, men kun føre til at livet forlenges noe. I slike situasjoner anses hensynet til å redde pasientens liv som underordnet hensynet til å gi pasienten en så god livsavslutning som mulig. Syse omtaler bestemmelsen som en regelfesting av en rett til såkalt passiv dødshjelp.<sup>24</sup> Bestemmelsen er overflødig i den grad retten til å nekte behandling allerede følger av hovedregelen om samtykke. Kun dersom retten til å motsette seg behandling fremsettes i en øyeblikkelig hjelp-situasjon, får bestemmelsene i § 4-9 selvstendig betydning, fordi helsepersonelloven § 7 pålegger plikt til å yte helsehjelp i slike situasjoner på tross av pasientens motstand mot helsehjelpen. Dette er også forutsatt i forarbeidene til § 4-9.<sup>25</sup> I punkt 3 drøftes begrepet «døende» og spørsmålet om døendes nektingsrett er for snever.

<sup>22</sup> Jeg drøfter ikke spørsmålet om pårørendes rolle, se Bahus, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*.

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998–99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven), s. 135, 2. spalte.

<sup>24</sup> Aslak Syse, «Helsehjelp ved livets slutt», *Sentrale helserettslige emner* (Befring, Kjelland og Syse red.), Oslo 2016, s. 255–276, på s. 260.

<sup>25</sup> Se Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 503.

## 2.4 *Menneskerettighetene*

Den norske reguleringen gjenspeiler sentrale menneskerettslige verdier og regler. Retten til liv er beskyttet i Den europeiske menneskerettskonvensjon<sup>26</sup> (EMK) artikkel 2(1) og i Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter<sup>27</sup> (SP) artikkel 6(1). Statens plikt til å verne om borgernes helse følger av Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter<sup>28</sup> (ØSK). Alle konvensjonene gjelder som norsk lov etter menneskerettsloven<sup>29</sup> § 2, og skal etter § 3 gis forrang i tilfelle av motstrid med bestemmelser i annen lovgivning. I vår sammenheng blir spørsmålet hvor langt plikten til å respektere og beskytte retten til liv og helse går i møte med retten til privatliv, som er vernet av EMK artikkel 8(1) og SP artikkel 17(1). Den europeiske menneskerettsdomstolen har i flere saker slått fast at retten til privatliv omfatter rett til å motsette seg uønsket helsehjelp.<sup>30</sup> EMK artikkel 8(2) åpner imidlertid for at det kan gjøres inngrep i utøvelsen av retten til privatliv, på nærmere bestemte vilkår. Det aktuelle alternativet i vår sammenheng er «når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn [...] for å beskytte helse eller moral [...]». Lovskravet er utvilsomt oppfylt i og med helsepersonelloven § 7 og de lovregulerte unntakene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9. Et sentralt spørsmål som det ikke er rom for å drøfte nærmere her, er om den norske reguleringen av plikten til å yte øyeblikkelig helsehjelp legger unødvendige og uforholdsmessige begrensninger på pasienters rett til privatliv.<sup>31</sup>

## 3 Døendes lovfestede nektingsrett – er den for snever?

### 3.1 *Begrepet «døende» og grensen mot alvorlig sykdom*

Rekkevidden til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 andre ledd avhenger av hvordan begrepet «døende» forstås, altså hvem som kan gjøre bruk av nektingsretten. Spørsmålet er ikke drøftet i forarbeidene utover det som står om at

26 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen).

27 International Covenant on Civil and Political Rights, 16. Desember 1966 (Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter).

28 International Covenant on Economic, Social and Cultural Right, 16. Desember 1966 (Konvensjonen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter).

29 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

30 *Pretty v. the United Kingdom* 2002, no. 2346/02; *Stork v. Germany* 2006, no. 38033/02; *Jehova's Witnesses of Moscow v. Russia* 2010, no. 302/02; *Haas v. Switzerland* 2011, no. 31322/07.

31 Se Bahus om forholdet til EMK artikkel 8, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*, s. 97–105.

dødsprosessen må være i gang. I juridisk teori fremheves det at det også kan være forsvarlig å anse en person som døende på et noe tidligere tidspunkt, når legene innser at det ikke er mer å gjøre for pasienten, og det ikke er mulig å holde sykdommen i sjakk (eksempelvis ved en alvorlig og langt fremskreden kreftsykdom der det er klart at pasientens dager er talte). I slike situasjoner kan det være forsvarlig å betrakte pasienten som døende, slik at hun eller han får rett til å motsette seg alle former for helsehjelp, også øyeblikkelig hjelp.<sup>32</sup> Men samtidig er det klart at det å ha en dødelig sykdom ikke i seg selv er nok til å si at personen er døende.

Det kan være vanskelig å trekke grensen mellom døende og alvorlig syk, ikke minst for helsepersonell som anvender regelverket i praksis. Pasienter som har en kronisk og uhelbredelig sykdom, men som kan leve en god stund med denne, kanskje flere måneder og år, kan etter ordlyden i § 4-9 andre ledd og forarbeidene vanskelig betraktes som døende i lovens forstand. Reelle hensyn og rettsoppfatninger uttrykt i juridisk teori og andre kilder kan likevel tilsi en viss utvidende tolkning av bestemmelsen, slik at den også omfatter tilfeller der pasienten er alvorlig syk, men ikke nødvendigvis døende i betydningen utvilsomt svært kort tid igjen å leve.<sup>33</sup> Situasjonen kan i noen tilfeller endre seg svært raskt, avhengig av hvor progredierende sykdommen er.<sup>34</sup> Alvorlig syke pasienter har rett til å nekte behandling med hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, og det er god grunn til varsomhet med påtvungen øyeblikkelig hjelp i livets slutfase.<sup>35</sup> Spørsmålet er aktuelt der en alvorlig syk pasient med begrenset levetid får en alvorlig infeksjon på toppen av grunntilstanden, og som uten rask behandling med antibiotika vil dø. Dersom pasienten motsetter seg behandling, eller tidligere har fremsatt en informert behandlingsnektning som omfatter den nye situasjonen, er det mye som taler for at behandlingsnektingen bør respekteres, selv om pasienten strengt tatt ikke er døende.<sup>36</sup> En slik oppfatning er lagt til grunn av Helsedirektoratet (se neste punkt).

32 Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 503; Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, Gyldendal, 4. reviderte utgave, 2015, s. 446–447 med videre henvisninger; Bahus, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*, s. 96.

33 Se Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, s. 446–447, med sitat fra masteravhandling skrevet av Sunniva H. Sømhovde, *Døende pasienters rett til å nekte behandling*, masteroppgave, Universitetet i Bergen 2012.

34 NOU 2017: 16, s. 143.

35 Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 505; Syse, «Helsehjelp ved livets slutt», s. 260–261.

36 *Ibid.*, s. 504. Se også Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, s. 446–447, med henvisning til Sømhovde.

### 3.2 Helsedirektoratets veileder – åpning for å inkludere alvorlig syke

I april 2009 utga Helsedirektoratet en nasjonal veileder med tittel *Beslutningsprosesser ved begrensning av livsforlengende behandling*, som ble revidert i juli 2013.<sup>37</sup> I lys av et nokså begrenset rettskildetilfang, der forarbeidene gir utilstrekkelig veiledning, og i lys av at Helsedirektoratet er et helsefaglig organ med betydelig kompetanse og en lovfestet plikt til å utvikle, formidle og vedlikeholde nasjonale faglige retningslinjer og veiledere som understøtter helse- og omsorgstjenestens mål,<sup>38</sup> er det naturlig å legge vekt på direktoratets veiledere ved tolkningen av helselovgivningen. Veilederne er ikke bindende, men hensynet til å sikre ensartet praksis og likebehandling av pasienter kan tilsi at de tillegges en ikke ubetydelig vekt, avhengig av kvalitet.<sup>39</sup> Legalitetsprinsippet er her neppe noe tungtveiende motargument. Den aktuelle veilederen har et innhold som vitner om solid fagkunnskap og grundig etisk refleksjon om de komplekse avveiningene som kjenner seg ut som omsorg for alvorlig syke og døende mennesker. Om forståelsen av døendes nektingsrett etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 peker veilederen på tolkningsproblemer med hensyn til hvem som skal anses som «døende», nærmere bestemt hvor nær forestående døden må være.<sup>40</sup> Det uttales følgende:

Avveiningen mellom pasientens selvbestemmelsesrett og helsepersonellens øyeblikkelig-hjelp plikt kan være vanskelig i møtet med alvorlig syke og døende pasienter. Det kan for eksempel tenkes tilfeller som ikke faller direkte inn under pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, annet ledd, men der plikten til å yte påtrengende nødvendig helsehjelp likevel bør vike av hensyn til respekt for pasientens autonomi, for eksempel hvis en samtykkekompetent pasient etter god kommunikasjon ønsker å få slippe å leve og lide lenger. Hvor langt man skal gå i å påtvinge pasienter livsforlengende behandling som er medisinsk indisert, men som de ikke ønsker, egner seg bedre for stadige etiske refleksjoner enn for mer detaljert lovgivning.<sup>41</sup>

37 Helsedirektoratet, *Beslutningsprosesser ved begrensning av livsforlengende behandling*, Veileder IS-2091.

38 Jf. spesialisthelsetjenesteloven § 7-3.

39 Se Henriette Sinding Aasen og Anne-Mette Magnussen, «Prioriteringsveiledere som styringsverktøy i skjæringspunktet mellom rett og medisin», *Retfærd* nr. 2/153 (temanummer om rettsliggjøring i velferdsstaten, Henriette Sinding Aasen og Even Nilssen red.) 2016, s. 19–32.

40 Helsedirektoratets veileder s. 15.

41 Ibid.

Helsedirektoratet peker her på et spenningsforhold mellom lovens ordlyd på den ene siden og etiske refleksjoner som tilsier respekt for en samtykkekompetent persons ønske, på den andre. Uttalelsen etterlater tvil om Helsedirektoratet har som hensikt å veilede helsepersonell om hva som er en riktig forståelse av «gjeldende rett» i juridisk forstand. Det er lite sannsynlig at Helsedirektoratet bevisst gir anbefalinger i strid med hva som oppfattes å være gjeldende rett. Dermed er det naturlig å se veilederen som et uttrykk for hvordan direktoratet mener loven bør forstås, alle forhold tatt i betraktning, i første rekke sentrale etiske og rettslige prinsipper som lovgivningen ellers bygger på, og viktige reelle hensyn (se nedenfor).

Den nasjonale veilederen nevner følgende situasjoner der begrensning av livsforlengende behandling bør vurderes: når pasienten ber om det, når behandlingen forlenger en plagsom dødsprosess, når behandlingen forlenger et liv med store plager, når pasientens tilstand er preget av varig opphør av høyere mentale funksjoner (vedvarende vegetativ tilstand), og når pasienten er i koma.<sup>42</sup>

Av sentrale etiske perspektiver som fremheves i Helsedirektoratets veileder, er respekt for liv og verdighet, og at respekt for livet må inkludere respekt for en verdig død. Videre nevnes velgjørenhets- og ikke skade-prinsippet, som krever at nytten oppveier ulempene ved behandling, samt respekt for pasientens autonomi og integritet, som forutsetter god og hensynsfull kommunikasjon med pasienten og/eller pårørende.<sup>43</sup> I veiledningen nevnes også hensynet til likeverdig behandling og ansvarlig fordeling av ressurser, som kan tilsi at nytteløs behandling og behandling med marginal eller svært usikker nytte ikke tilbys.<sup>44,45</sup>

I lys av disse overordnede prinsippene anbefaler veilederen mer spesifikt at beslutninger om livsforlengende behandling «skal bygge på hva som ut fra en medisinsk og helsefaglig vurdering er forsvarlig og til pasientens beste, og hva pasienten selv ønsker».<sup>46</sup> Videre plikter den behandlingsansvarlige lege «å forsikre seg om at livsforlengende behandling kan ha en positiv virkning som oppveier de plagene som pasienten får av behandlingen eller sykdommen». Legen kan ikke «pålegges å gi livsforlengende behandling som er hensiktsløs, eller som ikke er

42 Ibid., s. 7.

43 Ibid., s. 9–10.

44 Ibid., s. 10–11.

45 Om ressursfordeling og prioritering, se boken Henriette Sinding Aasen, Berit Bringedal, Kristine Bærøe og Anne-Mette Magnussen red., *Prioritering, styring og likebehandling. Utfordringer i norsk helsetjeneste*, Cappelen Damm 2018 (Open Access). Om den rettslige reguleringen av helseprioriteringer, se Solveig Hodne Riska og Henriette Sinding Aasen, «De juridiske rammene», s. 82–108 i boken.

46 Helsedirektoratets veileder s. 5.



faglig forsvarlig».<sup>47</sup> Dette er aktuelt i lys av mulig press fra pasienten selv eller pårørende om å gjøre alt som er mulig, selv om et entydig faglig skjønn viser at videre behandling er nytteløs.<sup>48</sup> Forsvarlighetskravet følger av helsepersonelloven § 4 og er dessuten et generelt forvaltningsrettslig krav som også gjelder for offentlig tjenesteyting.<sup>49</sup>

Pasienter som ønsker det, skal på en hensynsfull måte gis mulighet til å tilkjenne sine verdier og ønsker rundt livets avslutning. Veilederen understreker at dette er særlig viktig for «alvorlig syke pasienter som vil kunne trenge livsforlengende behandling i nær framtid».<sup>50</sup> Veilederen inkluderer altså alvorlig syke, og legger dermed til grunn en utvidende eller analogisk tolkning av bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 andre ledd. Dette følger også av utsagnet om at en «informert og samtykkekompetent pasient som ikke ønsker livsforlengende behandling, skal få ønsket respektet».<sup>51</sup> Helsedirektoratet anbefaler med andre ord en styrking av autonomien til alvorlig syke pasienter, i tråd med hovedregelen om rett til å avslå uønsket helsehjelp.

I denne sammenheng er Bahus' anbefaling om en såkalt situasjonsdialog mellom pasient og ansvarlig lege som en sentral del av behandlingen interessant. Hun mener denne bør være «en planlagt dialog som gjennomføres jevnlig i hele behandlingsforløpet», ut fra et formål om å informere og veilede pasienten best mulig og respektere pasientens valg.<sup>52</sup> Hun hevder videre at dersom den løpende situasjonsdialogen anses som en del av behandlingen, får dette konsekvenser i øyeblikkelig hjelp-situasjoner «siden plikten for helsepersonell til å agere i øyeblikkelig hjelp-situasjoner opphører når annet kvalifisert helsepersonell har tatt over ansvaret»,<sup>53</sup> jf. helsepersonelloven § 7 tredje ledd. Dermed vil man også kunne begrense uønsket over- og underbehandling av pasienten ved livets slutt.<sup>54</sup> Etter min oppfatning er dette gode betraktninger som bygger på etablerte rettsprinsipper om respekt for pasientautonomi og at faglig forsvarlighet også omfatter

47 Ibid.

48 Jf. Bahus, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*, s. 85, 114–115, 155–157.

49 Se nærmere Erik Boe, *Forsvarlig forvaltning*, Oslo 2018, 1. utgave, s. 57–111 og s. 107–108. Helsepersonelloven § 6 slår videre fast at helsepersonell «skal sørge for at helsehjelpen ikke påfører pasient, helseinstitusjon, trygden eller andre unødvendig tidstap eller utgift».

50 Helsedirektoratets veileder s. 5.

51 Ibid., s. 6.

52 Bahus, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*, s. 83–84.

53 Ibid., s. 84.

54 Ibid.

omsorgsfull hjelp, jf. helsepersonelloven § 4 første ledd. Helsedirektoratets veileder om beslutningsprosesser anbefaler nettopp drøftinger med pasienten der denne får anledning til å gi uttrykk for ønsker og preferanser med hensyn til i hvilke situasjoner livsforlengende behandling (for eksempel dialyse, tilkobling av respirator, nedlegging av magesonde) skal opphøre:

Å få muligheten til å uttrykke preferanser er en forutsetning for at pasientens ønsker skal kunne være retningsgivende, dersom samtykkekompetansen senere skulle mangle. Innholdet i slike forberedende samtaler skal dokumenteres i pasientens journal, kommuniseres med resten av behandlingsteamet og opplyses om ved innleggelse eller overføring.<sup>55</sup>

### 3.3 Bør det skilles mellom «egentlige» og «uegentlige» øyeblikkelig hjelp-situasjoner?

Lovbestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 andre ledd som kun gir «døende» nektingsrett, fanger ikke opp alle pasienter som kan ha behov for å motsette seg øyeblikkelig hjelp og annen behandling. Etter min oppfatning tydeliggjør den nasjonale veilederen viktige reelle hensyn som bør ivaretas overfor pasienter i livets slutfase, og som tilsier en mer nyansert tolkning både av helsepersonelloven § 7 og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 andre ledd enn ordlyden i disse bestemmelsene isolert sett tilsier. En viktig side av spørsmålet om rekkevidden av nektingsretten i § 4-9 andre ledd er forståelsen av begrepet «øyeblikkelig hjelp». Helsedirektoratet legger denne forståelsen til grunn:

Helsepersonellens øyeblikkelig hjelp-plikt er formulert først og fremst med tanke på ulykker og akutte sykdomstilfelle og kortvarig helsehjelp. Dette for å sikre at personer som ikke er i stand til selv å påkalle hjelp, eller som på grunn av sjokkskader, panikk og lignende motsetter seg påtrengende nødvendig helsehjelp, likevel skal få nødvendig førstehjelp og assistanse.<sup>56</sup>

Dette tilsvarer en vanlig forståelse av øyeblikkelig hjelp, med vektlegging av at behandlingsbehovet oppstår akutt, at det må handles raskt, og at plikten opphører

<sup>55</sup> Helsedirektoratets veileder s. 17.

<sup>56</sup> *Ibid.* s. 14.

når faren er avverget.<sup>57</sup> Denne forståelsen sier også noe om det antatte hovedhensynet bak bestemmelsen, nemlig å sikre helsehjelp til mennesker som på grunn av en krisesituasjon ikke selv er i stand til å treffe rasjonelle beslutninger. I situasjoner der pasienten gjennom et sykdomsforløp har hatt god anledning til å tenke gjennom og diskutere sin situasjon med ansvarlig lege, slår ikke dette hensynet til.

Bahus argumenterer for nødvendigheten av å skille mellom «egentlige» og «uegentlige» øyeblikkelig hjelp-situasjoner, der de førstnevnte er «akutte medisinske kriser som kommer uventet, og som derfor er vanskelige eller umulige å forutse».<sup>58</sup> En «uegentlig» øyeblikkelig hjelp-situasjon, derimot, er «en forventet krise i forløpet av en progressiv dødelig sykdom», som legene med stor sannsynlighet kan forutse og forberede pasienten på.<sup>59</sup> Gjennom tett dialog med en samtykkekompetent pasient kan legen (og pårørende) klarlegge hva pasienten ønsker dersom en akutt medisinsk krisesituasjon skulle oppstå. Jeg er enig med Bahun i at «samfunnet ikke har noen grunn til å begrense samtykkekompetente pasienters selvbestemmelsesrett ved uegentlige øyeblikkelig hjelp-situasjoner».<sup>60</sup> Etter min oppfatning er det mulig å innfortolke dette i gjeldende lovregulering, slik at de «uegentlige» øyeblikkelig hjelp-tilfellene ikke omfattes av helsepersonells hjelpeplikt etter helsepersonelloven § 7 første ledd andre punkt. I disse tilfellene bør man heller falle tilbake på hovedregelen om at pasienten har rett til å motsette seg behandling, og at hjelpeplikten ikke går lenger enn det som følger av pasientens samtykke.

Aslak Syse nevner et tilfelle som etter hans oppfatning «bør» omfattes av nektingsretten etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 andre ledd:

En pasient med en alvorlig sykdom som er i forverring, og som i løpet av et overskuelig tidsrom (tre til seks måneder) med stor sannsynlighet vil medføre døden, må oppfattes å være «døende» slik bestemmelsen bør forstås. Det samme kan gjelde for lengre tidsspenn: Dersom en progredierende (en sykdomstilstand som stadig utvikler seg til det verre) og dødelig sykdom

<sup>57</sup> Se punkt 2.2. ovenfor og Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 473 flg. med videre henvisninger.

<sup>58</sup> Bahun, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*, s. 95–96. Hun bygger på artikkel 2 i sin PhD-avhandling («Law, ethics and clinical judgment in end-of-life decisions – How do Norwegian doctors think?», se note 4), der det slås fast at lovgiver foreløpig ikke har etablert noe skille mellom «egentlige» og «uegentlige» øyeblikkelig hjelp-situasjoner. Jeg tolker henne derfor slik at dette er en rettspolitisk anbefaling.

<sup>59</sup> *Ibid.* s. 96.

<sup>60</sup> *Ibid.*

som amyotrofisk lateral sklerose (ALS) svekker vitale livsfunksjoner ugjennkallelig slik at pasienten behøver mekanisk ventilasjon for å leve må vedkommende anses som døende, også i rettslig forstand [...]. Dette er ikke en bestemmelse hvis rettsvirkning først inntreffer på selve dødsleiet; da vil den i realiteten være uten innhold.<sup>61</sup>

Jeg er enig i at hensynet til pasientautonomi må gis betydelig vekt i god tid før pasienten dør, også etter gjeldende regulering. Men hvor lange tidsspenn skal godtas? Problemet er at man ofte ikke vil kunne si sikkert hvor lang tid en pasient har igjen å leve, og at dette jo kan avhenge av hva slags behandling personen vil godtas.<sup>62</sup> Det er også problematisk å knytte begrepet «døende» til et bestemt stadium av en sykdom,<sup>63</sup> fordi man da ikke tar hensyn til at pasienter vil ha ulike behov og preferanser med hensyn til helsehjelp i livets slutfase. Etter min oppfatning er det en bedre løsning å si at pasientens nektingsrett følger av den alminnelige hovedregelen om samtykke i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, og at helsepersonells hjelpeplikt ikke går lenger enn det som følger av pasientens samtykke.

## 4 Konklusjon

Det vil ofte være svært vanskelig i praksis å avgjøre om en pasient er døende, med lovbestemt rett til å nekte livsforlengende behandling også i øyeblikkelig hjelp-situasjoner, eller alvorlig syk uten en slik klar lovhjemlet rett. I NOU 2017: 16 *På liv og død. Palliasjon til alvorlig syke og døende* foreslås det flere tiltak som skal sikre økt vektlegging av selvbestemmelsesrett for pasienter med progredierende sykdommer som de vil dø av. Utvalget anbefaler blant annet at rettsreglene «sikrer selvbestemmelsesretten også når den helsehjelpen pasienten har takket nei til fremstår påtrengende nødvendig»,<sup>64</sup> og anbefaler at øyeblikkelig hjelp-bestemmelsen i helsepersonelloven § 7 tolkes innskrenkende slik at «balansen mellom helsepersonells inngrepsplikt og pasientenes selvbestemmelsesrett skyves i retning

61 «Helsehjelp ved livets slutt», s. 260–261, med henvisning til Holmøy mfl. 2009.

62 NOU 2017: 16 s. 143. For noen vil eksempelvis hjemme-respirator være et godt alternativ, for andre ikke.

63 Denne innvendingen gjelder også Helsedirektoratets veileder, se gjengivelse av innhold i punkt 3.2.

64 NOU 2017: 16 s. 15.

av økt selvbestemmelsesrett for pasienter med progredierende sykdommer som de vil dø av».<sup>65</sup>

Etter min oppfatning burde utvalget gått noe lenger i å anbefale tydeliggjøring av rettstilstanden, av hensyn til både pasienter og helsepersonell. Sistnevnte har ansvar for korrekt rettsanvendelse i praksis, og det er viktig at sentrale lovtekster er presise på avgjørende punkter. I lys av de tungtveiende hensynene det er redegjort for, er det behov for en mer nyansert lovformulering i helsepersonelloven § 7 første ledd andre punktum. Videre er det behov for at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 uttrykkelig omfatter alvorlig syke pasienter med en dødelig sykdom. Dette vil ikke innebære en uheldig utglidning av nektingsretten eller en urimelig begrensning av helsepersonells plikt til å yte øyeblikkelig hjelp, men utelukkende tjene til å kodifisere og tydeliggjøre det som i praksis allerede er gjeldende rett, gitt at ansvarlige leger har rett og plikt til å legge stor vekt på Helsedirektoratets veileder i sin kliniske virksomhet.

---

<sup>65</sup> Ibid., s. 16.



# Klimaretslege utfordringar for rettsvitskapen

*Lagdommar (tidl. professor) Bjarne Askeland, førsteamanuensis Malgorzata Agnieszka Cyndecka, professor Eirik Holmøyvik, professor Berte-Elen Konow, professor Ernst Nordtveit og professor Sigrid Eskeland Schütz*

## 1 Klimautfordringa og retten

Parisavtalen som vart vedteken 12. desember 2015, markerer eit vesentleg taktskifte for dei samfunnsendingane som må til for å avgrensa den globale oppvarminga.<sup>1</sup> FN oppmodar med sitt berekraftsmål nr. 13 frå 2016 om å ta «urgent action to combat climate change and its impacts».<sup>2</sup> Det skjer djuptgripande endringar i klimaet, samstundes som samfunnet endrar seg raskt gjennom globalisering og utvikling av ny kunnskap og teknologi. Rettsreglar og rettslege institusjonar spelar ei avgjerande rolle for samfunnsutviklinga. Dei rettslege institusjonane vi har, er i stor grad innretta på å skapa økonomisk vekst og velferd.<sup>3</sup> Klimautfordringa, og miljøutfordringa i det heile, krev at rettsvitskapen heller blir innretta på å utvikle rettslege ordningar og instrument som gjer oss i stand til å redusera klimautsleppa og å finna rettslege løysingar på nye problem og konflikhtar som oppstår som følgje av klimaendringar. Dette utfordrar rettsforskinga ved dei juridiske fakulteta, og innretninga av denne.

---

1 Parisavtalen, United Nations Framework Convention on Climate Change: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>.

2 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, *United Nations – Sustainable Development knowledge platform*: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>.

3 Ernst Nordtveit, «Institusjonelle grep for berekraftig utvikling», i Hans Christian Bugge (red.), *Lov, liv og lære. Festskrift til Inge Lorange Backer 70 år*, Oslo 2016, s. 382 med vidare tilvisingar.



Klimautfordringa er grenseoverskridande. No når den globale oppvarminga er påvist og skadeverknadane er dokumenterte,<sup>4</sup> må alle statar yta sitt for å nå verdssamfunnet sitt mål om å avgrense temperaturauken på jorda til 1,5 grader, eller i det minste 2 grader, i samsvar med Parisavtalen.<sup>5</sup> Nasjonale og internasjonale rettslege reguleringsmekanismar er blant dei fremste verktøy statane har for å nå dette målet.<sup>6</sup> Dei eksisterande reguleringsmetodane har synt seg utilstrekkelege til å løysa miljø- og klimaproblema, som vil krevje utvikling av nye rettslege ordningar og smart regulering for å påverka folks handlemåte, verksemdene sine investeringsstrategiar, teknologiutvikling med meir.

Klimajuss er ikkje eit særskilt rettsområde, men gjeld rettslege ordningar på tvers av etablerte juridiske fagdisiplinar og forskingsfelt. Klima- og berekraftperspektivet må inn i dei aller fleste rettsområde, sjølv om nokre rettsområde er meir sentrale enn andre for å møte klimautfordringa. For å utvikla dei rettslege institusjonane som trengst for eit klimavenleg samfunn, må det skje ei omfattande rettsforskning, der rettsvitenskapen også samarbeider med andre fagdisiplinar som økonomi og annan samfunnsvitenskap og naturvitenskap.<sup>7</sup> Økonomisk analyse av rettslege institusjonar og løysingar har gjeve grunnlag for fleire rettslege nyskapingar som har vist seg nyttige for å påverka åtferda til personar og selskap, slik som kvotehandel med klimagassar. Åtferdsøkonomi er eit nytt fagfelt som kan gje innsikt som kan føra til rettslege nyskapingar også i framtida.

Av grunnar som vist er klimarettslege spørsmål ikkje enkle å kategorisere. Eit mogleg skilje kan trekkjast mellom klimaførebyggjande problemstillingar og problemstillingar knytte til klimaverknader og klimatilpassing. Det første gjeld t.d. system for handel med CO<sub>2</sub>-kvotar, det siste gjeld m.a. spørsmålet om kven som har økonomisk ansvar for skade ved ekstreme flaumar, som vi har sett

4 Sjø rapportane frå FN's klimapanel, Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC: <https://www.ipcc.ch/reports/>.

5 Parisavtalen art. 2 første ledd bokstav a, der målet er å halde auken godt under 2 °C samanlikna med førindustrielt nivå, og søke å avgrense temperaturauken til 1,5 °C.

6 Om utviklinga av internasjonal klimarett sjå Hans Christian Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4 utgave, Oslo 2015, s. 100–103.

7 Rettsøkonomisk forskning har fått stort gjennomslag internasjonalt og også nasjonalt dei siste tiåra. Verknadsmekanismane i rettslege instrument blir betre klarlagde gjennom analyse basert på økonomisk metode, sjå Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 8th edition, New York 2011, og Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2. utgåve, Oslo 2018. Sjø også nedanfor om utviklinga av klimakvoter på grunnlag av rettsøkonomisk innsikt. Eit døme på fleirfagleg forskingsprosjekt med sikte på å utvikla betre grunnlag for regulering av naturmangfald er prosjektet «Legal frameworks for Conservation of Biodiversity and Ecosystem Services in the Himalayas (HimaLines)», der Det juridiske fakultetet i Bergen er deltakar.

mange av i Noreg dei siste åra. Eit anna skilje kan trekkjast mellom internasjonale spørsmål, som migrasjon og kvotehandling på tvers av jurisdiksjonar, og nasjonale utfordringar som kan handterast innanfor nasjonal jurisdiksjon, som kommunal arealplanlegging. Grensene er likevel uklare.

På same måte som det var vanskeleg å sjå føre seg kva verknadar vedtakinga av Den europeiske menneskerettskonvensjonen frå 1950 (EMK) skulle få for rettsspørsmål på ulike rettsområde, er det ikkje i dag mogleg å sjå føre seg alle rettsspørsmåla som kan oppstå som følgje av klimautfordringa. Det vil også bli eit spørsmål om rettsleg kreativitet og vilje til å diskutere etablerte normer i lys av nye utfordringar. Nokre spørsmål ser vi likevel alt i dag som aktuelle, og i det følgjande er målet å illustrere det breie tilfanget av juridiske problemstillingar som klimautfordringa kan reise.

Det konstitusjonelle vernet av naturmiljøet etter *Grunnlova* § 112 er viktig både som programfråsegn og som direktiv overfor styresmaktene om å ta vare på miljøet. Spørsmålet om kva konkrete grenser som følgjer for lovgjevar, og forvaltning av at staten skal ta vare på miljøet, vil krevja vidare utgreiing. I forlenginga av denne diskusjonen står spørsmålet om korleis den nye *klimalova* kan bidra.<sup>8</sup> *Klimasøksmål* for nasjonale domstolar brer om seg, i Noreg representert ved det pågåande søksmålet om gyldigheita av utvinningsløyve til petroleumsverksemd i relasjon til *Grunnlova* § 112.<sup>9</sup> *Menneskerettane* reiser spørsmål om vern om liv og privatliv set grenser for norsk lovgjeving og forvaltning kva gjeld krav til reduksjon i utslepp av klimagassar. *Migrasjon* som fylgje av klimaendringar set alt no eksisterande rettsregime for regulering av flyktningstraumar under press. Utvikling av *energi-retten* for å stimulera til overgang til fornybare energiresursar og meir effektiv energibruk er avgjerande for å kunne få ned utsleppet av klimagassar.<sup>10</sup> Innanfor *EØS-marknadsretten* reiser det seg spørsmål knytte til innlemming av EU sitt

8 Lov 16. juni 2017 nr. 60 om klimamål (klimaloven).

9 Sjå Oslo tingretts dom 1. april 2018, TOSLO-2016-166674. For ei analyse av søksmål for nasjonale domstolar, sjå Catalina Vallejo, *Suing the State for Climate Change: Empirical Assessment of climate change jurisprudence in cases against governments*, PhD-avhandling 2018 (upublisert), University of Los Andes, Bogota.

10 Innføring av tredjepartstilgang til transportnettet for elektrisitet har til dømes opna opp for utbygging av småkraftverk som tidlegare var utestengde frå samkøyringa. Innmatingstariffar og prioritering av fornybar elektrisitet i transportnettet, grøne sertifikat m.m. er berre nokre døme på nye rettslege instrument som er tekne i bruk for å stimulera produksjon og bruk av fornybar energi. Det same gjeld utvikling av eit meir fleksibelt marknadssystem for elektrisitet med intradag handel etc. Elektrisitetsdirektivet (Direktiv 2009/72/EC) og fornybardirektivet (Direktiv 2009/28/EC) er viktige rettsakter i denne samanhengen.

utsleppskvotestystem i EØS-avtalen,<sup>11</sup> og det kan diskuteras korleis anbodsretten og berekraftig finansiering kan nyttast for å vri utviklinga over på meir klimavenlege løysingar. Klimaendringane reiser særlege spørsmål for *arktiske område i nord*, der det er venta store fysiske og økologiske endringar. Endra vandringsmønster og utbreiing av fiskeslag reiser alt konflikstar om fordeling mellom statar av vandrane fiskeartar, med verknad for fastsetjing av fiskekvotar, og havstiging og issmelting reiser spørsmål om jurisdiksjongrensar og rett til naturressursar. Dette skjer først i Stillehavet der øystatar kan koma til å forsvinna,<sup>12</sup> men det vil også oppstå spørsmål om norske grunnliner når skjer som i dag dannar utgangspunktet for desse, blir borte. Endeleg er det ei rad andre område der det eksisterande norske lovverket treng vidare studiar. Det gjeld til dømes førebygging av verknadane av ekstremvær, som kartlegginga av t.d. skadebot- og forsikringsansvar for å hindre at utbygging skjer i ras- og flaumutsette område.

## 2 Grunnlova, klimalov og klimasøksmål

I 2014 vedtok Stortinget å skjerpe statens grunnlovsbestemte plikt til å verne miljøet både for den einskilde og for komande generasjonar.<sup>13</sup> Den gamle § 110 b i Grunnlova vart flytta til § 112 og gjeve eit nytt tredje avsnitt, som seier at «[dei] statlege styresmaktene skal setje i verk tiltak som gjennomfører desse grunnsetningane». I førearbeida er det framheva at pliktene i § 112 ikkje berre skal ha ein symbolsk funksjon, men at paragrafen skal vere rettsleg bindande for dei statlege styresmaktene.<sup>14</sup> Med andre ord må all statleg verksemd rette seg etter påboda i § 112, som i første ledd seier at

[a]lle har rett til eit helsesamt miljø og ein natur der produksjonsevna og mangfaldet blir haldne ved lag. Naturressursane skal disponerast ut frå ein

<sup>11</sup> [https://ec.europa.eu/clima/policies/ets\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/ets_en).

<sup>12</sup> Det juridiske fakultetet i Bergen er deltakar i prosjektet «Mare Nullius? Sea level Rise and Maritime Sovereignties in the Pacific – An Expanded Anthropology of Climate Change», som mellom anna ser på kva som skjer med retten til eksklusiv økonomisk sone for øystatar som blir øydelagde eller forsvinn i havet, som fylgje av havstiging.

<sup>13</sup> For grundig analyse av § 112 sjå Gøran Østerman Thengs, «En standardtilnærming til Grunnloven § 112», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1 2017, s. 28–67, som byggjer på forfattarens masteravhandling ved UiB: *En fremmed fugl i den konstitusjonelle faunaen? Om tolkningen av miljøbestemmelsen § 112 i Grunnloven*, Bergen 2016, tilgjengeleg her: <http://bora.uib.no/handle/1956/12966>.

<sup>14</sup> *Ibid.*, punkt 2.1 med vidare tilvisingar.

langsiktig og allsidig synsmåte som tryggjer denne retten òg for kommande slekter.

Med den nye § 112 har Stortinget på det øvste nivået i det norske styringssystemet slått fast at staten skal ta vare på miljøet. Men nøyaktig kva dette fører til av plikter for staten og rettar for individa, er ikkje avklara enno. Førearbeida er knappe, og rettspraksis det same. Den nye § 112 i Grunnlova reiser difor ei rekkje rettslege spørsmål som må avklarast før paragrafen kan spele den rolla som styringsverktøy som den er meint å ha. Dette er alt frå reine tolkingsspørsmål som kva krav vi kan stille til eit «helsesamt miljø» og at «mangfaldet blir [halde] ved lag», til spørsmål om vilkåra for domstolsprøving for til dømes klimaspørsmål, og kva konsekvensar statens plikter etter § 112 har for organiseringa av statsforvaltninga og anna lovgjeving. Eit særskilt spørsmål er kva konsekvensar den unikt grenseoverskridande og komplekse karakteren til klimautfordringa må få for statens nasjonale handleplikt etter Grl. § 112, og også kvar grensa går mellom juss og politikk.<sup>15</sup> Ei rad nasjonale klimarelaterte søksmål mot statar gjeld spørsmålet om staten har oppfylt rettslege handlingsplikter.<sup>16</sup> I Noreg følgjer ei slik handlingsplikt no av Grunnlova § 112, og ved framtidige klimarelaterte søksmål vil denne paragrafen spele ei sentral rolle.<sup>17</sup> Dei mange uavklara spørsmåla paragrafen reiser, vil likevel neppe bli avklara av domstolar og forvaltning med det første. Juridisk forskning vil og må spele ei sentral rolle i å avklare og utvikle innhaldet i Grunnlova § 112.<sup>18</sup>

Eit av dei konkrete tiltaka Stortinget har gjort med tanke på å lage ei bindande ramme for å redusere utsleppet av klimagassar, er å vedta ei eiga lov om klimamål i 2017 – klimaloven. Dette er ein ny type klimalovgjeving i Noreg, då den er sektorovergripande og stiller konkrete krav til staten som heilskap. Eit av dei store problema med eksisterande miljølovgjeving er at ho er fragmentert og

15 Ole Kristian Fauchald, «Klimarettssaken og ‘amerikanisering’ av norske domstoler», *Lov og Rett* 2018, s. 158–169, der det vert vist til at saka for alvor har sett tilhøvet mellom jus og politikk på dagsordenen, særleg punkt 2 og 3, og Jørn Øyrehagen Sunde, «Klimasøksmål og demokrati», *Nytt Norsk Tidsskrift* 2017, s. 354–365.

16 Sjå nærare nedanfor.

17 Sjå Oslo tingretts dom 1. april 2018, TOSLO-2016-166674.

18 Eit viktig bidrag vert her boka som er under arbeid, med bidrag frå Ole K Fauchald i samarbeid med Ingunn E Myklebust frå fakultetet; «Nedbygging av strandsona og Grunnlova § 112» i O.K. Fauchald, E. Smith, *Mellom jus og politikk – Grunnloven § 112*, Fagbokforlaget, 2019 (under publisering).

sektorisert,<sup>19</sup> noko som gjer ho dårleg eigna i møtet med den sektorovergripande klimautfordringa. Den nye typen lovgjeving som klimaloven inneber, krev igjen juridisk forskning som kan analysere verknaden, avdekke problem med tilpassinga til rettssystemet elles og vurdere sektorovergripande lovreformer på andre område. Her står ein mellom anna overfor nye problemstillingar knytte til avveginga, og grensa, mellom lovgjevaren og domstolane sin kompetanse. Dette er ein svært aktuell tematikk også i andre land, så som Nederland, sjå like nedanfor.

Ser ein utover landegrensene, verserer det som nemnt på verdsbasis ei lang rad søksmål frå borgarar og ulike organisasjonar mot statar og andre som ifølgje saksøkarane ikkje oppfyller nasjonale og internasjonale plikter til å verne miljøet.<sup>20</sup> Ein kan spørje om det er tenkeleg med eit klimasøksmål også mot norske styresmakter basert på at klimamåla ikkje er gjennomførte med tilstrekkeleg handlekraft?<sup>21</sup>

Det er i så måte interessant å merke seg at miljøorganisasjonen Urgenda saman med 800 borgarar av byen Haag har saksøkt sin eigen stat, Nederland, med krav om at regjeringa i landet forpliktar seg til å redusera utslepp med minst 25 % samanlikna med 1990. Styresmaktene i Nederland hadde forplikt seg til 20 %. Urgenda og borgarane har vunne fram i to instansar.<sup>22</sup> I første instans var det primære rettsgrunnlaget ikkje ulikt den norske erstatningsrettslege culpanorma. Norma vart «forsterka» med internasjonalt rettsstoff og verdipremissar baserte på uttalte politiske målsettingar frå staten, i samspel med andre statar.<sup>23</sup> Andreinstansen i Nederland kom til same resultat, men grunnlaget for at styresmaktene hadde plikt som påstått, var denne gongen vern av liv og privatliv etter EMK art. 2 og art. 8, likevel slik at konklusjonen i saka inneheld element frå ei culpavurdering.<sup>24</sup>

19 For nærare analyse av samanhangen mellom arkitekturen av miljølovgivinga og høvet til å verne om økologisk integritet, sjå Froukje Maria Platjouw, *Environmental Law and the Ecosystem Approach*, London 2016.

20 Sjå for eksempel oversikten i UN Environment Law, The status of climate change litigation 2017: <http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Sjå òg om problematikken i Esmeralda Colombo, «The Quest for Cosmopolitan Justice in Climate Matters», *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2017, s. 25–39.

21 Den for klimaarbeidet noko skuffande oppfølginga av Parisavtalen under det multilaterale møtet i Katowice, Polen, i desember 2018, aktualiserer ein slik analyse.

22 Sjå dommen av 9. oktober 2018 i andre instans, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation Court of Appeals of The Hague*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 (original language: ECLI:NL:RBDHA:2015:7145).

23 Sjå dommen av 24. Juni 2015 i første instans, *Urgenda v. The Netherlands The Hague District Court*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 (original language: ECLI:NL:RBDHA:2015:7145).

24 Sjå dommen avsnitt 71.

Det er ikkje utenkjeleg at ein kan konstruera den same rettsfiguren bygd på norske rettsreglar. Den norske culpanorma er ein handleregel som krev at ein påstått skadevaldar reagerer på ein risiko som har ein kvalifisert art og grad, og som samstundes viser seg med ein nærleik som kallar på handling no.<sup>25</sup> Culpanorma har historisk vist seg å vera fleksibel, slik at den kan tilpassast konkrete risikobilete og konkrete relasjonar mellom skadevaldar og skadelidne. I vår samanheng kjem relativiteten tydeleg fram i passusen «de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten», jf. skl. § 2-1 nr. 1 i.f.<sup>26</sup> Her er culpanorma integrert i ein regel om arbeidsgjevaransvar for mellom anna staten. Passusen vart teken med i lova blant anna for å fanga inn tilhøvet mellom stat og borgar.<sup>27</sup>

Dei risikoscenarioa som FN-rapportar om klima teiknar, gjev ei sterk oppmoding til handling dersom ein ser verda under eitt. Staten Noreg er i dette perspektivet ein av fleire skadevaldande statar som kanskje allereie opptre i strid med culpanorma. I norsk juridisk metode har ein eit visst rom for å trekkja på samfunnsoppfatningar, sjølv om desse ikkje er positivt formulerte i formell lov. Gjennom den vide kategorien «reelle omsyn», kan ein inkludera ulike verdipremissar og fornuftsresonnement i rettsbruken. For den nemnde culpavurderinga har ein jamvel ei formell lov om handleplikt for dei styrande organa, sjå klimalova §§ 3 og 4. Her er det i § 3 fastsett eit konkret mål om reduksjon av klimagassar med minst 40 prosent samanlikna med referanseåret 1990. Førearbeida til lova seier rettnok at ein ikkje skal kunna byggja privatrettslege plikter på slike reglar.<sup>28</sup> Dette er likevel ein lovgjevarteknikk som er uortodoks, og som ikkje er overtverdande sett frå eit rettskjeldeperspektiv. Høgsterett har tidlegare «refsa» lovgjevar for å søkja å gje reglar gjennom førearbeid, sjølv om det rett nok gjaldt ei sak med fråsegner i strid med ordlyden.<sup>29</sup> Det kan hevdast at førearbeidsfråsegner ikkje kan «trumfe» dei tunge rettskjeldene som trekkjer i motsett lei, som taler for at staten må handle – og det rimeleg fort. Under bruken av skl. § 2-1 kan ein i tråd med norsk juridisk metode truleg trekkja inn dei lovgjevarvurderingane

25 Sjø til dømes Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgåve 2007 s. 188–193.

26 Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skl.).

27 Sjø Ot.prp. nr. 48 (1965–1966) og den såkalla Statsansvarsutredningen s. 37–39.

28 Sjø Prop. 77 L (2016–2017) punkt 8.1.

29 Så Rt. 1997 s. 149 på s. 157. Høgsterettsdommar Lund kritiserer at regelen om passiv identifikasjon i skl. § 5-1 nr. 1 ifølge førearbeid skulle tolkast mot sin ordlyd: «Lovregler bør i utgangspunktet ikke gis som uttalelser i forarbeidene.»

knytte til reduksjon av klimagassar som ligg bak klimalova, som eit fragment til culpanorma på området.

Det høyrer med i dette biletet at moderne lovgjevingsteknikk og moderne internasjonal styring, særleg frå EU, inneheld effektive teknikkar for å styra åtferd. I vassrammedirektivet som er implementert i norsk rett gjennom vassforskrifta, er det lagt opp til klare, detaljerte handleplikter for styresmaktene gjennom undersøking, kartlegging og tiltak for å vareta vassforsyning og vasskvalitet.<sup>30</sup> Desse prosedyrane er for vassområdet positivt fastsette reglar.<sup>31</sup> Det som er interessant her, er sjølve tenkemåten omkring kartlegging av risiko og årsak og utforming av tiltak, som lét seg konvertera til ei «alternativ handling» som kan krevjast under den generelle culpanorma. Om ein tek rettsreglane på alvor, kan ein til dømes meine at ei kartlegging av norske utslepp er naudsynt no, om ein i tide skal rekka å setje i verk tiltak som monnar. Culpanorma i Nederland har gjennom Urgenda-saka blitt nytta med eit aktivt, preventivt føremål.<sup>32</sup> Veggen er ikkje lang til slik tenking også i Noreg, stadig innanfor rammene av akseptert juridisk metode.

Utsleppsspørsmålet kan likevel førebels ikkje løysast juridisk gjennom skadebotretten, fordi det er problematisk å etablera at grunnvilkåra om skade og årsakssamanheng er oppfylte for enkeltborgarar i staten Noreg.<sup>33</sup> Det er tankevekkande at sjansane for å oppfylla desse vilkåra ville ha auka dersom ein hadde ein internasjonal domstol som kunne sjå dette globale spørsmålet under eitt. Her kunne ein nytta særskilte årsakslærer så som «minimal causation» og «market share liability», til å ansvarleggjera dei store forureinarane i verda, t.d. oljeselskap.<sup>34</sup>

30 Sjå vassforskrifta av 15. desember 2006 nr. 11446 med seinare endringar, med heimel i mellom anna forurensningsloven § 9. Forskrifta implementerer EU sitt Direktiv om vannpolitikk (Direktiv 2000/60/EF av 23. oktober 2000) (vassrammedirektivet).

31 Den forpliktande karakteren til slike reglar har vore lyfta fram med tanke på ei spenning mellom forvaltninga si tradisjonelle skjønnsutøving og nye reglar som må tolkast og handheva i tråd med føresetnader som fylgjer av Grunnlova § 112, sjå Ole Kristian Fauchald, «Klimasaken og 'amerikanisering' av norske domstoler», *Lov og Rett* 2018, s. 158–169 punkt 3.2.

32 Sjå Jessy M. Emaus og Anne L.M. Keirse, «The Netherlands», i Ernst Karner og Barbara Steininger (eds.), *European Tort Law 2015*, Wien 2015, s. 401–429, på s. 413–417.

33 Ved at andreinstansen i Urgenda-saka skifta fokus frå culpa til EMK-retten, kom ein unna det noko svake punktet i førsteinstansen si avgjerd, som galdt årsakssamanheng til skade, sjå avgjerda avsnitt 64.

34 Sjå Michael Byers, Kelsey Franks og Andrew Gage, «The internationalization of climate damages litigation», *Washington Journal of Environmental Law and Policy* 2017, s. 264–319. «Market share liability» inneber at kvar forureinar må dekkja ein prosentvis del av samla skade, berekna ut frå dei respektive marknadspartane. «Minimal causation» tyder at alle som bidreg til ein samla skade, er ansvarleg årsak, sjølv om deira bidrag er aldri så lite, så som til dømes når ei folkemengd trampar ned ein plen på veg heim frå fotballkamp.



Sjølv om eit «Urgenda-søksmål» neppe vil føra fram i Noreg, er det verd å merka seg at tilsvarande rettsreglar som vart nytta i saka, gjeld også for Noreg. Dei gode føremåla bak klimalova bør følgjast opp med handling.

### 3 Menneskerettane, folkeretten og migrasjon grunna klimaendringane

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) har reglar for spørsmålet om nasjonalstaten har rettslege plikter knytte til reduksjon av utslepp av klimagassar. Det er som vist særleg rekkevidda av artikkane 2 og 8 – vernet om liv og privatliv – som er av interesse. I praksisen til Den europeiske menneskerettsdomstolen er det framheva at konvensjonen i utgangspunktet ikkje er meint å verne miljøet,<sup>35</sup> men dersom miljøskader alvorleg og akutt trugar livet eller privatlivet til individa, vil også EMK gje vern. Etter EMK har staten ikkje berre ei negativ plikt til å avstå frå konvensjonsstridige handlingar, men også ei positiv handleplikt til å hindre at menneskerettane blir krenkte på anna vis. Menneskerettsdomstolens praksis rundt artikkel 2 har i nokre tilfelle strekt retten til liv til å omfatte alvorlege miljøtrugslar mot ei større gruppe personar.<sup>36</sup> I takt med at klimaet blir meir ekstremt som følgje av den globale oppvarminga, må vi gå ut frå at vi dei komande åra vil få stadig fleire situasjonar med naturkatastrofar og miljøskader som gjev individa rettar etter EMK overfor staten. For norsk rett vil ein auke i klimarelaterte spørsmål etter EMK reise nye og uavklara spørsmål som krev ny juridisk forskning. Statens plikter og ansvar for miljøskader etter EMK må avklarast, til dømes kva typar trugsmål som aktiverer ansvar, og kva handlingsalternativ som kan fritta staten for ansvar – ein moglegheit er til dømes bruk av og satsing på ny tilgjengeleg CO<sub>2</sub>-fri teknologi. Søksmål av denne typen er, som for Grunnlova § 112, ein nokså ny type søksmål i norsk rett, og vil også reise prosessuelle spørsmål ved om interesseorganisasjonar kan vere søksmålskompetente der klimaendringane råkar heile samfunn.

Migrasjon av større omfang aktualiserte seg særleg i Europa i 2015, og set eksisterande rettsregime for regulering av flyktningstraumar under press. Sjølv om siste års hendingar hovudsakleg skuldast krig og borgarkrig, er det venta at klimaendringar, som ekstremvêr, stigande havnivå, tørke, mv., vil føre til migrasjon

35 Dommen 22. mai 2003 *Kyrtatos mot Hellas* om utbygging som grensa til saksøkarane sin eigedom, avsnitt 52.

36 Til dømes i saka 9. juni 1998 *L.C.B. mot Storbritannia* om radioaktiv stråling, og dom 20. mars 2008 *Budayeva mot Russland* om skader som følgje av leirskred.

av eit omfang vi ikkje før har sett i historia. I 2017 vart det rapportert om 30,6 millionar menneske som vart tvungne til å forflytte seg innan eigne landegrensar, knytt til over 142 land og territorium.<sup>37</sup> Korleis ein best kan verne om menneske som vert fortrent, både innan eigne landegrensar og til andre land, er eit dilemma. Det er anslått 200 millionar flyktningar på grunn av klimaendringar innan 2050.<sup>38</sup>

Eit problem er at personar som er fortrentde som følge av miljøproblem, ikkje klart fell inn under vernet i den tradisjonelle flyktning-definisjonen i Flyktningkonvensjonen frå 1951 og Protokollen frå 1967.<sup>39</sup> Sjølv om menneskerettane vernar mot tvangsretur til tilhøve som vert sette på som umenneskelege eller nedverdiggande, vil sjølv ei slik vidare forståing av vernet vere mangelfull. I motsetning til typiske flyktningar, som nok kan forventast å returnere «heim» når tilhøva vert betre der, kjem personar som har flykta frå miljøtrugslar, frå heimland som forsvinn eller ikkje vert levelege. Dei har trong for ei permanent løysing. Fordi tilhøva som utløyser flukta, som sviktande avlingar, endra og skiftande nedbørsmonster og auka konkurranse om ressursane, ofte er vanskelege å peike på, er det vanskeleg å få gjennomslag for at menneska har akutt trong for vern. Det er trong for å identifisere manglar ved reguleringa, og føreslå mekanismar for å løyse dei utfordringane som sviktande rettsleg vern for klimaflyktningar reiser.

#### 4 Energibruk og klimautslepp – frå regulering til marknadssystem

Den viktigaste drivaren bak klimaendringane er energiproduksjon frå fossile energikjelder. Overgang til ikkje-fossilbaserte energikjelder og meir effektiv energibruk vil vera eit av dei aller viktigaste tiltaka for å motverka øydeleggjande klimaendringar. På dette området har det skjedd omfattande rettslege endringar og utvikling av nye rettslege instrument. Frå ca. 1990 har det både i Noreg, i EU og i verda elles skjedd ei omlegging av energiproduksjon og distribusjon, frå offentleg eller halvoffentleg tenesteyting til eit marknadsbasert system. Energi som tidlegare vart levert frå ei lokal monopolverksemd, kan no kjøpast fritt i marknaden frå ei rad tilbydarar i inn- og utland. Den rettslege utviklinga har skjedd parallelt med

37 The Internal Displacement Monitoring Centre (iDMC) mai 2018, Global report on Internal Displacement.

38 Roger Zetter, *Protecting environmentally displaced people: Developing the capacity of legal and normative framework*, Research Report, Oxford 2011, s. 19.

39 UN migration, <https://www.iom.int/migration-and-climate-change-0>

ei sterk fysisk integrering av distribusjonssystemet for elektrisitet. Den europeiske utviklinga av ein intern marknad for energi held fram med sikte på å sikre meir effektiv utnytting av energiresursane og fremja overgang til fornybar energi. Nye rettslege instrument, som tredjepartstilgang til distribusjonsnett, selskapsmessig skilje mellom produksjon og distribusjon, fortrinnsrett for fornybar energi i transportnettet, grønne sertifikat og opphavssertifikat, m.m., er rettslege nyskapingar for å få dette til.

Ei anna viktig rettsleg nyskaping som er knytt til dette, er omsetjelege kvotar for CO<sub>2</sub>-utslepp. *Kvotehandelsystemet* er eit døme på nye rettslege instrument, utvikla på grunnlag av rettsøkonomisk innsikt. Den amerikanske økonomen J.H. Dales utvikla i 1968 ideen om omsetjelege kvotar, med utgangspunkt i Ronald Coase sine teoriar. Ideen gav grunnlag for eit program for reduksjon av svovelutslepp og utslepp av gassar som øydelegg ozonlaget. Systemet vart teke inn i Kyoto-protokollen, som eit sentralt verkemiddel for reduksjon av CO<sub>2</sub>-utslepp, og kvotehandling med CO<sub>2</sub> er etablert som eit omfattande, men ikkje globalt, system. Noreg deltek i EU sin kvotemarknad for CO<sub>2</sub>, EU-Emission Trading Scheme (EU-ETS). Dette er eit «cap & trade»-system der det er sett eit tak på kor store utslepp som kan tillatast. Innanfor dette taket er kvotane fritt omsetjelege, slik at marknaden avgjer kven som har rett til utslepp. Dette gjev insentiv til utleppsreduksjon, ved at den som har fått tildelt utsleppskvotar, kan redusera sine utslepp og selja unytta kvotar i marknaden.<sup>40</sup> Dei aktørane som lettast og med lågast kostnad kan redusera sine utslepp, til dømes fordi dei likevel skal investera i nytt og meir effektivt produksjonsutstyr, vil gjera dette først, og kan selja sine kvotar til aktørar som vil ha høgare kostnad ved reduksjon av sine utslepp. Gjennom dette kan dei også delvis finansiera investeringar som fører til utleppsreduksjon. Kvotane skal reduserast ved å inndra kvotar etter kvart som utsleppa blir reduserte, og det ikkje lenger er opp til offentlege styresmakter å ta stilling til kor store kvotar kvar einskild verksemd treng, berre det totale utsleppet som skal tillatast. Energi produsert av fossile energikjelder blir dyrare, fordi det trengst kvotar, og kvotesystemet styrker dermed konkurransesituasjonen for fornybar energi.

Gjennom kvotehandelsystemet får karbon ein økonomisk verdi. *Lagring av karbon* kan bli lønsamt dersom det kan gjerast til ein lågare pris enn det utsleppskvotar

40 Sjå nærare om EU-ETS i Sigrid Eskeland Schütz og Ernst Nordtveit, i Finn Arnesen mfl. (red.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Oslo 2018, s. 713–740 på s. 731 flg. Landbrukssektoren, med skogbruk, mat- og fôrproduksjon, er førebels utanfor kvotesystemet, men dette kan kome til å endre seg, sjå s. 734.

kostar. Noreg arbeider med planar for transport og lagring av karbon i stor skala i tomme gassfelt på sokkelen.<sup>41</sup> Nokre land har utvikla system for betaling for lagring av karbon, men her står det igjen viktig arbeid med å utvikla eit praktisk system. Ved denne forma for regulering vert det òg skapt nye økonomiske verdiar og mogelege arbeidsplassar knytte til reduksjonen av karbonutslepp og lagring av karbon, som ikkje er mogeleg med ei tradisjonell offentlegrettsleg regulering basert på forbod og sanksjonar.

Utvikling av *fornybare energikjelder*, medrekna havenergi, med vindenergi som det mest aktuelle, er i ferd med å bli realisert. Havenergilova vart vedteken i 2010 og gjev eit rettsleg rammeverk for produksjon av fornybar energi på havet.<sup>42</sup> Her vil det krevjast omfattande rettsleg nyskaping for å kunne utvikla eit internasjonalt system for transport og handel med energi og lagring av karbon, både utanfor og over tradisjonelle jurisdiksjonsgrenser.

## 5 Berekraftig finansiering

Målet om 1,5 graders temperaturauke, eller aller helst omstilling til eit nullutsléppssamfunn, kan ikkje nåast utan at det vert investert store summer i nytt eller ombygd utstyr, utbygging av infrastruktur, teknologiutvikling, forskning og innovasjon. Vedtak om utsleppskutt har i seg sjølv ingen verknad om det ikkje blir følgt opp med konkrete tiltak. Både FN og EU nyttar termen «Sustainable Finance» – berekraftig finansiering – for investeringar som må til for å nå FN sine berekraftsmål.<sup>43</sup> Både FN og EU understrekar at kostnadene til omlegging av produksjon og transport og forskings- og utviklingskostnader må takast både av private aktørar og av det offentlege i fellesskap. Vi kan i åra som kjem, vente oss tettare samarbeid mellom offentleg og privat sektor for å gjennomføra naudsynte omstillingar innan ulike samfunnssektorar og ulike bransjar. Slikt auka samarbeid mellom offentlege organ og private kan by på mange rettslege utfordringar. I avsnittet nedanfor om marknadsrett vert nokre av desse utfordringane omtala nærare.

41 To store CO<sub>2</sub>-lagringsprosjekt er starta, Sleipner-prosjektet frå 1996 og Snøhvit-prosjektet frå 2007. Staten har eit demonstrasjonsprosjekt for «Fullskala CO<sub>2</sub>-håndteringskjede i Norge», der Northern Lights er ein del av dette, sjå <https://www.equinor.com/en/how-and-why/impact-assessments/northernlights.html>. Prosjektet femner om transport, mottak og permanent lagring av CO<sub>2</sub> i eit geologisk reservoar i nordlege del av Nordsjøen.

42 Lov 4. juni 2010 nr. 21 om fornybar energiproduksjon til havs.

43 Sjå [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance_en) der ein finn samla EU sine initiativ innan berekraftig finansiering.

EU er part i Parisavtalen, og har forplikta seg til å vere pådrivar med sikte på å utvikle regulering som legg til rette for berekraftig finansiering.<sup>44</sup> Men klimautfordringane er globale, og EU understrekar at det er grenser for kva som er mogeleg å få til av rettsleg rammeverk innanfor unionen sitt mandat. Rettslege rammeverk må dels utformast globalt, dels regionalt og nasjonalt. Korleis desse reglane verkar i høve til kvarandre, kan vere svært vanskeleg å svare sikkert på, og her vil rettsvitskapleg forskning vere av stor verdi.

Det er viktig at det norske fagmiljøet ikkje berre har god kompetanse på den regelutviklinga som skjer i EU, og som i sin tur vil påverke norsk rett. For at Noreg skal lukkast, er det òg viktig å ha kunnskap knytt til om dagens privatrettslege rammeverk er godt nok for å fremme naudsynte samfunnsendringar. I denne samanheng vil vi løfta fram nokre privatrettslege problemstillingar innan berekraftig finansiering.

Vi kan spørje om pantelova sine reglar om kredittryggleik fremmer eller hindrar innovasjon og omstilling i norske verksemdar. Kva gjeld karbonhandel, kan vi vidare spørje korleis vi kan skape eit godt rettsleg rammeverk for omsetting av CO<sub>2</sub>-kvotar? Ynske om å leva miljøvennleg, ha ein berekraftig forretningsprofil og ha eit lavt avtrykk av miljøfarlege klimagassar har resultert i at mange nye forretningsmodellar har sett dagens lys. Nokre av desse modellane er eit svar på trongen for å finansiera berekraftige løysningar, til dømes ulike leigeordningar og ordningar for sambruk, eller der einskildpersonar som går saman om å finansiere prosjekt – såkalla folkefinansiering. Denne utviklinga skaper nye rettslege problemstillingar, som gjerne ligg i skjæringspunktet mellom selskapsrett, tingsrett, kontraktsrett og obligasjonsrett. Eksempla viser at det er naudsynt med rettsvitskapleg klimaforskning også innan dei tradisjonelle rettsområda som ein gjerne så langt ikkje har forbunde med klima- eller miljøspørsmål.

## 6 Marknadsretten

Offentlege innkjøp skal skje i samsvar med EØS-retten. Ei utfordring er her korleis anbudsretten, som tradisjonelt har hatt fokus på kostnader, kan nyttast som eit verkemiddel for å stimulera til utvikling av meir miljø- og klimavenleg(e)

---

44 Sjø Final Report 2018 fra High Level Expert Group on Sustainable Finance: The action plan on sustainable finance, vedteken av Europakommisjonen mars 2018, og Proposal for a regulation on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, mai 2018.

teknologi og løysingar. Årleg kjøper det offentlege inn varer og tenester for over 500 milliardar kroner.<sup>45</sup> Kva varer og tenester det offentlege etterspør ved desse innkjøpa, kan difor få verknader for miljø og klima. Med verknad frå 1. januar 2017 har vi fått ny Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og nye forskrifter.<sup>46</sup> Føremålet med anskaffelsesloven er etter § 1 å fremme effektiv bruk av ressursane i samfunnet, som også tradisjonelt er målet med å regulere det offentlege sine innkjøp. Det følgjer vidare av same føresegn at lova skal bidra til at det offentlege opptrer med integritet, slik at allmenta har tillit til at anskaffing skjer på ein måte som tener samfunnet. Dette opnar for å kunne vareta samfunnsomsyn som m.a. konkurranse, arbeidslivskriminalitet, miljø, klima og sosiale tilhøve.

Det nye regelverket, som er ei gjennomføring av tre EU-direktiv frå 2014,<sup>47</sup> legg i mykje større grad enn tidlegare reglar til rette for å vareta miljøomsyn. Omsynet til miljø er først og fremst vareteke i lova si § 5. Her følgjer det av første ledd at det offentlege skal innrette innkjøpspraksis slik at den bidreg til å redusere skadeleg miljøpåverknad, «og fremme klimavennlige løysningar der dette er relevant».<sup>48</sup> Dette skal mellom anna skje ved at oppdragsgjevaren tek omsyn til livssykluskostnader. Føresegna set overordna krav til oppdragsgjevar sin samla praksis. Dette inneber å vurdere kva innkjøp som utgjør ein vesentleg miljøbelastning, slik at det er relevant å stille miljøkrav og utarbeide rutinar for korleis desse innkjøpa skal følgjast opp.<sup>49</sup> Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) gjev informasjon om korleis ein skal utarbeide strategiar og rutinar for å vareta krava. Med tanke på dei store summene det offentlege nyttar, gjev dei nye reglane reell moglegheit til å bidra til å omstille Noreg til eit lågutsleppssamfunn.

45 Ifølgje ein rapport frå SSB frå 21. desember 2017 kom det samla beløpet for innkjøp av varer og tenester for offentlig sektor opp i over 500 milliardar kroner i 2016, 23 milliardar meir enn i 2015.

Innkjøpa utgjorde ein sjettedel av BNP i 2016; sjå <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/artikler-og-publikasjoner/offentlige-innkjop-overstiger-500-milliarder>.

46 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser, forskrift 12. aug. 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser, forskrift 12. aug. 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene, og forskrift 12. aug. 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter. I tillegg vart det gjort nokre endringar i forskrift 15 nov. 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

47 Jf. EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 2 (direktiv 2014/24/EU), nr. 4 (direktiv 2014/25/EU) og nr. 5, 6f (direktiv 2014/23/EU).

48 Loven gjeld når oppdragsgjevar inngår vare-, teneste- eller bygge- og anleggskontraktar, under dette konsesjonskontraktar, eller gjennomfører plan- og designkonkurransar, med ein anslått verdi som er lik eller overstig 100 000 kroner ekskl. meirverdiavgift, jf. § 2.

49 Det går fram av alle forskrifter at nærare bestemte oppdragsgjevarar skal legge vekt på å minimere miljøbelastninga og fremme klimavenlege løysingar ved anskaffing. Der miljø vert nytta som tildelingskriterium, bør det som hovudregel vektast minimum 30 prosent.

Ei kartlegging syner at bruk av slike «grøne anbod», som eit verkemiddel for å redusere miljøbelastning og klimagassutslepp, samla sett gjev ein positiv effekt på miljøet.<sup>50</sup> Ei utfordring som vert peika på, er at det krevst kompetanse for å fastslå kva tilbod som er mest miljø- og klimavennlege. I tillegg medfører grønne anbod auka kostnader, og også risiko for at store leverandørar vinn oppdrag ettersom mindre leverandørar ofte manglar ressursar til å omstille seg like raskt til meir miljø- og klimavennleg teknologi.

For å lykkast med det grønne skiftet er det naudsynleg med ei monaleg statleg finansiering og samarbeid med næringslivet. Statlege tiltak som gjev fordelar til næringsliv eller føretak, må likevel vere i samsvar med EØS-reglar om statsstøtte.<sup>51</sup> EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 forbyr som hovudregel alle former for støtte gjeve av statsmidlar, som vrir eller trugar med å vri konkurransen ved å gje fordelar til enkelte føretak eller produksjon av enkelte varer, i den utstrekning støtta påverkar samhandelen mellom avtalepartane. Det er likevel gjeve ei rekke unntak som gjev medlemsstatane eit monaleg handlingsrom til å fremme visse samfunnsstenlege føremål som forskning, utvikling og innovasjon, regional- og sysselsettingspolitikk, energi eller vern av miljø.<sup>52</sup> Som regel må støtte godkjennast av ESA før den vert sett i verk, og dersom ESA erklærer støtta som stridande mot EØS-avtalen, må den tilbakebetalast med renter.<sup>53</sup>

For at støtte kan bli vurdert å vere i samsvar med EØS-avtalen, må den positive effekten, som for eksempel vern av miljø eller klima, vere større enn den negative effekten i form av ein forstyrra konkurranse. På same måte som blant EU sine medlemsstatar utgjer miljø- og energistøttetiltak i Noreg den største delen av

50 Nærings- og fiskeridepartementet har fått kartlagt dei første erfaringane med det nye regelverket; sjå utgreiinga «Virkninger av nye samfunns hensyn i offentlige anskaffelser», juni 2018, gjennomført av Oslo Economics – [http://osloeconomics.no/wp-content/uploads/OE-rapport-2018\\_16.-Nye-samfunns-hensyn-i-offentlige-anskaffelser.pdf](http://osloeconomics.no/wp-content/uploads/OE-rapport-2018_16.-Nye-samfunns-hensyn-i-offentlige-anskaffelser.pdf)

51 EØS- Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hovuddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven sine reglar om offentleg støtte svarer til dei relevante føresegnene i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV), med nokre få unntak).

52 Unntaka bygger på EØS-avtalen art. 61 nr. 2 (automatisk samsvar), 59 nr. 2 og 49 (ESA føreteik ei vurdering og utøver vidt skjønn). Støtte som reknast som å vere førehandsgodkjent og derfor ikkje krev notifisering, er den såkalla de minimis-støtta og støtte gitt i samsvar med «Det alminnelige gruppeunntaket» (General Block Exemption Regulation, GBER).

53 Sjø Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a court of justice, protokoll 3, del 2, kapittel 1, seksjon 3, art. 15. Støtte som er forelda fordi tiårsfristen er gått ut utan at ESA har avbrote støtta, kan ikkje krevjast tilbakebetalt.



støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.<sup>54</sup> I 2016 slo Stortinget fast at selskapet Enova, eigd av Klima- og miljødepartementet, skal vere eit sentralt verkemiddel i utviklinga av lavutsleppssamfunnet og energisystem for framtida. Tilskot frå Enova som vert gjeve til verksemdar, fell inn under EØS-avtalen sine statsstøttereglar.<sup>55</sup> Støtta er anten førehandsgodkjent av ESA eller fyller kriteria i eit av unntaka i «Det alminnelige gruppeunntaket».<sup>56</sup> Blant tiltak som er godkjende som miljø- og energistøtte, er ulike insentiv som fremmer innkjøp og bruk av elbilar.<sup>57</sup>

## 7 Nordområda

Klimaendringane er venta å føra til store fysiske og økologiske endringar i Arktis. Dette vil reise rettslege spørsmål, både i internasjonal rett og nasjonal rett. Internasjonalt vil reduksjonen i isdekket føra til spørsmål om tidlegare isdekte område nord for Canada og delvis Russland, som tidlegare har bunde saman øyer, no er internasjonalt ope hav fordi det ligg utanfor territorialgrensa. Det oppstår også spørsmål om rett til fiske i område som til no har vore dekte av is og dermed utilgjengelege for slik aktivitet. Endra vandringsmønster for vandrane fiskearter som makrell skapar allereie internasjonale rettsspørsmål om fordeling og omfordeling av uttak. Skipsfart, petroleums- og mineralutvinning og annan aktivitet som opnar seg på grunn av reduksjon av isdekket, er eit anna problemområde, også kva gjeld trong for avklaring av arealbruk.<sup>58</sup> Vedtakinga av Polarkoden for skipsfart er eit

54 Ifølgje ESA sin State aid Scoreboard, <http://www.eftasurv.int/media/state-aid/StateAidScoreboard2017.pdf>, som gjev ei oversikt over statsstøtte EFTA-landa Noreg, Island og Liechtenstein har utbetalt fram til 1. januar 2017, brukte Noreg 26 milliardar kroner på statsstøtte i 2016 og auka dei offentlege subsidiane med 9 prosent samanlikna med året før. Særskilt auka støtta til miljøtiltak.

55 Enova gjev støtte til både bedrifter og privatpersonar som ikkje vert rekna som støttemottakarar etter statsstøtteregelverket, og gjeld tilskot til mellom anna oppgradering av bygningar, ulike oppvarmingsløysingar, varmestyringssystem og solceller. Enova kan vise til eit svært godt klimaresultat, målt i tonn CO<sub>2</sub>-ekvivalenter per år – <https://www.enova.no/om-enova/kampanjer/arsrapport-2017/>.

56 Dei aktuelle gruppeunntaka (General Block Exemption Regulation, GBER) er: Going Beyond Union Standards for environmental protection or increasing the level of environmental protection in the absence of Union standards Scheme, GBER art. 36, Energy Efficiency Scheme, art. 38, Promotion of energy from renewable sources Scheme, art. 41, Energy Efficient District Heating and Cooling Scheme, art. 46, Environmental Studies Scheme, art. 49 og Local Infrastructures Scheme, art. 56.

57 I 2017 godkjende ESA ei vidareføring av elbilfordelane i Noreg i form av fleire skatte- og avgiftsfritak i ein avgrensa periode. Statsstøtta til testanlegget for karbonfangst på Mongstad er også godkjent av ESA, der den siste godkjenninga frå 2017 gjeld fram til august 2020.

58 Om marin arealplanlegging i Arktis sjå Sigrid Eskeland Schütz, «Marine Spatial Planning – Prospects for the Arctic», *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 9, 2018, s. 44–66. <https://arcticreview.no/index.php/arctic/article/view/899>

konkret dømme på regelutvikling som skaper nye spørsmål.<sup>59</sup> Nasjonalt kan det oppstå spørsmål om slik aktivitet i Arktis er i strid med Grunnlova § 112. Trass i at årsakene til klimaendringane er aktivitet som skjer utanfor Arktis, vil også rettsspørsmål som gjeld reduksjon av utslepp av klimagassar, få særleg relevans for Arktis, som følgje av dei store verknadane oppvarminga får for området.

Nasjonalt vil det kunne oppstå store og vanskelege spørsmål knytte til arealutnytting og næringsdrift når klimaet endrar seg slik at vilkåra for reindrift, jordbruk og skogbruk blir heilt andre i dei nordlegaste delane av landet.

## 8 Utfordringar på andre rettsområde

Klimaspørsmål av lokal karakter knyter seg til førebygging av verknadane av ekstremvêr og flaum. Kva aktørar, både kva gjeld offentlege og private, ber ansvar for kartlegging av skadepotensial og risiko, for å hindre at utbygging skjer i ras- og flaumutsette område? Kva er dei eigedomsrettslege, erstatnings- og forsikringsrettslege verknadane når skade først oppstår, og korleis kan regelverket motverke gjenoppbygging i utsette område? Kva reglar gjeld for samordning av krav om flaumførebygging etter EUs flaumverndirektiv,<sup>60</sup> med krav til å nå god økologisk og kjemisk tilstand i vasskjeldene etter vassrammedirektivet? Er regelverket i det heile tilpassa situasjonen med ekstremvêr og klimautfordringar?

Arealplanlegging i kommunane er nær knytt til klimaførebygging. Planlegging med risikoanalyser og konsekvensutgreiingar gjeld i heile eller delar av kommunen.<sup>61</sup> For detaljplanlegging og konkrete byggjesøknader kan ein reise spørsmålet om korleis lokale klimatiltak skal vurderast etter gjeldande regelverk. Kva krav vert sette der private grunneigarar ynskjer å etablere solcellepanel, solcelletakstein, mindre vindkraftverk eller enkeltstående møller for å sikre eigen straumproduksjon? Dette har også ei side til den offentlege reguleringa av tilførselsnett, og høvet for private til å kunne levere overskotsproduksjon av straum til leverandør

59 International Maritime Organization (IMO), International Code for Ships Operating in Polar Waters (Polar Code), 2014.

60 Directive 2007/60/EC om vurdering og styring av risikoen for oversvømmelser.

61 Sjå nærare om risiko- og sårbarheitsanalysar i Eivind Junker, «Legal requirements for risk and vulnerability assessments in Norwegian land-use planning», *Local Environment: the International Journal of Justice and Sustainability*, Vol. 20, Nr. 4, 2015.

(plusskunde).<sup>62</sup> I det heile reiser småskala straumproduksjon rettsspørsmål som bør klarleggjast i den grad det er eit politisk ynske å fremme denne typen produksjon.

Klimaendringar er relevant for utvikling av kompensasjonsordningar som skal sørgja for at borgaren er sikra mot den auka risikoen frå naturen si side, i høve naturhendingar som storm, flaum og ras. Lovgjevar har vedteke ei ny lov om naturskadeforsikring i 2014, med verknad frå 2017.<sup>63</sup> Lova syner trongen for nyorienteringar, men den avklarar langt frå alle spørsmål om verknader av naturskader som har samanheng med klimaendringar. Mellom anna er det trong for forskning på kven som skal bera det endelege tapet i ulike situasjonar. Domar frå Høgsterett dei siste åra og førebeida til naturskadelova syner at det er trong for rettsvitskapleg forskning om ansvarshøve og forsikringsmodellar.

Klimaproblematikken har òg ei strafferettsleg side. Det har vore gjort få studiar på miljøstrafferetten, trass i at det her er ei rekkje problemstillingar som fortener drøfting. På eit overordna plan er det spørsmål om korleis ein kan grunnkje klimaet som eit retts gode, og slik grunnkje at strafferetten skal takast i bruk til vern om klimaet. På eit meir konkret plan inviterer gjeldande rett til ei rekkje problemstillingar som til dømes kva straffebed som er relevante. Her er det straffebed både i straffelova og i spesiallovgevinga som bør kartleggast og tolkast. Til dette kjem det ein internasjonal dimensjon, då miljøfeltet er av dei område der EU har gått lengst i krava om bruk av strafferetten, òg i EØS-samanheng. I denne samanhengen reiser òg føretaksstraffa særlege spørsmål, og her er meir prosessuelle tema å ta opp, slik som organiseringa av Økokrim som eit særorgan for etterforskning og påtale av forureiningskriminalitet.

## 9 Veggen vidare

Ovanfor har vi søkt å få fram noko av det vide spennet av klimaretslege tema som må studerast for at rettsvitskapen skal kunne medverka til løysing av klimautfordringa. Rettsspørsmåla spanner frå Grunnlova, internasjonale menneskerettar, folkerettslege utfordringar ved migrasjon og forvaltinga av arktiske område og ressursar og EØS-marknadsretten, organisering av produksjon og omsetnad av energi, til diskusjonen om ny klimalov og lovgeving om risikokartlegging, planlegging og

62 Sjå t.d. Sindre Anfinsen Sandal, *Prosumenter – nasjonale virkemidler i prosumenterers favør og disfavør*, masteravhandling, UiB 2017, tilgjengeleg på <http://hdl.handle.net/1956/16184>

63 Lov 15. august 2014 nr. 59 om erstatning for naturskader.

ansvar for klimaskader. Så kan ein spørje kva som bør prioriterast? Førebygging framfor reparasjon er eit etablert miljørettsleg prinsipp,<sup>64</sup> og kan vere ei rettesnor ved prioritering av forskingsinnsatsen. Ein bør med andre ord prioritere forskning som kan medverka til å utvikla rettslege verkemiddel for å redusera utslepp av klimagassar, og auka opptak av slike gassar anten i naturen eller ved ny teknologi. Mange rettslege verktøy kan vera med på både å førebyggje og reparere, slik at skiljet ikkje er eintydig. For Det juridiske fakultet i Bergen kan det også hevdast å vere føremålstenleg å prioritere forskingsspørsmål som kan dra nytte av den særlege vitskaplege kompetansen på andre fagfelt enn rettsvitskap som finst ved Universitetet i Bergen, særleg knytt til klima og hav.

Det juridiske fakultet i Bergen har tidlegare teke store forskingsløft på område som har hatt stor innverknad på samfunnsutviklinga, som forvaltingsrett, kommunalrett, planrett, kontraktsrett, forbrukarrett, marknadsrett, erstatningsrett, helse- og sosialrett, menneskerettar og strafferett. Organiseringa av forskinga har dels skjedd i regi av enkeltforskarar, som eksternfinansierte prosjekt, i regi av forskargruppene ved fakultetet eller under særlege organiserte einingar, dels kome som initiativ «ovanfrå», og dels kome som initiativ frå forskarane sjølve. Breidda i dei klimaretslege utfordringane tilseier at det ikkje er mogleg å peike på ein idealmodell for organiseringa her, og at eit mangfald av organisatoriske tilnærmingar framleis vil vere ønskjeleg. Det som står fast, er at klimaretslege spørsmål er ei stor oppgåve der rettsvitskapen vil måtte ta tunge løft for å medverka til løysing av ei av dei største utfordringane det nasjonale og internasjonale samfunnet vil stå overfor dei neste 50 åra. Forskarane i eit lite fagmiljø som Det juridiske fakultetet i Bergen vil måtte samarbeida både internt og med andre nasjonale og internasjonale forskingsmiljø for å kunne medverka til den samfunnsmessige snuoperasjonen som klimautfordringa vil krevja.

---

64 Sjå Inge Lorange Backer, *Innføring i naturressurs og miljørett*, 5 utgåve 2011, s. 68 med vidare tilvisingar.



# Erstatningsrettens utviklingslinjer de siste 50 år

Lagdommer (tidl. professor) Bjarte Askeland, professor Anne Marie Frøseth,  
førsteamanuensis Jan Ove Færstad, og professor og partner i Advokatfirmaet  
Schjødt Erik Monsen

## 1 Innledning

Fakultetets «fødselsår» 1969 var også året da den alminnelige skadeserstatningsloven ble vedtatt.<sup>1</sup> Erstatningsretten ble da i større grad enn før kodifisert. Likevel ble store deler av erstatningsretten holdt utenfor lovregulering, og dermed beholdt som alminnelige sedvanerettsregler. Et tilsvarende stort rom ble forbeholdt domstolenes rettsutvikling hva gjelder generell erstatningsrett. Som vi skal se, har domstolene, med Høyesterett i spissen, drevet en aktiv rettsutvikling i perioden.

Et dominerende materielt utviklingstrekk i perioden er at fagets tyngdepunkt i noen grad har blitt flyttet fra integritetskrenkelser henimot *rene formuestap* som tema både i rettspraksis og i rettsvitenskap. For mange av spørsmålene som gjelder rene formuestap, gir den tradisjonelle erstatningsretten, som er utviklet i relasjon til integritetskrenkelser, mindre veiledning.<sup>2</sup> Erstatningsretten må derfor «rekonstrueres» for en ny tid med nye spørsmål. Dette kan føre til at det oppstår nye ansvarsformer, se som eksempel kapittelet om *informasjonsansvaret* i punkt 2.2. En tendens er også at moderne erstatningsrett, som en konsekvens av samfunnsutviklingen og internasjonaliseringen, i stadig større grad har blitt supplert av *positive spesialreguleringer* på ulike livsområder. Dette kan gjelde atferdsnormer på

---

1 Lov 13. juni 1969 nr. 26.

2 Se bl.a Erik Monsen, «EF-domstolens innvirkning på norsk erstatningsrett», *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006, s. 238–258, særlig s. 258.

ulike områder, men også hvilke sanksjoner som skal ilegges ved brudd på skrevne og uskrevne slike normer. Et godt eksempel er utviklingen i grenselandet mellom immaterialrett og erstatningsrett; se om dette punkt 3.4.

En viktig faktor i utviklingen i tidsperioden er også *internasjonaliseringen* av erstatningsretten. Vår tilknytning til EU via EØS-avtalen har påvirket erstatningsretten betydelig, mens noe påvirkning, om enn i langt mindre grad, har kommet fra Norges tilslutning til menneskerettighetskonvensjoner; se om dette i punkt 4.

I kapittel 5 redegjør vi for utviklingen hva gjelder rettsvitenskapen på området i perioden, før en kort, sammenfattende avslutning følger i punkt 6.<sup>3</sup>

## 2 Utvikling vedrørende ansvarsgrunnlag

### 2.1 Generelt

En gjennomgående tendens i femtiårsperioden er at livsområder som tidligere var regulert av den alminnelige culperegelen, har fått lovregulering med objektivt eller objektivisert ansvar og tilhørende tvungne forsikringsordninger.<sup>4</sup> For øvrig er fremdeles de alminnelige ansvarsgrunnlagene culpa og ulovfestet objektivt ansvar aktuelle, men slik at arbeidsgiveransvaret etter lovfestingen i 1969 har fått en stor utbredelse. Normen knyttet til «de krav skadelidte kan stille til virksomheten», har voldt mye hodebry for både Høyesterett og teoretikere hva gjelder det offentlige ansvaret.<sup>5</sup> Bestemmelsen har likevel også vært en formidabel suksess idet det er utviklet et vurderingstema som kan fange inn spørsmålet om ulike feil som skjer i offentlig virksomhet, kvalifiserer for erstatning. Standarden er velegnet for å fange inn typiske moderne ansvarsproblemer, for eksempel vedrørende mobbing i skolen.<sup>6</sup> Lovregelen fanger som kjent også inn at anonyme og kumulative feil kvalifiserer for erstatning selv om ikke en nærmere identifisert arbeidstaker kan klandres.<sup>7</sup> Dette fører til en objektivisering av ansvaret for større og mindre

3 Forfatterne har samarbeidet om teksten, men slik at hovedansvaret for de ulike delene har vært som følger: Jan Ove Færstad: punkt 2.4 om informasjonsansvar, Erik Monsen: punkt 3.4 om sanksjoner, Anne Marie Frøseth: punkt 5 om rettsvitenskapens utvikling i perioden, Bjarne Askeland: øvrige deler av artikkelen.

4 Se for eksempel lov 10. juni 1977 nr. 73, jernbaneansvarsloven, lov 16. juni 1989 nr. 65, yrkesskadeforsikringsloven (yforsl.), lov 7. juni 1991 nr. 24, tivoliloven, avløst av lov 22. mai 2017 nr. 30 om fornøylesinnretninger, og lov 15. juni 2001 nr. 53, pasientskadeloven.

5 Se for eksempel dommer referert i Rt. 1991 s. 954, Rt. 2002 s. 253 og Rt. 2011 s. 991 og spesialavhandlingen Bent Liisberg, *Erstatningsansvar for offentlig servicevirksomhet*, Bergen 2005.

6 Se for eksempel Rt. 2006 s. 1519 og Rt. 2012 s. 146.

7 Se Ot.prp. nr. 48 (1965–66) s. 38, jf. også Rt. 1999 s. 1903 og Rt. 2012 s. 146.



bedrifter, som må sørge for å tilfredsstill standarden samlet sett, noe som har gode preventive virkninger i en tid hvor produksjonsprosesser ofte består av komplekse samspill mellom mange aktører.

Også den nærmere grensdragningen knyttet til om arbeidstakeren gjennom sin skadehandling har gått «utenfor det som er rimelig å regne med», har blitt utviklet av Høyesterett. I forarbeidene ble det gitt uttrykk for at arbeidstakerens forsettlige skadehandlinger «gjennomgående» falt utenfor ansvaret.<sup>8</sup> Høyesterett har gjennom en serie dommer endret denne hovedregelen om ikke-ansvar til noe nær det motsatte utgangspunktet.<sup>9</sup> Det heter nå at det ikke lenger er en hovedregel at forsettlige handlinger faller utenfor.<sup>10</sup> Denne utviklingen begynte med en frifinnende dissensdom i Rt. 1982 s. 1349 *Rengjøringsbyrå (3-2)*, som ble fulgt opp med en rekke fellende dommer ved tilfeller av arbeidstakers forsettlige skadeforvoldelser.<sup>11</sup> Avgjørelsen i Rt. 2015 s. 475 *Advokatpartner* gjaldt en advokatpartner som utførte bedrageri overfor en klients familiemedlemmer. Advokatfirmaet ble ansvarlig, idet Høyesterett la særskilt vekt på at arbeidsgivers ønske om tillit fra samfunnet måtte motsvares av et tilsvarende vidtrekkende ansvar.<sup>12</sup> I denne forbindelse ble det også vektlagt hvilke krav *skadelidte* kunne stille til virksomheten, jf. skl. § 2-1 nr. 1 første punktum.<sup>13</sup> Denne koblingen ble tidligere gjort også i Rt. 2012 s. 1420 *Bilutleie* avsnitt 32, hvor det ikke ble ansvar. Koblingen er ny og har ikke noe holdpunkt i forarbeid eller tidligere rettspraksis. Høyesterett har med dette tilpasset arbeidsgiveransvaret til et moderne næringsliv, som i høy grad er bygget på tillit. Når en arbeidstaker eller annen person nær tilknyttet arbeidsgiver begår forsettlig skade i vinnings hensikt, er arbeidsgiver nærmere til å bære risikoen for dette enn skadelidte selv.<sup>14</sup>

8 Innstilling II fra komiteen til å utrede barns og foreldres og arbeidsgiveres erstatningsansvar, s. 45.

9 Høyesteretts bevegelse har blitt ledsaget av en rekke teoribidrag som har analysert spørsmålene her, se blant annet Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002, s. 133–142; Kai Krüger, «Pyroman i vekterklær – refleksjoner over arbeidsgiveransvar i kontraktsforhold etter Rt. 2007 s. 1665», *Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett (TfE)* 2010, s. 5–29; Magne Strandberg, «Arbeidsgivers erstatningsansvar for skader hans arbeidstaker volder med forsett», *Jussens Venner* 2012, s. 33–67, og Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015, s. 223–229.

10 Se Rt. 2015 s. 475 (avsnitt 81).

11 Rt. 1997 s. 786, Rt. 2000 s. 211, Rt. 2008 s. 755 og Rt. 2015 s. 475. Den siste gang spørsmålet var oppe, ble det frifinnelse, men under dissens 3-2; se HR-2017-2292-A. Se om dommen Ole Gunnar Nordhus, «BPA-dommens vurdering av arbeidsgiveransvarets rekkevidde», *TfE* 2018, s. 138–154.

12 Dommens avsnitt 83.

13 Dommens avsnitt 87.

14 Se om dette temaet særlig Strandberg 2012, s. 33–67, vedrørende «nærhetsargumentet».

Tidsperioden 1969–2019 har ellers ikke bydd på nyvinninger i ansvarslæren, bortsett fra på to viktige punkter. For det første er det utviklet en egen ansvarslære knyttet til uriktig eller manglende implementering av EU-rettsakter i norsk rett. Gjennom en rekke dommer i EU-domstolen, EFTA-domstolen og norsk Høyesterett er rammene for et slikt ansvar langt på vei fastlagt. En grundig doktoravhandling om ansvarsformen, skrevet av en forsker fra fagmiljøet i Bergen, er meget verdifull for forståelsen av ansvarsformen og dens implikasjoner.<sup>15</sup>

I tillegg bør den spesielle doktrinen om såkalt informasjonsansvar behandles særskilt; se punkt 2.2 nedenfor. Moderne erstatningsrett konsentrerer seg ofte om økonomisk tap som skyldes transaksjoner og interaksjoner mellom næringslivets aktører. Det er da gjerne tale om å anvende det fleksible regelsettet på intrikate konstellasjoner av aktører. Den omstendighet at det objektivt sett blir gitt uriktig informasjon i kontraktsforhold og kontraktskjeder, er blitt en stadig mer aktuell kilde til erstatningsrettslige problemer. Denne ansvarsformen får derfor sin særskilte behandling i neste punkt.

## 2.2 Informasjonsansvar – fremveksten av et nytt ansvarsgrunnlag?

Spørsmålet om, og i hvilke tilfeller, den som gir villedende informasjon til andre, kan bli erstatningsansvarlig overfor informasjonsmottakeren, er et spørsmål som har fått en stadig større oppmerksomhet i norsk erstatningsrett de siste 30 år. Temaet er likevel ikke ukjent i eldre erstatningsrettslig teori. Eksempelvis drøftet U.A. Motzfeldt allerede i 1909 om man etter norsk rett kunne bli erstatningsansvarlig for å ha gitt andre et råd.<sup>16</sup> Seks år senere, i 1915, drøftet Nicolai L. Bugge om et transportselskap kunne bli erstatningsansvarlig for tap som skyldtes uriktige opplysninger om rutetider.<sup>17</sup>

Den første moderne norske erstatningsrettsteoretikeren som nærmet seg spørsmålet om villedning som skadevoldende handling fra en prinsipiell innfallsvinkel, var Viggo Hagstrøm.<sup>18</sup> Hans artikkel «Informasjonsansvar – om villedning

15 Se Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013.

16 U.A. Motzfeldt, «Om ansvar for et raad efter norsk civilrett», *Norsk Retstidende* 1909, s. 689–704.

17 Nicolai L. Bugge, «Nogen bemerkninger om transportselskapers ansvar for rutefravigelser mv.», *Norsk Retstidende* 1915, s. 353–358.

18 Vi finner likevel flere eksempler på tidligere fremstillinger hvor forfatteren har drøftet avgrensede deler av dette problemkomplekset, men hvor innfallsvinkelen ikke er villedning som skadevoldende handling. Se for eksempel Nils Nygaard, *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis*, Oslo 1974, s. 134 flg.

av annen enn kontraktspart»<sup>19</sup> var i form en bokanmeldelse av Jan Kleinemans svenske doktoravhandling om samme tema.<sup>20</sup> I innhold var artikkelen likevel vel så mye en drøftelse av spørsmålet om erstatningsansvar for uaktsom villedning i en norsk kontekst. Hagstrøm omtalte erstatningsansvaret for uaktsom villedning som et «*informasjonsansvar*», og dette begrepet har fått et stadig mer solid fotfeste i norsk erstatningsrett.

Det første eksempelet på at et «*informasjonsansvar*» ble påberopt for norske domstoler, finner vi i 1989, samme år som Hagstrøms artikkel kom ut. I en sak for Sør-Gudbrandsdal herredsrett argumenterte saksøker med at man kan trekke linjer mellom reglene om tilbakesøkning og «såkalt *informasjonsansvar*, dvs. ansvar for tap lidt pga. andres uaktsomt uriktige utsagn».<sup>21</sup> Saksøkeren fikk imidlertid ikke herredsretten med på argumentasjonen om et «*informasjonsansvar*». Heller ikke i rettspraksis fra de påfølgende årene synes begrepet «*informasjonsansvar*» å ha stått sentralt. Begrepet blir sporadisk anvendt,<sup>22</sup> men tidvis også avvist som irrelevant for den erstatningsrettslige argumentasjonen.<sup>23</sup> I de fleste saker hvor spørsmålet om erstatningsansvar for uaktsom villedning blir drøftet, skjer dette imidlertid uten at drøftelsen i det hele blir knyttet til begrepet «*informasjonsansvar*».<sup>24</sup> Spørsmålet om erstatningsansvar for uaktsom villedning ble heller ikke viet

19 Viggo Hagstrøm, «Informasjonsansvar – om villedning av annen enn kontraktspart», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1989, s. 196–220.

20 Jan Kleineman, *Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annen än kontraktspart*, Stockholm 1987.

21 Se RG 1990 s. 526 (s. 529).

22 Se f.eks. RG 1996 s. 372 og LG-2004-77251.

23 Se som illustrasjon følgende uttalelse fra Borgarting lagmannsrett i LB-1995-302: «De ankende parter har utover det alminnelige uaktsomhetsansvar fremholdt at et såkalt *informasjonsansvar* kan lede til erstatning på selvstendig grunnlag. Lagmannsretten er enig med ankemotpartene i at noe *informasjonsansvar* ikke eksisterer ved siden av – eller i tillegg til – det alminnelige uaktsomhetsansvaret. Når *informasjonsansvar* er omtalt i teorien – eksempelvis i Viggo Hagstrøms artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2/89 om «*Informasjonsansvar – villedning av annen enn kontraktspart*» – er det bare for å sette merkelapp på et uaktsomhetsansvar som reiser særskilte problemstillinger. Lagmannsretten kan ikke se at det i denne sak er noe å vinne på å knytte drøftelsen nedenfor til dette begrepet, og har følgelig avstått fra det.»

24 Se f.eks. Rt. 1995 s. 1530, LG-1993-149 og RG 2001 s. 461. Også avgjørelsene inntatt i Rt. 2006 s. 1519 og Rt. 2007 s. 425 gjelder varianter av uaktsom villedning, uten at begrepet «*informasjonsansvar*» nevnes i disse dommene.

særlig plass i den erstatningsrettslige teorien.<sup>25</sup> Frem til tidlig 2000-tall var det altså lite oppmerksomhet rundt informasjonsansvaret og de særlige erstatningsrettslige spørsmålene som oppstår i tilknytning til uaktsom villedning. En avhandling forsvart ved det jubilerende fakultet skulle imidlertid lede til at dette endret seg.

I 2006 forsvarte Amund Tørum sin avhandling, *Direktekrav*, for graden dr. juris ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen.<sup>26</sup> Avhandlingen inneholder et kapittel med tittelen «'Direkte' deliktskrav i kontraktskjeder», hvor spørsmålet om erstatningsansvar for uaktsom villedning blir viet en del plass.<sup>27</sup> Tøruns drøftelse av dette spørsmålet fikk nærmest umiddelbart gjennomslag i rettspraksis gjennom *Informasjonsansvarsdom I* fra 2008.<sup>28</sup>

Saken gjaldt spørsmålet om et eierforsikringsselskap, som hadde foretatt en utbetaling av prisavslag til en boligkøper som følge av arealsvikt, kunne kreve at utbetalingen ble dekket av forsikringsselskapet til takstmannen som hadde utarbeidet en uriktig takst. Etter å ha drøftet hvorvidt forholdene i saken oppfylte «de grunnleggende forutsetningene for et direktekrav basert på informasjonsansvaret»,<sup>29</sup> konkluderte Høyesterett med at takstmannens forsikringsselskap hadde plikt til å dekke eierskifteforsikringsselskapets utbetaling av prisavslag til kjøperen av eiendommen.

I sin argumentasjon lener førstvoterende seg tungt på Tøruns drøftelser. Førstvoterende synes likevel å gå lenger enn Tørum i sin argumentasjon, og *kan* oppfattes slik at han anvender «informasjonsansvar» ikke bare som et «stikkord for

25 Illustrerende er det at Peter Lødrup i 4. utgave av sin *Lærebok i erstatningsrett* kun nærmest i forbifarten nevner spørsmålet og begrepet «informasjonsansvar» i kapittelet «Profesjonsansvar – noen utgangspunkter», se Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utgave, Oslo 1999, s. 280. Temaet vies imidlertid noe mer plass i 5. utgave av samme bok; se Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave, Oslo 2005, s. 136–137. Til sammenligning berører Nils Nygaard spørsmålet om erstatningsansvar for uaktsom villedning kun indirekte i 5. utgave av sin bok *Skade og ansvar*, se Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 5. utgave, Bergen 2000, s. 192 flg., jf. s. 233 flg.

26 Avhandlingen kom i bokformat året etter; se Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav: Særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entrepriser. Formuerettslige analyser i komparativ belysning*, Oslo 2007.

27 I etterkant av Tøruns avhandling har flere forskere ved det jubilerende fakultet drøftet spørsmålet om erstatningsansvar for uaktsom villedning i ulike varianter, se særlig Filip Truyen, «Aksjeanalyse og informasjonsansvar», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2007, s. 85–170; Anne Marie Frøseth, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, Bergen 2013, særlig på s. 341 flg., og Jan-Ove Førstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, Oslo 2014.

28 Rt. 2008 s. 1078. Dommen refereres iblant også til som *Eierskifteforsikringsdommen* eller *ACE-dommen*.

29 Rt. 2008 s. 1078 (avsnitt 29).

skyldansvar for villedende opplysninger»,<sup>30</sup> men som et selvstendig ansvarsgrunnlag.<sup>31</sup> Dette var en av grunnene til at *Informasjonsansvarsdom I* fikk en blandet mottakelse i juridisk teori. Der noen forfattere omtalte dommen som prinsipiell og rettsavklarende,<sup>32</sup> uttrykte andre forfattere bekymring når det gjaldt de uavklarte spørsmål dommen etterlot seg.<sup>33</sup> Det knyttet seg derfor en viss spenning til hvordan Høyesterett ville forholde seg til «informasjonsansvaret» da et tilsvarende spørsmål kom opp for Høyesterett på ny gjennom *Informasjonsansvarsdom II* i 2015.

Saksforholdet i *Informasjonsansvarsdom II*<sup>34</sup> var nærmest identisk med saksforholdet i *Informasjonsansvarsdom I*. På ett viktig punkt skilte de to sakene seg likevel ad. I *Informasjonsansvarsdom I* var det uklart hvorvidt innholdet i takstrappporten hadde vært motiverende for eierskifteforsikringsselskapets beslutning om å inngå forsikringsavtalen. I *Informasjonsansvarsdom II* var det derimot på det rene at innholdet i takstrappporten *ikke* hadde hatt noen betydning for eierforsikringsselskapets beslutning om å inngå forsikringsavtalen, og at forsikringsselskapet heller ikke var kjent med innholdet i takstrappporten før tvisten oppsto. Høyesterett kom likevel til at eierskifteforsikringsselskapet også her måtte vinne frem med sitt erstatningskrav basert på et «informasjonsansvar».

I likhet med den foregående avgjørelsen fikk også *Informasjonsansvarsdom II* en blandet mottakelse i juridisk teori.<sup>35</sup> Et sentralt punkt i kritikken mot dommen er at Høyesterett valgte å drøfte erstatningsspørsmålet med utgangspunkt i et

30 Slik Tørum, s. 504, anvender «informasjonsansvar».

31 Se særlig Rt. 2008 s. 1078 (avsnitt 21 jf. avsnitt 23 og avsnitt 29). Se nærmere i Færstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, s. 140–146.

32 Se Per M. Ristvedt, «Informasjonsansvarsdommen – en ny rettstilstand for ansvarsforsikringsselskapers krav», *Lov og Rett* 2008, s. 579–595 på s. 579. Det må nevnes at Ristvedt var prosessfullmektig for vinnende part i saken.

33 Se f.eks. Harald Benestad Andersen, «Noen synspunkter på Rt. 2005-870 (meglerdommen) og Rt. 2008-1078 (informasjonsansvarsdommen) – og en kommentar til Per M. Ristvedt», *Lov og Rett* 2009, s. 240–251, særlig på s. 251; Erling Hjelmeng, «Revisoransvar og ansvarsbegrensning», i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Oslo 2010, s. 86–99; Anne Marie Frøseth, «Materiell koherens i formueretten generelt, og erstatningsretten spesielt», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013, s. 141–151, på s. 150, og Færstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, s. 140–146.

34 Rt. 2015 s. 556.

35 Blant de mest positive røstene finner vi Ristvedt, som også her var prosessfullmektig for vinnende part i saken; se Per M. Ristvedt, «Informasjonsansvarsdom nr. 2 – avklaring og sementering av rettstilstanden», *Lov og Rett* 2015, s. 504–510. En langt mer kritisk drøftelse av dommen finner man i Jan-Ove Færstad, «Regressoppgjør i erstatningsrettslige klær: En kommentar til Høyesteretts avgjørelser referert i Rt. 2008 s. 1078 og Rt. 2015 s. 556», *Tidsskrift for erstatningsrett* 2016, s. 97–120.

«informasjonsansvar»,<sup>36</sup> til tross for at den uriktige informasjonen *ikke* var årsaken til eierskifteforsikringselskapets tapsbringende innrettelse.<sup>37</sup> Én innvending mot avgjørelsen er at det rent språklig fremstår som noe underlig å forankre erstatningsansvaret i et «informasjonsansvar», all den tid skadelidte rent faktisk aldri hadde blitt villedet av den uriktige informasjonen. En mer vektig innvending er det at Høyesterett gjennom denne tilnærmingen fraviker en forutsetning om at et informasjonsansvar kun kan pålegges i tilfeller hvor skadelidte *faktisk har blitt villedet* av informasjonen.<sup>38</sup>

I *Informasjonsansvarsdom I* lener førstvoterende seg tungt på Tørums drøftelser av informasjonsansvaret. Tørums fremstilling er igjen i stor grad inspirert av reglene om informasjonsansvar slik de fremgår i den amerikanske Restatement (Second) of Torts § 552 (1) og (2) samt i reglene om «Loss upon reliance on incorrect advice or information» i PEL Liab. Dam. artikkel 2:207.<sup>39</sup> Begge disse regelsettene inneholder et *dobbelt årsaksvilkår*. Dette innebærer at erstatningsansvar er betinget av at det foreligger årsakssammenheng *både* mellom den villedende informasjonen og skadelidtes tapsbringende innrettelse, og mellom den tapsbringende innrettelsen og tapet.<sup>40</sup> I *Informasjonsansvarsdom II* velger Høyesterett likevel å oppstille erstatningsansvar basert på et «informasjonsansvar», til tross for at et slikt dobbelt årsaksvilkår *ikke* var oppfylt i den konkrete saken.

Det kan pekes på flere gode grunner for å hevde at eierskifteforsikringselskapets tillit til at takstmenn opptrer aktsomt i sin utførelse av takstopprdraget, nyter erstatningsrettslig vern. Dette resultatet kunne imidlertid Høyesterett kommet til uten å gå veien om et «informasjonsansvar». Allerede i Rt. 1995 s. 1350 slo Høyesterett klart fast at takstmenn «har et ansvar ikke bare overfor sin oppdragsgiver, men også overfor andre brukere av takster»,<sup>41</sup> og at dette ansvaret følger av det alminnelige culpa-ansvaret. Man kan da spørre seg hvorfor Høyesterett i *Informasjonsansvarsdom II* finner det tvingende nødvendig å forankre løsningen i et

36 Se Rt. 2015 s. 556 (avsnitt 43 flg.).

37 Se Rt. 2015 s. 556 (avsnitt 46 jf. avsnitt 48).

38 Se Færstad 2016, s. 112–116, for en utdyping av denne kritikken.

39 Se Tørum, s. 505–506.

40 Christian von Bar, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, München 2009, s. 513–514, formulerer dette doble årsakskravet slik: «The incorrect advice or information must have been a cause of the affected party making the relevant decision and this must in turn be seen as a cause of the loss.» Tilsvarende oppfatning finner man igjen i norsk juridisk teori, se Hagstrøm/Stenvik s. 56: «Informasjonsansvar aktualiseres hvor skadelidte er blitt påført et økonomisk tap ved å stole på og innrette seg etter slik [villedende] informasjon.»

41 Se Rt. 1995 s. 1350 (s. 1357).



«informasjonsansvar», til tross for at det verken rettslig eller språklig fremstår som naturlig å snakke om et informasjonsansvar i den aktuelle saken.

En mulig forklaring kan være at Høyesterett, gjennom sin praksis, har valgt å anvende «informasjonsansvar» som en generell betegnelse på profesjonsutøveres culpa-ansvar overfor andre enn sin medkontrahent (tredjemann). I så fall blir denne betegnelsen anvendt uavhengig av om det tapet som tredjemann krever erstattet, skyldes profesjonsutøverens uaktsomme villedning, eller profesjonsutøverens uaktsomme utførelse av sitt oppdrag mer generelt. Brukt på denne måten vil betegnelsen «informasjonsansvar» omfatte den ikke-kontraktuelle delen av det som gjerne omtales som «profesjonsansvaret».<sup>42</sup> Lite synes imidlertid å være vunnet ved å bruke en slik terminologi.<sup>43</sup> Snarere kan terminologien virke forvirrende og bidra til å binde både tanken og den erstatningsrettslige argumentasjonen. Dette kan igjen lede til at rettsanvenderen må ty til anstrengte konstruksjoner for å kunne anvende «informasjonsansvarsterminologien» på spørsmål om en profesjonsutøvers erstatningsansvar overfor tredjemann.<sup>44</sup>

En annen mulig forklaring på Høyesteretts valg om å forankre erstatningsansvaret i *Informasjonsansvarsdom II* i et informasjonsansvar kan være at Høyesterett oppfatter «informasjonsansvaret» som en egen ansvarsfigur på siden av det tradisjonelle culpa-ansvaret. Rettsutviklingen etter *Informasjonsansvarsdom II* synes til en viss grad å peke i denne retningen. Både i HR-2016-2264-A og i HR-2016-2344-A anvender førstvoterende, som representant for en enstemmig Høyesterett, en tilnærming til informasjonsansvaret som går langt i å etterlate et inntrykk av at dette ansvaret er etablert som et eget erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag i norsk rett.<sup>45</sup> Det er også naturlig å oppfatte høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen<sup>46</sup> slik,

42 Ristvedt synes tilsynelatende å oppfatte «informasjonsansvaret» på denne måten; se Ristvedt 2015, s. 505: «Når for eksempel en takstmann som profesjonsutøver blir ansvarlig overfor andre enn sin medkontrahent, betegnes dette ansvaret som et informasjonsansvar.»

43 En slik bruk av betegnelsen «informasjonsansvar» synes heller ikke å ha særlig støtte i juridisk teori. Eksempelvis fremhever Hagstrøm/Stenvik, s. 124, at «[p]rofesjonsansvar overfor annen enn kontraktpart kan også oppstå utenfor informasjonstilfellene».

44 Se nærmere om dette i Færstad 2016, s. 116.

45 Eksempelvis uttaler førstvoterende i HR-2016-2264-A følgende om den foregående rettspraksisen: «Ansvaret er forankret i det såkalte informasjonsansvaret [...]», og om den foreliggende saken: «Det sentrale spørsmålet i vår sak er om dette informasjonsansvaret også gjelder når eierskifteforsikrings-selskapets tap skyldes feil i en eiendomsmeglers salgsoppgave.» På samme måte uttaler førstvoterende i HR-2016-2344-A (avsnitt 40) at «[d]et er i denne saken spørsmål om det foreligger et såkalt informasjonsansvar overfor tredjepart. Vilårene for å kunne illegge et slikt ansvar ble oppstilt i Rt. 2008-1078 avsnitt 23 [...]».

46 Også han med en fortid som forsker og førsteamanuensis ved det jubilerende fakultet.



når han i foredraget «Norges Høyesterett i 2017 – noen refleksjoner over rollen som prejudikatdomstol» fremhever følgende:<sup>47</sup>

Når vi for eksempel ser Høyesteretts fire dommer om *informasjonsansvar* for profesjonelle tjenesteytere fra henholdsvis 2008, 2015 og to i 2016 i sammenheng, får vi et ganske godt inntrykk av dette ansvarets karakter og rekkevidde.

Selv om førstvoterende i HR-2016-2344-A tilsynelatende anvender informasjonsansvaret som et selvstendig ansvarsgrunnlag med tre spesifiserte vilkår for anvendelse, ønsker han likevel ikke å løsrive informasjonsansvaret fullstendig fra det alminnelige culpa-ansvaret.<sup>48</sup> Utviklingen har slik sett enkelte fellestrekk med fremveksten av det ulovfestede objektive ansvaret i norsk erstatningsrett. Som kjent vokste dette ansvarsgrunnlaget frem ved at Høyesterett, over en periode på nesten 50 år, gradvis la culpa-ansvaret i strekk. Utviklingen kulminerte med avgjørelsen referert i Rt. 1905 s. 715, hvor Høyesterett endelig etablerte det ulovfestede objektive erstatningsansvaret som et selvstendig ansvarsgrunnlag.<sup>49</sup>

Man kan hevde at det på mange måter er samfunnsutviklingen som har banet vei for et informasjonsansvar i norsk rett, slik den også gjorde for det ulovfestede objektive ansvaret for over 100 år siden. Samtidig er det grunn til å peke på en viktig forskjell. Det ulovfestede objektive ansvaret fylte et *udekket behov* for å beskytte borgerne mot de særlige farene som vokste frem som en følge av den tekniske og industrielle utviklingen.<sup>50</sup> Informasjonsansvaret fyller ikke et slikt udekket behov. Profesjonsutøvere hadde et erstatningsansvar overfor andre enn sin kontraktspart for skade som skyldtes deres uaktsomme utførelse av oppdraget, lenge før «informasjonsansvaret» ble løftet frem i rettspraksis gjennom avgjørelsen referert i Rt. 2008 s. 1078. Dette illustreres av avgjørelsen referert i Rt. 1995 s. 1350.

47 Se <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/artikler-med-mer/artikler-og-foredrag-2017/hoyesterett-som-prejudikatdomstol/>.

48 Se HR-2016-2344-A (avsnitt 68).

49 Se om denne utviklingen i Hagstrøm/Stenvik, s. 147–151.

50 Se Hagstrøm/Stenvik, s. 147.

### 3 Utvikling vedrørende skadetyper og sanksjonsmekanismer

#### 3.1 Generelt

I dette kapittelet presenterer vi en oversikt over utviklingen de siste 50 år hva gjelder de tradisjonelle skadetyperne personskade, tingskade og ren formueskade; se punkt 2 og 3 nedenfor.<sup>51</sup> En markant endring er at saker og tvilsspørsmål nå i større grad enn før gjelder *ikke-integritetskrenkelses*, altså rene formuestap.

Lovgiver har, som nevnt, de siste fem tiår også vært aktiv med hensyn til å lovfeste spesialreguleringer på ulike livsområder. En sterkere grad av skriftlig normering av næringsvirksomhet i ulike spesialiserte sektorer har gitt handleregler og sanksjonsregler som konkurrerer med de alminnelige prinsippene.<sup>52</sup> På enkelte områder er det tradisjonelle prinsippet om erstatning kun for økonomisk tap blitt erstattet av mer spesialiserte regler. Et viktig, og samtidig illustrerende, eksempel på en slik utvikling av spesiell erstatningsrett finner vi hva gjelder kompensasjon for krenkelses innen immaterialretten. En nærmere gjennomgang av disse utviklingslinjene gis i punkt 3.3 nedenfor.

#### 3.2 De tradisjonelle integritetskrenkelsene

*Personskadeerstatningsrettens* utmålingsregler ble lovfestet tidlig i femtiårsperioden gjennom et nytt kapittel 3 i skadeserstatningsloven.<sup>53</sup> Mens reglene tidligere var utviklet utelukkende gjennom rettspraksis, fikk man nå en kodifisering som var egnet til å legge bedre grunnlag for likebehandling.<sup>54</sup> De nye reglene medførte at elementet av fritt skjønn i utmålingen ble redusert, særlig fordi lovens §§ 3-1 til 3-5 gav et klart sett av tapsposter som skulle ha sin særskilte utmåling. Det ble også lagt til rette for at lidet tap og fremtidig tap ble utmålt hver for seg. Høyesterett har gjennom årene utpenslet en rekke av reglene gjennom klargjørende praksis. Dette gjelder for eksempel grensene for hvilke sosialmedisinske utgifter man kan få dekket som tap.<sup>55</sup>

51 Se om skadevilkåret i norsk rett Sören Koch, «Det erstatningsrettslige skadebegrepet – en sammenligning mellom tysk og norsk rett», *TfE* 2010, s. 250–281.

52 Se om denne utviklingen Erling Hjelmeng, «Normkonkurranse i erstatningsretten?», i Kirsten Ketscher, Kåre Lilleholt, Eivind Smith og Aslak Syse (red.), *Velferd og rettferd: festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år*, Oslo 2013, s. 287–300.

53 Se lov 25. mai 1973 nr. 26.

54 Se om dette blant annet Magne Strandberg, *Skadelidtes hypotetiske inntekt – om erstatningsutmåling og bevis*, Bergen 2005, s. 16–18.

55 Se om dette Rt. 1993 s. 1548, Rt. 1996 s. 958, Rt. 1999 s. 1967, Rt. 2002 s. 1436 og Rt. 2009 s. 425.

Et viktig landemerke var fjerningen av trygdens regressrett mot skadevolder allerede i 1970.<sup>56</sup> Dette politiske grepet ble fulgt av forarbeider som foreskrev at erstatningen bare skulle være et «supplement» til folketrygdens ytelser dekket av det offentlige (via skatteseddelen).<sup>57</sup> Denne allokeringen av tapet ble også overført til spørsmålet om hvem som skulle bære det offentlige utgifter til naturalytelser overfor skadelidte.<sup>58</sup> I 2003 ble systemet utfordret gjennom et regress-søksmål mot det offentlige, men Høyesterett holdt fast ved den nevnte allokeringen og de tanker som ligger bak «supplementsprinsippet».<sup>59</sup> Dette prinsippet innebærer at erstatningen skal komme som et tillegg til ytelser fra det offentlige, som er den primære dekningen for skadelidte. Med denne ordningen er skadevoldersiden i høy grad avlastet, noe som gjør det mulig å oppnå rimelige ansvarsforsikringer. Når Norge sammenlignes med andre lands systemer, setter ordningen Norge i en særstilling.<sup>60</sup>

Personskadeerstatningsretten har også for øvrig vært preget av en utbygging av vernet for enkeltindividet, i tråd med velferdsstatlige ambisjoner. Et utviklingstrekk i så måte er at vi på en rekke livsområder har etablert tvungne forsikringsordninger, med objektivt eller tilnærmet objektivt ansvar. Dette gjelder blant annet trafikkskader, yrkesskader, legemiddelskader, tivoliskader og pasientskader.<sup>61</sup> Til sammen utgjør lovverket som sørger for dekning av personskader, en viktig sikring mot økonomisk tap som følge av ulykker som rammer mer eller mindre tilfeldig, men også mot potensielle culpøse skadevoldere på livets ulike områder. Det er også for de fleste næringer vanlig å tegne ansvarsforsikringer. En borger eller besøkende i Norge vil i høy grad være sikret dekning fra en eller annen form for ansvarsforsikring på skadevolders side. Unntaket er fritidsskader voldt av privatpersoner. Mange privatpersoner har imidlertid en ansvarsforsikring gjennom sin alminnelige hjemforsikring. Den utbredte tendensen til at alle er forsikret, enten som potensiell skadelidte eller som potensiell skadevolder, gir en stor trygghet for alle samfunnsmedlemmer. At den høye graden av forsikringsdekning er mulig, skyldes nok i stor grad at det ligger en trygdeordning i bunnen, som avlaster

56 Se lov 19. juni 1970 nr. 69 om endringer i lov om folketrygd.

57 Se NUT 1971: 5 s. 24–25.

58 Se blant annet Rt. 1993 s. 1547 (s. 1558).

59 Se Rt. 2003 s. 1601.

60 Se om dette for eksempel Helmut Koziol, *Basic Questions of tort law from a comparative perspective*, Vienna 2015, s. 713.

61 Se blant annet lov 3. februar 1961 bilansvarsloven (bal.) § 15 og yforsl. § 3.

finansieringen av forsikringspremiene. Den høye trygdedekningen og den høye graden av supplerende forsikringsdekning er et trekk ved den moderne nordiske velferdsstaten som det er grunn til å være stolt av.

De sosiale ambisjonene som ligger bak disse rettsreglene, kommer også til uttrykk i ulike regler om utmåling og – ikke minst – gjennom regler om skadelidtes medvirkning. Det er symptomatisk at myke trafikanter har et ekstra vern gjennom at de bare kan få redusert sin erstatning dersom deres medvirkning skjer ved en atferd som overstiger terskelen «lite til last».<sup>62</sup> Denne regelen ble etablert allerede i 1961, altså før den 50-årsperioden som settes under lupen i denne artikkelen. Slike regler gjelder spesielle livsområder, men også den alminnelige medvirkningsregelen har i praksis en viss «innslagsterskel». Norske dommere er forsiktige med å redusere erstatningen i personskadesaker.

Dette skyldes tidvis en uttalt tanke om at det er «sosialt uforsvarlig» å redusere erstatningen, særlig hvis skadelidte er ung og hardt rammet. Tanken om det sosialt uforsvarlige var først fremme i forarbeidene til bilansvarsloven,<sup>63</sup> og har i dommer de siste tiår blitt trukket frem som begrunnelse for å unnlate eller begrense avkortning av erstatning.<sup>64</sup> De sosiale betraktninger har også i høy grad vært et argument mot å avkorte erstatning overfor etterlatte når disse passivt identifiseres med avdød direkte skadelidte. Synsmåten har ført til at avkortningen er standardisert til 20 % når avdød sjåfør har utvist grov uaktsomhet, eventuelt gjennom kjøring i alkoholpåvirket tilstand.<sup>65</sup> Tendensen til å legge vekt på sosiale hensyn må ses i sammenheng med den høye graden av forsikringsdekning på de ulike livsområder. Den omstendighet at skadevolder oftest er forsikret, taler i seg selv mot å avkorte erstatningen. Denne tanken har blitt formulert også i forarbeidene til reglene om personskadeutmåling i lovens kapittel 3.<sup>66</sup>

For *tingskader* har erstatningsreglene i sin tradisjonelle form stort sett holdt stand. Det har de siste 50 år ikke vært behov for å utvikle nye prinsipielle grep for å håndtere denne siden av erstatningsretten, bortsett fra på ett punkt: utviklingen

62 Se bal. § 7 første ledd og lov 11. juni 1993 nr. 100 (jernbaneloven) § 12.

63 Se Ot.prp. nr. 24 (1959–1960) s. 30.

64 Se henholdsvis Rt. 2005 s. 817 (passasjer unnlot bruk av setebelte med stor skade til følge) og Rt. 2008 s. 453 (skadelidte hadde vorspiel med sjåfør som drakk betydelige mengder alkohol, hvorpå de to la ut på felles kjøretur med alvorlig skade til følge. Avkortning med 40 %, men sosiale hensyn ble vektlagt).

65 Rt. 2014 s. 1192 og Rt. 2015 s. 142.

66 At skadevolder ofte er forsikret, ble av justiskomiteen under forarbeidene til lovnovellen av 1985 løftet frem som et viktig argument mot passiv identifikasjon ved forsørgertap, se Innst. O nr. 92 (1984–1985) s. 7.

av et eget produktansvar. I 1988 fikk vi en egen produktansvarslov som i høy grad søkte å tilfredsstillende et EU-direktiv om produktansvar, til tross for at Norge på det aktuelle tidspunktet ennå ikke hadde inngått EØS-avtalen. Produktansvaret for sikkerhetsmangler kan oppfattes som en ny ansvarsform i norsk rett, men i teorien har man sammenlignet ansvaret med dommer om ulovfestet objektivt ansvar innenfor kategorien «uforsvarlig ordning».<sup>67</sup>

En interessant utviklingslinje ligger videre i at ideelle interesser som har blitt skadelidende ved tingskade, i større grad enn før har fått et uttalt vern. Her har det skjedd en utvikling gjennom en rekke dommer der hovedtendensen nå kan formuleres som følger:<sup>68</sup> Hvor tingskader rammer en ideell bruksinteresse i tingen, kan utgifter pådras for å gjenopprette skaden, selv om det ikke foreligger økonomisk tap i tradisjonell forstand. Det blir ofte et spørsmål om hvilke tap, utgifter og ulemper som faller innenfor grenser som kan aksepteres ut fra erstatningsrettslige argumenter for det enkelte typetilfelle.<sup>69</sup> De ideelle interessenes vern må ha støtte i samfunnsoppfatninger, og utgiftenes størrelse må undergis en forholdsmessighetsvurdering.

### 3.3 Ren formueskade

*Ren formueskade* er i løpet av de siste 50 år, som nevnt, blitt en langt mer aktuell erstatningspost enn før. Samtidig er grenseområdet mot kontrakterstatningsrett blitt mer aktualisert. De rene formuestap oppstår ofte i forbindelse med utførelse av kontraktsforpliktelser i ulike former. Vi har særlig de siste to tiår fått en mengde dommer som omhandler rent formuestap, dels basert på kontraktsrettslige synsmåter. Rettsvitenskapen har fulgt opp den nevnte utviklingen med flere doktoravhandlinger og andre arbeider med rene formueskader som hovedtema.<sup>70</sup> En forklaring på utviklingen kan være at den blant annet skyldes den teknologiske og kommersielle utviklingen i samfunnet, herunder den årsaksfaktor at omsetning

<sup>67</sup> Se om dette Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Bergen 2007, s. 462, og Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Oslo 1989, s. 248–249.

<sup>68</sup> Rt. 1992 s. 1469, Rt. 1996 s. 1473, Rt. 2013 s. 116 og Rt. 2015 s. 216. Se om utviklingen Arnt Erlend Skjefstad, *Erstatningsberegning – særlig om fradrag for fordel i kontraktsrett og erstatningsrett*, Oslo 2016.

<sup>69</sup> Se om dette Erik Monsen, «Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade», *Jussens Venner* 2010, s. 1–67.

<sup>70</sup> Se blant andre Erik Monsen, *Berikelseskrav*, Oslo 2007; Olav Fredrik Perland, *Tilretteleggeransvar*, Oslo 2010; Bjarte Thorson, *Erstatning for rene formuestap*, Oslo 2011; Sören Koch, «Erstatning for bortkastede utgifter», *TfR* 2012, s. 581–636, og Færstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*.

skjer hyppigere og hurtigere enn før, dels på grunn av datateknologiens utvikling. Videre er det på dette området et betydelig innslag av påvirkning fra EU-retten.<sup>71</sup>

Erstatning for ren formueskade kan være aktuelt for å fremme ønsket atferd i ulike kommersielle samhandlingsmønstre. Dette er nødvendig for å regulere et næringsliv med raske og voluminøse transaksjoner, og hvor en god del av den økonomiske verdien som forvaltes, er immaterialrettigheter («intellectual property»). Utviklingen har på ulike områder ført til særskilte utmålingsregler, som er egnet til forholdsmessige sanksjoner for uønsket atferd. En nærmere beskrivelse av denne utviklingen er gitt i punkt 3.4 nedenfor.

### 3.4 Ikke-integritetskrenkelser og økonomiske fordeler på skadevolders hånd som utmålingskriterium

Erstatningsrettens hovedfokus er - og har alltid vært - kompensasjon for faktiske negative effekter i form av økonomisk tap og ikke-økonomisk skade på skadelidtes hånd. Når det gjelder *integritetskrenkelser* (personskade og tingskade), vil slik kompensasjon gjennomgående være egnet til å ivareta og fremme grunnleggende reparasjons- og prevensjonshensyn. Dette skyldes at de typiske faktiske effektene av integritetskrenkelser er nettopp økonomisk tap og, særlig hva gjelder personskader, ikke-økonomisk skade.<sup>72</sup>

*Ikke-integritetskrenkelser* vil ofte medføre andre faktiske effekter enn integritetskrenkelser. Eksempelvis er det typisk at *urettmessig utnyttelse av ting eller rettighet*, og annen *snylting* på annen manns innsats eller eiendom, medfører en økonomisk fordel for den som opptrer urettmessig. Det kan f.eks. være sparte lisenskostnader eller (økte) inntekter ved urettmessig utnyttelse av en immaterialrett. Samtidig er det lett å tenke seg at slik utnyttelse ikke kommer i konflikt med den krenkedes egen utnyttelse av tingen eller rettigheten, og at det derfor ikke har oppstått noe økonomisk tap. For øvrig kan spørsmålet om den krenkede har lidt et økonomisk tap, reise vanskelige spørsmål om hypotetiske årsaksforhold, noe som kan gjøre det relativt vanskelig å dokumentere at tap er lidt, og i tilfelle tapets omfang.

Erstatningsretten har vist seg noenlunde utviklingsdyktig i møte med slike typetilfeller som ikke innehar de samme karakteristika som de mer tradisjonelle typetilfellene på rettsområdet. En hovedutfordring har vært at tilkjennelse av

71 Jf. Thorson 2011.

72 Dette hovedfokuset gjenspeiles i skadeserstatningsloven, se §§ 3-1 og 4-1 om erstatning for økonomisk tap som følge av henholdsvis personskade og tingskade, samt bl.a. §§ 3-2 og 3-5 om menerstatning og oppreisningserstatning for tort og smerte.

erstatning for økonomisk tap i aktuelle tilfeller ofte ikke vil innebære en effektiv og adekvat reaksjon mot rettsbruddet, dels på grunn av ovennevnte bevisvansker, og dels fordi krenkerens økonomiske fordeler gjerne vil overstige et eventuelt tap på krenkedes hånd. Og tilkjennelse av kompensasjon for ikke-økonomisk skade vil sjelden være aktuelt, dels fordi slik skade sjelden inntreffer, dels fordi det knapt eksisterer relevante lovhjemler.<sup>73</sup>

To høyesterettsavgjørelser fra 1980-tallet er egnet til å illustrere hvordan erstatningsretten har vist seg utviklingsdyktig. Sakene gjaldt henholdsvis urettmessig tamreinbeiting på annen manns grunn (Rt. 1981 s. 1215 *Trollheimen*) og uriktige påstander fremsatt i en avis til skade for et aksjeselskap (Rt. 1987 s. 764 *Akers Mek*). I begge sakene ble det lagt til grunn at det ikke var dokumentert et erstatningsmessig tap. Det underliggende spørsmålet i begge sakene kan sies å ha vært om det erstatningsrettslige tapsvilkåret var til hinder for tilkjennelse av en effektiv og adekvat monetær reaksjon mot det aktuelle rettsbruddet.

I *Akers Mek* avgjorde Høyesterett at en juridisk person kan lide «skade av ikke økonomisk art» (skl. § 3-6). Det er ikke umiddelbart nærliggende å konkludere med at et aksjeselskap kan være bærer av slike ikke-økonomiske interesser som ligger til grunn for oppreisningsinstituttet. For Høyesterett var det imidlertid avgjørende at både «prevensjonshensynet og ønsket om å kunne bruke oppreisningsinstituttet hvor tap vanskelig lar seg bevise», gjør seg gjeldende enten den krenkede er en fysisk eller en juridisk person (s. 773). Dette er uttrykk for et ønske om og behov for å møte krenkelser med effektive og adekvate reaksjoner.

*Trollheimen* gjaldt som nevnt urettmessig tamreinbeiting på annen manns grunn, uten at beitingen hadde resultert i et dokumentert økonomisk tap for grunneierne. Høyesterett tilkjente grunneierne «en erstatning som svarer til et rimelig vederlag for at deres eiendommer er brukt til beite», på grunnlag av følgende rettsnorm:

Utgangspunktet må være at den som bruker en annens eiendom med kjennskap til at han ikke har rett til det, må betale vederlag for bruken [...]. Et

<sup>73</sup> Det er lagt til grunn i rettspraksis, se bl.a. Rt. 2013 s. 805 (avsnitt 24), at krav på slik kompensasjon er betinget av hjemmel i lov eller avtale. Med et slikt særlig hjemmelskrav blir det etter omstendighetene desto viktigere å fastlegge rekkevidden av tapsvilkåret opp mot ideelle interesser, f.eks. ikke-økonomiske bruksinteresser knyttet til en ting som har blitt skadet, eller ikke-økonomiske interesser knyttet til et åndsverk. Illustrerende i så måte er Høyesteretts fortolkning av formuleringen «økonomisk tap» i skl. § 4-1 i Rt. 1992 s. 1469.



vederlag for den rettsstridige bruk må kunne tilkjennes uavhengig av om eieren er blitt påført noe tap, og da også uavhengig av størrelsen av det tap som måtte være blitt påført. (s. 1227)

Et slikt vederlagskrav tilsvarer et hypotetisk kontraktsvederlag og innebærer at krenkeren i det minste ikke kommer bedre ut av det økonomisk enn om han hadde gått rettmessig frem og innhentet grunneiernes samtykke. Uten mulighet for å tilkjenne et slikt «minimum» ville erstatningsretten fått et «impotent» preg i et slikt tilfelle som det aktuelle; man ville ikke hatt noen rettslige reaksjoner å møte rettsbruddet med.

I *Trollheimen* understreket Høyesterett at den ikke tok stilling til «[i] hvilken utstrekning eieren vil kunne kreve et høyere beløp, basert på den økonomiske vinning som brukeren har hatt [...] idet et slikt krav ikke er fremsatt» (s. 1227). Høyesterett skiller her mellom et *vederlagskrav* i form av et hypotetisk kontraktsvederlag og et *vinningsavståelseskrav*, dvs. et krav på avståelse av vinning – f.eks. en nettofortjeneste – som krenkeren faktisk måtte ha oppnådd ved den urettmessige utnyttelsen.

Spørsmålet om det på ulovfestet grunnlag kan tilkjennes vinningsavståelseskrav, kom opp for Høyesterett i Rt. 2007 s. 817 *Konkurransesklausul*. Saken gjaldt en tidligere kreativ leder (A) som etter å ha fratrudd sin stilling handlet i strid med en konkurransesklausul som forbød vedkommende å betjene enkelte av tidligere arbeidsgivers (Bs) kunder. Det ble lagt til grunn at aktuelle kunder uansett ikke ville ha fortsatt kundeforholdet til B etter at A hadde sluttet i stillingen som kreativ leder. En slik forutsetning er nærliggende i kundeforhold som er personrelaterte. Under henvisning til denne forutsetningen ble det lagt til grunn at B ikke hadde lidt økonomisk tap som følge av As brudd på konkurransesklausulen.

B fikk heller ikke medhold i at A skulle avstå berikelsen han hadde oppnådd ved rettsbruddet. Høyesterett utelukket ikke at det «etter omstendighetene kan være grunnlag for slike berikelseskrav [vinningsavståelseskrav] ved brudd på konkurransesklausuler», men la til grunn, hensett til at A «bare handlet uaktsomt», at det ikke kunne være grunnlag for et berikelseskrav i det aktuelle tilfellet (avsnitt 51).

Overtredelse av en konkurransesklausul vil typisk resultere i økonomiske fordeler for den som opptrer urettmessig, og spørsmålet om økonomisk tap vil ofte bero på vanskelige bevisvurderinger knyttet til hypotetisk årsakssammenheng. Det er lett å tenke seg situasjoner der det enten ikke er lidt økonomisk tap, eller det er oppnådd økonomiske fordeler som overstiger et eventuelt tap. *Konkurransesklausul*

illustrerer nettopp dette, samt at man kan bli stående uten effektive og adekvate reaksjoner dersom man ikke retter fokus på krenkerens økonomiske fordeler som utmålingskriterium.

I 2013 fikk blant annet slike synspunkter et gjennomslag i lovgivningen, i og med vedtakelsen av nye bestemmelser om utmåling av monetære sanksjoner i immaterialrettslovene og markedsføringsloven.<sup>74</sup> Etter disse bestemmelsene kan krenkede, i tilfeller der krenkeren har utvist forsett eller uaktsomhet, velge mellom følgende kravstyper eller utmålingsmetoder: (i) rimelig vederlag for bruken, samt erstatning for skade som følge av utnyttelsen, som ikke ville ha oppstått ved avtale om bruk, (ii) erstatning for skade som følge av den urettmessige utnyttelsen, og (iii) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved rettsbruddet.<sup>75</sup> Bestemmelsene hjemler med andre ord vederlagskrav, erstatningskrav og vinningsavståelseskrav. Dersom det er handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, kan krenkede etter omstendighetene kreve det dobbelte av rimelig vederlag (punkt (i)). Dette er en form for preventivt motivert påslag, og illustrerer ønsket om effektive reaksjoner.<sup>76</sup>

Det er neppe tvilsomt at denne omfattende lovgivningen kan få betydning for rettsutviklingen på ulovfestet område. Når det gjelder vederlagskrav, var rettstilstanden riktignok ganske godt avklart også forut for 2013. I Rt. 2009 s. 1568 *Finch* ble det på ulovfestet grunnlag, i medhold av «alminnelege rettsgrunnsetningar», tilkjent et rimelig vederlag for urettmessig billedbruk (avsnitt 50). I den grad *Trollheimen* skulle ha etterlatt et inntrykk av at tilkjennelse av vederlagskrav på ulovfestet grunnlag er betinget av forsett, er det nå klart at rettskildematerialet ikke gir grunnlag for et slikt skyldkrav; uaktsomhet er tilstrekkelig.

<sup>74</sup> Se Prop. 81 L (2012–2013), bl.a. s. 41.

<sup>75</sup> Se lov 15. desember 1967 nr. 9 (patentloven) § 58, lov 26. mars 2010 nr. 8 (varemerkeloven) § 58, lov 14. mars 2002 nr. 15 (designloven) § 40, lov 15. juni 1990 nr. 27 (kretsmønsterloven) § 6, lov 12. mars nr. 32 (planteforedlerloven) § 23, lov 9. januar 2009 nr. 2 (markedsføringsloven) § 48 b. Se tilsvarende i lov 15. juni 2018 nr. 40 (åndsverkloven) § 81. Forut for lovrevisjonen fant man en bestemmelse om vinningsavståelse uten hensyn til skyld i den tidligere åndsverkloven, lov 12. mai 1961 nr. 2, § 55 annet ledd, mens immaterialrettslovgivningen for øvrig ikke inneholdt bestemmelser om vinningsavståelse. Når det gjelder juridisk teori om kravstypene vederlagskrav og vinningsavståelseskrav fra tiden forut for lovrevisjonen, kan det vises til Monsen (2007) og Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik, «Hva er immaterialretten verd?», i Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup 70 år*, Oslo 2002, s. 511–548.

<sup>76</sup> Bestemmelsene er åpenbart inspirert av reguleringen av monetære sanksjoner i Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhevelsen av intellektuelle eiendomsrettigheter («håndhevelsesdirektivet»), selv om direktivet har blitt ansett for ikke å være EØS-relevant; se Prop. 81 L (2012–2013) s. 42: «Selv om Norge ikke er forpliktet til å oppfylle kravene i direktiv 2004/48/EF, er det viktig at de norske håndhevingsreglene oppfyller minimumskravene i direktivet.»

Når det så gjelder krav på avståelse av vinning oppnådd ved rettsstridig atferd, f.eks. urettmessig utnyttelse av ting eller overtredelse av konkurranseklausuler eller andre unnlatesplikter, er rettstilstanden på ulovfestet område mindre avklart. Det er imidlertid neppe grunnlag for å oppfatte avgjørelsen i *Konkurranseklausul* som avgjørende for et krav om forsett eller grov uaktsomhet. Høyesterett foretok ikke en egentlig analyse av spørsmålet; det uttalte kravet om grov skyld blir ikke forsøkt begrunnet i nevneverdig grad. Dessuten utgjør 2013-lovrevisjonen et tungtveiende argument mot å operere med et (generelt) krav om grov skyld for tilkjennelse av vinningsavståelseskrav på ulovfestet grunnlag.

Nevnte lovrevisjon har bidradd til avklaring av praktisk viktige spørsmål og derigjennom til mer effektive monetære sanksjoner mot ikke-integritetskrenkninger med kommersielle tilsnitt. Når det gjelder utviklingen fremover, er et av de mest interessante spørsmålene om Høyesterett vil anerkjenne vinningsavståelseskrav på ulovfestet område etter mønster av nevnte lovregler.<sup>77</sup> Et annet spørsmål som nok vil være av praktisk interesse, er om det også på ulovfestet område er grunnlag for å gi vederlagskrav et preventivt påslag i tilfeller der krenkeren har utvist forsett eller grov uaktsomhet.

## 4 Internasjonaliseringen av norsk erstatningsrett

### 4.1 Innledning

I 50-årsperioden som her er satt under lupen, har erstatningsretten i stadig sterkere grad blitt påvirket av internasjonal rett. Det er i første rekke Norges tilknytning til EU via EØS-avtalen som har bevirket dette.<sup>78</sup> Norges tilslutning til Den europeiske menneskerettskonvensjon og andre konvensjoner på menneskerettsområdet har hatt mindre innflytelse så langt, men det finnes en rekke indikasjoner på at slike innslag vil bli sterkere i årene som kommer (se nedenfor).

### 4.2 EØS-rett

Når det gjelder EØS-rett, er det særlig på bilansvarslovens område EU-retten har hatt betydelig innvirkning på norsk rett. De fem trafikkforsikringsdirektivene, som til sist ble konsolidert gjennom dir. 103/2009/EF med tilhørende praksis, har

<sup>77</sup> Det kan bemerkes at det ikke er noe i forarbeidene til lovrevisjonen som tyder på at lovgiver har sett for seg at området for vinningsavståelseskrav skal anses uttømt ved den aktuelle lovgivningen.

<sup>78</sup> Se en egen artikkel om dette emnet Are Stenvik, «Erstatningsrettens internasjonalisering», *TfE* 2005, s. 3–61.

på flere punkter ført til endringer av bilansvarslovens bestemmelser og for øvrig påvirket tolkningen av loven. En viktig utviklingslinje her har vært at *passasjer-vern*et som følger av EUs trafikkforsikringsdirektiv og EU-domstolens praksis, har blitt styrket i en slik grad at det har fått innvirkning på norsk rett på området.<sup>79</sup>

Dommen i Rt. 2000 s. 1811 førte av denne grunn til oppheving av bilansvarsloven § 7 tredje ledd om bortfall av erstatning for passasjer som visste om førers alkoholpåvirkning. For å bringe loven i bedre samsvar med dagjeldende direktiv og formålet om å beskytte passasjerer ble passasjerer foreslått å reguleres av hovedregelen i bal. § 7 første ledd.<sup>80</sup> Senere falt flere dommer i EU-domstolen som bekreftet at en slik «abstrakt» regel om bortfall av erstatning, slik som den tidligere bal. § 7, gikk for langt i å undergrave direktivets effektivitet.<sup>81</sup> I en serie dommer har EU-domstolen påpekt at avkortning av erstatningen bare kan gjøres ut fra en individuell vurdering, og bare så langt det er forholdsmessig. Dommene innebærer at anvendelsen av den norske bilansvarslovens § 7 første ledd bare kan gjøres med et sideblikk til de skranker EU-dommene setter.<sup>82</sup>

I 2009 fikk bilansvarsloven et tillegg, for å gjøre forsikringen ansvarlig for oppreisningserstatning hvor bilfører utviser grov uaktsomhet.<sup>83</sup> Dette var nødvendig for å sikre at erstatningsansvar som oppstår under bilansvaret, er dekket av forsikring.<sup>84</sup>

Så sent som i 2018 ble bilansvarslovens § 2 endret for å komme i samsvar med dekningsfeltet som ble trukket opp av EU-domstolens avgjørelse i sak C-162/13 *Vnuk*.<sup>85</sup>

Hovedinntrykket er at den norske bilansvarsordningen nå gir en god dekning for de skadelidte, som er helt på linje med de formål som ligger bak trafikkforsikringsdirektivene; se nå fortalen i dir. 103/2009. Det er likevel interessant å merke seg at norsk rett har måttet endres for å følge med utviklingen i EU på dette området.

79 Dette poenget er spesifikt løftet frem av Høyesterett, se Rt. 2014 s. 1192 (avsnitt 43–47).

80 Se om dette Ot.prp. nr. 67 (2000–2001) s. 5–6.

81 Se særlig avgjørelse i sak av 30. juni 2005, C-537/03, *Candolin*, EU:C:2005:417.

82 Se om problematikken Rt. 2008 s. 453.

83 Se om problemstillingen EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-8/07, *Celina Nguyen v. Norge*, EFTA Ct. Rep. 224.

84 Se om dette Ot.prp. nr. 28 (2008–2009) s. 6–7.

85 Sak av 4. september 2014, C-162/13 *Vnuk*, EU:C:2014:2146. Se Justisdepartementets høringsbrev med frist 22. januar 2018 og videre oppfølging av dette forslaget til lovendring.

På produktansvarets område er produktansvarsdirektivet som kjent et totalharmoniseringsdirektiv. Denne omstendighet har ført til at den norske lovens § 1-1 andre ledd langt på vei må bortfortolkes i lys av dommer fra EU-domstolen. I Rt. 2004 s. 122 ble konsekvensen av denne synsmåten tatt, og den alminnelige oppfatningen er nå at det ikke er plass til et ulovfestet objektivt ansvar ved siden av produktansvarsloven.

EØS-retten gjør seg ellers gjeldende på en rekke livsområder som reguleres av kontrakt mellom potensiell skadevolder og skadelidt, for eksempel hva gjelder flytrafikk og jernbanetransport, pakkereiser og diskriminering i arbeidsforhold. EØS-retten påvirker dessuten ulike lover som regulerer immaterialrettslige spørsmål.<sup>86</sup>

Helt generelt er det grunnlag for å hevde at EU-domstolens praksis påvirker også alminnelig norsk erstatningsrett.<sup>87</sup> Påvirkningen skjer i første rekke på de direktivregulerte områdene, slik det er beskrevet for bilansvar og produktansvar ovenfor. Samtidig kan vi neppe utelukke at det også skjer en påvirkning av «klimaet» for erstatningsrettslige vurderinger på områder som reguleres av alminnelige erstatningsrettslige regler og skadeserstatningsloven av 1969. Den omstendighet at det settes grenser for hvor mye skadelidtes krav kan avkortes i bilansvarssaker (jf. ovenfor), vil lett påvirke beslektede spørsmål på andre områder. Vi har lang tradisjon for at det er et samspill mellom utviklingen av medvirkningsregelen i bal. § 7 og den alminnelige regel om skadelidtes medvirkning i skl. § 5-1.<sup>88</sup> Avkortningsvurderingene må stå i et visst forhold til hverandre. Hvor det er en forsikret skadevolder som påberoper seg skl. § 5-1, er det derfor vanskelig å se bort fra de presentsatser som er lagt til grunn i bilansvarssaker.<sup>89</sup> Presentsatsene er valgt under iaktakelse av hva som kreves i henhold til EU-direktivene, noe som fremgår mer eller mindre eksplisitt i dommene.<sup>90</sup> Slik får EU-domstolens vurderinger indirekte betydning for alminnelig norsk erstatningsrett.<sup>91</sup>

86 Se punkt 3.4 om håndhevelsesdirektivets betydning for utviklingen av nye monetære sanksjoner på bl.a. immaterialrettens område.

87 Se observasjoner om dette allerede i 2006, jf. Monsen, *TfE* 2006.

88 Se for eksempel Rt. 1997 s. 149.

89 Grov uaktsom medvirkning leder gjerne til 30 % reduksjon, se om dette Rt. 2000 s. 1811, Rt. 2008 s. 453, som også i avsnitt 54–55 henviser til en sanksjonerende forarbeidsuttalelse i Ot.prp. nr. 67 (2000–2001) s. 6. Passiv identifikasjon ved forsørgertap leder gjerne til 20 % avkortning hvor avdøde har utvist grov skyld; se Rt. 2014 s. 1192 og Rt. 2015 s. 141.

90 Se for eksempel Rt. 2008 s. 453 og Rt. 2014 s. 1192.

91 Om dommen i Rt. 2014 s. 1192 se Knut Martin Tande, «Sosiale hensyn i erstatningsretten – grunnleggende prinsipp eller moment i særlige tilfeller i utmålingen», *TfE* 2015, s. 1–5.

I tillegg til EØS-avtalen og EU-rettens betydning for den materielle delikts-erstatningsretten er det på sin plass å nevne at EU-retten i høy grad påvirker erstatningsspørsmål som oppstår i kontraktsforhold. En meget aktuell problematikk som i høy grad er generert av EU-rett, er spørsmålet om forbigått anby-der ved offentlige anskaffelser har krav på erstatning, og hvordan denne i så fall skal beregnes. Rettsforskere fra Det juridiske fakultet i Bergen har her ved flere anledninger vist vei, etter den viktige høyesterettsdommen om problemstillingen referert i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*.<sup>92</sup> En viktig del av problematikken i slike saker er nettopp hvordan erstatningsreglene innenfor norsk kontrakts- og anbudsrett skal tilpasses EU-rettens krav.

### 4.3 EMK og menneskerettigheter i erstatningsretten

Norge har som kjent ratifisert EMK og en rekke andre menneskerettighetskonvensjoner. Hittil har menneskerettighetene bare sporadisk og på overfladisk måte grepet inn i den alminnelige materielle erstatningsrettslige debatten. I Høyesterett har slike anførsler bare sjelden blitt anvendt, og oftest slik at de ikke har fått betydning for saken.<sup>93</sup> På den annen side synes rettslitteraturen i stadig større grad å få øynene opp for at det kan være spenninger og inkonsistens mellom de krav konvensjonene setter, og den tradisjonelle norsk erstatningsretten.<sup>94</sup> Det er grunn til å tro at vi kan forvente en utvikling som er sammenlignbar med utviklingen i svensk rett, hvor det offentliges ansvar for brudd på EMK først ble utviklet i Högsta domstolen, for deretter å bli knesatt i den alminnelige skadeståndslagen.<sup>95</sup> Det er egentlig noe underlig at norsk rett i så liten grad har fanget opp EMK som rettsgrunnlag i erstatningsretten. Rettslitteraturen synes imidlertid å lede an mot en større åpenhet for bruk av menneskerettighetskonvensjoner.<sup>96</sup>

92 Se blant annet artiklene til Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor», i Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup 70 år*, Oslo 2002, s. 121–156, og Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker», *TfR* 2018, s. 141–205.

93 Rt. 2009 s. 1237 (avsnitt 130–148), Rt. 2013 s. 588 og HR-2018-1014-A (avsnitt 52–53).

94 Se Morten Kjelland, *Erstatningsrett – en lærebok*, Oslo 2016, s. 65–76; Erling Hjelmeng, «Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer», *TfE* 2016, s. 211–229; Henrik Vaaler, «Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK», *Lov og Rett* 2017, s. 299–317; og Jørgen Aall og Bjarte Askeland, «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd», *TfE* 2017, s. 3–6.

95 Skadeståndslagen 3. kap. 4 § og 5. kap. 8 §, jf. også Bertil Bengtson og Erland Strömback, *Skadeståndslagen. En kommentar*, 6. utgave 2018, s. 131–135 og s. 432–439.

96 Se som eksempel Birgitte Hagland, «Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte», *TfE* 2018, s. 79–107, jf. også Erling Hjelmeng, *TfE* 2016.

## 5 Rettsvitenskapens betydning og utvikling

Produksjonen av rettslitteratur i faget har endret seg dramatisk de siste 50 år. Dette gjelder både produksjonen av doktorgrader, artikler og lærebøker.

Det var en milepæl for både faget og Institutt for privatrett i Bergen da Nils Nygaard avla sin doktorgrad om temaet *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis* i 1974. Doktorgraden dannet senere en solid base for læreboken *Skade og ansvar*, som kom ut i 1976, 1980, 1985, 1992, 2000 og 2007. Fra 1985 og frem til 2015 fantes det bare én annen lærebok i faget, som hadde sitt utgangspunkt i juristutdanningen i Oslo. Den andre forfatteren var Peter Lødrup, som ga ut Lærebok i erstatningsrett i 1985. Peter Lødrup tok sin doktorgrad i erstatningsrett på emnet «Luftfartsansvaret» allerede i 1966.

De vitenskapelige prosjektene til de to mest sentrale akademikerne i faget fra 1970-tallet og frem til 2010 var svært forskjellige. Lødrups doktorgradsprosjekt var atskillig mer internasjonalt rettet enn Nygaards, også på grunn av temaets rekkevidde over landegrensene. Lødrup var også en av veldig få i fagmiljøet som hentet solid inspirasjon fra fransk rett i sin doktorgrad. Opplegget for lærebøkene til de to forfatterne var også svært forskjellig. De utfylte hverandre som lærebøker i de to juristutdanningene, som veiledning for advokater, og veivisere for Høyesterett gjennom 40 år.<sup>97</sup>

Nygaards vitenskapelige program preget alle senere utgaver av hans lærebøker. Spesielt for dette er blant annet en klar bevissthet knyttet til erstatningsrettens metodiske dimensjoner. Han uttaler at

[e]mnet er dei reglar og retningsliner som blir eller som bør bli fylgde under den arbeidsoperasjonen som må til for å avgjera om vedkomande handla aktlaust. [...] Ein har bruk for å kjenna både generelle argumentasjons- og vurderingsmønster, og kor strenge krav om aktsemd som blir stilt på dei ymse område. I ei viss mon kan analysen av praksis leggjast opp slik at begge desse to behov blir stetta. Men det blir ein måte å tena to herrar. Ein må helst velja den eine. Eg har valt den – som vel er den vanskelegaste – å prøve å finne fram til generelle argumentasjons- og vurderingsmønster i aktløysepsørsmålet.<sup>98</sup>

97 Se blant annet henvisningen til Nygaard, *Skade og ansvar* (2007) så sent som i 2012, i Rt. 2012 s. 1420 (avsnitt 42).

98 Nygaard 1974, s. 19 og 21.



For dette formålet foretok Nygaard en historisk grundig, empirisk analyse av høyesterettspraksis.

Nygaard er også kjent for sine banebrytende arbeid om årsak og bevis. Han var en av få forskere som allerede på 1980-tallet innledet tverrfaglig samarbeid, og i 1986 kom boken *Årsak og bevis ved ansvar for skade*.<sup>99</sup> Nygaard ga i dette arbeidet også et bidrag til bevisteorien i sivilprosessen, og la utgangspunktet for sin teori om faktisk årsakssammenheng – realiseringslæren.<sup>100</sup>

Nygaard ga også senere ut det eneste vitenskapelige verket om spesialområdet *Bilansvar* i 1990.

Den neste doktorgraden som ble avlagt i Bergen i faget alminnelige erstatningsrett, kom i 2001. Det var en generell analyse av erstatningsrettslig identifikasjon.<sup>101</sup> Siden har det kommet flere doktorgrader, både innenfor den alminnelige erstatningsretten og i grenseområdet mot andre rettsområder.<sup>102</sup> Per i dag er Bergen det fagmiljøet som har flest doktorgrader i faget. Totalt har det de siste 20 år kommet 15 doktorgrader på fagfeltet.<sup>103</sup> Erstatningsretten har også de siste ti år vakt interesse hos seniorer med doktorgradkompetanse fra andre rettsområder. I 2018 foreligger det hele fire nye lærebøker, i tillegg til de to nevnte lærebøkene av Nygaard og Lødrup, hvorav én er en innføringsbok der Askeland har overtatt arven etter Lødrup.<sup>104</sup>

Da Nygaard avla sin doktorgrad i 1974, var tilnærmingen svært nasjonal og rettet mot analyse av praksis. I senere doktorgrader fra Bergen har prosjektene vært atskillig mer internasjonalt rettet, og særlig mot tysk rettsvitenskap. Det vitenskapelige programmet er også preget av en rettsteoretisk og metodisk debatt, til dels inspirert av nordiske kolleger. Avhandlingene er videre influert av internasjonale

99 Nils Nygaard, Ole Hagen og Siri Nome, *Årsak og Bevis ved ansvar for skade*, Oslo 1986.

100 Se omtale av denne blant annet i Magne Strandberg 2005, s. 78.

101 Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*.

102 Bent Liisberg, *Erstatningsansvar for offentlig servicevirksomhet*, 2005; Amund Tørum, *Direktekrav*, 2006; Erik Monsen, *Berikelseskrav*, 2007; Anne Marie Frøseth, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, 2008; Jan-Ove Færstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, 2011; og Arnt Skjefstad, *Erstatningsberegning – særlig om fradrag for fordeler*, 2015.

103 Se om dette Bjarte Askeland, «Gullalder i erstatningsrettslig litteratur», *TfE* 2009, s. 143 flg.; i tillegg kommer doktorgradene omtalt i fotnoten over, samt doktorgrader avlagt ved Universitetet i Oslo: Morten Kjelland, *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten: en analyse av generelle og spesielle regler om årsakssammenheng*, 2008; Bjarte Thorson, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, 2011; og Birgitte Hagland, *Erstatningsbetingende medvirkning*, 2012.

104 Hagstrøm/Stenvik; Kjelland, *Erstatningsrett – en lærebok*, 2016; Trine-Lise Wilhelmsen/Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett*, Oslo 2017; og Peter Lødrup, John Asland og Bjarte Askeland, *Oversikt over erstatningsretten*, 9. utgave, Oslo 2018.

og komparative forskningsprosjekter, og internasjonaliseringen som har preget feltet mer eller mindre direkte; se ovenfor i punkt 4. Blant annet har de ulike arbeidene med modell-lover fanget interesse. Innflytelsen fra denne typen kilder er særlig en følge av at erstatningsrettsforskerne siden begynnelsen av 2000-tallet har deltatt i komparative forskningsprosjekter for europeisk rettsutvikling på sentrale tema. Det har også blitt gjennomført to større forskningsprosjekter med sete i Tyskland og Østerrike, med formål å utvikle modell-lover som kan danne utgangspunkt for en bedre erstatningsrett felles for Europa.<sup>105</sup> Lærebøkene viser gjennomgående til disse kilder som en del av den alminnelige teoretiske diskusjonen, og bruker løsningene til inspirasjon for anbefalinger der man ikke har konkrete holdepunkter i nasjonale kilder. Høyesterett har imidlertid per i dag bare henvist til en modell-lov ved ett tilfelle på erstatningsrettens område; se dommen i Rt. 2008 s. 1078 omtalt ovenfor i punkt 2.2. Den konkrete henvisningen gjaldt, som nevnt, en amerikansk modell-lov etter lignende modell som de europeiske. Den samme nøkterne holdningen til mer generell bruk av disse kildene finnes igjen i de øverste domstolene i andre europeiske land.

Høyesterett har i løpet av de siste 50 år endret sin rolle i rettsutviklingen. Etter at tvisteloven 2005 trådte i kraft, har domstolen gått fra å være en domstol med prejudikatseffekt til å bli en prejudikatsdomstol. Som følge av dette, og som følge av at en yngre generasjon dommere har sluppet til, artikuleres en klarere holdning til samspillet med rettsvitenskapen. Rettsvitenskapen har på sin side ikke sjelden kritisert Høyesterett, og pekt på mulige svakheter ved dommene.<sup>106</sup>

Forhandlingene i Høyesterett baseres også i atskillig større grad enn før på utførlige teoretiske utdrag, både fra doktoravhandlinger og artikler.<sup>107</sup> Domstolen har i varierende grad vist til litteraturen i faget for sine avgjørelser, men har de siste årene åpenbart vært seg mer bevisst sin rolle som rettsutvikler for de erstatningsrettslige reglene. Siste merkestein i så måte er førstvoterendes uttalelse i saken om pårørendes erstatningsrettslige vern i HR-2018-2080-A (avsnitt 44, nærmere om

105 Se om denne utviklingen i erstatningsretten generelt, Cees van Dam, *European Tort law*, 2. edition, Cambridge 2013, s. 108–113.

106 Se som eksempel Knut Martin Tande, «Høyesterett som prejudikatsdomstol innen erstatningsretten – foredling eller friere rettspolitikk?», *TfE* 2016, s. 30–68.

107 Høyesterett: Anke, saksforberedelse og prosedyre for Høyesterett 2018, s. 23 flg. Kravet er også innført for lagmannsrettene, se blant annet <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/gulating-lagmannsrett/Aktuelt/retningslinjer-til-advokatene-om-digitale-utdrag/>.

dommen nedenfor). Der artikuleres også uttrykkelig betydningen av litteraturens internasjonale orientering:

På erstatningsrettens område er det tradisjon for at Høyesterett avklarer og utvikler retten i dialog med rettsvitenskapen. I så måte har det etter mitt syn adskillig interesse at et nærmest unisont erstatningsrettslig fagmiljø i mer enn 40 år har stilt spørsmål ved Høyesteretts meget strenge praksis i de såkalte «sjokkskadesakene». Det er blant annet pekt på at utviklingen ellers i Europa ser ut til å gå i retning av et videre vern, og at en oppmyking i norsk rett uansett er ønskelig for å tilpasse praksis i disse sakene bedre til den øvrige samfunns- og rettsutviklingen [...]

## 6 Avslutning

Etter gjennomgangen ovenfor kan man trygt si at erstatningsretten har blitt modernisert gjennom de siste 50 år. Den tradisjonelle erstatningsrettens drøftelser av ansvaret for skader på ting og personer ut fra bredere prinsipper har i noen grad blitt erstattet av mer detaljerte positive reguleringer fra lovgiver og domstoler. De positiverte holdepunktene må imidlertid fremdeles til enhver tid sammenholdes med de alminnelige prinsippene. At spesielle regler tolkes i lys av generelle prinsipper, er karakteristisk for faget.<sup>108</sup> Selv om brytningen mellom disse to normative holdepunktene tidvis kan ha et preg av «normkonkurranse», er sakens egentlige stridspunkt fremdeles ofte spørsmålet om hvordan en spesialtilpasning av et alminnelig prinsipp skal gjøres for det konkrete tilfellet som er til pådømmelse.

Et godt eksempel på dette er den ovenfor nevnte og siterte dommen om en pårørendes psykiske skade som følge av traumatiske opplevelser i forbindelse med et barns død, jf. HR 2018-2080-A. Etter mange års diskusjon i teorien om grensene for slik erstatning ble det gitt erstatning til en mor for hennes psykiske skade etter hennes barns død på sykehus som følge av behandlingssvikt.<sup>109</sup> I saken ble de positive, detaljerte kriterier noe justert i lys av internasjonale utviklingslinjer og teoriens syn på problematikken, jf. sitatet ovenfor. Høyesterett foretok en rettspolitisk justering, men med respekt for de generelle og tradisjonelle prinsippene.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> Se om erstatningsrettens metodiske egenart, Arnt Erlend Skjefstad, «Metodiske utfordringer i erstatningsretten – noen grunntrekk og refleksjoner», *TJE* 2018 (nr. 4, under publisering).

<sup>109</sup> Jf. pasientskadeloven § 2 a).

<sup>110</sup> Se dommens avsnitt 30–54.

I dette tilfellet var det det spesielle problemet knyttet til grensen for erstatning for psykisk skade som måtte finne sin plass i relasjon til generelle prinsipper for adekvansvurderinger.

Strebenen etter integreringen mellom generelle prinsipper og konkret rimelige løsninger innenfor et koherent og forutberegnelig system er fagets utfordring. Heri ligger også fagområdets intellektuelle magi, som til alle tider har tiltrukket seg rettsforskere med dragning mot de teoretiske sidene av rettsvitenskapen. Det juridiske fakultet i Bergen kan ved sitt femtiårsjubileum konstatere at institusjonen har bidratt til å føre fagets kulturarv videre gjennom nyrekruttering av en rekke forskere som i dag står for en stor del av fagets rettsvitenskapelige produksjon.



# Criminalization of Cartels within EU Competition Law

*Postdoctoral Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund*

This paper questions how cartels could be criminalized within EU competition law. The background for examining this question is notably the possibilities for backing up the Commission's leniency offer with not only immunity from or reduced administrative fines according to its Leniency Notice from 2006, but also an escape of criminal prosecution for the individuals of the whistle-blowing company. Leniency is an enforcement technique used by competition authorities worldwide to deter cartels. It allows a cartel member, either an undertaking or an individual, to cheat on its co-members by confessing and delivering evidence about the cartel to the authorities so that the cartel is detected and the investigation streamlined, in return for amnesty from or reduction of one or several types of sanctions. It varies according to different jurisdictions who is eligible for leniency, and from which types of anti-competitive arrangements as well as what types of sanctions are imposed.

## 1 Introducing Criminal Penalties – Three Possible Levels of Criminalization

The questions of whether and how to criminalize cartels within EU Competition Law in order to improve the detection and deterrence of cartels have been discussed

by several policymakers and academics during the last couple of decades.<sup>1</sup> In the EU, as opposed to the criminal orientation of the US of both public and private antitrust enforcement, the predominant approach has been to view cartels as an economic problem best regulated through public administrative measures directed at undertakings.<sup>2</sup> Article 23 nr. 2 (a) of Regulation 1/2003 empowers the Commission to impose administrative fines for violations of Articles 101 and 102 on undertakings.<sup>3</sup> Hence, as opposed to the US Department of Justice, the European Commission does not have the authority to operate as a criminal prosecutor according to the current EU regulatory framework.<sup>4</sup>

This paper deals with three possible ways criminalization may take place. The first way is criminalization at the level of the EU institutions. This means that the Commission operates as a prosecutor in front of the CJEU as a criminal court. The second way is harmonized criminalization throughout member states. This means that national prosecutors enforce EU criminal law in front of their national courts. The third way is criminalization at the level of the EU member states. This means that national prosecutors, in line with the principle of equivalence, enforce

1 See, for example, the Communication from the Commission, the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law”, COM 2011, 573 final, under point 1: Scope for EU criminal law. Wouter P.J. Wils, “Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?”, in Claus-Dieter Ehlerman and Isabela Atanasiu (editors), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 2001 pp. 411–452. Wils WPJ, “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, 28 *World Competition: Law and Economics Review*, No. 2, 2005 pp. 117–159, available at <https://ssrn.com/abstract=684921> (last accessed 30/10-2018). Gurgen Hakopian, “Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A possibility after Lisbon?”, *The Competition Law Review* 7, 2010 pp. 157–173. Several authors in the anthology by Philip Lowe and Mel Marquis (editors), *European Competition Law Annual – Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, 2011, encourage criminalisation. Alison Jones and Rebecca A. Williams, “The UK Response to the Global Effort Against Cartels: Is Criminalization Really the Solution?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 2, 2014 pp. 100–125. Catarina M.P. Marvão and Giancarlo Spagnolo, “Should Price Fixers finally go to Prison: Criminalization, leniency inflation and whistleblower rewards in the EU”, CRESSE Conference – Advances in the Analysis of Competition Policy and Regulation, 2016, available at [http://www.cresse.info/uploadfiles/2016\\_pa5\\_pa2.pdf](http://www.cresse.info/uploadfiles/2016_pa5_pa2.pdf) (last accessed 30/10-2018).

2 See articles 352, 103 and 105 TFEU.

3 Regulation 1/2003, OJ L 1/1.

4 The EU public antitrust enforcement institutions comprise the Commission acting through its DG Comp, as an enforcer of article 101 TFEU, and the ECJ, in particular its role as a reviewer of the decisions of the Commission, as well as national competition authorities as co-enforcers together with the Commission and national courts, according to Regulation 1/2003.



the cartel prohibition of Article 101 together with their national criminalized competition rules in front of their national court.<sup>5</sup>

Further, this paper draws a distinction between criminalized measures towards undertakings and criminalized measures towards individuals. It is the latter – the public individual liability for cartel infringements – which is of particular interest in this paper. The presentation below thus limits itself to focus on public individual penalties, notably custodial sanctions, and the question of how this could be implemented in EU competition law.<sup>6</sup>

## 2 EU Institutional Level

To provide the Commission with the competence to enforce the competition rules with criminal sanctions is both legally and politically a sensitive topic in relation to sovereignty.<sup>7</sup> Member states have been and most likely will remain negative to transferring a criminal law competence to the EU institutions.<sup>8</sup> Such a transfer of competence would most likely have necessitated institutional changes, notably due to the competence to impose imprisonment, and arguably due to amendments to the current Treaties.<sup>9</sup>

The competence to legislate within the criminal law area on the EU level is found in articles 82–86 TFEU entitled “Judicial Cooperation In Criminal Matters”. These provisions do not provide for any authority to criminalize cartels at the

5 Wils, 2005 p. 27.

6 About the justification and moral wrongfulness of cartel activity see, for example, multiple works by Peter Whelan, such as Peter Whelan, “A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment Under EC Cartel Law”, *Competition Law Review*, Vol. 4, No. 1, 2007 pp. 7–40; Peter Whelan, “Cartel Criminalization and the Challenge of Moral Wrongfulness”, 33 *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 3, 2013 pp. 535–561 and Peter Whelan, “European Cartel Criminalization and Regulation 1/2003: Avoiding Potential Problems”, in Adriana Almășan and Peter Whelan (editors), *The Consistent Application of EU Competition Law*, 2017. See also Stephan A, “An Empirical Evaluation of the Normative Justifications for Cartel criminalization”, 37 *Legal Studies*, No. 4, 2017 pp. 621–646.

7 C. Kerse and N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5th edition, 2005 pp. 367–368. Note that there is a newer edition from 2012, but the wording has changed.

8 See also Wouter P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essays in Law & Economics*, 2002 p. 233.

9 See Michael J. Frese, *Sanctions in EU Competition Law: Principles and Practice*, 2014 p. 219, who argues that “[t]he introduction of custodial sanctions for individuals involved in infringements of Articles 101 and 102 TFEU may [...] have considerable institutional implications”. Interesting to mention here as well is Wils, 2005 p. 50 and Wils, 2002 p. 233, who argued that it was possible with criminalization both at the level of the EU institutions, as well as harmonization throughout member states, within the former EC Treaty. Under the new Treaties, this is according to Wils more uncertain, see pp. 51–52.

level of the EU institutions, and thus the Commission, as already indicated, has no competence to operate as a criminal prosecutor according to current primary law. The provisions do however, by means of directives, provide for a legislative authority to harmonize some of the member states' criminal rules, see in particular Article 83 TFEU. Article 83 TFEU nr. 1 (1) states that

The European Parliament and the Council may, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis.

Note that this concerns certain areas of crime, which will be returned to below. If the Commission was to be given the competence to operate as a criminal prosecutor imposing criminal penalties, it would have necessitated a Treaty provision allowing for the issuing of a regulation where the Commission was authorized to impose individual criminal penalties.<sup>10</sup> Note that article 103 nr. 1 TFEU already allows for “[t]he appropriate regulations or directives to give effect to the principles set out in Articles 101 and 102 [...]”, but this is initially according to article 103 (2) (a) TFEU limited to provisions on “fines and periodic penalty payments”. Article 103 nr. 2 (a) will be returned to below. In addition, article 101 TFEU merely targets “undertakings”. This initially seems to exclude the possibility of an individual liability. Note, however, that member states are allowed to provide for individual liability by criminalizing their own competition rules.<sup>11</sup> Through the principle of equivalence, member states are obliged to provide for the same sanctioning apparatus of Article 101 TFEU as their corresponding national law, which may be criminalized.<sup>12</sup> This is, however, an indirect criminalization and not a direct criminalization of Article 101 TFEU, which will be returned to below.

Even if a criminalization of cartels at the level of the EU-institutions may seem difficult for the foreseeable future, there has been a move towards closer

<sup>10</sup> About the binding effect of directives and regulations respectively, where the former is only binding upon member states, see article 288 TFEU.

<sup>11</sup> Judgment of 8. July 1999, *Nunes and de Matos*, C-186/98, EU:C:1999:376, para. 14.

<sup>12</sup> Halvard H. Fredriksen and Gjermund Mathisen G, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018 p. 374 (in Norwegian).

integration within the EU economic crime enforcement area the last couple of years. Recently, in 2017, the EU adopted Regulation 2017/1939, establishing a European Public Prosecutor Office (EPPO) according to Article 86 TFEU.<sup>13</sup> Article 86 nr. 1 (1) TFEU states that

In order to combat crimes affecting the financial interests of the Union, the Council, by means of regulations adopted in accordance with a special legislative procedure, may establish a European Public Prosecutor's Office from Eurojust. The Council shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament.

There is no obligation for member states to submit to the EPPO, and not all member states have signed up to this.<sup>14</sup> The EPPO is an organ which is independent from the EU institutions and the member states. This means that the EPPO does not provide the Commission with the competence to operate as a criminal prosecutor. On the contrary, the EPPO will provide for its own prosecutors, both at a central EU level as well as at national levels.<sup>15</sup> Whereas the central office will have more of a supervisory role, the decentralized representation will carry out investigations and prosecutions. Prosecutions will only take place in front of national courts, meaning that the CJEU is not involved in the proceedings.<sup>16</sup> Cartel activity is, however, not included in “crimes affecting the financial interests of the Union” according to Article 86 nr. 1 (1). Article 2 of Regulation 2017/1939 defines “financial interests of the Union” as

[...] all revenues, expenditures and assets covered by, acquired through, or due to the Union budget and the budgets of the institutions, bodies, offices

13 Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283/1.

14 Note that Article 86 (1) third sentence allows for an “enhanced cooperation” between a group of at least nine member states. An overview of the participating member states so far is available at [https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/european\\_public\\_prosecutor\\_en](https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/european_public_prosecutor_en) (last accessed 30/10-2018).

15 The EPPO is envisaged to take up its functions by the end of 2020. More information on this is available at [https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office_en) (last accessed 30/10-2018).

16 For more about EPPO see Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017, implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO') OJ L 283/1.

and agencies established under the Treaties and budgets managed and monitored by them.

The EPPO will mainly be concerned with crimes against the EU budget, such as fraud, corruption and serious cross-border VAT fraud.<sup>17</sup> Even if not included, the development towards more integration in these areas shows that a criminalization of cartel activity at the level of the EU institutions may be more dependent on the political will to do this, rather than the legal obstacles as such. The need for alterations to the Treaties may thus not be as necessary as indicated above.

Today, the Commission operates a corporate administrative system, meaning that it imposes fines on undertakings according to Article 23 (2) (a) of Regulation 1/2003 and in line with Article 103 (2) (a) TFEU referred to above. Initially, infringements for which remedies of a penal character are imposed – irrespective of those provided in the criminal, administrative or private channels – will trigger the protection of the fundamental procedural rights found *inter alia* in Article 6 of the ECHR, also stipulated in Articles 47, 48 and 52 of the Charter.<sup>18</sup> This includes the right to an independent trial. Initially, the fact that the Commission both investigates and makes decisions could seem problematic concerning this requirement. Such an administrative corporate system has, however, been accepted as long as the decisions taken by the Commission are subject to judicial review by the CJEU.<sup>19</sup> If the Commission, however, were given the competence to impose criminal individual fines and certainly imprisonment, for example by expanding the wording of Article 103 TFEU nr. 2 (a) to include these, changes may have to be done to the tasks of the CJEU as well, as touched upon at the beginning of Point 2, providing it with a criminal law jurisdiction. Another alternative could be to extend the EPPO-collaboration to include cartel activity as a “serious crime”, in line with Article 86 nr. 4 stipulating that

<sup>17</sup> Interesting to mention is that in a green paper forwarded by the Commission in 2001, that is the Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor COM 2001, 715 final, under Point 5.2, market-rigging was mentioned together with crimes such as fraud, corruption and money-laundering. For more about this see G. Hakopian, 2010 pp. 157–173 (pp. 170–171).

<sup>18</sup> See *Engel and others v. the Netherlands*, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 [1976], 1 EHRR 647. *Saunders v. United Kingdom*, no. 19187/91 [1997], 23 EHRR 313 para. 68. See also Judgment of 8 July 1999, *Hüls v. Commission*, C-199/92 P, EU:C:1999:358, para. 150 with further references.

<sup>19</sup> *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy*, no. 43509/08, [2011] para. 59. See also Judgment of 18 July 2013, *Schindler Holding Ltd and Other v. Commission*, C-501/11 P, EU:C:2013:522, paras. 33–35.

The European Council may, at the same time or subsequently, adopt a decision amending Paragraph 1 in order to extend the powers of the European Public Prosecutor's Office to include serious crime having a cross-border dimension and amending accordingly Paragraph 2 as regards the perpetrators of, and accomplices in, serious crimes affecting more than one Member State. The European Council shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament and after consulting the Commission.

This would provide the EPPO with a competence to prosecute cartels, rather than the Commission. Further, prosecution would take place in front of national courts and not the CJEU.

### 3 Harmonization throughout Member States

The next question arising is whether it may be possible harmonizing criminal individual cartel enforcement throughout member states.<sup>20</sup> This would entail that the Commission has no competence as a criminal prosecutor, but that the criminal prosecution of cartels is harmonized to a certain degree and prosecuted by national enforcers throughout member states. Criminal law measures throughout member states instead of civil ones have been encouraged by both EU policymakers as well as academics.<sup>21</sup>

As touched upon under Point 2, both Article 83 nr. 1 (1) and Article 83 nr. 2 TFEU allow for harmonization initiatives through directives establishing minimum rules on “the definition of criminal offences and sanctions”. Article 83 nr. 1 (2) explicitly refers to the areas of criminal law where such harmonization initiatives

20 Frese, 2014 pp. 101–102 and pp. 219–220. In the Judgment of 27 October 1992, *Germany v. Commission*, C-240/90, EU:C:1992:408 concerning the EEC Treaty, Advocate General Jacobs argued in favor of harmonization throughout member states by stating that: “Certainly, then, Community law in its present state does not confer on the Commission (or on the Court of First Instance or the Court of Justice) the function of a criminal tribunal. It should be noted, however, that this would not in itself preclude the Community from exercising, for example, powers to harmonize the criminal laws of the Member States, if that were necessary to attain one of the objectives of the Community [...]”; see Opinion of Advocate General Jacobs in C-240/90, *Federal Republic of Germany v. Commission of the European Communities*, EU:C:1992:237, para. 12. Note that this case concerned the authority of the Commission to provide for penalties for farmers having committed irregularities when making an application for financial aid within the agricultural sector and not for cartel arrangements. See also Peter Whelan, “Cartel Criminalization and Due Process: The Challenge of Imposing Criminal Sanctions Alongside Administrative Sanctions within the EU”, 64(2) *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2013 pp. 143–164 (pp. 146–147).

21 Cf. footnote 1.

may be allowed, that is “[...] terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organized crime”. As seen, cartels are not listed here. Article 83 nr. 1 (3) continues, however, to state that “[o]n the basis of developments in crime, the Council may adopt a decision identifying other areas of crime that meet the criteria specified in this paragraph. It shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament.” Cartels may thus be criminalized throughout member states according to Article 83 nr. 1 (3) if considered as part of “the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis”, see Article 83 nr. 1 (1). For this to happen, the Council must unanimously adopt a decision after obtaining the consent of the European Parliament.<sup>22</sup> This would entail the same access to directives establishing minimum rules as according to Article 83 nr. 1 (1).

Article 83 nr. 2 is based on *inter alia* the seminal judgment concerning a Council Framework Decision on the protection of the environment through criminal law, based on what was the third pillar ante the Lisbon Treaty. The ECJ rejected this pillar as a legal basis for such a criminalization, but did not rule out such measures on the grounds of first pillar legislation. The ECJ stated that

[a]s a general rule, neither criminal law nor the rules of criminal procedure fall within the Community’s competence [...]. However, the last-mentioned finding does not prevent the Community legislature, when the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is an essential measure for combating serious environmental offences, from taking measures that relate to the criminal law of the Member States, which it considers necessary in order to ensure that the rules, which it lays down on environmental protection are fully effective.<sup>23</sup>

Article 83 nr. 2 most likely concerns the power to criminalize areas other than those mentioned in Article 83 nr. 1. These areas may be subject to directives establishing minimum rules on the definition of criminal offences and sanctions

<sup>22</sup> Whelan, 2013 p. 147 and Frese, 2014 pp. 101–102.

<sup>23</sup> Judgment of 13 September 2005, *Commission v. Council*, C-176/03, EU:C:2005:542, paras. 47 and 48.

“[i]f the approximation of criminal laws and regulations of the Member States proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area, which has been subject to harmonization measures [...]”. Enforcement of cartels has already been subject to harmonized enforcement measures, but similar to the case law referred to above concerning the Lisbon Treaty, it has to be proven “essential” that criminal sanctions are necessary to ensure “the effective implementation” of the policy of deterring cartels to achieve undistorted competition. Note that the components of effectiveness and essentiality have been emphasized by the ECJ post the Lisbon Treaty as well in order to justify criminal sanctions. In the case of *Taricco*, the ECJ stated that

Although the Member States have freedom to choose the applicable penalties – which may take the form of administrative penalties, criminal penalties or a combination of the two – in order to ensure that all VAT revenue is collected and, in so doing, that the financial interests of the European Union are protected in accordance with the provisions of Directive 2006/112 and Article 325 TFEU (see, to that effect, judgment in *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, Paragraph 34 and the case-law cited), criminal penalties may nevertheless be essential to combat certain serious cases of VAT evasion in an effective and dissuasive manner. (my emphasis)<sup>24</sup>

So far, if criminalization is considered essential, both Article 83 nr. 1 and Article 83 nr. 2 could thus seem to constitute possible legal grounds for harmonized criminal measures directed at cartels throughout member states.

The relationship to Article 103 TFEU remains, however, unclear. Either Article 83 nr. 1 or Article 83 nr. 2 TFEU could be read as complementing Article 103 TFEU by constituting possible legal bases for harmonizing notably individual criminalized sanctions towards cartel infringements, whereas Article 103 continues to allow for corporate monetary sanctions targeting infringements of the competition rules, including the cartel prohibition of Article 101 TFEU.

Or Article 103 TFEU could be understood as *lex specialis* exclusively dealing with the sanctions imposed for infringements of the competition rules. This would entail that there according to the current regulatory framework is no access to harmonize criminal individual sanctions throughout member states. Such an understanding

<sup>24</sup> Judgment of 8 September 2015, *Taricco and Others*, C-105/14, EU:C:2015:555, para. 39.



would necessitate expanding the wording of Article 103 nr. 2 (a) TFEU to include criminal individual sanctions to allow for harmonized criminalization.<sup>25</sup> Note that it has been argued that the measures explicitly referred to in Article 103 nr. 2 (a) TFEU, that is “fines and periodic penalty payments”, are merely meant as examples, and do not constitute an exhaustive list of possible measures “to give effect to the principles set out in Articles 101 and 102”, see Article 103 nr. 1.<sup>26</sup> Based on this assumption, an expansion of the wording would not be necessary as Article 103 would already provide the competence to criminalize cartels. Note that because article 103 allows for the adoption of both regulations and directives, such an interpretation may open up both criminalization on the EU institutional level, as well as harmonized measures throughout member states. That Article 103 nr. 2 (a) does not contain an exhaustive list could also be supported by the assurance of the principle of effectiveness, demanding harmonized criminal measures throughout member states.

Articles 114 and 352 TFEU have also been argued to constitute possible legal bases for criminalization. Similar to Article 103 nr. 1, these follow the pattern of allowing regulatory measures in order to assure the realization of objectives. Article 114 nr. 1 TFEU allows for “[...] the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market”. According to Protocol 27, undistorted competition is part of the proper functioning of the internal market.<sup>27</sup> Hence, if needed to assure undistorted competition, a harmonization of criminal sanctions throughout member states may be possible according to Article 114 nr. 1.<sup>28</sup> Article 352 TFEU provides a similar line of reasoning, constituting a legal basis for criminalization at both the EU institutional level as well as throughout member states, by allowing “the appropriate measures” in order “to attain one of the objectives set out in the Treaties”.<sup>29</sup>

Common to the provisions of Articles 114 and 352 TFEU is that they more generally allow for measures necessary to obtain recognized objectives when this is not provided for already. As seen from the analyses above, it could be argued that

---

25 For more about the relationship between Article 83 TFEU and Article 103 TFEU, see Hakopian, 2010 pp. 166–168.

26 See, for example, Wils, 2005 p. 50 with further references, and Hakopian, 2010 p. 159 and p. 166 with further references.

27 Consolidated version of the Treaty on European Union – PROTOCOLS – Protocol (No. 27) on the internal market and competition OJ 115/309.

28 Frese, 2014 p. 101.

29 See Wils, 2005 p. 50 (ante the Lisbon Treaty).

Articles 82–86 TFEU, and more specifically Article 83 TFEU alone or together with Article 103 TFEU, constitute a sufficient legal basis to provide for criminalization, making the use of Articles 114 and 352 TFEU superfluous.<sup>30</sup>

#### 4 Criminalization at Member State-Level

Moving over to the member state level, as already touched upon above, member states are free to criminalize their own competition rules, including the providing of public individual liability and individual penalties.<sup>31</sup> Even if Article 23 nr. 5 of Regulation 1/2003 stipulates that the fining decisions of the Commission “shall not be of a criminal law nature”, this does not affect national member states’ initiatives on criminalization, see Article 5 of Regulation 1/2003 where it is stipulated that

The competition authorities of the Member States shall have the power to apply Articles 81 and 82 of the Treaty in individual cases. For this purpose, acting on their own initiative or on a complaint, they may take the following decisions:

[...] – imposing fines, periodic penalty payments or any other penalty provided for in their national law. (my emphasis)

Read together with Article 12 nr. 3 on exchange of evidence for the purpose of applying Article 101 TFEU between the Commission and member states, where it is stated that “information exchanged cannot be used by the receiving authority to impose custodial sanctions”, the understanding of this paper is that it shows that “any other penalty” allows member states to enforce Article 101 TFEU with imprisonment. If this was not allowed, such a limitation on exchange of information would not have made sense.<sup>32</sup> As touched upon already, when a member state imposes custodial sanctions for an infringement of national competition rules, this also applies to the enforcement of Article 101 TFEU, which follows from Article 3 nr. 1 and nr. 2 of Regulation 1/2003 and the principle of equivalence.<sup>33</sup> As

<sup>30</sup> Hakopian, 2010 p. 167.

<sup>31</sup> See, for example, Recital 16 of Regulation 1/2003 where “substantially different types of sanctions across the various systems” throughout member states are recognized.

<sup>32</sup> Wils, 2005 p. 18 and Frese, 2014 p. 101.

<sup>33</sup> For an explanation of the principle of equivalence see Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd edition, 2007 pp. 423–427.

previously mentioned, there are already certain EU member states that impose criminal sanctions on undertakings as well as imprisonment for individuals as part of their national cartel enforcement, such as Denmark, Estonia, Ireland and the United Kingdom. In some member states, undertakings and individuals may also receive amnesty from criminal prosecution as part of their leniency program, see, for example, Article 23 a) of the Danish Competition Act.<sup>34</sup>

The fact that some member states already impose both monetary and non-monetary sanctions on individuals, allows for enforcement where the Commission handles the sanctions towards the undertaking, combined with enforcement by national competition authorities against, for example, directors and managers of these undertakings. Such an enforcement collaboration between the EU level and member state level is according to this paper expedient.<sup>35</sup> In the *Marine Hose cartel case*, for example, three executives were sentenced to imprisonment and disqualified as directors in the UK, while the Commission took care of the fines towards the undertakings.<sup>36</sup>

## 5 Final Reflections

To sum up, the provisions on judicial cooperation in criminal matters found in Articles 82–86 TFEU do not provide any authority to criminalize the competition rules on the EU institutional level, since these merely provide for the possibility of setting some minimum rules on the definition of criminal offences and sanctions throughout member states. Read together with the specific competition law provisions of Article 101 TFEU, targeting only undertakings, as well as Article 103 nr. 2 (a), only referring to monetary sanctions, a criminalization initiative at the EU institutional level seems difficult according to the understanding of this paper. Conversely, the possibility to harmonize criminal rules throughout member states is found in Articles 83 nr. 1 and 83 nr. 2. These both seem to constitute possible legal grounds for harmonized criminalization of cartels, based on the assumption that there is no conflict with Article 103 TFEU.

---

<sup>34</sup> The Danish Competition Act, 2015, Consolidation Act No. 869 of 8 July 2015.

<sup>35</sup> See also Whelan, 2013 p. 148.

<sup>36</sup> Wouter P.J. Wils, “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, 32 *World Competition: Law and Economics Review*, No. 1, 2009 pp. 3–26 (p. 5 with further references), available at <https://ssrn.com/abstract=1296458> (last accessed 30/10-2018).

# Samtaleprosess i barnevernssaker

## Forhandling om barn eller fruktbar dialog?

*Professor Camilla Bernt*

### 1 Innledning

Det norske barnevernet er gjenstand for stadig debatt både i inn- og utland, og det er sterke følelser og harde fronter. Et gjennomgående problem i de sakene media omtaler, er at barnevernet selv ikke uttaler seg om enkeltsaker på grunn av taushetsplikt, og av hensyn til barna og ungdommene som er involvert. Videre foregår prosessene uten offentlighet, og media har verken tilgang til forhandlingsmøter, rettsmøter eller saksdokumenter. Medias primære informasjonskilde blir derfor den private part, og fremstillingen av sakene blir dermed unyansert og ubalansert.

Samtidig er mediesakene et symptom på et problem: Kommunikasjonen mellom barnevernet og familier og allmennheten er ikke god nok. Barnevern handler om å sikre gode oppvekstvilkår for barn. Konstruktiv samhandling og god dialog med familiene og allmennheten er derfor essensielt. Polarisert debatt er uheldig, da dette gjerne vil prege det bildet foreldre og barn har av barnevernet når de møter det for første gang. Dette kan igjen skape et vanskeligere utgangspunkt for barnevernet til å komme i posisjon til å hjelpe barn og familier som trenger det. Barnevernet skal i første rekke bidra med frivillige hjelpetiltak overfor barn og foreldre,<sup>1</sup> men når tilliten mangler og samarbeidet er dårlig, kan resultatet bli at familiene ikke kan nyttiggjøre seg hjelpetiltak. Dermed lykkes det ikke å bedre

---

<sup>1</sup> Lov 17. juli 1992 nr. 7 om barneverntjenester (barnevernloven) § 4-12 annet ledd annet punktum, jf. § 4-4.

barnets omsorgssituasjon, og en omsorgsovertakelse eller institusjonsplassering kan bli nødvendig.<sup>2</sup>

I 2016 ble en prøveordning med såkalt samtaleprosess iverksatt i fem fylkesnemnder. Prøveordningen har hjemmel i barnevernloven § 7-25, og er nærmere regulert i *Retningslinjer for samtaleprosess*, utformet av Sentralenheten for fylkesnemndene på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet. Samtaleprosess innebærer at barnevernet og de private partene, etter at sak er innledet for nemnda, får tilbud om et samtalemøte ledet av nemndsleder og en sakkyndig. Møtet skal være en arena for dialog, og en fremforhandlet løsning mellom partene er ikke nødvendigvis målet. Det å legge til rette for bedre gjensidig forståelse og kommunikasjon er et mål i seg selv.<sup>3</sup> Flere utfall kan tenkes: I noen tilfeller blir foreldre og barnevern enige om å prøve ut en midlertidig ordning, som kan innbefatte alt fra økt samvær til en rekke ulike hjelpetiltak.<sup>4</sup> Samtaleprosess kan eksempelvis også kombineres med bruk av såkalt familieråd under prøveordningene. Familieråd er en metodikk der man samler familiens private nettverk og offentlige instanser til et møte. Målet er å komme frem til en plan som skal bedre familiens, og da særlig barnets, situasjon.<sup>5</sup>

I en del tilfeller oppnås det i samtaleprosess enighet om en mer varig ordning, med det resultat at saken trekkes eller at nemnda treffer vedtak etter en forenklet skriftlig behandling. I andre saker oppnås ikke enighet om noen ordning, men partene blir enige om ulike spørsmål vedrørende prosessen videre. I noen saker kan partene ha prøvd ut midlertidige ordninger, men så blir resultatet at de likevel ikke oppnår noen varig enighet seg imellom når de møtes igjen i nytt samtalemøte, og at saken må prøves for nemnda.

I denne artikkelen vil jeg se nærmere på samtaleprosess i fylkesnemndene. Først redegjøres det kort for historikken bak ordningen og de grunnleggende hensynene samtaleprosess er bygget på (punkt 2). Dernest redegjøres kort for de rettslige

2 Barnevernloven §§ 4-12 og 4-24.

3 Retningslinjer for samtaleprosess, utformet av Sentralenheten for fylkesnemndene, punkt 2 og merknadene til disse, s. 5.

4 Jf. retningslinjer for samtaleprosess punkt 6.5.

5 Bufdir, «Familieråd – gode løsninger for barnet i slekt og nettverk», på <https://www.bufdir.no/familierad/> (lest 18. oktober 2018). Det er kommet inn som krav i barnevernloven § 4-22 tredje ledd, etter lovendring ved Lov om endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre) 20. april 2018 nr. 5, at barneverntjenesten skal legge til rette for bruk av familieråd eller liknende ved avgjørelser om fosterhjemsplassing: «Barneverntjenesten skal alltid vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan velges som fosterhjem. Barneverntjenesten skal ved slike vurderinger legge til rette for bruk av verktøy og metoder for nettverksinvolvering, dersom det er hensiktsmessig.»

rammene for ordningen og hvordan den praktiseres (punkt 3). En forutsetning for å anvende samtaleprosess i barnevernssaker må være at den anses å ivareta rettssikkerheten til foreldre og barn. I punkt 4 knytter jeg noen kommentarer til hvordan spørsmålet om rettssikkerhet og materielt riktige vedtak i samtaleprosess kan vurderes. Meklingsliknende prosesser kan bidra til å deeskalere konflikter og skape bedre kommunikasjon. I punkt 5 vurderer jeg hvordan samtaleprosess kan fungere i så måte. Hovedhensynet i barnevernssaker er *barnets beste*: Både løsninger og prosess må ivareta dette grunnleggende hensynet. I punkt 6 vurderer jeg ordningen med samtaleprosess kontra ordinær behandling opp mot hensynet til barnets beste. Dernest kommer noen avsluttende anbefalinger og betraktninger.<sup>6</sup>

## 2 Bakgrunn og grunnleggende hensyn

Samtaleprosess ble først foreslått innført av Fylkesnemndsutvalget i NOU 2005: 9, og formålet var å legge til rette for «at partene gis mulighet for å arbeide seg frem til en omforent løsning».<sup>7</sup> Tanken er at ved en minnelig løsning kan partene selv påvirke resultatet, noe som vil gi dem et bedre utgangspunkt for å godta og oppfylle eller etterleve det. I tillegg vil en minnelig løsning kunne være ressurs sparende både økonomisk og tidsmessig, og ikke minst menneskelig. Dette fordi man da unngår den prosessen som normalt leder frem til avgjørelse i saken: et tradisjonelt forhandlingsmøte i fylkesnemnda (motsvaret til hovedforhandling i tingretten), og det etterfølgende arbeidet til nemnda med å enes om og å utforme et vedtak. Man unngår også en eventuell rettslig overprøving i domstolene fordi en av partene er uenig i vedtaket.

Samtaleprosessen i fylkesnemndene er inspirert av *Konflikt og forsoning*, prosjektet som var med på å danne grunnlaget for domstolenes behandling av saker etter barneloven, hvor dommeren, gjerne i samarbeid med en sakkyndig, arbeider for forlik i saken, jf. barneloven §§ 59 og 61. Ordningen bygger på en tanke om at tradisjonell prosess bidrar til å eskalere konflikten og dermed vanskeliggjør at foreldrene får nødvendig innsikt i egen situasjon og sakens realiteter, samt at samarbeidsklimaet mellom partene forverres, noe som vil kunne skade barna. Også i barnevernssaker skal det som hovedregel være kontakt og samarbeid mellom

6 Det brukes noen eksempler fra reelle samtalemøter i artikkelen. For å sikre anonymitet er enkelte detaljer endret.

7 NOU 2005: 9 Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker s. 83. Jeg var sekretær for dette utvalget, som ble ledet av Arnfinn Bårdsen.

partene etter vedtaket, og prosessen kan på samme måte som i saker etter barne-loven etterlate partene med en opplevelse av krenkelse.

Sakene for fylkesnemnda er spesielle idet partene ikke har full rådighet over hvordan saken skal løses. Uavhengig av hvordan saken løses, må barnets beste ivaretas av barnevernet og fylkesnemnda, også når barnets beste ikke samsvarer med foreldrenes behov og ønsker. Imidlertid mente Fylkesnemndsutvalget at egenverdien i at partene har eierskap til løsningen, likevel gjør det ønskelig å legge til rette for at partene kan finne frem til omforente løsninger.<sup>8</sup>

Fylkesnemndsutvalget definerer mekling som «en konfliktløsningsform der en nøytral tredjeperson assisterer i forhandlinger mellom partene, og hvor løsning av tvistespørsmålene beror på en enighet dem imellom».<sup>9</sup> Dette er en nokså nøytral og allmenngyldig definisjon av mekling. Mekling er «assisterte forhandlinger».<sup>10</sup> Bruken av termen «forhandlinger» kan imidlertid gi assosiasjoner til at partene skal kunne gi og ta på nokså fritt grunnlag, og det passer ikke for situasjonen i barnevernssaker. Fylkesnemndsutvalget understreker at meklingsbegrepet er videre:

Mekling trenger ikke utelukkende ha fokus på fremforhandling av løsninger. Mekling kan være en effektiv og god måte å få presisert og nyansert partenes synspunkter, slik at man eliminerer skinnuenighet og får identifisert de reelle tvistespørsmålene. Videre kan partene bli enige om enkelte sider av faktum eller jussen, slik at man får klarlagt og avgrenset hvilke forhold det bør være bevisførsel omkring. Mekling vil også kunne bidra til å bedre forholdet og kommunikasjonen mellom partene. I noen tilfeller vil det at en part føler at han eller hun er blitt hørt og har fått komme med sine synspunkter i et forum vedkommende føler seg trygg i, være en vesentlig faktor for å minske konfliktnivået.<sup>11</sup>

Samtaleprosessen er dermed en meklingsliknende prosess, men den er gitt et annet navn enn mekling for å understreke det særegne ved barnevernssakene.<sup>12</sup>

8 NOU 2005: 9 s. 84–85.

9 NOU 2005: 9 s. 83.

10 Jørn Kjell Rognes, *Forhandlinger*, 4. utgave, Oslo 2015, s. 98.

11 NOU 2005: 9 s. 83.

12 NOU 2005: 9 s. 85.



I høringsrunden til NOU 2005: 9 var det sprikende synspunkter på forslaget om samtaleprosess.<sup>13</sup> Departementet nøyde seg med å foreslå en forskriftshjemmel om en prøveordning, og dette ble resultatet i Stortinget. I barnevernloven § 7-25 heter det:

Departementet kan gi samtykke til at det i en eller flere nemnder igangsettes forsøk med at nemndsleder tar initiativ til en samtaleprosess hvor det søkes etter grunnlag for enighet mellom partene. Departementet kan gi nærmere regler om gjennomføringen av slike forsøk.

Det ble imidlertid ikke iverksatt noen prøveordning før mange år senere. Raundalen-utvalget anbefalte i NOU 2012: 5 at det skulle «igangsettes en utredning om bruk av samtaleprosess i saker som fremmes for fylkesnemnda». Utvalget skrev at målet med prosessen «bør være å skape felles forståelse og samhandling om hjelpetiltak og på den måten eventuelt unngå omsorgsovertakelse». Utvalget uttalte videre:

Gode grunner kan tale for å være varsom med å bringe meklingselementet inn i saker om barns omsorg, og ikke alle saker vil være egnet for samtaleprosess. På den annen side vil foreldrenes frykt og manglende kommunikasjon med barnevernet være elementer av stor selvstendig betydning for omsorgsutøvelsen. Nærmere utredning av samtaleprosess etter barnevernloven § 7-25 er nødvendig før slik behandling kan være aktuell.<sup>14</sup>

Det skjedde ikke noe mer før Sentralenheten for fylkesnemndene i 2015 ble bevilget midler til å iverksette en prøveordning. Sentralenheten fikk i oppgave å lage retningslinjer for ordningen, som startet 15. mai 2016 i fem utvalgte fylkesnemnder, med virketid frem til 14. mai 2018, hvoretter ordningen skulle evalueres.<sup>15</sup> Ordningen er siden forlenget i påvente av utfallet av evalueringen.

13 Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.), s. 59–61.

14 NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling. Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet, s. 66.

15 Prop. 1 S (2015–2016) del 2 programområde 11 og NOU 2017: 8 Særdomstoler på nye områder? – Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingsaker s. 103.

Konklusjonen i evalueringen var at «samtaleprosess bør bli en varig og permanent ordning i alle fylkesnemnder».<sup>16</sup> Fjerde april 2019 sendte Barne- og likestillingsdepartementet ut høringsbrev med forslag til ny barnevernslov. I dette høringsbrevet er det en omfattende drøftelse av samtaleprosess, der departementet i stor grad støtter seg på vurderingene i evalueringsrapporten, og departementet anbefaler samtaleprosess innført som en varig ordning, med visse justeringer i tråd med evalueringens konklusjoner.<sup>17 18</sup>

### 3 Rettslig regulering og organisatoriske rammer

#### 3.1 Den rettslige statusen for reglene om samtaleprosess

Som nevnt er samtaleprosess hjemlet i barnevernloven § 7-25, men denne bestemmelsen regulerer kun få sider ved samtaleprosessen. For det første sier bestemmelsen at departementet «kan gi samtykke til at det [...] igangsettes forsøk [...] med samtaleprosess», og at departementet «kan gi nærmere regler om gjennomføringen». Videre sier bestemmelsen at det er nemndsleder som «tar initiativ til [...] samtaleprosess», og at dette innebærer at det «søkes etter grunnlag for enighet mellom partene».

Barne- og likestillingsdepartementet har ikke gitt noen forskrift for prøveordningen, slik Justisdepartementet gjorde da prøveordningen med rettsmekling i de alminnelige domstolene ble innført i 1997.<sup>19</sup> I stedet valgte Barne- og likestillingsdepartementet å initiere prøveordningen ved en budsjettproposisjon og overlate den nærmere utformingen av ordningen til Sentralenheten for fylkesnemndene,

16 Oxford Research, *Kompetanse og dialog. Evaluering av utprøving av samtaleprosess i fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker*, januar 2018, publisert på <https://oxfordresearch.no/publications/evaluering-av-utproving-av-samtaleprosess-i-fylkesnemndene-for-barnevern-og-sosiale-saker/> (lesedato 4. april 2019), punkt 6.1.1. Jeg var med på evalueringen og er en av forfatterne av rapporten.

17 Barne- og likestillingsdepartementet, *Høringsnotat – forslag til ny barnevernslov*, publisert på <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-barnevernslov/id2639061/> 4. april 2019 (lesedato 4. april 2019), s. 300–313, 374–375 og 432–433.

18 Denne artikkelen har i hovedsak blitt skrevet før evalueringsrapporten til Oxford Research 2019, og noen drøftelser i evalueringsrapporten er bygget på drøftelser i artikkelen her; se angivelse i rapporten i henholdsvis note 14 s. 101, note 28 s. 109 og note 31 s. 111. Som nevnt har departementet på de fleste punkter sluttet seg til vurderingene i evalueringsrapporten, og departementet gjengir argumenter fra evalueringen. Med andre ord vil leseren derfor finne likheter mellom artikkelens drøftelser, evalueringen og høringsbrevet. Artikkelens drøftelser er imidlertid skrevet først. Argumenter som ikke er forfatterens egne, er på vanlig måte markert med kildehenvisninger.

19 Forskrift 13. desember 1996 nr. 1144 om forsøksordning med rettsmekling, med hjemmel i lov 13. august 1915 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) § 99 a (opphevet).

et organ underlagt Barne- og likestillingsdepartementet.<sup>20</sup> Retningslinjene for samtaleprosess er dermed ikke forskrifter. Ettersom fylkesnemndene skal opptre uavhengig i sin behandling av enkeltsaker, har Sentralenheten for fylkesnemndene ikke instruksjonsmyndighet overfor nemndslederne i den enkelte sak.<sup>21</sup> Følgelig må retningslinjene for samtaleprosess anses å ha karakter av en veiledning snarere enn en instruks. Retningslinjene virker imidlertid normerende for hvordan ordningen med samtaleprosess blir praktisert i nemndene.

I høringsbrev med forslag til ny barnevernslov foreslår Barne- og likestillingsdepartementet at visse sentrale prinsipper for samtaleprosess lovfestes, mens det gis en hjemmel til å gi nærmere regler i forskrift.

#### § 14-25 Samtaleprosess

Nemndlederen kan tilby partene å igangsette en samtaleprosess som alternativ til ordinær behandling, dersom saken er egnet for det. Formålet er å gi partene mulighet til å bli enige om frivillige løsninger til barnets beste, som hel eller delvis løsning på saken. Partene må samtykke til samtaleprosess. Private parter skal representeres av advokat.

Nemndlederen har et særskilt ansvar for å se til at hensynet til barnets beste og de private partenes rettssikkerhet blir ivaretatt. Nemndlederen kan når som helst avbryte samtaleprosessen og henvise saken til ordinær behandling.

Departementet kan gi forskrift om gjennomføring av samtaleprosess, herunder om unntak fra fristkravene i kapittel 14.<sup>22</sup>

### 3.2 Nærmere om formålene ved ordningen og rollene til nemndsleder og sakkyndig

I retningslinjene for forsøksordningen med samtaleprosess punkt 2 heter det at formålet med samtaleprosess kan være å

bringe partene sammen for kartlegging av faktiske forhold og/eller konflikttemaer, bedre partenes kommunikasjon og øke deres forståelse, legge til rette

<sup>20</sup> Prop. 1 S (2015–2016) del 2 programområde 11 og NOU 2017: 8 s. 103.

<sup>21</sup> Dette er lagt til grunn av regjeringen selv, se <https://www.regjeringen.no/no/dep/bld/org/etater-og-virksomheter-under-barne-og-likestillingsdepartementet/fylkesnemndene-for-sosiale-saker/id418110/> (lest 4. desember 2018).

<sup>22</sup> Barne- og likestillingsdepartementet, *Høringsnotat – forslag til ny barnevernslov*, s. 305 og 474.

for enighet om en midlertidig ordning og legge til rette for hel eller delvis løsning av saken til barnets beste.

Samtaleprosessen ledes av en fylkesnemndsleder (jurist), normalt i samarbeid med en sakkyndig, jf. retningslinjene punkt 6.3. Retningslinjene og kommentarene til dem sier ikke noe eksplisitt om hvorvidt nemndsleder og sakkyndig skal innta en strengt tilretteleggende rolle, eller om de også kan opptre evaluerende. Dette i motsetning til f.eks. rettsmeklingsordningen i de alminnelige domstolene, hvor det er gitt regler for meklerrollen i tvisteloven § 8-5 tredje ledd. Skillet mellom en tilretteleggende og en evaluerende rolle handler om hvorvidt meklerne gir uttrykk for vurderinger og kommer med forslag. En rent tilretteleggende mekler gir ikke uttrykk for egne vurderinger og forslag.<sup>23</sup>

Det er en forutsetning for samtaleprosess at prosess og løsninger ivaretar hensynet til barnets beste, jf. barnevernloven §§ 4-1 og 7-1, se punkt 6 nedenfor, og Grunnloven § 104 annet ledd. Dette kan i noen tilfeller fordre at nemndsleder eller sakkyndig opptre evaluerende og gir uttrykk for vurderinger når de ser at prosess eller løsninger ikke ivaretar barnets interesser og behov.<sup>24</sup>

Etter det jeg kjenner til, har imidlertid opplæringen av nemndslederne bygget på en tilretteleggende tilnærming til samtaleprosessen.<sup>25</sup> Dette samsvarer med tanken om å øke partenes forståelse og derved deres eierskap til de løsningene som blir resultatet av prosessen. I mine observasjoner av samtalemøter har inntrykket vært at det tas utgangspunkt i en tilretteleggende meklerrolle, men at nemndsleder noen ganger gir uttrykk for noen synspunkter. I samtalemøtene jeg har observert, har de sakkyndige hatt en ekspertrolle snarere enn en rendyrket meklerrolle, og har i større grad gitt uttrykk for synspunkter enn det nemndsleder har gjort, særlig der de sakkyndige har gjort observasjoner av samspill eller av forholdene i hjemmet, eller hatt samtaler med barn og foreldre før samtalemøtet. Men også de sakkyndige har i ganske stor grad brukt tilretteleggende teknikker.

23 Se f.eks. Camilla Bernt, «Sakkyndige i barnelovssaker for domstolene: Roller og rettssikkerhet», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2014, s. 178–315, på s. 191–195.

24 At nemndsleder har adgang til å opptre evaluerende, er også underforstått i kommentarene til retningslinjene under behandlingen av spørsmålet om nemndsleder som har ledet samtaleprosess, skal kunne ha forhandlingsmøte i saken. Her heter det at nemndsleders habilitet dermed «vil avhenge av aktivitet og uttalelser under samtaleprosessen». Se Retningslinjer for samtaleprosess, s. 11.

25 Foredrag ved fylkesnemndsleder Liv Myklebost Marum, *Forsøksprosjektet om kommunikasjon og forståelse i barnevernssaker*, på Modanellakurset 6. september 2017, Toscana, Italia.

At det som utgangspunkt brukes tilretteleggende teknikker snarere enn en evaluerende tilnærming, betyr imidlertid ikke at nemndsledere og sakkyndige lar være å gripe inn når de ser at prosessen eller løsningene som lanseres, ikke er gode for barna. Jeg har sett at de isteden stiller partene spørsmål som inviterer til refleksjon hos dem fremfor selv å uttrykke vurderinger, såkalte refleksive spørsmål.<sup>26</sup> Og dersom nemndsleder eller sakkyndig synes barnevernet ikke i tilstrekkelig grad stiller krav til foreldrene for å ivareta barnet, har jeg sett at nemndsleder eller sakkyndig konkret spør om man har vurdert ytterligere hjelpetiltak, og også kommer med konkrete forslag. På den andre siden har jeg sett tilfeller der barnevernet inntar en holdning som nemndsleder eller sakkyndig synes er for rigid og streng, og hvor de har utfordret barnevernet på dette.

Dersom utfallet av et enkeltspørsmål fremstår som klart for nemndsleder, har jeg også sett at nemndsleder har gitt uttrykk for dette. Eksempelvis observerte jeg en samtaleprosess der tingretten i en tidligere rettsrunde hadde konkludert med at ungdommen saken gjaldt (16 år gammel) ikke kunne tilbakeføres til far fordi han hadde «fått slik tilknytning til mennesker» der han var «at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet», jf. barnevernloven § 4-21 første ledd annet punktum. I slike tilfeller heter det i annet ledd annet punktum at ny sak om tilbakeføring bare kan kreves behandlet «der det dokumenteres at det har funnet sted vesentlige endringer i barnets situasjon». Barnet hadde i den aktuelle saken gitt uttrykk for at selv om han i og for seg kunne tenke seg å bo hos far, ønsket han ikke dette nå, da han ville være i ro i alle fall frem til han hadde fullført skoleåret. Hva som ville vært aktuelt senere, var han mer usikker på. I lys av den tidligere tingrettsdommen og ungdommens klare uttalelse om hva han ønsket nå, anså nemndsleder at tilbakeføring var et uaktuelt utfall av saken, og gav uttrykk for dette. En slik uttalelse kunne etter omstendighetene vært problematisk for fars tillit til at nemndsleder ville lede samtaleprosessen på en upartisk måte. I det aktuelle tilfellet fremstod det imidlertid som naturlig og hensiktsmessig for å få løst en kinkig disputt mellom far og barnevernet om hvorvidt far måtte trekke tilbakeføringssaken som en forutsetning for at barneverntjenesten ville drøfte opptrapping av samværet. Når konflikten mellom foreldre og barnevern har pågått i mange år, som i det aktuelle tilfellet, kan det nok være vanskelig for en forelder å gjøre slike innrømmelser på egen hånd når det kommer som et krav

26 Se f.eks. Camilla Bernt og Jan Fridthjof Bernt, *God forvaltningsskikk: Rettssikkerhet, kommunikasjon og konfliktforståelse i forvaltningen*, Oslo 2018, s. 168 og 171–172 med videre henvisninger.

fra barneverntjenesten. Her løste nemndsleder problemet ved å uttrykke at det uansett ikke var grunnlag for et tilbakeføringskrav nå.

### 3.3 *I hvilke saker er samtaleprosess aktuelt?*

Samtaleprosess kan i prinsippet anvendes i alle typer barnevernssaker, med unntak av klager over akuttvedtak, jf. barnevernloven § 7-23, jf. § 4-6 annet ledd, jf. retningslinjer for samtaleprosess punkt 4. Forutsetningen er imidlertid at ikke «hensynet til barnets beste eller sakens karakter taler imot igangsetting av en samtaleprosess», jf. retningslinjene punkt 1.

Begrunnelsen for at klager over akuttvedtak ikke kan behandles i samtaleprosess, er antakelig at det gjelder én ukes frist for behandling av klagesaken etter at fylkesnemnda har mottatt saken, jf. § 7-23 tredje ledd. Videre skal saken opp til ordinær behandling for nemnda senest innen seks uker etter akuttvedtaket, og innen to uker dersom det er tale om plassering i atferdsinstitusjon etter § 4-24, jf. § 4-6 fjerde ledd. Dersom fristene ikke overholdes, faller vedtaket bort, jf. § 4-6 femte ledd.

Merknadene til retningslinjene redegjør for anvendelse av samtaleprosess i ulike sakstyper. Det fremheves at saker om pålegg om hjelpetiltak, jf. § 4-4, samt saker om forbud mot flytting eller vedtak om omsorgsovertakelse når barnet bor utenfor hjemmet, jf. § 4-8, er særlig godt egnede saker. For saker om hjelpetiltak fremheves det at foreldrene og barnevernet gjerne har motivasjon for å samarbeide for å unngå omsorgsovertakelse. Og sakene etter § 4-8 bunner i en frivillig plassering, noe som tilsier at foreldrene i utgangspunktet har vært innstilt på et samarbeid med barneverntjenesten. Saker om omsorgsovertakelse, jf. § 4-12, samvær, jf. § 4-19, plassering i atferdsinstitusjon, jf. § 4-24, og oppheving av omsorgsovertakelse, jf. § 4-21, fremheves som saker der det etter en konkret vurdering kan passe med samtaleprosess. Saker om omsorgsovertakelse av nyfødt barn, jf. § 4-8, og fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, jf. § 4-20, anses av Sentralenheten generelt som mindre egnet grunnet sakenes alvorlige karakter. Det åpnes likevel for at slike saker kan være egnet etter en konkret vurdering.<sup>27</sup>

I evalueringen av samtaleprosess fremkommer det som svar i spørreundersøkelsen at saker om fratakelse av foreldreansvar og adopsjon, samt klager over akuttvedtak, anses som mindre egnet, mens øvrige sakstyper anses egnet. I intervjuene med nemndsledere, sakkyndige og advokater fremheves imidlertid av flere

<sup>27</sup> Retningslinjer for samtaleprosess, s. 6-7.

informanter at egnetheten først og fremst beror på en vurdering i den enkelte sak, av så vel partene som omstendighetene i saken, og at det ikke kan sies på generelt grunnlag at visse sakstyper enten er egnet eller uegnet.<sup>28</sup>

I evalueringen anbefales at samtaleprosess blir en mulighet også i saker om akuttvedtak, og departementet slutter seg til dette i sitt høringsbrev om forslag til ny barnevernlov. Akuttvedtak er dramatisk for barn og foreldre og kan føre til tilspisset konflikt. Videre fremhever departementet at saken kan være på et stadium der det fortsatt kan være mulighet for andre løsninger enn omsorgsovertakelse, for eksempel i saker med mistanke om vold, der foreldrene ikke tidligere har vært i kontakt med barneverntjenesten.<sup>29</sup>

### 3.4 Saksbehandling ved endt samtaleprosess

Som skissert innledningsvis i artikkelen kan samtaleprosess få flere utfall. I en del tilfeller prøves det ut midlertidige ordninger, og disse formaliseres i en avtale mellom partene i saken og protokolleres i møteboken, jf. retningslinjene punkt 6.5 annet ledd. Forutsetningen for at nemnda skal medvirke til nedtegning og protokollering av en slik avtale, vil imidlertid være at nemnda ikke anser ordningen for å være i strid med hensynet til barnets beste, jf. retningslinjene punkt 6.5 tredje ledd annet punktum, jf. barnevernloven §§ 4-1 og 7-1, jf. Grunnloven § 104 annet ledd.

I noen tilfeller kan partene bli enige om hva som skal være løsningen i saken, f.eks. at omsorgsovertakelse skal skje i henhold til § 4-12, at ungdommen skal plasseres i atferdsinstitusjon, jf. barnevernloven § 4-24, at tilbakeføring skal skje, jf. barnevernloven § 4-21, eller at samværet skal endres, jf. barnevernloven § 4-19 annet ledd. Ettersom det er tale om tvangstiltak, kreves det imidlertid *vedtak* i disse sakene, og utfallet av samtaleprosessen blir da at partene blir enige om et felles forslag til tiltak, og så avgjør nemndsleder saken etter en forenklet behandling, uten forhandlingsmøte, jf. retningslinjene punkt 7.2, første ledd bokstav b, jf. barnevernloven § 7-5 annet ledd og § 7-14 annet ledd bokstav a. Også her vil forutsetningen naturlig nok være at nemnda anser ordningen for å være i samsvar med hensynet til barnets beste.

I noen tilfeller kan det imidlertid tenkes at barneverntjenesten eksempelvis innledet sak om omsorgsovertakelse etter § 4-12, men finner at det likevel ikke

<sup>28</sup> Oxford Research 2019, s. 71–74.

<sup>29</sup> Oxford Research 2019, s. 112–113, og Barne- og likestillingsdepartementet, *Høringsnotat – forslag til ny barnevernlov*, s. 311.



er grunnlag for dette etter å ha gjennomført en samtaleprosess med foreldrene, gjerne ved utprøving av midlertidige ordninger der foreldrene har godtatt og gjennomført nærmere bestemte hjelpetiltak. Barneverntjenesten kan da velge å trekke saken, og saken vil da bli hevet av nemnda, jf. retningslinjene punkt 7.2 første ledd bokstav a. På samme måte kan en forelder som ser at det ikke er grunnlag for tilbakeføring etter § 4-21, men som kanskje har fått gjennomslag for økning og endring i samværet, velge å trekke tilbakeføringssaken.

Videre saksbehandling etter endt samtaleprosess er regulert i retningslinjene punkt 7-3. Dersom saken ikke avsluttes ved enighet eller trekkes, berammes forhandlingsmøte snarest mulig, og saken behandles som en ordinær fylkesnemnds-sak etter barnevernloven, jf. første ledd. Det heter i tredje ledd at for nemndsleder og sakkyndig som har deltatt i samtaleprosess, gjelder reglene i domstoloven kapittel 6 om habilitet ved videre behandling av saken i nemnda, jf. barnevernloven § 7-6. I merknadene til retningslinjene heter det at habilitetsvurderingen er den samme som i saker etter barneloven hvor det forsøkes mekling, men hvor det blir hovedforhandling. Det uttales i merknadene at nemndsleders habilitet dermed «vil avhenge av aktivitet og uttalelser under samtaleprosessen».<sup>30</sup>

For sakkyndige er det gitt noen flere føringer. Det heter at en sakkyndig som er oppnevnt til å bistå partene i en prøveperiode der en midlertidig ordning prøves ut, «vil normalt være inhabil til å delta som nemndsmedlem». Begrunnelsen er at «[v]edkommedes hjelperrolle ved den midlertidige ordningen medfører normalt en særlig omstendighet som er egnet til å svekke tilliten til den fagkyndiges uhildethet». Det heter videre at sakkyndig som har bistått i prøveperioder, som hovedregel heller ikke bør oppnevnes som sakkyndig i hovedsaken, men at det kan gjøres unntak fra dette der samtlige parter ønsker vedkommende oppnevnt som sakkyndig, og sakkyndig og nemndsleder finner dette ubetenkelig.<sup>31</sup>

I praksis har forsøksnemndene i fellesskap blitt enige om at nemndsleder som gjennomfører samtaleprosess, ikke skal behandle saken videre i forhandlingsmøte dersom det ikke blir enighet mellom partene. Dette praktiseres omtrent unntaksfritt. Jeg anser det som avgjørende for at ordningen med samtaleprosess skal ivareta grunnleggende rettssikkerhetshensyn, at det skjer et bytte av nemndsleder etter samtaleprosessen. I motsatt fall kan samtaleprosessen innebære et utilbørlig press på partene til å godta minnelige løsninger, idet de kan oppfatte at nemndsleder og

<sup>30</sup> Retningslinjer for samtaleprosess, s. 11.

<sup>31</sup> Retningslinjer for samtaleprosess, s. 10–11.

sakkyndig uansett har bestemt seg for hva de mener.<sup>32</sup> Og på den annen side kan partene tenkes å bli tilbakeholdne i samtaleprosessen dersom de vet eller regner det som en mulighet at nemndsleder og/eller sakkyndig beholder saken, da de ikke ønsker å gi inntrykk av at de har en dårlig sak. En unntaksfri regel om bytte av nemndsleder og sakkyndig var også anbefalingen til Oxford Research i deres evalueringsrapport.<sup>33</sup>

På dette punktet har anbefalingene i evalueringen ikke fått tilslutning av Barne- og likestillingsdepartementet. Uten å nevne anbefalingen i evalueringen anbefaler departementet at spørsmålet om habilitet fortsatt skal vurderes etter de alminnelige reglene i domstoloven, som «er en viktig rettssikkerhetsgaranti for private parter». Departementet understreker imidlertid at sakkyndige som har deltatt i samtaleprosess, som hovedregel ikke kan ha andre roller videre i saken enn eventuelt å vitne om hva som har skjedd under utprøving av midlertidige ordninger.<sup>34</sup>

#### 4 Samtaleprosess i et rettssikkerhetsperspektiv og målet om riktige avgjørelser

Rettssikkerhet kan defineres på ulike vis, og flere forfattere behandler begrepet over mange sider.<sup>35</sup> Rettssikkerhet, slik jeg vil anvende begrepet i denne artikkelen, har som formål å legge til rette for at *avgjørelsene blir riktige*. Dette stiller krav til så vel rettsanvendelse som kontradiksjon, bevisførsel og bevisvurdering. Avgjørelsene skal kort sagt treffes etter en prosess som gir et betryggende avgjørelsesgrunnlag. En godt kvalitetssikret prosess vil kunne bidra til at lovgivers intensjoner blir gjennomført. På barnevernsfeltet vil riktige avgjørelser kort sagt primært handle om beskyttelse av barn, idet barnets beste er et overordnet hensyn, men samtidig med fokus på ikke å bryte opp familier der dette ikke er nødvendig. Barnevernlovens vilkår for tvangsmessig plassering er – og skal være – strenge.

Rettssikkerhet er imidlertid ikke bare et middel for å sikre at vedtakene er riktige. Prosessen må legges slik opp at det er egnet til å ivareta *tilliten til rettspleien*.

32 Jeg argumenterer for det samme for meklingsordningen i barnelovssaker for domstolene; se Camilla Bernt 2014, s. 307–314.

33 Oxford Research 2019, s. 107–108.

34 Barne- og likestillingsdepartementet, *Høringsnotat – forslag til ny barnevernslov*, s. 313.

35 Se f.eks. Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, bind 1, 2. utgave 2010, s. 46–53, og Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, Oslo 2016, s. 147–149. En kortfattet definisjon gis av Olav Molven og Jon Gisle, «Rettssikkerhet» i Store norske leksikon, <https://snl.no/rettssikkerhet> (lest 18. oktober 2018).

Selv en prosess som fører til riktige vedtak hver gang, vil ikke anses rettssikker dersom den ikke oppfyller grunnleggende krav til transparens og etterprøvbarehet. Videre vil partene neppe ha tillit til en prosess der de ikke opplever at de kan medvirke på en meningsfylt måte, og ikke forstår begrunnelsen for de avgjørelsene som treffes. Som nevnt innledningsvis har barnevernet i dag et omdømmeproblem i noen kretser, og dette må kunne sies å utfordre tilliten til barnevernet. I ytterste konsekvens kan det komme til å utfordre barnevernrettens alminnelige legitimitet dersom mistilliten får stor nok utbredelse.<sup>36</sup> Å skape større forståelse mellom barneverntjenesten og de private partene er derfor et viktig anliggende. I punkt 5 skal jeg redegjøre nærmere for hvordan samtaleprosess kan bidra til dette.

I barnevernssaker, hvor det er barns og familiers fremtid som står på spill, ville mange imidlertid i utgangspunktet tenke at det er viktig med en formell domstolliknende behandling, slik at man kan sikre at saken er godt opplyst og utfallet dermed til barnets beste. Dette skulle i så fall tale imot en meklingsliknende tilnærming som samtaleprosess. Imidlertid er et hovedproblem i disse sakene at foreldrene ofte er lite forsont med utfallet av fylkesnemndssaken dersom resultatet ikke går i deres favør, og det blir ofte anker, og etter hvert nye saker om samvær og tilbakeføring. Dette skaper uro, usikkerhet og ustabilitet for barnet som er involvert. I en samtaleprosess kan man oppnå enighet om løsninger, og dempe konfliktnivået, og dette vil kunne gi ro og stabilitet for barna som er involvert.

Videre er barnevernssaker gjennomgående grundigere utredet når de kommer inn til fylkesnemnda, enn den gjengse sivile sak som står for domstolene. Det har ofte vært en lang forutgående prosess hvor helsetjenesten og øvrige hjelpeinstanser samt skole og barnehage har vært involvert og konsultert, og barnevernet har gjennomført samtaler og observasjoner. I en del tilfeller har det også vært en sakkyndigutredning. Dessuten vil den sakkyndige som deltar i samtaleprosessen, sammen med nemndsleder bidra til sakens opplysning. Den sakkyndige vil ofte få i oppgave å ha kontakt med foreldrene under utprøving av midlertidige ordninger, og observere forholdene i hjemmet samt samspill mellom foreldre og barn. Samtaler med barnet vil også kunne inngå i oppdraget. Barna som er involvert, høres dessuten før første samtaleprosessmøte, jf. retningslinjene punkt 6-6 tredje ledd. Og under prøveordninger vil det ofte kunne være samvær med tilsyn, foreldreveiledning eller andre tiltak, hvor det utformes rapporter som blir fremlagt

---

<sup>36</sup> Se f.eks. Mæhle og Aarli 2016, s. 452–453, og Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998, s. 245–246.

i samtaleprosessen. Saker i samtaleprosess vil derfor ofte være godt opplyst.<sup>37</sup> Der- som fylkesnemnd, barnevern eller privat part skulle mene at saken ikke er godt nok opplyst til at det er forsvarlig med samtaleprosess, skal samtaleprosess ikke besluttes. Det heter som nevnt i retningslinjene punkt 1 at nemnda ikke skal tilby samtaleprosess når «hensynet til barnets beste eller sakens karakter taler imot» det, og nemndsleder kan heller ikke medvirke til løsninger som anses i strid med barnets beste, jf. fremstillingen i punkt 3.4 ovenfor.

## 5 Samtaleprosess i et konfliktperspektiv

I punkt 4 postulerte jeg at samtaleprosess vil kunne være bedre enn ordinær behandling i fylkesnemnda, av hensyn til tilliten til barnevern, fylkesnemnd, prosess og utfall. I det følgende skal jeg forklare dette synspunktet nærmere.

En innvending jeg har fått presentert mot samtaleprosess, er at det er barnevernets oppgave å gå i dialog med foreldrene. Det argumenteres for at barneverntjenesten i de fleste saker har brukt mye energi på å prøve å oppnå dialog og samarbeid med foreldre og barn før en sak blir brakt inn for fylkesnemnda. Imidlertid underslår en slik argumentasjon betydningen av at barnevernet ikke bare er en hjelpeinstans, men også skal vurdere om det skal reises sak for fylkesnemnda. Barneverntjenesten kan i så måte sies å være en hjelpeinstans som samtidig har fått roller som, sett fra foreldrenes perspektiv, likner litt på dem henholdsvis politiet og påtalemyndigheten har: Etter å ha gjort undersøkelser – etterforsket – skal barneverntjenesten ta stilling til om det er forhold i den aktuelle familien eller ved barna som gir grunn til bekymring i en slik grad at det skal reises tvangssak for fylkesnemnda. Det kan skape problemer i samhandlingen mellom foreldrene og barnevernet og vanskeliggjøre dialogen dersom foreldre tolker det slik at barnevernet har konkludert med at de ikke er gode nok. Mange foreldre frykter at når barnevernet kommer inn i en sak, blir tvangsvedtak resultatet. Det er forståelig at foreldrene dermed går i en forsvarsposisjon snarere enn å innta en åpen og dialogisk holdning. Frykt for å miste barna og opplevelse av konflikt vil vanskeliggjøre effektiv direkte dialog med barnevernet.

<sup>37</sup> Det kan imidlertid tenkes å være en problemstilling at privat part har for liten tid til å forberede seg etter at barneverntjenesten innleder sak for nemnda. Se drøftelse av denne mulige problemstillingen i Oxford Research 2019, s. 104–105.

Dersom en konflikt eskalerer over et visst nivå, vil det bli vanskelig for partene å kommunisere direkte på en god måte, og det vil være nødvendig med intervensjon fra en nøytral tredjeperson. Dette er rasjonalet bak mekling som konfliktløsningsmetode: Når direkte dialog og forhandlinger ikke fungerer, vil det å bringe en tredjeperson inn til å styre kommunikasjonen mellom partene være hensiktsmessig. Tredjepersonen bør være *nøytral* og *upartisk*, i den forstand at vedkommende verken har egeninteresser i utfallet eller sympatiserer med en part. Og uavhengig av om vedkommende faktisk oppfyller disse kravene, vil det være helt avgjørende for prosessen at partene har *tillit* til at vedkommende er nøytral og upartisk. Barnevernet vil derfor ikke kunne fylle denne funksjonen.

I samtaleprosess legges det vekt på at partene selv skal være i fokus, i motsetning til i forhandlingsmøte i fylkesnemnda eller hovedforhandling i retten, hvor det er advokatene som fører ordet mesteparten av tiden. Partene – og da særlig private parter – gis stort rom til å snakke om det som er viktig for dem, og dyktige nemndsledere og sakkyndige vil respondere med oppmerksomhet og empati, slik at partene føler seg hørt og forstått. Det å få lov til å snakke og delta aktivt i egen sak, samt ikke minst å delta i diskusjon om løsningsmuligheter, skiller seg fra ordinær behandling, hvor partene er passive bortsett fra når de avgir forklaring. Å føle seg hørt og forstått, og få muligheten til å bidra til løsning i saken, vil legge til rette for *myndiggjøring (empowerment)* av de private partene. Prosessen legger imidlertid ikke bare til rette for at private parter skal høres og forstås, men at de skal få høre og forstå hva barneverntjenesten mener og hvorfor. Når privat part selv blir hørt, er det gjerne lettere å høre på det barneverntjenesten har å si. Nemndsleder og sakkyndig kan bidra til at partene virkelig hører budskapet i det den andre sier, ved gode refleksive spørsmål.<sup>38</sup>

En parts følelse av eierskap til løsningen og av å ha blitt hørt knytter an til det som i internasjonal litteratur omtales som *prosessrettferdighet* eller *procedural justice*. Dette betegner at en parts vurdering av utfallet av en prosess i stor grad påvirkes av om han eller hun har opplevd prosessen som god. Sentrale komponenter i dette er partens opplevelse av å bli hørt, at beslutningstaker oppleves som nøytral, tillit til prosessen og beslutningstaker, og å bli behandlet med respekt.<sup>39</sup>

38 Se f.eks. Bernt og Bernt, *God forvaltningsskikk. Rettsikkerhet, kommunikasjon og konfliktforståelse i forvaltningen*, 2018, s. 168 og 171–172 med videre henvisninger.

39 Se f.eks. Lin Adrian, «Procesretferdighed – Det er også måden der tæller», *Juristen* 2013, s. 107–116, med redegjørelse for internasjonal og dansk forskning. Se også NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, s. 144 med videre henvisninger.

Dersom tilfredsheten med utfallet blir større i samtaleprosess enn i ordinær prosess i nemndene, er det grunnlag for å forvente at det blir færre konflikter og omkamper mellom barnevern og private parter, og at barnets situasjon dermed blir bedre og mer avklart.

Samtaleprosess gir også *et større løsningsrom* enn et nemndsvedtak eller en dom. Dette handler dels om at partene kan bli enige om løsninger som ikke er mulige for en fylkesnemnd eller en domstol å pålegge partene innenfor rammene av barnevernlovens tvangshjemler. Som nevnt innledningsvis kan en avtale gå ut på å trekke inn familiens nettverk, f.eks. ved hjelp av såkalt familieråd, slik at det er ressurspersoner rundt familien som bidrar til å trygge barnets omsorgssituasjon. Et annet eksempel er at foreldre og barnevern kan bli enige om at det skal initieres mekling eller rådgivning på familievernkontoret for foreldre og fosterhjem, for å bedre samarbeid og kommunikasjon. Naturlig nok er det ikke hjemmel for å treffe vedtak om slikt i fylkesnemnd eller domstol, ikke minst fordi nettverk, familiemedlemmer og fosterhjem ikke er part i den aktuelle saken.

Videre kan barnevern og private parter bli enige om faste møtepunkter eller kommunikasjonskanaler der det gis informasjon og man snakker om problemstillinger som oppstår, samt løsninger fremover. Med en ungdom som er institusjonsplassert, kan man bli enige om en avtale som endrer på det som ungdommen har opplevd som særlig problematisk ved oppholdet. Man kan bli enige om at ungdommen skal få mulighet til å gå på kino, at leggetidsreglene skal justeres, eller tilpasning av andre forhold som er viktig for ungdommens trivsel og opplevelse av medbestemmelse og kontroll i eget liv.

I noen tilfeller, hvor en forelders primære krav har vært tilbakeføring, men med et subsidiært krav om økt samvær, kan man bli enige om en opptrappingsplan, med oppfølging fra sakkyndig og møter for evaluering og vurdering av videre opptrapping på nærmere bestemte tidspunkt. Dette er et utfall som fylkesnemnd og domstol ikke vil kunne komme til i sine vedtak og dommer, idet en slik ordning inneholder løpende og skjønnsmessige vurderinger.

Det økte løsningsrommet gir dermed muligheter for at de private partene i større grad opplever at deres interesser ivaretas, enn ved en tradisjonell nemndsprosess hvor forhandlingen skjer på standpunktnivå, og hvor løsningsrommet oppleves som et nullsumspill hvor seier eller tap er alternativene.

Videre kan det også *innenfor rammen av det fylkesnemndene kan treffe vedtak om*, bli et større løsningsrom ved samtaleprosess: Et senket konfliktnivå og en forbedret kommunikasjon kan åpne for mer samvær, og samvær uten tilsyn, fordi

foreldrene nå skjønner viktigheten av ikke å blande barnet inn i konflikten. Det kan i noen tilfeller også bli enighet om at man ikke trenger vedtak om omsorgsovertakelse, fordi foreldrene viser seg mottakelige for å ta imot den hjelpen og veiledningen de og barna trenger. Dette vil nok først og fremst være aktuelt der det har vært gjennomført midlertidige prøveordninger med tett oppfølging av familien, slik at barnevern, nemndsleder og sakkyndig har et grunnlag for å vurdere i hvilken grad foreldrene har vilje og evne til å gjøre nødvendige endringer og gi bedre omsorg.

## 6 Samtaleprosess i et barnerettslig perspektiv

Det heter i barnevernloven § 4-1 at det skal «legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet», og i § 7-1 at saksbehandlingen i fylkesnemnda skal «støtte opp under lovens grunnleggende hensyn». Barnets beste skal dermed være i fokus både når det gjelder prosess og utfall. At samtaleprosess oppleves som en god prosess av foreldrene, kan med andre ord ikke tillegges avgjørende vekt med mindre bruk av samtaleprosess ivaretar hensynet til barnets beste. Det er imidlertid min påstand at samtaleprosess i mange tilfeller kan være til barnets beste både prosessuelt og materielt.

*Prosessuelt* vil samtaleprosess for det første kunne bidra til at det raskere nås en løsning for barnet, idet en enighet i samtaleprosess i praksis vil medføre at fortsatt rettslig prosess er lite aktuelt. Har partene blitt enige om en ordning for barnet, enten saken gjelder omsorgsspørsmålet, samvær eller hjelpetiltak, er det vanskelig å se for seg at privat part eller barnevern vil initiere noen videre rettslig prosess i saken. Dermed blir det ro i saken. Ved midlertidige ordninger som skal prøves ut over måneder, og med evaluering og nye møter etterfulgt av nye ordninger, er det klart at det kan ta lengre tid enn ved ordinær fylkesnemndsbehandling før man kommer frem til en permanent ordning. Hvorvidt et slikt forlenget tidsforløp er til barnets beste eller ikke, kommer imidlertid an på kvaliteten av de midlertidige avtalene som inngås. Etter intensjonene ved samtaleprosess skal det heller ikke ved prøveordninger godtas løsninger som ikke er til barnets beste. En annen sak er at barnet kan oppleve midlertidigheten som en usikkerhet om hvordan en varig ordning vil bli seende ut. Her må samtaleprosess imidlertid sammenliknes med ordinær prosess, hvor det ofte er høyere konfliktnivå mellom foreldre og barnevern, og hvor det kan bli flere runder med overprøving i domstoler og årlige endringssaker, jf. §§ 4-21 annet ledd og 4-19 femte ledd.



Barn kan være part i barnevernssaker når de har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder, og partsrettigheter kan også innvilges til yngre barn i særskilte tilfeller. Og i saker om tiltak ved atferdsvansker er barnet alltid part, jf. barnevernloven § 6-3 annet ledd. Der barnet selv er part i barnevernssaken, vil det å få ta del i en mer uformell og vennligere prosess kunne oppleves som *myndiggjørende*, og barnet vil kunne oppleve større grad av prosessrettferdighet. Samtaleprosessen er langt mer uformell og fleksibel enn et forhandlingsmøte eller en hovedforhandling. Det er dermed lettere å legge til rette for at barnet, ut fra sine forutsetninger, kan delta aktivt og på en meningsfylt måte. Nemndsleder og sakkyndig kan legge opp prosessen slik at den tilpasses barnets behov.<sup>40</sup>

I et samtalemøte jeg observerte, bestemte nemndsleder og sakkyndig seg for å la den 15 år gamle gutten saken gjaldt, få snakke først i møtet – før barnevern og foreldre. Han fikk åpne spørsmål, og god tid til å svare. Han la med det han sa, premisene for hvilke løsninger som ble diskutert, idet samtlige involverte var enige om at det var grunn til å legge stor vekt på det han sa om sine preferanser og behov. Ettersom han ikke ønsket tilbakeføring nå, men vesentlig økning av samværet, ble dette fokus for dialogen. Han var verbalt sterk, moden og reflektert, og jeg spurte derfor nemndsleder og sakkyndig etter samtalemøtet om de ville valgt å la barnet starte også i en sak med en ungdom som ikke hadde tilsvarende forutsetninger som denne gutten. Svaret fra begge var ja. De fremhevet at de da hadde sørget for å tilpasse spørsmålsstillingen og ville brukt mer tid, slik at ungdommen ble gjort i stand til å uttrykke sine synspunkter på en god måte. Den sakkyndige ville i så fall fått en sentral rolle i dette. Det var tydelig at tilnærmingen, ved å la ungdommen starte, bidro til et lavt konfliktnivå i rommet. I lys av den lange historikken i saken, med gjentatte prosesser i nemnd og domstol, er det grunn til å anta at konfliktnivået ved ordinær nemndsbehandling ville vært betraktelig høyere. På

40 I evalueringen av samtaleprosess fant man imidlertid at noen ungdommer følte de manglet informasjon om hva samtaleprosess gikk ut på, og følte seg presset til å delta. Det er derfor viktig at det gjøres et grundig forarbeid for å sikre at ungdommene vet hva de takker ja til, og for å sørge for at prosessen tilpasses dem. I evalueringsrapporten anbefales derfor at det innføres formøter mellom ungdommene og fylkesnemndsleder i disse sakene; se Oxford Research, *Kompetanse og dialog. Evaluering av utprøving av samtaleprosess i fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker*, januar 2019, s. 39, 75 og 98. Denne anbefalingen får støtte av Barne- og likestillingsdepartementet i *Høringsnotat – forslag til ny barnevernslov*, s. 307, som skriver at «for at samtaleprosess kan bli en varig ordning, må det vurderes særlige tiltak for at barn/ungdom som er part i saken får tilpasset og god informasjon, ikke opplever press og kan ivareta sine interesser på en forsvarlig måte».

slutten av samtalemøtet uttrykte samtlige tilstedeværende, inkludert ungdommen selv, at dette hadde vært en god prosess.

Også *materielt sett* vil samtaleprosess kunne bidra til løsninger til barnets beste. Som nevnt vil samtaleprosess kunne legge til rette for stabile løsninger, fordi de er basert på enighet, slik at barnet slipper en uttalt lojalitetskonflikt og usikkerhet om fremtiden. Som nevnt gir samtaleprosess også større løsningsrom, idet det kan finnes frem til skreddersydde løsninger utenfor rammene av vedtaks- og doms-kompetanse, så som involvering av nettverk til avlastning og bistand, forpliktende planer om løpende evaluering med derpå følgende endring av samværsordninger, osv. Det kan også være aktuelt med mer samvær, idet foreldrene har dialog med barneverntjenesten og ikke kommer med uttalelser overfor barnet som kan sette det i en lojalitetskonflikt og skape usikkerhet om hvor det skal bo fremover. At det er enighet mellom foreldrene og barneverntjenesten, vil også kunne legge til rette for plassering av barnet hos nær slekt eller i familiens nære nettverk, idet man kan være tryggere på at det ikke medfører risiko for konflikteksponering av barnet. Plassering hos familie eller nettverk er en uttalt målsetting i loven, og det heter i barnevernloven § 4-22 tredje ledd, etter lovendring 20. april 2018, at «[b] arneverntjenesten skal alltid vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan velges som fosterhjem».<sup>41 42</sup>

Videre vil samtaleprosess legge til rette for at barnevernet kan komme i posisjon med flere hjelpetiltak, så som ulike former for foreldreveiledning og kurs, støttekontakt, osv.

41 Lov 20. april 2018 nr. 5 om endringer i barnevernloven mv. (bedre rettssikkerhet for barn og foreldre).

42 Det må i denne sammenheng presiseres at de aktuelle personene i nær familie og nettverk neppe vil være med på selve samtalemøtet i nemnda, jf. angivelsen av hvem som kan delta, i retningslinjene punkt 6.2, og at avtaler mellom foreldre og barnevern om plassering hos nettverk eller nærmeste familie dermed vil være betinget av at disse rent faktisk sier ja til plasseringen. Dersom dette er en aktuell løsning, vil foreldrene og deres prosessfullmektiger sannsynligvis ha undersøkt muligheten i forkant, og så kan det følges opp ved kontakt mellom barneverntjenesten og de aktuelle fosterforeldrene i en pause i samtalemøtet. Men det vil nok være slik at barnevernet ikke kan forplikte seg helt til en nærmere bestemt fosterhjemsplassering i en avtale med foreldrene i samtalemøtet. En avtale vil måtte ha preg av å være en intensjonsavtale, og det må det da tas nødvendige forbehold om.

## 7 Noen anbefalinger og betraktninger vedrørende samtaleprosess

I lys av fordelene kan det konkluderes med at samtaleprosess bør forsøkes når man mener at det har en egenverdi å gjennomføre en *dialogisk prosess* – og det har det ofte. Imidlertid er det viktig å være bevisst på balansegangen mellom på den ene siden å gi foreldrene mulighet til å være med på å treffe gode avgjørelser for barna sine, og på den andre ikke å påføre dem ansvaret for avgjørelser som det kan være tungt å bære. Eksempelvis er det i mange tilfeller neppe ubetenkelig at mor eller far skal måtte ta ansvaret for en beslutning om fratakelse av foreldreansvaret og adopsjon. Det vil selvsagt finnes nyanser i dette. Dersom barnet aldri har bodd hos mor, og er fornøyd der det er, kan det klart ha en egenverdi at moren sier: «Jeg velger å slippe taket i deg, for det skjønner jeg er best for deg.» Har barnet derimot bodd i biologisk hjem så lenge at det har et nært forhold også til sine biologiske foreldre, vil det gjerne stille seg annerledes. Da kan kanskje barnet oppfatte enighet om adopsjon som at mor og far har sluttet å prøve å komme i posisjon til å bli bedre foreldre (igjen): De gir opp barnet sitt. Det blir da en tøff beslutning for foreldrene å skulle bære ansvaret for.

Det samme kan gjerne sies om noen omsorgsovertakelser der barnet ikke er forsonet med at mor og far ikke kan ha omsorgen for det. Mens i andre tilfeller kan det nok være godt for barnet å vite at «det er greit for mamma og pappa at jeg ikke bor hos dem nå. De vil at jeg skal ha det bra, selv om det betyr at de ikke kan ha meg hos seg nå». Da tar man bort barnets opplevelse av lojalitetskonflikt og uro om hva som vil skje rundt neste sving.

Det er derfor etter mitt syn lite hensiktsmessig å snakke om egnede og ikke egnede sakstyper som sådanne. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak ut fra hvor inngripende det aktuelle vedtaket er, sammenholdt med omstendighetene i saken samt barnets og foreldrenes holdninger og egenskaper.<sup>43 44</sup>

En annen vesentlig faktor som nemndsleder og sakkyndig må være seg bevisst, er at opplevelsen av prosessrettferdighet i samtaleprosess vil være avhengig av at partene føler at de har fått delta i beslutningsprosessen på en meningsfylt måte.

43 Sistnevnte innebærer at foreldrene og eventuelle barn med partsstilling må ha et visst nivå av kognitiv fungering for å kunne delta i en samtaleprosess. De må ikke være i en psykisk tilstand eller så ruset at de ikke kan forstå prosessen og medvirke aktivt i den.

44 Dette var også anbefalingen i evalueringen av samtaleprosess, se Oxford Research 2019, s. 112. Denne anbefalingen har fått tilslutning av Barne- og likestillingsdepartementet i *Høringsnotat – forslag til ny barnevernslov*, s. 309–311.

Det vil si at de er blitt hørt og behandlet med respekt. Det fordrer en dialogisk prosess der partene blir hørt før premissene for en løsning blir lagt, i stedet for at premissene legges tidlig gjennom bastante uttalelser fra nemndsleder, sakkyndig og barnevern, som deretter blir utgangspunktet for videre dialog. Særlig dersom nemndsleder eller sakkyndig gir uttrykk for vurderinger av saken i en tidlig fase av samtaleprosessen, er det en risiko for at privat part godtar en løsning grunnet på en opplevelse av å bli presset til det. Det er grunn til å anta at en slik opplevelse vil gjøre løsningene mindre robuste og dessuten kan påvirke tilliten til samtaleprosessen. I de samtalemøtene jeg har observert, har jeg sett at det kan være bra for stemningen i rommet å la private parter komme til orde tidlig, og fortelle hva som er viktig for dem, før barneverntjenesten får ordet. Er et barn part i prosessen, kan det være svært effektivt å la barnet starte, idet dette setter barnets interesser og behov i fokus, jf. eksempelet med den 15 år gamle gutten. I noen tilfeller kan det likevel være hensiktsmessig å la barneverntjenesten få starte, f.eks. der det har vært en positiv utvikling hos familien i en prøveperiode, som nemnda har fått høre om før møtet, og som de derfor vil at barneverntjenesten får ordet til å fortelle om. Jeg har sett at det kan gi et fint utgangspunkt for dialogen at foreldrene tidlig i møtet får anerkjennelse for at de har evnet å forandre og utvikle sin foreldrerolle. Det myndiggjør foreldrene og skaper tillit. Da blir det lettere å snakke om det som er vanskelig, etterpå.

# Utviklingslinjer i nyere norsk forvaltningsrett

Professor emeritus Jan Fridthjof Bernt

1     Bakteppet: Arven fra Poul Andersen og Frede Castberg  
Grunnlaget for norsk – og dansk – forvaltningsrett som akademisk disiplin ble lagt ved Poul Andersens avhandling «Om ugyldige forvaltningsakter»<sup>1</sup>. Hovedtema og angrepsvinkel i avhandlingen var utviklingen av en forvaltningsrettslig ugyldighetslære som et motstykke til ugyldighetslæren i avtaleretten. Denne tilnærmingen, som ble videreført i hans store verk *Dansk forvaltningsret* som utkom i siste utgave i 1965,<sup>2</sup> viste seg å være et svært vellykket grep som ramme for domstolskontroll med forvaltningen i norsk og dansk forvaltningsrett. Den ble adoptert og på noen punkter videreutviklet av Frede Castberg i hans *Innledning til forvaltningsretten*, som kom i første utgave i 1938 og i siste utgave i 1955.<sup>3</sup>

Den sentrale nyvinningen var bruken av begrepet «tilblivelsesmangler» som betegnelse på grunnlaget for domstolskontroll med forvaltningsvedtak der domstolene ikke kunne prøve vedtakets innhold, og særlig kategorien «indre tilblivelsesmangler» som grunnlag for ugyldighet på grunn av svikt i *premissene* for et vedtak,<sup>4</sup> med en lære om «magtfordreining»<sup>5</sup> – ulovlig formål eller utenforliggende hensyn – som det mest sentrale element. I norsk rettsteori var Ragnar Knoph en viktig impulsgiver for tilsvarende tanker, ved avhandlingen «Hensiktens betydning

---

1 Poul Andersen, *Om ugyldige Forvaltningsakter med særligt Henblik på Ugyldighedsgrundene*, København, 1924.

2 Poul Andersen, *Dansk forvaltningsret: almindelige emner*, femte udgave, København 1965.

3 Castberg, *Innledning til forvaltningsretten*, 3. utgave, Oslo 1955.

4 Se Andersen, *Dansk forvaltningsret: almindelige emner*, København, 1963, s. 352–387.

5 Andersen, *Om ugyldige Forvaltningsakter med særligt Henblik på Ugyldighedsgrundene*, s. 361–387.

for grensen mellom rett og urett»<sup>6</sup>, der han tok opp den rettslige betydningen av en handlings formål i et mer generelt perspektiv.

I norsk forvaltningsrett ble denne tilnærmingen grunnlaget for en lære som hos Castberg fikk betegnelsen «myndighetsmisbruk»,<sup>7</sup> et begrep Eckhoff<sup>8</sup> senere tok i bruk som fellesbetegnelse på tre ulike rettslige krav til forvaltningens utøving av sitt «frie skjønn»: «at det ikke må tas utenforliggende hensyn, ikke foretas usaklig forskjellsbehandling og ikke treffes kvalifisert urimelige avgjørelser». Både betegnelsen og begrepet innhold har senere vært omdiskutert,<sup>9</sup> men tilnærming og problemstilling har ligget fast: Det er tale om prøvingsteknikker der man stiller krav til eller trekker grenser for forvaltningens utøving av forvaltningsskjønnet.<sup>10</sup>

Frem til andre verdenskrig var den alminnelige forvaltningsrett med dette utgangspunkt i det vesentligste en domstolsfokusert *ugyldighetslære*,<sup>11</sup> dels inspirert av ugyldighetslæren i avtaleretten, dels av reglene om Høyesteretts kontroll med dommer i straffesaker. Den var et mulig redskap i konflikt med det offentlige, men bare for den som hadde vilje og ressurser til å ta sin sak gjennom domstolsapparatet. I samspill med teorien satte domstolspraksis etter hvert krav ikke bare til hjemmelsgrunnlaget for forvaltningens myndighetsutøving, men også til saksbehandling og beslutningsprosess, og i noen få tilfeller også til den skjønnsmessige avveining der denne i utgangspunktet ikke er rettslig normert, men overlatt til forvaltningen.

Disse kravene var imidlertid gjennomgående svært generelle og lite presise, og ble bare sporadisk håndhevet av rettsapparatet. Dette avspeiler at domstolskontroll alene aldri kan bli noen effektiv rettssikkerhetsgaranti i det store antall forvaltningssaker. Bare en ganske liten brøkdel av de avgjørelsene som treffes i forvaltningen, vil bli brakt inn for domstolene, og på mange saksområder vil slik prøving være nærmest helt uaktuell – på grunn av sakens karakter, eller fordi de

6 Ragnar Knoph, *Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett*, Kristiania 1924.

7 Se Castberg, *Innledning til forvaltningsretten*, s. 204–216.

8 Se Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, Oslo 1978, s. 153, og kapittel 11.

9 Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo 2018, s. 410, og s. 363–365 om begrepet «myndighetsoverskridelse» som betegnelse på situasjoner der «forvaltningen går utenfor grensene for sin kompetanse».

10 Se om terminologien her Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, bind I, 2. utgave, Bergen 2010, s. 84–86, Eckhoff og Smith, s. 364–365, og Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 2015, s. 236–241.

11 Se om dette Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten», i: Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Oslo 1986, s. 86–130.

berørte borgere ikke har økonomiske og personlige ressurser til å føre en rettssak i flere instanser mot det offentlige. I praksis begynner og stopper rettssikkerheten normalt i forvaltningen.

Behovet for en ytterligere styrking av borgernes rettssikkerhet i møte med forvaltningen kom på dagsordenen i den politiske og juridiske diskusjonen i de nordiske land etter andre verdenskrig. Det som i første rekke var utgangspunktet for denne debatten, var den sterke veksten i den klassiske myndighetsutøvingen – påbud, forbud med mer – som hadde funnet sted i krigsårene. Man hadde erfaringene fra okkupasjonsstyret i Danmark og Norge som en dyster dokumentasjon av hva ukontrollert byråkratisk maktutøving kan utvikle seg til. Samtidig var det en økende erkjennelse av at utviklingen av flere grunner måtte ventes fortsatt å gå i retning av et samfunn med vide og inngripende fullmakter for forvaltningen overfor borgerne, også i fredstid.

I 1951 ble det nedsatt en komité som fikk som mandat å utrede «spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning». Komiteen avga en omfattende innstilling i 1958<sup>12</sup> hvor den foretok en bred gjennomgang av gjeldende norsk alminnelig forvaltningsrett. Denne ble i flere tiår etterpå en sentral referansekilde i diskusjonen om og utviklingen av dette fagområdet. Komiteen la frem et utkast til to nye lover – én om saksbehandlingen i forvaltningen og én om Stortingets ombudsmann for forvaltningen. Disse lovutkastene dannet grunnlaget for henholdsvis Forvaltningsloven,<sup>13</sup> som ble vedtatt i 1967 og trådte i kraft 1. januar 1970, og Ombudsmannsloven,<sup>14</sup> som ble vedtatt og trådte i kraft i 1962. Scenen var satt for en ny rettslig og rettspolitisk kontekst for forvaltningsretten som rettsdisiplin.

## 2 Fremveksten av forvaltningsrett som rettsvitenskapelig kjerneområde

Med dette var det duket for et markert skifte i tyngdepunktet for og betydningen av forskning og undervisning i forvaltningsrett. Den rettspolitiske diskusjon om rettssikkerheten for borgerne i møte med forvaltningen, Forvaltningskomiteens utredning og lovgivingen som fulgte i kjølvannet av denne, medførte at et fag som til da hadde ført en forholdsvis tilbaketrukket tilværelse som studie- og

12 NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.

13 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

14 Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen.



forskningsfag, måtte få en helt annen og sentral rolle i det rettsvitenskapelige miljø enn tidligere. Dette stilte juridisk forskning og undervisning overfor store nye utfordringer.

En nøkkelperson i denne situasjonen ble Torstein Eckhoff, som med bred faglig bakgrunn i sivilprosess, retts sosiologi, offentlig administrasjon, statsrett og juridisk teori hadde markert seg som den ledende norske teoretiker innen forvaltningsretten bl.a. i flere viktige artikler.<sup>15</sup> På et tidligere trinn hadde også Torkel Opsahl gitt viktige bidrag til diskusjonen om forvaltnings- og statsrettslige grunnproblemer,<sup>16</sup> men hans faglige fokus flyttet seg etter at han overtok Frede Castbergs professorat i statsrett og folkerett.

Med på laget i Oslo fikk Eckhoff på slutten av sekstitallet en ung og energisk forsker, Arvid Frihagen. I 1966, to år etter at han hadde tatt doktorgraden på en konkurranserettslig avhandling, utga Frihagen boken *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*, der han gjorde rede for og trakk sammen trådene fra en rekke sentrale problemstillinger i forvaltningsretten. Han kastet seg nå inn i dette faget, i første omgang som foreleser sammen med Eckhoff, og i fortsettelsen i et nært faglig samarbeid om utviklingen av faget.

I 1969 tiltrådte Frihagen som den ene av to professorer ved den nyopprettede juridiske seksjon ved Universitetet i Bergen, som styrer ved Institutt for offentlig rett. Dette ble begynnelsen på et livslangt engasjement i utviklingen av forvaltningsretten, både vitenskapelig og som element i den juridiske utdannelsen. Da Forvaltningsloven ble vedtatt, hadde han medvirket som sekretær for justiskomiteen i Stortinget under arbeidet med loven, og han hadde allerede i 1967 utgitt en kort kommentarutgave til loven<sup>17</sup> og i 1969 første bind til en ny fremstilling av norsk forvaltningsrett.

I årene som fulgte, skapte Frihagen et levende og sterkt fagmiljø rundt forvaltningsretten. Han organiserte og tok med unge kolleger i en omfattende kursvirksomhet som tjente som kontaktflate mot det praktiske liv og utgangspunkt for hans

15 Se særlig Eckhoff, «Legalitetsprinsippet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1963, s. 225–285, og Eckhoff, «Domstolskontrollen med forvaltningen i Norge», *Jussens Venner* 1964, s. 1–26.

16 Se Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo 1965, og «Fullmakter og folkestyre. Studier i offentlig myndighetstildeling, især såkalt delegasjon, i norsk rett», upublisert manus, innlevert til bedømmelse ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo 1963.

17 Frihagen, *Forvaltningsloven – oversikt over innhold og forarbeider*, Oslo 1967.

eget etter hvert svært omfattende forfatterskap, først innen forvaltningsretten,<sup>18</sup> men etter hvert også på andre områder som offentlig anskaffelsesrett der han la den første grunnplanken til et fag som Kai Krüger etter hvert tok over, plan- og bygningsretten, der han han rakk å fullføre de fire første bind av en kommentarutgave til den daværende loven,<sup>19</sup> og i petroleumsretten der han var en aktiv kursarrangør og forfatter, og la grunnlaget for emnet som undervisningsfag også i Bergen. Innen den sentrale forvaltningsrett var Jan Fridthjof Bernt og Arvid Frihagens samarbeidspartner de første årene i Bergen. Bernt publiserte flere artikler om sentrale problemstillinger i den alminnelige forvaltningsrett,<sup>20</sup> disputerte i 1979 på avhandlingen «Avtale og offentlig myndighetsutøving»,<sup>21</sup> og ble utnevnt til professor i offentlig rett i 1980.

Frihagen engasjerte seg også i, og la grunnlaget for, utviklingen av kommunalrett som forskningstema og undervisningsfag i Bergen. Denne satsingen førte etter noen år frem til at tre av dem som hadde arbeidet med dette, publiserte den første norske lærebok i faget på universitetsnivå,<sup>22</sup> og to av dem senere en kommentarutgave til Kommuneleaven av 1992.<sup>23</sup> De samme tre yngre kollegene ble etter hvert engasjert i arbeidet med lovgivningen på området, Jan Fridthjof Bernt og Oddvar Overå som henholdsvis leder og medlem av utvalget som utarbeidet forslag til Kommuneleaven av 1992,<sup>24</sup> og Harald Hove som leder av Offentlighetslovutvalget.<sup>25</sup> Og da det skulle utarbeides en ny kommunelev, ble en representant

18 Se særlig Frihagen, *Forvaltningsrett, bind I: Forvaltning og kompetanse*, 3. utgave, Oslo 1991; *Forvaltningsrett, bind II: Saksbehandling*, 5. utgave, Oslo 1992; *Forvaltningsrett, bind III: Omgjøring, kontroll og ugyldighet*, 4. utgave, Oslo 1992; *Forvaltningsloven. Kommentartutgave*, 2. utgave, i to bind, Oslo 1986; *Offentlighetsloven. Offentlighet, taushetsplikt og partsinnsyn, kommentarer til offentlighetsloven og de tilknyttede bestemmelser i forvaltningsloven*, Oslo 1994.

19 Frihagen, *Plan- og bygningsloven. Kommentartutgave*, bind I–IV, Oslo 1988–1990.

20 Se Bernt, «Forbehold ved forvaltningsvedtak – bruk av vilkår ved offentlig myndighetsutøving som påvirkningsmiddel», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nummer 7, 1977; «Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1978, s. 241–348; «Hvorvidt er det hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1981, s. 104–139, og «Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger», *Jussens Venner* 1983, s. 119–135.

21 En revidert versjon av denne er Bernt, *Avtaler med stat og kommune. Forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter. Kompetansespørsmål og rettsvirkninger*, Bergen 1981. (Tilgjengelig på Lovdatas litteraturløse.)

22 Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove, *Kommunalrett*, Oslo 1987 (4. utgave 2002).

23 Overå og Bernt, *Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107, med kommentarer*, Oslo 1994 (6. utgave 2014).

24 NOU 1990: 13 Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner.

25 NOU 2003: 30 Ny offentlighetslov.

for neste generasjon av forskere ved fakultetet – Roald Hopsnes – oppnevnt som medlem av lovutvalget, og spilte en viktig rolle ved arbeidet med innstillingen.<sup>26</sup> I sin doktorgradsavhandling om kommunale forhåndstilsagn<sup>27</sup> knyttet Hopsnes senere sammen viktige tråder mellom kommunalretten og forvaltningsretten.

I 1978 publiserte Torstein Eckhoff sin samlede fremstilling av faget,<sup>28</sup> og han var hovedpersonen i etableringsfasen for et svært sterkt fagmiljø i forvaltningsrett i Oslo.

De to mest fremtredende fra denne generasjonen forvaltningsrettjurister er Eivind Smith og Erik Boe, som disputerte henholdsvis i 1979 og 1980. Begge var åpenbart inspirert av Eckhoffs samfunnsvitenskapelige blikk på forvaltningen. Smiths avhandling<sup>29</sup> handler om de helt spesielle «hybrid-organene» fiskesalgslagenes rettsstilling – som både sammenslutninger og forvaltningsorganer. Boe – som gjorde mesteparten av arbeidet med avhandlingen mens han var tilsatt ved Institutt for samfunnsvitenskap ved Universitetet i Tromsø – skrev det han selv karakteriserte som «en kritisk, rettslig/rettssosiologisk studie» av den forvaltningsrettslige stilling til Distriktenes utbyggingsfond.<sup>30</sup>

Både Smith<sup>31</sup> og Boe<sup>32</sup> fokuserte også fra starten av på sentrale problemstillinger i den alminnelige forvaltningsrett i flere viktige artikler, og har siden gitt viktige bidrag til å drive diskusjonen av disse fremover, Smith siden 2003 også som medforfatter for nye utgaver av Eckhoffs *Forvaltningsrett*. Senere kom Hans Petter Graver til som en viktig aktør, også han sterkt påvirket av Eckhoffs samfunnsvitenskapelige og rettsteoretiske blikk på jussen, først i 1986 ved avhandlingen

26 NOU 2016: 4 Ny kommunelov.

27 Hopsnes, *Kommunale forhåndstilsagn. Adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndighet og rettsvirkningen av slik binding*, Bergen 2017.

28 Eckhoff, *Forvaltningsrett*, Oslo 1978.

29 Smith, *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*, Oslo 1979.

30 Erik Boe, *Distriktenes utbyggingsfond*, Oslo 1979.

31 Se bl.a. Smith: «Delegasjon av forvaltningsmyndighet til private og til uavhengige organer», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1976, s. 360–390, «Om domstoler og systematikk i forvaltningsretten», *Jussens Venner* 1976, s. 177–203, «Om fordeling av økonomiske goder i forvaltningsretten», *Jussens Venner* 1978, s. 115–146, «Avtaler som forvaltningsvedtak», *Lov og Rett* 1976, s. 303–325, «Legalitetsprinsippet hjemmelskrav og subjekter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1978, s. 655–691, «Legalitetsprinsippet på ny», *Jussens Venner* 1982, s. 207–231.

32 Se bl.a. Boe: «Ulovlige hensyn i forvaltningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1978, s. 349–401, «Hvor fritt er det frie forvaltningskjønnet?», *Jussens Venner* 1981, s. 37–57, «Den rettslige betydningen av politiske målsettinger i stortingsmeldinger, komitéinnstillinger osv.», *Jussens Venner* 1981, s. 235–255, «Eckhoff/Smiths framstilling av lovskravet i forvaltningsretten», *Jussens Venner* 1983, s. 151–173.

«Den juristskapede virkelighet»,<sup>33</sup> med et utenfraperspektiv på jussen, fra 1999 med *Alminnelig forvaltningsrett*<sup>34</sup> og i 2002 *Forvaltningsrett i markedsstaten*,<sup>35</sup> med et europarettlig perspektiv på forvaltningsretten.

### 3 Domstolenes eller forvaltningens forvaltningsrett – A Tale of Two Cities

Felles for forskningsmiljøene i forvaltningsrett i Oslo og Bergen har vært at det dominerende perspektiv og omdreiningspunkt for fremstillinger innen den alminnelige forvaltningsrett er domstolskontrollen med forvaltningen. Saksbehandlingsregler i Forvaltningsloven og lovbestemmelser og ulovfestede krav til forvaltningens saksbehandling ses i stor grad i et Poul Andersensk perspektiv – som potensielle *ugyldighetsgrunner*. Dette gjelder også J.F. Bernts og Roald Hopsnes' arbeider,<sup>36</sup> og spesialundersøkelsene til Bjørn O. Berg og Marius Stub, om henholdsvis forvaltningssanksjoner<sup>37</sup> og tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet.<sup>38</sup>

Dette domstolsperspektivet på rettsreglene ble forsterket i Eckhoffs og Sundbys arbeid med å videreutvikle *kompetanse* som et grunnbegrep i rettsteorien og metodelæren – med utgangspunkt i en Kelsen-inspirert forståelse<sup>39</sup> av rettens «etasjestruktur», der kompetanseregler defineres som «regler om 'hvem som må gjøre hva hvordan', for at en rettsakt skal komme i stand».<sup>40</sup> Denne forståelsen av kompetansebegrepet, med gyldighetsbegrepet som avgjørende kriterium, jobbet både Nils Kristian Sundby<sup>41</sup> og Torstein Eckhoff<sup>42</sup> med. Det førte Eckhoff inn i en diskusjon med Svein Eng om hvorvidt regler om saksbehandlingen skal ses som «prosessuelle kompetanseregler», hele tiden med ugyldighetsvirkninger som det

33 Graver, *Den juristskapede virkelighet*, Oslo 1986.

34 Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999 (4. utgave 2014).

35 Graver, *Forvaltningsrett i markedsstaten: studier i europeisering av forvaltningsretten*, Bergen 2002.

36 Se note 20, 21 og 27.

37 Bjørn O. Berg, *Forvaltningssanksjoner*, Oslo 2005.

38 Marius Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Oslo 2011.

39 Se om dette bl.a. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*. Translated by Knight, University of California Press, Berkeley, CA, 1960.

40 Eckhoff, *Rettskildelære*, Oslo 1971, s. 295.

41 Se f.eks. Sundby, *Om normer*, Oslo 1974, på s. 151, der han presenterer sin bruk av begrepet «kompetansenormer» som «en slags kvalifikasjonsnormer som avgjør hvilke språkhandlinger som skal telle som virkelige («gyldige») normeringsakter».

42 Se f.eks. Eckhoff og Sundby, *Rettsystemer*, Oslo 1976, s. 100: «kompetansenormer er alle normer som inneholder betingelser for hvorvidt rettsakten er gyldig eller ugyldig».

sentrale omdreiningspunkt, der han endte med å slutte seg til Engs synspunkt at slike «utførelsesregler» ikke burde betegnes som kompetansenormer.<sup>43</sup>

Slike terminologidiskusjoner har sjelden noe enkelt kriterium som kan avgjøre hvem som «har rett» og hvem som «tar feil». Begreper er språklige virkemidler ved formidling eller diskusjon av iakttagbare eller tankemessige forhold – som rettsregler. Typisk for begrepsdiskusjoner er imidlertid at de hyppig også avspeiler hva begrepsbrukeren er *opptatt* av – hva som anses som de viktigste kjennetegn ved visse fenomener, eller det viktigste grunnlag for å skille mellom disse og andre fenomener.<sup>44</sup> Begrepsbruken vil dermed typisk ikke bare avspeile, men også påvirke oppfatningen av hva som er de sentrale undersøkelses- og diskusjonstema på det aktuelle området.

I vår sammenheng er denne fokuseringen på gyldighetsproblematikken ved beskrivelsen av grensene for forvaltningens kompetanse et speilbilde av den tradisjonelle fokuseringen på domstolsprøving som det sentrale tema i forvaltningsretten. Dette er en tilnærming som stemmer dårlig med det erklærte hovedformål med Forvaltningsloven – å styrke rettssikkerheten i *førstelinen* ved borgerens møte med forvaltningen. Forvaltningsloven<sup>45</sup> er ikke en lov om når vedtak blir ugyldige. Den inneholder en rekke bestemmelser som er rene atferdsnormer, uten potensial som ugyldighetsgrunner, og ugyldighet omtales bare så vidt i lovens § 41, i form av en understreking av at brudd på bestemmelsene i loven ikke er noen automatisk ugyldighetsgrunn.<sup>46</sup>

I Bergen gjorde Frihagen – med sitt faglige tyngdepunkt i arbeider om Forvaltningsloven og Offentlighetsloven av 1970 – et forsiktig opprør mot dette valget av hovedtema og fokus for faget. Hans forskningsinnsats hadde sitt klare

43 Se Eng, «Begrepe 'kompetanse' og 'ugyldighet' i juridisk argumentasjon», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1990, s. 625 flg., Og Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 1992, s. 122, sml. Eckhoff, *Forvaltningsrett*, Oslo 1978, s. 124: «Jeg synes [...] det er naturlig å karakterisere det som et vilkår for kompetanse at den rette fremgangsmåte følges – forutsatt at det kan medføre ugyldighet at dette ikke gjøres.» Se mer utdypende Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo 2007, med utgangspunkt i definisjonen «[m]ed 'kompetanse' skal vi forstå en evne [...] til å fastsette nye normer [...] som bedømt av gyldighetsnormer kan bli å betrakte som gyldige [...]».

44 Se f.eks. Sundby, *Om normer*, på s. 151, der han presenterer sin bruk av begrepet «kompetansenormer» som «en slags kvalifikasjonsnormer som avgjør hvilke språkhandlinger som skal telle som virkelige («gyldige») normeringsakter.

45 Lov om behandlingssåten i forvaltningssaker.

46 Se om dette f.eks. Camilla Bernt og Jan Fridthjof Bernt, *God forvaltningsskikk. Rettssikkerhet, kommunikasjon og konfliktforståelse i forvaltningen*, Oslo 2018, s. 48–53, punkt 3.4: «Forvaltningsloven – krav til saksbehandlingen som atferdsnormer for forvaltningen».

tyngdepunkt i et forvaltningsperspektiv på faget, og han ga uttrykk for<sup>47</sup> at han mente at Eckhoff «går langt i å bruke ugyldighet som 'koblingsord' for hvilke typer feil som har betydning og de virkninger det har». Han viste her til den danske forvaltningsrettsguru Bent Christensens anbefaling<sup>48</sup> om at man burde «unngå å knytte rettsfølgene av de forskjellige slags feil til begrepet ugyldighet». Dette var en tilnærming som også fikk fotfeste ved reform av studieordningen ved fakultetet i Bergen, der man nå leser reglene om saksbehandlingen i studiets første avdeling, tidligere med utgangspunkt i Frihagens fremstilling av disse, senere i Bernts og Rasmussens lærebok *Frihagens forvaltningsrett. Bind I*.<sup>49</sup>

Etter hvert har det da også blitt stadig tydeligere at den sterke fokuseringen på gyldighet som et hovedtema i forvaltningsretten gir et problematisk smalt bilde av den virkelighet forvaltningsrettsreglene anvendes i. For den langt største del er det tale om situasjoner der forvaltningen selv må tolke og anvende forvaltningsrettslige rettsregler og prinsipper, til dels i forbindelse med forvaltningsmessig klagebehandling og lovlighetskontroll, samt Sivilombudsmannens klagebehandling. Rettspraksis gir bare sjelden forvaltningen noen særlig hjelp ved disse faglige vurderingene; den må normalt forholde seg til veiledninger og signaler fra overordnede forvaltningsorganer – i første rekke fagdepartementene, som i sin tid kan søke bistand fra Justisdepartementets lovavdeling. Og hovedtema vil typisk ikke være *gyldighet* av enkeltstående forvaltningsvedtak, men *riktighet* av den rettsforståelse som vedtaket, skjønnsutøvingen og saksbehandlingen er basert på.

Ved forvaltningsklager vil lovlighetskontroll kunne være et sentralt tema. Klageinstansen prøver «alle sider av saken»,<sup>50</sup> og kan velge mellom å oppheve det aktuelle vedtaket eller sende det tilbake til underinstansen «til helt eller delvis ny behandling». Er det gjort vesentlige saksbehandlingsfeil i underinstansen, eller gitt en lite adekvat begrunnelse, vil oppheving av vedtaket ofte kunne være det foretrukne alternativ, uavhengig av om vilkårene for ugyldighet på grunn av mangelfull saksbehandling er til stede. Den sentrale problemstillingen vil da typisk være *forsvarligheten* av beslutningsprosessen frem til vedtak, ikke *gyldigheten* av vedtaket.

47 Frihagen, *Forvaltningsrett. Bind III*, Bergen 1992.

48 Bent Christensen, *Domstolsprøvelse av forvaltningsakter*, København 1988.

49 2. utgave, Bergen 2010.

50 Fvl. § 34 andre avsnitt, første setning.

Ved lovlighetskontroll av vedtak etter Kommunelovens bestemmelser om dette vil ugyldighet være et vilkår for oppheving av vedtaket,<sup>51</sup> men det skal uansett foretas en kontroll med at vedtaket

- a) har et lovlig innhold
- b) er truffet av noen som har myndighet til å treffe et slikt vedtak
- c) har blitt til på lovlig måte.<sup>52</sup>

Dette har som konsekvens at det kan kreves lovlighetskontroll av kommunale vedtak også der det er på det rene av vedtaket ikke kan kjennes ugyldig, typisk fordi at den som vedtaket er til gunst for, har innrettet seg i tillit til dette.

Tilsvarende kan Sivilombudsmannen «påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelig forhold i den offentlige forvaltning», uavhengig av om dette er forhold som medfører at det aktuelle vedtaket må anses som ugyldig. Han *kan* gi uttrykk for om han finner «at en avgjørelse må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir mot god forvaltningspraksis», men ugyldighet er bare ett av flere mulige tema. Det er normalt prosessen, og forvaltningens atferd, som er det sentrale undersøkelsesobjektet.

Bak dette ser vi konturene av et *utvidet rettssikkerhetsbegrep*. Borgeren har rettskrav ikke bare på et juridisk korrekt realitetsvedtak i saken ut fra de foreliggende opplysninger, men også på en saksbehandling som er hensynsfull, slik at hun ikke bare skal kunne ivareta sine interesser på en forsvarlig måte, men også skal kunne oppleve å ha blitt behandlet høflig og vennlig. Et hovedspørsmål i denne sammenheng er hvorvidt, og eventuelt i hvilken utstrekning, dette er krav som kan beskrives som *rettslige* forpliktelser for forvaltningen og den enkelte tilsatte ved publikumskontakt, eller om dette bare må ses som *etiske* normer som Sivilombudsmannen håndhever med en myk, løftet pekefinger.<sup>53</sup> Men uavhengig av hvordan vi besvarer dette, avspeiler denne problemstillingen en utvikling i retning av et viktig skifte i tematisk tyngdepunkt i forvaltningsretten, og i forståelsen av rettslige krav til forvaltningens saksbehandling og avgjørelsesprosess: et skifte

51 Se lov 25 september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (Kopl. 1992) § 59 nr. 4, siste avsnitt, og lov 22. juni 2018 nr. 83 (Kopl. 2018) § 27-3 fjerde avsnitt.

52 Kopl. 1992 § 59 nr. 4, første avsnitt, og Kopl. 2018 § 27-3 første avsnitt.

53 Dette er hovedtema i Bernt og Bernt, *God forvaltningsskikk*, se særlig kap. 2 (av Arne Fliflet), «Sivilombudsmannen som forvalter av god forvaltningsskikk», og punkt 3.8–3.10 om den juridiske klassifiseringen av normer for god forvaltningsskikk.



av fokus fra *gyldighet* av vedtak som er truffet, til *riktighet* av saksbehandling og beslutningsprosess, altså fra forvaltningsretten som et sett *kompetanseregler* til et system av *pliktreger*.<sup>54</sup>

#### 4 Den velferdsstatlige utfordring: Fra alminnelig til spesiell forvaltningsrett?

Forvaltningsretten som vi kjenner den i dag, har vokst frem og har stadig sine røtter i liberal rettsstatstenkning. I takt med veksten i det offentlige myndighetsapparats fullmakter og arbeidsoppgaver har det blitt et stadig klarere behov for å supplere Grunnlovens regler om folkestyre og vern av borgernes personlige frihet med et rettslig rammeverk som gjør det mulig å kontrollere at det offentlige forvaltningsapparat opptrer på en måte som er i overensstemmelse både med lovgivers intensjoner og underliggende grunnleggende rettssikkerhetsidealer. Utviklingen av forvaltningsretten som teoretisk og praktisk rettsdisiplin kan med fordel ses som en type «responsiv rett»; rettsreglene vokser frem og utvikler seg i takt med nye trekk i samfunnsutviklingen og styringssystemet som utfordrer tradisjonelle eller nyere oppfatninger om rasjonalitet og rettssikkerhet.<sup>55</sup>

Domstolenes og forvaltningsrettsteoriens respons på denne utviklingen kan langt på vei beskrives som en suksesshistorie, i alle fall i norsk rett. I takt med stadig bredere fullmakter til forvaltningen, og økt bevissthet og kritisk holdning hos borgerne til hvordan disse brukes, har man utviklet stadig mer nyanserte og fleksible modeller for rettslig kontroll av forvaltningens myndighetsutøving. Dette har gått så langt at grensen har blitt ganske flytende mellom prøving av forvaltningens rettsanvendelse – ved søksmål for domstolene og lovlighetskontroll av spesialiserte forvaltningsorganer som fylkesmennene og Statens helsetilsyn – og overprøving av forvaltningsskjønn – ved overordnede forvaltningsorganer.<sup>56</sup>

54 En tilsvarende angrepsvinkel ligger innebygget i Boe, *Forsvarlig forvaltning*, Oslo 2018, s. 187–188, der krav til hjemmelsgrunnlag, til saklig og forsvarlig myndighetsutøving, til forsvarlig saksbehandling og til forsvarlig systeminnretning ses som elementer i en overordnet norm om forsvarlig forvaltning.

55 Se om dette Bernt og Bernt, *God forvaltningsskikk*, kapittel 3, «Rettsikkerhet for borgerne i møte med forvaltningen – utviklingstrekk og utfordringer», og J.F. Bernt, «Kampen om sosial- og helserettens identitet – en øvelse i demokratiforståelse», i *Ketsch me if you can. Sociale rettigheter og ligestilling*, København: Karnov Group 2017.

56 Se om dette bl.a. J.F. Bernt, «Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser – Fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?» *Jussens venner* 2016, s. 324–342, Olav Haugen Moen, *Forvaltningsskjønn og domstolskontroll*, Oslo 2018, og det grunnleggende teoretiske arbeid om temaet Krarup, *Øvrighedsmyndighedens grænser*, København 1969.

Problemet har vært – og er i stigende grad – om den tradisjonelle, «alminnelige» forvaltningsretten i dag gir svar på et for snevert utsnitt av de rettssikkerhetsmessige problemer borgerne i dagens Norge står overfor i sitt møte med forvaltningen.

Foran har vi sett at den tradisjonelle domstolsfokuserede forvaltningsrettsteorien i stigende grad fremtrer som en forholdsvis begrenset – om enn stadig praktisk viktig og prinsipielt grunnleggende – del av et større felt av rettssikkerhets- og legitimitetsmessige utfordringer for forvaltningen i møte med borgerne. Vi har sett at fokus på forvaltningens egen saksbehandling har blitt stadig viktigere, ikke minst på grunn av Sivilombudsmannens økende vilje og evne til å bore stadig dypere i kommunikasjonsprosessen mellom borgere og forvaltning.<sup>57</sup> Men samtidig ser vi også at en stadig større del av de rettslige problemene som oppstår, knytter seg ikke bare til etterlevelsen av generelle, «alminnelige» krav til saksbehandlingen og skjønnsutøving, men til forståelsen og anvendelsen av et voksende sett spesialiserte regler om organisasjon, skjønnsutøving og saksbehandling på ulike spesialområder. Slike regler finner vi bl.a. i KommuneLOVEN, i lovene om helse-, sosial- og barneverntjenester, og i plan- og bygningsretten. Og i tillegg har vi rettsregler som skal ivareta mer overordnede demokratiske verdier, som Offentleglova, Arkivlova og Arkivforskrifta og reglene om varslervern i Arbeidsmiljøloven – som også gjelder for tilsatte i offentlig tjeneste.

For den enkelte borger er likevel det viktigste utviklingstrekket overgangen fra et forvaltningssystem med stor vekt på brede fullmakter under politisk kontroll som hovedmodell, til en stadig mer *regelstyrt* forvaltning på de aller fleste områder. I takt med den voldsomme både kvalitative og kvantitative veksten i den offentlige forvaltnings arbeids- og ansvarsområder, har det blitt stadig vanskeligere å ivareta hensyn til rasjonell forvaltning, faglig kvalitet og politisk kontroll uten ved et tett nettverk av lovbestemmelser, forskrifter og interne regler i et rettslig grenseland.

Den rettslige kontroll med forvaltningsvedtak blir dermed i stigende grad en prøving av om forskrifter og interne regler er i overensstemmelse med og innenfor de rammer som er gitt i den aktuelle fullmaktsloven. «Forvaltningspraksis» som tidligere i stort omfang var et legitimeringsgrunnlag for enkeltavgjørelser, blir nå det primære prøvingstema ved lovlighetskontroll og for Sivilombudsmannen. Forvaltningen er gjennomgående både ryddig og konsistent. Spørsmålet blir da om denne praksis er i overensstemmelse med lovgivers intensjoner, eller om den

---

<sup>57</sup> Se om dette Fliflet, «Sivilombudsmannen som forvalter av god forvaltningsskikk», i Bernt og Bernt, *God forvaltningsskikk*, kapittel 2.

er uttrykk for en «forvaltningsskapt virkelighet» der hensynet til beslutningseffektivitet, økonomiske rammebetingelser og politiske konjunkturer har tatt styringen på bekostning av en lojal etterlevelse av lovgivers uttalte intensjoner i lovteksten og underforståtte verdimeslige premisser for de fullmakter som er gitt til forvaltningen som forskriftsmyndighet eller presedensskaper.

På sett og vis innebærer dette at forvaltningsretten nå må vende tilbake til sitt opprinnelige hovedtema: å trekke *materielle grenser* for hvordan et forvaltningsorgan bruker sine fullmakter til å definere omfanget og bruken av sine fullmakter. Dette løpet som vi har gått så langt når det gjelder kontroll med bruken av inngrepsfullmakter, kan langt på vei anses som adekvat ut fra dette perspektivet. Det gjelder også i situasjoner der inngrepsfullmakten er kompetanse til å gi avslag på søknad om nødvendige tillatelser til ulike handlinger eller tiltak.

Mer problematisk er situasjonen der det er tale om tildeling av ytelser til en borger – økonomisk bistand etter Folketrygdloven eller Sosialtjenesteloven, helsehjelp eller sosiale tjenester etter Pasient- og brukerrettighetsloven, tilpasset opplæring etter Opplæringslova m.m. Dette har tradisjonelt ikke blitt oppfattet som et rettssikkerhetsproblem av samme kvalitet som der det er tale om rettslige eller fysiske inngrep overfor borgeren. Mye tyder på at dette er en rettsforståelse som i stigende grad vil bli oppfattet som inadekvat og foreldet i en moderne velferdsstat.

Vi står her overfor noe som kan beskrives som en forsinket tilpasning av retts-tenkningen i en moderne demokratiforståelse. Dagens forvaltningsrettsteori har stadig preg av å være en oppdatert versjon av «rettssikkerhet 1»: vern av borgerne mot inngrep fra en overmektig statsmakt. Dette finner vi reflektert i Den europeiske menneskerettskonvensjon, i diskusjonen om legalitetsprinsippets rekkevidde – herunder som vern mot visse faktiske handlinger, og i læren om «domstolsprøvingens intensitet» som betinget av graden av inngrepsvirkning av det vedtak som er under rettslig angrep. Utgangspunktet har vært at vernet av formuerettslige posisjoner og krav om skjerpet kontroll med andre typer inngrep, typisk innen psykisk helsevern og barnevern, har bare blitt imøtekommet motstrebende og under til dels kraftig «oppholdende strid» fra forvaltning og fagmiljøer.<sup>58</sup>

---

58 Se om et særlig illustrerende eksempel J.F. Bernt, «Tvangsmedisinering i psykisk helsevern – virkelighetsforståelse, rettferdiggjøring og rettssikkerhet», i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 227–279.

Senere har vi fått en rekke internasjonale konvensjoner<sup>59</sup> som retter blikket ikke mot hva borgeren skal ha *vern mot*, men hva hun har *krav på*.<sup>60</sup> Vi kan tale om fremvekst av «rettssikkerhet 2» som et nytt og grunnleggende bærende verdigrunnlag for både lovgivning og rettsanvendelse. Så langt synes imidlertid domstolene å være tilbakeholdne med å legge særlig selvstendig vekt på disse «andre generasjons menneskerettigheter». Dette er klart nok en brytningssone mellom konkurrerende samfunnssyn.

På den ene siden har vi stemmer som sterkt fremholder at velferdsstaten nå er under press, at det er nødvendig å nedskalere eller begrense omfanget av ytelser som borgerne skal ha krav på. Denne posisjonen henger til dels sammen men en nyliberalistisk oppfatning av samfunnsorganiseringen, med stor vekt på konkurransevne i et internasjonalt marked med fri flyt av kapital, varer og tjenester, og prioritering av lettelsers av skatter og avgifter som direkte eller indirekte legger byrder på næringslivet og eierne.

På den andre siden står tilhengere av den tradisjonelle sosialdemokratiske virkelighetsforståelsen. Her er verdien av og troen på sosial utjevning og et velferdsstatlig sikkerhetsnett det sentrale synspunktet. Dette er – fremholdes det – både et vilkår for sosial stabilitet og demokratisk legitimitet, og i et større perspektiv vårt fremste konkurransefortrinn.

Det er her tale om en diskusjon og konkurranse mellom ulike virkelighetsforståelser som vi kan gjenfinne varianter av også i andre europeiske land. For forvaltningsretten betyr det at denne politiske diskusjonen – og de overordnede verdivalgene som denne dreier seg om – på sikt vil bli bestemmende for fagets identitet og innhold. Fra vår posisjon på universitetet kan vi verken forutsi eller bestemme utfallet av denne prosessen. Vår oppgave vil være så å si å føle tidsånden på pulsen, å registrere, forstå og analysere de grunnleggende verdimeslige valg som kommer til uttrykk i lovgivningen, og å identifisere, analysere og bidra til å utvikle de rettslige redskaper forvaltningsretten kan stille til rådighet for å sikre

59 Se Menneskerettsloven § 2 nr. 2, om hhv. økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og nr. 4 om barnets rettigheter.

60 Se Grunnloven § 98 andre avsnitt, med forbud mot «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling», § 104, andre avsnitt om at ved «handling og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn», og tredje avsnitt, siste setning om plikt for statens myndigheter til å «legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie, § 109 om rett til utdanning, § 110 første avsnitt, andre setning, om at «[d]en som ikke selv kan sørge for sitt livsopphold, har rett til støtte fra det offentlige».

en rettsanvendelse i forvaltningen som er i overensstemmelse med det samfunns-  
syn og de grunnleggende verdier som kommer til uttrykk i lovverket. Juristens  
oppgave er, med en formulering fra Ronald Dworkin, «to see the law in its best  
light». Vår oppgave er ikke å treffe verdivalg på vegne av samfunnet, men å påse  
at forvaltningen – herunder den politiske ledelse av vårt forvaltningsapparat – er  
lojale mot de valgene som lovgiver foretar når lover vedtas og premisser for retts-  
anvendelsen formuleres.

Utviklingen av forvaltningsretten har ikke nådd sitt ende- eller høydepunkt.  
Det er kanskje nå diskusjonen om forvaltningens oppdrag, fullmakter og legi-  
timitet begynner for alvor. Universitetsjuristene har et viktig samfunnsmessig  
oppdrag i å bidra til at denne diskusjonen blir faktabasert og bygger på klare og  
kritiserbare premisser.



# Om anvendelsen av EØS-regler om offentlig støtte i den norske universitets- og høyskolesektoren

Særlig om offentlig finansiert (forsknings-) infrastruktur

*Førsteamanuensis Malgorzata Agnieszka Cyndecka*

Primæraktivitetene til norske forsknings- og utdanningsinstitusjoner er som regel av ikke-økonomisk karakter, noe som utelukker anvendelse av EU/EØS-statsstøtteregelverket. Videre- og etterutdanning som ikke er en del obligatorisk utdanning og som betales av brukere, oppdragsforskning, utleie av utstyr, IKT- og driftstjenester har imidlertid et tydelig kommersielt preg. Når en enhet driver både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, må man skille mellom disse aktivitetene for å forhindre konkurransevridende krysssubsidiering. I 2014 bestemte EU-kommisjonen at aktiviteten i sin helhet skal anses å være ikke-økonomisk dersom den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20 prosent av den årlige totale kapasiteten til infrastrukturen. En nylig avsagt dom fra EU-domstolen kan imidlertid leses som en varslet overprøving av 20 prosentregelen da Domstolen bekreftet at statsstøttereglene anvendes til økonomisk aktivitet. Rettstilstanden er likevel uklar siden EU-domstolen unnlot å ta stilling til Kommisjonens 20 prosentregel.

## 1 Innledning

Temaet for denne artikkelen er anvendelsen av EØS-rettens regler om statsstøtte i den norske universitets- og høyskolesektoren med fokus på offentlig finansiert



(forsknings-)infrastruktur.<sup>1</sup> Forsknings- og utdanningsinstitusjoner kan motta statsstøtte etter EØS-artikkel 61(1) bare i den grad de kan regnes som foretak, dvs. når de utøver økonomisk aktivitet. Dersom den samme enheten driver økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, blir spørsmålet om hvordan man skal behandle den økonomiske aktiviteten etter statsstøttereglene.

Formålet med EØS-statsstøttereguleringen er å sikre en velfungerende konkurranse i det indre markedet og dermed bidra til en mer effektiv bruk av offentlige ressurser. I utgangspunktet er det derfor forbudt å tildele næringsvirksomhet (foretak) økonomiske fordeler som vrir eller kan vri konkurransen og påvirke samhandelen.<sup>2</sup> Statsstøtteforbudet er imidlertid ikke absolutt, og under visse vilkår kan støtte være forenlig med det indre markedet. Det er likevel bare EU-kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA) som har kompetanse til å godkjenne støtte.<sup>3</sup> Støtte som Kommisjonen eller ESA har erklært uforenlig med det indre markedet, må som regel tilbakebetales med renter.<sup>4</sup> Reversering av EØS-stridig statsstøtte kan ha store konsekvenser for støttemottakeren. EU-domstolen har pålagt foretak en aktsomhetsplikt.<sup>5</sup> Dette innebærer at foretaket må i praksis selv sørge for at støtte er lovlig.

I løpet av de siste 30 årene har EU/EØS-reglene om statsstøtte utviklet seg til et omfattende og komplisert regelverk som i økende grad påvirker medlemsstatenes

1 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven). EØS-regler om offentlig støtte tilsvarer de relevante bestemmelsene i TEUV med noen få unntak. Dette er på grunn av visse forskjeller i EØS-avtalens virkeområde med hensyn til landbruks- og fiskeriprodukter, sammenlignet med Den europeiske unions traktater. I Sak E-1/16, *Synnøve Finden AS mot Staten v/Landbruks- og matdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 2016, s. 931, bekreftet EFTA-domstolen at ESA har en betydelig begrenset kompetanse til å overvåke statsstøtte i landbrukssektoren, avsnitt 56. I Sak E-12/16, *Marine Harvest ASA mot EFTA Surveillance Authority*, EFTA Ct. Rep. 2017, s. 807, kom EFTA-domstolen til samme konklusjon i relasjon til fiskerisektoren, avsnitt 81.

2 Se TEUV art. 107 (1) og Agreement on the European Economic Area (EEA), 03 July 1993 (entered into force 01 January 1994), art. 61(1).

3 Det må presiseres at dersom vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(2) er oppfylt, har ESA plikt til å godkjenne støtten når den notifiseres. Når det gjelder unntakshjemler i artiklene 59(2) og 61(3), har ESA derimot et betydelig skjønn når de vurderer om støtten er forenlig med det indre markedet.

4 Se ESAs retningslinjer om tilbakebetaling av statsstøtte av 17. desember 2008 som tilsvarer EU-kommisjonens retningslinjer – Notice from the Commission, 15.11.2007, Towards an effective implementation of Commission decisions ordering Member States to recover unlawful and incompatible State aid, OJ C 272, s. 4–17.

5 Se nærmere Erling Hjelmeng, *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*, 1. utgave, Fagbokforlaget 2004, s. 52.

handlingsrom.<sup>6</sup> Anvendelsesområdet til statsstøttereglene er avhengig av innholdet i begrepet «EØS-rettslig økonomisk aktivitet», som er definert av EU-domstolen. Det samme gjelder statsstøttebegrepet. Det faktum at innholdet i de sentrale begrepene ikke er legaldefinert, men kan endre seg over tid, har hatt store konsekvenser. Utviklingen av rettspraksis og praksis fra Kommisjonen har åpnet for at statsstøttereglene anvendes også på områder som tradisjonelt var ansett som medlemsstatenes domene, som skattepolitikk<sup>7</sup> og offentlig finansiering av infrastruktur, inkludert samfunnskritisk infrastruktur som flyplasser, havner og forskningsinfrastruktur.<sup>8</sup>

Temaet for denne artikkelen er aktuelt også på grunn av faktiske endringer i den norske universitets- og høyskolesektoren som påvirker hvordan utdannings- og forskningsinstitusjoners ulike aktiviteter skal vurderes etter statsstøttereglene. Mens de såkalte primæraktivitetene som offentlig finansiert utdanning, uavhengig forskning og spredning av forskningsresultater generelt anses å være av ikke-økonomisk karakter, kan laboratorietjenester, IKT- eller driftstjenester samt utførelse av konkrete oppdrag for foretak eller utleie av utstyr bli underlagt statsstøttereglene på grunn av sin økonomiske karakter.

Når forsknings- og utdanningsinstitusjoner tilbyr både økonomiske og ikke-økonomiske tjenester, oppstår en risiko for at offentlige midler som skal finansiere den ikke-økonomiske aktiviteten, kan subsidiere den økonomiske som er utøvd i konkurranse med andre markedsaktører. Spørsmålet er hvordan man skal avdekke og forhindre en eventuell kryssubsidiering som undergraver like konkurransevilkår. Den mest interessante problemstillingen i denne forbindelse er hvordan man skal bedømme støttetiltak til infrastruktur som skal utnyttes både økonomisk og ikke-økonomisk. Dette er vanskeligjort på grunn av Kommisjonens ganske innovative og samtidig pragmatiske tilnærming til offentlig finansiert infrastruktur. Kommisjonen har nemlig bestemt at aktiviteten i sin helhet skal

6 Se for eksempel Kelyn Bacon QC, *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press 2017, s. 5, og Vincent Verouden og Philipp Werner, *Introduction – The Law and Economics of EU State Aid Control*, i Vincent Verouden og Philipp Werner (red.), *EU State Aid Control. Law and Economics*, Wolters Kluwer 2017, s. 7.

7 Se Kommisjonens avgjørelser angående «tax rulings» eller bindende forhåndsuttalelser i for eksempel Apple-saken, EUT 1987 L 2017/1283, on *State aid implemented by Ireland to Apple*.

8 Se for eksempel Oliver Hateley, Friederike Neuhaus og Chris Hartsuike, «What is all this talk about Airport infrastructure? The gradual encroachment of the State Aid rules in the Aviation Sector», Maastricht University 2014, [https://www.maastrichtuniversity.nl/sites/default/files/2014/What\\_is\\_all\\_this\\_talk\\_about\\_Airport\\_infrastructure\\_The\\_gradual\\_encroachment\\_of\\_the\\_State\\_Aid\\_rules\\_in\\_the\\_Aviation\\_sector.pdf](https://www.maastrichtuniversity.nl/sites/default/files/2014/What_is_all_this_talk_about_Airport_infrastructure_The_gradual_encroachment_of_the_State_Aid_rules_in_the_Aviation_sector.pdf), (lest 9. august 2018).

anses å være ikke-økonomisk dersom den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20 prosent av den årlige totale kapasiteten til infrastrukturen.<sup>9</sup> ESAs retningslinjer bygger på Kommisjonens, og derfor gjelder denne regelen også for Norge.<sup>10</sup>

Problemet er at Kommisjonens tilnærming ikke nødvendigvis vil godkjennes av EU-domstolen hvis spørsmålet skulle komme opp for retten. I en nylig avsagt dom som gjaldt skattefritak i forbindelse med byggearbeider på en spansk skole eid av den katolske kirken, bekreftet EU-domstolen at statsstøttereglene anvendes til enheter som driver økonomisk aktivitet.<sup>11</sup> Hver aktivitet måtte derfor vurderes for seg. I *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* unnlot EU-domstolen å vurdere 20-prosentsregelen. Skulle det derimot vise seg at EU-domstolen avviser den foreslåtte tilnærmingen, vil det bety enda en overprøvelse av Kommisjonens retningslinjer om statsstøttebegrepet fra 2014.<sup>12</sup> Disse var det siste leddet i Kommisjonens omfattende og svært ambisiøse reformprogram for å modernisere statsstøttereglene «State aid Modernisation» («SAM») som ble lansert i 2012.<sup>13</sup>

Artikkelens struktur er som følger. Punkt 2 gir en kort presentasjon av statsstøttebegrepet og foretaksbegrepet samt redegjør for når forsknings- og utdanningsinstitusjoner utgjør et foretak, og hva krysssubsidierting innebærer. Punkt 3 redegjør for hvordan man skal bedømme støttetiltak til offentlig finansiert infrastruktur, særlig når den brukes til både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, og hvorfor Kommisjonen (nok en gang) kan være på kollisjonskurs med EU-domstolen. Punkt 4 presenterer konklusjonene som kan trekkes fra analysene.

9 EU-kommisjonens retningslinjer om statsstøttebegrepet – Commission Notice, 19.7.2016, Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Functioning of the European Union («NoA»), OJ C 262, s. 1–50, avsnitt 207.

10 ESAs retningslinjer om statsstøttebegrepet – EFTA Surveillance Authority decision, 21.12.2017, EFTA Surveillance Authority Decision No 3/17/COL of 18 January 2017 amending, for the one-hundred and second time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing new Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area, OJ L 342, s. 35–84.

11 Dom av 27. juni 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496.

12 Se «NoA», fotnote 9.

13 Nærmere om SAM, EU Commission, State aid Modernisation (SAM) and its implementation, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/modernisation/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html) (lest 9. august 2018).

## 2 Kort om sentrale begrep innenfor EØS-regler om statsstøtte

### 2.1 Statsstøttebegrepet og foretaksbegrepet

Etter EØS-avtalen artikkel 61(1) må et tiltak oppfylle seks vilkår for å bli ansett som statsstøtte: (1) Støtten må være gitt av offentlige midler; (2) støttemottaker må drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet (foretaksbegrepet); (3) støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren; (4) støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitet); (5) støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen; (6) støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. I vurderingen av om et tiltak utgjør statsstøtte, er det *effekten* av tiltaket som er avgjørende, dvs. at mottakeren faktisk har fått en økonomisk fordel som gir et konkurransefortrinn i forhold til konkurrentene.<sup>14</sup> Formålet med støtten og støttegiverens eller støttemottakerens hensikter eller intensjoner er uten betydning.<sup>15</sup> Statsstøttebegrepet tolkes vidt, dvs. at det omfatter alle økonomiske fordeler som tildeles et foretak, uansett i hvilken form en slik fordel er gitt. Statsstøttebegrepet omfatter derfor både direkte tilskudd og fordeler i form av lån og garantier på gunstige vilkår og fritak fra økonomiske byrder som skatter og avgifter.<sup>16</sup>

Når det gjelder foretaksbegrepet, har EU-domstolen definert foretak som enhver enhet som utøver økonomisk aktivitet.<sup>17</sup> Økonomisk aktivitet består i å tilby varer og tjenester i et marked.<sup>18</sup> Forhold som eierskap eller måten enheten er finansiert på, har ingen betydning for om den anses som et foretak etter statsstøttereglene.<sup>19</sup> Definisjonen av foretak er derfor funksjonell i den forstand at den aktuelle enhetens funksjon er avgjørende.

At innholdet i begrepet «økonomisk aktivitet» og dermed foretaksbegrepet er avhengig av EU-domstolens rettspraksis, byr på flere utfordringer. For det første er begrepet autonomt, slik at det som defineres som økonomisk aktivitet i EU/EØS-rettslig forstand, kan være ganske forskjellig fra definisjoner som brukes i nasjonal rett eller økonomifaget. At en gitt enhet ikke anses som foretak under

<sup>14</sup> Se for eksempel dom av 2. juli 1974, *Italia mot Kommisjonen*, C-173/73, EU:C:1974:71, avsnitt 13.

<sup>15</sup> Se for eksempel dom av 13. september 2006, *British Aggregates*, T-210/02, EU:T:2006:253, avsnitt 106.

<sup>16</sup> Dom av 23. februar 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen*, 30/59, EU:C:1961:2, avsnitt 19.

<sup>17</sup> Se for eksempel dom av 23. april 1991, *Höfner og Elser*, C-41/90, EU:C:1991:161, avsnitt 21.

<sup>18</sup> Se for eksempel dom av 12. september 2000, *Pavlov*, C-180-184/98, EU:C:2000:428, avsnitt 75.

<sup>19</sup> Se for eksempel dom av 10. januar 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, C-222/04, EU:C:2006:8, avsnitt 107.

nasjonale regler, har derfor ingen betydning for enhetens status etter statsstøttereglene. At enheten ikke har profittformål, er heller ikke avgjørende.<sup>20</sup>

For det andre krever den funksjonelle tilnærmingen til foretaksbegrepet en konkret vurdering hvor man skal ta hensyn til flere momenter. Grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet kan derfor i noen tilfeller være uklar. Hvis en gitt enhet driver både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, vil den kvalifiseres som foretak og omfattes av statsstøttereglene bare i den grad den driver økonomisk aktivitet.<sup>21</sup>

For det tredje er grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet flytende. Tjenester som ikke ble ansett som markedstjenester, kan utvikle seg til tjenester som leveres i et marked. Dette er en konsekvens av at tidligere regulerte markeder åpnes for mer konkurranse (liberalisering). Den motsatte utviklingen, dvs. fra konkurranseutsatt marked til et lukket marked, er også mulig.<sup>22</sup> EU-domstolen kan gjennom å endre eller presisere sitt syn på karakteren til visse aktiviteter åpne for anvendelse av statsstøtteregulverket på områder som tidligere var ansett som statens domene. Det fremste eksempelet på en slik utvikling er offentlig finansiering av infrastruktur som tidligere av Kommisjonen og medlemsstatene var ansett som utøvelse av offentlig myndighet, noe som utelukket økonomisk aktivitet.

## 2.2 Anvendelse av statsstøtteregulverket i universitets- og høyskolesektoren

Primæraktivitetene til utdannings- og forskningsinstitusjoner er som regel ikke-økonomiske. ESA definerer dem som 1) utdanningstjenester som er basert på solidaritetsprinsippet, 2) uavhengig forskning, og 3) bred spredning av forskningsresultater.<sup>23</sup> Denne listen er ikke uttømmende. Kunnskapsoverføring kan også anses som ikke-økonomisk aktivitet hvis hele overskuddet reinvesteres i forskningsinstitusjonens primæraktiviteter.<sup>24</sup>

20 Sak E-05/7, *Private Barnehagers Landsforbund*, EFTA Ct. Rep. 2008, s. 64, avsnitt 80.

21 Se for eksempel dom av 12. desember 2000, *Aéroports de Paris mot Kommisjonen*, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, avsnitt 47–55.

22 Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet, fotnote 10, avsnitt 13.

23 ESAs retningslinjer for støtte til forskning, utvikling og innovasjon – EFTA surveillance authority decision No 271/14/COL of 9 July 2014 amending for the 97th time the procedural and substantive rules in the field of State aid by adopting new Guidelines for research and development and innovation, 6. August 2015, OJ L 209 s. 17–47, avsnitt 19(a).

24 *Ibid.*, avsnitt 19(b).

For å bli ansett som ikke-økonomisk må en gitt utdanningstjeneste være basert på solidaritetsprinsippet. Utdanningstjenester som leveres under markedsmessige forhold, anses riktignok som økonomisk aktivitet. For å avgjøre karakteren til den aktuelle utdanningstjenesten er det nødvendig å fastslå hvordan den er organisert, finansiert og tilrettelagt for brukerne. I *Private Barnehagers Landsforbund* la EFTA-domstolen til grunn at norske barnehager ikke kunne anses som foretak, fordi barnehageordningen var bygget på solidaritetsprinsippet.<sup>25</sup> EFTA-domstolen sluttet seg med dette til ESAs konklusjon. ESA påpekte at vedtak om barnehageplass var et forvaltningsvedtak, og ikke en privatrettslig avtale, at barnehager innebar en form for opplæring, og at norske kommuner gjennom å tilby barnehagetjenester ivaretok sine sosiale, kulturelle og utdanningsrelaterte oppgaver. I tillegg dekket foreldrebetalingen bare deler av de faktiske kostnadene. På det aktuelle tidspunktet utgjorde foreldrebetalingen rundt 20 prosent av de reelle kostnadene ved en barnehageplass. At tjenesten i hovedsak var finansiert av det offentlige og ikke foreldrene, var et av de avgjørende argumentene i denne saken.<sup>26</sup> Det faktum at foreldrene betalte en andel av kostnadene, endret ikke karakteren til den aktuelle tjenesten så lenge hoveddelen av kostnadene var dekket av staten. Fordi det er usikkert hvor grensen for den statlige finansieringen går, kan det oppstå situasjoner hvor de andre faktorene vil være avgjørende for å fastslå karakteren til den aktuelle tjenesten.<sup>27</sup>

25 *Private Barnehagers Landsforbund*, fotnote 20, avsnitt 78–83.

26 Samme prinsipp om at tjenester som er helt eller overveiende offentlig finansiert, og som er allment tilgjengelig, ikke er av økonomisk karakter, gjelder for sosiale tjenester og kulturtjenester. Det er spesielt behandlingen av den siste typen tjenester etter regler om offentlig støtte man har vært usikker på før EU-kommisjonen redegjorde for sitt standpunkt i retningslinjer om statsstøttebegrepet, «NoA», fotnote 9, se avsnitt 34–35.

27 At den aktuelle utdanningstjenesten var organisert innenfor rammene av det nasjonale utdanningssystemet samt finansiert og kontrollert av staten, noe som utelukket en økonomisk aktivitet, ble også avgjørende i Nasjonal digital læringsarena-saken (NDLA). NDLA er et fylkeskommunalt samarbeid som kjøper inn og utvikler digitale læremidler for videregående skoler. Læremidlene er tilgjengelig via NDLAs nettsider og er gratis å bruke for elevene. Videregående opplæring er et offentlig ansvar og kan derfor ikke regnes som økonomisk aktivitet. Dette inkluderer de læremidler som stilles til disposisjon for elevene, også i digital form. NDLA kunne derfor ikke anses som økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand, noe som utelukket anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 61(1). Se EFTA Surveillance Authority Decision no. 244/14/COL of 16 June 2014 on potential aid to the Nasjonal digital læringsarena (NDLA).

I dag tilbyr de norske forsknings- og utdanningsinstitusjonene også videre- og etterutdanning som ikke er en del av den obligatoriske utdanningen.<sup>28</sup> Slik etterutdanning betales av brukerne og tilbys i konkurranse med andre aktører, og må derfor anses som økonomisk. At et kurs eller en annen type etterutdanning er godkjent av det offentlige, er som regel ikke tilstrekkelig for å utelukke at den har økonomisk karakter, hvis den er brukerbetalt.<sup>29</sup> Utdanningstjenester som ikke er godkjent av det offentlige, er økonomiske.

Når det gjelder forskning, må den være «uavhengig» for å kunne anses som ikke-økonomisk.<sup>30</sup> Ifølge ESA anses ikke forskning på vegne av foretak som uavhengig.<sup>31</sup> Utleie av utstyr og laboratorier til foretak må også anses som økonomisk aktivitet.<sup>32</sup>

Formidling av forskningsresultater må være basert på prinsipper om ikke-eksklusivitet og ikke-diskriminering samt gjennomført for eksempel gjennom undervisning, open access-databaser, åpne publikasjoner eller åpen programvare. Der disse kravene ikke er oppfylt, kan man sette spørsmålsteget ved den ikke-økonomiske karakteren til formidlingen.

I en kartlegging gjennomført i forbindelse med utarbeidelse av rapporten «Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører» oppga utvalgte norske forsknings- og utdanningsinstitusjoner utleie av lokaler,<sup>33</sup> salg av IKT- og

28 I en avgjørelse fra 2013 vurderte ESA karakteren til maritim- og offshoreundervisning som videregående skoler tilbyr sine elever. Som en del av den offentlig finansierte yrkesfaglige utdanningen anses denne aktiviteten som ikke økonomisk. Hadde de samme sikkerhets- og beredskapskursene blitt tilbudt for eksempel ansatte i oljebransjen eller maritime næringer i markedet, mot betaling i konkurranse med andre aktører, ville de blitt regnet som økonomisk aktivitet, se EFTA Surveillance Authority Decision no. 267/13/COL of 26 June 2013 on the financing of safety training courses by county schools. I en avgjørelse fra 2015 vurderte ESA en liknende situasjon i universitets- og høyskolesektoren. Denne gangen gjaldt spørsmålet om EØS-rettslig økonomisk aktivitet et maritimt sikkerhetskurs ved Universitetet i Tromsø. Kurset kunne ikke anses som økonomisk aktivitet, fordi det var en del av det offentlig finansierte og statlig kontrollerte alminnelige studietilbudet ved UiT, se Sak 84/15/COL, Concerning the alleged cross-subsidisation of BRM/ERM courses provided by Redningsselskapet and the University of Tromsø, 18.02.2015.

29 *Private Barnehagers Landsforbund*, fotnote 25, avsnitt 83. Se også dom av 7. desember 1993, *Wirth*, C-109/92, EU:C:1993:916, avsnitt 14–22.

30 ESAs retningslinjer for støtte til forskning, utvikling og innovasjon, fotnote 23, avsnitt 19(a).

31 *Ibid.*, fotnote 22 i retningslinjene.

32 *Ibid.*, paragraf 21.

33 Denne aktiviteten ble oppgitt av Universitetet i Agder, NTNU, Høgskulen på Vestlandet og Akershus Universitetssykehus HF, se vedlegg 5, s. 293–295, i rapporten «Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører». Rapporten kan lastes ned fra <https://www.regjeringen.no/contentassets/0c36c9f-9c1ca4ecebecc7142b2420511/rapprt-like-konkurransevilkar-for-offentlige-og-private-aktorer.pdf> (lest 9. august 2018). Undertegnende var medlem av arbeidsgruppen.



driftstjenester<sup>34</sup> samt oppdragsprosjekter, utredningsaktivitet og konferanser som aktiviteter som kan anses som økonomiske. Det er imidlertid umulig å fastslå omfanget av slike aktiviteter da det ikke finnes data og statistikk over kommersiell aktivitet som utøves innenfor staten som rettssubjekt.<sup>35</sup>

Mens reglene om offentlig støtte ikke er til hinder for at en gitt forskningsinstitusjon driver både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, må forbudet om å tildele støtte som er uforenlig med EØS-avtalen, overholdes. Dette fører til neste problemstilling: konkurransevridende kryssubsidiering som innebærer en subsidiering av økonomisk aktivitet med midler som er ment for å finansiere den ikke-økonomiske virksomheten.

### 2.3 Kryssubsidiering

Kryssubsidiering kan defineres på flere måter.<sup>36</sup> Litt forenklet innebærer den at et foretak helt eller delvis overfører kostnadene ved sin virksomhet knyttet til et produkt eller et geografisk marked til virksomheten det utøver knyttet til et annet produkt eller geografisk marked.<sup>37</sup> I utgangspunktet er slik praksis fullt lovlig. Hvis formålet er å introdusere et nytt produkt eller en ny tjeneste, kan det være en fornuftig forretningsstrategi å bruke inntjeningen fra andre produkter eller tjenester for å subsidiere prisen på de nye varene eller den nye tjenesten.

I statsstøtteperspektivet gjelder kryssubsidiering situasjoner hvor offentlige midler som skal finansiere ikke-økonomisk aktivitet, brukes til å subsidiere økonomisk aktivitet. Slik kryssubsidiering vil kunne gi tilskuddsmottakeren en konkurransemessig fordel i forhold til konkurrentene. Den motsatte situasjonen,

34 Denne aktiviteten ble oppgitt av NTNU og Senter for internasjonalisering av utdanning, se vedlegg 5 i rapporten «Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører», fotnote 33.

35 Basert på Riksrevisjonens kontroll med forvaltningen av statlige selskaper for 2016 er det likevel mulig å anta at denne aktiviteten i noen tilfeller kan ha et nokså betydelig omfang. Riksrevisjonens undersøkelser viste at selskaper innenfor universitets- og høyskolesektoren som driver med forskning, forskningsrelatert virksomhet og/eller TTO-virksomhet, og som har tilskudd som en viktig del av sine inntekter, har økt egenkapitalen mye i perioden 2011–2015. Se Dokument 3:2, Riksrevisjonens kontroll med forvaltningen av statlige selskaper for 2016, Dokument 3:2 (2017–2018), 12. desember 2017, s. 276–304, <https://www.riksrevisjonen.no/rapporter/Documents/2017-2018/Selskapskontrollen2016.pdf> (lest 9. august 2018).

36 Se for eksempel Kenneth Fjell, Kåre P. Hagen og Geir Mo Johansen, «Kryssubsidiering – operasjonaliserbar definisjon og samfunnsøkonomisk ønskelige tiltak», SNF-RAPPORT NR. 19/00, Bergen 2001.

37 Retningslinjer for anvendelse av fellesskapets konkurranseregler i telekommunikasjonssektoren – EU Commission, 6.9.1991, Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, OJ C 233, s. 2–26.

hvor inntekter fra en økonomisk aktivitet finansierer den ikke-økonomiske virksomheten, er derimot uproblematisk. For forsknings- og utdanningsinstitusjoner kan det være rasjonelt og lønnsomt å tilby tjenester på markedet og drive ulike kommersielle aktiviteter og derigjennom skaffe tilleggsfinansiering til primæraktiviteter. Dette kan bestå i utnyttelse av restkapasitet eller overskuddskapasitet.

For å overholde statsstøttereglene er det nødvendig med tiltak som hindrer en konkurransevridende kryssubsidiering. Et tydelig skille mellom institusjoners økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter vil kunne avdekke eventuelle overføringer, og kan skje enten ved å organisere de økonomiske aktivitetene i et eget rettssubjekt, eller ved å føre separate regnskaper for de økonomiske og ikke-økonomiske aktivitetene. Et slikt skille vil likevel ikke hindre en potensiell kryssubsidiering. Den økonomiske virksomheten må betale markedspris for alle relevante innsatsfaktorer, dvs. dekke de relevante variable kostnadene og en forholdsmessig del av de faste kostnadene.<sup>38</sup> Riksrevisjonens kontroll i 2016 understreket at det var en risiko for ulovlig kryssubsidiering i mange av selskapene innenfor universitets- og høyskolesektoren som har tilskudd som en viktig del av inntektene. Etableringen av fordelingsnøkler som sikrer at kostnader til støttefunksjoner/fellestjenester hos tilskuddsmottakerne blir riktig fordelt, er sentral. Dersom kostnader til støttefunksjoner/fellestjenester som gjelder den oppdragsfinansierte aktiviteten, urettmessig belaster selskapenes tilskuddsfinansierte virksomhet, vil dette gi bedre regnskapsresultater for selskapenes konkurranseutsatte virksomhet.<sup>39</sup> Resultatet blir et urettmessig konkurransefortrinn i forhold til selskap som ikke får tilskudd fra det offentlige. Videre skal et kontrollsystem gjøre det mulig for myndighetene å etterprøve om de tildelte tilskuddene ble brukt på de aktivitetene de er ment å finansiere. Ifølge Riksrevisjonen etablerte ikke tilskuddsforvalterne kontrollsystemer som hadde gitt tilstrekkelig grunnlag for å avdekke og forhindre kryssubsidiering. Riksrevisjonen anbefalte at tilskuddsforvalterne går gjennom selskapenes årsregnskaper som kilde til informasjon om selskapenes virksomhet og bruk av tilskudd. En dialog med universiteter, høyskoler og Kunnskapsdepartementet som eiere av selskapene vil også føre til bedre kunnskap om bruken av tilskuddene som selskapene mottar.

38 Se forenede saker, dom av 3. juli 2003, *Chronopost I*, C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, EU:C:2003:388, avsnitt 40.

39 Riksrevisjonens kontroll med forvaltningen av statlige selskaper for 2016, fotnote 35, s. 303.

### 3 Offentlig finansiering av (forsknings-)infrastruktur etter statsstøttereglene – revolusjon, evolusjon eller villfarelse?

#### 3.1 Innledning

For at forsknings- og utdanningsinstitusjoner skal kunne drive med fremragende forskning, innovasjon, nyskaping samt være attraktive for internasjonalt samarbeid, kreves det kostbar og moderne infrastruktur i verdensklasse. Det kan være lønnsomt med utleie av utstyr, laboratorier eller andre typer infrastruktur til private markedsaktører, men et slikt samarbeid må ta hensyn til statsstøtteregelveverket ved å skille mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Etter Kommisjonens nye tilnærming til blandet bruk av offentlig finansiert infrastruktur skal aktiviteten i sin helhet anses å være ikke-økonomisk dersom den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20 prosent av den årlige totalkapasiteten til infrastrukturen.<sup>40</sup> I 2017 bekreftet likevel EU-domstolen at statsstøtteregelveverket skal anvendes på enheter som driver økonomisk aktivitet, og unnlot samtidig å vurdere 20-prosentregelen.<sup>41</sup> 20-prosentregelen er ikke det eneste tilfellet hvor EU-domstolen og Kommisjonen har hatt ulike oppfatninger om hvordan offentlig infrastruktur skal behandles.

#### 3.2 Fra utøvelse av offentlig myndighet til EØS-rettslig økonomisk aktivitet

Selv om begrepet «infrastruktur» ikke er definert, er det klart at det omfatter ikke bare flyplasser, havner, broer og veier, men også forskningsinfrastruktur og kulturinfrastruktur som museer, kultur- og konserthus. Forskningsinfrastruktur defineres litt mer detaljert.<sup>42</sup>

Ifølge Kommisjonen har offentlig finansiering av infrastruktur tradisjonelt vært ansett som utøvelse av offentlig myndighet og ikke økonomisk aktivitet.<sup>43</sup>

40 «NoA», fotnote 9, se avsnitt 207.

41 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, fotnote 11.

42 Ifølge EU-Gruppeunntakets artikkel 26: Støtte til investering i forskningsinfrastruktur – The European Commission, 26.6.2014, Commission regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, OJ L 187, s. 1–78, omfatter forskningsinfrastruktur anlegg, ressurser og tilknyttede tjenester som forskningsmiljøer bruker for å drive forskning på de respektive områder, herunder vitenskapelig utstyr eller instrumentsett og kunnskapsbaserte ressurser. Det kan for eksempel være samlinger, arkiver eller strukturerte vitenskapelige opplysninger, IKT-baserte infrastrukturer, for eksempel nett, databehandling, programvare og kommunikasjon, eller andre enheter av en særlig art som er nødvendig for å gjennomføre forskning. Slik infrastruktur kan være samlet på ett sted eller være spredt på flere steder.

43 Se European Commission, 1996, XXVth REPORT on Competition Policy 1995, avsnitt 175, [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/1995/en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1995/en.pdf) (lest 9. august 2018).

I retningslinjene for luftfartssektoren fra 1994 ble det likevel presisert at denne tilnærmingen kun gjaldt for offentlig bygging av infrastruktur og «without prejudice to evaluation of possible aid elements resulting from preferential treatment of specific companies when using the infrastructure».<sup>44</sup> I *Aéroports de Paris* av 2000 slo Underretten imidlertid fast at drift av en flyplass utgjør økonomisk aktivitet.<sup>45</sup> I *Leipzig/Halle* i 2011 gjorde Underretten det klart at utbygning av en rullebane som skulle utnyttes kommersielt, også anses som økonomisk aktivitet.<sup>46</sup> Selv om disse dommene gjaldt flyplassinfrastruktur, ble det antatt at de gjelder for alle typer infrastruktur som er uatskillelig koblet til økonomisk aktivitet. Dette utløste et stort antall notifikasjoner av støttetiltak til infrastruktur som ikke hadde blitt notifisert tidligere, og som dermed kunne utgjøre ulovlig statsstøtte. Medlemsstatene notifiserte dem ikke, i den tro at offentlig finansiering av infrastruktur var å anse som generelle offentlige tiltak, og ikke-økonomisk aktivitet. Slike tiltak kunne ikke utgjøre statsstøtte.

For å klargjøre konsekvensene av *Leipzig/Halle* formulerte Kommisjonen et notat adressert til Kommisjonens Directorate-General for Regional and Urban Policy.<sup>47</sup> I notatet konkluderte Kommisjonen med at all infrastruktur, med unntak av infrastruktur knyttet til sikkerhet o.l. som senere er utnyttet kommersielt, er omfattet av statsstøttereglene.<sup>48</sup> Kun infrastruktur som ikke blir brukt kommersielt eller som ble bygd for allmennbruk med gratis og allmenn tilgang, faller som hovedregel utenfor statsstøttereglene. Retningslinjene om støttebegrepet presiserer at bygging av alle typer infrastruktur som er uatskillelig koblet til økonomisk aktivitet, vil være omfattet av statsstøttereglene. Dette i motsetning til infrastruktur knyttet til utøvelse av offentlig myndighet som tollkontroll, politi eller flygekontrolltjeneste.

Det mest interessante er hvordan Kommisjonen tolker EU-domstolens syn på offentlig finansiert infrastruktur. Ifølge Kommisjonen tyder dommene i *Aéroports de Paris* og *Leipzig/Halle* på at EU-domstolen modifiserte sitt standpunkt og endret

44 Application of Articles 92 and 93 of the EC Treaty and Article 61 of the EEA Agreement to State aids in the aviation sector, 10.12.94, OJ C 350, s. 5, avsnitt 12.

45 *Aéroports de Paris*, fotnote 21.

46 Dom av 19. desember 2012, *Leipzig/Halle*, C-288/11 P, EU:C:2012:821, avsnitt 43–44. Se også dom av 14. januar 2015, *Eventech*, C-518/13, EU:C:2015:9, avsnitt 40.

47 European Commission, 03.2011, Note to DG REGIO on the application of state aid rules to infrastructure investment projects, Brussels, [http://www.esfondi.lv/upload/00vadlinijas/Note\\_on\\_State\\_aid\\_for\\_infrastructure\\_projects.pdf](http://www.esfondi.lv/upload/00vadlinijas/Note_on_State_aid_for_infrastructure_projects.pdf) (lest 9. august 2018).

48 *Ibid.*, avsnitt 7.

den tradisjonelle definisjonen av offentlig finansiert infrastruktur som følge av blant annet liberalisering, privatisering og teknologisk utvikling. Disse prosessene førte til økt kommersiell bruk av infrastruktur, noe som EU-domstolen anerkjente i disse dommene.<sup>49</sup> Det finnes likevel grunn til å sette spørsmålstegn ved denne påstanden. I *Aéroports de Paris* avklarte Underretten<sup>50</sup> at konklusjonen om at flyplassdriften var av økonomisk karakter, var basert på avgjørelsene i *Italia mot Kommisjonen* av 1985<sup>51</sup> og *Deutsche Bahn mot Kommisjonen* av 1997.<sup>52</sup>

I tillegg påstår Kommisjonen at *Aéroports de Paris* av 12. desember 2000 setter en grense med hensyn til behandling av støttetiltak til infrastruktur. Siden medlemsstatene kunne med rimelighet anta at denne typen tiltak ikke utgjorde støtte, og ikke var notifikeringspliktig, så Kommisjonen ikke for seg å overprøve tiltak som ble vedtatt før denne datoen.<sup>53</sup>

Denne tilnærmingen ble overprøvd i *Naviera Armas* av 15. mars 2018.<sup>54</sup> Saken gjaldt bruken av havneinfrastruktur som i praksis var forbeholdt kun én operatør – Fred Olsen. Dette til tross for at det var flere som søkte om en lisens for å kunne tilby transporttjenester mellom Gran Canaria og Tenerife.<sup>55</sup> Fred Olsen ble tildelt lisens i 1994. Etter å ha vist til *Aéroports de Paris*, utelukket Kommisjonen at finansiering av havnen kunne bli omfattet av statsstøttereglene, og at Fred Olsen kunne ha mottatt støtte. Underretten slo imidlertid fast at den påståtte avgrensningen ikke gjaldt potensiell støtte til brukere av infrastruktur.<sup>56</sup> I beste fall er det bare selve finansieringen eller eiere av infrastrukturen som faller utenfor statsstøttereglene før 12. desember 2000. I *Naviera Armas* hadde denne presiseringen ingen praktisk betydning på grunn av tidspunktet da Fred Olsen mottok den angivelige støtten. Støtte som er foreldet fordi tiårsfristen er utløpt uten at Kommisjonen eller ESA har avbrutt den, kan ikke kreves tilbakebetalt.<sup>57</sup> Underrettens avklaring er likevel

49 Se «NoA», fotnote 9, avsnitt 201–202.

50 *Aéroports de Paris*, fotnote 21, avsnitt 123.

51 Dom av 20. mars 1985, *Italia mot Kommisjonen*, C-41/83, EU:C:1985:120, avsnitt 18–20.

52 Dom av 21. oktober 1997, *Deutsche Bahn mot Kommisjonen*, T-229/94, EU:T:1997:155.

53 Se «NoA», fotnote 9, avsnitt 209.

54 Dom av 15. mars 2018, *Naviera Armas mot Kommisjonen*, T-108/16, EU:T:2018:145.

55 *Ibid.*, avsnitt 81–83.

56 *Ibid.*, avsnitt 83.

57 Se Agreement between the EFTA States on the establishment of a surveillance authority and a court of justice, with protocols 1 – 7, protocol 3, art. 15. <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Protocol-3-on-the-functions-and-powers-of-the-EFTA.pdf> artikkel 15.

viktig fordi den viser nok en uenighet mellom EU-domstolen og Kommisjonen når det gjelder infrastruktur.

### 3.3 20-prosentregelen – pragmatisk, men i strid med rettspraksis?

Ifølge Kommisjonen kan støtte til infrastrukturen i sin helhet falle utenfor støtteregelelene hvis den økonomiske aktiviteten er rent aksessorisk eller tilknyttet den ikke-økonomiske aktiviteten. Den økonomiske aktiviteten må være direkte knyttet til og nødvendig for driften av infrastrukturen, eller uløselig forbundet med den primære ikke-økonomiske bruken. Dette vil være tilfellet hvis den økonomiske aktiviteten krever de samme ressursene som de ikke-økonomiske aktivitetene, for eksempel materialer, utstyr, arbeidskraft eller eiendom. I tillegg må den økonomiske aktiviteten ha et begrenset omfang i forhold til den ikke-økonomiske aktiviteten og ikke overstige 20 prosent av den årlige totale kapasiteten til infrastrukturen. Det er ikke gitt noen nærmere forklaring på eller begrunnelse for at 20 prosent skal være grensen som i praksis kan avgjøre om statsstøtteregeleverket kommer til anvendelse. Mens den økonomiske aktiviteten til et museum eller kulturhus som regel antas å ha forholdvis liten innvirkning på konkurransevilkårene på det relevante markedet, kan det dreie seg om en betydelig innvirkning hvis en stor offentlig enhet driver delvis kommersielt.

Man kan anta at formålet med 20-prosentregelen var å rette Kommisjonens og ESAs oppmerksomhet mot de sakene som hadde størst innvirkning på det indre markedet, slik det ble annonsert i SAM-reformprogrammet. Den nokså firkantete regelen om 20 prosent av årlig kapasitet muliggjør likevel at betydelige summer av skattebetalernes penger unntas fra statsstøttekontroll. På grunn av denne automatikken kan resultatet bli det motsatte av intensjonen. Saker som har en stor innvirkning på konkurransevilkår, blir ikke fanget opp. For å sørge for at Kommisjonen eller ESA ikke bruker ressurser på å behandle eventuell støtte til en restaurant eller butikk i et museum, bør man vurdere en annen løsning. I slike tilfeller kan man utelukke statsstøtte ved å påvise at det aktuelle tiltaket ikke er egnet til å påvirke samhandelen, noe som er et av seks kumulative vilkår etter EØS-avtalens artikkel 61(1).

I 2015 og 2016 reviderte Kommisjonen sin tilnærming til samhandelsvilkåret ved å heve grensen for når tiltak anses å være egnet til å påvirke samhandelen.<sup>58</sup> Litt forenklet kan man si at hvis støttetiltaket kan anses som bare å være rettet mot ren lokal aktivitet, har ikke tiltaket tilstrekkelig effekt på samhandelen og faller derfor utenfor statsstøtteregulverket. I avgjørelsene hvor dette var tilfellet, vektla Kommisjonen at foretaket bare leverte varer eller tjenester til et begrenset geografisk område innenfor medlemsstaten, at støttemottakeren neppe kunne tiltrekke seg kunder fra andre medlemsstater, og at selve tiltaket ikke var egnet til å ha annet enn marginal innvirkning på grenseoverskridende investeringer eller etableringer. Problemet er at heller ikke dette alternativet til 20-prosentregelen er prøvd for retten, og derfor kan bli avvist av EU-domstolen, som hittil ikke har godkjent noen terskel for samhandelsvilkåret.<sup>59</sup> Dette alternativet innebærer også at ESA og Kommisjonen vil måtte bruke en del ressurser, noe som gjør denne løsningen mindre attraktiv i lys av SAM.

### 3.4 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* – en varslet overprøving av 20-prosentregelen?

I *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* av 27. juni 2017<sup>60</sup> ba den spanske forvaltningsdomstolen EU-domstolen om tolkning av TEUV artikkel 107(1) i forbindelse med en skattetvist mellom *Congregación* (kongregasjon av katolske

58 I april 2015 vedtok EU-kommisjonen 7 avgjørelser: 29. 04. 2015, *Czech Republic – Hradec Králové public hospitals*, OJ C 203/2, 29.04.2015, *Germany – Medical centre in Durmersheim*, OJ C 188/2, 29.04.2015, *Germany – Landgrafen-Klinikrehabilitation*, OJ C 188/3, 29.01.2015, *Germany – Städtische Projektgesellschaft «Wirtschaftsbüro Gaarden – Kiel»*, OJ C 188/1 29.04.2015, *The Netherlands – Investment aid for Lauwersoog port*, OJ C 259/3, 29.04.2015, *United Kingdom – Glenmore Lodge*, OJ C 277/3 og 29.04.2015, *United Kingdom – Member-owned golf clubs*, OJ C 277/4. I september 2016 vedtok EU-kommisjonen 5 avgjørelser: 04.08.2016, *Spain – Local media in the Basque language*, OJ C 369/6, 09.08.2015, *Germany – BLSV Sportcamp Nordbayern*, OJ C 406/14, 20.07.2016, *Germany – Port of Wyk on Föhr*, OJ C 302/3, 01.08.2016, *Spain – Valencian language in the press*, OJ C 369/7 og 09.08.2016, *Portugal – Santa Casa da Misericórdia de Tomar*, OJ C 406/4.

59 En av EU-kommisjonens avgjørelser hvor den nye tilnærmingen til samhandelsvilkåret ble anvendt – *ibid.* – *Alleged State aid to Santa Casa de Misericordia de Tomar (SCMT)*, ble brakt inn for Underretten 21. november 2016, se dom av 11. april 2018, *Abes mot Kommisjonen*, T-813/16, EU:T:2018:189. Den 11. april 2018 avviste Underretten saken.

60 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, fotnote 11.



skoler i Spania) og Getafe kommune.<sup>61</sup> I Spania er den katolske kirken fritatt fra eiendomsskatt for bygninger som brukes til religiøse formål.<sup>62</sup> I den aktuelle saken av slo likevel lokale skattemyndigheter Congregacións søknad om et skattefritak i forbindelse med byggearbeider som ble utført på La Inmaculada-skolen,<sup>63</sup> fordi bygningene ikke bare ble brukt til religiøse formål, men også til undervisning, møter og konferanser med opptil 450 deltakere. Ifølge de spanske myndighetene ville et eventuelt skattefritak kunne utgjøre statsstøtte.

EU-domstolen vurderte først om Congregación kunne anses som et foretak.<sup>64</sup> Congregación drev tre typer aktiviteter: aktiviteter av utelukkende religiøs karakter, utdanningstjenester som var subsidiert av staten, og ikke-obligatoriske utdanningstjenester som ikke fikk noen støtte fra staten. I tillegg tilbød Congregación catering og transporttjenester til elevene. Skattefritaket gjaldt byggearbeidet som ble utført i den delen av skolen som bare ble brukt til utdanningsaktiviteter. Dette utelukket spørsmål om en eventuell støtte til catering- og transporttjenestene. De religiøse aktivitetene var uansett irrelevante.

Når det gjaldt utdanningstjenestene, påpekte EU-domstolen at nasjonaldomstolen måtte verifisere hvilke som måtte anses å være økonomiske eller ikke-økonomiske ut fra rettspraksis på dette området. Den ene typen utdanningstjenester var finansiert av staten og integrert i det nasjonale utdanningssystemet. Dette tydet på at de var ikke-økonomiske. Aktivitetene som ikke ble finansiert av staten og som ikke hørte til pensum eller ikke var en del av det obligatoriske utdanningsprogrammet, fremsto derimot som økonomiske. Disse ble finansiert av private midler, særlig av elever og deres foreldre. Dersom en enhet driver både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, må det føres separate regnskaper.<sup>65</sup>

At EU-domstolen fastslo at skattefritaket kunne utgjøre statsstøtte kun i den grad Congregación drev økonomisk aktivitet, var hverken nytt eller oppsiktsvekkende. At EU-domstolen la stor vekt på intensjonen og formålet med en gitt

---

61 Den prejudisielle avgjørelsen i *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* av 27. juni 2017 ble avsagt av EU-domstolens storkammer med både EU-domstolens president og visepresident. Derfor legger man mye vekt på EU-domstolens forklaring av hvordan man skal bedømme ulike tjenester som tilbys av utdanningsinstitusjoner, etter regler om offentlig støtte, se Phedon Nicolaides, «Not Even the Church Is Absolved from State Aid Rules: The essence of Economic Activity», 4 *European State aid Law Quarterly* 2017, s. 527–536, på s. 527. DOI:10.21552/estal/2017/4/4.

62 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, fotnote 11, avsnitt 9.

63 *Ibid.*, avsnitt 16.

64 *Ibid.*, avsnitt 39.

65 *Ibid.*, avsnitt 51.

aktivitet for å avgjøre dens karakter, var heller ikke så uvanlig.<sup>66</sup> For å fastslå om et tiltak utgjør statsstøtte, er det effekten av tiltaket og ikke dets formål som er avgjørende. Selve formålet kan likevel ha betydning for aktivitetens art. I *Private Barnehagers Landsforbund* påpekte EFTA-domstolen at staten gjennom å etablere det aktuelle barnehagesystemet «is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields».<sup>67</sup> Denne formuleringen ble hentet fra to tidligere avgjørelser fra EU-domstolen, og som EU-domstolen viste til i *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*.<sup>68</sup>

Det mest interessante spørsmålet forble imidlertid ubesvart. EU-domstolen tok ikke stilling til Kommisjonens argument om at aktiviteten i sin helhet skal anses å være ikke-økonomisk dersom den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20 prosent av den årlige totale kapasiteten til infrastrukturen. Det gjorde imidlertid Generaladvokat Kokott,<sup>69</sup> som henviste til terskelverdier innenfor konkurranserett og foreslo at terskelen for tilknyttet økonomisk aktivitet innenfor en ikke-økonomisk infrastruktur ikke kunne overstige 10 prosent.

EU-domstolen nøyde seg med å bekrefte at hvis en enhet driver både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, må det føres separate regnskaper for de ulike aktivitetene for å utelukke krysssubsidiering. EU-domstolen sa derimot ikke noe om omfanget av begge typer aktiviteter og om dette kunne ha noen betydning for hvordan man skal bedømme aktivitetene etter reglene om offentlig støtte. EU-domstolen uttalte seg ikke om 20-prosentregelen.

Frem til EU-domstolen gir et klart svar på om 20-prosentregelen skal legges til grunn, er rettstilstanden uklar. Potensielle støttemottakere er riktignok trygge fordi Kommisjonen er bundet av egne retningslinjer. 20-prosentregelen kan likevel ha store negative konsekvenser for deres konkurrenter. Separate regnskap for økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter eller utskilling av den økonomiske aktiviteten i et separat rettssubjekt er nok den beste løsningen hvis formålet skal være like konkurransevilkår for alle markedsaktører.

<sup>66</sup> Se likevel Nicolaides, fotnote 61, s. 529.

<sup>67</sup> *Private Barnehagers Landsforbund*, fotnote 20, avsnitt 83.

<sup>68</sup> EU-domstolen i avsnitt 50 av *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, fotnote 88, viste til dom av 11. september 2007, *Schwarz og Gootjes-Schwarz*, C-76/05 EU:C:2007:492, avsnitt 39, og dom av 11. september 2007, *Kommisjonen mot Tyskland*, C-318/05 EU:C:2007:495, avsnitt 68.

<sup>69</sup> Generaladvokat Kokotts uttalelse i dom av 16. februar 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:135, se avsnitt 57 og 58.

## 4 Konklusjoner

De siste tiår har de norske forsknings- og utdanningsinstitusjonene utvidet sin virksomhet utover den tradisjonelle kjernevirksomheten. De tilbyr en rekke ulike tjenester som har et mer kommersielt preg, som utleie av laboratorier, videre- og etterutdanning og salg av IKT- og driftstjenester. Utnyttelse av restkapasitet er samfunnsmessig fornuftig og kan skape ekstrainntekter til å finansiere primæraktivitetene til slike institusjoner. Samtidig har utviklingen av hva som anses som økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand, ført til at stadig flere områder som tidligere ble ansett som medlemsstatens domene, nå omfattes av statsstøttereglene. Større deler av aktiviteten til norske forsknings- og utdanningsinstitusjoner enn tidligere omfattes av disse reglene, særlig når det gjelder infrastruktur. Dette innebærer at disse institusjonene i større grad må ta hensyn til reglene om statsstøtte i sin virksomhet.

Kommisjonens og ESAs regel om at offentlig finansiering av infrastruktur ikke er omfattet av disse reglene dersom den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20 prosent av den totale virksomheten, er i så fall egnet til å gi en viss forutsigbarhet. I tillegg vil den trolig gjøre at store deler av økonomisk virksomhet i universitets- og høyskolesektoren faller utenfor statsstøttereglene. Til tross for at omfanget av økonomisk aktivitet innenfor sektoren har økt i de siste årene, utgjør den fortsatt en forholdsvis liten del av virksomheten. Og en grense på 20 prosent vil i så fall gi norske forsknings- og undervisningsinstitusjoner et ganske vidt handlingsrom. Det er likevel usikkert om 20-prosentregelen kan legges til grunn som gjeldende rett. Selv om Kommisjonens og ESAs retningslinjer for støttebegrepet binder Kommisjonens og ESAs skjønnsutøvelse, er de ikke bindende for EU- og EFTA-domstolen. I praksis vil Kommisjonens og ESAs vurdering av om en aktivitet skal anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet, kunne prøves fullt ut av domstolene. Det er heller tvilsomt at EU-domstolen vil godta 20-prosentregelen som en grense for anvendelse av statsstøttereglene på tiltak til offentlig finansiert infrastruktur som skal brukes til både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Selv om Kommisjonen eller ESA ikke vil kreve tilbakebetaling av eventuell støtte, er 20-prosentregelen ugunstig for like konkurransevilkår for alle markedsaktører. Et klart skille mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet enten ved å holde separate regnskap eller skille ut økonomisk aktivitet i et eget rettssubjekt er å foretrekke.

# The Scope for National Regulation of Unfair Trading Practices

*Associate Professor Ronny Gjendemsjø*

*and researcher Ignacio Herrera Anchustegui*

## 1 Introduction

Many European countries have some form of national regulation of unfair trading practices (“UTPs”) in the business-to-business segment. These regulations are meant to prevent “big” companies from treating “small” companies unfairly by taking advantage of their gate keeper position and superior bargaining power. Some of these regulations are sector specific; the food supply chain being the prime example. One often sees allegations of inefficient or unfair competition in this sector, such as claims about supermarket chains taking advantage of their bargaining power to the detriment of small businesses or consumers. As a consequence, this sector is often the subject of regulation or at least proposals for regulation, such as for instance the EU Commission’s proposal for a Directive regulating unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain, currently being discussed in the EU-institutional trilogue between the European Commission, the Parliament and the Council.<sup>1</sup> Regulations of UTPs or proposals

---

<sup>1</sup> Draft European Parliament Legislative Resolution, 10.10.2018, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain, COM(2018)0173 – C8-0139/2018 – 2018/0082(COD); last version with modifications proposed by the European Parliament of 10 October 2018 available on <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2018-0309&language=EN>.

of such regulations may have their basis in competition policy, agricultural policy, marketing law or “unfair competition” law.<sup>2</sup>

Some of the background for these national regulations is that they are not necessarily prohibited by EU/EEA competition law. The prohibition of anticompetitive agreements in Article 101 TFEU and the prohibition of abuse of dominance in Article 102, only prohibit these practices if they are anti-competitive, but not on the basis of them being “unfair”.

UTPs have been defined as “practices that grossly deviate from good commercial conduct, are contrary to good faith and fair dealing and are unilaterally imposed by one trading partner on another”.<sup>3</sup> These practices are often considered as unilateral conduct exerted by the large undertaking on the smaller contractual partner and imposing unwanted contractual clauses or duties. Most of the existing regulations of UTPs also refer to expressions of unilateral conduct. What we have discovered is that many of these practices are not unilateral conduct *sensu stricto*, but rather agreements between undertakings. Whether these practices are agreements or unilateral conduct is decisive for the competence of the EU Member States to regulate them in national competition law. According to Article 3(2) of Regulation 1/2003,<sup>4</sup> Member States may not have a stricter regime towards agreements, than what already follows Article 101 TFEU.<sup>5</sup> In this paper we discuss to what extent Article 3 of Regulation 1/2003 limits the scope for Member States to regulate these practices. We do not discuss whether regulation of UTPs could conflict with the freedom of establishment or the provision of services. We analyse the regulation of UTPs in general, however, as these rules, or proposals or

2 Ignacio Herrera Anchustegui and Ronny Gjendemsjø, “Unilateral Behaviours Below Dominance and Unfair Purchasing Practices: A Comparative Perspective”, attachment to *Utredning for nærings- og fiskeridepartementet av muligheten for å etablere en inngrepshjæmmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranse-loven § 11*, 20.01.2017, available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/eab200712f20412c997da6dee6ced5e6/utredning-av-inngrepshjæmmel-mot-ensidige-handlinger-1.pdf>.

3 European Commission, 12.4.2018, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain, COM(2018) 173 final 2018/0082(COD), recital 1 of the proposal. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0173>.

4 Council of the European Union, Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, s. 1–25. Article 3 of Regulation 1/2003 has been incorporated into EEA law through SCA Protocol 4, chapter II, Article 3.

5 Agreement on the European Economic Area (EEA), 2 May 1992 (entered into force 1 January 1994), Article 53.

claims for such regulation often are connected to the food supply chain, we will use examples from this sector.

Before discussing the content and implications of Article 3(2) of Regulation 1/2003, we start out by introducing the concepts of buyer power and UTPs in Section 2. Then, we will present the different forms of existing regulations in Europe in Section 3 before we discuss the extent of the limitations the Article 3 of Reg. 1/2003 impose on national authorities in Section 4. Finally, we present our conclusions in Section 5.

## 2 Buyer Power and Unfair Trading Practices

UTPs are often the result of someone taking advantage of their buyer power vis-à-vis a weaker party. These practices are claimed to happen often in the food supply chain, where the supermarkets' conduct towards small suppliers is depicted as unfair and exploitative and often the target of calls for regulation. As a consequence of the relationship between buyer power and UTPs, we will give a short introduction to buyer power theory, before we explain the concept of UTPs.

Buyer power is the ability of a purchaser to “reduce purchasing prices in a profitable manner below the supplier’s standard selling price. This price reduction can be obtained by either withholding purchases – monopsony – or through bilateral negotiations and pure competitive bargaining to reduce the supplier’s prices and obtain better contractual conditions.”<sup>6</sup> In the two different modalities of buyer power, monopsony power and bargaining power, “the buyer captures a higher share of surplus when negotiating with the supplier that, absent buyer power, would have been retained by the supplier”<sup>7</sup> Also, buyers may obtain *non-price benefits* within and outside of a contract. Some of these benefits are typical of buyer power practices that take place in the food supply chain, such as slotting allowances, listing charges, preferential treatment, contribution to retail expenses, or transfer of contractual risks.

Buyer power affects the competitiveness of the markets involved both in the *upstream level* (where the purchasing takes place,) and the downstream level (where the buyer now re-sells the goods or services it acquired to an end consumer).

6 Ignacio Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, Institut de Droit de la Concurrence 2017, para. 55.

7 *Ibid.* para. 55.

Our buyer power definition distinguishes two types of buyer power modalities, monopsony and bargaining power. In relation to UTPs it is the bargaining power modality that is relevant, and we will not go into depth on monopsony here.<sup>8</sup>

Bargaining power is the ability of a buyer to obtain better trading conditions with its supplier(s), both in price and non-price terms,<sup>9</sup> anchored on an “upper edge” in the negotiation. Bargaining power “countervails or neutralizes seller market power, reducing both purchasing prices and suppliers’ profits, making the transaction’s outcome to be closer to the market’s equilibrium”.<sup>10</sup> Because of this, it tends to be welfare enhancing since the price reductions obtained by the buyer will tend to be passed on to end consumers in the form of lower prices and/or more quantity of goods, better quality, more variety, etc. The passing on of the benefits only occur if there is sufficient competition among the rivals of the buyer as a retailer (downstream). This does not imply that bargaining power may not

8 For more on monopsony, see Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics*, Pearson Prentice Hall 2009, s. 373–381; Roger G Noll, “Buyer Power and Economic Policy”, *Antitrust Law Journal*, 72 (2004–2005) s. 589; Peter C. Carstensen, “Buyer Power, Competition Policy, and Antitrust: The Competitive Effects of Discrimination Among Suppliers”, *The Antitrust Bulletin*, 53 (2008) s. 271; Roger D. Blair and Jeffrey L. Harrison, *Monopsony in law and economics*, Cambridge University Press 2010.

9 Ignacio Herrera Anchustegui and Ronny Gjendemsjø, “Evaluating the Commission’s Proposal for a Directive on Unfair Trading Practices. Competition in Fairness?” *European Competition and Regulatory Law Review*, 4 (2018) s. 280–289, s. 281.

10 *Ibid.* s. 281. See also John Kenneth Galbraith, *The Affluent Society & Other Writings 1952–1967: American Capitalism / The Great Crash, 1929 / The Affluent Society / The New Industrial State*, The Library of America 2010. See also Ignacio Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, para 92–173; Ariel Ezrachi and Koen De Jong, “Buyer power, private labels and the welfare consequences of quality erosion”, *European Competition Law Review*, 33 (2010) s. 257; Zhiqi Chen, “Buyer power: Economic theory and antitrust policy”, *Research in Law and Economics*, 22 (2007) s. 17; Paul W. Dobson and Ratula Chakraborty, “Buyer power in the U.K. groceries market”, *The Antitrust Bulletin*, 53 (2008) s. 333; F.A.H. van Doorn, “The Law and Economics of Buyer Power in EU Competition Policy”, Eleven International Publishing 2015.



have negative effects on competition.<sup>11</sup> Also, the buyer using its bargaining power often leads to claims by suppliers feeling “unfairly squeezed” by the more powerful, larger buyer they depend on, and which forces them to accept terms and conditions that they would rather not. Even though such hard bargaining may have a positive effect on end consumers (given that the benefits are passed on downstream in the form of lower prices or higher output or better service or quality) the exertion of bargaining power may affect the profitability of the suppliers, and may at least in theory,<sup>12</sup> force suppliers to exit the market if they have to sell at a loss or the profit margins are too small.<sup>13</sup>

To summarize, the exploitation of bargaining power often has positive effects on consumer welfare, at least if there is efficient competition downstream on the market where the buyer is selling its own goods. The “problems” of exploiting bargaining power are more often related to the hard bargaining being considered unfair and that certain practices are imposed on the suppliers since they depend on the buyers to sell their own products to end consumers.

National legislation, legislative proposals and the literature list many different practices that can be considered as UTPs. Some of the practices can be considered as pure pricing or payment related practices, such as demanding an exploitatively

- 
- 11 See discussing these adverse effects in literature generally connected with food retailing markets: Herrera Anchustegui and Gjendemsjø 2018; Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*; L. Hou, “Superior Bargaining Power: The Good, the Bad and the Ugly”, Shanghai Jiao Tong University (SJTU) – KoGuan Law School 2017; Lianos I and Lombardi C, “Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain. The Wuthering Heights of Holistic Competition Law.” KIMEP School of Law 2016; Chen *op.cit.*; Bundeskartellamt, “Buyer Power in Competition Law – Status and Perspectives” 2008; Dobson P et al., “Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union” *European Commission under study contract NoIV/98/ETD/078* (2000); OECD, Policy Roundtables: Monopsony and Buyer Power, 2009; John B. Kirkwood, “Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standards for Buyer-Induced Price Discrimination and Predatory Bidding?”, *Antitrust Law Journal*, 72 (2004–2005), s. 625; SRR Walton, “Wal-Mart, Supplier-Partners, and the Buyer Power Issue”, *Antitrust Law Journal*, 72 (2004–2005), s. 509; WS Grimes, “Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and The Atomistic Seller”, *Antitrust Law Journal*, 72 (2004–2005), s. 563; PW Dobson, “Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade” *Antitrust Law Journal*, 72 (2004–2005), s. 529.
- 12 For a discussion on the rationale (or lack thereof) of exerting exploitative monopsony power on suppliers, see Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, para. 87–91; Blair and Harrison *op.cit.*; JM Jacobson, “Monopsony 2013: Still Not Truly Symmetric”, *The Antitrust Source* 2013; Carstensen *op.cit.*; Noll *op.cit.*
- 13 European Commission, 10.10.2018, Recital 7 of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the Food Supply Chain.

low purchasing price, payment delays,<sup>14</sup> atypical payments, data input errors leading to overcharges, requiring advertisement contributions, or unjustified cancellations. Others are used as a “bottleneck” to grant, deny or hinder the entrance of products in a given market such as slotting allowances, product captivity, listing fees, de-listing, exclusive selling and/or buying obligations. Other practices shift commercial risks, such as demanding the supplier to assume the costs of unsold and perished products acquired by the buyer. And a last category of UTPs combine different effects into the same conduct, such as clauses allowing unilateral contractual modifications, requesting the production of “private label goods”, most-favored customer clauses or even imposing the transfer of sensitive commercial information possessed by the supplier.

UTPs often involve transfer of profits or risks between the parties to a commercial relationship without *sufficient compensation*.<sup>15</sup> This unbalance may “put operators’ profit and margins under pressure, which can result in a misallocation of resources and even drive otherwise viable and competitive players out of business”, as argued recently by the European Commission’s Proposal to regulate UTPs.<sup>16</sup>

### 3 Existing Regulations of UTPs

#### 3.1 EU and EEA competition law

Because UTPs may distort competition in the market, these conducts may be in breach of EU or EEA competition law, in particular the prohibitions of anticompetitive agreements and the abuse of dominance.<sup>17</sup> Also, UTPs and the future competition concerns they might pose in the functioning of food retailing markets have

<sup>14</sup> Case of 11 July 2006, *Fenin v Commission*, C-205/03 P, EU:C:2006:453.

<sup>15</sup> Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, 391–392; John B. Kirkwood, “The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct”, *Fordham Law Review*, 81 (2013) s. 2448; Competition Commission, *The Supply of Groceries in the UK Market Investigation*, London (2008), para. 95. European Commission, 12.4.2018, See Recital (5) of Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain, COM(2018) 173 final – 2018/082 (COD).

<sup>16</sup> *Ibid.* Recital (1).

<sup>17</sup> For a detailed discussion concerning the scope and suitability of EU competition law to address issues of bargaining power imbalance see: Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, paras. 958– 970.

been assessed concerning mergers and possible abuses of economic dependence.<sup>18</sup> Nevertheless, the room for antitrust control of UTPs under EU and EEA competition law tends to be narrow for factual (economic) and policy reasons, which are outside of the scope of this contribution. One of the reasons for it being narrow is that unilateral UTPs would only be prohibited if the undertaking(s) imposing them is dominant. On the other hand, if the UTP under assessment is bilateral, then it would qualify as an agreement in the light of EU/EEA competition law and, therefore, may be in breach of Article 101 TFEU and 54 of the EEA Agreement. However, as UTPs are practices that happen in vertical relations,<sup>19</sup> the Vertical Block Exemption Regulation exempt them from the prohibition of Article 101(1) TFEU if the parties to the agreement each have a market share below 30% and are not a “hard core” restriction.<sup>20</sup>

Prompted by the social debate generated by the imposition of UTPs, and the lack of specific regulation of these commercial practices in EU and EEA law, the Commissioner for Agriculture and Rural Development proposed the adoption of a proposal for a Directive on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain (“the Proposal”) on 12 April 2018.<sup>21</sup> Interestingly, in 2014 and again in 2016 the Commission’s Directorate-General for Competition held that no proposals to tackle UTP practices were currently

18 Case of 02 December 1999, COMP/M.1684 – *Carrefour/Promodès*, [2000] OJ C 164/5; Case of 3 February 1999, No IV/M.1221 – *Rewe/Meinl*, [1999] OJ L274/1; Case of 20 November 1996, No IV/M.784 – *Kesko/Tuko*, [1997] OJ L 110/53, taken from the unabridged version. See also: Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, paras. 978–990; Ariel Ezrachi and M Ioannidou, “Buyer Power in European Union Merger Control”, *European Competition Journal*, 10 (2014) s. 69; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 4th ed. Hart 2014, s. 434–435.

19 A vertical agreement is defined as “an agreement or concerted practice entered into between two or more undertakings each of which operates, for the purposes of the agreement or the concerted practice, at a different level of the production or distribution chain, and relating to the conditions under which the parties may purchase, sell or resell certain goods or services”, Article 1.1.(a) of the Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ [2010] L 102/1.

20 *Ibid.* Articles 2 and 3.

21 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain.

envisaged.<sup>22</sup> This Proposal, which we have extensively analysed elsewhere,<sup>23</sup> “aims at adopting a minimum common regulatory framework in the food supply chain by banning some trading practices and subjecting others to a prior and clear agreement between the parties”.<sup>24</sup> This proposed legislation addresses the topic of UTPs in what we find a satisfactory and moderated way since it only regulates a selected group of behaviours that beyond being “unfair” are likely to be inefficient and, above all, they would likely amount to a contractual breach – the latter begging the question why specific regulation is needed.<sup>25</sup> However, at the time of the writing of this piece this instrument has not been incorporated in EU and/or EEA law.

### 3.2 *A glance at the regulation of bargaining power outside EU Competition Law*

To fill the gap concerning an absence of an EU/EEA specific regulation to address bilateral bargaining power abuse between parties to a commercial transaction, national legislators in a myriad of countries have developed special rules. Some, if not the majority of these provisions, have been drafted to explicitly address bargaining power imbalances in the food supply chain.

Our analysis of these national regulations in previous works shows four regulatory avenues dealing with bargaining power imbalances.<sup>26</sup> Some of these approaches are built upon antitrust rules, either through lower dominance thresholds or introducing a concept of relative dominant positions. Others are built upon “unfair competition” rules centred on contractual balance and “good trading practices” that may be of a general or sectoral nature. A final alternative is resorting to the application of general contract law.

### 3.3 *The Antitrust Law solutions*

#### 3.3.1 Introduction

All EU and EEA Member States share common rules concerning the conduct of undertakings in the market as enshrined in Articles 101 and 102 TFEU and

22 European Commission, *Tackling Unfair Trading Practices in the Business-to-Business food supply chain*, 2014; European Commission, 29.01.2016, “Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Unfair Business-to-Business Trading Practices in the Food Supply Chain” COM(2016) 32 final, s. 3.

23 Herrera Anchustegui og Gjendemsjø 2018.

24 *Ibid.* s. 280.

25 For this discussion see *Ibid.* s. 284.

26 Herrera Anchustegui og Gjendemsjø 2017, vedlegg s. 10.

Articles 53 and 54 EEA. As mentioned above, the control of UTPs under these rules tends to be narrow, and the same is the case for their national counterparts.

Several Member States have adopted specific competition law provisions dealing with UTPs. Two main modalities have been designed. On the one hand, lower dominance thresholds applicable to specific sectors (food retailing mostly) and which create a presumption of dominance that can be either *jure et de jure* or *juris tantum*, depending on the country. On the other hand, certain countries follow a hybrid solution by regulating *relative* dominant positions – this is, only between two trading partners – anchored on the idea of *economic dependence*.

### 3.3.2 A lower dominance threshold for food retailing

A handful of countries in which food retailing markets show a high level of concentration have resorted to lower the “threshold” required for an undertaking to be considered as dominant when acting as buyers vis-à-vis their supplier(s) and/or as sellers in the final consumer market. In Finland<sup>27</sup> and Lithuania<sup>28</sup> the national competition acts have been modified to create a particular and lower dominance threshold for food retailers, which would be considered a dominant undertaking when reaching 30% market share in the relevant market, a considerably lower threshold when compared to the EU competition law presumption of a dominant position with a 50% market share.<sup>29</sup> In the case of Finland, this is a *jure et de jure* presumption, and for Lithuania this is a *juris tantum presumption*. Both cases, in our view, take a narrow, formalistic and simplistic view because they equal market shares with buyer power without further analysis – much more so in the Finnish case – and entail an important risk of over-enforcement of competition law, designed to protect and foster economic efficiency as a whole, in food retailing to attempt to address bilateral bargaining power problems.<sup>30</sup>

27 Section 4a of the Finnish Competition Act, No. 948/2011, entered into force 1 January 2014.

28 Article 3 of the Republic of Lithuania, Law on Competition 23 March 1999 No VIII-1099, (as last amended on 22 March 2012 No XI-1937).

29 Case of 3 July 1991, *AKZO v Commission*, C-62/86, EU:C:1991:286, para. 60.

30 Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, paras. 1008–1017; European Commission, 29.01.2016, “Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Unfair Business-to-Business Trading Practices in the Food Supply Chain” COM(2016) 32 final; College of Europe, *The Impact of National Rules on Unilateral Conduct that Diverge from Article 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union*, 2012; M. Oinonen, “The New 30 % Rule: A Viable Solution to Detrimental Buyer Power in the Finnish Grocery Retail Sector?”, *European Competition Journal*, 10 (2014), s. 97; A. Pozdnakova, “Buyer Power in the Retail Trading Sector: Evolving Latvian Regulation”, *European Competition Law Review*, 30 (2009), s. 387.

In Latvia, the legislator adopted a different solution since, instead of lowering the dominance threshold based on market share presumptions, the Section 13(2) of the Latvian Competition Act includes a specific provision dealing with abuses of dominance in the retail trade (at any level) aimed at precluding buyers from abusing *dependent suppliers* by means of imposing unfair trading practices.<sup>31</sup> This solution implies that the food retailer is not traditionally dominant but can exert *relative dominance based on a situation of economic dependence* (i.e.: substantial bargaining power) vis-à-vis one specific trading partner, in this case a food supplier.<sup>32</sup>

### 3.3.3 Abuse of relative dominance and economic dependence

Other countries, with Germany at the forefront, have adopted regulations, which aim to address bargaining power imbalances between trading partners and which capture unilateral behaviours that would not be caught by abuse of dominance provisions because their effects are in principle *inter partes* and do not affect the market as a whole. However, some of the countries that adopt clauses dealing with abuse of relative dominance incorporate a requirement that the bargaining power abuse shall be condemned “only if the effect of the UPP [unfair purchasing practice] affects a substantial part of the market and the competitive structure”.<sup>33</sup> This is the case in the French prohibition of abuse of economic dependence,<sup>34</sup> the German Anzapfverbot prohibition,<sup>35</sup> or the regulations in Italy,<sup>36</sup> and Portugal,<sup>37</sup> for example.

These regulations prohibit the abuse of *relative dominance* that arises due to a *position of economic dependence* in which a party, substantially larger than the other, is able to impose a specific request because the recipient of the request is dependent on the buyer(s) and is doing business with them to avoid a serious

31 Section 13(2) of the Latvian Competition Law, lastly amended in 2009. See also: European Commission, *Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain*, 2014, s. 57.

32 College of Europe and Studies, 2012, s. 61–62.

33 Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, para. 1019.

34 French Commercial Code, Legislative Section, Book IV Article L410-1 to L470-8.

35 § 19 and § 20 of the Act Against Restraints of Competition (Competition Act – GWB), 2014 last amended by Article 5 of the Act of 21.07.2014 (Federal Law Gazette I, s. 1066).

36 Article 11.2 of the Legge 5 marzo 2001 no. 57, “Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati” published in the Gazzetta Ufficiale no. 66 of March 20; College of Europe and Studies, 2012, s. 61.

37 Article 12 of Law No 19/2012 of 8 May new competition act, repealing Laws No 18/2003 of 11 June and No 39/2006 of 25 August, and making the second amendment to Law No 2/99 of 13 January.

economic disadvantage.<sup>38</sup> This abuse of relative dominance in some jurisdictions, like Germany under the *relative Marktmacht provision*, can take place when even “not in a market- dominating position, an enterprise can hold such a strong position in the market that it can disrupt the markets in a manner which para. 26 II GGWB intended to prevent and to combat”<sup>39</sup>

Interestingly, this national concept of abuse of economic dependence has been echoed at the EU/EEA level concerning three merger cases involving food retailers. In these cases, the Commission found that powerful buyers would be able to abuse the position of economic dependence of one or several of its suppliers whenever the buyer represented a specific proportion of the supplier’s sale, which was said to be 22%.<sup>40</sup> Because the supplier depended on the buyer to secure a large proportion of its business, the buyer could exploit such bargaining power weakness. However, from these three cases in which this “threat point” theory was evaluated, only one of them was declared incompatible, also prompted by the fact that the concentration would lead to the creation of a large dominant undertaking in an already concentrated market.<sup>41</sup>

### 3.4 Solutions outside Antitrust rules: “Unfair” competition, sectoral regulation and contract law

The vast majority of the existing national regulations dealing with UTPs have been designed *outside* of national antitrust rules. Instead, they have been incorporated in other instruments that tend to have different goals than the promotion of economic efficiency, such as fairness, profit redistribution, contractual balance or protection/promotion of small or medium size undertakings. These instruments can be of a general nature, as in the case of general unfair competition acts or general contract law, or instruments with a specific scope of application – for instance food retailing, a new trend among many countries.

Most Member States in the EU/EEA that have adopted “unfair” competition acts, have adopted provisions with a general scope of application which regulate

38 Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, para. 1020; European Commission, *Study on the Legal Framework Covering Business-To-Business Unfair Trading Practices in the Retail Supply Chain*, 2014, s. 44.

39 German Federal Court, Rossignol, 20.11.1975, BGH NJW 1976, 801.

40 Case of 02 December 1999, COMP/M.1684 – *Carrefour/Promodès*, [2000] OJ C 164/5, French public version, paras. 52–55; Case of 3 February 1999, No IV/M.1221 – *Rewe/Meinl*, [1999] OJ L 274/1, para. 101.

41 Case of 20 November 1996, No IV/M.784 – *Kesko/Tuko*, [1997] OJ L 110/53.



competition in the market based on the idea of “fairness”, “good faith” or “good business practices”, not seeking the promotion of economic efficiency as their main objective.<sup>42</sup> These legal instruments tend to contain general provisions that prohibit any conduct against “good faith” or “good business practices”, such as the Spanish case.<sup>43</sup> Also, they tend to include rules concerning advertisement, misleading information, and any form of deceit regarding the characteristics and/or price of a good or service. An important number of these general unfair competition laws include specific rules dealing with abuses of economic dependence or superior bargaining power, such as the *marges arrières* solution in the French Commercial Code directed to prevent the imposition of unfair purchasing conditions on small and medium sized suppliers,<sup>44</sup> the rules on economic dependence in Greece,<sup>45</sup> or the rules concerning use of unfair buyer power vis-à-vis suppliers in Lithuania.<sup>46</sup>

At least 20 Member States in the EU/EEA have enacted *special acts* to tackle practices that fall under the umbrella of UTPs in addition to or to fill the regulatory *lacuna* of UTPs.<sup>47</sup> Most of these acts have been designed for the food retailing sector and have appeared in the last decade as an answer to the societal and political uproar concerning the alleged abuse of buyer power in the sector.<sup>48</sup> These rules are often drafted with a “big vs. small” perspective, limiting its scope of application to medium or large buying undertakings when carrying out business vis-à-vis small(er) size suppliers, such as the case in the Czech Republic,<sup>49</sup> Portugal,<sup>50</sup>

42 For a discussion of the relation between competition law and unfair competition law from a procedural perspective see: Thomas M. J. Möllers and Andreas Heinemann, “Outlook: The Link Between Unfair Competition Law and Antitrust Law”, in Thomas M. J. Möllers and Andreas Heinemann (red), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press 2008.

43 Article 4 of the Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, Boletín Oficial del Estado núm. 10, de 11/01/1991.

44 French Commercial Code, Legislative Section, Book IV Article L442-6.

45 Article 1 of the Law 146/1914 of January 27, 1914, on Unfair Competition

46 Republic of Lithuania Law on Prohibition of Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices, 21 December 2007, No X-1409.

47 Recital (2) of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain; “Report from the Commission to the European Parliament and the Council on Unfair Business-to-Business Trading Practices in the Food Supply Chain” 2016, s. 2.

48 European Parliament, 19 January 2012, Imbalances in the Food Supply Chain.

49 Act No. 395/2009 of 9 September 2009 on Significant Market Power in the Sale of Agricultural and Food Products and Abuse thereof.

50 Decree-Law 166/2013 related to Unilateral Practices Restricting Trade, entered into force 25 February 2013.

Slovakia,<sup>51</sup> or Spain,<sup>52</sup> for example. Concerning their content, most of these national rules address specific kind of practices that are considered as “unfair” and which tend to be “unilateral” since they can be implemented without the collaboration of the supplier, prohibiting unilateral terminations, setting discriminatory purchasing practices, unilaterally modifying contract terms or delisting.<sup>53</sup> Bilateral practices are also regulated, for instance imposing restrictions on request for additional fees,<sup>54</sup> slotting allowances, or rules concerning trademark and origin of the products, for example.<sup>55</sup> Some of these prohibitions are implemented by requiring minimum contractual standards as demanded in Spain.<sup>56</sup>

Another modality adopted in some Member States is the implementation of “Codes of Conduct”, *soft law* instruments that accompany sectoral rules dealing with UTPs, as in the case of Spain, or Slovakia, or act as a stand-alone instruments, such as in the UK.<sup>57</sup> These Codes attempt to create self-enforcing mechanisms to which large buyers adhere which also set some minimum contract requirements and often are based on an alternative dispute resolution system to address disputes between the parties.

## 4 Regulation 1/2003 Art 3(2)

### 4.1 *The scope and limits of Regulation 1/2003 to national competition law*

The previous section presented different solutions for regulating UTPs, some as part of national competition laws, while others not being at least formally part of competition law. The scope for regulation of UTPs through national competition

51 Act No. 140/2010 Coll. on Unfair Terms in Business Contracts between Reseller and Supplier of Goods that are Foodstuffs, entered into force 1 May 2010.

52 Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, entered into force 9 August 2013.

53 See, for example: Hungarian Act CLXIV of 2005 on Trade /competition law related provisions of the Act, Decree-Law 166/2013, enacted by Parliament on 13 December 2005, related to Unilateral Practices Restricting Trade (Portugal); Act No. 140/2010 Coll. on Unfair Terms in Business Contracts between Reseller and Supplier of Goods that are Foodstuffs (Slovakia), entered into force on 1 May 2010.

54 Hungarian Act CLXIV of 2005 on Trade /competition law related provisions of the Act.

55 Law on Prohibition of Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices 21 December 2007 No X-1409 (Lithuania).

56 Article 9 of the Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

57 Groceries Supply Code of Practice, published on 4 August 2009 by the Department for Business, Innovation & Skills and the Groceries Code Adjudicator.

law is defined and restricted by Article 3(2) of Regulation 1/2003, which states that the “application of national competition law may not lead to the prohibition of agreements [...] or concerted practices which may affect trade between Member States but which do not restrict competition within the meaning of Article [101(1)]”. Furthermore, national law may not prohibit agreements that fulfil the criteria of Article 101(3).<sup>58</sup> The provision does not, however, preclude Member States from applying stricter national law on “unilateral conduct engaged in by undertakings”.<sup>59</sup> Following this, the distinction between agreements and unilateral conduct is decisive for how Member States can regulate UTPs in national competition law.

According to Article 3(3) of Regulation 1/2003 the restriction on Member States’ competence provided by its Article 3(2) does not “preclude the application of provisions of national law that predominantly pursue an objective different from that pursued by Articles [101] and [102] of the treaty”, the prohibitions of anticompetitive agreements and abuse of dominance found in the treaty. In other words, the Member States have more freedom if they regulate UTPs through provisions which are not regarded as “competition law”, based on their purpose. This leads to the question of which of the different approaches presented above that may be considered to pursue a different objective when compared to those pursued by Articles 101 and 102 TFEU, and hence not be regarded as competition law by their purpose.

Both the distinction between agreement and unilateral conduct in relation to Article 3(2), and the question of whether regulations of UTPs are to be regarded as competition law or as laws pursuing a different purpose, will be addressed in this section.

#### 4.2 *The distinction between agreements and unilateral conduct*

Article 3(2) of Regulation 1/2003 makes a distinction between the concept of an agreement as used in Article 101 TFEU and unilateral conduct. Distinguishing between agreements and unilateral conduct is easy in most cases. When a producer and a retailer enter into a contract, which involves that the retailer will buy “X” amount of product “N” from the producer at price “P”, we have an agreement since this represents the will of both parties to act accordingly. If the producer refuses to

<sup>58</sup> Council of the European Union, *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, OJ L 1, 4.1.2003.

<sup>59</sup> *Ibid.*

sell product “N” to the retailer, this is a unilateral decision, attributable only to the supplier. But what if the producer wants to sell its products to the retailer, and the retailer demands that the producer pays a fee to place the products on its shelves and also demands a right to delist the product on short notice without further reasoning? A producer may feel compelled to accept these terms. However, is the imposition of these terms “unilateral conduct” by the retailer or an “agreement”? It is tempting to say both. The terms are unilaterally imposed by the retailer and are only in the retailer’s interest. The producer has no realistic alternative to accepting the terms, without losing a large proportion of sales. In order to determine a Member State’s freedom to regulate such conduct in accordance with the limits imposed by Article 3(2) of Regulation 1/2003, defining whether this is unilateral conduct or an agreement is required.

Neither the Treaties nor the EU courts have defined unilateral conduct. Since Article 3(2) of Regulation 1/2003 refers to the concept of agreement in Article 101 TFEU, this provision is a good starting point for making the distinction between agreements and unilateral conduct. The concept of agreement in Article 101 TFEU has been defined as “an expression of a joint intention to conduct themselves on the market in a specific way”<sup>60</sup>. In *Bayer*, the ECJ stated that the concept of “an agreement cannot be based on what is only the expression of a unilateral policy of one of the contracting parties, which can be put into effect without the assistance of others”.<sup>61</sup> It would probably go too far to characterise this as a definition of a unilateral conduct, since in our view it is more a delimitation of the concept of an agreement. However, this still indicates that if a conduct requires the assistance of another party to be implemented, and one party manages to get this assistance, there is an agreement, despite the policy or conduct being only in one of the parties’ interest. The example provided above regarding the big retail chain demanding and achieving payment from the small supplier for access to its shelves, will then be an agreement, despite it being “imposed”.

Some UTPs are clearly unilateral, such as delisting (independent of whether it is a breach of contract or not) and refusals to deal. But what about practices that

60 Case of 8 July 1999, *Anic*, C-49/92, EU:C:1999:356, section 130; Case of, 5 December 2013, *Solvay SA v Commission*, C-455/11, EU:C:2013:796, section 50. See also joined cases of 6 January 2004, *Bayer AG*, C-2/01 and C-3/01, EU:C:2004:2, section 97; Case of 13 July 2006, *Volkswagen v Commission*, C-74/04, EU:C:2006:460, section 37. These latter judgments use the terminology ‘concurrency of will’ instead of ‘joint intention’.

61 *Ibid.* Joined cases, *Bayer AG*, section 101.

the “strong” party imposes on the small or “weak” party, and that is only in the interest of the bigger party, such as requiring listing fees, marketing contributions, exclusivity, or including clauses allowing for unilateral amendments of the agreement by one of the parties? These practices may be regarded as unilateral in nature and unilaterally imposed on the other party, who has no real choice if it wishes to trade with the strong counterpart. On the other hand, these practices will be bilateral, and therefore an agreement, because the conduct’s implementation needs the assistance of the supplier for the buyer to impose it, as stated in *Bayer*. It may not be in the other party’s interest and the acceptance may be “involuntary”, but the acceptance is still required.

As the examples presented above illustrate, distinguishing between unilateral conduct and an agreement is not easy. Other practices may illustrate the difficulty in doing so even more, for instance, how products and services are priced and sold. Some products have list prices set by the supplier and are sold at those prices without any negotiations. Other products are priced based on negotiations between the buyer and seller. The latter is obviously not unilateral conduct. How about the prices in the former example? They are set unilaterally, but still the products are only sold to those who agree to buy them at the listed price. So, there is obviously an agreement. Does that exclude the possibility of also characterising the pricing decision as a unilateral decision? And what about price discrimination? If a supplier decides to offer different prices to different buyers based on their willingness to pay, would this commercial policy constitute a unilateral conduct? Or is it an agreement? Or both? In our view, every instance in which there is an acceptance of the selling price by the buyer, regardless of whether it is negotiated or not, will be an agreement. Thus, in light of the concept of agreement enshrined in Article 101 TFEU, the setting of prices and consequent sales would be an agreement and not unilateral conduct, at least when someone actually agrees to pay the price.

This wide interpretation of the concept of an agreement in Article 101 TFEU leaves us with very few real unilateral conducts. Only refusals to deal, delisting and different forms of contract breaches will be regarded as unilateral conduct. The wording of Article 3(2) in Regulation 1/2003 implies that the distinction between agreements and unilateral conduct should be the same as the one applied when interpreting Article 101 TFEU. After all, the provision itself refers to the concept of agreement in Article 101 TFEU and, therefore, should be consistent in the interpretation of the term.

This implies that the scope for a stricter national regulation of many of the UTPs within national competition law should be narrow. Despite this, as shown above in Section 3, one observes many national regulations precluding UTPs of varied nature. As long as these practices would be considered as agreements, which restrict competition under Article 101 TFEU, this is not a problem. It is a stricter regulation or remedies against practices or agreements that are not prohibited by Article 101 TFEU, which may not be regulated in any stricter manner pursuant to the rule in Article 3(2) of Regulation 1/2003.

Many of the practices, which are prohibited by the national UTP regulations described in Section 3, are probably not prohibited by Article 101 TFEU because they do not distort competition and can consequently not be prohibited by national competition law. They could be regulated by national provisions if the regulation is “national law that predominantly pursues an objective different from that pursued by Articles [101] and [102] of the treaty”, pursuant to Article 3(3) of Regulation 1/2003. As we showed above, though, some of these provisions are clearly to be regarded *as competition law* formally speaking (due to their name) or because they pursue the same objective as Articles 101 and 102 TFEU, such as the German *Anzapfverbot* prohibition, which prohibits abuse of relative market power.<sup>62</sup> Such rules may end up prohibiting vertical agreements that are not necessarily forbidden by Article 101 TFEU or agreements that are exempted under the Vertical Block Exemption Regulation.<sup>63</sup> This would be contrary to Article 3(2) of Regulation 1/2003 and therefore illegal. An example of this legislative clash is the case of exclusivity agreements. Even if the supplier’s market share is below 30 percent, the agreement may benefit from the Vertical Block Exemption Regulation.<sup>64</sup> If a national regulation prohibits such an agreement it may end up prohibiting an agreement that is not necessarily violating Article 101 TFEU.

Since there are national regulations, which do prohibit or otherwise regulate UTPs, that also qualify as agreements without opposition from the Commission, for instance by initiating a procedure due to breach of Regulation 1/2003, it is only natural to ask if this indicates that concept of agreement used in Article 3(2) of

62 § 19 and § 20 of the Act Against Restraints of Competition (Competition Act – GWB), 2014 last amended by Article 5 of the Act of 21.07.2014 (Federal Law Gazette I, s. 1066).

63 Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102/1 2010.

64 *Ibid.*

Regulation 1/2003 is to be interpreted narrowly. It is more particularly important to ask, if some agreements, including contractual clauses or practices imposed on one party by the other party are to be regarded as unilateral conduct. If that is not the case, some of the UTP regulations existing in the Member States may obviously lead to decisions by national authorities in violation of Article 3(2) of Regulation 1/2003.

Although, such a wide interpretation of unilateral conduct is not in line with the wording of Article 3(2) of Regulation 1/2003. The wording clearly indicates that the national competence is restricted when it comes to regulating agreements that are subject to Article 101 TFEU. Only what falls outside of Article 101 TFEU's scope – unilateral conduct – may be regulated freely.

#### 4.3 UTPs as “unilateral” conduct in light of Article 3(2)

The background and history of Regulation 1/2003 may indicate that the purpose of Article 3(2) was not to create such a wide restriction on Member State's scope for regulating UTPs, and that many of the practices, which are agreements in the sense of Article 101 TFEU especially the unilaterally imposed contractual terms, were meant to be considered as unilateral conduct by the legislature. In the original draft from the Commission, the proposed Article 3 excluded the application of national competition law to both unilateral conduct and agreements, as long as the practice or the agreement had an effect on trade between Member States:

Where an agreement, a decision by an association of undertakings or a concerted practice within the meaning of Article 81 of the Treaty or the abuse of a dominant position within the meaning of Article 82 may affect trade between Member States, Community competition law shall apply to the exclusion of national competition laws.<sup>65</sup>

The text of Article 3 was amended by the European Council, and its wording ended up going from preventing the application of national competition law as such, to only restricting the possibilities of prohibiting agreements, leaving Member States with the freedom to regulate unilateral conduct as they please. We found little

---

<sup>65</sup> The Council of the European Union, 19.12.2000, Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ C 365 E, s. 284–296.



documentation explaining exactly why the text was modified, but the legislature obviously wanted to allow for stricter national regulations of conducts which fall outside of Article 101 TFEU, such as the example of abuse of relative dominance that was already well established in German competition law.

Additionally, the preamble of Regulation 1/2003 does not address the distinction between agreements and unilateral conduct. The Commission's own report on the functioning of Regulation 1/2003 at least provides some hints about how the Commission interprets the distinction. In the report, existing rules in Member States, which regulate abuse of economic dependence, superior bargaining power, different standards for dominance and stricter provisions for dominance, are considered as regulation of unilateral conduct.<sup>66</sup> In the footnotes, the Commission refers to some of the national provisions, which we argue also regulate agreements, and not only unilateral conduct in a narrow sense.<sup>67</sup> We found the same opinion from the Commission in its proposal for a directive on UTPs in the food supply chain, where the Commission labels UTPs in general as unilateral conduct.<sup>68</sup> This at least explains why the Commission does not interfere with the national regulations, which apply a stricter regime on agreements than Article 101 TFEU.<sup>69</sup>

Nevertheless, the Commission's practice is not decisive for the interpretation of the provisions in the same manner as the judgments of the Courts. Despite that, it may still indicate what the purpose of the rules are, and in this case that the purpose of Article 3(2) was not to prevent Member States from regulating UTPs in the form of agreements. Additionally, we lack more authoritative interpretations from the Court. On this basis, our conclusion is that Member States probably are allowed to regulate unilaterally imposed contractual terms in national law without violating Article 3(2) of Regulation 1/2003.

Even if most UTPs should be considered as agreements and not unilateral conduct when interpreted in light of Article 3(2) of Regulation 1/2003, its Article 3(3) seems to provide Member States with the freedom to regulate these practices, as

66 See Commission of the European communities, 29.4.2009, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, SEC(2009)574 final, para 21.

67 *Ibid.*

68 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain, s. 3.

69 See also Halvorsen Barlund, "Kor fritt står nasjonale styresmakter til å regulere eigen konkurranse i den indre marknad?" *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2015, s. 54–76, (s. 67).

long as it is done as part of a regulation or policy that does not share the purpose of Article 101 and 102 TFEU. In the preamble we can read that Member States

may under this Regulation implement on their territory national legislation that prohibits or imposes sanctions on acts of unfair trading practice, be they unilateral or contractual. Such legislation pursues a specific objective, irrespective of the actual or presumed effects of such acts on competition on the market.<sup>70</sup>

Here we observe the distinction between rules on unfair competition on the one side and competition law or rules on effective competition on the other. These are two distinct forms of regulating undertaking's competitive behavior in the market and they pursue different goals. The (effective) competition laws pursue the goals of undistorted competition and economic efficiency.<sup>71</sup> Unfair competition laws, on the other hand, have fair (and sometimes equal) competition as their goal. A practice that may be labeled unfair does not violate competition law, as long as it lacks a negative impact on economic efficiency. This may, for instance, be the case when a big retail chain refuses to buy the products from a small supplier, or when the big retail chain demands that the supplier contributes to promoting its product in the stores in a way that may lead to a loss for the supplier if the product does not sell very well. "Unfair" practices may even be good for end consumers if the profit that the big intermediary manages to extract from the supplier is passed on to them, as discussed in Section 2. This illustrates how many of the rules prohibiting or regulating UTPs follow a goal different from that of Articles 101 and 102 TFEU or national competition laws.

Having established that Member States may regulate UTPs through acts or provisions which follow a different goal(s) than Articles 101 and 102 TFEU, the next question is whether it is relevant how this is done in national law. Will all provisions regulating UTPs be considered as following a different purpose than competition law? What if such provisions are included in a Member State's competition act? The choice of legal instrument should not be decisive. Instead, it is the real purpose of the rule that must be decisive. What then about the types of regulations that reduce the required thresholds to trigger the application of dominance rules or set

---

<sup>70</sup> Regulation 1/2003 preamble para. 9.

<sup>71</sup> *Op.cit.* Möllers og Heinemann.

special dominance types – such as the case of Finland or Germany – and maintain a competition law perspective and purpose? If the background is to prevent UTPs through the use of a competition law instrument and perspective, are these legal instruments in danger of violating Article 3(2) of Regulation 1/2003? Such provisions may struggle to steer clear of the restriction on national competence. This will depend on how they are enforced by national authorities. According to our research, there is little evidence of vigorous enforcement of these types of rules in the Member States. Although, we must stress that as long as it is UTPs that are regulated or prohibited by such rules, these do seem to be considered as unilaterally imposed contract terms, and hence unilateral conduct in relation to Article 3(2) of Regulation 1/2003, as we discussed above. This means that a solid piece of advice to Member States is to avoid regulating UTPs through competition law rules since such provisions may be difficult to distinguish from other competition law provisions when it comes to what goal or purpose they pursue.

To sum up, most of UTPs are considered as agreements in relation to Article 101 TFEU following the ECJ case law. Article 3(2) of Regulation 1/2003, based on its wording, would preclude the national regulation of UTPs that goes beyond prohibiting “agreements” that are not under the scope of Article 101 TFEU. That being said, this interpretation is confronted with indications in several documents from the Commission that the term “unilateral conduct” in Article 3(2) of Regulation 1/2003 also encompasses what we refer to as unilaterally imposed contractual terms; this is when one party (ab)uses its bargaining power to force the other party to accept terms, which are against its own interests, despite these terms being part of a vertical agreement. Lastly, even if these unilaterally imposed contractual terms were to be considered agreements and not unilateral conduct in relation to Article 3(2) of Regulation 1/2003, Article 3(3) allows Member States to regulate UTPs even when these rules prohibit agreements, which are not prohibited by Article 101 TFEU, as long as the national provision pursues a different objective than Article 101 TFEU. These factors do, to a certain extent, explain the existence of many national competition laws and sectoral or special laws dealing with UTPs that have not been challenged by the Commission.

## 5 Conclusions

In this contribution we have analysed the scope for national legislators to deal with UTPs without violating EU/EEA competition law, using the grocery sector

as an example. Our study shows that at the national level most Member States have adopted some form of regulation to limit the ability of large buyers to exert bargaining power over suppliers in a way that is considered excessive, unfair and against good business practices, even if it could be potentially positive for end consumers. A common characteristic of these conducts is that they involve the transfer of profit and/or risk from the supplier to the buyer without sufficient compensation and, therefore, appear as exploitative. The national regulations of UTPs have been developed in the absence of community level rules dealing with UTPs up to now and follow different regulatory avenues, some using (effective) competition or antitrust rules, and the majority using other instruments such as sectoral regulation (usually focused in retailing of food) or general unfair competition laws.

This surge of regulation to tackle UTPs seems to collide with the EU/EEA rules concerning the national scope granted to Member States to regulate “agreements”, pursuant to Article 3 of Regulation 1/2003.

We embarked on an analysis of the Regulation, its legislative history, interpretation, as well as the concept of unilateral and bilateral conduct to find out what leeway Member States have to regulate UTPs. Our study shows that even if *prima facie* Article 3(2) of Regulation 1/2003 seems to limit Member States to only prohibiting agreements that are also contrary to Article 101 TFEU in light of the relevant ECJ case law, the interpretation of this provision is different concerning UTPs. We found that “agreement” should be interpreted narrowly in Article 3(2), so that it excludes from it practices and clauses, which are imposed on one of the parties to the agreement. This is a conclusion to which we arrive pursuant to the intention of the legislator, the Commission’s practice and the Member States national legislation which interpret “imposed” conduct in vertical relations as unilateral and not as an agreement. Otherwise, a good proportion of national rules prohibiting UTPs, which qualify as agreements – even if imposed – because they require the suppliers’ participation to take place (such as rules dealing with contributions to advertisement costs, any price-setting, requirements to produce private label goods, etc.), would be contrary to Regulation 1/2003 and, therefore, illegal. Furthermore, this political and legal will to grant Member States the scope to address, if they wish to do so, issues of unfairness and contractual balance is even broader and clearer pursuant to the rule in Article 3(3) of Regulation 1/2003. This provision grants Member States the freedom to apply rules over conduct that is not captured by Articles 101 and/or 102 TFEU whenever the national law predominantly pursues

an objective different than EU competition law, for example to address issues of contractual fairness and not economic efficiency.

Lastly, we expect the EU/EEA and national UTP regulatory landscape to change in the future as the consequence of the Proposal for a Directive on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Food Supply Chain. This instrument, which is currently being discussed at the EU level and subject to many changes thus far by the Parliament to extend its scope, will surely have a major say in the future of UTPs and bargaining power in food retailing markets in Europe and at home.



# Utilregnelighetsreglens moderne historie

Professor Linda Gröning

## 1 Innledning

Å betegne de som fullstendig utfordrer normalitetsoppfattelsen, som «gale» er ikke noe nytt. Å lovregulere galskapen som *utilregnelighet* i forbindelse med straffansvar er heller ikke nytt. Allerede Aristoteles' etikk åpnet for at galskap kunne unnskylde de mest alvorlige handlingene.<sup>1</sup> I Norge hadde Gulatingsloven særregler for dem som var gale da de hadde begått forbrytelser, og ideen om galskapen som unnskyldningsgrunn har eksistert enda lenger enn det.<sup>2</sup>

I denne artikkelen skal ikke utilregnelighetens tidlige historiske røtter utdypes nærmere. I stedet skal jeg kaste et blikk på et mer moderne tidsperspektiv i utilregnelighetsreglens historie. Nærmere bestemt skal jeg se på *utviklingen av de norske reglene om utilregnelighet ved psykisk sykdom i de femti år som fakultetet har eksistert*. Selv om tidsintervallet ikke samsvarer helt, vil jeg legge særlig vekt på utviklingen fra Straffelovrådets forslag om regelendring i NOU 1974: 17 og frem til det nå foreliggende forslaget i Prop. 154 L (2016–2017), som kan resultere i nye regler.<sup>3</sup>

---

1 Aristoteles, *The Nicomachean Ethics*, III, 1926. Oversatt av H. Rackham og hentet fra The Loeb Classic Library.

2 For en historisk drøftelse om utilregnelighetsreglene, se Svein Atle Skålevåg, *Utilregnelighet: En historie om rett og medisin*, Oslo 2016, og Bernt Gran, *Hundreår med hodebry. Utilregnelighetens historie*, Oslo 2014.

3 De utredninger og lovforslag som drøftes i artikkelen, omfatter ikke bare reglene for utilregnelighet ved psykisk sykdom, men også reglene for andre utilregnelighetsgrunner, særreaksjonene og sakkyn-dighet. I denne artikkelen berøres kun de deler av forslagene som omhandler reglene for utilregnelighet ved psykisk sykdom.



Artikkelen vil bli strukturert som følger. Som en bakgrunn for drøftelsen av reglene vil jeg i punkt 2 gi et strafferettsteoretisk perspektiv på hva utilregnelighet er. Dette spørsmålet har ikke et opplagt svar, og hvilket svar som gis, henger sammen med forståelsen av den strafferettslige ansvarslærens systematisering. Parallelt med reglernes utvikling har også ansvarslæren utviklet seg, og jeg vil forklare hvordan strafferettsmiljøet i Bergen har vært drivende de seneste årene. Punkt 3 vil omhandle utviklingen fra NOU 1974: 17 til Prop. 154 L (2016–2017) som nå foreligger til behandling i justiskomiteen. Til sist, i punkt 4, vil jeg gi noen refleksjoner om fakultetets rolle som kunnskapsleverandør på feltet med tanke på forskning og undervisning.

## 2 Hva er (u)tilregnelighet: strafferettsvitenskapens perspektiv

Tilregnelighet er i de aller fleste land et vilkår for straffansvar. Det henger sammen med at tilregnelighet ikke er mindre enn *evnen til strafferettslig ansvarlig handlemåte*, eller *skyldenvnen* som det heter i norsk strafferett.<sup>4</sup> Strafferetten forutsetter at mennesker som har nådd et visst modenhetsnivå, har ervervet denne evnen. Det betyr ikke at evnen alltid brukes, men vi forventes å bruke den, og kan derfor klandres og straffes for våre uriktige handlingsvalg.

Hva skyldenvnen mer presist består i, er omdiskutert, men ofte kobles den til premisser om individets frihet og fornuft. Den tilregnelige handler frivillig og uten tvang, og den tilregnelige har fornuft nok til å kunne reflektere over sine handlingsalternativer og hva som er riktig eller galt å gjøre.<sup>5</sup> Med sin kobling til individets frihet og fornuft reflekterer skyldenvnen også det strafferettslige skyldprinsippet: *Kun den som kunne og burde ha handlet annerledes, kan klandres og holdes ansvarlig.*<sup>6</sup> Således er det egentlig mer riktig å beskrive gjerningspersonens tilregnelighet som en *grunnpremiss* for hele den strafferettslige ansvarslæren, som gir legitimitet til bruk av strafferettslig klander og straff, snarere enn som et ansvarsvilkår.

4 Se f.eks. Johs. Andenæs, *Alminnelige strafferett*, 6. utgave ved Georg Fr. Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Oslo 2016, s. 288, og Henry John Mæland, *Norsk Alminnelig strafferett*, Bergen 2012, s. 203.

5 Se videre Linda Gröning, «Tilregnelighet og utilregnelighet: Begreper og regler», vedlegg til NOU 2014: 10 Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern, s. 409.

6 Se Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016, s. 50–51, om dette prinsippet.

En slik tilnærming betyr videre at den som *ikke* er tilregnelig, den som *mangler* skylddevnen, ikke kan klandres, holdes ansvarlig og straffes. At den utilregnelige er unntatt fra ansvar og straff, er anerkjent i strafferetten og strafferettsvitenskapen i hele verden.<sup>7</sup> Det er også anerkjent at tilregneligheten i jussen må reguleres og defineres «negativt», gjennom å angi bestemte tilstander som skal tilsi utilregnelighet – fordi det er altfor vanskelig å gi en positiv juridisk definisjon av hva det vil si å være tilregnelig.<sup>8</sup> Det er imidlertid omdiskutert hvilke tilstander som skal kunne tilsi utilregnelighet, og hvordan disse skal defineres i loven. Det har vært – og er – stor uenighet i diskusjonen i Norge når det gjelder reglene for utilregnelighet ved psykisk sykdom.

Forståelsen av tilregnelighet som skylddevne legger visse føringer på hvordan tilregneligheten og utilregneligheten bør systematiseres i ansvarslæren. Eller mer presist: Forståelsen av tilregnelighet som skylddevne *forutsetter* en viss forståelse av ansvarslæren og dens systematikk. Her er det særlig Andenæs sitt tankegods som har dominert strafferetten og strafferettsvitenskapen i Norge de seneste 50 år. Med inspirasjon fra Andenæs har det vært vanlig å fremheve fire overordnede ansvarsvilkår: *Handlingen må bryte loven* (1), *det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn* (2), *gjerningspersonen må være tilregnelig* (3), og *gjerningspersonen må ha utvist skyld (forsett eller uaktsomhet)* (4).<sup>9</sup> I denne systematikken betones således tilregneligheten, men ikke utilregneligheten, som ansvarsvilkår.

Både holdbarheten og hensiktsmessigheten av denne systematikken kan diskuteres.<sup>10</sup> Den boken vi nå anvender på strafferettskurset i Bergen, bygger på en annen systematikk.<sup>11</sup> Boken er utviklet gjennom en teoretisk orientert forskning ved fakultetet og har blitt omtalt som «den grundigste fremstilling vi har sett av alminnelig norsk strafferett».<sup>12</sup> Der betoner vi tre grunnleggende ansvarskategorier: Det

7 Se Rita James Simon & Heather Ahn-Redding, *The Insanity defense, the world over, Global perspectives on social issues*, 2008.

8 Se f.eks. Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012, s. 203.

9 Se f.eks. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) s. 194.

10 For en slik diskusjon se Jørn Jacobsen, «Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære», *Tidsskrift for strafferett* 2012, s. 5–25; Thomas Frøberg og Runar Torgersen, «Noen kommentarer til Jørn R.T. Jacobsens artikkel 'Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære'», *Tidsskrift for strafferett* 2012, s. 184–205; Jørn Jacobsen, «Rettsleg forståing: Svar til Thomas Frøberg og Runar Torgersen», *Tidsskrift for strafferett* 2012, s. 329–343; Thomas Frøberg og Runar Torgersen, «Noen ytterligere kommentarer til Jørn R.T. Jacobsens utkast til en ny ansvarslære», *Tidsskrift for strafferett* 2013, s. 80–87, og Jørn Jacobsen, «Sluttreplikk om ei strafferettsleg ansvarslære», *Tidsskrift for strafferett* 2013, s. 89–94.

11 Grønning, Husabø & Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016.

12 Bokanmeldelse av Alf Petter Høgberg, *Tidsskrift for strafferett* 2017, s. 79–85.

må foreligge en *kriminalisert gjerning* (1), det må *ikke foreligge en rettferdiggjøringsgrunn* (2), og det må *ikke foreligge en unnskyldningsgrunn* (3). Utilregneligheten beskrives her som en unnskyldningsgrunn. Det betyr at gjerningspersonen ikke kan klandres og derfor ikke er strafferettslig ansvarlig, selv om handlingen ikke kan forsvares som rettmessig (slik som er tilfellet ved for eksempel nødverge).<sup>13</sup>

En slik struktur får etter vår oppfatning bedre frem at det er utilregneligheten som har en viktig praktisk betydning, når det finnes holdepunkter for den, mens tilregneligheten som grunnpremiss ikke betones som ansvarsvilkår. Strukturen stemmer også bedre med det grunnleggende utgangspunktet i skyldprinsippet, som dreier seg om å la være å tilskrive ansvar og straff på grunn av utilregnelighet; vi unnskylder noen til tross for at handlingen var lovstridig og urettmessig. Den tidligere ansvars-kategorien «straffrihetsgrunner» får heller ikke frem den viktige sondringen mellom grunner som gjør handlingen rettmessig (slik som er tilfellet ved nødverge), og grunner som unnskylder gjerningspersonen til tross for at handlingen er urettmessig. Hvis man leser Andenæs nøye, ser man også at han hadde tenkt på denne sondringen, men da som et internt skille innenfor kategorien «straffrihetsgrunner».<sup>14</sup> Vi finner også støtte for tydeligere å knytte utilregnelighet til skyldprinsippet, som en unnskyldningsgrunn, hos Hagerup.<sup>15</sup>

Hvordan utilregneligheten skal forstås og systematiseres i ansvarslæren, kan kanskje synes som et teknisk og teoretisk spørsmål. Spørsmålet har imidlertid stor betydning, blant annet for å forstå utilregnelighetsreglens funksjon: å identifisere dem som ikke bør anses å ha skyldvegne. Den forståelsen må vi ha med oss når vi skal drøfte ulike mulige regelkonstruksjoner.

Vi må også ha med oss at det å gå «fra begrep til regler» generelt er beheftet med utfordringer.<sup>16</sup> Reglene må ivareta mange forskjellige hensyn som kan stå i et visst spenningsforhold til hverandre. Utgangspunktet er at utilregnelighetsreglene skal være tilstrekkelig *treffsikre* til å identifisere dem som ikke kan klandres, i tråd med de underliggende ideene om skyldvegne. Samtidig må reglene være *praktisk*

13 Se om rettferdiggjøringsgrunner og unnskyldningsgrunner i Grønning, Husabø & Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016, kap. 15 og kap. 19.

14 Se Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Rieber-Mohn & Sæther, Oslo 2016, s. 152. Se også Thomas Frøberg, «Skillet mellom rettmessighetsgrunner og unnskyldningsgrunner», *Jussens Venner* 2012, s. 1–32.

15 Se videre Grønning, Husabø & Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016, s. 479.

16 For en drøftelse om disse utfordringer, se Grønning «Tilregnelighet og utilregnelighet: Begreper og regler», vedlegg til NOU 2014: 10 Skyldvegne, sakkyndighet og samfunnsvern, s. 414–423.

*anvendelige* for rettens aktører og *forsvarlige* i forhold til reglens konsekvenser i og utenfor rettssystemet. Når det gjelder forsvarligheten, stiller strafferetten for eksempel høye krav til at reglene sikrer forutberegnelighet for og likebehandling av borgene. Dertil kommer at utilregnelighetsreglene må speile samfunnets ideer og språkbruk om psykisk sykdom, som endrer seg over tid. Slik sett gir omsettingen fra begrep til regel plass for mange andre argumenter enn dem som handler om selve betydningen av tilregnelighet.<sup>17</sup> Vi må således erkjenne at utilregnelighetsregler kan utformes på mange ulike måter, samtidig som det finnes mange ulike meninger om hvordan det best gjøres. Det er derfor ikke overraskende at ulike land har ulike rettslige løsninger, og at de fleste land endrer sine regler med jevne mellomrom.<sup>18</sup> Et spennende spørsmål er da hvordan diskusjonen om de norske utilregnelighetsreglene har sett ut i de årene fakultetet har eksistert, og hvordan reglene har endret seg.

### 3 Utilregnelighetsreglene under fakultetets levetid

#### 3.1 *Det medisinske prinsipp som paradigme*

Når de norske utilregnelighetsreglene skal drøftes, er det på sin plass å begynne med det overgripende «norske utilregnelighetsparadigmet». Rettstilstanden i Norge fremstilles nemlig ofte som unik når det gjelder reguleringen av utilregnelighet ved psykisk sykdom, fordi den følger det såkalte *medisinske prinsipp*.<sup>19</sup> Det betyr at utilregnelighet alene defineres gjennom vilkår som peker ut visse *medisinske tilstander* som innebærer utilregnelighet. Det eneste som har betydning etter et slikt medisinsk prinsipp, er at gjerningspersonen *var i den aktuelle tilstanden på handlingstidspunktet*. Etter gjeldende regel i strl. § 20 første ledd annet punktum bokstav b er vilkåret at gjerningspersonen var *psykotisk*.<sup>20</sup> Tilstandens nærmere innvirkning på lovbruddet er etter en slik konstruksjon uten betydning. Etter et medisinsk prinsipp vurderes det altså ikke hvorvidt personen begikk lovbruddet

17 Knut Waaben har uttrykt at reglene om utilregnelighet kan betegnes som «et konglomerat af moralske vurderinger og mere praktiske formålsbetraktninger», Knut Waaben, *Utilregnelighed og særbehandling*, København 1968, s. 48.

18 For en sammenlikning mellom de nordiske landene, se Simon Kamber, «Psykisk syge lovovertrædere i et komparativt lys», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2013, s. 358–368.

19 Dette gjelder også i den internasjonale diskusjonen, se f.eks. Michael S. Moore, «The quest for a responsible responsibility test: Norwegian insanity law after Breivik», *Criminal Law and Philosophy* 2015, s. 645–693.

20 Se videre nedenfor i punkt 3.4 om betydningen av dette vilkåret.

*fordi* han eller hun var i en gitt tilstand, men kun om personen var i den tilstanden *mens* han eller hun begikk lovbruddet.

De fleste andre land har i stedet regler som bygger på et *blandet prinsipp*, som også stiller krav om at den aktuelle tilstanden har hatt betydning for lovbruddet.<sup>21</sup> Det gjøres typisk gjennom kriterier om gjerningspersonens manglende evne til innsikt i handlingens (moralske og rettslige) betydning og/eller kriterier om gjerningspersonens manglende evne til å styre sine handlinger. I Sverige, som per dags dato ikke har utilregnelighetsregler som en del av ansvarslæren, har det for eksempel blitt lagt frem et lovforslag med et blandet prinsipp. Det anbefales en regel som krever at gjerningspersonen, på grunn av visse avvikstilstander, manglet evne til å innse gjerningens betydning eller å tilpasse sine handlinger etter en slik innsikt.<sup>22</sup> En regel bygget på et blandet prinsipp inneholder også ofte kriterier som stiller krav om at handlingen er forårsaket av tilstanden (kausaltet). Dansk rett fremhever en mer uvanlig variant, som stiller krav til sammenheng mellom tilstand og utilregnelighet og som gir dommeren et stort rom for skjønn.<sup>23</sup>

Det medisinske prinsippet har lenge vært paradigmet for den norske reguleringen av utilregnelighet. Allerede regelen i Kriminalloven 1842 var i stor grad bygget omkring et medisinsk prinsipp, selv om den også ga rom for mer skjønnsmessige vurderinger.<sup>24</sup> Regelen var da at «[d]e handlinger er straffrie, som forøves af Galne eller Afsindige eller af dem som, som Forstandens brug ved Sygdom eller Aldersoms-Svaghed er berøvet».<sup>25</sup> Denne regelen ble opphevet med straffeloven 1902. I strl. 1902 § 44 ble det i stedet innført en regel om at den som var «sinnsyk» (eller «bevidstløs»), var fri fra straffansvar.<sup>26</sup> Denne regelen var absolutt, og den

21 Se f.eks. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave ved Rieber-Mohn & Sæther, Oslo 2016 s. 288 og Aslak Syse, «Strafferettslig (u)tilregnelighet: juridiske, moralske og faglige dilemmaer», *Tidsskrift for strafferett* 2006, s. 141–175.

22 Se SOU 2012: 17 Psykiatrin och lagen – tvångsvård, straffansvar och samhällsskydd, Betänkande av Psykiatrilagsutredningen, s. 561, for forslaget om nye utilregnelighetsregler. For en forklaring av den svenske modellen og dens bakgrunn, se Gröning, «Tilregnelighet og utilregnelighet: Begreper og regler», vedlegg til NOU 2014: 10 Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern, s. 423–426.

23 Den danske Straffeloven § 16 sier at «Personer der på gerningstiden var utilregnelige på grund av sindssygdom eller tilstande, der må ligestilles hermed straffes ikke.»

24 Det har vært fremhevet noe ulike perspektiver på Kriminallovens utilregnelighetsregler, se Gran, *Hundreår med hodebry: utilregnelighetens historie*, Oslo 2014, s. 89, og Skålevåg, *Utilregnelighet: En historie om rett og medisin*, Oslo 2016, s. 115 og s. 122.

25 Kriminalloven 1842 kap. 7 § 2.

26 Det kan her nevnes at Straffelovkommisjonen av 1885 bygde på en noe annen tilnærming, se Udkast til Alminnelig borgerlig straffelov for Kongeriket Norge, II motiver, utarbeidet av den kgl. resolusjon av den 14. de November 1885 nedsatte Kommisjon, Kristiania 1896, s. 73.

som ble ansett som sinnssyk, skulle frifinnes fra straffansvar uten noen nærmere vurderinger av tilstandens betydning for lovbruddet. I tillegg kunne den som for øvrig var «utilregnelig paa grund av mangelfuld udvikling av sjælsevnene eller svækkelse eller sygelig forstyrrelse av disse», gå fri fra ansvar etter en fakultativ regel.<sup>27</sup> Etter en gjennomgripende revisjon i 1929 ble imidlertid regelen i strl. § 44 strammet inn og den fakultative tilleggsregelen opphevet. Gjennom denne revisjonen fikk straffeloven tre ulike utilregnelighetsgrunner som alle ble formulert som absolutte regler: lav alder (under 14 år), bevisstløshet og sinnssykdom. Det medisinske prinsipp ble med denne revisjonen fullstendig etablert.

Begrunnelsen for helt å etablere det medisinske prinsipp i 1929 var særlig retts tekniske argumenter og argumenter om samfunnsvern. Argumentet om samfunnsvern var at det ikke forelå muligheter til sikkerhetsforanstaltninger innenfor helsevernet for den gruppen lovbrøyttere som ikke kunne anses som sinnssyke, og at sikring derfor måtte skje gjennom bruk av straff. Denne begrunnelsen for reguleringen av *straffansvaret* er etter min mening prinsipielt uholdbar fordi behov for samfunnsvern ikke sier noe om hvem som mangler skyldevne. Det ble også fremhevet at den opprinnelige regelen i strl. 1902 ikke satte noen skranke for dommerens individuelle skjønn, og at regelen førte til usikker, vilkårlig strafferettspleie.<sup>28</sup> Disse begrunnelsene fremhever således argument om forutberegnelighet og en adekvat funksjonsfordeling mellom lovgiver og dommer.

Etableringen av det medisinske prinsipp må også sees i lyset av psykiatriens fremvekst og inntog i tilregnelighetsdiskursen. Når Kriminalloven utpekte de «galne og afsindige», ble utilregnelighetsspørsmålet fortsatt i stor grad betraktet som et moralsk heller enn et medisinsk problem. Samtidig hadde den moralske og rettslige forståelsen av galskap klare paralleller til psykiatriens begrep om «sinnssykdom». Lov om sinnssykes behandling og forpleining, som ble vedtatt bare seks år etter Kriminalloven, brukte også dette medisinske uttrykket. I spenningsfeltet – og i kampen – mellom jussens og psykiatriens ulike perspektiver på galskap utviklet det seg en helt spesiell rettspsykiatrisk ekspertise, som etter hvert

27 Se Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, Kristiania 1911, s. 295, om betydningen av denne regelen.

28 Innstilling fra den av Justisdepartementet 11. mai 1922 oppnevnte komité til revisjon av Straffeloven Første del, avgitt i juni 1925, inntatt i Ot.prp. nr. 8 (1927) s. 69. Se også NOU 2014: 10 s. 116–117.

fikk stor betydning i strafferetten.<sup>29</sup> Her fantes også en vitenskapsoptimisme – en tro på sinnssykdom som et entydig begrep om utilregnelighet som kunne identifiseres av rettspsykiatrien ved vitenskapelige metoder.<sup>30</sup> Vedtaket av vilkåret om sinnssykdom i straffeloven 1902 og den endelige etableringen av det medisinske prinsipp i revisjonen 1929 kan derfor ses som et uttrykk for at utilregnelighets-spørsmålet nå også hadde blitt et klart anliggende for psykiatrien.

Det medisinske prinsipp ble stående i straffeloven og videreført i straffeloven 2005. Innenfor dette paradigmet har utilregnelighetsreglene likevel blitt kontinuerlig diskutert og også endret gjennom de 50 år fakultetet har eksistert.

### 3.2 NOU 1974: 10: Sinnssykdom og forsøk på en fakultativ regel

Da fakultetet så dagens lys, var således utilregnelighet ved psykisk sykdom regulert som «sinnssykdom». Straffeloven 1902 § 44 bestemte at «[e]n handling er ikke straffbar, når gjerningsmannen ved dens foretagelse var *sinnssyk* [...]». Vil-kåret «sinnssyk» omfattet både psykisk sykdom, som her er i fokus, og psykisk utviklingshemming (åndssvakhet).

Forståelsen av å være «sinnssyk» tilsvarte datidens forståelse av å være «psykotisk», og begrepet var også en allmennspråklig betegnelse for galskap. Et vilkår om «sinnssykdom» fantes som nevnt også i psykisk helsevernlovgivning, men ble i 1961 erstattet av et vilkår om «alvorlig sinnslidelse».<sup>31</sup> Til tross for at det samsvarte stadig dårligere med akseptert språkbruk, ble vilkåret om sinnssykdom likevel stående i strafferetten helt inn på 2000-tallet.<sup>32</sup>

Den første utredningen som prøvde å endre utilregnelighetsregelen, og fjerne vilkåret om sinnssykdom, var Straffelovrådets utredning som ble avgitt i 1973, NOU 1974: 17. Denne utredningen var et resultat av Straffelovrådets arbeid i årene 1971–1973.<sup>33</sup> Rådets faste medlemmer, høyesterettsjustitiarius Rolv Ryssdal og strafferettsprofessor Johs. Andenæs, ledet utredningen sammen med syv særskilt tilkalt medlemmer, deriblant Nils Christie, professor i kriminologi. Georg Fredrik Rieber-Mohn, som skulle komme til å lede to senere utredninger, var sekretær.

29 Se Svein Atle Skålevåg, «Sykdom og tilregnelighet – fra sakkyndighetens historie», *Tidsskrift for Den norske legeförening* 2002, s. 65. Se også Skålevåg, *Utilregnelighet: En historie om rett og medisin*, Oslo 2016, s. 94–141.

30 Se Skålevåg, *Utilregnelighet: En historie om rett og medisin*, Oslo 2016, s. 128–129.

31 Lov av 28. april 1961 om psykisk helsevern.

32 Lovendringen som fjernet vilkåret, trådte i kraft først 2002. Se nedenfor i punkt 3.3.

33 Se om Straffelovrådets sammensetning og oppdrag i NOU 1974: 17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner, s. 7–9.



NOU 1974: 17 var en juristtung utredning, med fem jurister, én kriminolog og fire leger. Strafferettsvitenskapen satte sitt preg på utredningen, noe som også gjenspeiles i at Johs. Andenæs' artikkel om grunnlaget for utilregnelighetsreglene er vedlegg til utredningen.<sup>34</sup>

I store trekk foreslo Straffelovrådet tre endringer av regelen om sinnssykdom. Den første var at utilregnelighet ved psykisk sykdom skulle reguleres av et eget vilkår i loven, og ikke som da var tilfellet: at «sinnssykdom» omfattet også såkalt «åndssvakhet». Straffelovrådet mente det var lite tilfredsstillende at et vilkår som språklig var koblet til psykisk sykdom, omfattet to forskjellige grunner for utilregnelighet. Det ble også lagt vekt på at både Danmark og Sverige hadde en distinksjon mellom psykisk sykdom og psykisk utviklingshemming i sine regler.<sup>35</sup>

Den andre endringen var at vilkåret for utilregnelighet ved psykisk sykdom skulle endres til «alvorlig sinnslidende». Begrunnelsen for denne endringen var at «den motvilje som nå trer frem i vår sosiallovgivning mot å anvende belastende uttrykk, også bør legges til grunn ved utformingen av den strafferettslige utilregnelighetsregel».<sup>36</sup> Likevel foreslo Straffelovrådet å beholde uttrykket «sinnssyk» i parentes etter «alvorlig sinnslidende» i lovteksten. Dette var for å gjøre det helt klart at uttrykket 'alvorlig sinnslidelse' innenfor strafferetten bare er ment å omfatte de egentlige sinnssykdommer eller psykosene.<sup>37</sup>

Når det gjaldt innholdet i vilkåret om «alvorlig sinnslidende», var det således klart at Straffelovrådet ønsket en videreføring av psykose som den relevante tilstanden. Straffelovrådet påpekte at det ikke alltid var klart hva som var omfattet av det medisinske psykosebegrepet, men at det ble ansett for å være relativt stor enighet i nordisk psykiatri om kjernen i og avgrensningen av dette begrepet. Med denne enighet som utgangspunkt forklarte Strafferådslovet at

[d]et sentrale ved alle psykoser er at forholdet til virkeligheten er forstyrret. En psykotisk person viser manglende evne til å reagere adekvat på vanlige inntrykk og påvirkninger. Dette kan føre til at motivdannelsen for vedkommendes handlinger endres, og atferden kan virke umiddelbart uforstå-

34 Johs. Andenæs, «Grunnlaget for utilregnelighetsreglene», vedlegg til NOU 1974: 17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner, s. 161–170.

35 Se NOU 1974: 17 s. 10 og 53.

36 Se NOU 1974: 17 s. 54.

37 Se NOU 1974: 17 s. 54.

lig og forskruet. Den syke taper gjerne kontrollen over tanker, følelser og handlinger.<sup>38</sup>

Som vi skal se, er det fortsatt denne *realitetsbristen* som er det sentrale i straffelovens utilregnelighetsforståelse, og vi finner den igjen også i de nyeste forarbeidene. Der var likevel særlig én ting som var annerledes da Straffelovrådet avga sin innstilling i 1974, og som gjorde forståelsen av psykosens strafferettslige betydning noe annerledes, nemlig *fraværet av god behandling av psykoselidelsene*. I NOU 1974: 17 ble derfor det å være «psykotisk» i lovens forstand sterkt knyttet til det å ha en *diagnose på en psykoselidelse*. Utredningen beskrev også inngående ulike lidelser som kunne tilsi utilregnelighet, og pekte særlig ut schizofreni, den affektive psykose, den reaktive psykose og den organiske psykose.<sup>39</sup>

På grunn av Straffelovrådets sterke betoning av den psykiatriske diagnose ble det også understreket at de sakkyndige hadde en vesentlig rolle i tilregnelighetsaker. Tiltroen til rettspsykiatrien var altså fortsatt til stede, og nådde kanskje også et høydepunkt med NOU 1974: 17. De sakkyndige skulle konkludere (slik som fortsatt er tilfellet i forbindelse med det nå gjeldende vilkåret psykotisk) om lovens vilkår forelå, og hvorvidt gjerningspersonen var «alvorlig sinnslidende» på handlingstiden. Straffelovrådet fremhevet at det var «en naturlig konsekvens av det medisinske prinsipp at retten følger de sakkyndiges diagnose, og praksis er i overensstemmelse med dette».<sup>40</sup> Som vi skal se i det følgende, har denne oppfatningen av de sakkyndiges rolle i forbindelse med å konkludere om lovens vilkår blitt stadig mer kritisert. I de seneste utredningene er praksisen blitt foreslått endret.

Den siste endringen som ble foreslått av Straffelovrådet, var mer gjennomgripende enn de to ovennevnte. Rådet foreslo en ny fakultativ bestemmelse i strl. § 45, som skulle gi dommeren en skjønnsmessig adgang til å frifinne andre enn dem som var «alvorlig sinnslidende». Bestemmelsen skulle gi mulighet til frifinnelse av dem som «handlet under sterk bevissthetsforstyrrelse eller *annen dyptgående abnormtilstand*» (min utheving). Bestemmelsen var primært tenkt å omfatte tilstander som må likestilles med sinnssykdom og som ligger på grensen til psykoselidelsene.<sup>41</sup> For slike tilstander var tanken at dommeren skulle kunne foreta enn mer rettslig og skjønnsmessig vurdering av om gjerningspersonen skulle anses

38 Se NOU 1974: 17 s. 43.

39 Se NOU 1974: 17 s. 43–45.

40 Se NOU 1974: 17 s. 47.

41 Se NOU 1974: 17 s. 11 og s. 55–56.

utilregnelig, enn hva regelen i strl. § 44 gav rom for. De sakkyndige skulle fortsatt konkludere med hensyn til lovens vilkår, det vil si om tilstanden var en «dyptgripende abnormtilstand». Dommerens vurdering skulle imidlertid til sist avgjøre om det var «rimelig og rettferdig» at gjerningspersonen gikk fra straffansvar og straff.<sup>42</sup> I denne vurderingen kunne dommeren legge vekt på årsakssammenhengen mellom avvikstilstanden og handlingen, tilstandens alvorlighetsgrad, i hvilken grad gjerningspersonen var påvirkelig av straffetrusselen, hensynet til allmennprevensjonen, den alminnelige rettsfølelse, hva som var en hensiktsmessig reaksjon, og at det ikke utelukkende er et gode å bli erklært utilregnelig.<sup>43</sup> Med andre ord fantes det rom for stort skjønn.

Straffelovrådets forslag førte ikke til noen lovendring. Utredningen ble sendt på høring og møtte omfattende kritikk.<sup>44</sup> Et sentralt punkt i kritikken var at forslaget om en fakultativ utilregnelighetsregel innebar en usikker avgrensning av de utilregnelige, med risiko for en utglidning i praksis. Kritikken var sterkest fra det psykiske helsevern. Den må blant annet forstås i lys av en motstand mot en utvidelse av antallet psykisk syke domfelte som skulle kunne idømmes særreaksjon, basert på domstolens skjønn og uten grunnlag i presise medisinske diagnoser. Denne kritikken illustrerte mer generelt tilregnelighetsspørsmålets betydning for psykiatrien – og omvendt.

På bakgrunn av kritikken ble forslaget satt på vent i departementet. Noen år senere ble det diskutert i Kriminalmeldingen<sup>45</sup> og under justiskomiteens behandling av denne<sup>46</sup>, men det ledet ikke til noe lovforslag. Diskusjonen om behovet for nye utilregnelighetsregler fortsatte imidlertid, og i 1980 ble den nye Straffelovkommisjonen oppnevnt. Kommisjonens delutredning fra 1983 støttet i all hovedsak Straffelovrådets tidligere forslag.<sup>47</sup> Kommisjonens forslag møtte også den samme kritikk som Straffelovrådets forslag hadde gjort, og førte heller ikke til lovendring. Etter forslag fra kommisjonen oppnevnte Justisdepartementet imidlertid i 1985 et nytt underutvalg: Særreaksjonsutvalget. Denne gangen var utvalget medisintungt; tre av fem medlemmer var leger. Overlege Randi Rosenqvist, en

42 Se NOU 1974: 17 s. 64.

43 Se NOU 1974: 17 s. 63–64.

44 For en utførlig fremstilling av kritikken, se NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Straffelovkommisjonens delutredning IV, s. 20.

45 St.meld. nr. 104 (1977–78) Om kriminalpolitikken.

46 Innst. S. nr. 175 (1979–80).

47 Se NOU 1983: 57 Straffelovgivning under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I.

av rettspsykiatriens mest sentrale personer gjennom en årrekke, satte sitt preg på utredningen. Utvalget ble imidlertid ledet av den tidligere sekretæren for 1974-utredningen, Georg Fredrik Rieber-Mohn, som nå var lagdommer og senere ble riksadvokat. Utvalget leverte sitt forslag i NOU 1990: 5.<sup>48</sup>

### 3.3 NOU 1990: 5: Den sinnssyke blir psykotisk

Bestillingen til Særreaksjonsutvalget var å vurdere nye utilregnelighetsregler i lys av høringsuttalelsene til NOU 1974: 17 og NOU 1983: 57. Utvalget ble særlig bedt om «på fritt grunnlag forsøke å finne praktikable løsninger som kan aksepteres både innenfor kriminalomsorgen og innenfor det psykiske helsevern». <sup>49</sup> Særreaksjonsutvalget endte imidlertid opp med å foreslå samme type endringer som Straffelovrådet hadde gjort i 1974. Forslaget var således at utilregnelighet ved psykisk sykdom ble regulert i et eget vilkår, at ordlyden i vilkåret ble endret, og at den absolutte regelen ble supplert av en fakultativ regel.

Likevel var de foreslåtte endringene ikke helt identiske. Forslaget til ordlyd i regelens vilkår var ganske annerledes, noe som også hang sammen med den medisinske utviklingen som hadde skjedd. Særreaksjonsutvalget foreslo å erstatte uttrykket «sinnssyk» med uttrykket «psykotisk og dermed uten evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen» som vilkår for å anses utilregnelig etter strl. § 44.

Regelen skulle fortsatt gjelde psykosetilstanden som en tilstand av realitetsbrist, noe som nå også ble presisert i lovteksten. Til forskjell fra NOU 1974: 17 fremhevet imidlertid Særreaksjonsutvalget at det var forskjell på det å ha en *diagnose på en psykoselidelse* og det å *være psykotisk*, slik straffeloven krevde. Bakgrunnen for å fremheve denne forskjellen var at psykiatrien hadde utviklet seg, slik at det nå var tydelig at det gikk an å ha en psykoselidelse og likevel være relativt velfungerende på grunn av medisinerer. Denne utviklingen hadde egentlig funnet sted allerede fra 1950-årene, men hadde altså ikke blitt helt fanget opp i drøftelsene i NOU 1974: 17, og heller ikke i samtidens juridiske litteratur.<sup>50</sup>

Særreaksjonsutvalget presiserte derfor at «[d]ersom en person som har vært psykotisk, og som under medikamentell behandling er blitt nesten symptomfri, begår en straffbar handling, vil vedkommende i dag ikke bli ansett som sinnssyk

48 NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Straffelovkomisjonens delutredning IV.

49 Se NOU 1990: 5 s. 7.

50 Se NOU 1990: 5 s. 41.

i gjerningsøyeblikket av de psykiatrisk sakkyndige og Den rettsmedisinske kommisjon. Lovbryteren vil følgelig heller ikke oppnå straffrihet etter § 44». <sup>51</sup>

På dette punkt kan man lese NOU 1990: 5 som en viss innstramming av utilregnelighetsregelen, og som en *forskyving fra et krav til en diagnose på en psykose-lidelse, til et «styrkegradskrav»* om en tilstrekkelig stor funksjonssvikt koblet til det å være psykotisk i lovens forstand. Med dette gav Særreaksjonsutvalget samtidig en presisering av den medisinske kunnskapens rolle for forståelsen av det rettslige begrepet om utilregnelighet. Det sies også i utredningen at det innenfor rettspsykiatrisk praksis i strafferettspleien «har vært en slik glidning mot en diagnostisering basert på styrkegrad, i alle fall i de tilfeller hvor psykotiske symptomer er trengt tilbake ved medikamentell behandling». <sup>52</sup> Særreaksjonsutvalget så imidlertid fortsatt for seg at de psykiatriske diagnosene skulle ha stor betydning for avgjørelsen av tilregnelighetsspørsmålet, og pekte således ut psykiatrien som en viktig aktør og premissleverandør i strafferetten.

Den foreslåtte presiseringen, og innsnevringen, av regelen i strl. § 44 må også sees i sammenheng med at Særreaksjonsutvalget, i likhet med Straffelovrådet, foreslo en ny fakultativ regel. Utvalget fremhevet at det for de tilfeller der gjerningspersonen hadde en psykoselidelse, men ikke var psykotisk på handlingstiden, kunne bli aktuelt med frifinnelse etter den fakultative regelen. Utvalget fremhevet videre at

[b]edrede behandlingsmuligheter har ført til at svært mange schizofrene nå blir hjulpet ut av sin psykotiske tilstand. Ved hjelp av medikamenter, og annen behandling og støtte, kan de klare seg på egen hånd, noen også i arbeide, og ofte på en slik måte at de fungerer ikke-psykotisk. Dette betyr imidlertid ikke at de er helbredet. I de fleste tilfellene vedvarer visse funksjonssvekkelser, spesielt evnen til å opprettholde åpen og nær kontakt med andre. Denne svekkede evne bærer med seg muligheter for feilkommunikasjon med risiko for utvikling av vrangideer. Muligheten for psykotisk tilbakefall er også hele tiden til stede, enten i form av kortvarige situasjonsbestemte «blaff», eller som langvarige sammenbrudd med alvorlige konsekvenser for funksjonsevnen. <sup>53</sup>

51 Se NOU 1990: 5 s. 41.

52 Se NOU 1990: 5 s. 42.

53 Se NOU 1990: 5 s. 41.

I likhet med Straffelovrådet foreslo Særreaksjonsutvalget at dommerens vurdering av utilregneligheten etter den fakultative regelen skulle gi større rom for rettslig skjønn gjennom å åpne for rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger.<sup>54</sup>

Denne gangen ledet utredningen frem til lovendringer, men langt fra alle forslag ble fulgt opp. Ved lov 17. januar 1997 nr. 11, som trådte i kraft i 2002, ble vilkåret i strl. § 44 endret fra «sinnssyk» til «psykotisk». Regelen utpekte – slik den fortsatt gjør – den som på handlingstiden var psykotisk, som utilregnelig, og endringen ble av departementet motivert med at dette uttrykket var den «mest presise og tidsriktige angivelsen av de sinnslidelser det er tale om».<sup>55</sup>

Justisdepartementet støttet imidlertid ikke Særreaksjonsutvalgets forslag om å presisere uttrykket «psykotisk» med tilføyselsen «og dermed uten evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen». Departementet mente at det måtte kunne forventes at de som skulle praktisere bestemmelsen, først og fremst jurister med hjelp av psykiatere, var klar over kjennetegnene ved en psykotisk tilstand. Presiseringen ble derfor ansett unødvendig. Som jeg skal komme tilbake til, var dette et nokså optimistisk syn på kunnskapsgrunnlaget i strafferetten.

Nå støttet derimot departementet forslaget om en fakultativ regel som skulle gjelde dem som på handlingstiden hadde en alvorlig psykisk lidelse med en «betydelig svekket evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenene uten å være psykotisk».<sup>56</sup> Begrunnelsen var at slike tilstander kan være like dyptgripende og virke like forstyrrende på motivdannelse og evne til å la seg påvirke av straffetrusselen.

Den fakultative regelen ble likevel ikke vedtatt, fordi flertallet i Stortingets justiskomité var imot en slik utvidelse av utilregnelighetsreglene. Komitéen fremhevet at det var prinsipielt uheldig å ha uklare regler om straffritak, samt at personer i størst mulig utstrekning bør kjennes ansvarlig for sine handlinger.<sup>57</sup> Således var det til sist bare endringen fra «sinnssyk» til «psykotisk» som sto igjen. Endringen trådte i kraft i 2002, og ble videreført i straffeloven 2005 i § 20 første ledd annet punktum bokstav b.

54 Se NOU 1990: 5 s. 50 og s. 61.

55 Se Ot.prp. nr. 87 (1993–94) Om lov om endringer i straffeloven mv. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner).

56 Se Ot.prp. nr. 87 (1993–94).

57 Se Innst. O. nr. 34 (1996–97) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven mv. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner), s. 7.

Samme år som regelen ble vedtatt, gjorde Straffelovkommisjonen igjen et forsøk på å få innført en fakultativ regel, i NOU 2002: 4.<sup>58</sup> Heller ikke denne gangen ble forslaget fulgt opp.<sup>59</sup>

### 3.4 NOU 2014: 10: Psykose og likestilte tilstander

Dermed står vi i dag igjen med regelen om at (kun) den som på handlingstiden er psykotisk, er utilregnelig og fri fra straffansvar. Denne regelen har helt siden vedtakelsen vært gjenstand for en viss diskusjon, særlig blant de sakkyndige som i sine rettspsykiatriske erklæringer nøye må skille mellom det medisinske psykosebegrepet og lovens vilkår om «psykotisk».

Etter strl. § 20 første ledd annet punktum bokstav b er det nå helt klart at det er psykosetilstanden, det å *være (aktivt) psykotisk*, som tilsier utilregnelighet, og ikke det å ha en diagnose på en psykoselidelse. Psykosevilkåret er også, i tråd med de tidligere utredninger, forstått som en *vesentlig realitetsbrist*, der gjerningspersonens bristende evne til forståelse av omverdenen må være relativt generell og omfatte vesentlige sider av virkeligheten. Gjerningspersonen må således ha uttalte psykosesymptomer på handlingstiden for å forstås som utilregnelig.

I praksis virker det imidlertid ikke alltid å være enkelt å skille de gjerningspersoner som er psykotiske, det vil si dem med vesentlige realitetsbrister, fra dem som ikke er det. Særlig i grensetilfellene virker det utfordrende. Distinksjonen mellom det å ha en diagnose på en psykoselidelse og det å være (tilstrekkelig) psykotisk slik som straffeloven krever, virker også å ha gitt opphav til en del forvirring i samhandlingen mellom psykiatri og juss.<sup>60</sup> Selv om det ikke skal være psykoselidelsen som er det sentrale, ser det likevel ut som om utilregnelighet i stor grad blir koblet til psykiatriske diagnoser, særlig til diagnosen paranoid schizofreni. En medvirkende årsak til dette fokus på diagnosene er sannsynligvis at Den rettsmedisinske kommisjon i 2004 etablerte som fast praksis at de sakkyndige må forankre sin konklusjon om lovens vilkår «psykotisk» i diagnostikk etter ICD-10.<sup>61</sup> Generelt har nok også etableringen av vilkåret «psykotisk» ført med seg

58 NOU 2002: 3 Ny straffelov – Straffelovkommisjonens delutredning VII.

59 Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), s. 225.

60 Se f.eks. Randi Rosenqvist, «Utilregnelighetsregelen – moden for revisjon?», *Tidsskrift for Den norske legeforening* 2012, s. 843.

61 Se orienteringsbrev fra Den rettsmedisinske kommisjons psykiatriske gruppe, nr. 10, 02/2014, tilgjengelig på <http://www.sivilrett.no/gruppe-for-psykiatri.423980.no.html>.



en medikalisering av utilregneligheten, og vilkåret har blitt kritisert for å gi de sakkyndige for stor innflytelse.

I etterkant av 22. juli-saken blusset denne kritikken opp med ny styrke. Denne saken, som fulgte etter noen av de grusomste handlinger som Norge har opplevd, ble også en oppvisning i jussens og rettspsykiatriens brister. Gjerningspersonen var åpenbart et grensetilfelle, som ikke passet inn i hverken diagnostiske eller juridiske kategorier. Var han syk eller ond, eller begge deler? Psykiatrien delte seg i (minst) to leirer: de som mente han var schizofren og psykotisk da han begikk handlingene, og de som mente han var en ideologisk motivert terrorist. Jussen, som måtte løse saken, stod noe rådvill innfor dette tilsynelatende kaoset i psykiatrien. Innholdet i lovens vilkår «psykotisk» virket plutselig ikke så klart, og det ble også vanskelig å fastlegge den *rettslige* terskelen.<sup>62</sup> Interessant nok avgjorde heller ikke dommeren saken gjennom å klarlegge denne terskelen, men gjennom å gå inn i psykiatriske vurderinger om hvorvidt gjerningspersonen var schizofren og psykotisk. Det ble synlig at det ikke finnes noen klar rettslig (eller medisinsk) definisjon og felles forståelse av det å være psykotisk og ha realitetsbrist.

På denne bakgrunn, og etter en massiv offentlig kritikk mot utilregnelighetsregelen og de sakkyndiges rolle, ble det såkalte Tilregnelighetsutvalget oppnevnt med Georg Fredrik Rieber-Mohn som leder. Dette utvalget var bredt sammensatt, med tolv medlemmer og representanter fra juss, filosofi, medisin og etikk. Jeg var representanten fra rettsvitenskapen, og publiserte en artikkel om utfordringene med utilregnelighetsreglene som vedlegg til utredningen.<sup>63</sup>

Etter mandatet ble utvalget særlig bedt om å se på lovens psykosevilkår og vurdere behov for endringer. Det var tydelig at det fantes en forventning om at utvalget skulle velge å gå vekk fra det vilkåret, og kanskje til og med avskaffe den norske medisinske modellen helt. Det gjorde vi ikke. Etter en grundig drøftelse av ulike styrende hensyn kom utvalget til at det medisinske prinsipp burde videreføres, men i en noe modifisert form. Begrunnelsen for å videreføre det medisinske prinsipp var særlig å unngå den usikkerhet som ligger i å påvise sammenheng mellom tilstand og lovbrudd, slik et blandet prinsipp krever.

Utvalget foreslo en regel med følgende ordlyd: «Den som retten anser for å ha vært psykotisk på handlingstiden eller i en tilstand som med hensyn til sviktende

62 Beviskravet var også en del av diskusjonen, men det drøftes ikke her. Se dom fra Oslo tingrett 2012.08.24, RG 2012 s. 1153 (s. 70–74).

63 Gröning, «Tilregnelighet og utilregnelighet: Begreper og regler», vedlegg til NOU 2014: 10 Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern, s. 404–426.

funksjonsevne, forstyrret tenkning og for øvrig manglende evne til å forstå sitt forhold til omverdenen, må likestilles med å være psykotisk, er ikke strafferettslig ansvarlig.»<sup>64</sup> Utvalget mente at den regelen bedre enn gjeldende regel samsvarte med forståelsen av utilregnelighet i praksis og med de underliggende ideene om skyldevne.

Utvalget foreslo således å beholde lovens psykosevilkår («psykotisk»), men med en presisering av hvilke svikter tilstanden innebærer. Utvalget ønsket med en slik presisering å gjøre det klart at «det bare er den lovbrøyer som på handlingstiden var 'psykotisk' med en markant styrkegrad av symptomer, som skal gå fri fra ansvar». Slik tydeliggjorde Tilregnelighetsutvalget i likhet med Særreaksjonsutvalget i 1990 at man må være veldig forstyrret for å gå fri fra straffansvar. Utvalgets begrunnelse for formuleringen av lovens vilkår var at den symptomtunge psykosetilstanden er den tilstand som «griper sterkest inn i og virker mest forstyrrende på sinnet, og som derved også er best egnet til å skille de 'skyldfrie' – de som på grunn av sykdom er uten evne til handlingsvalg – fra de som bør være ansvarlige».<sup>65</sup>

Utvalget klargjorte imidlertid ikke helt distinksjonen mellom det å ha en diagnose på en psykoselidelse og det å være psykotisk. Om utredningen skal leses med et (selv)kritisk blikk, kan det faktisk diskuteres om de svikter som presiseres i lovteksten, er forvirrende, og om utredningen illustrerer et stadig manglende medisinsk kunnskapsgrunnlag i jussen. Sviktende funksjonsevne og forstyrret tenkning er nemlig sentralt ved schizofreni, og ble trukket frem i lovteksten som karakteristisk for en psykotisk tilstand fordi schizofrenidiagnosen er den vanligste diagnosen blant dem som anses som utilregnelige.<sup>66</sup> Manglende evne til å forstå sitt forhold til omverdenen, realitetsbristen, ble imidlertid trukket frem som en «samlebetegnelse» for symptomer som kjennetegner *den psykotiske fungering*, da særlig vrangforestillinger og hallusinasjoner. Med andre ord nevnes symptomer koblet til én bestemt diagnose sammen med symptomer som kobles til det å være psykotisk, som går på tvers av ulike diagnoser. Hva en realitetsbrist er, og hva som kreves av symptomer, ble heller ikke klarlagt, noe som også må ses i lys av mangelen på en klar medisinsk definisjon av realitetsbristen.<sup>67</sup>

64 Se for en nærmere forklaring av regelen i NOU 2014: 10 s. 138–143.

65 Se NOU 2014: 10 s. 23.

66 Se NOU 2014: 10 s. 139.

67 Se Linda Gröning, Karl Henrik Melle og Unn Haukvik, «Psychosis, Impaired reality testing and Criminal Insanity in Norwegian criminal law», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, forthcoming issue 1, 2019.

I tillegg til en presisering av lovens psykosevilkår foreslo utvalget å utvide regelen med hensyn til tilstander med svikter som kan *likestilles* med det å være psykotisk. Begrunnelsen var at også enkelte personer som ikke kan anses som psykotiske, kan ha tankeforstyrrelser, funksjonssvikt eller sviktende virkelighetsforståelse i samme grad som en person som er «psykotisk». Ut fra strafferettens begrunnelser må også disse personene anses for å mangle skyldbevne, og frifinnes for straffansvar.

Til sist foreslo utvalget at regelen skulle gjøre det klart at det er den dømmende rett som har det endelige ordet, gjennom presiseringen «den som retten anser». Denne presisering er egentlig overflødig, fordi det er selvsagt at det er og må være slik. Utvalget mente likevel at presiseringen var viktig for å understreke at det er retten som har ansvaret for avgjørelsen.

Denne betoning av rettens ansvar kom også sterkt til uttrykk i utvalgets forslag til radikale endringer i de sakkyndiges rolle. Utvalget anbefalte at de sakkyndige ikke lenger skal konkludere med hensyn til om lovens vilkår er oppfylt, slik praksis har vært siden etableringen av det medisinske prinsipp. De sakkyndige skal etter utvalgets forslag utrede lovbrüterens tilstand kun på egne faglige premisser, og beskrive tilstanden diagnostisk og klinisk. Det er imidlertid kun retten som, basert på den symptombeskrivelse de sakkyndige gir, til slutt skal avgjøre om gjerningspersonen på handlingstiden var tilstrekkelig symptomtyngt til å omfattes av lovens vilkår.<sup>68</sup> Når det gjelder vilkåret «likestilt» med «psykotisk», er rettens rom for skjønn her større enn når det gjelder psykosevilkåret. Her må nemlig retten også ta stilling til hvilke grensetilfeller mot psykosetilstanden som eventuelt skal omfattes av regelen.

NOU 2014: 10 ble sendt på en relativt omfattende høring. Responsen på forslaget var blandet, men mange var positive. En viktig kritikk som kom opp i høringsrunden, var imidlertid at bruken av uttrykket «psykotisk» er svært problematisk, fordi det innebærer en stigmatisering og i verste fall skaper en

---

68 Se NOU 2014: 10 s. 217.

diskrimineringsproblematikk.<sup>69</sup> Generelt bør strafferetten være seg bevisst sin funksjon i å skape og befeste samfunnsoppfatninger. Kanskje har koblingen mellom utilregnelighet og psykose nå også gått ut på dato, slik som tidligere var tilfellet med sinnssykdom. Da jeg satt i Tilregnelighetsutvalget, var jeg også av andre grunner noe i tvil om dette vilkåret burde videreføres.<sup>70</sup> Selv om jeg så ulemper med å beholde psykosevilkåret, var jeg imidlertid usikker på hvordan vi kunne utforme et bedre alternativ som fortsatt var presist nok – og jeg hadde heller ikke tilstrekkelig kunnskap om de relevante medisinske tilstandene.

### 3.5 Prop. 154 L (2016–2017): Psykotisk blir erstattet med mer forvirring

Det tok ganske lang tid før Prop. 154 L (2016–2017) ble fremmet sommeren 2017. Overraskende for oss som satt i utvalget, og kanskje for noen flere, så fulgte ikke proposisjonen vårt forslag, men tok en helomvending til en helt ny regelkonstruksjon. Etter forslaget i proposisjonen forlates nemlig psykosevilkåret, og til stor del også den medisinske modellen, til fordel for «en ny retning for bedømmelsen av skyld» som bygger på at retten får et større rom for skjønn.<sup>71</sup>

Mer konkret foreslås det en ny regel med vilkår om at den som på handlings-tidspunktet er *utilregnelig på grunn av alvorlig sinnslidelse*, ikke er strafferettslig ansvarlig.<sup>72</sup> I likhet med den danske regelen for utilregnelighet ved psykisk sykdom brukes altså uttrykket *utilregnelig* i loven. Ved å kreve (og anta) en sammenheng mellom en tilstand av alvorlig sinnslidelse og utilregnelighet gir regelen tydelig en mer selvstendig betydning av og rom for dommerskjønn.<sup>73</sup>

Dette rommet for skjønn er imidlertid tenkt å være noe avgrenset, gjennom kriterier som presiserer regelens (utilregnelighetsnormens) innhold i bestemmelsens

69 Se for eksempel Høringssvar fra ICJ-Norge – Den internasjonale juristkommisjon, norsk avdeling, Mental helse, Mental helse ungdom, WSO og Stål Bjørkly og Pål Grøndahl ved kompetansesenter for sikkerhet, fengsels- og rettspsykiatri. For et innlegg om diskrimineringsproblematikken knyttet til utilregnelighetsreglene, se Ketil Lund, «Strafferettslig diskriminering – Særlovgivningen rundt utilregnelighet må avvikes, også innenfor strafferetten», nyhetsklipp publisert i Klassekampen 4.1.2012. For en drøftelse av denne problematikken, se Linda Gröning, «Er de norske utilregnelighetsreglene i strid med rettsfølelsen?», i Anne Marie Frøseth, Linda Gröning og Rasmus H. Wandall (red.), *Rettsfølelsen i strafferettssystemet – perspektiver fra teori og praksis*, Oslo 2016, s. 157–161.

70 Se for en viss reservasjon mot psykosevilkåret i Gröning, «Tilregnelighet og utilregnelighet: begreper og regler», vedlegg til NOU 2014: 10 Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern, s. 404–428.

71 Se Prop. 154 L (2016–2017) Endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldvne, samfunnsvern og sakkyndighet), s. 68.

72 Se Strl. § 20 annet ledd bokstav a i lovutkastet i Prop. 154 L (2016–2017) s. 236.

73 Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 54.

tredje ledd.<sup>74</sup> Her går det frem at det ved utilregnelighetsvurderingen *skal* legges vekt på graden av *svikt i virkelighetsforståelse og funksjonsevne*. I denne vurderingen kreves det ikke bevis for tilstandens innvirkning på den aktuelle handlingen, men det avgjørende vil være «hvorvidt tilstanden på handlingstidspunktet er så alvorlig at den har en innvirkning på forståelsen av omverdenen».<sup>75</sup> I så måte kan også den nye foreslåtte bestemmelsen beskrives som et slags modifisert medisinsk prinsipp. Samtidig går den foreslåtte bestemmelsen betydelig lenger enn forslaget i NOU 2014: 10, ved at psykosevilkåret («psykotisk») og dets klare medisinske referanse forlates, og avgrensingen av utilregnelighet ved psykisk sykdom i stor grad overlates til rettens skjønn.

Jeg (og mange andre) har i andre sammenhenger uttrykt sterk kritikk mot det foreliggende forslaget.<sup>76</sup> Å fjerne psykosevilkåret kan jeg leve godt med. Det store problemet med det nye lovforslaget er etter mitt syn mangelen på et godt alternativ til dette vilkåret. I stedet for å binde utilregnelighetsvurderingen til et nokså konkret vilkår åpner forslaget nå for (altfor) stort rettslig skjønn. Etter det nye forslaget skal retten foreta en *skjønnsmessig helhetsvurdering* av hvorvidt en gjerningsperson var *utilregnelig på grunn av en alvorlig sinnslidelse*, der det skal legges vekt på *graden av svikt i virkelighetsforståelse og funksjonsevne*.<sup>77</sup> Tilliten til rettspsykiatrien er nå åpenbart svekket: Det betones i forarbeidene at spørsmålet om utilregnelighet er et *rettslig*, og ikke medisinsk, spørsmål, som må avgjøres på grunnlag av rettsanvendelse. I stedet for at de sakkynndige skal kunne utøve «domsmyndighet» i den enkelte sak, skal Høyesterett utvikle standarder for hvilke tilstander og hvilken symptombelastning som innebærer utilregnelighet.<sup>78</sup>

Jeg er enig i at det er opplagt en oppgave for domstolene, og ikke for de sakkynndige, å sikre en konsistent rettspraksis gjennom anvendelse og tolkning av utilregnelighetsreglene i konkrete saker. Etter min mening kan imidlertid ikke selve definisjonen av strafferettens utilregnelighetsnorm i for stor grad overlates til domstolene. I stedet bør lovgiver legge klare premisser for hvordan utilregnelighetsregelen skal forstås. At dette er en lovgiveroppgave, følger allerede av grunnleggende

74 Se Strl. § 20 tredje ledd i lovutkastet i Prop. 154 L (2016–2017) s. 236.

75 Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 55.

76 Se Linda Gröning, «Hvordan skal vi avgjøre om alvorlig sinnslidelse innebærer utilregnelighet? Refleksjoner om lovforslaget i Prop. 154 L (2016–2017)», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2017, s. 77–85.

77 Se Strl. § 20 tredje ledd i lovutkastet i Prop. 154 L (2016–2017) s. 236.

78 Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 83.

prinsipper om maktfordeling, likebehandling og vern mot vilkårlig maktbruk,<sup>79</sup> og støttes av effektivitetshensyn. Etter min mening svikter den foreslåtte regelen når det gjelder å gi slike klare premisser for utilregnelighetsvurderingen.<sup>80</sup> De vilkår som regelen inneholder, er på ulike måter problematiske og uklare og åpner for usikkerhet om hvem som kan holdes ansvarlig og ikke, og på hvilket grunnlag.

I utgangspunktet fremstår det som lite heldig å benytte et vilkår om *alvorlig sinnslidelse* som grunnvilkår for utilregnelighet. Akkurat som tilfellet var ved NOU 1974: 17, så er dette vilkåret allerede brukt i psykisk helsevernloven som hovedvilkår for anvendelse av sivilrettslig tvungent psykisk helsevern. Forskjellen er imidlertid at det i 1974 var samsvar mellom vilkårets betydning i de ulike regelverkene, mens det ikke lenger er det i dag. Etter proposisjonen pekes det også på at dette vilkåret nå må gis en noe annen betydning i strafferetten enn i den psykiske helsevernlovgivningen.<sup>81</sup> Risikoen er her at den forvirringen som har vært rundt psykosevilkåret, nå erstattes med en enda større forvirring omkring distinksjonen mellom alvorlig sinnslidelse i strafferetten og i sivilretten. I tillegg er det av hensyn til pasientgruppen uheldig at et vilkår som er assosiert med tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven, nå skal brukes i en strafferettslig kontekst. Lovgiver bør her ikke bare være observant på hvordan språkbruk om psykisk sykdom utvikles i samfunnet, men også på hvordan den utvikles i ulike disipliner innenfor jussen.

Tilleggsvilkåret om «utilregnelig på grunn av» fyller videre åpenbart funksjonen av å skape en fleksibel regel som kan praktiseres etter konkrete rimelighetsbetraktninger. Proposisjonen gir imidlertid ikke noen avklaring av hva utilregnelighet består i. Muligens kan forslaget leses slik at de momenter som skal tillegges vekt i utilregnelighetsvurderingen, om svikt i virkelighetsforståelse og funksjonsevne, er ment å gi en slik avklaring. Hvis utilregnelighet alene skal forstås i forhold til disse momentene, så trengs imidlertid ikke vilkåret om utilregnelighet. Jeg undrer meg særlig over hvorfor vilkåret ikke er konkretisert gjennom mer *rettslige standarder*, når det nå først er tenkt som en garanti for juristenes kontroll over

79 For en beskrivelse av hvordan maktfordelingsprinsippet har blitt utviklet i norsk konstitusjonell rett og blitt koblet til vern mot vilkårlig maktbruk, se Eirik Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, Bergen 2012, s. 53–102.

80 Se de presiseringer som gjøres i Prop. 154 L (2016–2017), blant annet på s. 229–230, som knytter de relevante momentene til en rekke ulike svikter uten å forklare sviktens betydning nærmere.

81 Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 66–67.

utilregnelighetsspørsmålet. Generelt har ikke et slikt vagt uttrykk noe å gjøre i en regel om straffansvar.

Proposisjonen inneholder heller ikke noen tilfredsstillende forklaring på hvordan sviktende virkelighetsforståelse og funksjonssvikt skal forstås og knyttes til ulike psykiske lidelser eller symptomer. Samtidig er det etter departementets syn retten som på «etisk og normativt grunnlag» selvstendig skal konkludere i utilregnelighetsspørsmålet, og de sakkyndige skal ikke lenger konkludere med hensyn til lovens vilkår.<sup>82</sup> Etter departementets forslag bør det avgjørende være om det i betraktning av sinnslidelsens karakter og styrke fremstår som rettferdig å holde lovbrysteren strafferettslig ansvarlig for lovbruddet.<sup>83</sup> En slik konstruksjon forutsetter at *dommeren* har tilstrekkelig kunnskap om psykiske avvikstilstander til å gi de rettslige vilkårene et adekvat innhold. Jeg er i tvil om dommeren vil ha det grunnlaget. I lys av manglende rettslig veiledning tror jeg at utilregnelighetsnormen likevel vil måtte konkretiseres gjennom de sakkyndiges bidrag til rettsanvendelsen, slik at retten fortsatt vil være sterkt avhengig av de sakkyndige. Jeg er redd for at det også vil ha uheldige konsekvenser hva gjelder en konsekvent og effektiv håndtering av strafferettslige utilregnelighetssaker.

### 3.6 *Hvor har vi kommet, og hvor skal vi gå?*

Hva har da skjedd med utilregnelighetsreglene i løpet av disse årene? Diskusjonene om reglens utforming har kontinuerlig vært til stede, men har ennå ikke resultert i de store endringene i utilregnelighetsregelen. Noen ord har gått ur tiden, og andre har kommet til. Kampen om å innføre en fakultativ regel ser ut til å være tapt, noe som indikerer en utvikling mot en strengere avgrensning av utilregnelighet ved psykisk sykdom. De ulike forslag som har blitt lagt frem i de årene fakultetet har eksistert, illustrerer også hvordan ulike målsettinger om treffsikkerhet, anvendelighet og forsvarlighet kan stå i et spenningsforhold til hverandre. Gjennomgående har utviklingen så langt lagt vekt på absolutte vilkår for hvilke sykdomstilstander som skal innebære utilregnelighet, til tross for at de kan bli firkantete og tape i treffsikkerhet. I stor grad kan utviklingen av reglene også leses som et uttrykk for en vektlegging av praktiske hensyn, kombinert med et vern om forutberegnelighet i strafferettspleien. Opp gjennom årene har rettspsykiatrien også inntatt en sentral

<sup>82</sup> Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 82–83.

<sup>83</sup> Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 69.



rolle i avgjørelsen av tilregnelighetsspørsmålet, og de ulike lovforslagene har gitt uttrykk for en viss grad av tillit til den rollen.

Hvis jeg skal peke på en stor endring i løpet av årene som fakultetet har eksistert, må det være endringen i tilliten til rettspsykiatrien. De seneste lovforslagene i NOU 2014: 10 og Prop. 154 L (2016–2017) gir, i kontrast til forslagene fra 1974 og 1990, uttrykk for et sterkt ønske om å gi dommeren mer makt (og ansvar?) ved avgjørelsen av utilregnelighetsspørsmålet. Begge disse forslagene kan forstås i lys av de brister i samhandlingen mellom juss og psykiatri som 22. juli-saken illustrerte. Mer generelt kan de forstås som et uttrykk for jussens erkjennelse av – og kanskje skuffelse over – at psykiatrien ikke kan levere tilstrekkelig presise svar om psykisk sykdom og den rettslige betydningen av den. NOU 2014: 10 løser problemet med et klarere skille mellom juss og psykiatri, innenfor en noe modifisert medisinsk modell. Prop. 154 L (2016–2017) går mer radikalt til verks. Hvis forslaget i proposisjonen vedtas, vil det innebære en ny kurs for utilregnelighetsreglene i Norge, bort fra idealene om forutberegnelighet og klarhet, til fordel for et stort rom for rettslig (og psykiatrisk?) skjønn. Det kan spekuleres over om det i tilfelle vil åpne for at strafferetten går i en mer repressiv retning når det gjelder psykisk syke lovbrøyttere.

Hvilken regelendring – om noen – som kommer ut av de seneste forslagene, er imidlertid i skrivende stund uvisst. Det er sannsynlig at vilkåret «psykotisk» blir fjernet og erstattet med et annet og mer rettslig formulert vilkår, selv om psykosetilstanden og realitetsbristen fortsatt vil være den sentrale tilstanden. Jeg tror også at den medisinske modell vil bli modifisert. I beste fall skjer det ved at de relevante tilstandene ikke defineres gjennom medisinske begreper, og at utilregneligheten frigjøres fra de psykiatriske diagnosene. I verste fall skjer det gjennom at det skapes en regel som ikke kan garantere grunnleggende hensyn til forutberegnelighet. Trolig vil også de sakkyndiges rolle innskrenkes til kun å omfatte en strikt medisinskfaglig vurdering.

Det aller beste hadde vært at det kom en regel som fanger utilregnelighetens vesen i klare og presise allmennspråklige vilkår, som kan legges til grunn for en fungerende og forutberegnelig rettsanvendelse. Jeg håper med andre ord på en adekvat *rettslig* presisering av de tilstander som skal tilsi utilregnelighet. Det er imidlertid mye å håpe på. Det er, som det så treffende sies i Prop. 154 L (2016–2017), «utfordrende å utforme regler om utilregnelighet som skal være både vitenskapelig

oppdatert, praktisk anvendelige for rettens aktører og forsvarlige sett hen til krav til likebehandling og tiltaltes rettssikkerhet». <sup>84</sup>

En særlig utfordring ligger i at utilregnelighet involverer ikke bare rettslige premisser om forutberegnelighet, likebehandling og funksjonalitet, men også filosofiske og empiriske premisser. Reglene må kunne begrunnes i relasjon til filosofiske premisser om straffansvar og utilregnelighet, som da også må klarlegges tilstrekkelig. Reglene må dessuten kunne forsvares i relasjon til de empiriske premisser om psykisk sykdom som reglene bygger på eller involverer, slik som at den som er psykotisk, mangler evnen til å reagere adekvat på vanlige inntrykk. Generelt er det et uavklart spørsmål hvordan psykosetilstanden, som den sentrale tilstanden for utilregnelighet på tvers av land, skal forstås og operasjonaliseres i rettslige vilkår.

Denne kompleksiteten i utilregneligheten, og særlig koblingen til psykiatrien, kan forklare den høye endringsfrekvensen av reglene i forhold til regler som angår andre deler av ansvarslæren, slik som eksempelvis forsett. Denne kompleksiteten gjør til sist også at gode regler må være forankret i oppdatert rettsvitenskapelig og tverrfaglig kunnskap. Den erkjennelsen gjør at vi til sist må erkjenne lovgivningens begrensninger her og nå, og heller vende blikket mot oss selv og fakultetets rolle som kunnskapsleverandør for utviklingen av kontinuerlig bedre regler.

#### 4 Tanker og forhåpninger om fakultetet som kunnskapsleverandør

Utviklingen av gode utilregnelighetsregler er således til sist avhengig av at lovgiver til enhver tid kan bygge på relevant og eksisterende kunnskap. Den kunnskap som trengs, er det i stor grad rettsvitenskapen som må levere, fordi tilregnelighet og utilregnelighet er sosiale konstruksjoner som fyller rettslige formål. Utilregnelighetsreglenes kobling til rettsvitenskapen har, som vi har sett, vært tydelig gjennom de lovendringsprosesser som har blitt drøftet, selv om NOU 1990: 5 til en viss grad kan sies å ha reflektert en forskyvning fra juristene til legene. De senere år har det vært et sterkere fokus på det strafferettslige forskningsmiljøet i Bergen som kunnskapskilde i lovgivningsprosesser, noe som også reflekteres i NOU 2014: 10. På fakultetet har vi i dag tverrfaglig orientert forskning på feltet, og underviser

<sup>84</sup> Se Prop. 154 L (2016–2017) s. 53.

om utilregnelighet på strafferettskurset, gjennom masterveiledning og på c-kurs for rettspsykiatri.

Samtidig er rettsvitenskapen etter mitt syn fortsatt underutviklet på dette feltet, og det gjelder også i miljøet i Bergen. Den medisinske modellen ser i Norge også ut til å ha ført med seg en medikalisering av den akademiske diskusjonen om utilregnelighetsspørsmålet. Her er det illustrerende at utilregnelighetsreglene de seneste fem årene har blitt mer diskutert i Tidsskrift for Den norske legeforening og Tidsskrift for Norsk Psykologforening enn i norske strafferettsvitenskapelige tidsskrifter.<sup>85</sup> Det kan i denne sammenhengen også nevnes at jeg i 2018 ble invitert til debatt i Legeforeningens hus om temaet «Psykotisk i juridisk forstand, hva innebærer det egentlig?», hvor panelet for øvrig bestod av en jurist fra påtalemyndigheten og tre leger.<sup>86</sup>

Det er selvsagt en bra sak at utilregnelighetsreglene drøftes innenfor det psykiatriske fagmiljøet. Rettsvitenskapen må imidlertid etter min mening komme mer på banen, med premissene for hvordan og hvorfor strafferettslig utilregnelighet kobles til psykisk sykdom. Utilregnelighetsreglenes moderne historie kan fra et slikt forskningsperspektiv leses som en oppfordring til rettsvitenskapen om å fylle det kunnskapsbehov som psykiaterne ikke kunne fylle (alene) i forbindelse med en *rettslig konkretisering av utilregneligheten*.

Jeg mener at vi bør ta den utfordringen på alvor, ikke minst fordi det handler om et av strafferettens og samfunnets mest fundamentale spørsmål. Etersom utilregneligheten befinner seg i grensesnittet mellom juss, filosofi og medisin, må rettsvitenskapen da også orientere seg mer mot disse disiplinene. For å kunne utvikle en klarere rettslig forståelse må den rettsvitenskapelige forskningen ikke bare undersøke utilregnelighetens rettslige og sosiale betydning. Den må også undersøke hvordan denne rettslige betydningen eventuelt kan utvikles, i lys av filosofiske premisser og særlig medisinsk kunnskap. Viktigst av alt så må rettsvitenskapen bringe denne kunnskapen inn i en rettslig forklaring av utilregnelighet og betydningen av psykisk sykdom.

En slik tverrfaglig samhandling i forskningen er av betydning, ikke bare for utilregnelighetsspørsmålet, men for alle de regler som knytter rettslige konsekvenser

85 Se imidlertid Gert Johan Kjelby, «En rettspolitisk vurdering av straffansvaret for alvorlig sinnslidende i norsk rett», *Tidsskrift for strafferett* 2014, s. 262–282, og Johan Boucht, «Om strafferettslig tilregnelighet i norsk rett – med noen synspunkter fra et nordisk perspektiv», *Lov og Rett* 2012, s. 515–532, for viktige bidrag fra andre forfattere som er, eller da var, virksomme ved fakultetet.

86 Faglig møte arrangert av utvalg for rettspsykiatri, Norsk psykiatrisk forening 22. november 2018.

til (en forståelse av) psykisk sykdom. Realiseringen av et slikt samarbeid krever også mange forskere fra de ulike disiplinene som kan arbeide sammen. I denne erkjennelsen ligger også min forhåpning om et tverrfaglig forskningssentrum på Det juridiske fakultet i Bergen, der juss, medisin og filosofi kan bringes sammen og produsere den kunnskap som rettsutviklingen trenger. Kanskje kan Det juridiske fakultet i Bergen da fungere som en tverrfaglig kunnskapsleverandør for det utvalg som skal revidere reglene i 2030.

# Forbrukervernets utvikling i norsk kontraktsrett<sup>1</sup>

Professor Hilde Hauge

## 1 Introduksjon

Da det juridiske fakultet i Bergen ble etablert i 1969, forelå bare spiren til det vi kan kalle et kontraktsrettslig forbrukervern, mens det i dag er en viktig del av de kontraktsrettslige fagene på masterstudiet i rettsvitenskap.<sup>2</sup> Utviklingen av det kontraktsrettslige forbrukervernet kan sies å ha skjedd langs to hovedakser: Langs den første aksen finner vi forbrukerlovgivning initiert av den norske lovgiver, dels i et nordisk samarbeid eller med utblikk til rettsreglene i de andre nordiske landene.<sup>3</sup> Langs den andre aksen finner vi forbrukerlovgivning i hovedsak initiert av EU-lovgivning som den norske lovgiver har vært forpliktet til å gjennomføre i kraft av EØS-avtalen som Norge undertegnet i 1992, og som trådte i kraft i 1994.<sup>4</sup>

En av de mest sentrale forbrukerkontraktslovene, forbrukerkjøpsloven fra 2002 (forbrkj.), kan beskrives langs begge aksene: Da Forbrukerkjøputvalget avga sin innstilling i 1993, var det basert på et rent nasjonalt lovgiverinitiativ. På den tiden forelå det ikke EU-lovgivning med direkte betydning for forbrukerkjøpsretten, og utvalget la til grunn at det ikke var «grunn til å forvente at det i overskuelig

---

1 Takk til professor Johan Giertsen for nyttige innspill til artikkelen, både ved gjennomlesning og kommentering, men også ved jevnlig oppdateringer om rettsutviklingen på EU-forbrukerrettens område.

2 Forbrukervern, og de første forbrukerrettslige reguleringene, er omtalt av Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1974, punkt 4.2. I gjeldende læringskrav i kontraktsrettsfaget fremgår det bl.a. at studentene etter å ha fullført kurset skal mestre «tolkning og anvendelse av preseptoriske lovregler, med særlig vekt på spørsmål der lovteksten må ses i sammenheng med lovens eventuelle internasjonale forankring, lovtekstens forarbeider og lovformål samt domspraksis».

3 Se bl.a. Ot.prp. nr. 25 (1973–74) Om lov om endringer i kjøpsloven 24. mai 1907 nr. 2, særlig med sikte på forbrukervern, s. 4–5, NOU 1979: 42 Forbrukertjenester, s. 10, og NOU 1993: 27 Forbrukerkjøpslov, s. 21–24.

4 Se EØS-avtalen artikkel 72, jf. vedlegg XIX.

fremtid vil komme EF-regelverk på dette området». <sup>5</sup> Etter at innstillingen var avgitt, ble det videre arbeid stilt i bero da EU hadde påbegynt arbeidet med et felleseuropeisk forbrukerkjøpsdirektiv. <sup>6</sup> Ved departementets behandling ble forbrukerkjøpsdirektivet implementert i lovforslaget. <sup>7</sup>

Etter en kort presentasjon av konseptet forbrukervern i neste punkt skal jeg i det videre gi en oversikt over utviklingen langs de to aksene. Avslutningsvis skal jeg knytte noen merknader til hvilken betydning utviklingen kan ha for lovgiver, rettsanvender og rettsvitenskap. Det tas i første rekke sikte på å redegjøre for den rettslige utviklingen, men den rettslige utviklingen står i nær sammenheng med den faktiske utviklingen, der forbruksmønstrene endres over tid, blant annet som følge av digitalisering og økt handel over landegrensene. <sup>8</sup>

## 2 Forbrukervern – et samspill mellom ulike rettslige virkemidler

*Avtalefriheten* er det grunnleggende utgangspunktet også for forbrukerkontraktene. Fremveksten av det rettslige forbrukervernet bygger imidlertid på en anerkjennelse av den forhandlingsulikevekt som typisk foreligger mellom en næringsdrivende og en forbruker. <sup>9</sup> Med *kontraktsrettslig forbrukervern* menes her regler som tar sikte på å kompensere for forhandlingsulikevekt mellom en næringsdrivende og en forbruker, og som kan ha direkte betydning for den enkelte forbrukers rettsstilling i et kontraktsforhold. Kontraktsrettslig forbrukervern kan ses som en del av den større kategorien rettslig forbrukervern, dvs. regler som helt eller delvis har som formål å verne den enkelte forbruker eller forbrukerkollektivets interesser mer generelt, herunder som aktør eller potensiell aktør på markedet.

Den rettslige reguleringen av forbrukerens rettsstilling som kontraktspart eller potensiell kontraktspart kan skje på ulike måter. Det kan for det første være tale

<sup>5</sup> NOU 1993: 27 s. 24.

<sup>6</sup> Se Ot, prp. nr. 44 (2001–2002) s. 18.

<sup>7</sup> I ettertid er det gjort endringer i lovens § 23 om heving ved forsinkelse og enkelte endringer vedrørende leveringstid og risikoens overgang, jf. lovens §§ 6 og 14. Endringene tok sikte på å implementere forbrukerrettighetsdirektivet (2011/83 EU) artikkel 18 nr. 2.

<sup>8</sup> I den forbindelse skal det nevnes at det våren 2019 ble vedtatt et nytt forbrukerkjøpsdirektiv (2019/771 EU) og et direktiv om visse aspekter av avtaler om levering av digitalt innhold og digitale tjenester (2019/770 EU).

<sup>9</sup> Om forhandlingsulikevekt mer generelt, se Hilde Hauge, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Oslo 2009, s. 47–51.

om reguleringer som tar sikte på å sikre forbrukeren reell avtalefrihet. Et sentralt virkemiddel er regler som pålegger den næringsdrivende *informasjonsplikter*, slik at forbrukeren har grunnlag for å treffe en informert avgjørelse av om hun ønsker å inngå den aktuelle avtalen. Den mest generelle lovbestemmelsen om informasjonsplikt finnes i avtaleloven § 38 bokstav b, som kom til ved implementering av forbrukerrettighetsdirektivet.<sup>10</sup> Bestemmelsen er imidlertid ikke belagt med lovfestede privatrettslige sanksjoner. Fra den tradisjonelle nasjonale kontraktslovgivningen er vi også kjent med informasjonsplikter, jf. bl.a. avhendingslova § 3-7. Også denne typen opplysningsplikt kan grunnleggende sett ses som et virkemiddel for å sikre den reelle avtalefriheten.

*Angrerett* er særlig aktuelt i tilfeller der avtalesituasjonen medfører at forbrukeren ikke har hatt tilstrekkelig mulighet for å områ seg, eller ikke har hatt mulighet til å inspisere kontraktsgjenstanden.<sup>11</sup> Forbrukerens rett til i slike tilfeller på nærmere vilkår å tre tilbake fra avtalen kan bidra til å sikre den reelle avtalefriheten.

For det andre kan det være tale om regler som ikke primært tar sikte på å redusere forhandlingsulikevekten i avtalesituasjonen, men som tar sikte på *materiell gjenoppretting av avtalebalansen*. Det viktigste virkemidlet i denne sammenheng er å gi regler om kontraktens innhold som ikke kan fravikes til skade for forbrukeren, såkalt preseptorisk lovgivning. Forbrukeren vil da uavhengig av hva som er avtalt, kunne gjøre gjeldende de rettigheter som følger av loven.<sup>12</sup>

Store deler av forbrukerkontraktslovgivningen er kontraktsspesifikk, men en prinsipielt viktig bestemmelse av betydning for forbrukervernet er *generalklausulen* om urimelige avtalevilkår i avtaleloven § 36.<sup>13</sup> Bestemmelsen er ikke avgrenset til forbrukerkontrakter, men forbrukervern var en sentral begrunnelse for bestemmelsens tilblivelse. For ikke individuelt forhandlede vilkår i forbrukerkontrakter skal bestemmelsen suppleres med avtaleloven § 37.<sup>14</sup> Særskilt for disse bestemmelsene

10 EU/Dir. 2011/83.

11 Se lov 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) og lov 25. mai 2012 nr. 27 om avtaler om deltidsbruksrett og langtidsferieprodukter mv. kapittel 5.

12 Om preseptorisk lovgivning, se nærmere bl.a. Trygve Bergsåker, «Preseptorisk lovgivning, særlig som ledd i forbrukerbeskyttelse», i Erling Hjelmeng (red.), *Ugyldighet i privatretten: Minnebok for Viggo Hagstrøm*, Oslo 2016, s. 79–95.

13 Bestemmelsen i sin nåværende form ble vedtatt ved lov 4. mars 1983 nr. 4.

14 Avtaleloven § 37 ble i sin nåværende form vedtatt ved lov 6. januar 1995 nr. 1, og tok sikte på å gjennomføre forbrukeravtaledirektivet (1993/13 EF) i norsk rett. I Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen) ble det lagt til grunn at direktivet «må ses som uttrykk for et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern» (avsn. 61).



er at de gir rettsanvender en hjemmel for *konkret rimelighetssensur* av en avtale eller et avtalevilkår. For de spesifikt regulerte kontraktstypene har bestemmelsene i praksis nokså begrenset betydning. For kontraktstyper som ikke er særskilt lovregulert, vil avtaleloven § 36, jf. § 37, være et aktuelt rettsgrunnlag for å sikre et tilstrekkelig nivå av forbrukerbeskyttelse på ulovfestet område, noe jeg kort skal komme tilbake til avslutningsvis.

Et effektivt kontraktsrettslig forbrukervern har som forutsetning at forbrukeren har en *reell mulighet for å håndheve sine rettigheter* («access to justice»). Det vil her være tale om ulike former for prosessuelle virkemidler. Reglene i tvisteloven om småkravprosess (kap. 10), gruppesøksmål (kap. 35) og bruk av partshjelper (§ 15-7) er av reell betydning for effektiv håndhevelse.<sup>15</sup> Rettens alminnelige veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5, sammenholdt med en EØS-rettslig basert plikt til å håndheve i alle fall den EU-initierte forbrukerlovgivningen *ex officio*, er også av betydning for et effektivt forbrukervern.<sup>16</sup> På forbrukerrettens område er det også på flere områder opprettet utenomrettslige klagenemnder.<sup>17</sup> I en viss særstilling står Forbrukerklageutvalget, som behandler saker etter forbrukerkjøpsloven, kjøpsloven, håndverkertjenesteloven og angrerettloven.<sup>18</sup> Det daværende Forbrukertvistutvalget ble opprettet ved lov 28. april 1978 nr. 18 om behandling av forbrukertvister.<sup>19</sup> Loven ble erstattet av lov 17. juli 2017 om Forbrukerklageutvalget, som tok sikte på å gjennomføre direktiv 2013/11 EU om alternativ tvisteløsning i forbrukersaker. Vedtak fra Forbrukerklageutvalget som ikke blir brakt inn for

15 I flere av forbrukertvistene som har vært behandlet av Høyesterett, har forbrukeren hatt partshjelper, jf. bl.a. Rt. 1998 s. 774 (Forbrukerrådet), Rt. 2000 s. 169 (Forbrukerrådet), Rt. 2013 s. 865 (Norges Automobil-Forbund) og HR-2018-648-A (Norges Automobil-Forbund). Gruppesøksmål i forbrukersaker synes fremdeles lite utbredt, men søksmålet anlagt av Forbrukerrådet på vegne av andelseiere i fond forvaltet av DNB Asset Management AS er et eksempel, jf. LB-2018-43087.

16 Om plikten til håndhevelse *ex officio*, se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg i Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law*, Cambridge 2019, s. 161–181.

17 Se for en oversikt Prop. 32 L (2015–2016) s. 8. Se også punkt 4.2.

18 Se lovens § 1 første ledd. I § 1 tredje ledd gis hjemmel for behandling av klagesaker av prinsipiell karakter som faller utenfor lovens anvendelsesområde.

Forbrukerklageutvalget kan også behandle klagesaker av prinsipiell karakter mellom en forbruker og en næringsdrivende etter lov 17. juni 2016 nr. 29 om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker § 23 første ledd bokstavene b og c. Ved vurderingen av om en klagesak er prinsipiell, skal det tas hensyn til om den reiser spørsmål som gjelder mange forbrukere, eller spørsmål der det er særlig behov for rettslig avklaring.

19 Professor Kai Krüger var leder for utvalget fra 1978 til 1982.

tingretten, får virkning som rettskraftig dom, jf. forbrukerklageloven § 7 femte ledd.<sup>20</sup>

Regler som beskytter den enkelte forbruker som kontraktspart, må håndheves av den enkelte forbruker overfor den næringsdrivende. Til det rettslige forbrukervernet hører imidlertid også *offentligrettslig håndhevelse av forbrukerkollektivets interesser*. Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) inneholder bestemmelser om kontroll av avtalevilkår i forbrukerforhold (kap. 2 og kap. 5). Bestemmelsene håndheves av Forbrukertilsynet og Markedsrådet (kap. 7), som på nærmere vilkår kan ilegge sanksjoner i form av forbud, påbud, tvangsmulkt og overtredelsesgebyr.

### 3 Første akse: Forbrukerkontraktslovgivning initiert av den norske lovgiver

Da kjøpsloven 1907 og avtaleloven 1918 ble vedtatt, var lovgivers interesse i liten grad rettet mot de dagligdagse avtaler, som økonomisk sett var av mindre betydning. Massekonsum av kostbare forbruksvarer er i første rekke et etterkrigsfenomen. Det rettslige konseptet «forbruker» var en ukjent størrelse i 1918. Selv om avtaleloven på mange måter var særskilt tilpasset avtaler mellom næringsdrivende, inneholdt den likevel allerede fra sin vedtakelse i 1918 bestemmelser om ugyldighet som kunne gi vern til den svake parten i et avtaleforhold. Allerede fra begynnelsen av det tjuende århundre fikk man dessuten lover som gjaldt kontraktsparter som hadde en bestemt status, slik som lov om kjøp på avbetaling 21. juli 1916 nr. 9, lov om forsikringsavtaler 6. juni 1930 nr. 20, lov om arbeidervern 19. juni 1936 nr. 8 og lov om husleie 16. juni 1939 nr. 6.<sup>21</sup>

Angrerettloven fra 1972 var den første rent kontraktsrettslige forbrukerloven, i den forstand at rettighetene etter loven var knyttet til statusen forbruker.<sup>22</sup> I sin opprinnelige form gjaldt loven bare for kjøp der avtalen var inngått utenfor selgers

20 Lov 17. juni 2016 nr. 29 om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker ble også vedtatt med sikte på gjennomføring av nevnte direktiv.

21 Se nærmere, Kåre Lilleholt, «Grenser for kontraktsfridommen», i Mads Bryde Andersen, Johan Bär-lund, Boel Flodgren, Johan Giertsen (red.), *Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid*, København 2015, s. 259–278, på s. 260–265.

22 Lov om merking av forbrukervarer 24. mai 1968 påla forhandlere visse opplysningsplikter, men var ikke gitt noen kontraktsrettslig sanksjonering.

faste utsalgssted, og selger ikke allerede hadde gjort opp kontant.<sup>23</sup> På samme tid ble markedsføringsloven 1972, som gav grunnlag for offentligrettslig kontroll med urimelige avtalevilkår overfor forbrukere, vedtatt. Den første kjøpsrettslige reguleringen som innebar et særskilt forbrukervern, kom til i 1974 ved endring av den da gjeldende kjøpsloven fra 1907.<sup>24</sup> Forbrukeren ble gitt preseptoriske rettigheter ved forsinket eller mangelfull levering; det ble innført en generalklausul som gav domstolen adgang til å sensurere urimelige avtalevilkår og kutymmer; produsent og selger ble gjort solidarisk ansvarlige ved mangler; den absolutte reklamasjonsfristen ble utvidet fra ett til to år; og det ble gitt særskilte regler om villedende opplysninger som grunnlag for mangelskrav. Rettsvirkningen av «som den er»-forbehold ble også særskilt regulert, i samsvar med den løsning som i dag følger av kjøpsloven 1988 § 19.

Preseptorisk regulering av forbrukerkjøpene ble videreført ved kjøpsloven 1988 (kjl.), til forbrukerkjøpsloven ble vedtatt i 2002. Ved den nå opphevede kredittkjøpsloven 1985 fikk man preseptoriske regler for avtaler om forbrukerkreditt, som dels var en videreføring av avbetalingsloven 1916.<sup>25</sup> Loven var ikke en ren forbrukerlov, men forbruker var gjennom loven gitt et særskilt vern. Håndverker-tjenesteloven (hvtjl.) ble vedtatt i 1989. Utvalget som forberedte loven, var gitt et vidt mandat med tanke på hvilke tjenesteavtaler som kunne omfattes av lovforslaget.<sup>26</sup> Lovforslaget ble begrenset til å gjelde håndverkertjenester; utvalget så for seg at de i sitt videre arbeid også skulle ta opp andre tjenestetypene, men utvalgets arbeid ble etter dette ikke videreført.<sup>27</sup> Avhendingslova (avhl.) ble vedtatt i 1992. Loven er ingen ren forbrukerlov, men en del av lovens bestemmelser er gjort preseptoriske ved forbrukerkjøp.<sup>28</sup> Den så langt siste rene forbrukerloven som utelukkende er basert på den nasjonale lovgivers initiativ, er bustadoppføringslova fra 1997

23 Loven ble erstattet av lov 21. desember 2000 nr. 105 om opplysningsplikt og angrerett mv. ved fjernsalg og salg utenfor fast utsalgssted, og deretter angrerettloven 2014, som implementerte forbrukerrettighetsdirektivet (EU/Dir. 2011/83).

24 Se Ot.prp. nr. 25 (1973–1974) Om lov om endringer i kjøpsloven 24. mai 1907 nr. 2, særlig med sikte på forbrukervern, s. 3, for en oversikt over endringene.

25 Lov 21. juni 1985 nr. 82 om kredittkjøp m.m. Det kan også vises til forsinkelsesrenteloven 17. desember 1976 nr. 100 § 4 og panteloven 8. februar 1980 nr. 2 § 3-17 (1) som eksempler på bestemmelser som gir et særskilt forbrukervern.

26 NOU 1979: 42 s. 7–8.

27 NOU 1979: 42 s. 9.

28 Se avhendingslova § 1-2. Lovens forbrukerkjøpsbegrep omfatter i motsetning til annen forbrukerkontraktsgivning også kjøp og salg mellom to forbrukere, jf. § 1-2 tredje ledd. Loven er fullt ut preseptorisk ved kjøp av nyoppført eierbolig fra næringsdrivende, jf. § 1-2 andre ledd, mens den er delvis preseptorisk ved kjøp og salg mellom to forbrukere.

(buofl.). I tillegg skal nevnes finansavtaleloven fra 1999, som ved sin vedtakelse i all hovedsak var en rent nasjonalt initiert lov.<sup>29</sup> Loven er ikke en ren forbrukerkontrakslov, men behovet for forbrukerbeskyttelse stod sentralt ved lovens tilblivelse.<sup>30</sup> Husleieloven 1999 er heller ikke en forbrukerlov i snever forstand, men gir preseptorisk vern ved leie av bolig, jf. lovens § 1-2.

Et grunnleggende hensyn bak reguleringene er *faren for misbruk av avtalefriheten* ved at den næringsdrivende utnytter sin forhandlingsstyrke til å introdusere vilkår som fremstår som urimelige.<sup>31</sup> I forarbeidene til de ulike lovene fremkommer det likevel et relativt nyansert syn på behovet for særskilt forbrukerbeskyttelse. Et uttrykk for lovgivers syn finnes for eksempel i lovforarbeidene til håndverkertjenesteloven. Det sakkyndige utvalget pekte blant annet på at lovreglene for å bli praktisk brukbare måtte gi anvisning på løsninger som både forbruker og oppdragstaker i de fleste tilfeller kan godta og finne rimelige, og la til grunn at selv i forbrukerforhold vil håndverkeren etter omstendighetene kunne fremstå som den svakere part.<sup>32</sup> En lignende interesseavveining kommer til uttrykk i forarbeidene til finansavtaleloven, der det fremheves at man ved utforming av reglene ikke har lagt ensidig vekt på hensynet til forbrukerne, men også at reglene ikke skal være til hinder for at institusjonene kan drive effektivt og med sunn økonomi.<sup>33</sup>

Ved forberedelsen av de ulike lovene ble behovet for *klare og forutberegnelige regler* som forutsetning for effektivt forbrukervern fremhevet.<sup>34</sup> Generelle synspunkter i forarbeidene til bustadoppføringslova om behov for klarhet og forutberegnelighet ble i HR-2016-761-A (Reitandommen) brukt som ledd i argumentasjonen, som i relasjon til bustadoppføringslova § 41 om prisoverslag ledet frem til «et alminnelig synspunkt om at en prisopplysning bare er å anse som ikke bindende i tilfeller hvor forbrukeren ikke med rimelighet kan basere forventninger om hva et arbeid vil koste på opplysningen».<sup>35</sup> Ved forberedelsen av forbrukerlovene har lovgiver også fremholdt egenverdien av *kodifisering av ulovfestede regler*.<sup>36</sup> I tillegg til det materielle vernet er lovgivningen dermed også tenkt å ha en pedagogisk

29 Sml. NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag, delutredning nr. 1, s. 44–45.

30 Se bl.a. NOU 1994: 19 s. 31–36.

31 Se f.eks. NOU 1993: 27 Forbrukerkjøpslov, s. 16.

32 NOU 1979: 42 s. 13.

33 NOU 1994: 19 s. 11.

34 Se bl.a. NOU 1992: 9 s. 12 og NOU 1994: 19 s. 11.

35 Se avsn. 61. I et jubileumsskrift for fakultetet hører det med å nevne at professor Rune Sæbø, som konstituert høyesterettsdommer, var førstvoterende i saken.

36 Se f.eks. NOU 1979: 42 s. 12.

funksjon, ved at klare og forutberegnelige, lovfestede regler kan bidra til at forbrukerne kan håndheve sine rettigheter uten juridisk bistand.

Ved utformingen av håndverkertjenesteloven, avhendingslova, bustadoppføringslova, husleieloven og dels forbrukerkjøpsloven *dannet kjøpsloven et mønster* både for lovens oppbygging og dels for den materielle utformingen av de enkelte lovbestemmelser.<sup>37</sup> Kjøpsloven er igjen utformet med FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp 11. april 1980 (CISG) som grunnmønster, slik at CISG indirekte også kan påvirke forståelsen av forbrukerkontrakslovgivningen.<sup>38</sup> Kontrollansvaret, som har sitt opphav i CISG, gjenfinnes for eksempel i samtlige av de nevnte lovene, men gjelder ikke for mangler etter forbrukerkjøpsloven.

Ved at kjøpsloven danner et grunnmønster for flere ulike lover, vil forbrukerlov­givningen ha nære forbindelser til den alminnelige kontraksretten. Siden lovene i stor grad er bygget rundt samme lest, åpner det for *systembasert argumentasjon* når rettsanvender skal ta stilling til ulike tolkningsspørsmål, og ulike rettskilder vil etter omstendighetene kunne ha relevans på tvers av de ulike lovene.<sup>39</sup> To nyere høyesterettsavgjørelser er illustrerende. I den allerede nevnte avgjørelsen fra HR-2016-761-A (Reitandommen) ble det uttrykkelig lagt til grunn at siden den omtvistede bestemmelsen i bustadoppføringslova hadde sitt mønster i håndverkertjenesteloven, ville uttalelser i håndverkertjenestelovens forarbeider også ha betydning for den tilsvarende bestemmelsen i bustadoppføringslova (avsn. 47). Et eksempel på systembasert argumentasjon er også HR-2018-392-A (dissens 3–2) som gjaldt spørsmålet om det etter bustadoppføringslova var grunnlag for å fastsette prisavslag med utgangspunkt i mangelens betydning for byggherren («subjektivt prisavslag»). Til tross for manglende holdepunkter i ordlyd og lovforarbeider fant førstvoterende grunnlag for å fastsette slikt prisavslag. Etter å ha drøftet forholdet til håndverkertjenesteloven og forbrukerkjøpsloven, som begge åpner for såkalt subjektivt prisavslag, kom førstvoterende, som representerte flertallet, under atskillig tvil frem til at det avgjørende var at «verken lovens ordlyd eller forarbeider utelukker den løsningen som jeg finner rimelig og som best

37 Se Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011, s. 48–49.

38 Se Arnulf Tverberg, *Forbrukerkjøpsloven med kommentarer*, Oslo 2008, s. 38, med videre henvisninger.

39 Enkelte ganger fremgår dette allerede ved at det i lovforarbeidene til den enkelte lov vises til forarbeider til annen lov.

ivaretar lovens formål om å styrke forbrukerens stilling på et viktig rettsområde samt *hensynet til en fornuftig sammenheng i regelverket*» (avsn. 52, min uth.).<sup>40</sup>

Oppsummeringsvis kan det sies at den nasjonalt initierte forbrukerlovgivningen fremstår som et påbygg til den alminnelige kontraktsretten. Forbrukeren sikres et materielt minstevern samtidig som lovgivers intensjon har vært at kodifiserte, klare og forutberegnelige bestemmelser skal bidra til effektivt forbrukervern. Selv om lovgiver ikke nødvendigvis har lyktes like godt i alle henseender, legger lovgivningen et fundament for en koherent forbrukerlovgivning.

## 4 Andre akse: Forbrukerlovgivning initiert av EU

### 4.1 EUs forbrukerlovgivning

Forbrukerpolitikk har vært på EUs agenda siden 1970-årene.<sup>41</sup> Et grunnleggende formål med EUs forbrukerpolitikk er å styrke det indre marked ved at forbrukere innen EU er sikret et sterkt vern gjennom EU-lovgivningen. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 169 (1) fastsetter at Unionen skal bidra til å sikre forbrukerens interesser, herunder deres økonomiske interesser.<sup>42</sup> I traktaten artikkel 114 fremholdes det at forbrukeren skal gis et sterkt vern («bygge på et høyt beskyttelsesnivå»)<sup>43</sup> Hjemmel for EU-lovgivning på forbrukerrettens område er artikkel 114 (1) som knytter seg til det indre marked. Artikkelen gir dermed ikke en generell kompetanse til forbrukerrettslig regulering.<sup>44</sup> Selv om

40 Se mer generelt, Erik Monsen, «Hensynet til sammenheng i regelverket på kontraktslovgivningens område», i *Jussens Venner* 2018, s. 227–249. Fra rettspraksis, se også Rt. 2010 s. 1104 og Rt. 2010 s. 1112 om bestemmelsen om avbestillingsgebyr i bustadoppføringslova § 54, der Høyesterett så hen til den tilsvarende regulering i håndverkertjenesteloven og reguleringen i forbrukerkjøpsloven. Se også Rt. 2013 s. 865 (Rusten Mercedes), hvor Høyesterett la vekt på forarbeidsuttalelser til håndverkertjenesteloven ved tolkingen av forbrukerkjøpsloven. Se på den annen side HR-2016-219-A, hvor Høyesterett la til grunn at bestemmelsen om hevingsoppgjør i håndverkertjenesteloven § 16 (2) ikke kunne anses som uttrykk for noe alminnelig prinsipp som fikk betydning for innholdet i hevingsoppjøret etter bustadoppføringslova.

41 For en oversikt over utviklingen av forbrukerretten i EU, se Stephen Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Second Edition, Cheltenham, UK, Northampton, USA 2013, s. 1–28.

42 Se også TEUV artikkel 12 om at forbrukerinteresser generelt skal hensyntas ved utforming av Unionens politikk.

43 Tilsvarende fremkommer også av European Charter of Fundamental Rights artikkel 38.

44 TEUV art. 169 (2) b) fastsetter i tillegg at Unionen kan treffe «foranstaltninger, som støtter, supplerer og overvåger den politik, medlemsstatene fører». Bestemmelsen synes imidlertid i praksis å ha liten selvstendig betydning, jf. bl.a. Geraint Howells i *European Consumer Law*, Catherine Barnard og Steve Peers (red.), *European Union Law*, Second Edition, Oxford 2017, s. 689.

sterkt forbrukervern er et mål i EU, må det ses i sammenheng med et overordnet mål om økt markedsintegrering.<sup>45</sup>

Et viktig virkemiddel i EU-lovgivningen er reguleringer som tar sikte på å sikre forbrukerens *reelle avtalefrihet* ved krav til informasjon før avtaleinngåelsen. Mens opplysningsplikten i den nasjonalt initierte lovgivningen typisk har sin legislative begrunnelse i lojalitetshensyn, er EU-lovgivningens opplysningsplikter knyttet til ideen om den informerte forbruker, som dersom han har fått tilstrekkelig informasjon, vil ha grunnlag for å treffe en informert avgjørelse som rasjonell aktør på det økonomiske markedet.<sup>46</sup> Det er imidlertid noe omdiskutert hvilken reell forbrukerbeskyttende betydning slike formaliserte informasjonsplikter har.<sup>47</sup>

Opplysningsplikten i den nasjonalt initierte lovgivningen gjelder typisk egenskaper ved naturalytelsen, mens EU-lovgivningens opplysningsplikter typisk er mer vidtrekkende, jf. f.eks. forbrukerrettighetsdirektivet,<sup>48</sup> der den næringsdrivende er pålagt informasjonsplikter i artikkel 5 og 6, som omfatter blant annet informasjon om den næringsdrivende, prisopplysninger, opplysning om leveringstidspunkt, opplysninger om klagebehandling mv.

Forbrukerens reelle avtalefrihet søkes også sikret ved at forbrukeren gis angre-rett for en del avtaletyper der forbrukeren basert på avtalesituasjonen har mer begrenset mulighet for å treffe en informert beslutning enn ellers, jf. forbrukerrettighetsdirektivet og timesharedirektivet<sup>49</sup>. Enkelte reguleringer, slik som for eksempel forbrukerkjøpsdirektivet og pakkereisedirektivet,<sup>50</sup> inneholder også *materielle krav* til avtalens innhold, men uten at det gis noen heldekkende kontraktsrettslig regulering av kontraktstypene.

Det har de senere år skjedd en utvikling der EU-direktivene på forbrukerrettens område har gått fra å være basert på *minimumsharmonisering* til såkalt

45 Sml. Robert Reich and Hans W. Micklitz, *European Consumer Law*, second edition 2014, s. 7: «From this point of view, Europeans law becomes the law of the internal market [...], which indirectly protects consumer interest.» Sml. Howells 2017, s. 689.

46 Om denne typen informasjonsplikt mer generelt, se Kåre Lilleholt, «Verknader av brot på lovfastsette informasjonsplikter i forbrukarkontraktforhold», i *Ugyldighet i privatretten*, s. 291–305.

47 Se f.eks. Weatherill 2013, s. 92–94.

48 EU/Dir. 2011/83.

49 EF/Dir. 2008/122.

50 EF/Dir. 1999/44 og EU/Dir. 2015/2302.



*totalharmonisering*.<sup>51</sup> Et minimumsdirektiv stiller krav til at den nasjonale lovgiver skal gi forbrukeren minimum det vern som følger av direktivet. Forbrukeravtaledirektivet<sup>52</sup> og forbrukerkjøpsdirektivet<sup>53</sup> er sentrale eksempler på minimumsdirektiver. Et totalharmoniseringsdirektiv medfører – grovt skissert – at den nasjonale lovgiver er forpliktet til å gi forbrukeren det vern som følger av direktivet, verken mer eller mindre. Forbrukerrettighetsdirektivet<sup>54</sup> og forbrukerkredittdirektivet<sup>55</sup> er eksempler på totalharmoniseringsdirektiver. Formålet med EUs økte bruk av totalharmoniseringsdirektiver er å oppnå mer grenseoverskridende handel. Heri ligger et visst spenningsforhold til målet om sterkt forbrukervern, som i verste fall kan komme til å måtte stå tilbake for målet om økning i den grenseoverskridende handelen.<sup>56</sup> Dette spenningsforholdet kom tydelig frem, og var gjenstand for omfattende europeisk diskusjon, ved det opprinnelige forslaget til forbrukerrettighetsdirektiv.<sup>57</sup> For norsk retts vedkommende ville en vedtakelse av direktivet i sin opprinnelige form medført redusert forbrukervern i flere henseender, bl.a. ved endring av de absolutte reklamasjonsfrister.<sup>58</sup>

Direktiver som stiller krav til selve kontraktsytelsen, vil typisk inneholde noen bestemte krav til kontraktsrettslige *sanksjoner*. Forbrukerkjøpsdirektivet 1999 regulerer f.eks. misligholdsbeføyelsene retting, omlevering, prisavslag og heving ved mangel. Direktivbestemmelser om informasjonsplikter inneholder ofte ikke bestemte krav til sanksjoner. Et alminnelig prinsipp i EU/EØS-retten er at den nasjonale lovgiver kan velge hvordan direktiver skal gjennomføres, så lenge ekvivalens- og effektivitetsprinsippet ivaretas. Det betyr blant annet at den norske

51 Et startskudd for utviklingen var «Consumer Political Strategy 2002–2006» COM (2002) 208, 12. «We must go further to enable consumers and business to realise the benefits of the internal market. Central to this is the establishment of common protection rules and practices around Europe. This means moving away from the present situation of different sets of rules in the Member States towards a more consistent environment for consumer protection across Europe.» Se også COM (2015) final, 10.

52 EF/Dir. 1993/13.

53 EF/Dir. 1999/44.

54 EU/Dir. 2011/83.

55 EF/Dir. 2008/48.

56 Se nærmere Howells 2017, s. 289–291.

57 COM (2008) 614 final. Se Kåre Lilleholt, «Geraint Howells og Reiner Schulze (red.): Modernising and Harmonising Consumer Contract Law», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010, s. 152–154, med omtale av den nevnte europeiske diskusjonen.

58 Se COM (2008) 614 final art.28 nr. 3.

lovgiver i mange tilfeller vil ha frihet til å velge om f.eks. brudd på direktivbaserte informasjonsplikter skal sanksjoneres privatrettslig eller offentligrettslig.<sup>59</sup>

Felles regulering som leder til felles praktisering i de ulike medlemsstatene, forutsetter en relativt detaljert regulering, og *lovgivningsteknikken* i EU skiller seg fra tradisjonell norsk og nordisk lovgivningsteknikk. De ulike direktivenes bestemmelser om informasjonsplikter er et godt eksempel på dette. Bruken av annekser er også ukjent for den tradisjonelle norske og nordiske lovgivningen. Et eksempel er listen over avtalevilkår som kan anses urimelige («grålisten»), som er inntatt som et vedlegg til forbrukeravtaledirektivet.<sup>60</sup> Listen ble ikke inntatt i den norske loven.<sup>61</sup>

#### 4.2 Oversikt over EU-initiert lovgivning i norsk rett<sup>62</sup>

Etter hvert har vi i norsk rett fått en rekke lover og lovbestemmelser som tar sikte på å gjennomføre EU-direktiver på forbrukerrettens område. Her skal først nevnes avtaleloven § 37 som ble vedtatt i 1995 og som tok sikte på å implementere forbrukeravtaledirektivet (1993/13).<sup>63</sup> Ved bestemmelsens tilblivelse synes lovgivers oppfatning å ha vært at avtaleloven § 36 gav minst like god beskyttelse som det som fulgte av direktivet.<sup>64</sup> Etter den tid, og særlig den senere tid, har EU-domstolen avsagt en rekke dommer som bidrar til å presisere direktivets innhold. EU-domstolen har blant annet lagt til grunn at den nasjonale rett av hensynet til effektiv håndhevelse av eget tiltak skal prøve om et avtalevilkår er urimelig, så fremt retten råder over de opplysninger vedrørende de rettslige eller

59 Merk likevel direktivforslag COM (2018) 185 final som legger opp til mer omfattende regulering av sanksjonene.

60 EF/Dir. 1993/13.

61 Se nærmere Johan Giertsen, *Avtaler*, tredje utgave, Oslo 2014, s. 249–251, om den norske og svenske lovgivers vurderinger bl.a. i relasjon til «nordisk lovgivningsteknikk», og det etterfølgende traktatbruddssøksmålet mot Sverige (dom av 7. mai 2002, C-478/99, EU:C:2002:281), der domstolen kom til at det ikke forelå traktatbrudd.

62 Det kan til en viss grad være uklart hvilke direktiver som skal regnes som forbrukerkontraktsrettsdirektiver, og fremstillingen her tar ikke sikte på å være uttømmende med tanke på direktiver med relevans for det kontraktsrettslige forbrukervernet.

63 En grundig omtale av forbrukeravtaledirektivet i alminnelig juridisk teori finnes i Johan Giertsen, *Avtaler*, tredje utgave, Oslo 2014, s. 206–216. Av tidlige fremstillinger kan nevnes også Finn Arnesen, «Om den fellesskapsrettslige regulering av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1996, s. 884–904. Se også Marie Natland Wabakken, «Om standardiseringen av en rettslig standard. En analyse av forbrukeravtaledirektivet, og forholdet til avtaleloven § 36», *Marlus* nr. 494 2018.

64 Sml. Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) Om lov om endring i avtaleloven, s. 9.

faktiske omstendigheter som slik prøving krever.<sup>65</sup> En annen viktig rettsavklaring fra EU-domstolen er at dersom et avtalevilkår er urimelig, skal det av hensyn til effektiv forbrukerbeskyttelse som hovedregel tilsidesettes i sin helhet.<sup>66</sup> Den etterfølgende rettsutviklingen gjennom EU-domstolen synes så langt å ha satt få spor i norsk rettspraksis.<sup>67</sup> Kravet til håndhevelse av eget tiltak har for eksempel så langt ikke vært tematisert av Høyesterett. Årsaken til at direktivet og den etterfølgende praksis fra EU-domstolen er viet så liten interesse, er uviss. En av flere mulige årsaker er direktivets manglende synlighet i lovgivningen, ved den kanskje noe kryptiske gjennomføringen i avtaleloven § 37. Man kan også tenke seg en iboende motstand mot *ex officio* anvendelse av det som i norsk prosessrett tradisjonelt hører til partenes disposisjonsfrihet. Det er grunn til å tro at avtaleloven § 37 har et uutnyttet potensial, ikke minst for kontraktstyper der det ikke er gitt særskilt kontraktsrettslig regulering av avtaletypen.

Av de tidlige EU-initierte kontraktslovene var også lov om pakkereiser og reisegaranti (pakkereiseloven) 25. august 1995 nr. 57, som implementerte det første pakkereisedirektivet, som var et minimumsdirektiv. En nyskapning i norsk rett var her muligheten for å tilkjenne kunden godtgjørelse for ikke-økonomisk tap i tilfeller der mangelen ved pakkereisen hadde voldt kunden vesentlig ulempe, jf. lovens § 6-4 tredje ledd. Loven ble avløst av lov om pakkereiser og reisegaranti 15. juni 2018 nr. 6, som implementerte det andre pakkereisedirektivet,<sup>68</sup> som bygger på totalharmonisering.

En annen tidlig EU-initiert lov var lov 23. juni 1997 om salg av tidsparter i fritidsbolig (tidspartloven), som implementerte det da gjeldende timesharedirektivet.<sup>69</sup> Loven ble erstattet av lov 25. mai 2012 nr. 27 om avtaler om deltidsbruksrett

65 Se dom av 20. september 2018, *OTP Bank*, C-51/1, EU:C:2018:750 premiss 84–91, med henvisninger til tidligere avgjørelser fra EU-domstolen. Tilsvarende er lagt til grunn av EFTA-domstolen, jf. E-25/13, *Gunnar V. Engilbertsson v. Íslandsbanki hf.* Se nærmere også Fredriksen og Strandberg 2019, s. 161–181, og Lars Sandaaker, *Prosessuelt forbrukervern – ex officio anvendelse av forbrukeravtaledirektivet i norsk sivilprosess* (stor masteravhandling), publisert på <http://bora.uib.no/handle/1956/17331>.

66 Se dom av 14. juni 2012, *Banco Espanol*, C-618/10, EU:C:2012:349 (med etterfølgende klargjøring i dom av 30. april 2014, *Kásler*, C-26/13, EU:C:2014:282 og dom av 21. januar 2015, *Unicaja Banco*, C-482/13, EU:C:2015:21. Se nærmere Finn Arnesen, «Valget mellom endring og ugyldighet i forbrukerkontrakter», i Erling Hjelmeng (red.), *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Bergen 2016, s. 49–62.

67 Se Giertsen, *Avtaler*, s. 216–217, der det vises til høyesterettsavgjørelser som kunne ha aktualisert anvendelse av direktivet.

68 EU/Dir. 2015/2302.

69 EF/Dir. 94/47.

og langtidsferieprodukter mv., som implementerte det andre timesharedirektivet,<sup>70</sup> som bygget på totalharmonisering. Loven har som sin forgjenger typiske kjennetegn for en EU-initiert kontraktslov: Den inneholder omfattende informasjonskrav (kap. 2) og krav til hva som skal reguleres i avtalen, jf. lovens § 8. I tillegg oppstilles det i lovens § 7 formkrav som vilkår for avtalens gyldighet. Forbrukeren er, som tidligere omtalt, også gitt angrerett (kap. 5).

Angrerettloven 1972 var som nevnt den første rene forbrukerkontraktsloven i norsk rett. Loven ble erstattet av lov 21. desember 2000 nr. 105 som tok sikte på å implementere det da gjeldende fjernsalgsdirektivet,<sup>71</sup> som var et minimums-direktiv. Ved den siste og nå gjeldende angrerettloven 2014 ble som tidligere omtalt forbrukerrettighetsdirektivet implementert.

Forbrukerkjøpsloven 2002 implementerte forbrukerkjøpsdirektivet som del av en samlet regulering av forbrukerkjøpene. Av virkemidler som har sitt opphav i direktivet, kan nevnes bevispresumpsjonen i § 18 andre ledd (sml. direktivets art. 5 nr. 3) og § 27 (sml. direktivets art. 5 nr. 2) om minimum relativ reklamasjonsfrist på to måneder etter at mangelen ble oppdaget.<sup>72</sup>

Til sist skal nevnes at forbrukerkredittdirektivet<sup>73</sup> ble implementert i norsk rett ved endring av finansavtaleloven 19. juni 2009 nr. 64, samtidig som kredittkjøpsloven 1985 ble opphevet.

## 5 Forbrukerkontraktsrettens fragmentering – betydning for de rettslige aktørene

Mens den rent nasjonale kontraktslovgivningen fremstår som et påbygg til den alminnelige kontraktslovgivningen og kontraktsretten, bringer den EU-initierte forbrukerlovgivningen inn elementer som er mer fremmede i den norske rettstradisjonen. Det kan hevdes at forbrukerlovgivningen fremstår som mer fragmentert enn tidligere.<sup>74</sup> Det går et skille mellom lovgivning som primært er begrunnet i hensynet til forbrukerbeskyttelse, og EU-initiert lovgivning som også har hensynet til

<sup>70</sup> EF/Dir. 2008/122.

<sup>71</sup> EF/Dir. 1997/7.

<sup>72</sup> For en nærmere oversikt, se Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 17–18.

<sup>73</sup> EF/Dir. 2007/64.

<sup>74</sup> Se nærmere Johan Giertsen, «Avtalelovene – Hva nå?» i Mads Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren, Johan Giertsen (red.), *Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid*, København 2015, s. 331–348.

markedsintegrering som en sentral begrunnelse. Det er også ulike tyngdepunkt med tanke på om reguleringene bygger på hensynet til å sikre reell avtalefrihet, eller om den materielle beskyttelsen er det mest fremtredende. Ulikheter knytter seg også til ulike reguleringsteknikker. Kodifisering av etablerte prinsipper har blitt ansett for å ha en egenverdi for den nasjonale lovgiver.<sup>75</sup> Hensynet til å sikre forutberegnelighet er søkt ivaretatt ved tradisjonell norsk og nordisk lovgivingsteknikk. I EU har man så langt ikke tatt sikte på noen mer heldekkende kodifisering av forbrukerkontraktsretten. For å ivareta hensynet til markedsintegrering er direktivbestemmelsene dels utformet med et detaljnivå som har vært fremmed for den nasjonale lovgiver.

For *lovgiver* innebærer utviklingen, med stadig flere innslag av EU-direktiver som griper inn på forbrukerkontraktsrettens område, at *handlingsrommet begrenses*. Så lenge det har vært tale om *minimumsdirektiver*, har lovgiver hatt relativ stor frihet til å innpasse disse i norsk tradisjon. Det etablerte nivået for forbrukervern settes ikke under press, og lovgiver kan tilpasse reguleringen best mulig til etablert lovgivningsteknikk. Selv ved minimumsdirektiver blir imidlertid lovgiver dels fratatt muligheten til å velge *om* et spørsmål i det hele tatt skal lovreguleres. Forbrukervern i seg selv regnes som et gode, men det hører også med at lovgiver mister muligheten til å gi et *svakere* vern enn det som følger av direktivet, for eksempel begrunnet i miljøhensyn. EU-forbrukerretten som system har markedsintegrering som overbygning. EU-lovgivningen bygger på en avveining av hensynet til et sterkt forbrukervern og hensynet til markedsintegrasjon, som vi ikke kjenner i den rent nasjonalt initierte forbrukerkontraktslovgivningen. For den nasjonale lovgiver innebærer dette ved totalharmoniseringsdirektiver at hensynet til markedsintegrering kan komme til å overstyre det nivået for forbrukerbeskyttelse som den nasjonale lovgiveren ellers ville ha valgt.

Ved gjennomføring av direktiver i norsk rett har lovgiver en pedagogisk utfordring. Den ofte svært detaljerte utformingen av direktiver har den fordel at forbrukeren i prinsippet vil ha høy forutberegnelighet om sin rettsstilling. En lovtekst som språklig ligger nær opp til direktivet, risikerer likevel å bli vanskelig tilgjengelig, både for lovens adressat, forbrukeren og den næringsdrivende, og for rettsanvender. Ved totalharmoniseringsdirektiver vil risikoen for utilsiktede avvik fra direktivet kunne lede til at lovgiver vurderer det som hensiktsmessig å legge seg nær opp til direktivteksten. Ideelt sett må det etter mitt syn likevel være ønskelig

<sup>75</sup> Sml. ovenfor i punkt 3.

at idealet om klarhet og forutberegnelighet søkes ivaretatt best mulig, selv om det kan øke risikoen for avvik fra direktivet.

Mens vi vanligvis taler om lovgivers vilje, handler gjennomføringen av EU-direktiver vel så mye om lovgivers forpliktelse. Ikke minst ved økt bruk av totalharmoniseringsdirektiver blir det lite rom for lovgivers egen vilje – utover viljen til å gjennomføre direktivet. Lovgivers handlingsrom ligger i dag først og fremst i friheten til å velge sanksjonering. I det ligger en mulighet til å tilpasse sanksjonene til norsk rettstradisjon. I den EØS-rettslige flodbølgen av informasjonsplikter er det f.eks. ikke gitt at det er hensiktsmessig at disse sanksjoneres med privatrettslige virkemidler.

For en forbruker som skal orientere seg om sine rettigheter, er relevant lovgivning spredt i ulike lover. Dette aktualiserer spørsmålet om det er ønskelig med en mer samlet regulering av forbrukerkontraktsretten. I alle fall de delene som er mer generelle, kunne ha vært tenkt samlet i en forbrukeravtalelov, der også sanksjonene var mer tydelig regulert enn i dag.<sup>76</sup>

Forbrukerrettens utvikling langs to ulike akser kan by på utfordringer også for *rettsanvender*. Mens den rent nasjonale forbrukerkontraktslovgivningen legger godt til rette for systembasert argumentasjon og dels analogier, representerer den EU-initierte lovgivningen «nyskapninger» som ikke faller på plass av seg selv i det kontraktsrettslige systemet. I tilfeller hvor det er etablert et bestemt minstevern for en kontraktstype basert på EU-direktiver, får man spørsmål om disse får betydning også utenfor sitt direkte anvendelsesområde. Dersom det gjelder spørsmål om systemorientert tolkning innenfor den direktivbaserte lovgivningen, vil det i utgangspunktet bero på tolkning av direktivene i hvilken utstrekning det er rom for en systemorientert tolkning, og denne tolkningen vil være basert på EU/EØS-rettens metode. Det kan også bli spørsmål om systemorientert tolkning mellom en direktivbasert bestemmelse og en tradisjonell kontraktsrettslig regulering. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2010 s. 103 er et eksempel på denne problemstillingen. Førstvoterende la her i et obiter dictum til grunn at den normale reklamasjonstiden ved kjøp av fast eiendom, ut fra sammenhengen i regelverket, ikke kunne være kortere enn ved forbrukerkjøp av løsøre (avsn. 64). Reklamasjonsbestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 27 bygger på forbrukerkjøpsdirektivet 1999 og gir forbrukeren en minste reklamasjonsfrist på to måneder. At en bestemmelse

<sup>76</sup> Et eksempel på en mer generell regulering er den finske konsumentskyddlagen (38/1978) som inneholder både privatrettslige og offentligrettslige reguleringer.

har EU-rettslig opphav, kan generelt ikke gjøre den irrelevant ved vurderingen av hensynet til konsistens i regelverket.<sup>77</sup>

Rettsanvender vil også ha en rolle med tanke på å fylle ut lovtomme rom på forbrukerkontraktsrettens område. Behovet for slik utfylling kan oppstå både der et spørsmål i det hele tatt ikke er regulert av partene, og der et spørsmål i og for seg er kontraktsregulert, men avviker fra tilsvarende reguleringer i kontraktslovgivningen. Dersom det er tale om spørsmål som ikke er kontraktsregulert, vil det nok være uproblematisk å indusere løsningen fra tilgrensende kontraktslovgivning eller alminnelige kontraktsrettslige reguleringer. Det kan imidlertid neppe legges til grunn at slike mulige prinsipper er ufravelige på den måte at de gir grunnlag for direkte overprøving av partenes kontraktsrettslige regulering.<sup>78</sup> Forbrukerkontraktslovgivningens reguleringer vil under enhver omstendighet kunne tjene som ideallmodell ved vurderingen av om et avtalevilkår er å anse som urimelig i medhold av avtaleloven § 36, jf. § 37. Ved vurderingen av om urimelighetsterskelen er overskredet, må det være relevant å se hen til at den lovfestede forbrukerretten, ikke minst den EU-initierte, bygger på en grunnleggende tanke om at forbrukeren skal ha et sterkt vern, noe som også ble fremhevet av førstvoterende i Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen), avsn. 61.

Også for *rettsvitenskapen* byr fragmenteringen av forbrukerretten på utfordringer og nye oppgaver. I *undervisningen* inngår forbrukerkontraktsretten i dag som en del av faget alminnelig kontraktsrett. Med den tradisjonelt sterke forbindelsen mellom forbrukerkontraktslovgivningen og den alminnelige kontraktslovgivningen fremstår dette ikke bare som uproblematisk, men også nødvendig. Med et økt innslag av direktivbaserte lover og lovbestemmelser oppstår imidlertid noen pedagogiske utfordringer. En helhetlig forståelse av forbrukerkontraktsretten forutsetter kjennskap til den direktivbaserte lovgivningen, men også til selve direktivene og EU-domstolens praksis om disse. Faren er at en mer genuin forbrukerkontraktsrettslig tilnærming kan sprengte rammene for faget og gå på bekostning av utvikling av den grunnleggende forståelsen av den alminnelige kontraktsretten. I forlengelse av dette kan det argumenteres for at en helhetlig

77 Sml. mer generelt Bjarte Askeland, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018», *Lov og Rett* 2018, s. 519–536, på s. 533.

78 Sml. Mads Bryde Andersen, «Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret», i Mads Bryde Andersen, Johan Bärlund, Boel Flodgren, Johan Giertsen (red.), *Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid*, København 2015, s. 63–88 på s. 83–84, se også Bergsåker i *Ugyldighet i privatretten* (2016), s. 93–94.



forståelse av rettsreglene om forbrukervern forutsetter kunnskap om og forståelse av samspillet mellom kontraktsretten og den offentlige retten, herunder også prosessretten. Sistnevnte er et argument for å skille ut forbrukerretten som et eget eller supplerende fag.

Forbruker(kontrakts)retten som særskilt fenomen har i mer begrenset grad vært gjenstand for rettsvitenskapelig forskning i norsk rettsvitenskap. Utviklingslinjene som er beskrevet, tilsier at det er behov for mer forskning. I den utstrekning man kan omtale forbruker(kontrakts)retten som en egen rettsdisiplin, bygger den på et valgt perspektiv: vern av forbrukerens interesser i ulike relasjoner. Den rettsvitenskapelige forskningen kan knytte seg til forbrukerens kontraktsrettslige posisjon, konsentrert om de rent kontraktsrettslige reguleringer av forbrukerens rettsstilling. En bredere tilnærming er å ta utgangspunkt i vernet av forbrukerkollektivets interesser som aktører på markedet. En slik tilnærming fanger i større grad opp de mer sammensatte spørsmål som kan oppstå med tanke på samspillet mellom ulike reguleringer og med tanke på hensynet til markedsintegrering som et av fundamentene for deler av dagens forbrukerkontraktslovgivning. En ytterligere utvidelse av perspektivet er å analysere forbrukerretten i møte med andre fundamentale samfunnsinteresser. Forbrukervernet har vokst frem parallelt med tanken om at forbruk legger til rette for økonomisk vekst. Forbrukervernets side mot andre grunnleggende samfunnsinteresser, slik som miljøhensyn og hensynet til etisk forbruk, har i liten utstrekning vært viet interesse i den norske rettsvitenskapen.

# Law, Legal Science and Methodological Pluralism

Professor Jørn Jacobsen

## 1 Introduction

The background for this article is that I was asked to give a lecture concerning “Legal method in international environmental law”. Though I relished the challenge and the possibility to discuss this with present Ph.D. candidates in the field, I was far from the obvious candidate to give it. International environmental law is not my preoccupation, to put it mildly. I have my background from (primarily national) criminal law. Whereas international environmental law is a rather young discipline, we cannot say the same about the criminal law and criminal law science. Crime and punishment has at least in some sense been part of more or less all kinds of legal orders – even in for instance the Sumerian laws of Ur-Namma from about 2100 BC.<sup>1</sup> The principles of responsibility in criminal law were subject to scrutiny by Aristotle.<sup>2</sup> When legal studies evolved in Bologna as the embryo of what was to become what we today know as universities, criminal law was among the study subjects, even if not the to which one most paid attention.<sup>3</sup> Modern criminal law science evolved particularly as German scholars made use of the natural law philosophy of Samuel Pufendorf, and fused this with the law of crime and punishment of their times, thereby establishing the contemporary

---

1 See for instance David Ibbetson, “Wrongs and responsibility in Pre-Roman Law”, *The Journal of Legal History* Vol. 25 No. 2, 2004 pp. 99–127. DOI: 10.1080/0144036042000276902.

2 On Aristotle’s relevance for *criminal* law, see Richard Löning, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena 1903.

3 On legal science in this epoch, see Harold J. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London 1983 pp. 120–164.

scientific paradigm in the field.<sup>4</sup> Since then, reflection over the scientific method in this field has been a constant aspect of the discipline.<sup>5</sup> In the influential German discipline, for instance, for a long time the most significant legal theorists were also criminal law scholars, such as the monumental Gustav Radbruch.<sup>6</sup>

When this description compares to the state of international environmental law, at least as some within this discipline describe it, we may seem to be worlds apart.<sup>7</sup> Well, we are not. Rather, we should think in terms of a common methodological framework for legal science – where one central feature is a kind of methodological pluralism. In order to demonstrate this, I will perform a series of exercises. First, in Section 1, I will start out by addressing some challenges to science today, in order to emphasise the particular importance today of a proper methodology for legal science. In Section 2, I will make a move to simplify in order to bypass the inherent complexity in the subject. This will allow us to grasp some basic starting point that can function as a stepping stone that helps us into the indeed multifaceted subject of this article. In Section 3, I will emphasise the distinction between the legal method and legal scientific method, which is essential to the get to the inherent pluralism in the latter. This methodological approach in turn is elaborated in Section 4. The article covers a lot of ground, so the relevant literature is more or less unlimited. Given the context of this celebration of the Faculty of Law in Bergen, I allow myself to refer to several “local” examples of works contributing to this methodological pluralism, which indeed shows that this approach is already well entrenched in our institution.

## 2 Contemporary Challenges to Legal Scholarship

We started out with environmental law scholarship, whose “maturity” has been challenged. However, there are similar challenges also to more established legal

4 See Jørn Jacobsen, “Pufendorf og den europeiske strafferettsdoktrinen”, in Ulrika Andersson *et al.* (eds.), *Festskrift til Per Ole Träskman*, Lund 2011 pp. 247–258.

5 Not so much in the Norwegian branch of the discipline, though, see Jørn Jacobsen, “The Methodology of the Norwegian Criminal Law Doctrine”, in Thomas Elholm *et al.* (eds.), *Liber amicorum et amicorum Karin Cornils – Glimt af nordisk straffrätt og straffeprosessrett*, København 2010 pp. 243–266.

6 See for instance Gustav Radbruch, “Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem” (Berlin, 1904), in Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch – Gesamtausgabe, Band 7: Strafrecht I – bearbeitet von Monika Frommel*, Heidelberg 1995 pp. 75–167.

7 See Elizabeth Fisher *et al.*, “Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship”, *Journal of Environmental Law* Vol. 21, No. 2, 2009 pp. 213–250. DOI: 10.1093/jel/eqp012.

scientific disciplines, such as the criminal law science. Here, methodological schools and approaches also challenge each other. The positive (Norwegian, for our part) criminal law, its international dimensions included, are probably more complex than ever and change rapidly. Criminal law has not developed into a finely tuned, principled and coherent set of norms. On the contrary, even this field of law suffers in parts from intellectual incoherence, and that applies, unfortunately, even to parts of contemporary criminal law scholarship. In fact, many of these, and as well as other problems are more general challenges to contemporary legal scholarship, which partly reflect aspects of contemporary law, and, partly, what we may call the contemporary conditions for knowledge production. I shall elaborate a bit on both.

We have already touched upon the *complexity of contemporary law*. Even a small piece of the traditional legal disciplines – criminal law, constitutional law, tort law, administrative law and so forth – can keep one occupied for very a long time, at the same time as new legal disciplines, such as international environmental law, cyber law and space law blossom. The legal sources and the literature are expanding, at least in volume. The empirical material of legal science is, in other words, overwhelming. Legal scholars today are quite familiar with this.

As regards the *contemporary conditions for knowledge production*, this requires more comments. What we refer to here is the fact that we are in a post-postmodern knowledge situation.<sup>8</sup> Postmodernism proved itself incapable of guiding science as it collapsed into a kind self-reflective paradox: How can one *reasonably* make a claim for this kind of radical relativism?<sup>9</sup> However, postmodernism did us favours along the way, in particular as it pressed us (further) on the inherent difficulties there are in separating science and power, and made us (more) aware of instability and contingency in the (language of the) knowledge paradigms within which we work. We do not need to go deeply into the philosophical debates on postmodernism to acknowledge it as a challenge – not least for the power-intimate legal

8 See Gunnar Skirbekk, *Den filosofiske uroa – I spenninga mellom tvil og tru*, Oslo 2005 p. 142.

9 In general, this article draws on a number of premises that are heavily debated in philosophical disciplines, such as the epistemology and the philosophy of science. The article format does not allow for much elaboration in this regard. For the sake of informing the reader on the debates, I have prioritised referring to some selected overviews of the issues and debates. Regarding postmodernism, for instance, see the valuable overview at the Internet encyclopaedia, *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*. It can be warmly recommended to legal scholars who seek insight in philosophical subjects, including legal philosophical perspectives on legal subjects such as criminal law. <https://plato.stanford.edu/entries/postmodernism/> (last accessed 14.08.18).

science – critically to think through some of our foundational ideas and practices. However, when we try then to add to the foundation of science in a way that can strengthen its credibility as a distinct and highly reliable source of information of the world, we experience a kind of crisis that, from the point of view of science, has both (even if closely related and overlapping) external and internal dimensions. By “crisis”, I should emphasise, I imply nothing more here than certain social and institutional changes that have profound impact on the institution of science and call on us to consider more thoroughly what steps are needed if we are to maintain its qualities.

As concerns the *external* dimension of this crisis, it suffices to say that, today we experience something like “the end of history”, but in a somewhat other sense than what Francis Fukuyama originally implied.<sup>10</sup> Instead of the final victory of Western (political) rationalism, to which the institution of science so closely relates, we now face significant setbacks. The global order is in turmoil, democracy is put under pressure, and there is seemingly greater political and social distrust and disbelief in science as an institution, its legitimacy and the relevance of its results. We should, of course, be careful not to make unwarranted, negative judgements on the development of the world. On the contrary, data when examined closer indicates that the world is progressing.<sup>11</sup> Still, it is fair to say that today we experience certain social challenges that we should take seriously so as not to depart from the path that the Enlightenment set out for us. Climate change scepticism is – unfortunately – the very best example of this. In this field in particular, both science and our living conditions are in play; a serious matter for several reasons. One of these is that our welfare and amenities of modern life is very much a product of science. This concerns not only technological innovations made possible by the natural sciences, but also inventions such as the rule of law, where philosophy and legal science have been essential to the advances we have made.

As concerns the *internal* dimension of the crisis in the sciences, this concerns the kind of problems pointed to above concerning law, and several other diverse, but still converging challenges that affect science and the qualities of its results. This includes information overload, cherry picking, interdisciplinary abysses,

10 Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York 1992.

11 As argued in particular by Steven Pinker, see his *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, New York 2011, and *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress*, New York 2018.

underfunding, New Public Management ideologies in the administration of science, predatory journals, and much, much more.

These are challenges to science both macro, in maintaining science as a social institution, and micro, in specific works, such as studies on international environmental law – or criminal law for that matter. This situation is difficult to deal with for senior researchers, presumably, especially difficult to newcomers. In fact, already trying to understand how these challenges affects us is difficult, not to speak of how we should deal with them. However, we should not be *too* worried about the future of science. The university has already proved to be perhaps the most solid of all public institutions, one that to a surprisingly low degree has changed through the several hundred years it has existed.<sup>12</sup> At the same time, contemporary social life is to a great extent dependent on reliable knowledge, a fact that is closely connected to economy for instance.

But we cannot take science for granted. Perhaps now more than ever, the future of science as an institution seems to be *dependent on the quality of what science produces and its social relevance*. This, in turn, is dependent on the quality of our *methodology*, which we thereby have every reason to give serious consideration. So, *methodology matters*. I emphasise this with particular reference to the Norwegian legal science. This discipline was for quite some time locked into a narrow, pragmatic paradigm, where court-style reasoning on positive law was more or less the sole (legitimate) occupation for the legal scholar. The discipline has not completely lacked methodological reflection. However, compared to the debates in other countries where the legal science has more vigorously managed to interact with the scientific community, philosophy included, Norwegian legal science has clearly been lagging behind. The same impression follows from a comparison with the methodological and theoretical reflection in other scientific disciplines. The fact that many legal scholars have not acknowledged a difference between the legal method and the legal scientific method is a symptom of this. I will return to this distinction. When this close alignment of the legal scientific method with the legal method in addition has had almost paradigmatic status, the case for (better) methodological alternatives was weak.

Today, the discipline is about to break free from this paradigm. Luckily so, because it is clearly unfit to meet the challenges we face. There is much to be said

12 On ideas about the University, see for instance Jens Erik Kristensen *et al.* (eds.), *Ideer om et universitet – Det moderne universitets idehistorie fra 1800 til i dag*, Aarhus 2007.

about the development of Norwegian legal science and its different sub-disciplines in recent decades, but this we must leave to another occasion.<sup>13</sup> However, there is reason to underline the importance of those alternative perspectives that have gained more ground and thereby broadened the field. The distinct Norwegian *critical legal studies* were of importance in this regard.<sup>14</sup> Even if this movement did not seem to penetrate into the self-conception of the Norwegian legal science, it was a stepping-stone for those that managed to do just that. I have here in mind the works of Jan Fridthjof Bernt and David Doublet for instance.<sup>15</sup> Here, a hermeneutical perspective was explored and elaborated. If we adopt the point of view of the sociology of (legal) science, it is hardly any coincidence that this development took place in the aftermath of Norway gaining its second law faculty, since the faculty in Bergen was established in 1969.<sup>16</sup> Today we face a broader playing field, which includes to a larger extent perspectives such as (legal) philosophical perspectives, rhetoric, and law and economy; a development that also has subjected the distinction between the legal method and the legal scientific method to scrutiny.<sup>17</sup> However, it seems as if we still have a way to go before a more advanced, or mature if you like, methodological paradigm *has settled* in and become not only a meta-discussion, but an integral part of the everyday business of legal scholars – a challenge, in particular, for the new generation of Ph.D. scholars. How should we go about achieving this?

### 3 Keep it simple, stupid!

This article does not allow for a complete theoretical elaboration of the principles for such a more mature legal science. I will limit myself to emphasise one

13 On the recent development of Norwegian criminal law science, for instance, see Jørn Jacobsen, “Nye trender i strafferettsvitenskapen” in Asbjørn Kjønstad (ed.), *Nye trender i rettsvitenskapen*, Oslo 2013 pp. 120–129.

14 See e.g. Anders Bratholm and Nils K. Sundby (eds.), *Kritisk juss*, Oslo 1976.

15 Such as David Roland Doublet and Jan Fridthjof Bernt, *Retten og vitenskapen. En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi*, Bergen 1992, and Doublet’s later doctoral thesis, *Rett, vitenskap og fornuft*, Bergen 1995.

16 For some starting points on the sociology of legal science, see Jørn Jacobsen, “Rettsvitenskapssosiologi – ei spire” in Karl Harald Søvig et al. (eds.), *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Bergen 2013 pp. 267–278.

17 I mention only a couple of noteworthy examples, such as Hans Petter Graver, *Juridisk overtalelsekunst*, Bergen 2008, Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo 2008, and, in particular in the latter regard, Synne Sæther Mæhle, “Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?”, *Jussens venner*, Vol. 39, 2004 pp. 329–342.



important aspect of the kind of methodological approach that we should strive towards, which is: *methodological pluralism*. However, even if the line of reasoning limits to one such dimension of the overall topic, it cannot be disconnected from other, methodological viewpoints and their relation to the ongoing overall methodological debates. Thereby we face the vicious circle that many are likely to experience when one seeks to engage oneself in legal theory in general, legal scientific methodological debates included. When trying to elaborate one's methodological approach, the massive amount of literature, with a large number of methodological approaches, and positions and premises in it, can easily carry one away. These include positions such as legal positivism, pragmatism, critical legal positivism, rhetoric, legal culture, and critical legal studies, to mention just a few that will have the most resonance to Norwegian legal scholars. The international debates on methodology, which even give rise to journals dedicated to the subject, have in fact become so complex and specialised that one may easily feel forced to choose between going in head over heels – or simply to opt out. To those that primarily aim to work on positive law, it is indeed difficult to combine a focus on a particular subject, regardless of whether it is criminal law, international environmental law or something else, and also be *methodologically* well informed. Unfortunately, this invites us to the opt out-solution.

Opting out should, however, not be an alternative, and there are ways to deal with this challenge. To the one that feels “stupid”, *i.e.* those that find contemporary legal scientific methodology and debates concerning this subject difficult to grasp, and far too difficult to grasp for instance within the restrictions of a Ph.D. thesis, the first advice should be the design principle: *Keep it simple, stupid!* In the beginning, it is an advantageous strategy to stay somewhat distanced from the fine points of the ongoing debates. Instead of trying to grasp the debate in all its nuances, it can be useful to try to grasp the *basic, possible approaches* to, or methodologies within, legal science, and their relation to each other. In other words, one should try to “map out” the landscape, before digging into one or more specific part(s) of it and the quarrels within and in between the fields. In fact, as we shall see, this may even be good advice when it comes to *operationalising* different methodological perspectives or approaches. Therefore, keeping it simple is also the strategy for the remainder of this article, and I hope thereby to offer some basic insights that could be helpful when trying, as all of us must do, to form our own methodology.

An apt starting point is to think of legal science as a multidimensional enterprise, which *allows* us – yes, this is an opportunity, not primarily an obstacle – to

utilise different methodologies in the study of law. This goes both in a macro perspective, i.e. for legal science as a discipline, and in a micro perspective, i.e. for more limited studies on specific legal phenomena. Legal science of today is, or at least should be, a kind of *methodological pluralism*. I will take as the starting point the discipline that has been, and to many remains, at the apex of legal science: legal dogmatics (*Rechtsdogmatik, rettsdogmatikk*). In order to dig further into methodological pluralism in legal science, it is however necessary first to return to the distinction between the legal method and the legal scientific method.

#### 4 Legal method versus legal scientific method: an essential distinction

There is, as already touched upon, an essential difference between the legal method and the legal scientific method. Francis Hagerup emphasised this distinction in his famous lecture, *Some Words on the Character of the Recent Legal Science*.<sup>18</sup> Hagerup criticised the founding father of Norwegian legal science, Anton Martin Schweigaard's analytic-descriptive method. This method focused on describing the positive legal rules in their different components or elements. Hagerup claimed it was necessary to go beyond this perspective and take into account general scientific standards to which also the legal science should respond. Influenced by German legal theory, predominantly Friedrich Carl von Savigny and Rudolf von Jhering, Hagerup accentuated legal history and in particular the legal conceptual construction as essential aspects of a legal *scientific* study. However, despite this, later contributors to Norwegian legal science did not differentiate properly between these two methods.<sup>19</sup> This of course comes down to the previously mentioned pragmatic, dogmatic paradigm, which has suppressed Norwegian legal science the last hundred years or so. Here, legal science was supposed to mimic good judges in their reasoning, in order to be able to properly describe current law and/or give a prognosis on what conclusions courts would reach in the matter. However, the aim of legal science is *not* primarily to solve legal questions or to

<sup>18</sup> Francis Hagerup, "Nogle Ord om den Nyere Retsvidenskabs Karakter", *Tidsskrift for Retsvidenskab*, Vol. 1 No. 1, 1888 pp. 1–58.

<sup>19</sup> See also Hans Petter Graver, "Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Vol. 124 No. 2, 2011 pp. 23–49.

interpret law. Rather, the aim of legal science as a science is best understood as to develop *knowledge* of law.<sup>20</sup>

This has some important implications for us. Most basic, in order to understand the different aspects of law and gain a less contingent, more complete understanding of for instance international environmental law, or criminal law for that matter, we need a bigger methodological toolbox. Whereas lawyers are allowed, to simplify a number of issues and aspects in legal argumentation, legal scientists have a much more demanding responsibility for what facts we accept, and what arguments and solutions we take as valid. Put in other terms, whereas law is a *bounded* rationality, science is not.<sup>21</sup> Even if senior researchers and Ph.D. committees may appear and function as gatekeepers, they cannot legitimately appeal to their positions in the similar manner as a Supreme Court can do. (The committee's task is not, anyway, to decide on what is right and wrong, but first and foremost to consider whether the thesis demonstrates the author's ability to be part of the scientific community.) Legal decisions, regardless of what formal authority they have, can, from a scientific perspective, always be questioned, their reasoning can always be critically scrutinised, and their premises, for instance claims about social life, can be falsified. This is not saying that anything goes in science, only that in science, judgements can in the end be made only by the "court of reason".<sup>22</sup> This shift of aim from law to (a broader) *knowledge of law* implies also a methodological

20 The concept of knowledge is hotly debated in philosophy, and subject to discussion already by Plato in his dialogue *Thaetetus*. In fact, at least from one perspective, philosophy as a discipline very much concerns the nature of knowledge. We cannot go deeper into this, but the following lines of reasoning will reflect rudiments of one position on the subject at least.

21 On legal reasoning, for instance, cfr. Immanuel Kant, *The Conflicts of the Faculties (Der Streit der Fakultäten)*, Translation & Introduction by Mary J. Gregor, Lincoln/London 1992 pp. 37–39: "The jurist, as an authority of the text, does not look to his reason for the laws that secure the Mine and Thine, but to the code of laws that has been publicly promulgated and sanctioned by the highest authority (if, as he should, he acts as a civil servant). To require him to prove the truth of these laws and their conformity with right, or to defend them against reason's objections, would be unfair. For these decrees first determine what is right, and the jurist must straightaway dismiss as nonsense the further question of whether the decrees themselves are right. To refuse to obey an external or supreme will on the grounds that it allegedly does not conform with reason would be absurd; for the dignity of government consists precisely in this: that it does not leave its subjects free to judge what is right or wrong according to their own notions but [determines right and wrong] for them by precepts of the legislative power".

22 This expression facilitates Kant's central, legal analogy for how reason must proceed, found already in the *Vorrede* of his *magnum opus*, *Kritik der reinen Vernunft* (1781/1787), see A XII. This dimension of Kant's metaphysics is discussed for instance by David Roland Doublet, in his thesis *Fornuftens som rettsinstans (Kritik der reinen Vernunft som fornuftens refleksjonsprosess)*, Bergen 1985.

shift, one that opens up a whole other methodological space compared to the legal method. Let us have a look at that.

## 5 Methodological pluralism: The possible approaches to studying law

### 5.1 *The starting point: Legal method for identifying positive law*

When one looks closer at it, legal, and legal scientific argumentation in particular, is complex. More or less any legal scientific thesis can be reconstructed so as to make claims of a number of different kinds: analytical, normative, and descriptive. Therein lies also the importance of methodological pluralism. This will be explained in more detail in the following subsections. However, to begin with, any study of law must begin by clarifying (at least some elements of) law. This goes in particular for legal doctrinal or dogmatic studies, as this clarification will constitute the very object studied. In this regard, as Hagerup also emphasised, legal science must conform to the standards of legal argumentation, or the legal method. So, the legal method is one part of the bigger picture of legal scientific methodologies, and indeed an essential one as well. The central place, distinctiveness and complexity of clarifying positive law, i.e. of legal dogmatics, gives legal science its unique character as a scientific discipline, and facilitates other scientific studies of positive law. Legal dogmatics should remain at the apex of legal science and is also likely to do so.

At the same time, in many regards it is not clear what this required legal method is. This problem is particularly familiar to international law,<sup>23</sup> but concerns also the Norwegian legal method in general.<sup>24</sup> The point here for us is that there are methodological sub-debates within legal science consisting of several methodological approaches. We will find further evidence of this in the other methodological dimensions that we are about to visit.

<sup>23</sup> See e.g. Knut Einar Skodvin, *Freedom of Navigation in the Exclusive Economic Zone under the LOS Convention – Balancing coastal and maritime State interests*, Bergen 2013 pp. 17 ff.

<sup>24</sup> See for instance Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2012. For more recent contributions to this discussion, see Synne Sæther Mæhle and Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgave, Oslo 2017 and Bjarte Askeland, “Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018”, *Lov og Rett* Vol. 57 No. 9, 2018 pp. 519–536. DOI: 10.18261/issn.1504-3061-2018-09-02.

## 5.2 *Legal theory for clarifying conceptual and systematic framework*

To clarify positive law *on a broader basis*, as legal science typically does, is no trivial project. Rather, legal science usually does this by applying certain *basic concepts* and *intellectual structures* as a means to arrange, present and fully explain the given legal rules. These concepts and intellectual structures are the invention of legal science itself. Positive law is even often formed by legislators and courts in light of such intellectual systems that the legal science has contributed with. In fact, one may say that this kind of intellectual system is the most important contribution legal science gives to the legal system. Consider for instance how important these intellectual systems are to the education of lawyers. Legal science also often influences legislation more specifically, for instance in regard to core concepts in positive law, such as intent in criminal law. Here we have an example of how the legislator sometimes is reluctant to legislate a certain subject if a proper understanding of it has not yet developed in legal theory.<sup>25</sup>

So, even if many legal scholars only reproduce the concepts and systems produced by previous scholars, they cannot be derived from the positive law itself, but are the product of legal science. This has important consequences to us. We cannot take them for granted even when they have settled into the given legal order, but must instead critically scrutinise them and, if they are invalid, should rework them.<sup>26</sup> In order to do so, we need a method. In this regard, the legal method cannot help us. We must instead turn to legal theory, which in turn facilitates (in particular) philosophical enterprises such as analytic philosophy, which brings us into the debates on philosophical methods. How to go about developing the proper concepts and systems of such for a particular field of law, is at the same time closely intertwined with other legal theoretical enterprises, for instance conceptions of the particular purpose and principles of the relevant field of law.<sup>27</sup> Again, we enter into a part of the legal scientific enterprise whose method is subject to debate on its own terms.

25 See Jørn Jacobsen, “Sløret forsett? Høgsterett mellom teori og praksis i strafferetten”, in Frode Ulvund and Jørn Øyrehaugen Sunde (eds.), *Lovens speil – Høgsterett 200 år*, Bergen 2015 pp. 143–176.

26 See for one example, Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker – en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, Bergen 2012.

27 See for instance on the system of criteria for criminal responsibility as expression of the principle of guilt in Linda Grønning, Erling Johannes Husabø and Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016.

### 5.3 *Legal history for clarifying the background of positive law*

In order to grasp properly, i.e. to *understand*, positive law, including its systematic dimensions, it is most often essential to include also a historical perspective on the subjects. It is for instance important to discover when and how the settled-in concepts and principles came to have this influence, and how established positive legal rules came about.<sup>28</sup> Some subjects have, of course, a longer history than others. We have already touched upon the long historical roots of criminal law compared to international environmental law. But no legal rule is without a history, and even the most recent legal inventions can be studied with regards to how they came about for instance, which actors were influential, and which perspectives were left out of the process. Here, legal history provides an indispensable tool. So, legal scientists should take into account historical perspectives, which call for historical and legal historical methods also being applied. Again, how to perform legal historical studies is a debated subject, a discussion that those who want to include this perspective will have to take into account.<sup>29</sup>

### 5.4 *Sociology of law & other empirical perspectives*

In order to understand the origin of legal rules, the sociology of law can also offer important perspectives. How are legal rules produced, and what legal rules are and are not produced? How do power systems, economic interests, and more, affect the legal regulation in a certain area? This is an indispensable perspective to any legal scientist who does not want to be an unconscious actor within power systems, and that ought to be all of us.

The sociology of law can offer several important perspectives on law and legal argumentation.<sup>30</sup> All legal rules and argumentation reflect some kind of conception of society and its elements and workings. To understand law is also to understand how such conceptions of society, social fields and interaction are embedded in the existing rules. These conceptions should also be subject to critical considerations: are they valid? Lawyers usually take for granted that law has the intended effects

28 For examples, see Eirik Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, Bergen 2012, and Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffefølgning, Den relative etterforsknings- og påtaleplikens rettslige rammer og rettslige utvikling i norsk straffeprosess*, Oslo 2013.

29 On the method of legal history, see for instance contributions in Dag Michalsen (ed.), *Rett, historie, metode*, Oslo 2005.

30 Further on the sociology of law, see for instance Ole Hammerslev and Mikael Rask Madsen, *Rettsociologi, Klassiske og moderne perspektiver*, København 2013.

in society. But to which extent is this true? It is only by means of sociological perspectives that we can provide something better than mere speculation on these matters. To gain knowledge about this is also of great relevance when considering whether a law should be changed, i.e. to legal politics, in which legal scholars often engage. So, once more, we are forced into a different methodological terrain, and new methodological debates, this time the debate on sociological method(s).

Another discipline that deserves to be mentioned in this regard is law and economics. Law, while reflecting a certain social state, most usually has its background in a desire to change the behaviour of social actors. However, how to achieve this is most often unclear. As said before, the simplistic conceptions of many lawyers (not to say politicians!) are clearly inept. We need a theoretical framework for being able to do more than speculate about the efficiency of law. In addition to legal sociology, law and economics here provide useful perspectives.<sup>31</sup> One way to exemplify this is how the 2018 Holberg Prize Laureate, Cass Sunstein, has provided us with a theory of “nudging”.<sup>32</sup> The methods of law and economics are however, just as little fixed as in the other disciplines we have mentioned. Again, we face a specific methodological debate.

In addition, other empirical perspectives are relevant to legal science. In some fields of law, mental health research can, for instance, be an essential perspective to include. It suffices here to point out the law (criminal, administrative, tort etc.) of mental illnesses.<sup>33</sup> Psychology is another empirical science that offers perspectives relevant to legal science. The law of children and the law of evidence are two central examples in this regard.<sup>34</sup>

### 5.5 Critical perspectives

It is the very nature of the work of lawyers to contribute to upholding the legal order and the existing legal rules. Given the commitment of science to a knowledge perspective, we should be more hesitant in this regard. The legal science in particular should be cautious about giving voice to legal orders and rules that cannot

31 On law and economics, see e.g. Erling Eide and Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, Oslo 2018.

32 Cfr. Cass R. Sunstein, “Nudging: A Very Short Guide”, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 37 No. 4, 2014, pp. 583–588. DOI: 10.1007/s10603-014-9273-1.

33 See for instance Linda Gröning, Karl Henrik Melle and Unn Haukevik, “Psychosis and Criminal Insanity in Norwegian Criminal Law”, forthcoming *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2019.

34 See for instance, Linda Gröning, “Kriminell lavalder – Noen utgangspunkter”, *Tidsskrift for straffrett*, Vol. 4, 2014 pp. 314–332 and Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse i praksis*, Bergen 2013.



be properly justified. To the extent there are justification problems (in a wide sense) with parts of the legal order that legal science contributes to, these should be critically scrutinised. This power scepticism was implanted into the DNA of science by the Enlightenment, and is essential to secure the autonomy of science, and dedication to truth. So, critical perspectives are indispensable to legal science. The challenge is of course to develop a critical perspective, which itself can claim to represent knowledge.<sup>35</sup> The most well-known and most debated project in this regard is *natural law*, which comes in both classical and modern forms. However, as illustrated by the *critical legal studies-movement* (CLS), there are also a number of other perspectives in play. Examples of this are feminism and law and literature. How to identify the correct perspective typically depends on (in particular) one's theory of law and justice. In particular, philosophical studies offer themselves here as tools in this regard. Importantly, such critical perspectives need not be critical in a negative sense. Instead, critically scrutinising something is basically to consider whether something is necessarily so or if there are alternatives to our current conceptions, and possibly even better alternatives. A criticism of this kind may very well result in a *defence* of the rules that were subject to criticism.

### 5.6 *Comparative law as a tool for critical reflection*

Elaborating on the last point, we should also mention comparative law. Comparison is a valuable exercise for several reasons. To us, however, comparison is particularly interesting as a fruitful means to develop critical perspectives. Loyalty to (national) law is important to any kind of legal order founded on rule-of-law-ideas but can also turn into an unwarranted belief in the correctness, legitimacy and superiority of (one's own) law. However, this is a mistake and one particularly damaging to legal science as a critical project. One remedy to this fallacy is to witness precisely how other legal orders solve problems differently, have other institutions and rules, and balance interests in a different manner, and see that these may even make good sense. Such contrasts and alternatives require us to critically scrutinise ourselves and consider the (validity of the) reasons we have for our own law and the culture in which we are embedded.<sup>36</sup> However, again, comparative law requires

<sup>35</sup> On critical perspectives, see Christoffer C. Eriksen, *Kritikk – Konfrontasjoner med rett og makt*, Oslo 2016.

<sup>36</sup> On legal culture, see e.g. Jørn Øyrehagen Sunde, "Managing the Unmanageable – An Essay Concerning Legal Culture as an Analytical Tool", in Sören Koch *et al.*, *Comparing Legal Cultures*, Bergen 2017 pp. 13–25.

its own methodology. Comparative projects are also often highly influenced by sociological, cultural and historical premises. This aptly reflects how methodological pluralism should be a more fluid and dynamic integration of different approaches, regardless through which perspective one enters. We should address the relation between the different sub-disciplines that we have mentioned from a knowledge-functional point of view.

## 6 Methodological pluralism: A knowledge-functional point of view

All the above-mentioned perspectives offer themselves as highly relevant perspectives to include in legal scientific reasoning. Furthermore, it is again important to underline that this “model” covers both the micro and the macro-perspective on legal science and its methodology. In the macro-perspective, the model covers all the different intellectual enterprises or sub-disciplines that are part of legal science as a discipline. In the micro-perspective, correspondingly, this model covers all the different methodological perspectives that *can* be engaged in a thesis. It is not easy to find a subject that does not warrant at least several of these perspectives to be applied. It is part of the methodological challenge for each researcher to clarify which of these perspectives are needed or at least capable of enlightening the given study object. Here, we should think of this in knowledge-functional terms. We have a toolbox of methodological perspectives, so we should constantly consider which tools we are *best served by*, given the aim of the study. Different research questions call for different methodological blends, which imply that the methodological mixture may very well change from book-to-book, article-to-article, and sometimes even chapter-to-chapter in our theses. A central reason for why it is not possible to give a more specific answer in this regard is the fact that answers the question: “What is a fruitful research question for a legal scientific study”, cannot be answered only by considering positive law as the study object. The existing state of the art in legal science must also be taken into account. Sometimes, the current knowledge situation must be improved, for instance by distinctly theoretical enterprises, as a means to (later on) better understand the given aspect of positive law.

An obvious challenge, one that probably strikes anyone that has experience with cross-disciplinary work, is, however, the following: This kind of methodological pluralism calls for a legal scholar to go beyond the legal method and include

perspectives such as philosophy, sociology and more. Knowing how hard, risky and frustrating cross-disciplinary work can be, even when only two disciplines are involved, how on earth can one legal scholar manage to work in the intersection of several disciplines? Few of us have the capacity to do that (properly).

Here, we must first of all think of knowledge production in science in terms of *division of labour*. One must make choices and prioritise what kind of knowledge contribution oneself finds to be most well-reasoned to give. So, each should try to figure out where within this model one's identity as a researcher is located. Some of us want to be legal dogmatics, others dedicate themselves to legal philosophy and others again to critical perspectives. When you have made this choice, you may go on into the more specific debates on the more specific methodological discussions within your location, regardless of where it is. As shown, each sub-discipline has its own methodological debates.

However, these choices should be made without downplaying the importance of the other possible perspectives. Rather, we should simply leave it to others to bring these perspectives to the table. A legal scholar who wants to concentrate on studies of positive law, by exploring the theoretical or conceptual structure of this system of norms, should not think of this as more "honourable" than for instance a historical or a comparative study. Instead, she should be particularly grateful for the fact that other scholars concentrate on the historical and comparative dimensions of the given legal subject and thereby facilitate her own doctrinal study or at least spin other threads in the larger web of beliefs. If we manage to develop legal science as a discipline that contains this multitude of investigations from different methodological perspectives, and manage to let them interact in different manners, by projects, co-authored works, debates, and simply by reading and referring to each other, we have come a long way.

Settled-in disciplines, such as criminal law science (internationally at least), *can illustrate* precisely this multitude of methodological perspectives. Here, we find investigations of positive law, legal theoretical perspectives on the basic concepts, principles and intellectual systems, criminal law historical studies, comparative perspectives of different criminal law orders, sociological and empirical perspectives on crime and punishment in society, criminal law and economics-studies and critical perspectives. The criminal law scholar can draw from the many impressive intellectual works there are in each sub-discipline.

However, we should readily admit that also in this field a visit to the library will not result in finding a historical study that delivers just those historical perspectives

and premises for which one is looking. So, also in criminal law the doctrinal researcher must do a lot of the work herself, which brings us back to the inherent difficulties there are in operationalising different intellectual perspectives.

Again, however, there is a workable way out. And again, my advice would be to try to keep it simple. In the similar way that one should try to map out the basic landscape of the methodological debates, legal scholars who are in need of, for instance, (legal) historical perspectives in their reasoning, are well advised to avoid trying to *be(coming)* a historian. To do history of law properly requires that one dedicate oneself to a *cross-disciplinary* project. We should be grateful to those that do so, but this is however a far more ambitious and exhausting enterprise than we would advise most legal scholars to attempt. Instead, legal scientists with a broader engagement than the history of law, or other such specific discipline within legal science, should do something less ambitious and perhaps more productive to them, that is to *assimilate* the (legal) historian when dealing with the historical dimension in the line of reasoning, to assimilate the (legal) sociologist when developing the factual premises and so forth. To stick with legal history as an example: lawyers often make historical outlines that work well as part of contemporary legal reasoning, for instance in terms of simplified, straight linear and progressive stories about the past. However, when one has spent some time with historically oriented scholars, legal historians included, one learns to avoid such stories. For instance, by reading historical studies, listening to and debating with historians, one may learn some basic ideas, perspectives and insights from historical reasoning. That may be just enough to avoid those claims that make (legal) historians fall off their chair (for the wrong reasons). This results easily in more modest claims with lots of reservations. However, this is, from a scientific point of view, more honourable than a stronger, but unwarranted, claim. It is also probably a better way to establish a connection to the historical discussions, which can pick up on it and bring more complexity to the table – in the good manner of scientific exchange and sharing of knowledge, for the benefit to all of us.



# Politi- og påtalerett som akademiske fag ved Det juridiske fakultet i Bergen

*Professor Gert Johan Kjelby*

## 1 Innledning

Akademiske fag hører først og fremst til på et universitet. Begrepet «akademisk» gir da også uttrykk for en virksomhet på et høyt faglig nivå, hva enten det er forskningsbasert undervisning eller forskning og publikasjoner med forankring i den aktuelle vitenskapens anerkjente metode.

I dette bidraget til fakultetets jubileum skal jeg gi en oversikt over fagdisiplinene «Politirett» og «Påtalerett» og den plass disse har, og har hatt, som akademiske fag ved Det juridiske fakultet i Bergen. Politirettsfaget er eldre enn fakultetet selv og strekker seg helt tilbake til 1977. En festskriftartikkel må nødvendigvis bli både noe oversiktspreget og selektiv med hensyn til hvilke temaer som berøres og hvilke biografiske og bibliografiske opplysninger som er tatt med.<sup>1</sup> Mitt hovedfokus har vært å fremheve noen viktige hendelser og faglige milepæler. Særlig årene 1977, 1998 og perioden 2011–2017 peker seg ut.

## 2 Politi og påtalerett

Begrepene «politirett» og «påtalerett» gir først og fremst assosiasjoner til den rettslige regulering av to etater: politiet og den offentlige påtalemyndighet. Fagfeltet «påtalerett» kan beskrives som det rettsområdet som omhandler rettsregler

---

<sup>1</sup> Henvisninger til faglærer, eksamenskrav og litteratur er, med mindre annet er nevnt, hentet fra publikasjonen «Universitetet i Bergen, Plan for rettsstudiet og offentlig rett», for årene 1981–2002. For biografiske og bibliografiske opplysninger, se Kjersti Lothe Jacobsen (i samarbeid med Jarle Golten Smørdal), *Juridisk fakultetsbibliografi: systematisk og alfabetisk bibliografi: biografi over ansatte ved fakultetet 1969–1994*, skriftserie nr. 47, Universitetet i Bergen 1996.

av særlig betydning for den offentlige påtalemyndighetens rolle og oppgaver, dvs. grunnleggende prinsipper, lovregler og annen relevant rettslig normering som gjelder påtalemyndighetens organisasjon, kompetanse, rolle og funksjon i straffeprosessen.<sup>2</sup>

Påtalemyndigheten er som kjent integrert i politiet, gjennom politijuristenes plass i politiets organisasjon og dets hierarki og påtalemyndighetens ansvar for politiets straffesaksbehandling. Politipersonell uten påtalemyndighet utfører etterforskningen i straffesaker, men de har også til oppgave å opprettholde den offentlige ro, orden og sikkerhet (de såkalte polisiære oppgaver), i tillegg til rene forvaltningsoppgaver. Disse oppgavene ligger utenfor straffesaksbehandling og påtalemyndighetens ansvarsområde. «Politirett» defineres av den grunn som «læren om politiet som forvaltningsmyndighet og straffeforfølgingsmyndighet».<sup>3</sup> Fagfeltet «politirett» i vid forstand, er det rettsområdet som omhandler grunnleggende prinsipper, lovregler og annen *relevant* rettslig normering som gjelder for politiets organisasjon (det organisatoriske/formelle politibegrep) og politiets funksjoner (det funksjonelle/materielle politibegrep), herunder de oppgaver politiet har, og de virkemidler politiet er gitt for å løse disse oppgavene.<sup>4</sup>

### 3 Et historisk tilbakeblikk og utsyn

Francis Hagerup fremhevet i 1901 at «den ældre jurisprudents [...] væsentlig fæstede sin opmærksomhed ved den konkrete side af retsstoffet», mens den moderne rettsvitenskap, både i litteraturen og «hvorpaa faget foredrages her ved vort universitet – mere stræber at paavise den generelle sammenhæng i retsstoffet».<sup>5</sup> Et tilbakeblikk på politirettens skjebne som universitetsfag i Danmark på 1800-tallet illustrerer Hagerups poeng.

Ved en forordning av 26. januar 1821 ble politirett etablert som et eget universitetsfag ved Københavns Universitet, og i 1825 utga den fagansvarlige, professor Kolderup-Rosenvinge, den første lærebok i politirett.<sup>6</sup> Forfatteren søkte å gi faget

2 Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017, s. 19.

3 Ragnar L. Auglend og Henry J. Mæland, *Politirett*, Oslo 2016, s. 50 (uthevet her).

4 Auglend/Mæland, op.cit. Se også Steinar Fredriksen og Tor-Geir Myhrer, *Politirett i et natteskill*, Oslo 2016, s. 17–19.

5 Francis Hagerup, «Til rettsvidenskabens metode», i *Udvalgte mindre juridiske afhandlinger*, Kristiania 1901, s. 1–57 (s. 3–4).

6 J.L.A. Kolderup-Rosenvinge, *Grundrids af den danske Politiret. Til Brug ved Forelæsninger*, 1. utgave, København 1825. Andre, og siste, utgave er fra 1828.



et «akademisk» løft i sin fremstilling. I forordet heter det at forfatteren har forsøkt, så langt det lar seg gjøre, å unngå for mange detaljer, bl.a. fordi

Betragninger over Politilovgivningen henhøre til Politividenskaben, ikke til en systematisk Fremstilling af Politiretten, og en udførlig Detail passer sig vel for en Haandbog i Politiretten, men ikke for et Compendium til Brug for akademiske Forelæsninger.<sup>7</sup>

Men som akademisk disiplin fikk faget nokså kort levetid. I 1839 ble det fjernet fra studieplanen i København, og det ble felt en nokså hard dom over faget. Som en del av begrunnelsen for å fjerne politirett fra studieordningen ble det bl.a. uttalt at faget ikke var

stort andet end et klassificeret aggregat af vilkårlige, til dels temporære, bestemmelser [...]. Sådanne discipliners optagelse i den akademiske cyklus skader agtelsen for lovkyndigheden, thi den bliver derover mere og mere anset som en blot hukommelsesvidenskab.<sup>8</sup>

Først i 2007 ble det på ny etablert undervisning og opprettet et eget professorat i politirett i København.<sup>9</sup> En lærebok i dansk politirett ble først utgitt i 1996.<sup>10</sup>

I Sverige har det vært et noe større fokus på politiet som forskningsfelt. Erik Sjöholm disputert allerede i 1964 til juris doktor med avhandlingen «Om politimakten och dess begränsningar», og i 1973 ga samme forfatter ut en bok om politiets inngrepsrett og -plikt.<sup>11</sup> Disse fremstillingene har også satt sitt preg på tilfanget av kilder i faget, anvendelig også i norsk rett.

I motsetning til politirettens status i København etter 1839 og frem til 2007 har politirett hatt en adskillig sterkere forankring i det juridiske fagmiljøet ved

7 Kolderup-Rosenvinge, op.cit. (uthevet her).

8 Professor J.F.W. Schlegels betenkning av 30. august 1933, sitert etter Henning Koch og Henrik Stevnsborg, «Fra politiret til politividenskab», i *Suum Cuique, Retsvidenskabelige Afhandlinger Fra Københavns Universitet*, 1991, s. 66–72 (s. 67), hvor forfatterne også viser til en tilsvarende utvikling i Tyskland.

9 Professor, dr.philos. Henrik Stevnsborg.

10 Ib Henricson, *Politiret*, 1. utgave, København 1996 (6. utgave 2016). Utgaven fra 1996 var på 275 sider, utgaven fra 2016 er på 1162 sider.

11 Erik Sjöholm, *Om politimakten och dess begränsningar*, Stockholm 1964, og Erik Sjöholm, *När och hur får polisen inngripa? Polisrättens allmänna grunder*, Stockholm 1973 (utgitt i 2. opplag 1978).

Universitetet i Bergen. Allerede i undervisningsåret 1977, før opprettelsen av Det juridiske fakultet i 1980, ble det gitt forelesninger i politirett ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Bergen. Pådriveren var tidligere statsadvokat, professor Sverre Tønnesen. Hans navn er og blir uløselig knyttet til det politi- og påtalerettslige fagmiljøet ved Universitetet i Bergen.

#### 4 Sverre Tønnesen og hans forslag om innføring av politirett som spesialfag

Sverre Tønnesen (1933–1979) var cand.jur. fra Universitetet i Oslo. Han hadde bakgrunn som politiembetsmann i Vest-Finnmark da han ble universitetslektor her, i perioden 1969–70. I 1970–1974 var han utnevnt til statsadvokat i Bergen og Hordaland. Han disputerte og fikk den juridiske doktorgrad i 1973 mens han fremdeles var statsadvokat. Han ble den første dr. juris fra Universitetet i Bergen, riktignok ikke på et politirettslig emne, men med en avhandling om retten til jorden i Finnmark.<sup>12</sup> Etter noen år som førsteamanuensis ble han i 1976 professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen, «med særlig plikt til å forelese over strafferett og prosess».<sup>13</sup> Han satt i stilling frem til sin død i januar 1979.

Tønnesens arbeid med å få innført politirett som spesialfag på embetsstudiet i rettsvitenskap begynte allerede i 1975. I desember 1975 publiserte han et manuskript som han i forordet omtaler som «en liten håndrekning til den praktiserende strafferettsjurist» og som et bidrag til en «skriftserie om ulike politirettslige emner» som kan danne «det nødvendige grunnlaget for å etablere politirett som spesialfag ved universitetet».<sup>14</sup>

I et møte i Rettsvitenskapelig seksjon, mandag 13. desember 1976, var dagsordenens punkt 2: «Politirett spesialfag». Vedlagt innkallingen fulgte et 12 siders notat fra professor Tønnesen. Han oppga her seg selv som «ansvarlig faglærer», formulerte eksamenskrav og en kort liste over tillatte hjelpemidler (politiinstruksen

12 Sverre Tønnesen, *Retten til jorden i Finnmark: rettsregler om den såkalte «Statens umatrikulerte grunn» – en undersøkelse med særskilt sikte på samenes rettigheter*, 2. bind, Bergen 1972. Avhandlingen ble utgitt i 2. utgave på Universitetsforlaget i 1979.

13 Utnevnt 19. november 1976, se St.meld. nr. 6 (1977–1978) *Embetsutnevnelser*, på s. 67 (inntatt i Stortingsforhandlingene for 1977/78, vol. 122, nr. 3b).

14 Sverre Tønnesen, *Forulempelse av politimann (Straffeloven §§ 127, 128 og 326)*, manuskript 18. desember 1975, Bergen 1975. Arbeidet er på 178 sider. Se også hans artikkel «Saker om rettsstridig adferd fra polititjenestemenn», *Lov og Rett*, 1976, s. 340–366.

og påtaleinstruksen) til den første eksamensavvikling høsten 1977, etterfulgt av en grundig redegjørelse om hvorfor faget burde opprettes.

I sin begrunnelse viste Tønnesen til en rekke forhold. For det første: Faget ville gi studentene anledning til konkret å fordype seg i rettsstoff i et «praktisk orientert» emne som de «i mer generell form har møtt i de mer generelle og obligatoriske fagene», særlig forvaltningsrett og straffeprosess. For det annet kunne faget også dekke «litt av det etterutdanningsbehov som finnes», særlig hos politijurister og polititjenestemenn. For det tredje kunne faget inngå som emne i «offentlig rett mellomfag» og i tillegg supplere det etablerte spesialfaget «Veitrafikkrett». For det fjerde, og kanskje viktigst, kunne faget dekkes av han alene, både de «vesentlige deler av undervisningen» og den fremtidig «forskningsinnsats». Tønnesen fremhevet videre at politirett «forskningsmessig faller godt inn i de felter» som fra før «særlig interesserer» Institutt for offentlig rett.

Et siste av Tønnesens argument peker mot den særskilte studieordning for Bergen («77-ordningen») som trådte i kraft fra 1978, til erstatning for studieordningen i Oslo som så langt var blitt fulgt også i Bergen; han fremhevet at «faget ikke finnes ved Universitetet i Oslo», og at det var «en fordel at vi her har emnekretser vi er alene om å tilby undervisning/eksamen i».<sup>15</sup>

Seksjonsrådet fattet følgende vedtak:

Det foreslås overfor fakultetet [Det samfunnsvitenskapelige] at politirett tilføyes i listen over spesialfag fastsatt i medhold av eksamensreglementet § 5.<sup>16</sup>

Tidspunktet for forslaget og seksjonsrådets vedtak traff tidsånden. Det er neppe tilfeldig at det i statsråd uken før, fredag 10. desember 1976, var oppnevnt et bredt sammensatt utvalg som skulle utrede politiets rolle og oppgaver i samfunnet.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Se notat til seksjonsmøtet fra Sverre Tønnesen, punkt II/a–h, vedlagt protokoll fra møte i Seksjonsrådet mandag 13. desember 1976. Men det må påpekes at det forelå et bidrag til *politirettsforskningen* fra Institutt for kriminologi og strafferett i Oslo, se Anne Marie Støkken mfl., *POLITIET i det norske samfunn*, Oslo 1974.

<sup>16</sup> Protokoll fra møte i Seksjonsrådet mandag 13. desember 1976.

<sup>17</sup> Utvalget avga sin utredning i 1981, se NOU 1981: 35 Politiets rolle i samfunnet. Delutredning I, fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon av 10. desember 1976, avgitt til Justis- og politidepartementet i november 1981. Se også NOU 1987: 27 Politiets rolle og oppgaver i samfunnet. Delutredning 2.

På nyåret 1977 utarbeidet Tønnesen et 40 siders dokument: «Orientering om politirett spesialfag ved Universitetet i Bergen».<sup>18</sup> Det fremgår her at faget allerede var møtt med interesse «fra jurister som ikke har vært ved universitetet på mange år – og også fra tjenestemenn som aldri har prøvd seg på akademisk studium», og spørsmål fra disse viste at det var et behov for «orienterende opplysninger, som den ordinære student kan finne overflødig». Men fremstillingen er langt mer enn «orienterende». Den er nærmest en innførings- og oversiktsartikkel i faget, tematisk oppbygget og med utførlige studieråd og oversikt over politirettslig historie og begrep, litteratur og andre kilder.

## 5 De første tiår og den faglige produksjon

Foruten å ha oversikt over politioppgavene og den historiske utvikling mente Tønnesen at det måtte kreves grundig kjennskap til rettsreglene om politi- og lensmannsetatens organisasjon, politimannens rettigheter og plikter overfor arbeidsgiver, politimannens strafferettslige vern, ansvaret for rettsstridige tjenestehandlinger og reglene om når og hvorledes politiet skal gripe inn for å opprettholde den alminnelige orden, fred og sikkerhet i ulike situasjoner, forebygge straffbare handlinger og yte bistand.<sup>19</sup>

Utover disse «klassiske» polisiære spørsmål skulle faget også gi påtalerettslig kunnskap: «grundig kjennskap til de generelle reglene som fastlegger påtalemyndighetens organisasjon og oppgaver, samt når og hvorledes politiet/påtalemyndigheten skal handle ved forfølgningen av straffbare handlinger», herunder hovedreglene i internasjonal strafferett og -prosess. I tillegg var promillesaker og de mindre narkotikasakenes behandling særskilt fremhevet.<sup>20</sup>

I det første undervisningsåret (1977) forelå det ikke noe trykt pensum.<sup>21</sup> Tønnesen var selv kritisk til «pensumlister» og «autoriserte lærebøker», fordi det ofte ble en anvisning på «det som skal pugges». Når spesialfaget var lagt til slutten på studiet, mente han at poenget var å «vise fordypningsevne og evne til selvstendighet»,

18 Dokumentet er udatert og upublisert. Ragnar L. Auglend har opplyst meg om når det er utarbeidet, og velvillig gitt meg en kopi fra sitt private arkiv.

19 Se notat fra Sverre Tønnesen, punkt I/c–e, og «Orientering om politirett spesialfag [...]», s. 8–9.

20 Se notat fra Sverre Tønnesen, punkt I/f–g.

21 Eldre utgivelser – håndbøker utgitt av politiembetsmenn – var uegnet til dette, se Didrik Schnitler, *Fremstilling af den norske Politilovgivning*, Christiania 1870, og Paul Holmsen, *Haandbog i Politilovgivningen*, Kristiania 1890.

og da «må pensumlister bannlyses».<sup>22</sup> Men visse råd om hvor studentene kunne finne lesestoff, måtte den fagansvarlige gi, og en formalisering av slike råd var neppe til å unngå.

For å avhjelpe situasjonen ble det derfor trykket to kompendier som ble utgitt i mai og oktober 1978.<sup>23</sup> Hefte 1 besto av noen artikler og utdrag fra lovforarbeider.<sup>24</sup> Men i stor grad var det materiale som i forordet omtales som «forelesningsmanuskript» og «kladd til manuskript», enten fra Tønnesen selv eller foreleserne i faget. Hefte 2 inneholdt universitetslektor Trygve Fosnes' fremstilling av «politiets oppgaver og midler i trafikksituasjoner», i tillegg til emner som «politiorganisasjonen», demonstrasjoner og arbeidskonflikter som politirettslige problem og «politiets kompetanse og plikter i forhold til barn og sinnssyke».<sup>25</sup> Flere kapitler fra Sjöholms forfatterskap og boken til Støkken (mfl.) ble tidlig en del av anbefalt litteratur i faget.

Tønnesens ambisjon var å utgi til sammen fire hefter, men kompendiene ble etter hvert utgitt i seks nummererte hefter av ulik farge, skrevet og/eller redigert av Tønnesen selv.<sup>26</sup> Det var flere ansatte i Bergen som bidro i kompendiene og undervisningen, bl.a. Trygve Fosnes, Per Stavang og Arne Fanebust.<sup>27</sup>

Sverre Tønnesen døde som nevnt i januar 1979, kun 45 år gammel. Etter hans død ble det utgitt andre manuskript fra hans hånd, og som dels bygget videre på hans bidrag i stensilseriene.<sup>28</sup> Etter hvert kom det også reviderte utgaver av de eldre kompendier.<sup>29</sup> Uansett hvilken bibliografisk merkelapp eller hvilket vitenskapelig kvalitetsstempel en vil sette på disse politirettslige kompendier, viste de seg i hvert

22 Se notat fra Sverre Tønnesen, punkt II/b.

23 Sverre Tønnesen (red.), *Kompendium beregnet på studium av spesialfaget politirett*, hefte 1, Bergen mai 1978, og hefte 2, Bergen oktober 1978.

24 Blant annet Indstilling fra den departementale politilovkomite av 1912. Udkast til lov om politiets ordning mv., Kristiania 1914 (Politilovkomiteen 1912). Også trykt som bilag til Ot.prp. nr. 59 (1920) Om lov om politiets ordning mv.

25 Utarbeidet av henholdsvis ekspedisjonssjef Herman Berger, politimester Sigurd Müller, politifullmektig Stein Ulrich og professor Anders Bratholm.

26 Sverre Tønnesen (red.), *Kompendium beregnet på studium av spesialfaget politirett*, hefte 1–6, Bergen 1978–1979, og Sverre Tønnesen, *Regelsett av betydning for studiet av politirett*, 1. utgave, Bergen 1978 (2. utgave og revidert utgave i 1992 og 1997).

27 Se Trygve Fosnes, *Politiets oppgaver og midler i trafikksituasjoner*; Per Stavang, *Om forhandlingsrett, drøftingar og samarbeidsutval*; og Arne Fanebust, *Politimannens tjenesterettslige stilling*.

28 Sverre Tønnesen, *Internasjonal strafferettspleie*, bind 1 og 2, Bergen 1981, som bygger videre på hans fremstilling «Internasjonal strafferett, herunder internasjonal rettshjelp i straffesaker», i *Politirett: Kompendium beregnet på studium av spesialfaget politirett*, hefte 4.

29 Sverre Tønnesen, *Politirett: Kompendium: utdrag av hefte 1 og 2*, Bergen, revidert utgave 1990, og Sverre Tønnesen, *Regelsett av betydning for studiet av politirett*, Bergen, revidert utgave 1992.

fall svært robuste og levedyktige. De sto, i opprinnelig eller revidert form, som tilrådd litteratur i spesialfaget i 20 år, helt fremt t.o.m. studieåret 1997–1998.

Etter Tønnesens bortgang bidro universitetslektor Trygve Fosnes til fagets pensum og til en viss politirettslig nyproduksjon, men også dette arbeidet var i stensil og notats form.<sup>30</sup>

Politirett overlappet lenge deler av spesialfaget «Veitrafikkrett» (som ble nedlagt i 1989). Ifølge Tønnesens forslag til eksamenskrav i Politirett skulle studentene skaffe seg grundig kjennskap til «politiets inngrepsrett og -plikt i trafikksituasjoner», reglene om «ansvar for føring av motorvogn i ikke-edru tilstand» og «rettsvesenets behandling av slike saker», men som han skrev: «Litteraturen her er nærmest lik null.» Det tok noe tid før dette behovet ble møtt, men i 1979 forelå det et manuskript om veitrafikklovens virkefelt og sanksjoner, skrevet av daværende politiembetsmann, Ragnar L. Auglend, som også foreleste ved fakultetet.<sup>31</sup> I 1981 forelå det en grundig fremstilling om promillekjøring av daværende stipendiat Magnus Matningsdal, som i 1983 ble supplert av en artikkel om trafikksaker i forhørsretten.<sup>32</sup>

Det er sannsynlig at disse spesialfagene også stimulerte til skrivelyst blant noen studenter. I 1979 ble det i hvert fall innlevert særavhandlinger til embetseksamen, som omhandlet både politiarrest og førerkortbeslag.<sup>33</sup>

I undervisningsårene 1981–1985 er Jo Hov oppgitt som fagansvarlig for Politirett. Hov var professor i Bergen i 1976–1983. I 1983 utga han, som den første, en rendyrket påtalerettslig fremstilling om påtalemyndighetens organisasjon og kompetanse, som var skrevet i hans tid som professor her.<sup>34</sup> Underlig nok ble den ikke tatt inn som tilrådd litteratur i Politirett, men det kan ha sammenheng med at det ved ikrafttreddelsen av straffeprosessloven noen år senere (i 1985) bl.a. forelå en grundig utredning til ny påtaleinstruks som dekket dette.<sup>35</sup>

30 Trygve Fosnes, *Politirett: allmenn politirett: politiets oppgaver og funksjoner*, Bergen 1984. Notat utarbeidet til studieformål.

31 Ragnar L. Auglend, *Vegtrafikkloven: virkefelt og reaksjoner*, Oslo 1979 (revidert, og i ny utgave 1981). Se også Ragnar L. Auglend, *Med blått lys og sirene*, Stensilserie nr. 20, Oslo 1975, som var pensum i veitrafikkrett 1981–1982.

32 Magnus Matningsdal, *Promillekjøring og etterfølgende alkoholnyttelse: vilkårene for straff*, Oslo 1981, og Magnus Matningsdal, «Trafikksaker i forhørsretten», *Jussens Venner* 1983, s. 93–116.

33 Se oversikten i Lothe Jacobsen, op.cit., s. 123.

34 Jo Hov, *Påtalemyndighetens organisasjon og kompetanse*, Bergen 1983.

35 Se NOU 1984: 27 *Ny påtaleinstruks* og NOU 1988: 38 *Politi og påtalemyndighet. Arbeids- og ansvarsfordeling*, som begge var anbefalt tillegglitteratur frem til 2017. Hovs senere fremstillinger om påtalemyndigheten kom senere med i pensum, senest Jo Hov, *Rettergang II*, Oslo 2010, kapittel 35–43.

Politirettsfaget sto nokså uendret med hensyn til innhold, eksamenskrav og tilrådd litteratur frem til midt på 1990-tallet. Det var likevel visse justeringer i omfang og studiepoeng. Fra 1983 og frem til 1997 ble det gitt 30 studiepoeng for Politirett som spesialfag.

## 6 Poli- og påtalerettsfaget fra 1990, særlig fremstillingen *Politirett* i 1998

Henry John Mæland er oppgitt som fagansvarlig for Politirett fra 1990. Han var professor i Bergen i tidsrommet 1988–2018. Det skjedde både smått og stort i den tiden han hadde fagansvaret. For studieåret 1990–1991 ble det tilføyd en kort og viktig, men først og fremst en presisering av eksamenskravene: «[g]rundig kjennskap til kompetanseområdet til påtalemakta». For studieåret 1994–1995 ble også «kjennskap til førerkortreaksjoner» tilføyd læringskravene.

For studieårene 1990–1991 og 1993–1994 ble pensumsituasjonen vesentlig styrket ved at utredningene til ny politiinstruks fra 1988 og til ny politilov fra 1991 ble tatt inn i pensum.<sup>36</sup>

Den nye politilov tok også sikte på å lovfeste den sedvaneforankrede *materielle* politirett (særlig «generalfullmakten»), i motsetning til den eldre politilov som hadde en organisatorisk innretning. Helt sentral i dette utredningsarbeidet var daværende byrettsdommer Ragnar L. Auglend, som fra 1993 også gikk inn som underviser i faget.

Etter et forslag fra amanuensis Asbjørn Strandbakken i 1997 ble pensum endret, og faget fikk et nytt navn fra 1998: «Poli- og påtalerett».<sup>37</sup> Det ble nå tilføyd at det krevdes «[g]rundig kjennskap til sakshandsamingsreglane for påtalemakta», for å presisere de forventninger man må stille til kandidatene. Fra studieåret 1998–1999 ble det også tilbudt et mindre omfattende spesialfag: «Politirett». Man begrenset studiet til politirettslige (polisiære) tema for å gi et mer variert tilbud, med særlig sikte på å imøtekomme et behov blant polititjenestepersoner.

<sup>36</sup> Se *Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet med motiver*, utarbeidet av byrettsdommer Ragnar L. Auglend etter oppdrag fra Justisdepartementet, avgitt mars 1988, og *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, avgitt april 1991, utarbeidet av byrettsdommer Ragnar L. Auglend, politiadjutant Per Gammelgard og politiadjutant Lars Stoltenberg etter oppdrag fra Justisdepartementet.

<sup>37</sup> Notat til Fakultetsstyret og Undervisnings- og eksamensutvalget (sak 40/97), fra amanuensis Asbjørn Strandbakken (tiltrådt av fagansvarlig Henry J. Mæland).



Endringene i 1997–1998 hadde sammenheng med en av politirettsmiljøet i Bergens viktigste milepæler. I 1998 utkom boken *Politirett* og en tilhørende oppdatert regelsamling for politiet. De sentrale forfatterne var fagansvarlig, professor Henry J. Mæland, og byrettsdommer Ragnar L. Auglend, som bl.a. hadde sine omfattende forelesningsdisposisjoner og -notater å bygge videre på. Med seg hadde de også Knut Røsandhaug, daværende stipendiat ved fakultetet.<sup>38</sup> Boken, med sine over 1000 sider, dekket både pensum i Politirett og deler av pensum i Påtalerett. Den utkom senere i flere utgaver, den foreløpig siste i 2016, og boken har nå vært standardverket i politirettsfaget i 20 år.<sup>39</sup> Det er illustrerende for temaet for denne artikkel at førsteutgaven har påskriften «Til minne om Sverre Tønnesen».

Til tross for Tønnesens sterke oppfatninger om «pensum» og «autoriserte lærebøker» er det uomtvistet at utgivelsen av *Politirett* i 1998 representerte et stort vitenskapelig løft for politiretten, et kjærkommet og betydelig bidrag til oversikt og læring for studentene, og – ikke minst – en gullgrube av tilgjengeliggjort kunnskap for praktiserende politipersonell og påtalejurister på alle nivå. Den innfrir også Hagerups ideal om «at paavise den generelle sammenheng i retsstoffet».

Som ledd i en større omlegging av spesiallemnene ble faget på ny delt fra høsten 2008. Det ble nå opprettet to fag: «Politirett» (20 studiepoeng) med Mæland som fagansvarlig, og «Påtalerett» (10 studiepoeng) med Strandbakken som fagansvarlig. Mæland hadde fagansvar i Politirett frem til sin avgang i 2018, men med betydelig bistand fra Ragnar L. Auglend, særlig hva gjelder undervisningen. Senere kom også visepolitimester John Reidar Nilsen, spesialrådgiver Arild Aaserød, advokat Bjarne Kvam og professor i Oslo, Johan Boucht, inn som forelesere.

Fagansvaret og undervisningen i «Påtalerett» ble overtatt av denne artikkelens forfatter i 2017. Etter Mælands avgang i 2018 overtok Strandbakken fagansvaret for «Politirett».

## 7 Annen akademisk produksjon

Fagområdene politirett og påtalerett er nær knyttet til fagområdene forvaltningsrett, strafferett og straffeprosess. I behandlingen av mange spørsmål kan de betraktes som spesiell forvaltningsrett, prosessrett og spesiell strafferett. Det hører her

38 Ragnar L. Auglend, Henry J. Mæland og Knut Røsandhaug, *Politirett*, 1. utgave, Oslo 1998.

39 Ragnar L. Auglend, Henry J. Mæland og Knut Røsandhaug, *Politirett*, 2. utgave, Oslo 2004, og Ragnar L. Auglend og Henry J. Mæland, *Politirett*, 3. utgave, Oslo 2016.

med å nevne at kjennskap «til hovudreglane i internasjonal strafferett og prosess, særleg området for norsk strafferett og reglane om utlevering av lovbrytarar», gjennom hele 1980- og -90-tallet var del av eksamenskravene, ikke i strafferett og rettergang, men i spesialfaget Politirett.

Enhver juridisk doktoravhandling på de nevnte fagfelt vil selvsagt være direkte relevant for rettsspørsmål som behandles i politirett og påtalerett. Det har ikke manglet på slike i fakultetets historie. På 1980-tallet disputerte Henry J. Mæland og Magnus Matningsdal med sine avhandlinger i strafferett.<sup>40</sup> På 1990-tallet disputerte Jørgen Aall med en avhandling om EMK artikkel 6 og dens betydning for norsk straffeprosess, og Erling Johannes Husabø om rett til selvvalgt avslutning av livet.<sup>41</sup> I 2002 disputerte Asbjørn Strandbakken med en avhandling om uskyldspresumsjonen, som også behandlet en rekke spesifikke påtalerettslige spørsmål, bl.a. beviskravet for å beslutte tiltale, og de rettslige rammer for bevisførselen i straffesaker.<sup>42</sup> Av andre publikasjoner i denne periode bør også Matningsdals artikkel om påtaleinstruksen nevnes.<sup>43</sup>

Avhandlinger som i høy grad er politi- og påtalerettslig relevante, ble også levert i perioden 2009–2011.<sup>44</sup> Men en juridisk doktoravhandling som *rendyrket påtalerettslige problemstillinger*, ble først forsvart ved Det juridiske fakultet i Bergen i 2012, da denne artikkelens forfatter disputerte med en avhandling om opportunitetsprinsippets fremvekst og triumf som påtalerettslig håndhevingsprinsipp.<sup>45</sup>

40 Henry J. Mæland, *Ærekrenkelser*, Bergen 1986, og Magnus Matningsdal, *Inndragning*, Oslo 1987.

41 Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess*, Bergen 1995, og Erling Johannes Husabø, *Rett til selvvalgt livsavslutning?*, Bergen 1994. Se også Husabø's fremstilling, *Straffansvarets periferi. Medverking, forsøk, førebuing*, Bergen 1999.

42 Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen «In dubio pro reo»*, Bergen 2003.

43 Se Magnus Matningsdal, «Påtaleinstruksens rettslige karakter og virkning», i Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), *Nybrott og odling: festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002*, Bergen 2002, s. 297–308.

44 Se Jørn R.T. Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Bergen 2009; Gjermund Mathisen, *Utlevering for straffbare forhold*, Oslo 2009; Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010; Elizabeth Baumann, *States in transition and the duty to prosecute international crimes. Alternatives under international law with lessons from Afghanistan*, Universitetet i Bergen, Bergen 2011; og Annika Suominen, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters: A study of the principle in four framework decisions and in the implementation legislation in the Nordic member states*, Cambridge 2011.

45 Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffefølgning. Den relative etterforsknings- og påtaleplikts rettslige rammer og rettslige utvikling i norsk straffeprosess*, Universitetet i Bergen, Bergen 2012. Utgitt med samme tittel på Cappelen Damm, Oslo 2013.

Akademia i Sverige og Finland var derimot langt tidligere ute med doktorgradsarbeider i påtalerett.<sup>46</sup>

Juridiske doktoravhandlinger som særlig *rendyrker politirettslige problemstillinger*, ble det etter hvert flere av ved fakultetet. I 2014 disputerte Bjarne Kvam med en avhandling om hjemmels- og formålsskrav ved politiets utlevering av personopplysninger til utlandet.<sup>47</sup> Samme år disputerte Steinar Fredriksen, ansatt ved Politihøgskolen i Oslo, men ph.d.-stipendiat i Bergen, med en avhandling om politiets adgang til å gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste.<sup>48</sup>

Begge de ovennevnte arbeider gir solide bidrag til politiretten som akademisk disiplin, men av flere grunner er nok det akademiske høydepunkt for politirettsmiljøet i Bergen særlig knyttet til Ragnar L. Auglends disputas til dr.philos.-graden i 2015, med avhandlingen «Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid». Bedømmelseskomiteen uttalte:

Politiet er en sentral samfunnsinstitusjon. Det er derfor viktig at både politietaten og den enkelte tjenestepersons oppgaver og funksjoner settes inn i et rettsvitenskapelig perspektiv. Auglends avhandling fremstår som et viktig bidrag til utviklingen av politirettens akademiske fundament.

Store deler av avhandlingen preges av sikker og pålitelig rettsdogmatikk. Auglend er gjennomgående vel orientert for så vidt gjelder lovstoff, litteratur og rettsavgjørelser. Hans behandling av rettsspørsmålene har i det alt vesentlige en solid rettskildemessige forankring. Han skriver klart, og har et godt språk.

Avhandlingen ble av anmelderne omtalt som et «nybrottsarbeid», og som «en rettsvitenskapelig gjennomgåelse av hele dette omfattende tema, og det på et

46 Se særlig Carl M. Elwing, *Tillräckliga skäl. Studier över förutsättningarna för allmänt åtal*, Lund 1960; Klas Lithner, *Åklagararbete och åklagarroll*, Stockholm 1983; Lena Landström, *Åklagaren som grindvakt. En rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal av brott*, skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet nr. 24, Uppsala 2011; og Per Ole Träskman, *Åtalsrätt. De offentliga åklagarna, deras behörighet och uppgifter enligt gällande finsk rätt*, Juridiska föreningens i Finland publikationsserie nr. 47, Helsinki 1980.

47 Bjarne Kvam, *Politiets persondatarett – en studie av hjemmels- og formålsskrav ved politiets utlevering av personopplysninger til utlandet*, avhandling (ph.d.), Universitetet i Bergen 2013. Utgitt med samme tittel på Gyldendal, Oslo 2014.

48 Steinar Fredriksen, *Ro, orden og frihet – en fremstilling av politiets adgang til å gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste*, avhandling (ph.d.), Universitetet i Bergen 2014. Utgitt med samme tittel på Gyldendal, Oslo 2015.

overbevisende rettsvitenskapelig nivå».<sup>49</sup> Når Auglend særlig fremheves, skyldes det hans langvarige tilknytning til fagmiljøet her. Auglend har aldri vært formelt ansatt ved Det juridiske fakultet, men han har i en mannsalder gitt betydelige bidrag til politi- og påtalerettsfagene ved fakultetet, særlig gjennom sine forelesninger i spesialemnene «Veitrafikkrett» og «Politirett» og ved sitt juridiske forfatterskap. Hans arbeider fra omkring 1980 og politirettsboken fra 1998 er allerede nevnt. Men Auglend var, som det fremgår ovenfor, også helt sentral i det utredningsarbeidet som ligger til grunn for både gjeldende politilov og politiinstruks. I flere år var disse utredningene del av pensum/anbefalt litteratur i politirettsfaget.

Etter at Auglend gikk av etter endt åremål som politimester i Hordaland i 2011, fortsatte han å undervise, og videreførte sitt fagjuridiske forfatterskap innenfor politirett, som eksterntfinansiert forsker ved fakultetet. Han har også vært helt sentral for nyrekruttering og for å skaffe eksterntfinansiering til nye forskningsprosjekt.

## 8 Politi- og påtalerett – status i 2018

I årenes løp har politiet blitt et viktig forskningsobjekt i flere vitenskapelige miljøer ved Universitetet i Bergen.<sup>50</sup> Den undervisnings- og forskningsaktivitet som over tid er utført ved fakultetet, og de fagpersoner som har tatt del i virksomheten, har også bidratt til å skaffe fakultetet to eksterntfinansierte forskningsprosjekt. Med en sjenerøs gave fra Trond Mohn og Bergens forskningsstiftelse i bunn ble prosjektet «Strafferettssystemets funksjonalitet» igangsatt og gjennomført i perioden 2011–2018.<sup>51</sup> Prosjektet hadde en bred faglig profil, men med et særlig fokus på politirett og straffeprosessrett (herunder påtalerett). Både denne artikkelens forfatter og Auglends doktoravhandling er direkte resultat av dette prosjektet. Det foreligger i skrivende stund oppdaterte og nyutviklede læremidler i både politirett og påtalerett.<sup>52</sup> Også disse publikasjoner er helt eller delvis

49 Se henholdsvis Stein Vale, «Auglend med politirettslig nybrotsarbeid», *Politiforum* januar 2017, og bokanmeldelse av Kjell V. Andorsen og Henning Jakhelln, *Tidsskrift for strafferett*, 2016, s. 301–311 (s. 301).

50 Se nærmere i Bjarne Kvam, *Politirelatert forskning i vid forstand. Muligheter for forskning ved Universitetet i Bergen og tilhørende forskningsmiljøer på spørsmål relatert til politiets funksjonalitet som etat, politiet som aktør ved opprettholdelse av ro og orden og ved kriminalitetsbekjempelse, og politiet som aktør i samfunnsikkerhetsarbeid, samt tilstøtende tema*, UNI Research, Rapport nr. 1/ 2015.

51 Se mer om prosjektet på <https://www.uib.no/prosjekt/srf>.

52 Ragnar L. Auglend og Henry J. Mæland, *Politirett*, Oslo 2016, og Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, Oslo 2017.

frukter av forskningsvirksomheten i «funksjonalitetsprosjektet». Det hører med at forskningsmiljøet i Bergen nå også har utviklet de sentrale læremidler i både strafferett og straffeprosess.<sup>53</sup>

Funksjonalitetsprosjektets Scientific Advisory Board fremhevet i sin sluttrapport fra 2018 at forskningen på politi- og påtalerett

is indeed immediately applicable and has a distinct impact [...]. The research touches upon issues, which are of considerable relevance in the other Nordic countries (and beyond), not only from an academic point of view, but indeed from the point of view of legal practitioners. Thus, the research carried out within criminal procedure and police law is contributing greatly to establishing an excellent research environment in Bergen and to the fulfilment of the overall aim of the project.

Den 1. mars 2017 startet et nytt 5-årig prosjekt: «Politi- og påtalerett». Denne satsingen er en samfinansiering mellom Det juridiske fakultet, Politidirektoratet og Bergens forskningsstiftelse.<sup>54</sup> Prosjektet har fokus på to myndighetsområder: politiets oppgaver i operativt politiarbeid, og politi- og påtalemyndighetens oppgaver i straffesaksbehandlingen. Prosjektet bygger direkte videre på resultatene fra «Strafferettssystemets funksjonalitet», og prosjektet tok med seg videre de to forskerne som oppnådde sine doktorgrader der (Kjelby og Auglend) og som hadde hatt et særlig ansvar for politi- og påtalerettsdelen i funksjonalitetsprosjektet. Det er i skrivende stund én ph.d.-stipendiat i politirett, John Reidar Nilsen, medlem i Politi og påtaleprosjektet.<sup>55</sup> Det juridiske fakultet har også fått ansvar for å utvikle en «Norsk politirettshistorie», i et nytt prosjekt finansiert av Politidirektoratet, med oppstart i januar 2019.

Hva med undervisningen på masterstudiet? Høsten 2018 var det oppmeldt 98 studenter til «Politirett» og 87 studenter til «Påtalerett». Antallet har ligget tilsvarende høyt over tid, og langt de fleste tar begge fag i kombinasjon. Fagene ligger høyt på listen over de emner ved Det juridiske fakultet som produserer mest

53 Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk framstilling av norsk strafferett*, Bergen 2015, og Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016.

54 Se mer om prosjektet på <https://www.uib.no/politiogpatalerett>.

55 Prosjekt: «Legalitetsprinsippet og menneskerettighetenes krav om lovregulering av, og som rettslig skranke for politiets inngripende myndighetsutøvelse».

studiepoeng, og de tiltrekker seg både studenter fra Politihøgskolen og Universitetene i Oslo og Tromsø.

Det er all grunn til å være optimistisk med hensyn til den fremtidige undervisnings- og forskningsaktiviteten i fagene Politirett og Påtalerett ved Det juridiske fakultet i Bergen.





# Immateriellrettsens europeisering

*Førsteamanuensis Torger Kielland, professor Tore Lunde*

*og førsteamanuensis Knut Martin Tande*

## 1 Innledning

Da undervisningen i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen startet i 1969, var patentloven av 1967 nettopp trådt i kraft. Varemerkeloven og åndsverkloven, begge fra 1961, hadde trådt i kraft noen år tidligere, og mønsterloven av 1970 var under forberedelse. Felles for alle disse immateriellrettslovene var at de alle hadde blitt til etter et mer eller mindre omfattende nordisk lovsamarbeid. Pariskonvensjonen av 1883 og Bernkonvensjonen av 1886 knesatte riktignok visse grunnleggende patentrettslige, kjennetegnsrettslige og opphavsrettslige regler, og det fantes enkelte andre immateriellrettslige traktater. Immateriellrettslovgivningen var likevel i all hovedsak et nasjonalt anliggende.

50 år senere er bildet derimot et helt annet. Immateriellrettsområdet er preget av et omfattende internasjonalt samarbeid, blant annet gjennom TRIPS-avtalen fra 1994 og Den europeiske patentkonvensjonen (EPC) fra 1973. Det store paradigmeskiftet er likevel ikrafttredelsen av EØS-avtalen 1. januar 1994. For det første gir EØS-avtalens hoveddel blant annet regler om forbud mot nasjonalbestemt forskjellsbehandling (artikkel 4), regler om fri bevegelse av varer og tjenester (artikkel 11–13 og 36–39) konkurranseregler (artikkel 53–54) som har relevans på immateriellrettsområdet.

For det andre foreligger det en rekke direktiver på immateriellrettsområdet. Ved inngåelsen av EØS-avtalen gjennomførte Norge alle relevante direktiver og forordninger. I tillegg forplikter EØS-avtalen artikkel 7 Norge til fortløpende å gjennomføre nye direktiver og forordninger. På immateriellrettsområdet har Norge derfor gjennomført blant annet varemerkedirektivet, bioteknologidirektivet,

to forordninger om supplerende beskyttelsessertifikater samt en rekke opphavsrettslige direktiver.<sup>1</sup>

Direktivene suppleres av en etter hvert omfattende praksis fra EU-domstolen om tolkning av direktivene og de, for EØS-avtalen, tilsvarende bestemmelsene i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TFEU). Etter EØS-avtalen artikkel 6 er Norge riktignok bare forpliktet til å tolke bestemmelser som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen «i samsvar med de relevante rettsavgjørelser» som EU-domstolen har truffet før avtalen ble underskrevet 2. mai 1992. For senere avgjørelser fra EU-domstolen er det i ODA-avtalen artikkel 3 bare fastsatt at EFTA-domstolen og ESA skal ta «tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser». I praksis har Høyesterett imidlertid ikke lagt noen vekt på skillet mellom ny og eldre praksis fra EU-domstolen.<sup>2</sup> Dette understrekes i HR-2016-2239-A (ROUTE 66), hvor det uttales at «[v]aremerkeloven bygger på EØS-regelverket, og rettspraksis fra EU-domstolen må tillegges stor vekt ved tolkningen av varemerkeloven § 14».<sup>3</sup> Det finnes riktignok ikke tilsvarende klare uttalelser om relevansen av EU-domstolens praksis i opphavsretts- og patentspørsmål. De samme harmoniseringshensynene gjør seg likevel gjeldende her. Det må derfor være klart at EU-domstolens praksis må tillegges like stor vekt ved tolkningen av bestemmelser i åndsverkloven og patentloven som bygger på EØS-regelverket.

Også Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen har tatt inn over seg at immaterialretten er et fag studentene bør få innsikt i. I 2007 ble «Immaterialrett» etablert som et eget valgemne på 30 studiepoeng. Dette ble senere delt opp i enkeltemnene, «Opphavsrett», «Kjennetegnsrett», «Design- og patentrett» og «Markedsføringsrett». På forskningsfronten er det disputert over i alt fem doktoravhandlinger i immaterialrett og tilgrensende emner: Tore Lundes «God forretningsskikk næringsdrivande imellom» i 2001, Knut Martin Tandens «Lenker til andres materiale på WWW som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller

1 Det eneste direktivet på immaterialrettsområdet som ikke er gjennomført, er det såkalte håndhevelsesdirektivet, Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/58 EF av 29. april 2004, som man overraskende nok fant ikke å være EØS-relevant, jf. Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene), s. 31. Lignende regler er likevel gjennomført i alle immaterialrettslovene, se Prop. 81 L (2012–2013) og Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

2 Ola Mestad i Irgens-Jensen (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utgave 2014, s. 17.

3 HR-2016-2239-A (ROUTE 66), avsnitt 16 jf. avsnitt 31. Se tilsvarende Rt. 2004 s. 904 (Paranova) avsnitt 65, Rt. 2004 s. 1474 (Volvoimport.no) avsnitt 39, Rt. 2005 s. 1905 (GULE SIDER) avsnitt 43, Rt. 2006 s. 1473 (Livbøye) avsnitt 59, Rt. 2008 s. 68 (SØTT + SALT) avsnitt 38 og 41, HR-2016-1993-A (PANGEA) avsnitt 42 og HR-2018-110-A (ENSILOX) avsnitt 42.

mfl. § 1» i 2005, Lars Erik Steinkjers «Eneretten til bioteknologiske oppfinnelser» i 2010, Torger Kiellands «Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser» i 2014 og Merete Endestads «Opphavsrett og konkursbeslag» i 2019. I tillegg er Jonas Jensen i slutfasen med ph.d.-prosjektet «Plagiering i vitenskapelig forskning».

I denne artikkelen vil vi, for å si det med Ragnar Knoph, ta leseren med i «en åndelig flyvemaskin»<sup>4</sup> og gi et overblikk over den europeisering som har skjedd i henholdsvis kjennetegnsretten (punkt 2), opphavsretten (punkt 3) og patentretten (punkt 4) de siste 50 årene, og hvordan man i norsk rett har forholdt seg til denne utviklingen.

## 2 Kjennetegnsrett

### 2.1 Innledning

50-årsjubileet for Det juridiske fakultet i 2019 er sammenfallende med ikrafttredelsen av det reviderte varemerkedirektivet.<sup>5</sup> Som nevnt innledningsvis utgjør EØS-avtalen et tidsskille ved at den forpliktet Norge til å gjennomføre det første varemerkedirektivet, rådsdirektiv 89/104/EØF av 21. desember 1988, som senere er erstattet med direktiv 2008/95.

Et slående trekk ved Høyesteretts dommer fra tiden før EØS-avtalen, gjennom fakultetets første 25-årsperiode, er fraværet av utenlandske og internasjonale rettskildedefaktorer, både i partenes anførsler og i Høyesteretts premisser.<sup>6</sup> Til tross for at den dagjeldende varemerkeloven fra 1961 var resultat av et omfattende nordisk lovsamarbeid,<sup>7</sup> er det i høyesterettsavgjørelsene fra denne epoken et påfallende fravær av rettskilder fra Danmark, Sverige og Finland. Det lar seg i alle fall ikke lese ut fra gjengivelsen av dommene at slike rettskilder har vært påberopt,

4 Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936, s. 2.

5 Europaparlamentets og Rådets direktiv 2015/2436/EF av 16. desember 2015 om innbyrdes tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker, artikkel 56.

6 Fra den første tidsepoken etter fakultetets etablering, se f.eks. Rt. 1971 s. 390 (HENNES), riktignok med noen korte *obiter*-liknende bemerkninger om Paris-konvensjonen angående beskyttelse av den industrielle eiendomsrett 20. mars 1883 (ikrafttredelse 1. juli 1883), art. 8, Rt. 1971 s. 962 (TEENI) Rt. 1973 s. 1033 (BACONGULL) og Rt. 1975 s. 756 (SALVEQUICK), Rt. 1975 s. 951 (FISKÅ MØLLE), Rt. 1977 s. 577 (MYRA), Rt. 1978 s. 131 (TORCO), Rt. 1979 s. 1117 (CASH & CARRY) og Rt.1992 s. 1030 (SPENDRUP'S).

7 Se NOU 2001: 8 Lov om varekjennetegn med motiver fra Varemerkeutredningen II, s. 6 flg. Selv om det etter lov 3. mars 1961 nr. 4 om varemerker (opphevet) var en del ulikheter, var det likevel på varemerkerettens område et grunnleggende nordisk fellesskap – og forskjellen mellom den finske, norske og svenske loven var i de fleste spørsmål av begrenset betydning, jf. NOU 2001: 8 s. 10.

hverken for Høyesterett eller for de underordnede domstoler. Annet utenlandsk rettskildemateriale av betydning er heller ikke berørt. Heller ikke i saker om foretaksnavn er det referert til andre lands rett.<sup>8</sup>

## 2.2 Harmonisering i norsk rettspraksis

I den siste 25-årsperioden ser rettskildebildet vesentlig annerledes ut. I en rekke dommer fra Høyesterett har rettskilder fra EU/EØS-retten satt sine klare spor, med dommen i HR-2018-110-A (ENSILOX) som et foreløpig punktum. Det tok imidlertid noe tid etter EØS-avtalens ikrafttredelse før EU/EØS-retten satte solide fotavtrykk i kjennetegnsretten. Selv ikke i Rt. 1995 s. 1908 (MOZELL) ble slike rettskilder nærmere drøftet, til tross for at ankende part uttrykkelig hadde påberopt den internasjonale rettsutviklingen for vern av geografiske opprinnelsesbetegnelser, herunder TRIPS-avtalen artikkel 22, og EU-reguleringer – som ble hevdet å ha indirekte betydning. Heller ikke i sentrale avgjørelser som Rt. 1998 s. 1809 (BUD), Rt. 1998 s. 1988 (COSMICA/COSMEA) og Rt. 1999 s. 641 (SUPERLEK) ser vi noen innflytelse fra EU/EØS-retten.

Det første nevneverdige innslag av EU/EØS-retten og det nordiske lovsamarbeidet støter vi på i Rt. 1999 s. 1725 (LUNDETANGEN). Førstvoterende, som talsmann for flertallet, konstaterte først at hverken norsk eller nordisk rettskildemateriale ga noe entydig svar på spørsmålet om eneretten til et innarbeidet varemerke bortfaller ved ikke-bruk, som for registrerte merker, jf. varemerkeloven § 37. Flertallet drøftet derfor problemstillingen som et «rettspolitisk spørsmål om forholdet til varemerkerettens formål». Støtte for flertallets rettspolitiske argumenter for likebehandling av innarbeidede og registrerte varemerker ble tuftet på EØS-rettslige betraktninger utledet fra varemerkedirektivet av 1988. Løsningen ble imidlertid kritisert fordi den åpner for å tilegne seg goodwill som er opparbeidet av andre, i disharmoni med grunnleggende holdninger innenfor norsk kjennetegns- og markedsføringsrett.<sup>9</sup> Kritikken ledet til at bestemmelsen om vern ved innarbeidelse ble endret, slik at vern ved innarbeidelse foreligger når *og så lenge* kjennetegnet er godt kjent som noens særlige kjennetegn, jf. varemerkeloven § 3 tredje ledd.<sup>10</sup>

En markant avgjørelse i rettsutviklingen er Rt. 2002 s. 391 (GOD MORGON). Høyesterett la til grunn at varemerkelovens krav til særpreget som vilkår for

<sup>8</sup> Rt. 1979 s. 20 (CONTRANS), Rt. 1979 s. 1117 (CASH & CARRY) og Rt. 1985 s. 1054 (CEDERWALL AUTO).

<sup>9</sup> NOU 2001: 8 s. 79.

<sup>10</sup> Op.cit.

registrering måtte tolkes i lys av varemerkedirektivets og varemerkeforordningens bestemmelser om det tilsvarende registreringsvilkår i EU-retten, og praksis i EU-organene om vilkårene for registrering. Etter å ha konstatert at hverken Bravo-dommen<sup>11</sup> eller Baby-Dry-dommen<sup>12</sup> ga noe bidrag til spørsmålet om GOD MORGON oppfylte særpregkravet, gikk førstvoterende nærmere inn på et titalls avgjørelser fra Underretten, som indikerte at kravet til særpreg settes temmelig lavt. På dette grunnlag kom Høyesterett – under tvil – til at merket oppfylte kravet til særpreg. GOD MORGON-dommen satte sitt tydelige preg på senere praksis, ikke bare for spørsmålet om særpreg, idet prinsippet om tolking av varemerkelovens bestemmelser i lys av varemerkedirektivet og varemerkeforordningen er gjentatt i en rekke senere saker.

Europeiseringen av varemerkeretten kommer særlig klart til syne ved uttalelsen i Route 66-dommen om at «[o]gså [EU-]domstolens avgjørelser i tilknytning til varemerkeforordning må tillegges vekt» (avsnitt 31), selv om forordningen ikke er en del av EØS-avtalen. Prinsippet ble knesatt allerede i Rt. 2002 s. 391 (GOD MORGON). Høyesterett konstaterte at «praksis knyttet til denne forordningen er relevant ved tolkning av varemerkeloven [...] på linje med praksis knyttet til varemerkedirektivets bestemmelser», begrunnet i at «vilkårene er identiske og fordi det for begge regelsett er E[U]-domstolen som har det siste ord».<sup>13</sup>

I Paranova-dommen, Rt. 2004 s. 904, som gjaldt spørsmål om grensene for markedsføring av lovlig parallellimporterte legemidler, gikk Høyesterett et skritt videre. Spørsmålet om varemerkeinnhaveren har «berettiget grunn»<sup>14</sup> til å motsette seg markedsføring av lovlig ompakkede produkter, i emballasje som parallellimportøren har utstyrt med fargestriper og/eller andre grafiske elementer, ble besluttet forelagt EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse, jf. domstoloven § 51a. Rettskildepoenget av interesse i denne sammenheng er Høyesteretts understreking av hvilken vekt norske domstoler skal legge på EFTA-domstolens uttalelser på kjennetegnensrettsens område. Etter først å ha vist til de kjente uttalelsene i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger), på side 1820, uttaler førstvoterende at det «[e]tter min mening skal [...] meget til for at Høyesterett skal fravike det domstolen uttaler om forståelsen av de EØS-rettslige bestemmelsene, og ganske særlig på et område som det

11 Dom av 4. oktober 2001, *Merz & Krell*, C-517/99, EU:C2001:510.

12 Dom av 20. september 2001, *Procter & Gamble mot OHIM*, C-383/99 P, EU:C:2001461.

13 Se også HR-2016-1993-A avsnitt 43 (Pangea) og HR-2016-2239-A avsnitt 31 (Route 66).

14 Varemerkedirektivet artikkel 7 nr. 2, jf. lov 25. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven) § 6 andre ledd.

foreliggende, hvor EU/EØS-retten er spesialisert og utviklet» (avsnitt 67). Både EFTA-domstolens uttalelse og annet rettskildemateriale fra EU inntar deretter en sentral plass i den videre rettsanvendelsen og konkrete subsumsjon. Flere av de samme rettskildene står også sentralt i Rt. 2004 s. 1474 (Volvoimport.no). Også i Rt. 2005 s. 1601 (GULE SIDER) om registrerbarheten av beskrivende merker trekkes EU-domstolens praksis aktivt inn i rettsanvendelsen.

At Høyesterett har behandlet EU-domstolens og Underrettens dommer som sentrale rettskilder, er naturlig i lys av EØS-avtalen. Noe mer overraskende er det at også praksis ved Den europeiske unions kontor for intellektuell eiendomsrett – European Union Intellectual Property Office (EUIPO, tidligere OHIM) – er betraktet som en relevant og til dels tungtveiende rettskilde.<sup>15</sup> Et eksempel er avgjørelsen i *Pangea*. Høyesterett viste her til Rt. 2006 s. 1473 (Livbøye), hvor ond-tro-bestemmelsen i den tidligere varemerkeloven § 14 nr. 7<sup>16</sup> ble funnet å måtte tolkes «i lys av den forståelse som kommer til uttrykk i praksisen fra OHIM», grunnet parallelliteten i regelsettene. Livbøyedommen er et eksempel på at rettskildemateriale fra slike mer underordnede EU-organer har fått betydelig gjennomslagskraft. Ved å tolke bestemmelsen i tidligere varemerkelov § 14 nr. 7 innskrenkende fravek Høyesterett dermed den tidligere rettsoppfatningen i Rt. 1998 s. 1809 (BUD).<sup>17</sup> I *Pangea* ble dette uttrykt slik at «EUIPOs praksis knyttet til forordningens artikkel 8 vil ha tilsvarende betydning for anvendelsen av den motsvarende bestemmelsen i direktivets artikkel 4 og direktivkonforme regler» (avsnitt 45).

Enda mer overraskende er det at Høyesterett også omfavner *Guidelines* som relevante rettskilder, til tross for at EØS-avtalens artikkel 6 og ODA artikkel 3 nr. 2 begrenser seg til å tillegge EU-domstolens avgjørelser autoritativ vekt. I *Pangea* avsnitt 46 uttaler førstvoterende at «homogenitetshensyn etter EØS-avtalens artikkel 3 [taler] for at også EUIPOs «Guidelines for Examination» – som er retningslinjer for avgjørelsen av om vilkårene for registrering av et EU-varemerke er oppfylt – tillegges vekt ved anvendelsen av norske kjennetegnsregler». Standpunktet begrunnes med at retningslinjene er utarbeidet med utgangspunkt i EU-domstolens og EUIPOs praksis, og at det i innledningen heter at «their content is fully aligned with the new legislative framework», og senest revidert fra 1. august.

15 HR-2016-1993-A avsnitt 44 (*Pangea*).

16 Tilsvarende varemerkeloven § 16 bokstav b.

17 Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 32, som stiller seg kritisk til rettanvendelsen.

Et annet eksempel på at retningslinjene er tillagt vekt, er avgjørelsen i *Route 66*, hvor Høyesterett la vekt på EUIPOs Guidelines for Examination of European Trade Marks (2016) til støtte for at «utgåtte» betegnelser på land, som Ceylon, Bombay og Burma – og underforstått veistrekningen Route 66 – fortsatt må anses som geografiske betegnelser (avsnitt 43).

Immaterialrettens europeisering viser seg også i spørsmål som gjelder bestemmelser som *ikke* er omfattet av harmonisering. Et eksempel er vilkårene for innarbeidelse av varemerker, som ikke omfattes av varemerkedirektivet.<sup>18</sup> I HR-2017-2356-A (SERETIDE) (avsnitt 61) bemerket førstvoterende at EU-domstolens avgjørelser av den grunn «ikke får den samme betydning som i spørsmål som omfattes av direktivet», men med følgende presisering:

Det betyr imidlertid ikke at EU-domstolens, og øvrige EU-organers, praksis er uten betydning. Det at den enkelte stat kan regulere vilkårene for innarbeidelse, innebærer ikke at det ikke også på dette området vil være fordelaktig med sammenfallende regler. I fravær av uttrykkelig norsk særregulering synes det vel begrunnet å vektlegge praksis fra EU-organene. Jeg viser i denne forbindelse til Rt. 2005-1601 avsnitt 57 (GULE SIDER) og til HR-2016-1993-A avsnitt 46 (Pangea).

Denne metodiske og rettskildemessige grunnholdningen innebærer at skillet mellom harmoniserte og ikke-harmoniserte bestemmelser i varemerkeloven blir nokså subtilt. Tilfeller av motstrid fremstår nærmest som en rent teoretisk mulighet.<sup>19</sup>

I de fleste harmoniseringsbestrebelse, også i kjennetegnsretten, melder det seg fort et spørsmål om rettsenhet, det vil si om direktivet eller forordningen blir praktisert likt i alle relevante medlemsland. Det er imidlertid viktig å skille mellom en målsetning om *like normer og resultatene i enkeltsaker*.<sup>20</sup> At et varemerke er funnet registrerbart i EU eller i andre jurisdiksjoner, tillegges derfor sjelden nevneverdig vekt i seg selv, hverken i retts- eller forvaltningspraksis. Klarest og senest er prinsippet kommet til uttrykk i *Route 66*. At ROUTE 66 var registrert som EU-varemerke uten begrensninger, kunne etter førstvoterendes vurdering ikke tillegges vesentlig vekt ved bedømmelsen av det norske vedtaket fra Klagenemnda

18 Jf. fortalet til Europaparlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF/22 av 22. oktober 2008 om medlemsstatenes lovgivning om varemerker, punkt 5.

19 Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011, s. 34.

20 Jf. Rt. 2002 s. 391 (GOD MORGON).



for industrielle rettigheter (KFIR). Førstvoterende understreket at «OHIMs vedtak er en konkret begrunnet forvaltningsavgjørelse i en enkeltsak», og at vedtaket «ikke [kan] sees som uttrykk for en etablert praksis» (avsnitt 52). Også EU-domstolen har understreket at én forvaltningsmyndighets avgjørelse ikke vil være bindende for andre stater.<sup>21</sup> Understrekingen av at det skal foretas en «konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak og det enkelte land», er i så måte en påminnelse om at immaterialrettens europeisering ikke er uten grenser.

### 3 Opphavsrett

#### 3.1 Innledning – lovgivers implementering av EU-direktiver

På begynnelsen av 90-tallet hadde EU allerede startet et omfattende arbeid med harmonisering av medlemslandenes opphavsrettslige regler. Det eksisterte fire harmoniseringsdirektiver på opphavsrettens område da EØS-avtalen trådte i kraft: programvaredirektivet (1991/250/EF), utleiedirektivet (1992/100/EF), satellitt- og kabeldirektivet (1993/83/EF) og vernetidsdirektivet (1993/98/EF). Vernetidsdirektivet førte til to større endringer i åndsverkloven allerede i 1995.<sup>22</sup> Blant annet ble vernetiden for åndsverk utvidet til 70 år etter opphavsmannens død på bakgrunn av EUs vernetidsdirektiv, og det ble gitt vern både for fotografier som er åndsverk, ved siden av det allerede eksisterende vernet for fotografiske bilder.

Etter dette ble nye direktiver fra EU suksessivt implementert i den norske åndsverkloven av 1961. Databasedirektivet (1996/9/EF) fra 1996 ble gjennomført blant annet ved at katalogregelen i åvl. 1961 § 43 ble endret ved lov 16. april 1999 nr. 19 for å samsvare med det såkalte sui generis-vernet for databaser i artikkel 7 i direktivet.<sup>23</sup> Ved lov 23. juni 2000 nr. 52 ble artikkel 8 i utleiedirektivet gjennomført ved at utøvende kunstnere og fonogramprodusenter ble sikret rimelig vederlag for offentlig fremføring av sine opptak i åvl. 1961 § 45 b.

21 Dom av 12. februar 2004, *Henkel*, C-218/01, EU:C:2004:88 avsnitt 62.

22 Lov 2. juni 1995 nr. 27 og endringslov 23. juni 1995 nr. 37.

23 Ved gjennomføringen av databasedirektivet anså man riktignok at man kunne beholde det gamle katalogvernet av sammenstillinger av et større antall opplysninger ved siden av direktivets vern av sammenstillinger som er resultatet av en vesentlig investering, jf. Ot.prp. nr. 85 (1997–1998) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser), s. 33. Dette var allerede i 1999 et tvilsomt standpunkt, og ved lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverksloven) ble loven endret slik at det gamle katalogvernet utgikk; se nærmere Torger Kielland, *Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisning ved universitet og høyskoler*, 2018, s. 40, og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Universitetsforlaget 2009, s. 301–303.

Det såkalte infosoc-direktivet (2001/29/EF) om opphavsrett i informasjonssamfunnet ble gjennomført ved en omfattende lovendring av 17. juni 2005 nr. 97, som bedre tilpasset åndsverkloven til digital teknologi. Det ble blant annet presisert i åvl. 1961 § 2 fjerde ledd at tilgang til verk i digitale nettverk der brukeren selv bestemte tid og sted for tilgangen, falt inn under eneretten til fremføring av åndsverk. I tillegg ble det foretatt endringer i flere av unntakene fra enerettene i åvl. 1961 kapittel 2, samtidig som det ble innført regler om vern for tekniske beskyttelsessystemer som skulle hindre kopiering av digitale kilder, særlig gjennom åvl. 1961 kapittel 6a. En senere lovendring av 31. mai 2013 nr. 26 innførte, blant annet på bakgrunn av infosoc-direktivet, regler om særskilte tiltak ved krenkelser av opphavsrett på Internett.

Hitteverksdirektivet ble gjennomført ved lovendring 19. juni 2015 nr. 73.<sup>24</sup> Reglene innfører en felles europeisk klareringsordning i tilfeller der det ikke lar seg gjøre å finne frem til rettighetshaveren. Følgerettsdirektivet ble gjennomført ved innføringen av åvl. 1961 § 38a ved lovendring av 22. desember 2006 nr. 103.<sup>25</sup> Direktivet og lovendringen sikrer opphaveren vederlag ved yrkesmessig salg, kjøp og formidling av originaleksemplarer av vernede kunstverk.

Sommeren 2018 ble åndsverkloven av 1961 erstattet med en ny åndsverklov: lov om opphavsrett til åndsverk av 15. juni 2018 nr. 40, som trådte i kraft 1. juli samme år. Loven innebærer først og fremst endringer med hensyn til språk og struktur, men det gjøres også enkelte materielle endringer, først og fremst som en tilpasning til de EU/EØS-rettslige regler og rettspraksis. Den nye åvl. § 3 gjør overføring av verket til allmennheten til en egen kategori under eneretten til tilgjengeliggjøring. Ved at slik overføring ikke lenger faller inn under eneretten til fremføring, legger lovgiver bedre til rette for å relatere EU-domstolens praksis på dette området til norsk rett.<sup>26</sup>

I 2014 vedtok EU Direktiv om kollektiv rettighetsforvaltning.<sup>27</sup> Direktivet har som formål å modernisere systemet med kollektiv forvaltning av opphavsrett og

24 Europaparlamentets og Rådets direktiv 2012/18/EU av 25. oktober 2012 om anvendelser av hitteverk.

25 Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/84/EF av 27. september 2001 om følgerett til fordel for opphavsmannen til et originalkunstverk.

26 Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), s. 10.

27 Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/26/EU av 26. februar 2017 om kollektiv forvaltning av opphavsrett og nærstående rettar og multiterritoriell lisensiering av rettar til musikkverk for bruk på nettet i den indre marknaden.

nærstående rettigheter i medlemsstatene. Direktivet er ennå ikke gjennomført i norsk rett, men er vedtatt innlemmet i EØS-avtalen.<sup>28</sup>

På bakgrunn av det foregående er det klart at EU-direktiver har spilt en viktig rolle ved utformingen av norsk opphavsrett på sentrale områder. Avgjørelser fra EU-domstolen har derimot frem til nå ikke hatt en like sentral rolle i utformingen av norsk opphavsrett, selv om det foreligger en rekke ulike domstolsavgjørelser knyttet til opphavsrettslige spørsmål fra EU-domstolen. En oversikt over de sentrale avgjørelsene, og forklaringen på hvorfor de hittil har hatt begrenset innflytelse på norsk rett, blir gitt nedenfor i avsnitt 3.2.

### 3.2 Harmonisering av EU/EØS-retten i norsk rettspraksis

Om en frembringelse i det hele tatt kan regnes om et åndsverk, spørsmålet om såkalt *verkshøyde*, er et av de mest grunnleggende spørsmålene innenfor opphavsretten. Norsk høyesterettspraksis bygger på at frembringelsen må være resultatet av en original, individuelt skapende åndsinnset.<sup>29</sup> Dette er nå i tillegg lovfestet i åvl. § 2 andre ledd.

Det EU-rettslige kravet til originalitet er nedfelt i programvaredirektivets artikkel 1 nr. 3 om programvare, vernetidsdirektivets artikkel 6 om fotografiske verk, og i databasedirektivets artikkel 3 nr. 1 om databaser. Disse direktivene virker vertikalt, begrenset til sine spesifikke områder. Originalitetskravet er her formulert som at et åndsverk må være resultatet av «the author's own intellectual creation», og er anvendt i dommer knyttet til direktivene.<sup>30</sup> EU-domstolen har i tillegg utviklet det samme originalitetskravet på grunnlag av det mer generelle og horisontalt virkende infosoc-direktivet, selv uten et uttrykkelig verkshøydekrav i direktivet.<sup>31</sup>

28 Jf. EØS-komiteens beslutning nr. 186/2017 av 22. september 2017. Stortingets samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning er nødvendig etter lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov § 26 andre ledd.

29 Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo) om vern for en radioprogramoversikt, Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord) om vern for utformingen av et sybord, Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) om vern for utformingen av en båt, Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen) om vern for innholdet i en forestilling, Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp) om vern for utformingen av en stol, Rt. 2013 s. 822 (Ambassadør) om vern for utformingen av et ferdighus samt HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante) om vern for den nærmere bearbeidelsen av en bilmodell med utgangspunkt i en tegning av Kjell Aukrust.

30 Dom av 12. april 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:239, dom av 1. mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10, EU:C:2012:115 og dom av 2. mai 2017, *SAS Institute*, C-406/10. EU:C:2012:259.

31 Se særlig dom av 16. juli 2009, *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465 samt dom av 4. oktober 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08, EU:C: 2011:631 og dom av 4. oktober 2011, *Premier League*, C-429/08, EU:C:2011:631.

Det mest prinsipielt interessante sett fra et norsk nasjonalt perspektiv er i denne sammenhengen kanskje at Høyesterett i Tripp Trapp-dommen uttaler at avgjørelsene fra EU-domstolene ikke var bindende for avgjørelsen av det konkrete typetilfellet som saken gjaldt, jf. avsnitt 69 i dommen:

Det er imidlertid på det rene at det ikke er gitt noe direktiv som dekker verkshøydeproblematikken for brukskunst, og på dette området er det til dels avvikende lovregulering innenfor EU-landene. Selv om det skulle være dekning for ankemotpartens utlegning av praksis, vil denne dermed under ingen omstendighet være bindende for en avgjørelse om verkshøyde for brukskunst basert på norsk rett, og jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

Dette kan neppe være en riktig oppfatning av forholdet mellom norsk opphavsrett og de EU-rettslige direktivene knyttet til opphavsrett, all den stund EU-domstolen selv bygger på at det gjelder et generelt originalitetskrav, basert på harmoniseringsdirektiver og rettspraksis. I den senere «Il Tempo Gigante»-dommen legger Høyesterett da også tilsynelatende til grunn at rettspraksis fra EU-domstolen er bindende etter norsk rett, selv om domstolen heller ikke her finner grunn til å gå nærmere inn på EU-dommene, antakelig fordi dommene ikke gir mer spesifikk veiledning for spørsmålet om verkshøyde, jf. avsnitt 68 i dommen.<sup>32</sup>

Mer generelt kan en likevel ikke utelukke at Høyesterett i fremtiden kan finne en viss veiledning i EU-domstolens avgjørelser knyttet til verkshøyde. Blant annet kan det være av betydning også for tolkningen av norsk rett at terskelen for vern i en del tilfeller fremstår som nokså lav etter EU-retten, for eksempel i C-5/08 Infopaq hvor EU-domstolen åpnet for at en tekst på elleve ord kunne ha vern etter infosoc-direktivet.<sup>33</sup>

Opphavsrettens *enerett til tilgjengeliggjøring av et åndsverk*, en enerett som gjelder også i andre nordiske land, legger i hovedsak begrensninger på andres bruk av verket i den offentlige sfæren, jf. åvl. 1961 § 2 og åvl. § 3 første ledd bokstav b, der opphaveren har enerett til «å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten». En enerett til tilgjengeliggjøring for allmenheten gjelder dessuten for de såkalte nærstående

32 Dommen er omtalt av Torger Kielland, *Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisning ved universitet og høyskoler*, Universitetet i Bergen 2018, s. 415–431.

33 Avgjørelsen av om verkshøydekravet var oppfylt i det konkrete tilfellet, ble overlatt til den nasjonale domstolen.

rettighetene etter åndsverklovens kapittel 2, for eksempel lyd- eller filmprodusenters enerett til å råde over sine opptak etter åvl. § 20. Å gjøre verket tilgjengelig innenfor det private området er derimot tillatt. EU-direktivene har i mange tilfeller en tilsvarende enerett til «communication to the public» knyttet til opphavsretten eller nærstående rettigheter. Av særlig betydning er infosoc-direktivets artikkel 3 nr. 1 fordi direktivet som nevnt har generell og horisontal virkning.

Hverken lovttekster eller direktiver gir imidlertid særlig veiledning for grensdragningen mellom den private sfæren og allmennheten. Grensdragningen har derfor blitt overlatt til rettspraksis. I norsk rett er *Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikkdommen)* det sentrale prejudikatet i dette henseende. Saken gjaldt fem bedrifter som spilte av musikk for sine ansatte i arbeidstiden. I den minste bedriften kunne over 180 personer høre musikken. Musikken ble avspilt gjennom radio og platespillere på høyttaleranlegg som bedriftene selv hadde installert. Med dissens fire mot én kom Høyesterett frem til at avspillingen innebar en tilgjengeliggjøring av verket i strid med opphavsmannens enerett. Førstvoterende tok utgangspunkt i at bruken ikke skjer overfor allmennheten dersom den skjer innenfor «en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd».<sup>34</sup> Dette vurderingskriteriet stammer fra en uttalelse fra Knoph, og har blitt stående som en sentral maksime i norsk opphavsrett.<sup>35</sup>

Rettspraksis fra EU-domstolen kan skape tvil om den norske (og nordiske) rettstilstanden kan opprettholdes i sin nåværende form hvis man skal overholde EU/EØS-rettslige forpliktelser på dette punktet. Nyere rettspraksis fra EU-domstolen har bygget på at allmennheten utgjør en stor og ubestemt krets.<sup>36</sup> Dette fører til at mer avgrensede grupper av mennesker, potensielt også større grupper som i *Bedriftsmusikkdommen*, lettere faller inn under den private sfæren.

34 Også i *Rt. 1970 s. 1172 (Roys Place)* (som gjaldt den tilsvarende grensdragningen etter lov 14. desember 1956 om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner) ble det vektlagt at allmennheten generelt hadde tilgang til musikken som ble avspilt i en ungdomsklubb, siden alle som var over 18 år, kunne tegne medlemskap i klubben. I tillegg talte den beskjedne medlemskontingenten og det store antall registrerte medlemmer for at avspillingen var utenfor den private sfære. I *Taximusikkdommen* fra finske Högsta domstolen ble avspilling av musikk i drosjer ansett som offentlig fremføring. Domstolen mente det ikke var avgjørende om det befant seg én eller flere personer i drosjen av gangen, så lenge hvem som helst hadde mulighet til det. Her måtte en se de ulike personenes adgang under ett.

35 Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Universitetsforlaget 2009, s. 188.

36 Se nærmere om dette kriteriet i Torger Kielland, *Opphavsrettslige problemstillinger ved digitalisering av undervisningen ved universitet og høyskoler*, Universitetet i Bergen 2018, s. 25–27.

*Marco Del Corso-dommen*<sup>37</sup> dreide seg om et søksmål mot en italiensk tannlege som spilte bakgrunnsmusikk fra en radiosending i sin private tannlegepraksis. Et av hovedspørsmålene i saken var om avspillingen kunne regnes som «communication to the public» etter utleiedirektivets artikkel 8 nr. 2. Konklusjonen ble at avspillingen ikke kunne regnes som en tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Domstolen tok utgangspunkt i det overordnede kriteriet om at allmennheten utgjør «an indeterminate number of potential listeners»,<sup>38</sup> og vektla videre at tannlegepasientene utgjorde en bestemt og liten gruppe personer, og understreket også at pasientene generelt ikke hørte de samme musikkopptakene. I tillegg ble det manglende profittformålet, nærmere bestemt at en tannlege ikke kan forvente en økning av antallet pasienter eller en prisøkning på grunn av musikken, tillagt betydelig vekt.<sup>39</sup>

Kriteriene for grensedragningen mellom den private sfæren og allmennheten i *Marco Del Corso* er ikke uten videre forenlige med de rettslige kriteriene i *Bedriftsmusikkdommen*. Tannlegepasientene var nemlig ikke knyttet sammen med familie-, vennskaps- eller omgangsbånd, slik den norske høyesterettsdommen i utgangspunktet forutsetter for at en skal befinne seg i den private sfæren. EU-domstolen forutsatte i stedet at grensedragningen måtte bero på «several complementary criteria, which are not autonomous and are interdependent».<sup>40</sup> Dette er en bredere skjønnsmessig ramme for vurderingen enn det som er tilfellet etter norsk rett.

Hittil har denne spenningen mellom norsk rett og EU/EØS-retten ikke blitt satt på spissen i praksis fra norsk Høyesterett. Det er imidlertid ikke utenkelig at domstolen i fremtiden kan se det som nødvendig å endre sin tilnærming på dette punktet, både når det gjelder generelle retningslinjer og grensedragningen i konkrete typetilfeller, for å være mer i samsvar med EU/EØS-retten. Harmoniseringsformålet bak de EU-direktivene som EU-domstolen bygger på, kan tilsi justeringer i norsk rett på begge disse nivåene. Den prinsipielle forskjellen mellom tilnærmingene i EU/EØS-retten og norsk rett er nemlig betydelig, jf. det som er sagt foran. Hvor stor spenningen mellom reglene er i praksis ved avgjørelsen av enkeltsaker, er derimot ikke like entydig. Saksforholdet i *Marco Del Corso-dommen* var nokså særegent. Andre saker for EU-domstolen om den tilsvarende

37 Dom av 15. mars 2012, *Marco Del Corso*, C-135/10, EU:C:2012:140.

38 Op.cit., avsnitt 84.

39 Op.cit., avsnitt 97–99.

40 Op.cit., avsnitt 79.

grensedragningen har ført til de samme resultatene som ville fulgt av norsk rett.<sup>41</sup> De reelle forskjellene mellom norsk rett og EU/EØS-retten på dette punktet er dermed ikke nødvendigvis så store.

Eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten reiser også spørsmål *om ulike former for videreformidling av materiale som andre har rettighetene til, er å regne som en selvstendig tilgjengeliggjøring for allmennheten*. På dette punktet har EU-domstolen avsagt en rekke dommer. De første sakene handlet om videreformidling av kringkastingssendinger gjennom fjernsynsapparat på hotellrom eller på puber. Her kom domstolen til at utplasseringen av apparatene utgjør en selvstendig tilgjengeliggjøring, eller «communication to the public», etter info-soc-direktivets artikkel 3 nr. 1.<sup>42</sup> Det samme følger av norsk og nordisk opphavsrett. I norsk sammenheng har Høyesterett i Rt. 1964 s. 782 kommet til at utplassering av jukebokser i et forretningslokale var en selvstendig tilgjengeliggjøring, mens svenske Högsta domstolen i Mornington-dommen i NJA 1980 s. 123 konkluderte med at et hotells mottak og videresending av radio- og tv-signal på hotellrommene utgjorde en selvstendig tilgjengeliggjøring.

I nyere tid har EU-domstolen i en rekke saker tatt stilling til spørsmålet om lenker til andres materiale på World Wide Web, såkalte eksterne lenker, kan regnes som en selvstendig overføring av materiale. *Svensson-dommen* fra 2014 gjaldt forflytningslenker (lenker som forflytter brukeren til den nettsiden lenken viser til) til avisartikler på Göteborgs-Postens nettavis.<sup>43</sup> Nyhetstjenesten Retriever Sverige ga brukerne av deres tjeneste adgang til lenker til nyhetssaker som var publisert og fritt tilgjengelig for allmennheten på nettsidene til ulike nettaviser. EU-domstolen slo fast at forflytningslenkene måtte betraktes som en overføring eller «communication» etter artikkel 3 nr. 1, samtidig som lenkene utgjorde en overføring til allmennheten («to the public») i form av et ubestemt og betydelig antall mottakere. Likevel konkluderte EU-domstolen med at lenkene ikke utgjorde en selvstendig tilgjengeliggjøring eller «communication to the public» siden forflytningslenkene ikke representerte en overføring til et nytt publikum: Brukerne av Retriever omfattet det publikum rettighetshaverne tok i betraktning ved den

41 Jf. blant annet dom av 7. desember 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, dom av 4. oktober 2011, *Premier League*, C-403/08, EU:C:2011:631 og dom av 31. mai 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379.

42 Op.cit., *SGAE* og *Premier League*.

43 Dom av 13. februar 2014, *Svensson*, C-466/12, EU:C:2014:76.



opprinnelige overføringen.<sup>44</sup> Domstolen brukte her et «new public»-kriterium som også fra før var brukt i andre saker angående vilkåret «communication to the public», jf. foran i avsnitt 3.3. EU-domstolen bemerket imidlertid at dersom lenken gir brukerne mulighet til å omgå restriksjoner på tilgangen til materialet, vil brukerne måtte betraktes som et nytt publikum, slik at lenken blir en tilgjengeliggjøring for allmennheten.<sup>45</sup>

I *Best Water-dommen* fra samme år slo EU-domstolen fast at heller ikke hentelenker til andres materiale (lenker der materialet blir vist direkte på siden med hentelenker uten forflytning) var å regne som en selvstendig tilgjengeliggjøring av materialet.<sup>46</sup> Derimot kom EU-domstolen i *GS Media-dommen* fra 2016 til at lenker til materiale publisert uten rettighetshaverens samtykke utgjør publisering til et nytt publikum, og dermed utgjør en selvstendig tilgjengeliggjøring ut fra «new public»-kriteriet.<sup>47</sup> Domstolen stilte imidlertid opp et vilkår om kunnskap om at materialet var ulovlig publisert, med en presumpsjon for manglende kunnskap ved lenking uten profittformål, og en presumpsjon for kunnskap når lenkingen hadde et slikt formål.<sup>48</sup> I det konkrete tilfellet ble det lagt til grunn at GS Media som kommersiell aktør hadde den nødvendige kunnskap ved lenkingen til materialet.

Også i den norske *Napster.no-dommen* i Rt. 2005 s. 41 kom Høyesterett til at hentelenker til ulovlig publisert materiale var en krenkelse av rettighetshavernes enerett til tilgjengeliggjøring. I motsetning til i *GS Media-dommen* bygget Høyesterett imidlertid på at hentelenken representerte en medvirkning til den ulovlige publiseringen av materialet, og ikke en selvstendig krenkelse. I tillegg ble det ikke stilt opp tilsvarende kunnskapsvilkår som i *GS Media-dommen*. Dermed vil Høyesterett i fremtiden måtte endre sine vurderingskriterier på dette punktet for å være i samsvar med EU/EØS-retten.

EU-domstolen har også avsagt andre dommer knyttet til lenking etter *GS Media-dommen*, blant annet *Filmspeler-dommen* hvor salg av en mediespiller med lenker til ulovlig materiale ble regnet som selvstendig «communication to the public» og dermed krenket rettighetshavernes enerett, og *Ziggo-dommen*

44 Op.cit., avsnitt 26 og 27.

45 Op.cit., avsnitt 31.

46 Se dom av 21. oktober 2014, *Best Water International GmbH*, C-348/13, EU:C:2014:2315.

47 Se dom av 8. september 2016, *GS Media BV*, C-160/15, EU:C:2016:644.

48 Op.cit., avsnitt 48 og 51.

hvor administrering av nettstedet The Pirate Bay på samme måte ble regnet som selvstendig tilgjengeliggjøring og krenkelse.<sup>49</sup>

*Filmspeler-dommen* har visse likhetstrekk med den såkalte *Piratkort-dommen* i Rt. 1995 s. 35, hvor det å selge piratkort (smarkort) til dekodere som gjorde det mulig å få tilgang til TV-kanaler uten å betale, ikke ble regnet som en tilgjengeliggjøring i strid med rettighetshavernes enerett. I senere lovforarbeider og rettspraksis er dommen forstått slik at det må være en viss nærhet og umiddelbarhet mellom den aktuelle handlingen og allmennhetens tilgang til det vernede materialet for at det skal foreligge en krenkelse. Det er forskjell på å selge smarkort til en mediespiller og det å selge selve mediespilleren slik som i *Filmspeler-dommen*. Dermed kan resultatet i *Piratkort-dommen* fremdeles være i samsvar med EU/EØS-retten. *Filmspeler-dommen* og *Ziggo-dommen* kan likevel resultere i en lavere terskel for hva som regnes som selvstendig tilgjengeliggjøring etter norsk rett.

## 4 Patentrett

### 4.1 Innledning

Sammenlignet med opphavsretten og kjennetegnsretten er patentretten på mange måter «the odd man out» når det gjelder harmonisering på europeisk nivå, i den forstand at patentretten i mindre grad har vært gjenstand for en EU-rettslig harmonisering. Dette henger i hovedsak sammen med de mange faktiske og rettslige problemene man har hatt (og fortsatt har) med å etablere et europeisk patentsystem. Dette førte til at harmonisering av den europeiske patentretten i stor grad har skjedd gjennom Den europeiske patentkonvensjonen (EPC), som ligger utenfor EU-systemet.

Etter etableringen av EF i 1957 ble det i 1959 tatt initiativ til en harmonisering av medlemsstatenes patentlovgivning og et fellespatent for EF-området. På grunn av politiske motsetninger mellom EF-landene, blant annet knyttet til uenighet om EFTA-landene skulle få delta, strandet imidlertid arbeidet med et fellespatent i 1965. Arbeidet ble tatt opp igjen i 1969, og målet var da på den ene siden å etablere en sentral instans for *prøving og meddelelse* av patenter som EFTA-landene skulle ta del i, og på den andre siden å etablere en enhetlig instans for *håndhevelse* av patenter som var forbeholdt EF-landene.

<sup>49</sup> Se henholdsvis dom av 26. april 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300 og dom av 14. juni 2017, *Ziggo BV*, C-610/15, EU:C:2017:456.

Den første delen av dette arbeidet førte ganske raskt frem til vedtakelsen av EPC i 1973. Konvensjonen etablerer et felles europeisk system for meddelelse av europeiske patenter, som meddeles av Det europeiske patentverket (EPO) i München. Norge underskrev EPC i 1973, men valgte å vente med å ratifisere konvensjonen, noe som ikke ble gjort før i 2007.

På grunnlag av et europeisk patent kan patentsøker oppnå beskyttelse i alle EPOs medlemsstater. Ved inngivelsen av patentsøknaden angir søker hvilke medlemsstater han ønsker at patentet skal få virkning i. Etter meddelelsen må patentet valideres i Norge ved at søker inngir en norsk oversettelse og betaler en avgift, jf. patl. § 66 c første ledd. Når et europeisk patent er validert i Norge, får det samme virkning som et nasjonalt patent, jf. patl. § 66 b første ledd. Patentstyret foretar ingen realitetsprøving av europeiske patenter, men europeiske patenter som er validert i Norge, kan kjennes ugyldige av Patentstyret etter administrativ overprøving, jf. patl. § 52 b, eller etter søksmål, jf. patl. § 63.

Etableringen av et enhetlig system for håndhevelse av patenter på europeisk nivå skulle derimot la vente på seg. Fellesskapspatentkonvensjonen (CPC) ble vedtatt i 1975, men trådte aldri i kraft. Etter dette har det vært flere forsøk på å etablere et fellesskapspatent.<sup>50</sup> Disse forsøkene materialiserte seg omsider i etableringen av et system for «Unitary Patent Protection» (UPP) i 2013.<sup>51</sup> Avtalen ble inngått mellom 25 av EUs medlemsstater etter prosedyren for styrket samarbeid, og etablerer en ordning for meddelelse av såkalte europeiske enhetspatenter («European patent with unitary effect», eller «unitary patent».)<sup>52</sup> Dette meddeles av EPO etter samme prosedyre som meddelelse av europeiske patenter, og gjelder i alle de 25 medlemsstatene i UPP-samarbeidet. Enhetspatentene skal håndheves ved en europeisk patentdomstol (Unified Patent Court – UPC) med flere lokale og regionale domstoler og underavdelinger samt en anke-domstol.

Samarbeidet har riktignok støtt på visse hindringer. Det er reist sak for den tyske grunnlovsdomstolen om grunnlovsmessigheten av avtalen. På det nåværende tidspunkt er det også uklart hvordan Storbritannias «brexit» vil påvirke

---

50 Se blant annet Council, 15. December 1980, Agreement relating to community patents, 89/695EEC, OJ C401 og Council, 28. November 2000, Proposal for a Council Regulation on the Community patent, COM(2000) 412 final, OJ C 337.

51 Agreement on a Unified Patent Court, 19. February.2013, OJ C 175.

52 Alle EUs medlemsstater deltar i samarbeidet, bortsett fra Kroatia, Italia, Polen og Spania.

samarbeidet. Norge, som står utenfor EU, kan uansett ikke ta del i UPP-samarbeidet i dets nåværende form.<sup>53</sup>

Selv om etableringen av et europeisk patentsystem til dels har blitt liggende utenfor EU-systemet, har det ikke manglet på forsøk på harmonisering av den materielle patentretten på EU-nivå. I 1998 vedtok EU et direktiv (98/44/EØF) om rettsbeskyttelse av bioteknologiske oppfinnelser. På slutten av 1990-tallet og begynnelsen av 2000-tallet arbeidet EU også med et eget direktiv for patentbeskyttelse av programvare, men forslaget fikk etter andre gangs behandling ikke flertall i EU-parlamentet.<sup>54</sup> Utover dette er det gitt to forordninger om såkalte supplerende beskyttelsessertifikater for henholdsvis legemidler og plantefarmasøytiske produkter. Begge er gjennomført i norsk rett, og innebærer at det er mulig å få forlenget vernetiden for slike produkter med opptil fem år.

## 4.2 Harmonisering i norsk patentpraksis

Selv om Norge ikke ratifiserte EPC før i 2007, ble patentloven likevel i stor grad harmonisert med de tilsvarende materielle bestemmelsene i konvensjonen allerede i 1979. Riktignok ble denne harmoniseringen i første omgang begrunnet i ønsket om fortsatt nordisk rettsenhet.<sup>55</sup> I 1989 tillot man, med virkning fra 1.1.1992, patentering av produktpatent på legemidler. Ratifiseringen av EØS-avtalen innebar et ytterligere skritt mot harmonisering, da artikkel 3 nr. 4 i protokoll 28 til EØS-avtalen forpliktet Norge til «å følge de materielle bestemmelsene» i EPC. Dette tilsa at man allerede da burde «legge stor vekt på praksis fra EPO».<sup>56</sup> Etter Norges ratifikasjon av EPC og inntreden i EPO tilsier også hensynet til rettsenhet at EPOs praksis tillegges betydelig vekt ved tolkningen av norsk rett.<sup>57</sup> Dette er nå også generelt lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2008 s. 1555 (Biomar), hvor det fremheves at det er av «stor betydning at utviklingen innen Europa er preget av ensartede regler og praktisering innenfor patentområdet».<sup>58</sup> Det samme legges

53 Jf. EU-domstolens uttalelse av 8. mars 2011, 1/09, EU:C:2011:123.

54 Ordinary legislative procedure (ex-codecision procedure), Patent law: patentability of computer-implemented inventions, 2002/0047(COD). Se nærmere Torger Kielland, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, 2017, s. 122–125.

55 Se Ot.prp. nr. 32 (1978–79) Om lov om endringer i lov nr. 9 av 15. desember 1967 om patenter, mv., s. 17, og NOU 1976: 49 Internasjonalt patentsamarbeid, s. 95–96.

56 Jf. Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, 2001, s. 213.

57 Se tilsvarende Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, 2001, s. 211; Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i immaterialret*, 2002, s. 175, og Schovsbo mfl., *Immaterialrett*, 2015, s. 327.

58 Rt. 2008 s. 1555 (Biomar), avsnitt 51.

til grunn i Rt. 2009 s. 1055 (Donepezil), hvor Høyesterett gir sin tilslutning til lagmannsrettens uttalelse om at «særlig Norges folkerettslige forpliktelser og hensynet til europeisk rettsenhet på patentrettens område [taler] for at det legges atskillig vekt på EPC og konvensjonsrelatert praksis». <sup>59</sup> Derimot bør det bare legges begrenset vekt på enkeltavgjørelser. <sup>60</sup> Dette innebærer samtidig at det ikke er avgjørende at EPO har meddelt patent på den samme oppfinnelse som er til behandling i Norge. I tillegg bør det til en viss grad legges vekt på nasjonal praksis knyttet til praktisering av EPC, i alle fall i den grad denne samsvarer med praksis fra EPOs appellkamre. <sup>61</sup> Enkelte spørsmål, for eksempel spørsmålet om patenters beskyttelsesomfang, er bare i begrenset grad regulert av EPC. Da det her ikke finnes praksis fra EPO, blir rommet for nasjonale løsninger i praksis større. Også her tilsier imidlertid hensynet til rettsenhet at man legger stor vekt på felles-europeiske løsninger.

Nyere høyesterettspraksis er så begrenset at det ikke er mulig å trekke noen slutning om gjennomslag av praksis fra EPOs appellkamre. I Patentstyret, tingretten og lagmannsretten har denne praksisen imidlertid fått betydelig gjennomslag. Dette har blant annet gitt seg uttrykk i tilnærmingen til kravene til nyhet, oppfinneshøyde, industriell anvendbarhet og mulighet til å endre patentsøknaden. <sup>62</sup> Av plasshensyn skal vi her konsentrere oss om enkelte aspekter av kravene til nyhet og oppfinneshøyde.

Nyhetskravet innebærer at alle oppfinnelser som er allment tilgjengelig før søknadsdagen, må nektes patent. De fellesnordiske forarbeidene til patentloven gir imidlertid anvisning på et unntak for såkalt *nødvendig utprøving*. <sup>63</sup> Etter dette unntaket er oppfinnelser som rent faktisk er gjort tilgjengelig for allmennheten, likevel ikke nyhetsskadelig dersom allmennhetens tilgang skyldes nødvendig utprøving av oppfinnelsen. Oslo tingrett legger i sin dom av 7.2.18 (Rituximab) til grunn at det ikke finnes noe tilsvarende utprøvingsunntak i EPC, og at unntaket

59 Rt. 2009 s. 1055 (Donepezil), avsnitt 29, jf. LB-2009-17502 (Donepezil). Se tilsvarende, LB-2010-35272 (Esomeprazol); LB-2009-134493 (Iosartan I); LB-2007-9840 (Lansoprazol); og TOSLO-2007-188318 (Bicalutamid).

60 Jf. Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, 2001, s. 213, og Torger Kielland, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, 2017, s. 40.

61 Op.cit. Kielland, s. 40.

62 Se nærmere Harald Irgens-Jensen, «Ugyldighetssøksmål i patentretten: En gjennomgang av norsk rettspraksis med særlig vekt på sakenes økte kompleksitet og betydningen av avgjørelser fra EPOs appellkamre», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2016, s. 344–389.

63 Jf. NU 1963: 6 s. 125.

derfor måtte anses bortfalt fordi norsk patentrett må anses fullharmonisert med EPC. I en avgjørelse om lag en måned tidligere la KFIR riktignok til grunn en regel om utprøving, men la tilsynelatende en ganske streng norm til grunn.<sup>64</sup>

Tradisjonelt stilte man i norsk rett krav til at det forelå en *rimelig teknisk forskjell* mellom kjent teknikk og den patentsøkte oppfinnelsen for at kravet til nyhet skulle være oppfylt.<sup>65</sup> Dette innebar et strengere nyhetskrav enn det som ble lagt til grunn av EPO, hvor det ble lagt til grunn at det bare var frembringelser som var «direct and unambiguously disclosed» som ikke oppfylte nyhetskravet. Begrunnelsen for dette strengere kravet var at et for lavt krav til nyhet ville kunne legge urimelige begrensninger på utnyttelsen av eldre patenterte løsninger og allerede kjent teknikk.<sup>66</sup> Det strengere kravet var også på det daværende tidspunkt lagt til grunn i tysk rett.<sup>67</sup> Motsetningen til dette er hensynet til å unngå «self collision», det vil si at yngre søknader foregriper av eldre søknader fra samme søker.<sup>68</sup>

Etter at tysk høyesterett endret sin praksis i 2008,<sup>69</sup> kom imidlertid Patentstyrets andre avdeling til at harmoniseringshensyn tilsa at det som da ville ha vært et særnorsk standpunkt, ikke kunne opprettholdes. Det kunne derfor ikke lenger stilles krav til at det må foreligge en rimelig teknisk forskjell for at en oppfinnelse skal anses som ny, men det er tilstrekkelig at den patentsøkte oppfinnelsen på prioritetsdagen ikke kunne utledes direkte og utvetydig av et mothold.<sup>70</sup>

For de fleste oppfinnelser gjelder det også et krav til at oppfinnelsen må «skille seg vesentlig fra» kjent teknikk på søknadsdagen, jf. patl. § 2 første ledd. Norske domstolars tilnærming til dette kravet til *oppfinneshøyde* har tradisjonelt båret preg av en form for «skjønnsmessig helhetsvurdering».<sup>71</sup> EPO benytter derimot

64 KFIR-2017-23-2.

65 Jf. Stuevold Lassen, Birger, «Patentkrav – omfang og fortolkning under Europapatentkonventionen og de nordiske patentlove.», Anföranden och inlägg på det XVIII nordiska mötet för industriellt rättsskydd den 22–24 augusti 1983 i Århus, *NIR: Nordisk immateriellt rättsskydd*, s. 554–561 på s. 556–557. Fra praksis, se 2. avd. kjennelse 5166 (NIR 1984 s. 92), 2. avd. kjennelse 6729 (NIR 1999 s. 742), 2. avd. kjennelse 6790 (NIR 2000 s. 290) og 2. avd. kjennelse 6924 (NIR 2002 s. 189).

66 Jf. 2. avd. kjennelse 6729 (NIR 1999 s. 742) på s. 743, 2. avd. kjennelse 6790 (NIR 2000 s. 290) på s. 291 og 2. avd. kjennelse 6924 (NIR 2002 s. 189) på s. 190.

67 Jf. 2. avd. kjennelse 6729 (NIR 1999 s. 742) på s. 743, jf. BGH 17.1.1995, GRUR 1995 s. 330 (Elektrische Steckverbindung).

68 Se Are Stenvik, *Patentrett*, 2013, s. 203.

69 Jf. BGH 6.12.2008, GRUR 2009 s. 382 (Olanzapin).

70 Se nærmere Are Stenvik, *Patentrett*, 2013, s. 203.

71 Irgens-Jensen, Harald (2016). Ugyldighetssøksmål i patentretten: En gjennomgang av norsk rettspraksis med særlig vekt på sakenes økte kompleksitet og betydningen av avgjørelser fra EPOs appellkamre. *NIR: Nordisk immateriellt rättsskydd*, (4), s. 344–389.

en mer strukturert tilnærming, hvor man først 1) identifiserer det nærmeste motholdet; 2) identifiserer det problemet som oppfinnelsen objektivt sett har løst, sammenlignet med dette motholdet; og 3) spør om en fagperson, med utgangspunkt i det nærmeste motholdet, ville ha valgt den patentsøkte løsning med en rimelig forventning om suksess. Formålet med tilnærmingen er å forhindre at oppfinneshøyden blir vurdert i «etterpåkløkskapens lys» fordi man er kjent med den patentsøkte løsningen. Fra og med år 2000 ble denne «problem-and-solution-approach» gradvis begynt anvendt ved norske domstoler. I begynnelsen anvendte man riktignok ikke alltid alle trinnene i fremgangsmåten. Fra 2008 har fremgangsmåten slik den anvendes av EPO, vært konsekvent anvendt av norske domstoler, Patentstyrets annen avdeling og Klagenemnda for industrielle rettigheter.

Det er vanskelig å si noe konkret om i hvilken grad denne «problem-løsning-tilnærmingen» innebærer andre utfall enn den gamle «skjønsmessige» tilnærmingen. Anvendelsen av fremgangsmåten innebærer likevel en mer ensartet utøvelse av kravet til oppfinneshøyde, ikke bare ved behandlingen av norske patentsøknader, men også på et europeisk nivå.

EPC regulerer bare *meddelelse* av europeiske patenter. Disse må derimot håndheves ved nasjonale domstoler, som dermed også avgjør spørsmålet om patentets beskyttelsesomfang. På samme måte som for spørsmålet om oppfinneshøyde hadde norske domstolers tilnærming til patenters beskyttelsesomfang båret preg av en form for «skjønsmessig helhetsvurdering».<sup>72</sup> I Rt. 2009 s. 1055 (Donepezil) tar Høyesterett utgangspunkt i patl. § 39 må tolkes i lys av EPC artikkel 69.<sup>73</sup> Artikkel 1 i tolkningsprotokollen til artikkel 69 angir at bestemmelsen ikke skal fortolkes «dithen at omfanget av den beskyttelsen et europeiske patent gir skal oppfattes som begrenset til det som følger av en streng bokstavfortolkning av ordlyden benyttet i patentkravene». Artikkel 2 angir videre at det ved vurderingen av beskyttelsesomfanget skal tas «behørig hensyn til enhver bestanddel som er ekvivalent med en bestanddel som er spesifisert i patentkravene». Høyesterett betrakter artikkel 2 som et «uttrykk for en mer eller mindre omforent europeisk praksis, som også Norge har hatt del i».<sup>74</sup>

Stort mer veiledning gir imidlertid ikke konvensjonen eller tolkningsprotokollen. Høyesterett gir imidlertid sin tilslutning til lagmannsrettens gjengivelse av

<sup>72</sup> Se nærmere Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, 2002, s. 241–253.

<sup>73</sup> Rt. 2009 s. 1055 avsnitt 26.

<sup>74</sup> Op.cit., avsnitt 28.



Borgartings dom LB-2007-9840, hvor det legges til grunn at «selv om ekvivalens ikke internasjonalt har et klart definert innhold, synes det å være bred tilslutning om tre kriterier for ekvivalens»: 1) Inngrepsgjenstanden må løse samme problem som den patenterte oppfinnelsen, 2) de modifikasjonene som er gjort, må ha vært nærliggende for en fagperson, og 3) inngrepsgjenstanden må ikke tilhøre den frie teknikk.<sup>75</sup> Det bemerkes videre at kriteriene gjenfinnes blant annet i sentrale engelske og tyske avgjørelser.<sup>76</sup> Til tross for at de sentrale kriteriene er noenlunde tilsvarende, er det nok likevel fortsatt større forskjeller når det kommer til inngrepsnormene og hvilket beskyttelsesomfang et patent gis, enn hva tilfellet er for kravene til meddelelse av patent. Det er på mange måter også naturlig i mangel av en domstol som treffer avgjørelser i disse spørsmålene på europeisk nivå. Norske domstolars tilnærming til spørsmålet om patenters beskyttelsesomfang og ekvivalensvern gir likevel uttrykk for et ønske om harmonisering så langt dette er mulig.

Det eneste området hvor det har vært en viss motstand mot harmonisering, er bioteknologiområdet. Denne motstanden har imidlertid vært mer politisk enn rettslig. Patentstyrets andre avdelings avgjørelse i Bristol Myers-saken er illustrerende.<sup>77</sup> Saken omhandlet en patentsøknad på en fremgangsmåte for fremstilling av et antibiotikum og en naturlig forekommende mikroorganisme som produserte dette. Det ble lagt til grunn at det å sette en naturlig forekommende mikroorganisme inn i en industriell sammenheng måtte anses som en innholdsmessig patenterbar oppfinnelse etter patl. § 1. Dette var tilfellet når mikroorganismen var isolert og kunne karakteriseres på en tilfredsstillende måte.

Man erkjente riktignok at det var en viss politisk motstand mot patentering av bioteknologiske oppfinnelser. Det ble blant annet vist til en debatt i Stortinget hvor utenriksminister Knut Vollebæk ga uttrykk for at det ikke var Regjeringens ønske at det skal være adgang til patentering av naturlig forekommende biologisk materiale. Det fremgikk videre av debatten at et flertall i Stortinget delte dette synet. Man var imidlertid klar over at patentloven ikke var i samsvar med denne oppfatningen. Disse politiske signalene kunne derfor ikke få betydning for den rettslige vurderingen.

Diskusjonen om patentering av bioteknologiske oppfinnelser fikk nytt liv på begynnelsen av 2000-tallet gjennom debatten om biopatentdirektivet skulle innlemmes i EØS-avtalen. Dette var et av svært få tilfeller hvor det i det hele tatt har

<sup>75</sup> Se også Stenvik, *Patentrett*, 2006, s. 392, og Stenvik, *Patentrett*, 2013, s. 392–408.

<sup>76</sup> Som eksempel nevnes den engelske avgjørelsen *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, FSR 1990, s. 181, og BGH 12.3.2002, GRUR 2002, s. 527 (Custodiol II).

<sup>77</sup> PS-1998-6552, NIR 1998 s. 278 (Bristol Meyers).

vært diskutert om man skal benytte seg av avtalens vetorett. Direktivet ble til slutt innlemmet ved EØS-komiteens beslutning av 31. januar 2003, som ble gjennomført ved endringer i patentloven, som trådte i kraft 1. februar 2004. Patentloven § 1 tredje ledd andre punktum gir derfor nå uttrykk for at «[b]iologisk materiale som er isolert fra sitt naturlige miljø eller fremstilt ved hjelp av en teknisk fremgangsmåte, kan være gjenstand for en oppfinnelse selv om det allerede forekommer i naturen».

Forarbeidene ga imidlertid uttrykk for at direktivet ikke harmoniserte de alminnelige vilkårene for patentering, og at direktivet derfor ga statene et visst spillerom ved gjennomføringen.<sup>78</sup> Dette spillerommet foreslås utnyttet ved at kravene om oppfinnelseshøyde og beskyttelsesomfang skal praktiseres restriktivt ved gjennomføringen av direktivet i norsk rett.<sup>79</sup> For kravet til oppfinnelseshøyde ble det forutsatt at praksis skal ligge på linje med de mest restriktive EU-landene.<sup>80</sup> Det er imidlertid svært vanskelig å praktisere patenteringsvilkårene for bioteknologiske oppfinnelser på en generelt strengere måte enn for frembringelser på andre tekniske områder.<sup>81</sup>

I LB-2010-103765 la lagmannsretten riktignok til grunn at en «restriktiv linje» måtte legges til grunn «ved prøvingen av patentets gyldighet og av patentvernets omfang etter patentloven § 39». Patentet i den konkrete saken ble imidlertid ansett gyldig, og hvorvidt dette er resultatet av anvendelsen av en slik «restriktiv linje», er det ellers vanskelig å lese ut av avgjørelsen. Det finnes heller ingen spor i annen praksis som tilsier at denne har ligget på en slik restriktiv linje.

## 5 Avslutning

I de 50 år som har gått siden jussutdanningen ved Universitetet i Bergen startet opp i 1969, har immaterialretten utviklet seg fra å være et mer eller mindre nasjonalt anliggende til å bli et europeisk og internasjonalt rettsområde hvor det nasjonale handlingsrommet er tilsvarende lite.

Det imidlertid ikke tvilsomt at det finnes et handlingsrom - om man hadde ønsket å bruke det. Norsk lovgiver og norske forvaltningsorganer og domstoler har

78 Jf. Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) Om lov om endringer i patentloven og planteforedlerloven (gjennomføring av EUs patendirektiv i norsk rett mv.), s. 8.

79 Jf. Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) s. 20 og 23.

80 Jf. Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) s. 30–31 og Innst. O. nr. 22 (2003–2004) s. 7.

81 Se nærmere Veel-Midtbo, *Kravet om oppfinnelseshøyde for bioteknologiske oppfinnelser*, studentavhandling, Juridisk fakultet, UiO 2004, s. 112–114.

likevel i stor grad bevisst valgt harmoniseringssporet, også der dette formelt sett ikke har vært nødvendig. Dette har gitt seg utslag i at man ikke bare har betraktet nyere praksis fra EU-domstolen og Underretten som sentrale rettskilder, men også praksis fra EUs forvaltningsorgan for immaterialrettigheter – EUIPO (tidligere OHIM). På tilsvarende måte har man i patentsaker lagt stor vekt på praksis fra EPOs appellkamre. Denne harmoniseringen har både omfattet tolkning av harmoniserte bestemmelser og på varemerkeområdet også tolkning av bestemmelser som ikke gjennomfører Norges folkerettslige forpliktelser.

Også der hvor man *har* forsøkt å opprettholde en særnorsk løsning, har man etter hvert gitt etter. Dette skyldes dels at man har innsett at den særnorske løsningen rettslig sett ikke kan opprettholdes, noe som for eksempel var tilfellet for katalogvernet og regelen om nyhetsskadelig utprøving. Dels skyldes det at man har innsett at det ikke er hensiktsmessig å opprettholde en særnorsk løsning, noe som for eksempel var tilfellet med det strengere norske nyhetskravet. På opphavsrettsområdet kan det riktignok synes som Høyesterett har hatt et mer avslappet forhold til EU-rettens originalitetskrav. Dette skyldes nok mest at det i de konkrete sakene har vært begrenset hva man har kunnet utlede av EU-domstolens praksis. Nyere praksis viser også at man er innforstått med at EU-retten knesetter et generelt originalitetskrav.<sup>82</sup>

Det eneste området hvor man mer eller mindre bevisst har forsøkt å utnytte et forutsatt handlingsrom, er bioteknologiområdet. Det er nok ikke å ta munnen for full å hevde at den politiske motstanden på dette området nok bygger på en begrenset forståelse av hva patentering av bioteknologiske oppfinnelser egentlig innebærer. Symptomatisk nok er det handlingsrommet man også forutsatte eksisterte på bioteknologiområdet, av en heller flyktig karakter.

Sett under ett har man i Norge likevel mer eller mindre helhjertet omfavnet harmonisering på immaterialrettsområdet, både når det gjelder lovgivning og tolkning. Etter vår oppfatning har dette vært en god tilnærming. Ikke bare tilsier lojaliteten til de forpliktelsene Norge har påtatt seg, at man tilstreber rettsenhet ved praktiseringen av disse. Fra et rent norsk ståsted er kildene på immaterialrettsområdet få, og det er langt mellom dem. Den harmoniseringen som har funnet sted, har gjort at man kan trekke på en rikholdig europeisk praksis ikke bare fra EUs domstoler og øvrige organer og Det europeiske patentverket, men også fra nasjonale domstoler som har gjennomført de samme reglene.

---

<sup>82</sup> Se HR-2017-2165-A.

# Tore Sandvik (1931–1985) – gudfaren i norsk entrepriserett

*Professor emeritus Kai Krüger*

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd (BFJR) ([www.bfjr.no](http://www.bfjr.no)) arrangerte 11.–12. november 2013, i samarbeid med Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen og Entrepriserettsforeningen i Norge, et todagers symposium – «Entreprenørrisikoen Revisited» – i Bergen. Temaet var hvor langt den entrepriserettsteori som ble presentert i Tore Sandviks doktoravhandling «Entreprenørrisikoen» fra 1966, fortsatt står seg i lys av fagets utvikling og med sikte på risikobildet mellom aktørene ved gjennomføring av bygge- og anleggsarbeider – både under dagens forhold og med blick for fremtiden. Teksten ble fremført som en innledning til arrangementet.

*Tore Sandvik* ble 54 år gammel, og falt på jobb i 1985. Han skulle sammen med advokat *Bjørn Sulland* holde sitt foredrag på Juristforbundets årlige entrepriserettskurs i Trondheim en høstdag i september, men et slag satte punktum for en kort, men markant karriere.

Tores juridiske doktoravhandling, «Entreprenørrisikoen»,<sup>1</sup> ble til ved Oslo-fakultetets Institutt for privatrett. På 60-tallet var Oslo-miljøet lite, men man hadde et team av universitetsstipendiater som skrev store og vektige kvalifikasjonsarbeider på den tiden. *Arvid Frihagen* kjente Tore godt fra før – de hadde begge jobbet der mange av de lovende elitejuristene søkte seg på denne tiden – Prisdirektoratet.<sup>2</sup> Andre som la løpet for en akademisk karriere fra *Domus Media* på Karl Johan på denne tiden, var *Birger Stuevold Lassen*, *Axel Hærem*, *Peter Lødrup*, *Magnus*

---

1 Oslo 1966 (463 sider).

2 På denne tiden, og langt ut på 1970-tallet, gjaldt omfattende prisforskrifter som ble administrert av Prisdirektoratet, herunder for regulering av kontraktssummen i entrepriskontrakter. Se kritisk omtale av *Bjørn Sulland* i skriftet *Offentlige anbudsregler*, 1976, på s. 107 flg.

*Aarbakke* og *Torkel Opsahl*. La meg også nevne *Erling Selvig*, som faktisk hadde et prosjekt som lå nokså nær *Tores* – fraktrisikoen i sjøtransportavtaler. *Tore* beklager i sin avhandling at han kunne ha dradd nytte av *Selvigs* «*Freight Risk*», som også var en dybdeboring i det kontraktsrettslige risikobegrep.<sup>3</sup> Begge kom på trykk i 1966. *Tore* ble professor i Bergen, mens *Erling Selvig* disputerte senere på et arbeid om prinsipalansvar<sup>4</sup> og gikk gradene i Oslo. Syv år etter *Tores* avhandling kom *Per Brunsvigs* doktoravhandling om konstruksjonsansvar i skipsbygging.<sup>5</sup> Så kom først *Helge Jakob Kolruds* og deretter *Knut Kaasens* behandling av offshore-fabrikasjonskontraktene<sup>6</sup> – og dermed var ringen sluttet – lødig norsk litteratur om **tilvirknings- og verksleieoppdrag** på sjø og land regulert med fremforhandlede agreed-standardvilkår som primær rettskilde. Det var satt en påle i bakken ved siden av kjøpsretten.

Etter å ha disputert i 1966 søkte *Tore* seg til Bergen. Han var en kort tid professor ved Norges Handelshøyskole, før han i 1972 sluttet seg til det nye fagmiljø ved de to nyopprettede juridiske institutter ved Universitetet i Bergen – fra 1969 den første fagjuridiske akademiske knoppskyting utenom det tradisjonstunge juridiske fakultet i Oslo. *Selv* kom jeg til Bergen i august 1973. *Tore* ble en nær venn og kollega i årene som fulgte. Han var ikke bare jurist med kunnskaper og akademisk klarsyn. Han var raus, klok, hadde betydelig studenttekke og kunne delta med forbløffende suffisane i enhver diskusjon om hva som helst. Og han hadde oftest irriterende rett. Hans *judicium* var dertil uforlignelig presist.

*Tore* var prestesønn med Telemark umiskjennelig i målet.

De to universitetsinstituttene i Bergen var lagt under SV-fakultetet. I tiden før det bergenske juridiske fakultet kom på plass i 1980, var *Tore Sandvik* SV-dekanus, en uriaspost som med betydelig politisk gangsyn skulle fordele stillinger, budsjettposter og fagressurser mellom tre sultne faggrupper på denne tiden – sosiologene, psykologene og juristene.

*Tores* navn innen rettsvitenskap er selvsagt først og fremst forbundet med nybrottsarbeidet fra 1966 som er fagets *origo*. Entrepriserett – og ikke minst

3 Erling Selvig, *The Freight Risk: A Comparative Study in Contract and Maritime Law*, Oslo 1965.

4 Erling Selvig, *Det såkalte husbondsansvar: studier i ulike typer av ansvar for hjelpere, herunder rederansvaret efter sjøl. § 8*, Oslo 1968.

5 Per Brunsvig, *Konstruksjonsansvar ved bygging av skip*, Oslo 1973.

6 Helge Jakob Kolrud, Erik Chr. Stoltz og Hans B. Thomsen, *North Sea Offshore Construction Contracts*, Oslo 1979, og Knut Kaasen, *Petroleumskontrakter: med kommentarer til NF 05 og NTK 05*, Oslo, siste utgave 2006.

anbudsrett – var på 1960-tallet så å si uutforsket i norsk akademia. Anbudsrettslig teori i samme periode er meget sparsom, og man må anta at undervisning og forskning innen området lå nær et nullpunkt. *Carl Jacob Arnholms* anmeldelse i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1956, s. 51, av en dansk fremstilling er betegnende: Det er først etter å ha sett nærmere på *Axel H. Pedersens* danske bok *Licitation* at anmelderen får sans for de særlige avtalerettslige utfordringer, der kontrakten tildeles i konkurranse mellom flere tilbydere. Den første mer helhetlige behandling av anbudsretten i norsk teori synes å ha vært Tore Sandviks artikkel «Enkelte spørsmål ved anbudskonkurranse», inntatt i Arnholms festskrift i 1969, på s. 485 flg.<sup>7</sup> Sandvik og Arvid Frihagen startet senere på 1970-tallet, fra de den gang nyopprettede juridiske institutter ved Universitetet i Bergen, kurs- og foredragsvirksomhet som ble holdt gående frem til vedtagelsen av «REFSA» i 1978.<sup>8</sup> Tore satte både entrepriseretten og anbudsretten på den fagjuridiske dagsorden. Fra 1978 påbød anbudsregimet REFSA bruk av NS-standardene i staten. Dette gjaldt også NS 3400 Regler om anbudskonkurranse, som ble lansert av Norges Standardiseringsforbund allerede i 1972. Komitéens arbeidsgrunnlag var en utredning av Tore basert på bransjepraksis og sedvane. Tore og Arvid Frihagen holdt på 1970- og -80-tallet kurs for bransjen om både NS 3400 og NS 3401. Jeg ble for egen del hanket inn og terpet min første anbudsjuks en gang da bergensstoget til kursstedet på Geilo fikk linjefeil midt i en tunnel – og Tore, Arvid Frihagen og jeg tilbragte halvannentime i spisevognen ved Osterfjorden godt hjulpet av først én og senere flere flasker rødvin med stearinlys i tunnelmørket. Senere – i 1978 – trakk *Tore* meg med da Byggebransjens Faglig Juridiske Råd startet sine responderende uttalelser som i dag etter 35 år teller mer enn 600 saker.<sup>9</sup> *Tore* var arkitekten også for dette.

7 I Knut S. Selmer (red.), *Nordisk gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm 8. desember 1969*, Oslo 1969. En antologi: *Offentlige anbudsregler: foredrag av Frihagen, Gjelstad, Krosshavn, Krüger, Lem, Sandvik, Sulland*, Bergen ble ved lanseringen av REFSA 1978 utgitt ved Institutt for offentlig rett, Oslo 1976 – med bidrag av Arvid Frihagen, Olav Krosshavn, Tore Sandvik, Kai Krüger, Bjørn Sulland, Henning Lem og Kjell Gjelstad.

8 Forskrifter for henholdsvis statlige kjøp av varer («vareforskriften») og kontrahering av bygg- og anleggsarbeider («entrepriseforskriften»). Begge fastsatt ved kgl.res. 17.3.1978. REFSA-forskriften, med inntak av NS 3400 og NS 3401, gjaldt fortsatt utenom de EØS direktiv-regulerte anskaffelser fra 1994 frem til 1999, da et mer heldekkende regelverk kom på plass for alle offentlige anskaffelser – både statlige og kommunale (lov 16.7.1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, med tilhørende EØS-baserte forskrifter).

9 To publikasjoner: Kai Krüger (red.), *Uttalelser i byggesaker: fra Byggebransjens faglig juridiske råd i Bergen* (nummer 1–200), Bergen 1987, og Kai Krüger (red.), *Uttalelser i byggesaker 1987–96 fra Byggebransjens faglig juridiske råd i Bergen: 2. samling* (nummer 201–450), Oslo 1997. Senere uttalelser legges ut på bfjr.no og publiseres i bladet «Byggeindustrien».

La meg minne om at selv om Tores forfatterskap i de 13 årene han var professor i Bergen ble kortvarig, så er hans forskning fra denne tiden av betydelig interesse også i dag. Innen hans spesialfelt ble hans senere kommentar til NS 3401<sup>10</sup> en entrepriserettslig bibel brukt i bransjen, påberopt i retts- og voldgiftssaker – og hyppig henvist til i Høyesterett også etter de senere standardrevisjoner. Tore deltok i komitéarbeidet som forberedte NS 3401. Vår andre nestor i entrepriseretten – Helge Jakob Kolrud – ledet komitéforberedelsene av de senere standarder og har utgitt kommentarer til både NS 3430 og dagens NS 8405.<sup>11</sup> Men Tore Sandviks arbeider fra før hans tid er ikke av den grunn gått av moten.

Standardvilkår for bygg- og anleggsarbeid finnes i alle de nordiske land, men de er ikke samordnet. Det kan i denne sammenheng nevnes at Tore Sandvik fikk i oppdrag av Nordisk ministerråd å utarbeide et forslag til **nordiske** kontraktsbestemmelser for bygge- og anleggsarbeider – utgitt som NU 1976: 22. Dette prosjektet lå nok Tore på hjertet, men det ble dessverre skrinlagt og er lite kjent i dag. Prosjektet beskrives i en antologi – *Selected Problems of Construction Law: international approach*,<sup>12</sup> der Tore Sandvik deltok med en utredning om forsinkelsesansvar (s. 53–77).<sup>13</sup>

Men forfatterskapet rakk videre. En liten bok om kommisjon og handelsagentur i varehandelen er fortsatt til dato – vil jeg påstå – den beste norske behandling av grunnproblemene i mellommannsretten.<sup>14</sup> Og så leverte han, sammen med *Carsten Smith*, i 1970 en lite kjent innstilling som lå til grunn for en lovendring i 1973 (lov 1. juni 1973 nr. 30 om endringer i lov om kommisjon, handelsagentur og handelsreisende) om avgangsvederlag for handelskommisjonærer og agenter – reglene er videreført i den gjeldende handelsagenturlov fra 1992.<sup>15</sup> Han utredet i NOU 1974: 22 forarbeidet til personregisterloven 1978, og la dermed grunnlaget for det senere Datatilsynet. Han leverte et fremragende arbeid om konsulentansvar på Det 27. Nordiske Juristmøte i Reykjavik 1975 (bilag 10) – lenge det toneangivende norske rettsvitenskapelige bidrag i dette emnet. Han var også min medforfatter,

10 Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, Oslo 1977.

11 Helge Jakob Kolrud mfl., *NS 8405. Kommentartutgave*, Oslo 2004.

12 Peter Gauch og Justin Sweet (red.), «The First International Construction Law Conference 1982», i *Selected problems of construction law: international approach*, Fribourg 1983. Utgitt av University Press Fribourg Switzerland Sweet and Maxwell.

13 Det ble holdt en «Second Conference» ved Universitetet i Berkeley i 1987, der jeg deltok med innlegg om «Variation Order», men det ble denne gang ikke publisert noen seminarrapport.

14 Tore Sandvik, *Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandelen*, Oslo 1971.

15 Lov 19. juni 1992 nr. 56 (§§ 25–33).



sammen med *Ole Johan Giertsen*, i en fremstilling av norsk panterett basert på den nye pantelov 1980.<sup>16</sup> Han var midt i en fremstilling av norsk konkursrett tilpasset lovreformen i 1984 da han døde i september 1985. Tore og jeg polemiserste begge mot *Sjur Brækhus*, om kontraktsregulering versus boinntrede ved entreprenørkonkurs.<sup>17</sup> Men det var en ulik kamp siden Sjur Brækhus fikk siste stikk da han som lovkonsipist skrev inn sin kreditorpreferanse i dekningsloven § 7-3. Jeg husker Tores beske kommentar: «Er det viktigere å fordele penger enn å få byggeprosjektet fullført?» Tores konkursbok ble for øvrig ferdigstilt og utgitt av min daværende kollega *Kristian Huser*.<sup>18</sup>

Som person var Tore likt av alle – og høyst respektert som en frontfigur i norsk privatrett for sin tid. Tore foreleste på sitt kontor for fire studenter i bygge- og entrepriserett i Bergen – en av dem var *Karl Marthinussen*, senere medforfatter av NS 8405-kommentaren.<sup>19</sup> En annen var *Haakon Blaauw* i Wikborg Rein, som med Tore som veileder leverte særavhandling om Arkitektnormen.

Humor er ikke et kvalifikasjonskriterium i academia. Men den skader ikke. Da det skulle velges rektor på Universitetet, og salen var full av de forhåndsinnmeldte vitenskapelig ansatte som skulle avgi skriftlige stemmer på den eneste lanserte kandidaten, viste det seg at en professor *N.N.* hadde varslet fravær på valgdagen – til tross for at han vitterlig var fysisk til stede. Universitetsdirektør *Magne Lerheim* tok aldri lett på formalia, og det utspant seg en finurlig debatt om hvorvidt en tjenestemann med innmeldt forfall tross fysisk fremmøte i dette tilfelle hadde stemmerett. Dette inntil Tore grep ordet og gjorde møteledelsen oppmerksom på at professor *N.N.* ikke kunne innvilges gyldig forfall, og derfor måtte gis stemmerett!

Men så gikk det som det måtte gå: arbeid på høygir, for mange daglige tyvepakninger og for lite mosjon. Han betalte prisen, men takk(!) for et forfatterskap som tiden ikke har løpt fra.

Tores hovedarbeid, «Entreprenørrisikoen», er en 35-årings fremragende forskningsarbeid, som ivaretar mange forventninger til god rettsvitenskap. Det er en dyptgripende analytisk behandling av hva «risiko» kan bety i et vare- og tjenestekontraktsforhold, når man forlater den kjøpsrettslige forankring som i juridisk teori den gang hadde dominert obligasjonsretten. Men så avdekker avhandlingen også en forfatter som kjenner sitt faktum. Han håndterer byggebransjens vokabular,

16 Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, Bergen 1980. 2. utgave kom i 1982.

17 Kai Krüger, «Kontrakt og konkursbeslag», *Jussens Venner* 1969, s. 57 flg.

18 Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, Bergen 1985.

19 Karl Marthinussen mfl., *NS 8405 med kommentarer*, Oslo 2004. 2. utgave kom i 2006.

teknologi og byggeplasslogistikk med imponerende suffisane – men leder også livsområdet bygg og anlegg rakt inn i sentral tenkning omkring de kontraktsrettslige grunnbegreper «ansvar» og «risiko».

Avhandlingen er ikke bare usedvanlig praktisk anlagt. Den er rettsmetodisk oppsiktsvekkende, fordi den ble til i et fagjuridisk øde univers. Hvordan navigerer forfatteren når Høyesterett stort sett glimrer med sitt fravær, og det er skrint med publisert domspraksis overhodet – men desto mer av ikke-publiserte voldgiftsdommer fra datidens faste tekniske voldgiftsretter? Hans faglige biotop viste seg på disputasen i Universitetets Gamle festsal. Foruten første opposent, daværende nestor professor Carl Jacob Arnholm, fungerte den tordenskioldske entreprisretts-soldat advokat *Arne Bech* som annen opposent. Bech var jo allerede bokens eneste norske litteraturkilde,<sup>20</sup> og det ble han som anmeldte avhandlingen i *Lov og Rett* 1967, på s. 44–46. At Tore slapp unna i disputasen med en avhandling der litteraturtilfanget var nærmest fraværende – og rettsstoffet i hovedsak består av utrykt materiale som bare Tore og hans advokatmakker Bjørn Sulland hadde i kartonger på sine kontorer<sup>21</sup> – ja det er vel et rettsvitenskapshistorisk engangstilfelle!<sup>22</sup> Når tilfanget av kontraktspraksis dertil besto i sprikende og den gang ikke samordnede standardvilkår anvendt etter kjøttvektmetoden, sier det seg selv at mye vil stå og falle på om forfatterens løsninger, basert på kontraktsrettslig primærttenkning ispedd sunn fornuft, holder vann. Men det gjør de.

Kapittel- og avsnittsoverskriftene kan leses som en mal for det som senere er blitt standardformatet for de omforente Norsk Standard. Tore redegjør rett nok for NS 401 etterfulgt av NS 401 A, men han beskriver her en tilstand preget av manglende konsens i bransjen, der de store byggherrene og de store bykommunene brukte sine egne kontraktsvilkår for byggearbeider (s. 63). Statens Bygge- og

20 Arne Bech, *Entreprenørkontrakter: risiko og ansvar: referat fra møte i Norsk forsikringsjuridisk forening den 19. oktober 1962*, Oslo 1963. Annen nordisk litteraturtilfang var beskjedent: Sten Källenius, *Entreprenørrisikoen*, Stockholm 1960; Axel H. Pedersen, *Entreprise. Bygge- og Anlægsarbejder*, København 1952, og Hugo Wikander, *Om det materiella arbetsbetinget och dess viktigaste rättsföljder*, Uppsala 1916.

21 Det var på denne tiden opprettet såkalte faste tekniske voldgiftsretter i Oslo, på Vestlandet (Bergen), i Rogaland (Stavanger) og Trondheim, jf. «Entreprenørrisikoen» på s. 71 og videre s. 73 om tilfanget i avhandlingen. I perioden 1945–1965 ble det ved Oslo byrett arkivert i alt 189 voldgiftsavgjørelser ved de faste voldgiftsretter, da dagjeldende tvistemålslov § 465 annet ledd foreskrev registrering ved domstol (som ikke alltid ble etterlevet). Fra Oslo (120), Vestlandet (32), Trondheim (32) og Rogaland (1), foruten *ad hoc* voldgiftsdommer.

22 I Danmark er voldgift i bygge- og anleggssaker organisert ved Voldgiftsnævnet for bygge- og anlægsvirksomhed. Avgjørelsene publisertes dels i *Ugeskrift for Retsvæsen (UfR)*, *Tidsskrift for Bolig og Byggeret (TBB)* og i *Kendelser om Fast Ejendom (KFE)* (Ref. Nævnets presidieformann høyesteretsdommer Niels Grubbes presentasjon under Bergenssymposiet november 2013).

Eiendomsdirektorat (senere Statsbygg) med *Stein Atne*, var «konge på haugen» for statsentreprisene – og både Oslo og Bergen hadde sine egne standardvilkår. De senere omforente komitéforberedte kontraktsvilkår fra Byggstandardiseringsrådet brakte saktens avklaring. Men praksis med ugjennomtenkte avvik og tillegg fra de store byggherrene ga et åpenbart behov for å sette en entrepriserettslig nullstilling, som sammen med standardbestemmelsene<sup>23</sup> kunne sies å være *den* ikke-lovfestede deklatoriske mal. Tores balanserte løsningsforslag på området kan knapt overvurderes.

Bokens hovedinndeling er i fire hovedavsnitt:

**Del I** tegner landskapet for entreprisekontraktene i Norge;

**Del II** er en rettsanalytisk behandling av risiko**problemet** som kontraktsrettslig utfordring;

**Del III** gir anvisninger på risiko**fordelingen** i entrepriseforholdet – konkretisert i vederlagsberegningen (§ 7), arbeidsangivelsen (§ 8), funksjonsdelingen under utførelsen (§ 7), beskadigelsesrisikoen (§ 10) force majeure-hindringer (§ 11) og partenes subjektive forhold (§ 12);

**Del IV** om Risiko**virkningene** behandler tilleggsvederlag (§ 14), mangler og mangelsbeføyelser (§ 15) og forsinkelse og forsinkelsesbeføyelser (§ 16).

Bokens plass i den norske fagjuridiske litteratur er ubestridt, hva enten man ser det fra et BA-ståsted eller man har rettsteoretikerens briller på. Jeg siterer fra *Arne Bechs* anmeldelse i *Lov og Rett* 1967, s. 46:

Den entreprenørsak hvor Sandvik ikke påberopes av én eller kanskje endog begge parter, vil være dårlig forberedt.

Boken kaster for det første et klarsynets lys over fremveksten av hovedproblemstillinger og synsmåter, som i ettertid kom til å stå som sentrale kampsoner ved

<sup>23</sup> Fra ingressen til dagens NS 8405: «Standarden gir uttrykk for hva de ovennevnte organisasjoner og institusjoner er blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg og anleggsarbeider. Det er de ovennevnte organisasjoners forutsetning at standarden anvendes uten andre endringer eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt», jf. forskrift 7. april 2007 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 3–11 første ledd «Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av kontrakter.»

de standardrevisjoner som ettertiden skulle bringe. Innpasningen av rettsfiguren endringer og tillegg – *Variation Order* – er, som vi vet, i dag entrepriserettens kjerneområde. I 1966 hadde Tore Sandvik bare en vag allmenn rettsteoretisk forankring for den betraktning at motstykket til vederlagsrisiko i kjøp og fraktrisiko i befraktning måtte være en mekanisme for oppjustering av kontraktssummen – sitat, s. 109:

Det synspunkt som her er forfektet, at risikoproblemet ikke bare må ses som en del av misligholdsspørsmålet, men at det mer generelt angitt kan ses som et spørsmål om rekkevidden av den innbyrdes avhengighet mellom avtalt ytelse og motytelse, slik at det også kan få karakter av et spørsmål om oppjustering av vederlagskravet, vil kanskje virke uvant.

Vi skal minne oss om at da dette ble skrevet, var den norske kontraktsrettslitteratur på spesiell obligasjonsrett, utenom kjøpsrett, rimelig begrenset: Min generasjon leste *Per Augdahls* høyteoretiske alminnelige obligasjonsrett.<sup>24</sup> I Tores nordiske entrepriserettsbibliografi var det, utenom Arne Bechs artikkel, bare noen få danske og svenske fremstillinger.

Avhandlingen knesetter flere hovedsynspunkter som i dag må regnes som fast bakgrunnsrett. Noen presenteres i del III om vederlagsberegningen (s. 163–201). Et slikt er hovedregelen om *prising av BA-arbeider*, der Tore med henvisning til voldgiftsdom Rt. 1917 s. 635 distanserer seg fra den dagjeldende toneangivende kjøpslov 1907 § 5 om selgerfaktura-dominans – sitat, s. 168:

[...] synes det neppe tvilsomt at en i dag kan fastslå som relativt sikker kuty-mebestemt rett, at vederlaget, hvor det ikke foreligger avtale om prisen, skal beregnes på grunnlag av de faktiske direkte omkostninger entreprenøren har hatt og (s. 170) med sedvanebestemt salær.

Jeg anser dette som en grunnleggende allmenn kontraktsrettslig påpekning, for så vidt som det her tegnes en deklatorisk hovedregel om *prising* av tjenesteoppdrag som rekker utenfor BA-kontraktens område.

<sup>24</sup> Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 2. utgave, Oslo 1958. Senere 5. utgave, Oslo 1978.

Mange av bokens påpekninger fra 1966 har ettertiden gjort til fast entreprisere rettslig repertoar. Det kan man si om klargjøringen av rettsvirkninger av *overslag* (s. 171–174), og ikke minst den begrensede virkning av kontrakter med *låste masser* (s. 193–196). Sistnevnte vil si avgrensningen av beskrivelser som stemmer med tegninger i konkurransegrunnlaget, versus endringer i det faktiske volum under arbeidets utførelse. Underlaget for denne påpekning var rimelig spinkelt – to utrykte voldgiftsdommer fra de faste tekniske voldgiftsretter (Vestlandet og Oslo) – men ikke desto mindre den løsning som nå følges i praksis.

Et særlig interessant kapittel er behandlingen av «arbeidsbeskrivelsen», på s. 202–238, det vil si i anbudforhold, det som nå heter *konkurransegrunnlaget*.

Her behandles balansepunktet mellom byggherrerisikoen for arbeidsbeskrivelsen og entreprenørens aktsomhetskrav, så som varslingsplikt i forhold til svakheter og risikomomenter (s. 206) og entreprenørens valgrisiko ved likeverdige arbeidsmetoder (s. 210).

En vanlig misforståelse knyttet til at entreprenøren er «ansvarshavende», kvitteres ut på s. 214:

Så langt det gjelder spørsmålet om lov- eller forskriftsstridig utforming av selve byggverket, får entreprenørens stilling som ansvarshavende etter bygningsloven ingen selvstendig betydning for risikofordelingen.

Skillet mellom prosjekterende byggherrefunksjoner og utførende entreprenørarbeid var i 1966 heller ikke så skarpt som terminologien kunne friste til å anta. Begrepet *totalentreprise* var ganske visst ikke fast innarbeidet, men Tore skisserer (s. 216–221) ulike utvidelser i entreprenørfunksjoner som trekker i retning av NS 3431 og dagens NS 8407. Det vil si at entreprenøren har helt eller delvis stått for prosjekteringen, og byggherren har godkjent entreprenørens planer – eller entreprenørens forslag til tekniske løsninger er blitt inkorporert og nedfelt i kontraktsbestemmelser om at entreprenøren uttrykkelig skal ha overtatt prosjekteringsansvaret. Dette illustreres med voldgiftspraksis, som viser at dette må ha vært et tvistetema på den tid avhandlingen ble til.

Konkurranses grunnlagets beskrivelse av grunnforhold og grunnundersøkelser var et hett tema på 1950-tallet.<sup>25</sup> Fire voldgiftsdommer om forutsetningssvikt knyttet til tunnelentrepriser er inntatt i Rt.-årgangene 1954 og 1955,<sup>26</sup> jf. nå den salomoniske i NS 8405 punkt 19.2 annet ledd, om at «byggherren bærer risikoen for at det fysiske arbeidsgrunnlaget og grunnforholdene er slik entreprenøren hadde grunn til å regne med ut fra kontrakten, oppdragets art og omstendighetene for øvrig». Tores kloke observasjon er dette sitat, s. 237 – med tilføyelse om at poenget ikke er hvem som skal foreta undersøkelser, men plasseringen av risikoen for at undersøkelser ikke er gjort:

En klausul som skyver entreprenørens undersøkelsesplikt i forgrunnen, vil lett kunne bli forstått slik at den bare refererer seg til usikkerhetsmomenter som ville bli avdekket ved en slik undersøkelse som det er vanlig å foreta.

Om avtaletolkning knyttet til konkurranses grunnlaget ved anbudskonkurranse lanserte Tore, som en tentativ tese og som kritikk av en voldgiftsdom fra 1949 (sitat s. 225):

Det kan muligens hevdes at hvor kontrakten er istandbrakt ved en åpen anbudskonkurranse, må dette av hensyn til likhet i konkurransevilkårene betinge en objektivisering av tolkingen, ved at en fraviker det vanlig gjeldende prinsipp om at tolkingen skal være individuell og baseres på hva de aktuelle kontraktsparter legger i det anvendte uttrykk.

Det kan trygt slås fast at denne litt forsiktige tilnærming har fått solid gjennomslag i Høyesteretts praksis om anbudsrettslige tolkningsspørsmål, så som *Byggholt* 2007,<sup>27</sup> *Florø Idrettssenter* 2010<sup>28</sup> og senest *Mika*-dommen 2012.<sup>29</sup> Men siden

25 På det symposium som var rammen om disse betraktninger, minnet Jan Einar Barbo i sitt foredrag om noen eldre høyesterettsdommer om risikofordeling ved grunnforhold: Rt. 1893 s. 423 («Jernbaneanlegg Vossebanen») (dissens), Rt. 1998 s. 227 («Ruseløkkveien 20 og 22 i Kristiania») og Rt. 1917 s. 673 («Revels- og Solegaarden paa Tyskebryggen»). Den siste fastslår som grunnprinsipp at risiko følger funksjonsdelingen – det vil si byggherrens prosjektering ved utførende entrepriser indikerer risiko for grunnforholdene.

26 Rt. 1954 s. 32, Rt. 1954 s. 35, Rt. 1954 s. 50 og Rt. 1955 s. 120.

27 Rt. 2007 s. 1479.

28 Rt. 2010 s. 1427.

29 Rt. 2012 s. 1729.

standardtekstene i praksis mangler de forarbeider som inngår i lovtolkning, må tekstene håndteres med blick for bransjepraksis og innlevelse i hva aktørene er best tjent med. Der var Tore på hjemmebane.

Et annet poeng ble fastslått i avhandlingen, nemlig den historiske kontekst for dagens NS 8405 punkt 25.2 om at hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for, tilsier vederlagsjustering og ikke erstatning. Etter å ha påpekt (s. 243) at den vanlige tilnærming har vært erstatning betinget av skyld på byggherre-siden, slås det fast (s. 244) at

[...] det ville bli en skjærende dissonans i systemet om reglene skulle være andre for de direktiver som gis under utførelsen enn for de som inngår i kontraktsdokumentenes arbeidsangivelse [...].

Mulig at dette sett med dagens øyne er å slå inn åpne dører, men spørsmålet synes altså ikke å ha vært like opplagt i 1966. Så sent som i 1995 var NS 3430 punkt 21.1, med omtale av «krav på merutgifter av årsaker som må henføres til byggherrens forhold», dårlig samordnet med punkt 7.5 om byggherrens *ansvar* for å holde entreprenøren *skadesløs* ved tegningsfeil.

Et tema med noe vingling i standardene opp gjennom årene er varslingsplikt som formelt vilkår for tillegg ved omstridte endringsarbeider. Dette spørsmål må ha vært svært omstridt på 60-tallet. Avhandlingen gir en grundig gjennomgang av voldgiftspraksis, som på ulike måter søker å komme rundt den løsning at entreprenøren ikke kan kreve tillegg ved forsømt varsel. I lys av dagens strenge NS 8405 punkt 25.3 kan det være grunn til å sitere Tores kritiske merknad på s. 273:

Men fremfor alt kan det være grunn til å reise det spørsmål om en ikke i praksis har gått for langt i retning av å sette varslingsvilkår ut av betraktning [en strengere løsning] ville formentlig lede til at varslingsklausulene ble tillagt en sterkt økende betydning.

Lakmustesten på god vitenskap ligger i teoriens gjennomslag i lovverk, rettspraksis og rettsteori. Kåre Lilleholt forberedte dagens bustadoppføringslov om forbruker-entrepriser (lov 13. juni 1997 nr. 43),<sup>30</sup> og det har rimelig sikkert vært skjelt til Tores kommentar til NS 3401.

<sup>30</sup> NOU 1992: 9.



At norske entrepriserettsfremstillinger lener seg til Tores arbeider, sier seg selv.<sup>31</sup> Men også nordisk litteratur har uten unntak henvisninger til «Entreprenørrisikoen» og/eller kommentaren til NS 3401.<sup>32</sup>

Tores arbeider kan spores i en rekke høyesterettsavgjørelser, med henvisninger og støtte for resonnementer. Jeg har talt opp 17 dommer med slike henvisninger – og noen av dem fortjener en kommentar.

*Fjeldhammer Brug*-dommen **Rt. 1972 s. 449** gjaldt ansvar og utbedringsplikt ved lekkasjer i terrassebygg på Nordstrand, der oppdraget med henvisning til *Entreprenørrisikoen*, s. 33, ble henført som en byggentreprise og ikke kjøp.

*OBOS*-dommen **Rt. 1979 s. 81** avgjør det den gang uavklarte spørsmål om andelshavere i borettslag som siste ledds avtager kunne holde boligbyggelaget som forretningsfører ansvarlig for fundamenteringsmangler i prosjektet. Tore Sandvik hadde uttalt seg til støtte for et slikt ansvar – og ble sitert i lagmannsretten. HR kom til samme resultat, og dommen, med Tore Sandviks løsning, kan dermed ses som en forløper for dagens rådende oppfatning om at sisteledds oppdragsgiver kan gjøre gjeldende direktekrav mot bakenforliggende omsetningsledd.<sup>33</sup>

*Myra Båt*-dommen **Rt. 1990 s. 59** fastslår med henvisning til Tores NS 3401-kommentar at byggherren ved inkorporering får eiendomsrett til byggematerialer, selv om de er solgt med salgspant.

**Rt. 1992 s. 1105** vedrørte spørsmålet om virkninger av tariffestet nedsettelse av arbeidstiden i en NSB-entreprise på Ofotbanen. Entreprenøren fikk – med henvisning til Tores NS 3401-kommentar – medhold i sin anførsel om at avslag på fristutsettelse i et slikt tilfelle ga rett til forsering på byggherrens bekostning. Resultatet ble opprettholdt i **Rt. 1999 s. 878** – også her med henvisning til Tores arbeid (s. 883):

31 Det er neppe å ta munnen for full å anta at senere norsk, og delvis også nordisk, entrepriserettsteori har hatt Tore Sandviks arbeider som ankerfeste. Se NS-kommentarene av Hans Jakob Kolrud mfl.; Karl Marthinussen mfl.; Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett: Utvalgte emner*, Oslo 1997, og Kåre Lilleholt, Hans Jakob Urbye og Jørgen Birkeland, *Bustadoppføringslova: avtaledokumenter med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2011.

32 I utvalg Erik Hørlyck, *Entreprise*, 6. utgave, København 2009; Erik Hørlyck, *Totalentreprise*, København 2011; Erik Hørlyck, *Entreprenørvederlaget*, København 2002; Ole Hansen, *Entrepriseretlige mellomformer*, København 2013; Ole Hansen, *Det entrepriseretlige hjemmelsproblem*, København 2008; Anders Vestergaard Buch, *Entrepriseretlige mangler*, København 2007; Michael Gjedde-Nielsen og Hans Lykke Hansen, *ABR 89*, København 2006; Rolf Höök, *Entreprenadjuridik*, Stockholm 2008; og Per Samuelsson, *Entreprenadavtal*, Stockholm 2011.

33 Se nå NS 8405 punkt 37, som ved entreprenørkonkurs kan vise seg problematisk i forhold til lov 8. juni 1984 nr. 59, dekningsloven, § 7-3 – partene kan i prinsippet ikke regulere tredjemanns – her kreditorfellesskapets – rettsstilling til skade.

Bestemmelsen (NS 3430 pkt. 17.6) innebærer at entreprenøren kan velge om han vil fastholde retten til fristforlengelse eller forsere arbeidene (på byggherrens regning).

*Sjøen*-dommen **Rt. 1994 s. 1222** knesetter som avtalerettslig hovedsynspunkt at en iverksatt massekontroll ved anbudskonkurranse måtte bety at anbudet rettslig kunne anses antatt. Støtte for dette fant retten i Tores artikkel om anbudskonkurranser i *Festskriftet til Carl Jacob Arnholm* (1969), s. 490. Akkurat denne løsningen har ganske visst ikke tålt tidens tann, men dette skyldes at EUs anbudsdirektiver krever skriftlighet for å anse avtale som inngått.<sup>34</sup>

**Rt. 2010 s. 1345** *Oslo Vei* avklarer vilkårlig kontraktspraksis knyttet til hindringer som kan tilskrives byggherrens forhold. Førstvoterende siterer Tore Sandviks omtale av NS 3401 punkt 7.5 i premiss (76):

Bestemmelsen foreskriver at entreprenøren skal holdes «skadesløs», men dette er egentlig en lite dekkende uttrykksmåte. Det er en riktigere karakteristikkk å betegne de merytelser som ligger bak merkostnadene som tilleggsarbeid.

Nyere eksempler er **Rt. 2011 s. 1553** premiss (65) (om garantisikring av tilleggsarbeid):

Selv om endrings- og tilleggsarbeider ikke er omtalt i kontrakten mellom verftet og Skarveland, er det på det rene at verftet i kraft av avtalen kunne kreve slike arbeider utført. Dette er for øvrig vanlig i entrepriser og entrepriseligende forhold, hvor byggherrens forpliktelse til å stille sikkerhet regelmessig også omfatter vederlag for tilleggsarbeid, se eksempelvis Tore Sandviks kommentar til NS-3401 (1977), side 107.

**Rt. 2013 s. 865** gjelder foreldelsesfristens beregning etter NS 3431. Som støtte for fristberegning i forbrukerkjøp av bruktbil med rustskader uttales det i premissene 40 og 41:

<sup>34</sup> EU Direktiv 2004/18 artikkel 1 annet ledd bokstav a, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 § 22-3 nr. 6 (og § 13-3 nr. 5).

(40) Rettsoppfatningen innenfor entrepriseområdet for tiden forut for den eksplisitte regulering av reklamasjonsfristen etter mislykket utbedring i de ulike utgaver av Norsk Standard, trekker også i retning av at det ikke etter et mislykket utbedringsforsøk kan oppstilles noen ny absolutt reklamasjonsfrist. I Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, side 430, heter det:

«Når byggherren har reklamert i tide over en mangel, kan han også etter at garantitiden er utløpet, påberope seg at entreprenørens utbedring av vedkommende mangel er utført på en utilfredsstillende måte.»

(41) Da spørsmålet ble regulert i NS 3401, ble løsningen at det ble innført en ny absolutt reklamasjonsfrist over utbedringsarbeidene. I kommentarutgaven til standarden skriver Sandvik på side 243:

«For arbeid utført etter overtakelsen, f.eks. kompletterings- eller utbedringsarbeider, skal fristen likevel regnes fra utførelsen av arbeidet. Dette leder da til at reklamasjonsadgangen kan holdes åpen nærmest på ubestemt tid hvor entreprenøren gjør gjentatte, mislykkete utbedringsforsøk. Det er tilstrekkelig at mangelen opprinnelig er rettidig reklamert, og at en deretter påberoper svikten innen ett år etter hvert reparasjonsforsøk.»

I **Rt. 2013 s. 1476**, om forholdet mellom avdragsnota og sluttoppgjør, uttaler mindretallet i premiss (68) (dissens 3–2):<sup>35</sup>

Det er dessuten sikker rett at avdrag etter punkt 28.1 ikke er ment å være et endelig uttrykk for størrelsen på det krav entreprenøren har på hvert enkelt tidspunkt. Avdragsfakturaen avskjærer altså ikke entreprenøren fra å fremme ytterligere krav for den aktuelle avdragsperiode eller for de arbeider som er avregnet i vedkommende faktura. Jeg viser her til Marthinussen mfl., NS 8405, side 396 og 442 og Kolrud, *Kommentar til NS 8405*, side 339. Det samme er også lagt til grunn for forståelsen av lignende bestemmelser på entrepriserettens område, jf. eksempelvis Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, side 217 i merknad til punkt 24 om sluttoppgjør og Kaasen, *Petroleumskontrakter*, side 506 i merknad til NF 05, artikkel 20.2 om fakturering.

<sup>35</sup> Som med henvisningen til Sandvik og annen teori etter min mening gir en klart bedre løsning enn flertallets.

Tore Sandviks bidrag til kontraktsrettslig begrepsbruk og systematikk er etter min mening også betydelig. Han brøt ned den kjøpsrettslige dominans på 1970-tallet ved påpekninger knyttet til *tilvirknings-* og *verksleiekontraktens* særpreg.<sup>36</sup> Jeg nevner tre dimensjoner:

- 1 Verksleiekontraktene avtegner et moderne kontraktsystematisk skille mellom *materielle* regler om operative rettsvirkninger på den ene side, og på den annen side prosjektets *administrative infrastruktur* – nedfelt i *prosedyreregler* om kommunikasjon og samspill mellom aktørene.
- 2 En annen dimensjon gjelder *avviksbeføyelser*: Mens kjøpsloven skiller mellom gjensidighetsbeføyelser og erstatningsansvar, blir bildet i verksleieforhold et annet: Mangler ved det leverte arbeid skal utbedres på objektivt grunnlag innen en forstandig offergrense – men uten konsekvensansvar for markedstap. Forsinkelser skal kompenseres ved objektivisert *dagmulkt* uten krav om ansvarsgrunnlag, men betinget av at oppdragstager ikke har vern under reglene om *fristutsettelse*. Konsekvenstap utover utbedring og dagmulkt er betinget av *kvalifisert skyld*.<sup>37</sup>
- 3 En tredje påpekning gjelder oppbruddet – først fra den nordiske 1907-kjøpslovens historiske tilnærming til *kjøperhindringer*, klassifisert som kreditor-mora-*fritak* fra leverandørens mangels- og forsinkelsesansvar. Senere ble hele figuren kreditor-mora parkert og i hovedsak erstattet av kjøpers *medvirkningsplikt* under erstatningsansvar.<sup>38</sup> I forhold til kjøpsretten ble verksleieløsningen *hverken* kreditor-mora eller erstatning for medvirkningssvikt, men lagt inn som grunnlag for *tilleggsbetaling* for tidsbruk og merarbeid, og på linje med byggherrens opsjonsutøvelse klassifisert som *finger* endring ved hindringer henført til oppdragsgivers forhold, og konstruert som omstridt eller uomstridt endringsordre og henført til regimet for *opsjoner om endringer og tillegg*.<sup>39</sup>

36 Både offshoreindustriens NF 05 fabrikkasjonskontrakt og de fellesnordiske NLM-vilkår for maskinleveranser med montering bidrar til at kjøpslovens forutsetning i § 2 første ledd, om klassifikasjonen «kjøp» lest mot § 3, neppe gir et korrekt bilde av den praktiske virkelighet. Tilvirkning utenom bygg og anlegg ligger nærmere entrepriseretten enn tradisjonelle løsørekjøp.

37 Om tidligere uavklarte spørsmål knyttet til forholdet mellom erstatning og stipulert dagmulkt, Peter Gauch og Justin Sweet (red.), 1983, s. 65–66.

38 Kjøpsloven 1988 §§ 50–51, om enn med kreditor-mora-reminisens i kjl. §§ 22 og 30 som unntar fra misligholdsbeføyelser «forhold på hans (kjøpers) side», jf. tilsvarende § 51 om selgers beføyelser.

39 Allerede i Peter Gauch og Justin Sweet (red.), 1983, på s. 67–68.

Entreprise- og anbudsretten har selvsagt utviklet seg siden 1966 – ikke bare med hensyn til byggeskikk og prosjektorganisering:

- Standardarbeidet er fortsatt **kamplass for aktørene**, samtidig som reglene i omfang, kompleksitet og detaljeringsgrad gir økt presisjon og forutberegnelighet – kanskje på bekostning av tilgjengeligheten og **nærheten til partene**?<sup>40</sup>
- **Offshoreindustrien** har utviklet ikke bare tilvirkningsjussen, men også utfordret og beriket de landbaserte verksleieoppdrag. Den første omforente NF-standard for disse kontraktene kom på plass rett før Tore falt fra.
- NS 8405 og NS 8407 er gjort til normalregler for offentlige BA-oppdrag – autorisert og påbudt brukt i regelverket for offentlige anskaffelser. Men de store byggherrene skriver inn avvik fra og tilføyelser til NS-standardpunktene, som forskyver de oppnådde forhandlingsresultater – og **utfordrer derfor allikevel både rettsanvendere og rettsteori**. Finnes det i norsk anbudsrett et dyr som heter **vern mot urimelig kjøpermakt**, der byggherren i sitt konkurransegrunnlag neglisjerer standardens forutsetning nedfelt i ingressen til NS 8405 og med anerkjennelse i 2006-forskriften om offentlige anskaffelser § 3-11?
- Høyesterett er kommet solid på banen som **toneangivende aktør i rettsutviklingen** på BA-området.
- Men også EØS-retten har nødvendiggjort direktivtilpasninger av norske anbuds- og kontraktsregler, og da med **EU-domstolen som tung aktør**.
- Det digitale NS 3420-regime utfordrer konkurransegrunnlagets postbeskrivelser, og dermed det hovedsynspunkt i norsk kontraktsrett at **partenes avtaler tross alt går foran deklarasjonsrett**.<sup>41</sup>

Det kan være rett å stoppe opp og minne oss om at fagets gudfar, Tore Sandvik, i mangt og meget var først ute med det aller meste av det som fortsatt står på den entrepriserettslige dagsorden. Jeg tror hans forskning vil overleve både oss og mange kommende standardrevisjoner.

40 Bemerk NS 8405 punkt 3.2, som med henvisning til foregående punkt 3.1 innebærer at partenes *avtaledokument* og annet skriftlig kontekstuellt *dispositivt materiale* fortsatt har forrang fremfor standardens bestemmelser. *Byggemøtereferater* om protokollert enighet har slik forrang – og entreprenørens antatte *tilbud* gjelder foran konkurransegrunnlagets tekst med henvisninger (så som NS 3420). Dette selv om tilbudet inneholder skjulte – endog vesentlige – avvik som ikke er blitt avdekket under evalueringen av tilbudene (at det i tvilstilfelle presumeres samsvar med konkurransegrunnlaget, er en annen sak).

41 To illustrasjoner: BFJR sak 615 (2013) og sak 616 (2013).

# Det juridiske fakultet og konkurranseretten

Professor Tore Lunde

## 1 Innleiing

Konkurranseretten hadde ingen plass ved fakultetet i dei første åra. Overraskande, vil kanskje mange seie, sidan professor Arvid Frihagen allereie før etableringa i 1969 hadde ein omfattande rettsvitenskapleg produksjon innan konkurranserettslege problemstillingar. Frihagen fekk dr. juris-graden i 1964 på avhandlinga «Linjekonferanser og kartell-lovgivning»,<sup>1</sup> og hadde før denne tid skrive lisensiatavhandling om «Prisrådets organisasjon og virksomhet»,<sup>2</sup> og publisert «Fra Prisrådets praksis».<sup>3</sup> Sjølv om konkurranserett ikkje var noko eige fag, har det rett nok i ei viss mon kome inn bakvegen, både i den alminnelege forvaltningsretten, og i faget petroleumsrett, som kom til seinare og omfatta innkjøpsregelverket.

Trass i solid ekspertise i konkurranserett allereie frå starten, skulle det gå nokså lang tid før konkurranserett vart eit satsingsområde for fakultetet. Eit vendepunkt var EØS-avtalen, og særleg professor Kai Krüger sitt engasjement innan *procurement law* på 90-talet og frametter, som omtalt i punkt 3.

Ved 50-årsjubileet til fakultetet ser biletet heilt annleis ut, som følgje av stadig sterkare satsing på konkurranse- og marknadsrett. Resultatet er ein omfattande rettsvitenskapleg produksjon, undervisningstilbod i ei rad ulike kurs, og mange forskarar med spesialkompetanse innan konkurranserett, offentlege anskaffingar,

---

1 Arvid Frihagen, *Linjekonferanser og kartell-lovgivning. Offentlig kontroll og regulering av linjekonferanser og andre private, konkurransebegrensende avtaler i internasjonal sjøfart*, Oslo 1963.

2 Arvid Frihagen, *Prisrådets organisasjon og virksomhet*, Oslo 1963.

3 Arvid Frihagen, *Fra Prisrådets praksis. Prisrådets stilling til leverandørers bruk av sin monopollignende makt til å regulere melkeomsetning og installasjonsvirksomhet*, Oslo 1960.

statsstøtte og andre delar av marknadsretten. Desse rettsområda vert i det følgjande omtala under eitt som *konkurranserett*, i vid tyding, om ikkje anna går fram.

Artikkelen set søkelys på fakultetet si rolle som heimstad for juridisk forfattarskap innan desse rettsområda, og løftar fram nokre av dei mest sentrale forfatarane og verka som er skapte eller under arbeid ved fakultetet i perioden fram til i dag. Innanfor eit avgrensa format blir utvalet naturleg nok ufullstendig. For fullstendig oversyn over produksjonen til dei einskilde forskarar viser eg til fakultetet sine heimesider med lenker til *Cristin-basen*.

## 2 Arvid Frihagen og konkurranseretten

Doktoravhandlinga om linjekonferansar gjeld avtaler om avgrensing og regulering av konkurransen mellom reiarlag i internasjonal sjøfart, typisk linjereiarlag som siglar på same handelsrute, og har avtaler om å halde felles prisar og om regulering av ei rad andre konkurransetilhøve. Tilnærminga til emnet var at det «[...] synes å herske temmelig dunkle forestillinger om hvorledes linjekonferansene egentlig virker, og hvilken rettslig stilling de har – også blant folk som arbeider med sjørett og med kartell- og konkurranserett».<sup>4</sup> Avhandlinga gir på denne bakgrunn ei alminneleg innføring i og eit oversyn over linjekonferansane og den rettslege reguleringa av desse, både nasjonalt og internasjonalt.

I tillegg til arbeida som er nemnde i punkt 1, publiserte Arvid Frihagen også fleire andre konkurranserettslege arbeid. I tida før professoratet i Bergen frå 1969 var det prislova og konkurranseregulering som stod i sentrum for forfattarskapen, særleg prislova frå 1953 § 18 – forbodet mot urimelege prisar og forretningsvilkår – som svarar til pristiltakslova § 2.<sup>5</sup>

Også i dei sjølvvalde emna for prøveforelesingar innanfor konkurranseretten, både for lisensiatgraden i 1962<sup>6</sup> og for doktorgraden i 1964,<sup>7</sup> er det interessa for konkurranserett som er i sentrum. Imellom desse arbeida kommenterte han dommen i Rt. 1963 s. 281. Dommen gjaldt spørsmålet om ei ansvarsfråskrivning

4 Arvid Frihagen, *Linjekonferanser og kartell-lovgivning. Offentlig kontroll og regulering av linjekonferanser og andre private, konkurransebegrensende avtaler i internasjonal sjøfart*, Oslo 1963, s. 5.

5 Arvid Frihagen, «Priskonkurranse og konkurranseregulering – en oversikt over forbudet mot prisavtaler», *Jussens Venner* 1960, s. 28–58.

6 Arvid Frihagen, «Utilbørlig konkurranse og konkurransebegrensning», *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, 1961, s. 125–141, også i *Jussens Venner* 1962, serie U, s. 1–22.

7 Arvid Frihagen, «Prislovens § 18: straffebestemmelse og ugyldighetsregel», *Jussens Venner*, 1964, s. 66–94.



frå Telegrafverket for manglande oppføring av ein verkstad i telefonkatalogen var ugyldig etter prislova § 18.<sup>8</sup> Frihagen kritiserte Høgsterett for ikkje å ta stilling til det prinsipielle spørsmålet om § 18 også gjaldt forretningsvilkår som ikkje hadde noko å seie for tilhøvet mellom yting og motyting, og heller ikkje om det eksisterte alminnelege rettsgrunnsetningar med tilsvarende innhald.<sup>9</sup>

Nemast må også *Knophs oversikt over Norges rett*, der Frihagen skreiv kapitlet om «Pris-, kartell- og konkurranseretten» frå fjerde utgåva i 1966 til og med i åttande utgåva i 1981.<sup>10</sup>

Utover på 1970-talet retta han interessa inn mot offentlege anbudsreglar, først ved ein publikasjon i Institutt for offentlig rett sin skriftserie,<sup>11</sup> deretter eit større verk om innkjøpsregelverket i stat og kommune i 1980.<sup>12</sup> For arbeida innan anbudsjussen kom også ekspertisen i forvaltningsrett til nytte, mellom anna i arbeidet frå 1984 om dokumentinnsyn i anbuds konkurransar.<sup>13</sup>

### 3 Kai Krüger – frå privatrett til *procurement law*

Ein annan av pionerane ved fakultetet – professor emeritus Kai Krüger – sette i siste halvparten av fakultetet si 50-års historie eit solid fotavtrykk også innan konkurranse- og marknadsretten, i første rekke innan *public procurement*. Etter år med omfattande forskning, publisering, undervisning og formidling innan privatrettslege disiplinar, særleg pengekravsrett, kontraktsrett, kjøpsrett, panterett, kredittrett, sjørett/transportrett og bustadrett, dreia interessefeltet seg utover på 1990-talet stadig meir i retning av konkurranse og offentlege innkjøp, i kjølvatnet av EØS-avtalen. Om vi ser bort frå anbudsrettslege problemstillingar som er omhandla i Krüger

8 Arvid Frihagen, «Prislovens § 18 og en høyesterettsdom», *Lov og Rett* 1963, s. 223–229.

9 Op.cit., s. 226.

10 Arvid Frihagen, «Pris-, kartell og konkurranseretten», i Birger Stuevold, Lassen Knut S Selmer (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 4. utgave, Oslo 1966, s. 526–542; Arvid Frihagen, «Pris-, kartell og konkurranseretten», i Birger Stuevold Lassen, Knut S. Selmer, Johs. Andenæs (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 4., 5., 6., 7. og 8. utgave, Oslo 1969, 1973, 1975 og 1981, s. 613–628, 635–652, 724–741 og 812–816.

11 Arvid Frihagen, «Regler om offentlig anskaffelse: noen utgangspunkter», *Offentlige anbudsregler, Universitetet i Bergen: Institutt for offentlig rett*, 1976, s. 3–49.

12 Arvid Frihagen, *Offentlige anbudsregler – innkjøp: statens innkjøpsforskrifter og innkjøpsinstruks for kommune og fylkeskommune med kommentarer*, Oslo 1980.

13 Arvid Frihagen, «Anbudskonkurranse og dokumentinnsyn: anbyders rett til opplysning og innsyn ved anbudskonkurranse om entrepriser for det offentlige», *Det juridiske fakultets stensilserie nr. 4*, 1984, s. 11–89.

sine verk på andre område, særleg i «Norsk kontraktsrett» og «Norsk kjøpsrett»,<sup>14</sup> kom det første reine arbeidet innan anbudsrett på trykk i 1996.<sup>15</sup>

Krüger sitt undervisningstilbod i *public procurement*, og tilgrensande aktivitetar, som til dømes *Procurement Day* og samarbeidet med mange ekspertar frå inn- og utland,<sup>16</sup> har hatt avgjerande innverknad på den vidare utviklinga av og satsinga på konkurranse- og marknadsretten ved fakultetet. Arbeidet og interessa innan *procurement law* er gjort tilgjengeleg gjennom ei rad publikasjonar. I tillegg til førelingar<sup>17</sup> og bøker<sup>18</sup> er artikkelproduksjonen omfattande og imponerande. Dei viktigaste arbeida innan tilnærma reindyrka drøftingar av *procurement law* er desse, alle med Krüger som eineforfattar:

«The Scope for Post-Tender Negotiations in International Tendering Procedures», *Public Procurement: Global Revolution*, s. 181–198, Deventer 1998; «Non-Economical 'soft' and 'green' Considerations in Public Contract award procedures. Critical Comments on the ECJ C-225/98 'Nord-pas-de-Calais' Judgement 26.9.2000», *Europarättslig tidskrift* 2002, s. 57–67; «Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter», *Lov og Rett* 2004, s. 363–378; «Ban-on-negotiations in Tender Procedures: Undermining Best Value for Money?», *Journal of Public Procurement* 2004, s. 397–436, også i revidert versjon i *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press 2009; «Autonomispørsmål ved offentlige anskaffelser. Hvor fritt står anskaffelsesmyndigheten?», *Udførelse af offentlig opgave via kontrakt*, København 2004; «Critical comments on the new procurement directives, preceding the Nordic adaptations», *EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden*, København 2006; «Paradise Lost. Is the law adequate in combating corruption in public procurement? A Norwegian approach», i Torstein Frantzen, Johan Giertsen, Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007, s. 628–668; «Superiority in experience and skill may distinguish a better tender bid!», *The Public Procurement Law Review* 2009, s. 138–145; «Social dimensions in public contracting», i Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, Dag Michalsen (red.), *Arbeid og rett. Festskrift til*

14 Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989, og Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*, 4. utgave, Bergen 1999.

15 Kai Krüger, «Kommunale anbudskonkurranser etter EØS-reglene», *Lov og rett* 1996, s. 627–644.

16 Mellom andre Jens Fejø, Sten Treumer og Arnhild Dordi Gjønnnes.

17 Kai Krüger, «Public Contracts in a EU, EEA and GPA Perspective. Three Lectures», *Det juridiske fakultets skriftserie* 1997.

18 Kai Krüger, Ruth Nielsen og Niklas Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, København 1998.

*Henning Jakhellns 70-årsdag*, Oslo 2009, s. 399–427, og «Best value – By All Means: On municipal autonomy versus competitive tendering under EU/EEA-adapted Norwegian public procurement law», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz, Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Bergen 2013, s. 331–345.

I nokre av arbeida kombinerer han ekspertisen i *procurement law* med inngåande kunnskapar frå andre rettsområde, både erstatningsrett,<sup>19</sup> kontraktrett<sup>20</sup> og forvaltningsrett.<sup>21</sup> Også vervet som medlem av *Klagenemnda for offentlige anskaffelser* må nemnast, både som ei viktig kjelde til inspirasjon for forskning og som døme på korleis Krüger som deltakar i det praktiske rettsliv har teke del i tvisteløysing og delt kunnskap og innsikt til nytte for samfunns- og næringsliv.<sup>22</sup>

#### 4 Dei viktige strategane: Ernst Nordtveit, Asbjørn Strandbakken og Eivind Buanes

Fakultetet sin posisjon innan konkurranseretten skuldast ikkje berre faglege aktivitetar. Like viktig har det strategiske arbeidet frå leiarar og administrasjon vore, med tilrettelegging av gode rammevilkår, finansiering og rekruttering av nye krefter. Heilt avgjerande for fakultetet sin posisjon på konkurranserettens området i dag var den strategiske tenkinga og praktiske gjennomføringskrafta til professorane Ernst Nordtveit og Asbjørn Strandbakken, i tett samarbeid med tidlegare fakultetsdirektør Eivind Buanes.

19 Kai Krüger, «Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbuds konkurranse – fra Firesafe 1997 til Nucleus 2001», *Jussens Venner* 2001, s. 261–302; Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor», i Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm, Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup 70 år*, Oslo 2002, s. 121–156; Kai Krüger, «Action for Damages Due to Bad Procurement: On the Intersection Between EU/EEA Law and National Law, with Special Reference to the Norwegian Experience», *The Public Law Review* 2006, s. 211–232 og Kai Krüger, «Compensation for Procurement Damage», *Scandinavian Studies in Law* 2012, s. 157–193.

20 Kai Krüger, «Tolkning av kontrakter som er tildelt ved anbuds konkurranse», i Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen (red.), *På rett grunn: festskrift til Norsk forening for bygge- og entrepriserett*, Oslo 2010, s. 111–129.

21 Kai Krüger, «'Bukken og havresekken' – Habilitetsspørsmål ved tildeling av offentlige kontrakter», i Gudmund Knudsen, Kristin Normann, Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Oslo 2010, s. 125–151.

22 Søk i Lovdata sin base for vedtak frå Klagenemnda for offentlige anskaffelser viser at Krüger for perioden 2003 til 2015 har deltatt som nemndsmedlem i om lag 630 saker for KOFA.

Ved sidan av egne faglege interesser innan konkurranse- og marknadsrettslege problemstillingar, særleg innan petroleumsretten,<sup>23</sup> demonstrerte Nordtveit sine strategiske evner i samband med satsinga på konkurranserett og vedtaket om flytting av Konkurransetilsynet til Bergen. Flyttinga, som var endeleg gjennomført i 2006, var eit resultat av initiativet frå dåverande arbeids- og administrasjonsminister Victor Norman om utflytting av åtte statlege tilsyn frå Oslo, som Stortinget slutta seg til i juni 2003.<sup>24</sup>

Argumenta for lokalisering av Konkurransetilsynet i Bergen, som Nordtveit tvillaust har påverka, var mellom anna at

Bergen [...] har et sterkt fagmiljø innen økonomiske og juridiske fag. [...] Det juridiske fakultetet ved Universitetet i Bergen har spesiell tyngde på forvaltningsrett. Det har således kompetanse på viktige områder av konkurranseretten og fakultetet har særlig god ekspertise på reglene om offentlige innkjøp. Fakultetet vil lett kunne bygge seg videre opp innen spesialisert konkurranserett.<sup>25</sup>

Til den siste setninga går det ei linje til Nordtveit sitt initiativ om å søke Forskningsrådet om midlar under Strategisk fakultetsprogram i konkurranserett, i 2003. Prosjektet hadde som mål å realisere ein langsiktig strategi om utvikling av rettsøkonomisk kompetanse, i samarbeid mellom forskarar ved Det juridiske fakultet og forskarar ved Institutt for økonomi og NHH. Gjennom tverrfagleg forskning på konkurranserett og konkurranseøkonomi tok prosjektet sikte på å skape eit betre grunnlag for regelutforming og avgjerder om konkurransetilhøve mellom næringsdrivande, og om rolla til det offentlege ved kjøp av varer og tenester. Også internasjonaliseringsstrategien til fakultetet vart halde fram som argument i søknaden, ved at prosjektet innebar sterk satsing på EU- og EØS-rett og rettsreglar utvikla av WTO. Søknaden fekk støtte, og tildelinga vart 6,6 millionar frå Forskningsrådet, i tillegg til ressursar stilt til rådvelde frå Universitetet sentralt.

23 Sjå mellom anna Ernst Nordtveit, «Between Market and Public Interests – Organization and Management of the Norwegian System for Sale and Transportation of Natural Gas», i *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Bergen 2013, s. 469–482, og konferansebidrag om *Sale of Natural Gas in the Light of European Competition Rules*, Riezleren-seminar 2004.

24 St.meld. nr. 17 (2002–2003), jf. Innst. S. nr. 222 (2002–2003) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om statlige tilsyn, jf. Stortingsvedtak 476 og 477.

25 St.meld. nr. 17 (2002–2003) s. 74, andre spalte.

Fakultetet fekk med dette finansiert ein postdoktor og tre stipendiatstillingar, i tillegg til stipendiatstillingar i økonomi.

Med postdoktorstipend i sikte vart det for artikkelforfattaren nødvendig å ta eit val mellom forskning eller vidare advokatgjerning på full tid. Valet var ikkje vanskeleg.

## 5 BECCLE

Asbjørn Strandbakken tok over som dekan etter Nordtveit i 2009, og vidareførte satsinga på konkurranserett. Det største løftet vart gjort i arbeidet fram mot etableringa av Bergen Center for Competition Law and Economics (BECCLE) i 2011, som er eit forskingssenter i felles eige mellom Norges Handelshøyskole og Universitetet i Bergen.

Etableringa er resultatet av eit initiativ frå nøkkelpersonar ved UiB, NHH og Konkurransetilsynet våren 2010 til å drøfte moglege samarbeid om eit senter for konkurransepolitikk i Bergen. Etter eit felles møte mellom leiinga ved NHH og UiB var det utpeika ei arbeidsgruppe som fekk i oppdrag å gi ei utgreiing av eit program/senter for konkurransepolitikk. Etter at leiingane ved dei to institusjonane slutta seg til den første utgreiinga som blei levert 20. oktober 2010,<sup>26</sup> utarbeidde arbeidsgruppa ei ny utgreiing om kostnader, finansiering og konkretisering av aktivitetar ved senteret.<sup>27</sup> Styrevedtak frå UiB og NHH om etablering av senteret vart treft i mai og juni 2011, og senteret vart offisielt opna 9. september 2011. Strandbakken var i heile dekanperioden aktiv støttespelar til senteret, også i spørsmålet om lokalisering av senteret til Juss II-bygget.

BECCLE har vist seg levedyktig, med eit omfattande aktivitetsnivå både innan juss og økonomi, og har innfridd måla som låg bak etableringa. Å nemne éin av aktivitetane yter ikkje rettferd mot all anna aktivitet, men den årvisse BECCLE-konferansen må trekkast fram som eit av høgdepunkta.

## 6 Nye generasjonar – perioden frå 1995 til 2019

Å rekruttere og halde på stipendiatar og andre rettsforskarar til Det juridiske fakultet har til nesten alle tider vore krevjande. I fakultetet sin siste 25-årsperiode har

<sup>26</sup> <https://beccle.no/files/2011/06/BECCLE-DEL-I.pdf> (lesedato 1.12.2018).

<sup>27</sup> <https://beccle.no/files/2011/06/BECCLE-DEL-II.pdf> (lesedato 1.12.2018).

det likevel vore ein god tilvekst av forskarar som arbeider med, eller har arbeidd innanfor, rettsområde som kan omtalast under merkelappen konkurranse- og marknadsrett, og tilgrensande rettsområde.

*Artikkelforfattaren* kom til fakultetet frå advokatbransjen i 1995, var tilsett som stipendiat 1996–2000, og disputerte for doktorgraden i 2001 på ei avhandling om god forretningsskikk-standard i marknadsføringslova.<sup>28</sup> Arbeidet var den første omfattande analysen av generalklausulen i marknadsføringslova. Etter den store NFR-tildeling som nemnt i punkt 4 gjekk artikkelforfattaren på ny frå advokatlivet til postdoktorstipend frå 2004 til 2007, der hovudaktiviteten var eit arbeid om distribusjonsavtaler.<sup>29</sup> Arbeidet drøftar konkurranserettslege problemstillingar i relasjon til distribusjonsavtaler og forholdet til gruppeunntaket for vertikale avtaler, mellom anna avtaler om eksklusiv kjøpsplikt og mengdeplikter, eineforhandlaravtaler, agentavtaler og franchising. Seinare arbeid omfattar mellom anna kommentarutgåve til marknadsføringslova, som kjem i tredje utgåve i 2019. Kompetansen innan konkurranse-, marknadsførings- og immaterialrett er nytta i verv som medlem og tidvis setteleiar av Konkurranseskilgenemnda, leiar av Marknadsrådet og medlem av Klagenemnda for industrielle rettar.

Etter eit par år som universitetslektor starta *Ronny Gjendemsjø* som stipendiat i 2006, og disputerte i 2011 på ei avhandling om oligopolproblemet.<sup>30</sup> Hovudtemaet i avhandlinga er om EU-konkurransereglane forbyr koordinerte høge prisar i eit *oligopol*, når koordineringa ikkje er ei følgje av samarbeid mellom føretaka. Gjendemsjø har spelt ei viktig rolle i fakultetet si satsing på konkurranserett, som del av leiinga ved BECCLE i fleire år, i samarbeid med økonomiprofessorane Tommy Staahl Gabrielsen, Lars Sørgard (for tida konkurransedirektør i Konkurransetilsynet) og Kurt Brekke (for tida sjeføkonom i Konkurransetilsynet) samt førsteamanuensis Bjørn Olav Johansen. Gjendemsjø har også gitt viktige innspel til styresmaktene sitt arbeid med konkurransepolitiske vurderingar, både i spørsmål om å etablere inngrepsheimel mot einsidige handlingar i verdikjeda for mat for tilfelle som ikkje kjem i konflikt med konkurranselova § 11,<sup>31</sup> og om forholdet

28 Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001.

29 Tore Lunde, *Distribusjonsavtaler i konkurranserettsleg perspektiv*, Bergen 2007.

30 Ronny Gjendemsjø, *Oligopolproblemet. Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, Bergen 2011 (disputasutgåve).

31 Ronny Gjendemsjø og Ignacio Herrera Anchustegui, *Utredding av muligheten for å etablere en inngrepshjemmel mot ensidige handlinger i verdikjeden for mat som ikke rammes av konkurranseloven § 11*, Rapport levert til Nærings- og fiskeridepartementet 20.01.2017.



mellom reguleringa av bokbransjen og EØS-konkurranseretten.<sup>32</sup> Han er også medlem av Konkurranseskjennemnda.

Nokre forskarar som har vore viktige bidragsytarar innan konkurranserettsmiljøet, har gått andre karrierevegar etter fullførte doktorgradsprosjekt. Men forskingsarbeida deira står fjellstøtt igjen. *Knut Høivik* publiserte i 2006 ei drøfting av om det tospora sanksjonssystemet i konkurranselova var tenleg,<sup>33</sup> men dreia etter kvart forskingsarbeidet inn på sanksjonar mot føretak, og disputerte i 2010 på avhandlinga «Foretaksstraff – En analyse av ansvarskonstruksjonen i straffeloven § 48a og dens forutsetninger».<sup>34</sup> *Herdis Helle* disputerte i 2013 på ei avhandling som drøftar rekkevidda av konkurransereglane i EØS-retten innanfor velferdssektoren, slik som utdanning, helse- og sosialtenester.<sup>35</sup> I avhandlinga stiller ho mellom anna spørsmål om norske styresmakter utnyttar det handlingsrommet som eksisterer innanfor desse sektorane.

Fakultetet si satsing på internasjonalisering er ein viktig faktor også for konkurranserettsmiljøet. *Małgorzata Cyndecka* kom frå Polen til Bergen som Erasmus-student i 2006/2007, leverte stor masteravhandling i 2008, og tok som stipendiat frå 2009 fatt på regelverket om statsstøtte. Doktoravhandlinga hennar om marknadsinvestortesten<sup>36</sup> som ho disputerte over i 2015, er banebrytande, og vart heidra med pris for beste ph.d.-avhandling innan EU/EØS-statsstøtterett i perioden frå 2012 til 2016.<sup>37</sup> Ho har dermed sikra fakultetet spisskompetanse i statsstøtterett. Frå 2016 har ho vore tilsett som postdoktor finansiert av Finansmarkedsfondet, med prosjektet «Towards more stability, competitiveness and predictability in the financial sector». Ved sidan av forskning og undervisning har ho også formidla kompetansen i statsstøtterett på ei rad faglege arenaer, på seminar og konferansar, i samfunnsdebatten gjennom innlegg i dagspressa, til

32 Ronny Gjendemsjø, *Utredning av forholdet mellom reguleringen av bokbransjen og EØS-konkurranseretten, for Kulturdepartementet og Nærings- og fiskeridepartementet*, Oslo 2014.

33 Knut Høivik, «Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?», *Lov og Rett* 2006, s. 360–370.

34 Se publisert versjon Knut Høivik, *Foretaksstraff – En analyse av ansvarskonstruksjonen i straffeloven § 48a og dens historiske, rettspolitiske og moralske forutsetninger*, Oslo 2012.

35 Herdis Helle, *Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter*, Bergen 2013 (disputasutgåve).

36 Małgorzata Cyndecka, *The Applicability and Application of the Market Economy Investor Principle*, Bergen 2014 (disputasutgåve), publisert på Kluwer International i nedkorta versjon: Małgorzata Cyndecka, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law: Applicability and Application*, Kluwer 2016.

37 The European State Aid Quarterly's award for best PhD dissertation since 2012 within the field of state aid law.



dømes om den norske leiterfusjonsordninga<sup>38</sup> og om staten som konkurrent på den private marknaden,<sup>39</sup> og som deltakar i offentlege utval.<sup>40</sup> Som éin av to leiarar for forskargruppa for konkurranse- og marknadsrett har ho også teke ansvar for faglege aktivitetar i gruppa.

Ein annan forskar som har sett tydelege spor etter seg både nasjonalt og internasjonalt, er *Ignacio Herrera Anchustegui*. Han kom til fakultetet som stipendiat frå 2012 til 2016, og disputerte i 2017 på ei prisvinnande avhandling om kjøparmakt.<sup>41</sup> Avhandlinga analyserer spørsmålet om kjøparmakt blir handtert konsistent av domstolane i EU, eller om domstolane vurderer kjøparmakt forskjellig i ulike konflikttypar som brot på kartellforbodet, forbodet mot misbruk av dominans, og i fusjonssaker. Han har dokumentert stor fagleg energi, gjennom omfattande faglege bidrag på seminar og konferansar i inn- og utland, ved ei rad artiklar og utgreiingar, og har blitt ein viktig ressurs for fakultetet også i energirett og i *public procurement*, både som forskar og undervisar.

Til BECCLE og forskargruppa i konkurranse- og marknadsrett er det også knytt andre viktige ressurspersonar, som bidrar med breidde- og spisskompetanse på viktige rettsområde, særleg EU/EØS-rettsleg kompetanse, spesielt professorane *Halvard Haukeland Fredriksen* og *Christian Franklin*.

Av den svært omfattande rettsvitskaplege produksjonen til Fredriksen er det særleg grunn til å framheve boka *EØS-rett*<sup>42</sup> og arbeidet som medredaktør og forfatar til den omfattande kommentarutgåva til EØS-avtalen.<sup>43</sup> Som medlem i Klagenemnda for offentlige anskaffelser bidrar Fredriksen også med høg kompetanse direkte til det praktiske rettsliv.

For *Christian Franklin* er det særleg grunn til å framheve doktoravhandlinga om eit nytt og kontroversielt EU-rettsleg prinsipp om «consistency», som stiller grunnleggande krav til samanheng i EU sine relasjonar med tredjeland og andre

38 Dagens Næringsliv 9. februar 2018.

39 Forskning.no 14. februar 2018.

40 «Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører. Rapport fra arbeidsgruppe», 2018.

41 Ignacio Herrera Anchustegui, *Buyer Power in EU Competition Law*, Bergen 2017 (disputasutgåve), også publisert som monografi i *Concurrences*, Paris 2017. Avhandlinga vart kåra som vinnar av «2017 Concurrences PhD Award», som beste ph.d.-avhandling i konkurranserett eller konkurranseøkonomi i 2017.

42 Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018.

43 Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder, *Agreement on the European Economic Area. A Commentary*, Oxford 2018. Sjå også arbeid nemnt i note 45 og 46.

internasjonale organisasjonar.<sup>44</sup> Avhandlinga var den første med ei inngåande og detaljert systematisering av innhaldet i prinsippet, både med omsyn til korleis konkrete krav til samanheng kjem til uttrykk, kva for aktørar prinsippa er retta mot, og kva for ledd i EU sine eksterne relasjonar prinsippa får utslag på. Av nyare arbeid må nemnast innsatsen som redaktør av og bidragsytar til antologien om bruk av EU/EØS-rett i nasjonale domstolar,<sup>45</sup> samt fleire publikasjonar i velrenommerte internasjonale tidsskrift<sup>46</sup> og nasjonal rapport om privat handheving av EU-konkurranserett i Norge.<sup>47</sup> Franklin har elles delt leiarvervet i forskargruppa ein periode, og har vore initiativtakar til mange aktiviteter og seminar m.m. i forskargruppa.

Ei viktig styrking av konkurranserettsmiljøet og BECCLE var også tilsetjinga av professor *Caroline Heide-Jørgensen* frå Københavns Universitet i professor II-stilling. Med omfattande forfattarskap innan konkurranse-, marknadsførings- og immaterialrett har ho bidratt vesentleg i miljøet, særleg med rettleiing av stipendiatar.

I den aller yngste generasjonen av rettsforskarar innan konkurranse- og marknadsretten finn vi *Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund*, *Linda Midtun*, *Kristian Strømsnes* og *Håvard Ormberg*.

*Barlund* har sidan 2014 forska på samspelet mellom lempingsinstituttet og offentleg og privat handheving i EU-konkurranseretten, særleg tilhøvet til såkalla follow-on skadebotsøksmål, og disputerte i januar 2019.<sup>48</sup> Det overordna forskingsspørsmålet er korleis lempingsprogram kan utformast optimalt for å stimulere til søknader om lemping, utan å undergrave retten til skadebot for aktørar som har lidt tap som følge av ulovlege kartell, for å ivareta meir overordna samfunnsinteresser i uforstyrra konkurranse. Avhandlinga reiser spørsmål om omfanget av lempingsinstituttet både når det gjeld kven som kan kvalifisere for lemping,

44 Christian Franklin, *Consistency in EC external relations Law*, Bergen 2010 (disputasutgåve).

45 Christian Franklin (red.), *The Effectiveness and Application of EU and EEA Law in National Courts: principles of consistent interpretation*, Cambridge 2018.

46 Sjå t.d. «Square Pegs and Round Holes: The Free Movement of Persons under EEA Law», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19/2017, s. 165–186; og «Of pragmatism and principles: The EEA agreement 20 years on» (med H.H. Fredriksen), *Common market law review* 52/2015, s. 629–684.

47 Christian Franklin, Halvard Haukeland Fredriksen og Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund, «National report on private enforcement of European competition law in Norway», i *Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law*, Budapest 2016, s. 665–691.

48 Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund, *A Legal Analysis of Leniency in the Interaction of Public and Private Cartel Enforcement within EU Competition Law*, Bergen 2018. Ho er også medforfattar til arbeidet nemnt i note 46.

og kva slags sanksjonar ein skal kunne få lemping frå. Ho drøftar derfor tilhøvet til andre former for økonomisk kriminalitet, samt tilhøvet til sivile skadebotkrav og relasjonen mellom administrative bøter og straffesanksjonar.

Stipendiatane *Linda Midtun* og *Kristian Strømsnes* har teke opp stafettspinnen etter Kai Krüger, og arbeider med prosjekt innanfor offentlege anskaffingar. Begge har verdifull praktisk erfaring som tidlegare tilsette i sekretariatet for Klagenemnda for offentlege anskaffelser, og begge leverer avhandling til vurdering i løpet av 2019.

*Midtun* sitt prosjekt handlar om å klargjere tolkinga av føresegnene om offentlege oppdragsgivarar sin rett og plikt til å avvise tilbod etter den norske forskrifta om offentlege anskaffingar, og samstundes undersøkje tilhøvet mellom norske løysingar og EU-retten. Meir konkret drøftar avhandlinga mellom anna avvising av tilbod som ikkje oppfyller vilkåra i konkurransegrunnlaget, til dømes ved sprik mellom tilbod og kravsspesifikasjonar. Ho ser også på spørsmål om korleis ein skal løyse tilfelle der det er uklårt om tilbodet oppfyller krava i konkurransegrunnlaget, eller om det er teke atterhald mot kontraktvilkåra, og skal derfor også drøfte handlingsrommet for oppdragsgivaren til å klargjere mottekne tilbod.

*Strømsnes* skriv avhandling om den norske gjennomføringa av EU/EØS-regelen om at kontraktar som vert inngåtte gjennom tilstrekkeleg alvorlege brot på anskaffingsregelverket, skal kjennast «uten virkning», jf. anskaffingslova § 13. Slik regelverket er gjennomført i norsk rett, vert regelen om «uten virkning» i liten grad nytta. Dette kan vere problematisk i lys av effektivitetsprinsippet i EU/EØS-retten. Eit omdreiingspunkt i avhandlinga er spørsmål om korleis regelen er å forstå, tilhøvet til lovbrotsgebyr ved brot på anskaffingsregelverket, og spesielt kva for rettsverknader den norske regelen fører til, og korleis desse anten er til hinder for eller fremmar EU/EØS-reglen. Avhandlinga drøftar også nokre litt meir generelle perspektiv på handheving av anskaffingsregelverket, til dømes om det gjeld ei ulovfesta oppseiingsplikt for kontraktar som er inngåtte gjennom direkte anskaffing.

*Håvard Ormberg*, som frå hausten 2018 byrja som utgreiar i EFTA-domstolen, skriv om tilhøvet mellom forbodet mot konkurranseavgrensande avtaler og forbodet mot misbruk av dominans i EU-konkurranseretten, høvesvis TEUV artikkel 101 og 102. Begge føresegnene kan kome til bruk på same sakstilhøve, men vilkåra og kriteria for slik samtidig bruk er uklære. Prosjektet tar sikte på å klarlegge innhaldet i konkurranseavgrensings- og misbruksvurderinga, og klarlegge tilhøvet mellom dei og den samtidige bruken.

## 7 Undervisning, formidling og eksterne verv

Ved sidan av forskning skal eit universitet også drive med undervisning og formidling. Gjennom forskargruppa for konkurranse- og marknadsrett, og tilgrensande fagmiljø, tilbyr fakultetet ei rad undervisningstilbod med valfrie spesialemerne: Competition Law, EU and EEA Public Procurement Law, EU and EEA State Aid Law, Marknadsføringsrett, Kjenneteiknsrett, Patent- og designrett, Opphavsrett, Introduction to Copyright Law og International Copyright Law.

Konkurranserettsmiljøet ved Det juridiske fakultet har også brukt kompetansen til nytte for samfunnet utanfor fakultetet på ulike måtar. Deltaking i samfunnsdebatten gjennom innlegg i ulike medium og deltaking i ekspertutval ved utgreiingar er nokre viktige døme. Fleire har også teke på seg verv som leiarar eller medlemmer av tvistenemnder innanfor dei respektive rettsområda, slik som Forbrukarklageutvalet (tidlegare Forbrukartvistutvalet), Marknadsrådet, Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Klagenemnda for industrielle rettigheter og Konkurranseskagenemnda.

Utviklinga ved fakultetet innanfor dei omtalte rettsområda gjennom 50 år har gjort fakultetet godt rusta for vidare konkurranserettsforskning, utdanning og formidling i åra som kjem.



# Skjønnets i oppdragsgivers plikt til å avvise tilbud

*Stipendiat Linda Midtun og stipendiat Kristian Strømsnes*

## 1 Problemstillingen og dens aktualitet

Anskaffelsesloven og dens forskrifter implementerer EUs anskaffelsesdirektiver,<sup>1</sup> og regulerer hvordan det offentlige skal foreta sine anskaffelser. Regelverket bygger på et system med konkurranse om offentlige kontrakter, der leverandører gir sine tilbud basert på opplysningene oppdragsgiver har gitt i anskaffelsesdokumentene. Av anskaffelsesforskriften §§ 9-6 (1) bokstav b og 24-8 (1) bokstav b følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Vårt spørsmål er om vurderingen av om tilbudet inneholder «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene, er overlatt til oppdragsgivers skjønn og derfor ikke kan prøves av domstolene, eller om det er alminnelig rettsanvendelsesskjønn som kan prøves fullt ut.

Problemstillingen er praktisk; spørsmål om avvisning har stor betydning for de involverte partene. At én tilbyder får levere tilbud på noe annet enn det som etterspørres, kan være brudd på det grunnleggende prinsippet om likebehandling av tilbyderne. Dersom oppdragsgiver ikke avviser tilbudet, kan andre tilbydere bestride den manglende avvisningen. Typisk vil leverandøren rangert som nummer to anføre at oppdragsgiver har misligholdt sin plikt til å avvise valgte leverandør, en avvisning som ville ført til at den klagende leverandøren hadde blitt tildelt kontrakten. For leverandøren av det avvikende tilbudet er avvisning kritisk; han er ute av konkurransen og uten mulighet til å bli tildelt kontrakten,

---

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) og forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), samt direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, 2014 (*direktiv 2014/24/EU*).

med det tapet av arbeid, fortjeneste o.l. som det innebærer. Han vil derfor bestride avvisningen. Tvister for domstolene og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (Kofa) om hvorvidt det foreligger avvisningsplikt, forekommer derfor hyppig, noe som aktualiserer spørsmålet om hvilken type skjønn avvisningsvurderingen er.

I undersøkelsen av dette spørsmålet skal vi først redegjøre kort for forholdet mellom anskaffelsesretten og forvaltningsretten. Deretter ser vi nærmere på det innkjøpsfaglige skjønnet, og prøvingen av dette i domstolene. Prøves dette på samme måte som forvaltningsskjønnet? Etter dette undersøker vi om utgangspunktet for vurderingen av om et vilkår i anskaffelsesregelverket er oppfylt, er alminnelig rettsanvendelsesskjønn, eller om det er overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Til slutt vurderer vi om vilkåret «vesentlige avvik» er overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

## 2 Forholdet mellom anskaffelsesretten og forvaltningsretten

Anskaffelsesregelverket overlapper med flere rettsområder. Det er avtale- og erstatningsrett ved at det regulerer hvordan kontrakter inngås, og til dels konsekvensene av at regelverket brytes (før eller uten at kontrakt er inngått),<sup>2</sup> men også forvaltningsrett ved at offentlig virksomhet reguleres. Karakteriseringen spiller likevel mindre rolle for anvendelsen av regelverket;<sup>3</sup> avgjørende er rettsreglene som gjelder.

Anskaffelsesregelverket gjelder for «oppdragsgivere», det vil si statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer.<sup>4</sup> I det vesentlige er dermed oppdragsgivere forvaltningsorganer, og forvaltningsloven omfatter deres anskaffelser siden den gjelder for «den virksomhet som drives av forvaltningsorganer», som er «et hvert organ for stat eller kommune».<sup>5</sup> Men inngåelse av kontrakter som skal dekke oppdragsgivers behov, skjer som regel

2 Jf. eksempelvis Kai Krüger, «Paradise lost – Is the law adequate in combating corruption in public procurement? A Norwegian approach», i Torstein Frantzen (red.), *Retts og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal Akademisk 2007, s. 628–668 på s. 631.

3 Klassifiseringen varierer mellom medlemsstater i EU/EØS, jf. Caranta, «Many different paths, but are they all leading to effectiveness?» i Lichère (red.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, DJØF Publishing, 2011, s. 53–93 på s. 55. Eksempelvis er offentlige anskaffelser ansett som offentlig rett i Frankrike, men som hovedsakelig privatrett i Storbritannia og Tyskland.

4 Jf. anskaffelsesloven § 2. Offentligrettslige organer er selvstendige rettssubjekter som er opprettet for å tjene allmenhetens behov og som har en nærmere definert sterk tilknytning til offentlige myndigheter, jf. anskaffelsesforskriften § 1-2 (2).

5 Jf. lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 1.



i kraft av deres private autonomi, og innebærer ikke «utøving av offentlig myndighet».<sup>6</sup> Dermed er det primært kun forvaltningslovens regler om inhabilitet og de alminnelige regler om saksbehandlingen, typisk lovens del II og III, som gjelder.<sup>7</sup>

Dette kan skape problemer, fordi forvaltningsrettens alminnelige regler kan gi anvisning på en annen løsning av rettsspørsmål enn anskaffelsesregelverket. Eksempelvis kan forvaltningsorganets, altså oppdragsgivers, veiledningsplikt og prinsippet om kontradiksjon tilsi at oppdragsgiver bør oppklare avvik med tilbydereren før tilbudet avvises.<sup>8</sup> Men dette kan være i strid med anskaffelsesregelverkets forbud mot å forhandle i andre tilfeller enn der regelverket selv hjemler det,<sup>9</sup> da det kan gi en urettmessig konkurransefordel til den utvalgte tilbydereren som nå får mulighet til å endre og forbedre sitt tilbud, i strid med det grunnleggende likebehandlingsprinsippet.<sup>10</sup> Spørsmålet om hvordan dette skal løses, er avklart av Høyesterett i *Klubben*, hvor en tilbyder krevde erstatning etter å ha tapt en konkurranse om anskaffelse av brøytetjenester.<sup>11</sup> Høyesterett frifant oppdragsgiver og sa at

forvaltningsrettslige prinsipper kan ikke uten videre gis anvendelse overfor sentrale anbudsrettslige prinsipper som skal sikre like konkurransevilkår for alle anbydere. Særlig forvaltningsrettens krav om informasjon og kontradiksjon, vil lett kunne støte an mot grunnleggende anbudsrettslige prinsipper. Dette får blant annet som konsekvens at det forvaltningsrettslige veiledningsplikten i anbudssaker må avgrenses mot forbudet mot å gi opplysninger som kan føre til konkurransevriddning. Tilsvarende må utredningsplikten avgrenses mot forhandlingsforbudet.<sup>12</sup>

6 Jf. NOU 1997: 21 s. 94, Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) Om lov om offentlige anskaffelser, s. 17, og forvaltningsloven § 2 (1) bokstav a. Enkelte anskaffelser kan likevel innebære elementer av myndighetsutøvelse, jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 17. Se eksempelvis Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) hvor tildeling av konsesjon for drift av fergeruter, som kan ha et betydelig element av offentlig støtte, ble ansett som et enkeltvedtak.

7 Jf. også anskaffelsesforskriften § 7-4 og § 7-5 om at taushetsplikten og habilitetsreglene i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av anskaffelser.

8 Jf. forvaltningsloven § 11 om veiledningsplikten og Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo 2018, s. 271, om kontradiksjon.

9 Se anskaffelsesforskriften §§ 13-2 og 13-3.

10 Jf. Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013, s. 559 flg., og likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4.

11 Rt. 1998 s. 1951 (Klubben).

12 Samme sted på s. 1958.

Følgelig vil anskaffelsesretten fortrenge forvaltningsretten som *lex specialis*. Men forvaltningsretten kan supplere de anskaffelsesrettslige reglene i spørsmål som ikke er tilstrekkelig utfyllende regulert i anskaffelsesretten.

### 3 Skjønnets i avvisningsplikten

#### 3.1 Innkjøpsfaglig skjønn kan ikke overprøves

I en anskaffelsesprosess må oppdragsgiver ta en rekke beslutninger basert på skjønnsmessige vurderinger, eksempelvis hvilke krav som skal stilles til kontraktsgjenstanden som skal kjøpes, hvilke tildelingskriterier som skal brukes, hvordan tilbudene skal evalueres og rangeres, osv.<sup>13</sup> Her er det klart «en kjerne av skjønn som en domstol ikke kan overprøve», som forarbeidene uttrykker det.<sup>14</sup> Denne uprøvbare friheten som tilstår oppdragsgiver, kalles innkjøpsfaglig skjønn. Begrensningen i prøvingsadgangen er uttrykt noe forskjellig i rettspraksis. Høyesterett har ikke funnet grunn til å overprøve skjønnets fordi

[s]kjønnet fremstår verken som vilkårlig eller sterkt urimelig, og støter heller ikke an mot kravene i anskaffelsesloven § [4] om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.<sup>15</sup>

Lagmannsrettene fant at det kunne prøves om skjønnets er forsvarlig, saklig, og bygger på riktig faktum.<sup>16</sup>

[O]ppdragsgiver har et visst skjønn med hensyn til hvordan han vurderer anbudet på bakgrunn av tildelingskriteriene. Oppdragsgivers ansvar her er i stor grad sammenfallende med den plikten forvaltningen ellers har til

13 Andre eksempler er om oppdragsgivers behov for kontraktsgjenstanden skal dekkes gjennom innkjøp eller gjennom såkalt egenregi, og hvis gjenstanden kjøpes: hva antas kontraktens verdi å være, hvilken anskaffelsesprosedyre skal oppdragsgiver bruke, hvilke kvalifikasjonskrav skal brukes, den innbyrdes vektningen av tildelingskriteriene, poengsetting av tilbudene, osv.

14 Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 67.

15 Jf. Rt. 2007 s. 1783 (NIDA) premiss 44. Dette skjønnets gjaldt tildelingsevalueringen, dvs. poengsettingen og rangeringen av tilbudene. Se mer om dette hos Tor-Inge Harbo, «Domstolsmakt – rettslig overprøving av det anskaffelsesfaglige skjønnets», *Lov og Rett* 2014, s. 77–88.

16 Jf. LB-2014-58107 og LB-2017-100799.

å bygge på et riktig og tilstrekkelig utredet faktum, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd og de alminnelige regler for forvaltningens skjønnsutøvelse.<sup>17</sup>

Uttalelsene gir assosiasjoner til tilsvarende formuleringer om at domstolene ikke kan eller bør overprøve forvaltningens frie skjønn,<sup>18</sup> jf. også Borgarting lagmannsrett om at

faglige, skjønnsmessige vurderinger i anskaffelsesprosessen ikke kan prøves av domstolene ut over det som etter rettspraksis generelt gjelder for prøving av forvaltningens frie skjønn. Det innebærer prøving av saksbehandlingen, av det faktiske grunnlaget for skjønnet, og av om avgjørelsen lider av myndighetsmisbruk ved at skjønnet bygger på usaklige hensyn, er vilkårlig eller sterkt urimelig.<sup>19</sup>

Henvisningen til akkurat myndighetsmisbruk virker mindre treffende: Inngåelse av kjøpskontrakter medfører normalt ikke utøvelse av myndighet, men hviler heller på oppdragsgivers autonome kompetanse.<sup>20</sup> Poenget er at det er sterke forbindelser mellom det innkjøpsfaglige skjønnet og forvaltningens frie skjønn, såpass sterke at de trolig kan karakteriseres som to sider av samme sak.

17 Jf. LE-2015-149169 om bl.a. erstatning til en forbigått tilbyder da oppdragsgiver la til grunn uriktig faktum.

18 Se eksempelvis Rt. 2012 s. 18 (Kistefoss) premiss 41 om at ordlyden «gir anvisning på en rekke skjønnsstemaer der den konkrete vurderingen må foretas på grunnlag av et faglig og politisk skjønn. [Ifølge rettspraksis] kan domstolene i slike tilfeller overprøve forvaltningens generelle tolkning, men ikke den konkrete rettsanvendelsen i form av den skjønnsutøvelse som er foretatt», Rt. 2000 s. 1056 (Gausi) på s. 1063 om at «[a]vveiningen av slike kriterier er typisk forvaltningsskjønn, og de konkrete vurderingene hører under forvaltningens frie skjønn», og Rt. 1988 s. 604 på s. 607 «om man står overfor en skjønnsmessig vurdering av en slik karakter at domstolene har en vesentlig mer begrenset prøvingsrett, etter de regler som gjelder for forvaltningsskjønn».

19 Jf. LB-2016-14778. Tilsvarende i LB-2018-37955 og LB-2018-39460.

20 Men i Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 34 er oppdragsgivers beslutning om ikke å starte en anskaffelsesprosedyre beskrevet som forvaltningsvirksomhet. Se imidlertid LB-2016-65693, hvor lagmannsretten ikke fant noe praktisk rom for å anvende myndighetsmisbrukslæren siden interessene den representerte, måtte anses ivarett av anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper. Kanskje er det derfor domstolene virker tilbakeholdne med å kalle oppdragsgivers skjønn sterkt urimelig, og heller finner skjønnet i strid med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, jf. anskaffelsesloven § 4, slik som i eksempelvis LE-2015-149169 og LH-2016-96429.

### 3.2 *Utgangspunktet for vurderingen*

Tolkningen av vilkår er en rettslig oppgave som domstolene både kan foreta og overprøve.<sup>21</sup> Spørsmålet er om subsumsjonen under «vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene» er overlatt til oppdragsgivers skjønn.<sup>22</sup>

I alminnelig forvaltningsrett rett beror spørsmålet om en subsumsjon er overlatt til forvaltningens frie skjønn, på en tolkning av den aktuelle bestemmelsen.<sup>23</sup> Siden det innkjøpsfaglige skjønnet er tilnærmet det samme som forvaltningens frie skjønn, må dette også bli utgangspunktet for vårt spørsmål om avvisningsbestemmelsene i forskriften.<sup>24</sup> Ifølge Naturfredningsdommen er det et

alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de begrunnes særskilt.<sup>25</sup>

Slik særskilt begrunnelse kan ifølge Høyesterett være utpregede skjønnsmessige vurderingstema, eller vurderingstema av utpreget faglig karakter på områder domstolene ikke kan forventes å ha nødvendig innsikt i.<sup>26</sup> Det kreves altså særskilte holdepunkter for at subsumsjonen er unndratt domstolsprøving.

I juridisk litteratur er det uttrykt at grensen mellom subsumsjon som kan prøves av domstolene og subsumsjon som ikke kan prøves, ikke er svart-hvit. Blant annet er det tendenser til at domstolene driver kontrollen noe lenger når et vedtak virker urimelig eller hardt, slik at det ikke alltid er en skarp grense mellom det ulovlige og det urimelige.<sup>27</sup> Det hender også at domstolene finner at de har

21 Jf. Rt. 1995 s. 1427 (naturfredning) s. 1433, 1435 og 1436; Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, s. 373 med videre henvisninger, og for så vidt Frode Innjord, «Høyesterett og prøving av forvaltningsvedtak – hovedlinjer og utviklingstrekk», i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Lov, sannhet, rett. Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 617–649 på s. 628, med videre henvisninger til forarbeidene. Se mer generelt om domstolskontroll av forvaltningen hos Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010, s. 351 flg.

22 Jf. anskaffelsesforskriften §§ 9-6 (1) bokstav b og 24-8 (1) bokstav b. Dette spørsmålet synes ikke regulert i EUs anskaffelsesdirektiver, og må da anses overlatt til medlemsstatenes nasjonale rett innenfor rammene av de grunnleggende prinsippene og prinsippene om effektivitet og ekvivalens.

23 Jf. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, s. 373 flg.

24 Jf. for så vidt også Harbo, *L&R* 2014, s. 77 på s. 84.

25 Rt. 1995 s. 1427 (naturfredning) på s. 1433.

26 Jf. eksempelvis Rt. 2007 s. 1573 premiss 52. Se tydelige uttalelser i Rt. 2010 s. 376 premiss 39. Slik også hos Innjord, *Jubileumsskrift til Høyesterett*, s. 623 med videre henvisninger.

27 Jf. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, s. 526.

kompetanse til å prøve et vedtak, men likevel avstår fra å bruke kompetansen fullt ut.<sup>28</sup> I litteraturen er det uttalt at denne tilbakeholdenheten med å overprøve subsumsjonen neppe er uttrykk for valgfrihet hos domstolene, men kanskje mer en form for kompetansebegrensning.<sup>29</sup> Vi gjør ikke mer ut av dette her.

For vår del er spørsmålet om Høyesteretts utgangspunkt i Naturfredningsdommen om at det kreves særlige holdepunkter for å fravike hovedregelen om at domstolene kan overprøve subsumsjonen, også gjelder i anskaffelsesretten. Dette synes ikke å ha blitt særskilt behandlet i rettspraksis.

Høyesterett henviser i det siterte til rettssikkerhetshensyn når det gjelder subsumsjonsprøving ved inngrep overfor den enkelte. Imidlertid er gjennomføring av offentlige anskaffelser og tildeling av kontrakter hovedsakelig ikke myndighetsutøvelse. Selv om det kan være viktig for en tilbyder å bli tildelt kontrakten, ettersom han har brukt ressurser på å utarbeide tilbudet og ønsker kontrakten som kilde til inntekt, er det ikke et forvaltningsrettslig inngrep i dennes rettigheter om kontrakten tildeles en konkurrerende tilbyder. Tilbyderne har dermed ikke samme behov for rettsbeskyttelse som private parter som det gjøres inngrep overfor gjennom utøvelse av forvaltningsmyndighet.<sup>30</sup>

På den andre siden har oppdragsgiver allerede et vidt skjønn i sentrale elementer av anskaffelsen, slik som utformingen av konkurransegrunnlaget og vurderingen av hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. At lovgiver velger å regulere anskaffelsen generelt og avvisningsspørsmålet spesielt, må ha til hensikt å utgjøre rettslige begrensninger for oppdragsgiver. Tilbyderne er rettighetshavere etter regelverket.<sup>31</sup> En lav terskel for å anse subsumsjonen unndratt domstolsprøving kan gi oppdragsgiver utilsiktet eller uforholdsmessig stor frihet, og uthule tilbydernes rettigheter ved at de i færre tilfeller kan fremsette krav basert på avvisningsbestemmelsen og få kravene prøvd av domstolene. Forvaltningsretten, som Naturfredningsdommen gjaldt, og anskaffelsesretten er også rettsområder som er sammenvevd i hverandre, noe som taler for at man bør legge den samme

---

28 Jf. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, s. 527, med eksempler og videre henvisninger. Se også Ola Nisja og Christian Reusch, «Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer», *Jussens Venner* 2009, s. 254–263 på s. 257. Se mer om tilbakeholdenhet i prøvingen der domstolene egentlig har prøvingskompetanse, hos Jørgen Vangsnes, «Om den såkalte tilbakeholdenheten i domstolsprøvingen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2014, s. 131–205.

29 Jf. Vangsnes, *TfR* 2014, på s. 154–168. Se s. 183 flg. for vurderingen av om tilbakeholdenheten er en kompetansebegrensning.

30 Jf. også Harbo, *L&R* 2014, s. 77 på s. 85.

31 Jf. anskaffelsesloven § 3.

tilnærmingen til grunn. Høyesteretts tilnærming er videre praktisk anvendelig og fornuftig.

I fravær av annen regulering taler nok de beste grunner for at det kreves klare holdepunkter for å finne at subsumsjonen er overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn også i anskaffelsesretten, om enn med en noe lavere terskel enn i inngrepstilfeller.

### 3.3 Vurdering av skjønnet ved avvisning av tilbud

Da blir spørsmålet om man har særskilte holdepunkter for at subsumsjonen i oppdragsgivers plikt til å avvise tilbud som «inneholder vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene, er innkjøpsfaglig skjønn.<sup>32</sup> Villkårene må tolkes hver for seg.<sup>33</sup>

Ordet «vesentlig» tilsier at ikke enhver forskjell er tilstrekkelig; det må være et betydelig avvik fra konkurransegrunnlaget. I noen tilfeller hvor det konstateres avvik, kan nok vurderingen kompliseres av vesentlighetskravet. Oppdragsgiver har selv utformet konkurransedokumentene, skal betale for det anskaffede og besitter best kjennskap til det behovet som anskaffelsen skal dekke. Oppdragsgiver kan derfor være nærmest til å vurdere hvor betydelig et avvik fra konkurranse-dokumentene er. Men vesentlighetsvurderinger er i utgangspunktet velkjente for domstolene, eksempelvis i kontraktsrettens hevingsvurderinger. Det er nok også derfor Agder lagmannsrett fant

at avgjørelsen av om et forbehold er vesentlig eller ikke, er et rettsanvendelses-skjønn som beror på en objektiv norm, og som domstolene kan prøve fullt ut.<sup>34</sup>

Dette er senere lagt til grunn som et utgangspunkt i litteraturen.<sup>35</sup>

Ordlyden av «avvik» tilsier en forskjell mellom (eller taushet om) informasjon eller kvaliteter som etterspørres i konkurransedokumentene, og det som tilbys

32 Jf. anskaffelsesforskriften § 9-6 (1) bokstav b og § 24-8 (1) bokstav b. Etter anskaffelsesforskriften § 24-8 (2) bokstav a «kan» tilbudet avvises dersom det inneholder avvik eller uklarheter som ikke er ubetydelige. Det er klart at dette er innkjøpsfaglig skjønn, jf. blant annet Dragsten 2013, s. 234, og LH-2009-45911.

33 Som gjort i for eksempel Rt. 2007 s. 1573, premissene 56–59. Vurderingen av skjønnet i den enkelte sak må også bli noe konkret i forbindelse med den aktuelle saken, jf. Harbo, L&R 2014, s. 77 på s. 81.

34 Jf. LA-2011-100800.

35 Jf. Dragsten 2013, s. 651, og Morten Goller mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 1. utgave, Oslo 2014, s. 168.

eller opplyses om i tilbudet. For å avdekke om det foreligger avvik, må konkurransedokumentene tolkes for å avklare kravene som stilles til ytelsen. Deretter må tilbudet tolkes og innholdet sammenlignes med konkurransedokumentene for å se om tilbudet oppfyller kravene.

Ofte er det relativt enkelt å vurdere om disse stemmer overens. Kravene kan være meget konkrete, om enn produktspesifikke, og velegnet for prøving i domstolene.<sup>36</sup> Også avviksvurderinger er velkjent for domstolene, eksempelvis ved mangelsvurderinger i kontraktsretten.

Rettsikkerhetshensyn for tilbyderne kan tilsi rettsanvendelsesskjønn. Men rettsikkerheten kan også ivaretas gjennom domstolenes mulighet til å prøve lovtolkningen og mulig erstatningsansvar for oppdragsgiver.<sup>37</sup> En urettmessig avvisning kan avstedkomme erstatningskrav fra den avviste tilbyderen, og en urettmessig unnlatt avvisning kan føre til at andre tilbydere krever erstatning. Et erstatningsansvar grunnet feil i avvisningsvurderingen kan få store konsekvenser for oppdragsgiver; erstatning for den positive kontraktsinteressen kan utgjøre betydelige beløp.<sup>38</sup> Hensynet til oppdragsgiver kan derfor tilsi at subsumsjonen under «avvik» er innkjøpsfaglig skjønn. Det blir da et handlingsrom for oppdragsgivers egne vurderinger, som ikke fører til regelbrudd så fremt vurderingene er forsvarlige, bygget på riktig faktum og i samsvar med de grunnleggende prinsippene. Færre konstaterede brudd på avvisningsreglene reduserer antall tilfeller hvor erstatningsansvar kan være aktuelt, jf. formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>39</sup> Innkjøpsfaglig skjønn her kan også virke prosesshemmende ved at man unngår utgifter til klageprosesser og rettsaker.

I enkelte tilfeller kan avviksvurderinger være meget skjønnsmessige eller faglige. I en anskaffelse av perifere venekanyler til bruk ved intravenøs behandling var oppdragsgivers krav at «[k]anylene skal være vevsvennlige i bruk på pasient», og at utformingen og bruken av kanylen skulle påføre pasienten «minst mulig» og ikke «unødvendig smerte». For Hålogaland lagmannsrett var spørsmålet om

36 Som i Drammen tingretts kjennelse TDRAM-2011-130871, hvor tingretten prøvde om kravet «[p]rogramvare som kreves installert på serversiden må kjøre Microsoft Server 2003 og senere versjoner» var oppfylt, uten å begrense sin myndighet.

37 Jf. tilsvarende resonnement hos mindretallet i Rt. 1995 s. 1427 (naturfredning) på s. 1435 og anskaffelsesloven § 10 om erstatningsansvar.

38 Erstatning følger av anskaffelsesloven § 11. I LB-2012-36777 ble det eksempelvis tilkjent erstatning på 56 millioner kroner, og nesten 273 millioner kroner i LB-2017-94201.

39 Jf. formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1.



det avviste tilbudet oppfylte disse minstekravene.<sup>40</sup> Lagmannsretten uttalte ikke direkte at vurderingen var innkjøpsfaglig skjønn, men viste til at oppdragsgivers vurdering var basert på utprøving av kanylene ved sykehus og tilbakemeldinger fra leger og sykepleiere, en utprøving som ifølge lagmannsretten var i tråd med prinsippene om likebehandling av tilbydere, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet.<sup>41</sup> Lagmannsretten la slik til grunn et innkjøpsfaglig skjønn.

En sak for Agder lagmannsrett gjaldt anskaffelse av kjennemerker til kjøretøy.<sup>42</sup> Konkurranses grunnlaget krevde at dersom «kjennemerkene består av aluminium, skal tykkelsen være 1,0 mm». Merker «av et annet materiale enn aluminium, skal ha minimum samme 'stivhet' som aluminiumskjennemerker og ikke være vesentlig tykkere». Sakens spørsmål var om plast var utelukket som materiale, og om tilbudte plastkjennemerker avvek fra kravene til tykkelse og stivhet. Lagmannsretten uttalte at rettspraksis taler

for at domstolane i saker om offentlege anskaffingar bør vere tilbakehaldne med å prøve det såkalla innkjøpsfaglege skjønnet til oppdragsgjeveren. Slik som kravspesifikasjonen er ordlagd i dette høvet, kjem dette synspunktet inn med full tyngd når det gjeld forståinga av det skjønsmessige kriteriet «vesentlig tykkere». Når det derimot gjeld spørsmålet om plast heilt er utelukka som materiale, reiser ikkje det på same måten spørsmålet om skjøn. Då er det meir som talar for at domstolane har full kompetanse til å ta stilling til det.

Etter dette fant lagmannsretten at spørsmålet om kjennemerkene oppfylte kravene til tykkelse og stivhet, var overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

Kofa har også i enkelte saker lagt til grunn at hvorvidt et tilbud oppfyller kravspesifikasjonen, eller om avvik må anses vesentlig,

---

40 Se LH-2012-12587.

41 Jf. anskaffelsesloven § 4.

42 Se LA-2012-85717.

vil langt på vei være innenfor det innkjøpsfaglige skjønn som klagenemnda vil være forsiktig med å overprøve.<sup>43</sup>

Men Kofa uttrykker her kun tilbakeholdenhet, og utgangspunktet er bare slått fast i noen få saker. Nemndspraksisen har uansett relativt beskjeden vekt, spesielt hvor den spriker.<sup>44</sup> I de aller fleste sakene om oppdragsgivers plikt til å avvise et tilbud uttaler ikke Kofa eller domstolene noe om kompetansen til å prøve subsumsjonen under vilkårene.<sup>45</sup> I stedet går man konkret til verks og vurderer både hvorvidt det foreligger avvik, og om dette har en slik alvorlighetsgrad at det kan eller skal føre til avvisning av tilbudet. Dette gjøres også i de to sakene der Høyesterett har behandlet spørsmål om avvisning av tilbud som følge av avvik fra konkurransegrunnlaget, *Klubben* og *New Pack Safety*.<sup>46</sup>

I *Klubben* fant Høyesterett at et tilbud med rette var avvist ettersom tilbyderen ikke hadde priset brøytetjenestene i samsvar med prisskjemaet i konkurransegrunnlaget. I *New Pack Safety* vurderte Høyesterett direkte om et tilbud i en anskaffelse av verneponchoer til Forsvaret skulle vært avvist, under henvisning til at de tilbudte ponchoene ikke oppfylte minstekravet om at «The colour must be MGK 93 Dark Green visually (Norwegian military green)». Også EU-domstolen i første instans (kjent som Retten), som behandler saker om gjennomføring av konkurranser om anskaffelser til EUs institusjoner, har hatt denne direkte tilnærmingen til saker som gjelder spørsmål om avvisning.<sup>47</sup>

I den nevnte høyesterettspraksisen var vurderingstemaene kanskje ikke spesielt skjønnsmessige eller faglige. Men der Kofa eller domstolene anser en vurdering for overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, er det både naturlig og vanlig at

43 KOFAs sak 2009/254 premiss 78, og gjentatt i sak 2009/237 premiss 33, hvor nemnda presiserer at den «bare vil prøve om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er usaklig eller uforsvarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende prinsippene» i anskaffelsesloven § 4. Tilsvarende i sak 2008/187 premiss 55 om de samme bilskiltene og sak 2014/118 premiss 15 om hvorvidt utstyr på utendørs lekeplasser passer for visse aldergrupper av barn.

44 Jf. eksempelvis Rt. 2006 s. 1217 premiss 38 om fast og konsistent praksis fra Pasientskadenemnda.

45 Se for eksempel Kofas saker 2012/94 og 2012/226 samt lagmannsretten i LB-2008-146318, LH-2009-45911 og LF-2013-14272.

46 Se Rt. 1998 s. 1951 (*Klubben*) og Rt. 2005 s. 1638 (*New Pack Safety*). I sistnevnte sak fant Høyesterett at det ikke forelå noe avvik. Det var da ikke grunnlag for noen avvisningsplikt.

47 Se for eksempel Rettens saker T-8/09 (*Dredging International*) og T-199/14 (*Vanbreda*).

de uttaler seg om den begrensede overprøvingsadgangen.<sup>48</sup> At dette ikke drøftes eksplisitt i saker som gjelder subsumsjonen under plikten til å avvise tilbud, viser at Kofa og domstolene mener å ha kompetanse til å prøve subsumsjonen fullt ut.

Konkrete skjønnsmessige eller faglige vurderinger av hvorvidt vilkår i en lov som regulerer forvaltningens virksomhet er oppfylt, er heller ikke særegent for anskaffelsesregelverket. Det forekommer i mange lover, uten at domstolene anser at de ikke har kompetanse til å prøve subsumsjonen fullt ut. I Naturfredningsdommen fant Høyesterett å kunne prøve subsumsjonen under vilkåret «spesiell naturtype», og i Krekar-dommen kunne domstolene prøve om en utlending utgjorde en trussel mot «rikets sikkerhet».<sup>49</sup> Det kan derfor hevdes at subsumsjonen av om et tilbud oppfyller vilkårene for at oppdragsgiver plikter å avvise det, ikke nødvendigvis fremstår mer skjønnsmessige eller faglige enn andre vilkår som domstolene tar stilling til.

## 4 Konklusjon

Det synes således ikke å være noen klar konklusjon på om subsumsjonen under vilkåret «vesentlige avvik» for pliktmessig avvisning av tilbud er innkjøpsfaglig skjønn eller rettsanvendelsesskjønn. Rettspraksis trekker i begge retninger. Av praksisen kan man likevel utlede at hovedregelen synes å være rettsanvendelsesskjønn, men innkjøpsfaglig skjønn der vilkårene i konkurransedokumentene er meget skjønnsmessige eller faglig utformet.<sup>50</sup> Det er med andre ord en glidende overgang.

Dette svekker kanskje oppdragsgivers og tilbydernes forutberegnelighet. Man kan aldri være helt sikker på om domstolene vil prøve subsumsjonen under et skjønnsmessig vilkår eller ei. Men på den andre siden gir det anskaffelsesregelverket mer fleksibilitet, ved at reglene i litt større grad kan la seg tilpasse og anvende på den konkrete anskaffelsen, enten den gjelder en triviell eller svært komplisert kontraktsgjenstand.

Samtidig ser man at forvaltningens tradisjonelle frie skjønn synes ganske likt det innkjøpsfaglige skjønn for dette avvisningsspørsmålets vedkommende.

48 Som praksisen vi viser til i denne artikkelen, og eksempelvis saker om hvorvidt oppdragsgiver har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen, som Rt. 2007 s. 1783 (NIDA). Tilsvarende i saker om avvisning av leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) a, som klart er innkjøpsfaglig skjønn, jf. bl.a. LH-2016-48643.

49 Jf. Rt. 1995 s. 1427 (naturfredning) og Rt. 2007 s. 1573. I sistnevnte mente Høyesterett riktignok at spørsmålet om utvisning av en utlending var nødvendig dersom det forelå en trussel mot rikets sikkerhet, var opp til forvaltningens skjønn å avgjøre, jf. premiss 58.

50 Jf. også Morten Goller mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, Oslo 2017, s. 211.

# Metodiske utfordringar i tingsretten

*Professor Ernst Nordtveit og professor Ingunn Elise Myklebust*

## 1 Innleiing. Nokre særdrag ved tingsretten som rettsdisiplin

I denne artikkelen vil vi drøfte nokre metodiske utfordringar som vi særleg møter i tingsretten, og som i mindre grad blir drøfta i andre fag eller i allmenne framstillingar av rettsleg metode. Vi får som kursansvarlege ofte tilbakemeldingar om at studentane oppfattar tingsretten som krevjande mellom anna fordi dei vert stilte overfor nye metodiske utfordringar i høve til det dei har lært tidlegare på studiet. Artikkelen er difor først og fremst retta mot studentar, men vi vonar den også kan vera av interesse for andre.

Faget tingsrett gjeld retten til ting, som kan vera fast eigedom eller lausøyre. Tingen er altså objekt for rettshøvet. Rettshøve til tingen gjeld likevel mellom rettssubjekt, det vil seia fysiske eller juridiske personar, og fastlegg kva for utnyttings- eller råderett ulike personar har til ulike ting. Tingsretten gjeld også identifisering og avgrensing av kva ting eit rettshøve gjeld, til dømes kva areal ein person har eigedomsrett til (eigedomsgrenser), eller kva område ein beiterett omfattar. Dei tingsrettslege reglane etablerer med andre ord ordningar for fordeling av knappe ressursar mellom borgarane, ved at dei får eigedomsrett eller andre meir avgrensa rettar til å råda over nærare fastlagte ting. Rettshøvet vil vera bygt på eit konkret rettsgrunnlag som gjev ein person eigedomsrett eller annan rett til ein ting, og er regulert av allmenne reglar som regulerer til dømes tilhøvet mellom sameigarar til ein ting eller mellom eigaren av ein eigedom og den som har ein avgrensa rett til utnytting av eigdommen.

Det særprega for rettar til ting er at retten kan gjerast gjeldande mot alle andre rettssubjekt, i motsetnad til eit krav basert på kontrakt eller skadegjerande handling (skadebotkrav), som berre kan gjerast gjeldande mot den eller dei som er bundne

etter kontrakten eller ansvarlege for skaden. Rettar som kan gjerast gjeldande mot alle, kallar ein gjerne «tinglege rettar».

Tinga og råderetten over dei er delt mellom rettssubjekta gjennom eit komplekst sett av rettar («rettigheter»). Råderetten over ein fast eigedom kan til dømes vera delt mellom eigaren og ulike rettshavarar som har rett til veg over hans eigedom, rett til beite i utmarka og rett til fiske i eit vassdrag over eigedommen m.m. Desse rettane fastset i liten grad konkrete rettsplikter for rettshavarane, men etablerer eit handlingsrom som dei kan utnytta for å skaffa seg eit livsgrunnlag eller økonomiske verdiar eller fordelar som i utgangspunktet ikkje er av direkte økonomisk karakter. Spørsmålet blir til dømes kva eigaren av ein eigedom kan gjera i høve til eigaren av ein granneeigedom, kva utnytting av sameigetingen ein sameigar har rett til i høve til dei andre sameigarane, eller kva utnytting av den tenande eigedommen ein servitutthavar har høve til. Eigedommsretten dannar så grunnlag for marknadssystem for overføring av eigedommsretten til ting (kjøp), kredittsystem ved pantsetjing av ting, m.m.

Det langsiktige perspektivet som er vanleg for rettar til ting, særleg til fast eigedom, fører til at innhaldet i rettsreglane gjerne vil endra seg over tid. Eigedommen kan vera den same, og rettshøva som knyter seg til den, treng ikkje vera endra, men endringar i reguleringslovgjeving, grannereglar, allemannsrettar m.m. kan ha gjeve dagens eigar ein heilt annan rettsposisjon enn tidlegare eigarar av eigedommen hadde. Eit sentralt metodisk problem er å ta stilling til korleis desse endringane skjer, både allment og i individuelle rettshøve, for å tilpassa rettshøva til situasjonen til ei kvar tid.

Medan dei fleste rettshøve i til dømes kontraktsretten eller erstatningsretten gjeld skyldnader eller handleplikter som skal oppfyllest på relativt kort tid, møter ein i tingsretten ofte svært langsiktige rettshøve. Rettshøve til ein fast eigedom kan bestå gjennom generasjonar, med skiftande eigarar og rettshavarar til eigedommen. Dette skaper ofte utfordringar ved fastlegginga av innhaldet i retten, fordi den byggjer på eldre dokument som kan vera vanskelege å tolka, og fordi partane som ein gong inngjekk ein avtale eller var med ved eit jordskifte eller ei skylddelingsforretning der rettshøvet vart stifta, er borte og ikkje kan kasta lys over kva som var meint. Innhaldet i rettar til eigedommen kan også bli utfordra av den samfunnsmessige, tekniske og økonomiske utviklinga, som fører til endringar i bruksmåtar og interesser medan retten består. Dette har ført til ei heilt anna haldning til spørsmålet om endring i rettshøvet i tingsretten enn i vare- og tenestekontrakter. Norske Lov 5-1-2 om at avtalar skal haldast, gjeld nok også på

tingsretten sitt område, men likevel er utgangspunktet her gjerne at innhaldet i rettshøve som servituttar eller sameige skal tilpassast til «tida og tilhøva».<sup>1</sup>

Ein rett eller eit rettshøve kan såleis skifta innhald over tid, utan at det skjer endringar i rettsgrunnlaget. Ofte kan det vera tale om å ta eldre rettar i bruk for heilt andre føremål enn dei var stifta for.<sup>2</sup> Også innhaldet i eigedomsretten kan endra seg, til dømes ved at vurderinga av kva som er lovleg verksemd på eigedommen etter grannelova<sup>3</sup> § 2, endrar seg over tid, fordi «tilhøva på staden»<sup>4</sup> har endra seg eller teknologiske endringar har ført til endra krav.<sup>5</sup> Denne «dynamiske» vurderinga av grensene for kva partar har rett til eller plikt til, er særprega for tingsretten og er styrt av komplekse og skjønsprega reglar og prinsipp.

Dette langsiktige perspektivet for rettar til fast eigedom fører til at dei rettslege grunnlaga for konkrete rettshøve som er til vurdering i form av avtale, jordskifteforretning eller anna, gjerne skal danna grunnlag for å løyse problemstillingar som var ukjende då retten vart stifta, eller då ein regel vart fastsett eller utvikla i sedvane eller rettspraksis.<sup>6</sup>

Tingsretten er eit privatrettsleg fag, men i større grad enn mange andre fag er det påverka av ei omfattande offentlegrettslege reguleringa av utnytting av grunn og naturressursar. Plan- og bygningslov, jord- og skoglovgjeving, naturmangfaldslova m.m. påverkar eigarrådvelde over fast eigedom, og kan også gripa inn i andre rettar til fast eigedom. Miljøomsyn og omsynet til naturmangfald og berekraftig utvikling som ein ny grunnleggjande verdi eller som eit grunnprinsipp i retten har stor innverknad i tingsretten og vil kunne ha innverknad også på vurderinga av rettshøvet mellom private partar.

Tingsretten står overfor nye utfordringar knytte til miljø og klima, som reiser nye spørsmål. Det er ein aukande konkurrans om arealressursar både på land og på havet, som fylgje av utbygging av infrastruktur som vegar og kraftliner,

- 
- 1 Sjø nærare lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameige (sameigelova) § 3 og lov 29. november 1968 nr. 29 um særlege råderettar over framand eigedom (servituttlova) § 2 som fastset at det skal takast omsyn til tida og tilhøva ved fastlegging av innhaldet i retten.
  - 2 Eit praktisk døme på dette er at rettar til vassuttak stifta langt attende med sikte på drift av mølle eller sagbruk vert tekne i bruk som grunnlag for produksjon av setjefisk for oppdrettsnæringa, sjå til dømes RG 1990 s. 1196 (G) og RG 1991 s. 708 (G).
  - 3 Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova).
  - 4 Grannelova § 2 tredje ledd.
  - 5 Grannelova § 2 andre ledd.
  - 6 Kai Krüger, «De lange tidsaksers juss, Litt om induktiv pluralistisk argumentasjon i den historisk/dynamiske tingsrett om fast eiendom», i *Festskrift til professor dr. juris. Torgeir Austenå 70 år, Kart og Plan*, nr. 3 1998, s. 161–169, på s. 161.

hyttebygging i fjellområda, vindkraftutbygging både til lands og til havs, mineralutvinning, petroleumsutvinning, oppdrett av fisk og dyrking av tang og tare m.m. Nye reguleringsformer og nye eigedomsformer knytte til omsetjelege kvotar for utslepp av klimagassar,<sup>7</sup> og fiskekvotar skaper nye og komplekse spørsmål og metodiske utfordringar.

## 2 Rettskjeldesituasjonen i tingsretten

Ettersom stadig fleire rettsområde har blitt lovregulerte, har lovgjeving blitt den mest dominerande rettskjelda og utgangspunkt for rettsbruken på dei fleste rettsområde. Innanfor den offentlege retten fører legalitetsprinsippet til at lova er den heilt sentrale rettskjelda. Også innanfor privatretten har lovgjeving blitt viktigare som rettskjelde. Lovgjeving er i dei fleste metodeframstillingar trekt fram som utgangspunktet for rettsbruken og som den sentrale rettskjelda.<sup>8</sup> Lov, grunnlov og internasjonale plikter er grunnlaget for å løyse dei fleste rettslege problemstillingar. Desse kjeldene vil vere sentrale også i tingsretten, men viktige område innanfor tingsretten byggjer heilt eller delvis på ulovfesta reglar.

Reglane om fast eigedom i Noreg byggjer på ei lang rettsutvikling, med røter attende til landskapslovene og Magnus Lagabøtes landslov (L.) av 1274, men er utvikla under påverknad av endringar i teknologi, økonomi og allmenne samfunns-tilhøve og endringar i synet på sentrale rettsomgrep. Christian Vs Norske Lov 1687 inneheldt ein del sentrale tingsrettslege reglar, men dei var kasuistiske, og mange av dei vart etter kvart forelda. Langt på veg er det difor dekkande å seia at tingsretten i ein lang periode etter 1814 i stor grad bygde på ulovfesta prinsipp. På nokre område, som vassdragsretten, var reglane i Norske Lov gjeldande, og vi fekk den første vassdragslova alt i 1887. Først frå 1960-talet fekk vi gjennom arbeidet til Sivillovbokutvalet utarbeidd lover som innebar ei skriftfesting (kodifisering) av viktige område av tingsretten.

Sivillovbokutvalet, som vart oppnemnt i 1951, utarbeidde framlegg til ei rad sentrale tingsrettslege lover: lov 5. mai 1961 om grannegjerde (gjerdelova),

<sup>7</sup> Noreg er knytt til EU sitt kvotehandelsystem EU Emission Trading Scheme (EU-ETS), sjå nærare Ernst Nordtveit og Sigrid E. Schütz, i Vedder mfl. (red.), *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, s. 715–737.

<sup>8</sup> Sjø m.a. Synne Sæter Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgåve, Gyldendal 2016, s. 67 flg. og s. 233 flg.



lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova), lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameige (sameigelova), lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova), lov 29. november 1968 um særlege råderettar over framand eigedom (servituttlova), lov 10. april 1969 nr. 17 om hendelege eigedomshøve (hendl.), lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefestelova), lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom (avhendingslova) og lov 9. desember 1994 nr. 64 om løysingsrettar (løysingsrettslova).

I tillegg til dei meir allmenne «sivillovboklovene» er einskilde rettstypar regulerte i ulike særlover. Lovgjevinga om allmenningar, om vassdrag, om jakt og om innlandsfiske fastset viktige reglar om retten til fast eigedom. Allemannsrettar til bruk av fast eigedom er regulerte i friluftsløva.

Ein heilt fullstending kodifikasjon av tingsretten har vi likevel ikkje fått. Framleis er sentrale delar av tingsretten bygde på sedvane og etablerte rettsoppfatningar. Vi har til dømes inga lovgjeving som slår fast prinsippet om privat eigedomsrett i Noreg, anna enn at dette er føresett i Grunnlova, som også inneheld nokre reglar til vern av eigedomsretten. Innhaldet i eigedomsretten er heller ikkje lovfesta, men går meir indirekte fram av reglar som avgrensar innhaldet i eigedomsretten. Det gjeldande eigedomsomgrepet er utvikla i rettsvitskapen i Europa over ein lang periode, og har i stor grad kome til oss gjennom import av rettstankar, noko som i seg sjølv har skapt metodiske utfordringar i møtet med eldre rettsoppfatningar som har lege til grunn for konkrete rettshøve.<sup>9</sup> Det er likevel klart at norsk rett byggjer på eit prinsipp om privat eigedomsrett, og at eigedomsretten i dag blir definert som ein negativt avgrensa rett som gjev rett til alt som ikkje er unnateke.<sup>10</sup>

Viktige spørsmål som gjeld store verdiar, som yttergrensene for kva som er underlagt privat eigedomsrett, oppover i luftromet, nedover i undergrunnen og utover i sjøen, er til dømes baserte på sedvanerett.<sup>11</sup> Sedvanerettsreglar vil også i stor grad utfylla disposisjonar som fastset grensa mellom eigedommar. Sivillovbokutvalet utarbeidde også eit framlegg til lova om eigedomsgrenser og administrative

9 Sjå Knut Robberstad, «Kløyvd eigedomsrett», *Lov og rett* 1963, s. 162–166, og Ernst Nordtveit, «Staten sin rett til naturforekomstar på privat grunn», i *Stat, politikk og folkestyre. Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen 19. februar 1998*, s. 749–776, på s. 754–755.

10 <sup>1411</sup> Sjå Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgåve, Universitetsforlaget 2016, s. 46.

11 Sjå t.d. Erling Johannes Husabø, «Retten til undergrunnen», *Tidsskrift for eiendomsrett* 1994, s. 882–904, og Ingunn Elise Myklebust, *Strandrett og offentleg styring av arealbruk i sjø*, Universitetsforlaget 2010.

inndelingsgrenser (NOU 1988: 16), men dette har ikkje ført til nokon lovproposisjon til Stortinget.

Det er eit gjennomgåande trekk ved «sivillovboklovene» at dei er kortfatta og i stor grad viser til allmenne prinsipp, som at rettshøve må tilpassast til «tida og tilhøva» og at partane i ulike rettshøve ikkje må gjera noko som er «urimeleg og uturvande» til skade eller ulempe.<sup>12</sup> Dette opnar stort rom for skjøn og for utfylling av reglane frå domstolane si side. Også her vil dei nærare normene i stor grad vera skapte gjennom rettspraksis, sjølv om dei har forankring i lov.<sup>13</sup>

I lovgjevinga om retten til ting er det gjennomgåande fastsett at lovføresegnene berre gjeld så langt ikkje noko anna fylgjer av «særlege rettshøve», «særlege rettsforhold», «særleg hjemmel» m.m.<sup>14</sup> Dette fører til at det ofte må takast stilling til om det ligg føre særlege rettshøve basert på avtale, jordskifte (utskiftingsforretning), skylddelingsforretning, hevd, alders tids bruk, sedvanerett, lokal sedvane, festna rettstilstand m.m., og kva dette i tilfelle går ut på.<sup>15</sup> Lenge var det knytt tvil til om det var ein presumsjon for at lovregelen gjaldt, og om det skulle stillast krav om «klare» bevis eller kvalifisert overvekt av bevis for at det låg føre eit særleg rettshøve, og rettspraksis var nokså uklar på dette punktet. I Rt. 2012 s. 1345 slo Høgsterett klart fast det som må vera rett: at det ikkje gjeld noko slikt krav om overvekt. Ein skal velja den mest sannsynlege løysinga. Tidlegare rettspraksis som hadde tala om «klart bevis» o.l., vart tolka slik at det ikkje hadde vore meint noko anna enn vanleg overvekt.

Ved at sedvanerettsreglar og rettspraksis har så stort rom i tingsretten, og lovgjevinga i stor grad er kodifikasjonslover som nokså langt nøyer seg med å fastslå

12 Jf. servituttlova § 2, sameigelova § 3 og grannelova § 2.

13 Eit døme på dette er læra om «tidsprioriteten» som kriterium i rettspraksis om urimeleg-kriteriet i grannelova § 2, jf. Mons Sandnes Nygard, *Ting og rettar*, Oslo 1974, s. 194 flg., NOU 1982: 19 Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade, s. 67–74, og Falkanger og Falkanger, *Tingsrett*, på s. 430. Sjå også diskusjonen av «venteleg»-kriteriet i Rt. 2006 s. 486 avsnitt 51–64, der eldre rettspraksis om flyplassar er gjennomgått.

14 Sjå grannelova § 1, sameigelova § 1 andre ledd, servituttlova § 1 andre ledd, hendl. § 1 andre ledd, lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene (vassdragslova) §§ 2–4, lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk mv. (lakse- og innlandsfisklova) § 16 og § 17, lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven) § 13, lov 15. juni. 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftslova) § 4 andre ledd og lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarkslova) § 5 andre ledd. Lov 09. desember 1994 nr. 64 om løysingsrettar § 4 og lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste § 4 har i noko større grad ufråvikelege reglar.

15 Sjå nærare om unnataket for «særlege rettshøve» o.l. Ernst Nordtveit, «Opplysning av sameige», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1992 s. 705–785, på s. 738–745, Falkanger og Falkanger, *Tingsrett*, s. 120–121, og Ernst Nordtveit, i komande artikkel i *Festskrift til Henry John Mæland*, hausten 2019.

hovudprinsipp og hovudreglar, blir det stilt store krav til den som skal bruka retten. Det same gjeld bruk av vurderingstema som kva som er «urimeleg» eller «uturvande», eller uklåre og skjønsprega omgrep som «utmark».<sup>16</sup> Bruk av slike standardar gjev lovene lang levetid ved at innhaldet kan tilpassast konkrete tilhøve og den allmenne utviklinga, samstundes som tolkinga og bruken av reglane på konkrete tilfelle blir meir utfordrande – og meir interessant – enn ved mekanisk bruk av meir detaljert lovgjeving.

Rettskjeldesituasjonen krev at rettsbrukarane både har forståing for tradisjonar og eit blick for samfunnsutviklinga.

### 3 Korleis identifisere sedvanar og utvikle retten?

For at ein sedvane skal utvikla seg til *sedvanerett*, reknar ein at det må liggja føre ein fast praksis over lang tid, som folk har fylgt i den trua at det er ein rettsregel, og at rettssystemet har akseptert regelen som «god og forstandig».<sup>17</sup> Sedvanen kan opptre som det einaste grunnlaget for retten, eller i samspel med andre grunnlag og rettskjelder. Ein skil gjerne mellom publikumssedvanar som er sedvanar som er bygde på oppfatninga mellom folk flest, ofte innanfor eit avgrensa område i form av lokale sedvanar, og rettsedvanar som er rettsoppfatningar stadfesta gjennom rettspraksis.<sup>18</sup> Publikumssedvanar spelar nok ei mindre rolle i dag enn i tidlegare tider, og domstolane synest mindre viljuge til å byggja resultatet på sedvane, i alle høve som einaste grunnlag. Ved tolking av kva som ligg i ulike uttrykk i kontraktar og andre rettsgrunnlag, kan likevel den allmenne oppfatninga på området om kva som ligg i dette, koma inn som ein sentral tolkingfaktor.

Studiet av særleg høgsterettspraksis vil vera viktig ikkje berre for å finna løysinga på konkrete rettsspørsmål, men også for å sjå korleis Høgsterett går fram for å identifisera og konkretisera innhaldet i retten og korleis den løyser metodiske spørsmål som oppstår. Kva har domstolen lagt vekt på, og korleis blir dei ulike kjeldene og argumenta vegne mot kvarandre? Også dommar må likevel lesast med eit kritisk blick. Er argumentasjonen i samsvar med vanlege rettskjeldemessige prinsipp? Eit viktig spørsmål ved studiet av rettspraksis er også om avgjerda tek

16 Lov 11. mai 1957 nr. 16 om friluftslivet (friluftsløven) § 1a.

17 Sjå Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004, s. 309.

18 Op.cit., s. 309.

stilling til allmenne reglar eller rettssetningar som vil kunne gje rettleiing for korleis framtidige konflikhtar bør løysast. Dette ser vi nærare på nedanfor i punkt 4.

Høgsterett har hatt ei sentral rolle ved utvikling av tingsrettslege reglar, særleg reglane for fast eigedom.<sup>19</sup> Domstolen har ofte ikkje lagt skjul på at den skapar ny rett, eller skriv dommar der ein uttrykkeleg uttalar at det har skjedd ei endring av balanseforholdet mellom ulike konkurrerande interesser, som domstolen så legg til grunn for drøftinga av dei motståande interessene.

I Rt. 1915 s. 704 (s. 706) seier andrevoterande med tilslutning frå to andre at det «uten betænkelighet maa kunne opstilles som almindelig regel at grænsen for en strandeiers eiendomsret til den utenfor liggende sjøgrunn sættes ved en dybde av 2 m ved almindelig lavvand».<sup>20</sup> Regelen om at eigedomsgrensa går ved ei «dybde av 2 m» i dei tilfelle det ikkje er nokon tydeleg marbakke, er her for første gong lagt til grunn av Høgsterett.

I Rt. 1985 s. 1128, Rugsunddommen, tok Høgsterett stilling til spørsmålet om strandeigaren hadde einerett til å etablere fiskeoppdrett i sjøområdet utanfor grensa for privat eigedomsrett. Høgsterett poengterer her (s. 1132) at «[f]iskeoppdrett er en helt ny form for utnyttelse der det ikke finnes [...] festnede rettsoppfatninger som kan gi støtte til en enerett for strandeieren». I denne saka kom Høgsterett til at strandeigaren *ikkje* har einerett til fiskeoppdrett framfor si strand. Kanskje er den siste dommen snarare ei rettsavklaring enn ei rettskaping. Poenget i begge sakene er likevel at Høgsterett er med på å avklara innhald og rammer for retten der det frå før er få haldepunkt.

I dommen i Rt. 1967 s. 920, (Hålandsdal-dommen) godtok Høgsterett bygging av ei hytte som i alle høve i stor grad skulle fungera som ei fritidshytte i eit jordsameigeområde i fjellet. Rettsoppfatninga tidlegare hadde nok vore at det ikkje var høve til eksklusiv bruk av sameigeområde utan særskilt grunnlag. Det vart også gjort gjeldande at dette var i strid med føremålet for sameiga. Dommen er eit døme på at Høgsterett tilpassa bruken til det som vart rekna for å fylgja av «tida og tilhøva», slik at ein kunne gå utover det sameigetengen var «etla eller vanleg brukt til», jf. sameigelova § 3 første ledd. Det vart heller ikkje rekna som urimeleg inngrep overfor dei andre sameiga-

19 Sjå nærare om den rolla Høgsterett har spela for utviklinga av reglane om fast eigedom, Ernst Nordtveit, «Høgsteretts rolle ved utvikling av rettar til fast eigedom», i *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, s. 765–801.

20 I Per Augdahl, *Rettskilder*, 3. utgåve, Oslo 1973, på s. 52, er dommen også i denne saka nytta som døme på at dommar kan ha rettskapinge karakter.

rane at ein sameigar fekk høve til å nytta ei mindre tomt til hytte, innanfor ei sameige på fleire tusen mål, jf. sameigelova § 3 andre ledd. Dommen har nok etablert ein nokså allmenn regel om at oppføring av hytter i større utmarksområde vert rekna som ein del av sameigarane sin råderett dersom det kan skje på ein måte som ikkje er urimeleg eller uturvande til ulempe for dei andre sameigarane.

I dei fleste tilfella skjer endringar stegvis. Ofte skjer rettsutviklinga i samspel mellom domstolar og lovgjevar, men gjerne med nokså klar «dynamisk tolking» frå domstolane si side.

Rt. 2004 s. 1985 gjaldt spørsmålet om føresegna i lov 15. mai 1992 nr. 47 om laksefisk og innlandsfisk mv. (laksefiskelova) § 18 som gav born under 16 år fiskerett i vassdrag, var i strid med Grunnlova. Høgsterett skildra tilhøvet mellom allemannsrett og eigedomsrett slik (avsnitt 46):

«Allemannsretten eksisterer parallelt med grunneierens eiendomsrett, og det er slik sett et spenningsforhold mellom allmennhetens og grunneierens rett. Innholdet i allemannsretten har – på samme måte som innholdet i en grunneiers eiendomsrett – gjennom tidene vært gjenstand for endringer i pakt med skiftende samfunnsforhold. Det er vanskelig å tenke seg at de to rettsinstituttene skal være statiske og ikke kunne endre seg i samsvar med samfunnsutviklingen. En vesentlig del av allemannsretten er i dag lovfestet ved frilufsloven, som har til formål 'å verne frilufslivets naturgrunnlag og sikre allmenhetens rett til ferdsel, opphold mv. i naturen, slik at muligheten til å utøve frilufsliv som en helsefremmende, trivselskapende og miljøvennlig fritidsaktivitet bevares og fremmes', jf. lovens § 1. Allmenhetens rett er tilpasset forholdene i dag både når det gjelder ferdselsretten og retten til å bruke eiendom til frilufsformål.»

Grunneigar hadde difor ikkje krav på erstatning for at born under 16 år utan vederlag fekk rett til å fiske etter innlandsfisk med stang og handsnøre i vassdrag. I dommen er det lagt til grunn at naturopplevingar for barn er ei viktig interesse, og viktigare enn at grunneigaren skulle kunne forvalte desse ressursane åleine.

I fleire saker frå Høgsterett er det understreka at allemannsretten bokstaveleg tala vinn terreng også i andre samanhengar.

Rt. 2007 s. 102, Ulrichsendommen, gjaldt spørsmål om grensa mellom eigedomsrett og allemannsrett ved bruk av nokre mindre holmar i Mefjorden utanfor Sandefjord. I denne saka startar Høgsterett med å klargjere verdiane av dei ulike interessene i konflikt. Domstolen gjer greie for målsettinga bak friluftslova (69–73), rettsutvikling på tilgrensa rettsområde (74–76), seinare endringar i friluftslova (79) og utviklinga i høve til reglane om byggjeforbodet i 100-metersbeltet (80–82). På bakgrunn av desse skisserte utviklingstrekk hevdar så Høgsterett (84) at det samla sett neppe kan «være tvilsomt at avveiningen av de motstående interessene i dag vil falle ut til fordel for allemannsretten i større utstrekning enn ved vedtakelsen av friluftsloven».

Seinare har fleire saker frå Høgsterett om grensa mellom innmark og utmark lagt seg på same linje.<sup>21</sup>

Ei utfordring for rettsbrukaren er at dommar ofte kan vera avgjorde heilt konkret, t.d. mellom to grannar, sameigarar eller mellom eigar og brukar (servitutt/allemannsrett). Ein domstol treng ikkje å seie meir om rettsgrunnlaget og rettskjeldene enn det som er naudsynt for å løyse den konkrete tvisten. Få ord om identifisering av rettsgrunnlaget og verdier kan bli viktig for forståing av og utvikling av retten. Men dommar kan ha ulik kvalitet. Som Nils Nygaard seier, kan ein dom vere «gamal og god, eller gamal og svak; ung og sterk eller ung og naiv».<sup>22</sup> Ein dom kan også vera forelda. Dersom det har kome ny lovgjeving i mellomtida som endrar regelen, er dette klart tilfellet.

## 4 Grunnlag for regeldanning i tingsretten

Tingsretten er som nemnt mangslungen og kompleks. Det kan oppstå veldig mange ulike situasjonar og problemstillingar. Situasjonar som studenten i tingsrett ofte står overfor, er om ein kan dra reglar eller ananlogislutningar frå lovgjeving eller sedvanar på tilgrensande område eller frå rettspraksis frå tilfelle som liknar meir

<sup>21</sup> Sjå t.d. Rt. 2012 s. 882 (Nesodden) og Rt. 2014 s. 36 (skiskole).

<sup>22</sup> Sjå Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 330.

eller mindre på det problemet ein står overfor. Generalisering og induksjon er vanleg juridisk metode ved oppbygging av reglar på grunnlag av ulovfesta rett.<sup>23</sup>

Kai Krüger skildrar generalisering som juridisk metode slik:

Det dreier seg om å *generalisere* fra forekomster av enkelttilfelle på *vilkårs-* *siden* langs en tidsakse til antagelser om strukturer og mønsterdannelser på *rettsvirkningssiden* for noe som kan variere over en skala fra faktisk etablerte rettsposisjoner til sedvanerett på linje med – eller endog overordnet i forhold til – lovgivning.<sup>24</sup>

Slutningar kan trekkjast frå både lover, sedvanar og rettspraksis. Fleire dommar frå Høgsterett kan vise eit mønster som kan danna grunnlag for oppbygging av allmenne reglar. Når ein i fleire saker frå Høgsterett har lagt til grunn at yttergrensa i sjøen går ved marbakken og ved 2 meters djup der det ikkje finst ein marbakke, har ein etablert ein regel om marbakken, subsidiært 2 meters djup, som grensa.<sup>25</sup> I tillegg har vi nå ein dom – som vi straks kjem attende til – om at strandeigaren ikkje har eigedomsrett i sjøen der det er brådjup.<sup>26</sup> Om dette utviklar seg til ei klar norm, vil framtida kunne vise.

Korleis liknande spørsmål har vore løyste før, er klart nok eit argument for korleis eit nytt spørsmål bør løysast. Målet er å oppnå ein balanse mellom konkrete individuelle vurderingar på den eine sida og krav til at borgaren må kunne føresjå rettsstillinga si på den andre. Det er særleg to utfordringar ved generalisering som juridisk metode. Eit spørsmål er *kor mange* einskildtilfelle som må liggja føre for at vi kan seie at dette er uttrykk for ei generell norm. Det andre er om ein kan slutte frå ein regel som gjeld éin utnyttingsmåte, til andre utnyttingsmåtar eller eigedomsrett. Vil til dømes ein einerett til fiske i sjøen kunne gje grunnlag for ein regel om eigedomsrett over sjøgrunnen, eller ein regel om rett for strandeigaren

23 Sml. Krüger, op.cit., på s. 163, Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s. 253, Askeland, op.cit., på s. 501, og Erik Monsen, *Berikelseskrav – Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet*, Oslo 2007, på s. 151. I staden for å trekkje opp eit skarpt skilje mellom analogi og generalisering kallar Monsen metodiske prosessar som ikkje oppfyller dei formelle krava til analogi, for ein «*tanke om analogi*».

24 Sjå Krüger, op.cit., s. 163.

25 Sjå t.d. Rt. 2005 s. 1577 avsnitt 31 (Flora havn) og Rt. 2011 s. 556 avsnitt 31 (Spellsund).

26 Spellsund avsnitt 31.



til utfylling i sjøen gje grunnlag for nye arealkrevjande utnyttingsmåtar?<sup>27</sup> Grannelova § 2, sameigelova § 3 andre ledd og servituttlova § 2 andre ledd stiller alle opp ein regel om at det som er «uturvande eller urimeleg til skade eller ulempe», er forbode. Er dette tre reglar på ulike område, eller er det uttrykk for ein allmenn regel om at ein ikkje skal opptre på ein måte som er i strid med denne norma?

Induksjon og generalisering føreset at det må skje ei nærare vurdering av dei normene det er aktuelt å generalisera frå. Er reglane ein vil generalisere frå, fornuftige og eigna til å løyse nye spørsmål? Er dei argumenta ein vil finne fram til gjennom generealisering og induksjon, i samsvar med rettsutviklinga elles? Det vil vera ein glidande overgang mellom argument som byggjer på generalisering, og argument som byggjer på omsyna bak privat eigedomsrett meir generelt. Der som eit argument for ei løysing kan underbyggjast både gjennom generalisering, omsyna bak privat eigedomsrett og kanskje andre reelle omsyn, kan det styrke vekt av argumentet eller argumentasjonslinja. Ved vurderingar av korleis nye løysingar påverkar verdiskapinga i samfunnet, eller medverka til bærekraftig forvaltning av økosystem og naturmangfald, bør ein gjerne leggja vekt på økonomiske konsekvensvurderingar.<sup>28</sup> Om ein ser på dette som sjølvstendige argument eller reelle omsyn, fører neppe til ulike utslag i rettsbruken. Krüger seier at reelle omsyn kan sjåast på som ein form for «verdibasert frirettslig *innovasjon* i rettsanvendelsen».<sup>29</sup>

Miljøomsyn har alltid vore sentrale ved utforminga av privat eigedomsrett. I både grannetvistar og tvistar mellom grunneigar og servitutthavar skal det leggjast vekt på «naturmangfaldet på staden». Dette er likevel berre ein del av biletet som vil vere relevant. Sentralt er også omsynet til naturmangfaldet meir allment, som t.d. klima, villfisk, ulv osv.

27 Reglane i Frostatingslova XIII om at ein mann eigde fisket utanfor si strand, og i Jyske Lov 57 om at det ikkje kunne byggjast mølle i elv utan avtale med grunneigaren, vart rekna som grunnlag for eigedomsrett, jf. Ernst Nordtveit, *History of Scandinavian Water Law*, i Tvedt, McIntyre & Woldesadik (red.), *A History of Water, Sovereignty and International Water Law: v2*, Series 3, s. 108–109 med vidare tilvisingar.

28 Sjå Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, Oslo 2018, særleg s. 501–505.

29 Sjå Krüger, *op.cit.*, s. 162.

## 5 Problemformulering ved løysing av tingsrettslege problem

Ved løysing av alle rettsspørsmål er utfordringa ofte å stilla ei presis problemstilling. Korleis ein skal formulere ei problemstilling for å løyse ein tvist mellom to partar i saker der det ikkje finst klar avtale, lov eller andre positive rettskilder som kan gi klar rettleiing for korleis tvisten skal løysast, kan vera særleg utfordrande.

Ved formulering av problemstilling syner ein kva for interesser ein meiner er relevante å trekkje inn i dei rettslege drøftingane, og utviklinga av dei relevante momenta si relative og konkrete vekt. Formulering av problemstilling er ein måte å «konstituere» drøftinga.<sup>30</sup> Korleis ein formulerer problemstillinga, og kva som vert trekt inn som relevant bakgrunnsrett, og m.a. vektlegging av omsynet til miljøet og allemannsretten, vil dermed kunne verte avgjerande for kva for resultat ein fell ned på.

I Rt. 2011 s. 556, Spellsundet, som gjaldt spørsmål om eigedomsrett i sjø ved brådjupt, må det seiast at Høgsterett trekte fram ei relativt smal referanseramme for kva som er relevant å leggje vekt på.

Høgsterett formulerer spørsmålet om det (34) det «finnes noe [...] *generelt rettsgrunnlag* som gir eiendomsrett for de ankende parter» (utheva her). Formuleringa av denne innleiande problemstillinga gjev langt på veg svaret. Det er ingen lovfesta reglar eller uttrykte rettsedvanar som kan danne klart rettsgrunnlag for ein regel om eigedomsgrensa der det er brådjupt. Ein alternativ måte å formulere hovudproblemstillinga på er korleis liknande saker har vore løyste før, og kva som ville vere ei god løysing for framtida. Heller ikkje eit slikt utgangspunkt ville mangle historisk grunnlag. Både marbakkeregelen og 2-metersregelen er utvikla gjennom rettspraksis. Begge desse reglane bygde på det synet at strandeigaren etter etablert norsk sedvanerett har einerett til ein del av sjøområdet utanfor eigdommen. Spørsmålet var kor grensa for eigedomsretten og andre særrettar skulle gå. I Spellsundetdommen drøftar ikkje Høgsterett kvifor strandeigaren *ikkje* skulle ha eigedomsrett i sjø, også der det er brådjupt, og drøftar ikkje om det er mindre viktig for grunneigaren å ha råderett over noko av sjøområdet der det er brådjupt enn der det er langgrunt. Høgsterett ser heller ikkje på kva konsekvensar dommen kan ha i høve til utvikling av akvakulturnæringa og t.d. allemannsretten.

30 Sjå Kåre Lilleholt, «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner*, 2000 nr. 6, s. 49–60 på s. 50, og Knut Martin Tande, «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner* 2011 nr. 1, s. 1–49 på s. 21.

Høgsterett meinte at det var ei lovgjevaroppgåve å eventuelt fastsetja ein rett for strandeigaren til noko av sjøområdet der det er brådjupt. Spellsundetdommen lét etter seg fleire spørsmål. Høgsterett sin metode i dommen er også kritisert.<sup>31</sup>

Utan lovgiving om innhaldet i eigedomsretten i sjø og undergrunn er situasjonen open for endringar og justeringar. Høgsterett sine avvegingar mellom tiltak som er lagt til rette for gjennom private planforslag og offentleg regulering, og forventningar som kan følgje av eldre oppfatningar eller avtalar, har ført til prejudikat og prejudikatfråvik også tidlegare. Høgsterett kan også gjere større eller mindre grep for å justere kursen og endre argumentasjon, som t.d. Rt. 2002 s. 145, Borteliddommen, der ein seier rett ut at «uttalelsene om bortfall av negative byggeservitutter» i Rt. 1995 s. 904, Gjensidige, «har fått en for generell utforming og bør modereres».<sup>32</sup> Linjeskiftet i Høgsterett kom etter at Gjensidige-dommen hadde vore utsett for hard kritikk i teorien,<sup>33</sup> og var nok også eit resultat av at det kom opp ei sak som viste at det standpunktet som var uttalt i Gjensidige-dommen, kunne få uheldige resultat.

## 6 Rettsutvikling og gjeldande rett

Gjeldande rett er i stadig i endring og utvikling. Tingsretten blir gjerne oppfatta som ein tidlaus disiplin der endringsprosessane går langsamt. Dette er det nok også noko i. Rettsdogmatikken skal gje svar på kva som er gjeldande rett til kvar tid, men kan ikkje drøftast lausrive frå den historiske utviklinga.<sup>34</sup> Men også innanfor tingsretten har det skjedd til dels store endringar over tid. Dette kan føra til at eldre kjeldemateriale blir uaktuelt eller i alle fall må tolkast og tilpassast i høve til utviklinga, og nytt materiale eller nye argument for ei anna løysing kan koma til.

Ei allmenn ramme for argumentasjonen er eit krav om lojalitet til den rettslege tradisjonen for rettskjeldemessig og vitskapleg metodisk tilnærming til løysing av

31 Erlend Baldersheim, «Eigedomsrett og Høgsterett på djupt vatn», *Jussens venner* 2011 nr. 5, s. 287–308.

32 Rt. 2002 s. 145 på s. 149 (Borteliddommen).

33 Sjå t.d. Ernst Nordtveit, «Om arealplaner og særlege råderettar over fast eigedom.», *Kart og Plan* 1998 nr. 3, s. 145–151, og Odd Jarl Pedersen mfl., *Plan- og bygningsrett*, Oslo 2000, side 462 flg.

34 Sjå t.d. Mons Sandnes Nygard, «Gammal og ny rett», i *Med lov skal lande byggjast, i heiderskrift til Knut Robberstad*, Einar Stavang mfl. (red), Oslo 1969, 67–80, på s. 70–71, Ernst Nordtveit, «Staten sin rett til naturforekomstar på privat grunn», i *Stat, politikk og folkestyre*, i Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen, David R. Doublet, Kai Krüger og Asbjørn Strandbakken (red.) Bergen 1998, s. 749–776, på s. 751 og Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Bergen 2008, s. 38.

rettslege problemstillingar.<sup>35</sup> Vi kan kalle dette ein de sententia ferenda-synsvinkel. C.A. Fleischer illustrerer skiljet mellom de lege lata (under dette de sententia ferenda)-drøftingar og de lege ferenda-drøftingar slik:

Utsagn om gjeldende rett qua det som «egner seg best», er anbefalinger *de sententia ferenda* – om hvordan det skal dømmes. Disse anbefalinger må holdes ute fra uttalelser de lege ferenda. Disse siste anbefalinger er ikke bundet av det foreliggende positive rettsstoff, men kan gå ut på at lovgivningen skal forandres. Utsagn om gjeldende rett sier derimot hvordan det skal dømmes i henhold til det materiale som alt foreligger. (Sjå Carl August Fleischer, «Gjeldende rett», *Jussens Venner* 1963, nr. 4, 17–42, s. 29).

Alle rettsposisjonar kan endrast, men endringar skjer sjeldan med dei store spranga. Ein viktig karakter ved privat eigedomsrett er at rettshavaren ikkje må avstå eller tole råderettsinnskrenkingar der dette står fram som urimelege inngrep, i alle høve ikkje utan erstatning, jf. Grunnlova § 105 og EMK PT-1-1. Endringar som følgje av samfunnsutviklinga, som industrialisering, miljøutfordringar, auka offentleg styring og internasjonalisering, vil først og fremst påverke korleis retten kan brukast, og kva som må tolast av bruk frå andre.

Ein ser gjerne at tradisjonelle rettar som byggjer på sedvane eller andre vanskeleg tilgjengelege og uklare rettsgrunnlag, blir trengde til side i situasjonar der sterke private eller offentlege interesser vil ha gjennom ei utbygging. Hyttefelt i driftsveggar for reindrifta eller oppdrettsanlegg i område med andre brukarinteresser og rettshavarar kan vera døme på det. Der fiskerettar frå gamalt høyrde til lokalsamfunn eller særlege grunneigarar, oppstår det gjerne konflikt med nyare konsesjonslovgjeving og offentleg regulering som byggjer på den allmenne regelen at fisket er fritt.<sup>36</sup>

Den teknologiske utfordringa skaper også nye utfordringar. Fleire har lagt til grunn ein regel om at grunneigaren har retten til undergrunnen så langt han har interesse i å utnytta den («interesseteorien»). Den teknologiske utviklinga og samfunnsutviklinga påverkar kor langt denne interessa går. Trongen for fornybar energi og teknologisk utvikling har gjort boring av brunnar for utnytting av

35 Sjå t.d. Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, på s. 54, og Bernt, op.cit., s. 272.

36 Jørn Øyrehagen Sunde, «Fiskerettar i saltvatn og *lex non scriptum* i norsk rett og rettshistorie», *Tidskrift for Rettsvitenskap* 2006, s. 341–412.

jordvarme til ein måte å skaffa ei rimeleg og stabil energikjelde. Dette fører til at grunneigarar gjerne har interesse av boring ned til 500 meters djup for etablering av energibrunnar. Dette er ei utvikling som må seiast å vera i samfunnet si interesse, ved at det vil medverka til mindre utslepp av klimagassar og truleg reduserte energiprisar. Dette utfordrar nokon av dei synspunkta som har blitt hevda i nyare teori og rettspraksis, om kor grensa for privat eigedomsrett til undergrunnen går, og kan føra til ein ny diskusjon av dette uklare og omstridde spørsmålet.<sup>37</sup>

---

37 Sjå nærare Marie Engebakken Kvam og Nikolai K. Winge, «Energibrønner. En rettslig analyse av nye utnyttelsesmetoder i undergrunnen», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2018, s. 178–205, jf. Ernst Nordtveit, «Grenser for fast eigedom», *Jussens Venner* 1990, s. 23–71, og Erling Johannes Husabø, «Retten til undergrunnen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1994 s. 882, og Gunnar Eriksen, «Nye utviklingslinjer om retten til undergrunnen», *Jussens Venner* 2008, s. 344–356.

# Det skatterettslige skillet mellom eiendomsrett og begrensede rettigheter til ting

Postdoktor Henrik Skar

## 1 Innledning<sup>1</sup>

I norsk akademia er det flere som har kombinert skatterett med privatrett. Det gjelder bl.a. Magnus Aarbakke og Axel Hærem. Hærem, som var en av våre to første professorer i jus ved Universitetet i Bergen og leder for Institutt for privatrett, hadde ansvar for skatterett ved siden av tingsrett. Boken *Norsk tingsrett* som Hærem skrev sammen med Sjur Brækhus ved Universitetet i Oslo, inneholder betraktninger om bl.a. eierbegrepet som har overføringsverdi til skatteretten.<sup>2</sup> I denne artikkelen vil jeg forsøke å bygge videre på dette. Jeg vil drøfte sider ved det skatterettslige eierbegrepet, herunder sammenligne det med privatrettens eierbegrep.

Eierbegrepet kommer særlig inn i skatteretten fordi det i flere sammenhenger er et vilkår for skatteplikt eller fradragrett at skattyter er eier. For eksempel er det normalt eieren av en kapitalgjenstand som er pliktig til å betale inntektsskatt av gevinsten, samt formuesskatt og eventuelt eiendomsskatt av gjenstandens verdi. Videre er det i utgangspunktet eieren som har krav på fradrag (i inntekten) for verdireduksjon på eiendelen, herunder avskrivninger for slit og elde.<sup>3</sup> Dessuten kan synspunkter om eiendomsrettens overgang ha betydning for når slik skatteplikt

---

1 Takk til Frederik Zimmer, Hugo Matre og Henrik Jørem for å ha gitt innspill til denne artikkelen.

2 Jf. Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964, bl.a. s. 15–20.

3 Slike vilkår fremgår ofte bare underforstått av skattelovgivningen. Et eksempel er hovedregelen i lov om skatt på formue og inntekt 26. mars 1999 nr. 14 (skatteloven) § 6-10 første ledd om at «[d]et gis fradrag for avskrivninger for verdiforringelse ved slit eller elde på betydelige driftsmidler». Som Høyesterett fremhevet i HR-2017-2248-A «Ai Lease» (avsnitt 22), fremgår det her av «sammenhengen [...] at skattyteren, for å kunne kreve fradrag for avskrivninger [...] må eie det aktuelle driftsmiddelet».

og fradragsrett inntreer (innvinning), samt hvilket inntektsår postene skal henføres til (tidfesting). Senest i 2017 behandlet Høyesterett to skattesaker om eierbegrepet i HR-2017-1231-A «Saudefaldene» og HR-2017-2248-A «Ai Lease», som jeg vil komme tilbake til nedenfor.

Det er også mange skatteregler som ikke har som vilkår at skattyter er eier, selv om de vedrører eiendeler. For eksempel er ikke skatteplikt for fordel vunnet ved kapital betinget av at skattyteren eier tingen (bl.a. fremleie er omfattet).<sup>4</sup> Et annet eksempel er at kostnader til vedlikehold kan være fradragsberettiget enten skattyter eier eller leier tingen (så lenge kostnadene er pådratt for inntektservervelse).<sup>5</sup> Slike regler, som ikke knytter an til eierbegrepet, faller utenfor denne fremstillingen.

Fordi det vil føre for langt å drøfte alle grensedragninger som kan oppstå for eiervilkår i skattelovgivningen, vil jeg også foreta andre avgrensninger. Denne artikkelen skal først og fremst omhandle skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett til ting (fast eiendom og løsøre). Det typiske saksforholdet vil være at en opprinnelig eier har inngått avtale om å overføre rettigheter til en annen person, men det er tvil om det er eiendomsretten eller begrensede rettigheter, eksempelvis en leierett, som er overført. Hovedproblemstillingen er hvordan man avgjør om en skattyter har eiendomsrett eller begrensede rettigheter i skattelovgivningens forstand, og jeg vil særlig se på de overordnede momentene som vanligvis inngår i slike vurderinger.

## 2 Avgrensninger

Både eiendomsrett og begrensede rettigheter erverves normalt ved avtaler. For at de avtalte rettighetene skal ha gått over til den nye rettighetshaveren, kreves også tidvis at det har skjedd en besittelsesovergang, eksempelvis overlevering

---

4 Jf. skatteloven § 5-1.

5 Jf. skatteloven § 6-1.



av tingen.<sup>6</sup> Disse temaene vil jeg i liten grad problematisere i denne artikkelen. I eksemplene og dommene som jeg drøfter, vil det for det meste være klart at det foreligger en bindende avtale og en besittelsesovergang, mens spørsmålet er om det er eiendomsretten eller begrensede rettigheter som er overført.<sup>7</sup>

I skatteretten hender det også at man ser bort fra at en privatrettslig rettighetsoverføring har funnet sted. Spørsmålet er da ikke om en rettighetsoverføring gjelder eiendomsrett eller begrensede rettigheter, men om det overhodet skal aksepteres at den har skjedd. Problemstillingen kan typisk oppstå hvis rettigheter er overført fra A til B i privatrettslig forstand, men kun for en kort tidsperiode, før rettighetene er overført tilbake til A eller videre til en tredjeperson C, se eksempelvis Rt. 2004 s. 1331 «Aker Maritime», Rt. 2002 s. 798 «CBK», Rt. 1998 s. 1425 «Troll Salmon», Rt. 1978 s. 60 «Smestad» og Rt. 1925 s. 472 «Kallevig». Man har også saker hvor alle rettighetene til tingen er overført fra A til B på ubestemt tid, men hvor det likevel er tvil om man kan akseptere eiendomsoverføringen fordi A har eierinteresser i (selskap) B og dermed fortsatt indirekte eierskap til tingen, se bl.a. Rt. 2002 s. 456 «Hydro Canada» og Rt. 1994 s. 912 «Hovda». Fordi slike saker – som ofte kan bli løst ut fra den skatterettslige omgåelsesnormen – ikke gjelder skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett, vil jeg avgrense mot dem her.

6 Herskende privatrettslige lære (om det såkalte funksjonelle eiendomsrettsbegrepet) legger opp til at det ikke finnes et enhetlig tidspunkt for eiendomsrettens overgang, se bl.a. Brækhus og Hærem 1964, s. 381–391. I stedet kan ulike eierbeføyelser gå over på forskjellige tidspunkter. For eksempel kan den rettslige rådigheten over tingen, herunder retten til å selge den videre, gå over allerede på avtaletidspunktet, mens retten til å bruke tingen først går over ved overleveringen. Læren om det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet har sine kritikere, blant dem Erlend Baldersheim og Carl August Fleischer, men jeg vil ikke gå nærmere inn på dette her, skjønt se Erlend Baldersheim, «Til spørsmålet om egedomsrettens overgang», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2012, s. 137–167, Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens ontologi*, Bergen 2016, og Carl August Fleischer, «Egedomsretten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot 'det substansielle egedomsomgrepet'», *Jussens Venner* 1978, s. 241–252.

7 I skatteretten vil tidspunktet for eiendomsrettens og andre rettigheters overgang variere, og bero på en tolkning av den enkelte skattebestemmelse, herunder de bakenforliggende hensyn som gjør seg gjeldende. Når det f.eks. gjelder skatteloven § 5-1 (2), jf. § 9-2 om gevinstbeskatning ved realisasjon, har Høyesterett landet på at eiendomsoverføringen i utgangspunktet skal anses for å skje allerede på tidspunktet for avtaleinngåelsen (når avtalepartene er enige om vesentlige punkter i avtalen), jf. bl.a. Rt. 1995 s. 872 «Eide» og Rt. 2009 s. 1208 «Hurtigruten». Når det gjelder andre skattebestemmelser derimot, kan løsningen være en annen (f.eks. er overleveringstidspunktet normalt avgjørende for tidfestingen, jf. skatteloven § 14-2).

### 3 Privatrettens skille mellom eiendomsrett og begrenset rett

Når man skal avgjøre om en skattyter har eiendomsrett eller begrensede rettigheter i skattereglenes forstand, må man ta utgangspunkt i privatrettens forståelse av rettighetsforholdene. Som Høyesterett fremhevet i bl.a. HR-2017-2248-A «Ai Lease» (avsnitt 24), er

[u]tgangspunktet for vurderingen av eierforholdene [...] det innholdet partene selv har gitt sine disposisjoner og transaksjoner, bedømt etter alminnelige formuerettslige regler. Den materielle ordningen styrer altså – innenfor avtalefrihetens rammer – også de skattevirkninger ordningen skal få.

Det vil si at man må avklare hvilke rettigheter og plikter som følger av avtalen, og undersøke hvem som i privatrettslig forstand er eier ved et slikt avtaleforhold. Sistnevnte innebærer at man må finne frem til en privatrettslig definisjon av hva som menes med å være eier, noe som også er presisert i HR-2017-1231-A «Saudefaldene» (avsnitt 76):

Hva som i skatteloven § 18-2 og § 18-3 nærmere er ment med å være «eier» av kraftverk, må på vanlig måte avgjøres med utgangspunkt i at «slike ord og uttrykk skal gis samme innhold i skatterettslige sammenhenger som de har i privatretten.

Det at man skal ta utgangspunktet i privatrettens forståelse av å være eier, kan sees som utslag av vanlige lovtolkningsprinsipper. Tanken er bl.a. at privatrettens forståelse er det nærmeste man kommer den naturlige språklige forståelsen av eierbegrepet, slik at det fremmer hensynet til forutberegnelighet å ta utgangspunkt i denne.

Privatrettens forståelse av å være eier fremfor begrenset rettighetshaver er først og fremst utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori. Den tradisjonelle forståelsen som har kommet til uttrykk i norsk litteratur tilbake til 1800-tallet,<sup>8</sup> innebærer at eiendomsretten avgrenses negativt. Brækhus og Hærem har oppsummert den tradisjonelle forståelsen slik:

<sup>8</sup> Se bl.a. Frederik Peter Brandt, *Tingsretten fremstillet efter den norske Lovgivning*, Kristiania 1867, s. 76–77.

Man skiller først ut de rettighetshavere hvis rett er positivt avgrenset overfor de øvrige rettighetshavere i tingen (grensene vil fremgå av stiftelsesgrunnlaget for retten: avtale, hevd, ekspropriasjon, osv.). Disse rettighetshavere sies å ha begrensede rettigheter [...]. Den som har de gjenværende eierbeføyelser [...] sies å være eier. [...] At en person [...] er eier av en ting [...], betyr etter dette at [personen] har rett til å råde over [tingen] fysisk og juridisk innen de grenser som settes av rettsordenen og [...] begrensede rettighetshaveres rett.<sup>9</sup>

For å avgjøre hvem som er eiere og hvem som er begrensede rettighetshavere etter denne definisjonen, må man se på stiftelsesgrunnlaget for rettighetene. Rettigheter til ting kan stiftes eller erverves på forskjellige måter, f.eks. ved produksjon og okkupasjon (opprinnelige erverv), avtaler og hevd (avledede erverv) eller ved godtroerverv og kreditorbeslag (ekstinktive erverv). Først skiller man ut de rettighetshaverne som i henhold til stiftelsesgrunnlagene har en *positivt avgrenset* rett i forhold til de øvrige rettighetshaverne til tingen, f.eks. rett til å leie husrom, bruke en vei eller hogge skogen. Disse rettighetshaverne har en begrenset rett. Den (eller de) som har alle de gjenværende eierbeføelsene, sies å være eier (eller sameiere). At eieren har de gjenværende beføelsene, betyr bl.a. at nye bruksmuligheter som viser seg, f.eks. mineralutvinning på eiendommen, tilfaller ham.<sup>10</sup> Et annet aspekt ved samme definisjon, er at dersom en begrenset rett skulle falle bort, er det eierens rett som utvider seg tilsvarende.<sup>11</sup>

Slik den tradisjonelle definisjonen er utformet, spiller det i utgangspunktet ingen rolle hvem som har størst rådighet, flest eierbeføyelser eller den vesentligste økonomiske interessen i tingen. Selv om f.eks. eieren av en tomt skulle overføre de mest verdifulle eierbeføelsene til en annen, slik som retten til å oppføre hus, hogge skogen og utnytte vannfallet, har han fortsatt eiendomsretten i behold så lenge han har de resterende, uspesifiserte eierbeføelsene. Til og med en total bruksrett av svært lang varighet vil ikke være eiendomsrett etter den tradisjonelle definisjonen, ettersom også slike rettigheter er positivt avgrenset (her i tid). Fredrik Peter Brandt, som var en av de store professorene i privatrett på 1800-tallet, formulerte det slik:

9 Jf. Brækhus og Hærem 1964, s. 18.

10 Jf. Brækhus og Hærem 1964, s. 19.

11 Jf. Brækhus og Hærem 1964, s. 19.

Ejendomsretten kan [...] aldrig være temporær. [...] [S]elv om en Brugsret har Tingens Totalitet til sin Gjenstand, og saaledes, medens den bestaar, aldeles udelukker Ejerens Raadighed, er det dog altid Ejerens Ret, som Brugeren benytter, og ved Brugens Ophør vender hin igjen tilbage. [Først hvis] en total Brug aldrig [skal] ophøre, er den selv Ejendom og ikke Brug [...]<sup>12</sup>

Én av grunnene til at man har villet operere med en så formell definisjon av eiendomsretten, er praktiske hensyn. I privatretten har det tradisjonelt blitt ansett som uheldig å la eierskapet bero på hvem som til enhver tid har de mest verdifulle eierbeføyelsene, ettersom skiftende konjunkturer i så fall kan påvirke hvem som regnes som eier.<sup>13</sup>

I moderne privatrett vil man imidlertid ikke følge den tradisjonelle forståelsen fullt ut. Herskende tingsrettslig teori oppstiller et mer fleksibelt eiendomsrettsbegrep, som til en viss grad kan ha skiftende innhold i ulike privatrettslige sammenhenger.<sup>14</sup> Etter omstendighetene kan eiertittelen bli gitt til en annen enn hva som følger av den tradisjonelle forståelsen, typisk til den som har de klart vesentligste eierbeføyelsene. For eksempel har Brækhus og Hærem satt det på spissen ved å vise til at «tomtefeste på meget lang tid, f.eks. 1000 år» kan bli ansett som eiendomsrett.<sup>15</sup> Et annet eksempel hvor brukstiden ikke er like langvarig, er hjemfallsretten. Hjemfallsordningen har innebåret at private aktører kan overta eiendomsrett til vannfall for en midlertidig periode, f.eks. 75 år, hvoretter eierskapet automatisk går tilbake til staten. At man i dag ikke er strengt bundet av den tradisjonelle forståelsen bekreftes også av de seneste privatrettslige høyesterettsdommene på området. Disse er Rt. 1999 s. 425 «Katnosa», Rt. 2005 s. 1729 «Lillehammer» og HR-2018-1906-A «Bispebolig»:

I Rt. 1999 s. 425 «Katnosa» var det spørsmål om Oslo kommune eide eller festet en tomt fra Løvenskiold. Kommunen hadde en damvokterbolig på tomten som de ønsket å leie ut til en turistforening, men utleien ville være lovstridig dersom tomtfesteloven fikk anvendelse. Innledningsvis i domspremissene fremhevet Høyesterett at eierspørsmålet måtte avgjøres ut fra en konkret vurdering, og at man ikke nødvendigvis var bundet av den tradisjonelle forståelsen i juridisk teori om at en evigvarende og total bruksrett er eiendomsrett. Resultatet i dommen

<sup>12</sup> Jf. Brandt, 1867, s. 77.

<sup>13</sup> Jf. Carl Torp, *Dansk Tingsret*, 2. utgave, København 1905 s. 126–127.

<sup>14</sup> Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 s. 38–39 og 50–51.

<sup>15</sup> Se Brækhus og Hærem 1964 s. 19.

harmonerer likevel godt med den tradisjonelle forståelsen. Selv om kommunen hadde en evigvarende rett, var den positivt avgrenset hva gjaldt bruksmuligheter. Høyesterett fant det bevist at avtalen kun hadde til formål å overføre det som var nødvendig for å dekke behovet for en damvokterbolig. Følgelig hadde kommunen en begrenset rett, mens Løvenskiold hadde de resterende eierbeføyelsene og dermed eiendomsretten til tomten.

I Rt. 2005 s. 1729 «Lillehammer» derimot, kan det se ut til at Høyesterett til en viss grad fravek den tradisjonelle forståelsen av hvem som var eier. Her ble personer som hadde evigvarende rett til å ha hus på tomter (huseiere), ansett for å være eiere av tomtene i avhendingslovens forstand. I domspremissene tok ikke Høyesterett stilling til om alle gjenværende eierbeføyelser, slik som eksempelvis retten til undergrunnen, var overført fra opprinnelig grunneier til huseierne. Sistnevnte kunne ha vært avgjørende om man skulle ha fulgt den tradisjonelle forståelsen av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett fullt ut. Høyesterett anså derimot vurderingstemaet som mer fleksibelt, og nøyde seg med å fremheve at avtalen ga huseierne såpass stor råderett over tomtene at det hadde større likhetspunkter med en eiendomsoverdragelse enn et festeforhold.

I HR-2018-1906-A «Bispebolig» kan det spørres om den tradisjonelle grensdragningen mellom eiendomsrett og begrenset rett ble fraveket i enda større grad. Saken gjaldt et legat som, i henhold til et testament, hadde stilt en eiendom til disposisjon for Opplysningsvesenets fond (OVF) til bruk som bolig for biskopen i Stavanger. Av avtalen fulgte det at OVF bare hadde rett til å benytte eiendommen til bispebolig og at den skulle tilbakeføres om bruken opphørte. Da biskopen sluttet å benytte boligen etter om lag 50 år, krevde således legatet eiendommen tilbakeført. Høyesterett ga derimot OVF medhold i at den avtalefestede tilbakeføringsretten hadde bortfalt etter løsningslovens bestemmelse om lengstetid på 25 år for løsningsretter.<sup>16</sup> For at denne bestemmelsen skulle få anvendelse, måtte OVF være eier av eiendommen, noe Høyesterett besvarte bekreftende. Det ble vist til at partene i forbindelse med avtaleinngåelsen, hadde betegnet OVF som eier ved å utferdige og tinglyse et skjøte hvor det het at eiendommen «overdras» (avsnitt 47). Det kan spørres om Høyesterett på dette punkt fravek den tradisjonelle forståelsen av eierforholdet. Også etter den tradisjonelle forståelsen kan skjøtet og tinglysningen ha sentral betydning i forholdet mellom avtalepartene, men da som

<sup>16</sup> Lov 09.12.1994 nr. 64 om løsningsrettar (løsningsloven) gjelder i utgangspunktet bare for rettigheter til å bli eier av fast eiendom, jf. § 1.

bevismoment som kaster lys over hvorvidt partenes mening har vært å overføre samtlige eierbeføyelser. I denne saken var det imidlertid klart at partenes mening kun hadde vært å overføre retten til å benytte eiendommen som bispebolig. Også Høyesterett la til grunn at OVF ikke hadde rett til noen videre bruk eller disponering enn dette (avsnitt 82). OVF hadde dermed en positivt avgrenset rett, mens legatet hadde gjenværende eierbeføyelser, noe som skulle tilsi at legatet var eier etter den tradisjonelle forståelsen.

I gjeldende privatrett finnes det således ikke en fast forståelse av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett.<sup>17</sup> Selv om den tradisjonelle forståelsen av hvem som er eier, fortsatt må kunne sies å være utgangspunktet i vurderingen, kan denne bli fraveket, f.eks. hvis en annen person har de vesentligste eierbeføyelsene. Som «Bispebolig» illustrerer, kan det også å ha betydning hvem partene har oppgitt som eier utad (dvs. som et innholdsmessig moment i eiervurderingen, og ikke bare som et bevismoment på hvilke beføyelser partene har ment å overføre).

## 4 Nærmere om den skatterettslige grensedragningen

### 4.1 Privatrettens fleksible forståelse smitter over på skatteretten

At det ikke finnes en skarp privatrettslig forståelse av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett, har betydning for hvilke føringer privatretten legger på den skatterettslige bedømmelsen. Når man i privatrettslig forstand ikke alltid følger den tradisjonelle forståelsen, kan det hevdes at det minst må gjelde et tilsvarende skjønnsrom i skatteretten.<sup>18</sup>

I tillegg har Høyesterett uttalt at privatrettens forståelse av hvem som eier, ikke er «absolutt», jf. HR-2017-1231-A «Saudefaldene» (avsnitt 81). Det er fremhevet at «skatterettslig begrunnede synspunkter vil kunne komme inn» og påvirke tolkningen, jf. HR-2017-2248-A «Ai Lease» (avsnitt 24). Det åpner for at også mer særegne forståelser av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett kan bli lagt til grunn, når det er nødvendig for å ivareta skatterettslige hensyn og betraktninger. Dessuten ligger det også i dette at eierbegrepet kan bli tillagt varierende innhold innad i skattelovgivningen når ulike skattebestemmelser er basert på forskjellige hensyn. Hensynet til forutberegnelighet vil imidlertid være et motargument som taler for å legge en mest mulig ensartet forståelse til grunn.

<sup>17</sup> I samme retning Falkanger 2016, s. 50–51.

<sup>18</sup> I samme retning Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 8. utgave, Oslo 2018, s. 52.

Hovedutfordringen i det følgende blir å drøfte hvordan privatrettens forståelse av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett skal harmoneres og avveies mot ulike skatterettslige synspunkter. Jeg vil ta utgangspunkt i privatrettens tradisjonelle forståelse av grensdragningen, for så bl.a. å drøfte hvilken adgang man har til å tilpasse denne ut fra forskjellige hensyn og betraktninger.

#### 4.2 *Normalt er privatrettens tradisjonelle forståelse også dekkende i skatteretten*

Normalt vil privatrettens tradisjonelle forståelse av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett, som jeg redegjorde for i punkt 3, være dekkende også i skatteretten. Den som kun har mottatt en tidsbegrenset rett, er vanligvis ikke eier verken i privatrettslig eller skatterettslig forstand. Tilsvarende gjelder hvis man kun har fått rett til å benytte tingen på enkelte bestemte måter, f.eks. til vei eller hogst. I begge tilfeller er rettighetene positivt avgrenset og derfor ikke eiendomsrett etter den tradisjonelle forståelsen.

At den tradisjonelle forståelsen ofte er dekkende, indikeres også av skatterettslig høyesterettspraksis. Riktignok gjelder høyesterettsdommene i stor grad spesielle situasjoner eller grensetilfeller hvor skjønnsrommet, herunder muligheten til å fravike den tradisjonelle forståelsen, får større praktisk betydning. Like fullt har også Høyesterett ved flere anledninger konkludert i samsvar med den tradisjonelle forståelsen av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett.

Et eldre eksempel er Rt. 1932 s. 233 «Løvenskiold». Her hadde staten ekspropriert en evigvarende rett til å ha et elektrisk ledningsnett med stolper på et landområde. Fordi grunneieren hadde eierbeføyelser igjen, slik som rett til å bruke grunnen under ledningsnettet til vei, dyrke den opp eller ha dyr på beite, var det kun en bruksrett som var ekspropriert i henhold til privatrettens tradisjonelle forståelse. Høyesterett kom til at rettighetsforholdet måtte klassifiseres på samme måte skatterettslig. Ekspropriasjonsvederlaget falt dermed utenfor dagjeldende landsskatteloven § 43 siste ledd, om skatteplikt ved avhendelse av tomt.

Heller ikke i HR-2017-2248-A «Ai Lease», som er den nyeste høyesterettsdommen på området, ble den tradisjonelle forståelsen av eierforholdet fraveket. Problemstillingen var nærmere bestemt om et leasingselskap i Subaru-konsernet hadde rett til avskrivninger for slit og elde på biler som det leaset ut til Subaru-forhandlere – for bruk som demonstrasjons-, utstillings-, låne- og firmabiler mv. Leasingavtalene var på ett år, og forhandlerne hadde rett til når som helst å kjøpe bilene etter en på forhånd fastsatt kjøpesum, noe de stort sett også gjorde, typisk



når de hadde funnet en sluttkunde. Skattemyndighetene mente at forhandlerne måtte regnes som eiere av bilene fra starten av, slik at leasingselskapet ikke hadde krav på avskrivninger. Høyesterett derimot, kom til at leasingselskapet måtte regnes som skattemessig eier i leasingperioden. Det avgjørende var først og fremst at det ikke ble funnet bevist at forhandlerne hadde plikt til å kjøpe bilene.

Fordi forhandlerne ikke hadde kjøpsplikt, var det for det første leasingselskapet som eide bilene i henhold til privatrettens tradisjonelle forståelse. Forhandlerne hadde da en midlertidig bruksrett i leasingperioden, samt et stående tilbud om å kjøpe bilene, men en bindende avtale om å overta resterende eierbeføyelser ble først inngått etter hvert som forhandlerne aksepterte å kjøpe hver enkelt bil. For det andre talte også hensynene bak avskrivningsreglene for å regne leasingselskapet som eier. Avskrivningsreglene er ment å tilgodese den som har den løpende økonomiske risikoen for at driftsmidler faller i verdi som følge av slit og elde. Så lenge forhandlerne ikke hadde plikt til å innløse bilene, og det ble funnet bevist at den på forhånd avtalte innløsningssummen var markedsmessig, var det leasingselskapet som hadde risikoen for bilenes markedsverdi ved utløpet av leasingperioden. Følgelig var det ikke bare naturlig å oppfatte leasingselskapet som eier ut fra privatrettens tradisjonelle forståelse, men også ut fra hensyn bak avskrivningsreglene.

Antakelig må man kunne si at så lenge hensynene bak den aktuelle skatteregelen blir tilfredsstillende ivaretatt, vil det sjelden være aktuelt å fravike privatrettens tradisjonelle forståelse av hvem som er eier. De tvilsomme rettslige spørsmålene oppstår først hvis sentrale legislative hensyn eller andre omstendigheter ved skattelovgivningen taler for å legge en avvikende forståelse av eierforholdet til grunn. I det følgende vil jeg særlig se nærmere på denne problemstillingen, herunder høyesterettssaker hvor spørsmålet er blitt satt på spissen.

#### *4.3 Omfangsrike begrensede rettigheter kan bli likestilt med eiendomsrett*

Spørsmålet om å fravike den tradisjonelle forståelsen av hvem som er eier, oppstår typisk dersom en annen rettighetshaver (enn den tradisjonelle eieren) har omtrent like stor råderett over tingen, og risiko for dens verdiutvikling, som en vanlig eier. Hensynet til at like tilfeller skal behandles likt, kan da tale for å likestille de begrensede rettighetene med eiendomsrett. I tillegg kommer det at også lovgiver ved utformingen av skattelovgivningen pleier å forbinde eieren med den som har den vesentligste kontrollen og interessen i tingens avkastning og verdiutvikling. I den

grad eiertittelen gis til en annen – som ikke har de vesentligste eierfunksjonene eller eierinteressene – kan det virke støtende mot intensjonene bak lovgivningen. Ikke sjelden er det derfor anledning til å fravike den tradisjonelle forståelsen av hvem som er eier, når de vesentligste eierfunksjonene eller -interessene er samlet på en annen rettighetshavers hånd.<sup>19</sup>

Et eldre eksempel er Rt. 1971 s. 337 «Guldseth». Her hadde en kommune ekspropriert rett til å neddemme et skogsareal. Høyesterett ga grunneieren medhold i at det var eiendomsretten som var ekspropriert, slik at vederlaget han mottok var skattefritt etter dagjeldende skatteloven § 43 annet ledd. Det på tross av at grunneieren hadde sin formelle eiendomsrett i behold etter privatrettens tradisjonelle forståelse, ettersom gjenværende og nye bruksmuligheter (eksempelvis utnyttelse av undergrunnen og fiske) tilfalt ham. Høyesterett viste til at de eierbeføyelsene som var igjen, i praksis var verdiløse, og at ekspropriasjonen derfor måtte likestilles med avhendelse av eiendomsrett.

Med tiden har det utviklet seg en rekke standardiserte løsninger i skatteretten, som innebærer at rettigheter med nære likhetstrekk til eierforhold likestilles med eiendomsrett. For eksempel er det vanlig å anse en leaser for å være skattemessig eier når en (uoppsigelig) leasingavtale omfatter omtrent hele den forventede levetiden til gjenstanden, dvs. der gjenstanden med all sannsynlighet vil ha ubetydelig eller ingen verdi ved utløpet av leasingperioden.<sup>20</sup> Et annet eksempel er at festeforhold på over 99 år ofte likestilles med eiendomsrett i skattereglens forstand.<sup>21</sup> Typisk for begge disse tilfellene er at de begrensede rettighetene er såpass omfattende og varige at de i stor grad ligner vanlig eiendomsrett.

I Skatte-ABC er det også inntatt en generell uttalelse som baserer seg på slike betraktninger, hvor det heter at dersom flere har rådighet over samme ting er det «[a]vgjørende for eierposisjonen [...] hvem som har de vesentligste eierbeføyelsene».<sup>22</sup> Denne uttalelsen kan imidlertid gå noe langt, ettersom det i henhold til privatrettens forståelse – som er utgangspunktet for bedømmelsen – skal foretas en bredere helhetsvurdering. Her er det ikke alltid avgjørende hvem som har de vesentligste eierbeføyelsene, men det er et moment som etter omstendighetene

19 Det samme kan gjelde der det er flere begrensede rettighetshavere som deler de omfattende rettighetene, og hvor spørsmålet er om de skal regnes som sameiere.

20 Jf. Skattedirektoratets Skatte-ABC 2018/19, s. 765.

21 Se eksemplvis skatteloven § 9-2 (2) bokstav a, jf. Ot.prp. nr. 35 (1990–91) s. 306 og Skatte-ABC 2018/19, bl.a. s. 352.

22 Jf. Skatte-ABC 2018/19, s. 351.

kan bli utslagsgivende (i avveiningen mot bl.a. den tradisjonelle forståelsen av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett).

Hvilke eierfunksjoner som skal regnes som vesentlige i det konkrete tilfellet, kan avhenge av hensynene bak skatteregelen. Det illustreres bl.a. av Rt. 2002 s. 747 «Ptarmigan Trust», hvor det var spørsmål om medlemmer av Olsen-familien eide en trust i Liechtenstein hvor de stod som begunstigede, slik at de var omfattet av NOKUS-reglene.<sup>23</sup> Høyesterett fremhevet innledningsvis at utgangspunktet må være norske privatrettslige kriterier om eiendomsrett, men kom til at disse ikke ga særlig veiledning. Med henvisning til skatterettslig litteratur fant Høyesterett at det måtte sees særlig hen til om de norske skattyterne har «slike interesser i innretningen eller formuesmassen at det ligner eiendomsrett». Rettighetene var i dette tilfellet fordelt mellom familiemedlemmene og trustens forvaltere. Det var trustens forvaltere som besluttet hvordan midlene skulle investeres (innenfor trustens formål om å skape verdier for de begunstigede), og som bestemte om det skulle foretas utdelinger og om trusten skulle oppløses, mens det var familiemedlemmene som i første rekke hadde krav på de eventuelle utdelingene. Fordi NOKUS-reglene har til formål å skattlegge norske skattyteres kapital på samme måte enten den er plassert i Norge eller i utlandet, mente Høyesterett at det måtte være mest sentralt å se på hvem som hadde de økonomiske interessene i trusten, herunder krav på verdiene ved utdelinger og oppløsning av trusten. Følgelig ble familiemedlemmene ansett som eiere av trusten i NOKUS-reglens forstand.

I LB-2016-91081-1 kom lagmannsretten til motsatt resultat for formuesskatten, dvs. at Olsen-familien ikke ble ansett som eier i relasjon til formuesskatte-reglene. Lagmannsretten viste til at vilkåret «skattyters eiendeler» i skatteloven § 4-1 om formuesskatt ikke hviler på samme hensyn som uttrykket «eier» i NOKUS-reglene. Det kan spørres om standpunktet er treffende. Som Høyesterett hadde fremhevet i «Ptarmigan Trust», var det familiemedlemmene og deres arvinger som hadde den økonomiske interessen i trustformuen i den forstand at det var de som primært ville få gleden av verdistigning og avkastning, og som ville lide ved tap. Dette må også være sentrale momenter ut fra hensyn bak formuesskatten.<sup>24</sup> På den annen side

<sup>23</sup> NOKUS-reglene i skatteloven § 10-60 flg. åpner for å beskatte norske borgere som er direkte eller indirekte majoritetsiere av selskaper eller innretninger i lavskatteland, for en forholdsmessig andel av selskapets eller innretningens overskudd.

<sup>24</sup> Se nærmere John Harald Berger og Lisbeth Delbæk Roer, «I trustens verden», *Utvalget 2018*, s. 1317–1374 (s. 1360–1361).

er regelsettene ulikt utformet. Mens NOKUS-reglens ordlyd forutsetter at en fremmed «innretning», slik som truster, kan ha eiere, slik at spørsmålet blir hvem som eier trusten, viser reglene om formuesskatt til «skattyterens eiendeler», jf. skatteloven § 4-1, og en trust er i utgangspunktet ikke en selvstendig ting eller eiendel i alminnelig norsk forstand. Etter ordlyden i formueskattebestemmelsen kan det dermed bli mer naturlig å reise spørsmål om hvem som eier eiendelene i trusten, det vil typisk si aksjene og verdipapirene som trustformuen er investert i, og som familiemedlemmene klart nok ikke hadde noen direkte rettigheter til. Dommen må også forstås i lys av at formuesbeskatning kunne representere et brudd på EØS-retten (etableringsfriheten).<sup>25</sup>

At hensynene bak skatteregelen har betydning i vurderingen av hvem som har de vesentligste eierfunksjonene, illustreres også av HR-2017-2248-A «Ai Lease». Skattemyndighetene argumenterte her med at leasingavtalene hadde adskillige likhetstrekk med en eiendomsoverføring, fordi de ga leaserne en kjøpsopsjon som bortimot alltid ble benyttet innen utløpet av leasingperioden. I den sammenheng viste skattemyndighetene også til en uttalelse i daværende Lignings-ABC om at en leaser med kjøpsopsjon måtte regnes som eier når det var svært sannsynlig at leaseren vil overta gjenstanden etter utløpet av leieperioden.<sup>26</sup> Høyesterett var ikke enig i at dette var tilstrekkelig for å likestille en leasingavtale med en avtale om eiendomsoverføring. Som tidligere nevnt var det ut fra hensynene bak avskrivningsreglene særlig sentralt å se på hvem som hadde risikoen for tingens verdiutvikling i kontraktperioden. De aktuelle leasingavtalene ga leaserne verken plikt til å kjøpe bilene eller rett til å kjøpe dem til underpris, og dermed var det leasingselskapet som hadde risikoen for bilenes markedsverdi ved utløpet av leasingperioden. Selv om det inntil videre hadde vist seg å være forretningsmessig ønskelig for leaserne å kjøpe bilene, var det følgelig en vesentlig forskjell sammenlignet med om leaserne hadde kjøpt bilene umiddelbart, i den forstand at en svekkelse i markedet for slike bruktbiler ville ramme leasingselskapet.

25 EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken inntatt i E-3/13 og E-20/13 åpnet for at formuesbeskatning av de begunstigede etter omstendighetene kunne innebære et brudd på etableringsfriheten, skjønt subsumsjonen ble overlatt til den norske domstolen som senere ikke fant grunn til å avgjøre spørsmålet, se LB-2016-91081. EFTA-domstolens uttalelse er senere kritisert for å bryte med EU-domstolens praksis på området, se Berger og Roer 2018, bl.a. s. 1349.

26 Jf. Skattedirektoratets Lignings-ABC 2016, s. 847 (Lignings-ABC 2016/2017, s. 749).

Antakelig kunne resultatet blitt annerledes dersom forhandlerne hadde hatt rett til å kjøpe bilene til åpenbar underpris. I et obiter dictum (avsnitt 31) uttrykte Høyesterett støtte til en uttalelse i Skatte-ABC om at dersom en leasingavtale fastsetter «en så gunstig pris at det er altoverveiende sannsynlig at leasieren vil overta gjenstanden etter utløpet av leieperioden, anses leasieren som eier i leasingperioden».<sup>27</sup> Tanken med denne uttalelsen er bl.a. å ramme tilfeller hvor det avtales en høy leasingspris samtidig som leaser får rett/opsjon til å kjøpe tingen til tydelig underpris ved utløpet av leasingperioden, og hvor leasieren følgelig har liten eller ingen interesse i å levere tingen tilbake. Som Ole Gjems-Onstad tidligere har påpekt, kan «det faktum at det endelige kjøpsvederlaget eller den senere leie ligger vesentlig under vanlig markedsnivå, [...] gi leasingtageren et vesentlig incitament til å gjøre bruk av opsjonen».<sup>28</sup>

Det at omfangsrike begrensede rettigheter kan bli likestilt med eiendomsrett på skatterettens område, behøver for øvrig ikke å innebære et tydelig avvik fra privatretten. Som nevnt i punkt 3 kan det også være privatrettslig adgang til å fravike den tradisjonelle forståelsen når eierbeføyelsene som er igjen på den formelle eierens hånd, er små eller illusoriske, sml. bl.a. Rt. 2005 s. 1729 «Lillehammer». Som illustrert i nærværende punkt kan det imidlertid virke som at momentet om hvem som har de vesentligste eierfunksjonene eller -interessene, ofte spiller en viktigere rolle i den skatterettslige bedømmelsen. Dessuten kan momentet få en skatterettslig dreining ved at hensynene bak skatteregelen påvirker hvilke eierfunksjoner eller -interesser som anses som vesentlige. Det kan typisk lede til at det blir særlig sentralt å se på hvem som har de økonomiske interessene i eiendelen, herunder hvem som nyter godt av avkastningen og verdistigningen, og hvem som blir rammet ved et verditap.

#### 4.4 *Også begrensede rettigheter av mindre omfang kan bli regnet som eiendomsrett på spesielle skatterettslige områder*

Positivt avgrensede rettigheter som ikke omfatter de vesentligste eierfunksjonene når hele den forventede levetiden til gjenstanden tas i betraktning, regnes sjelden

<sup>27</sup> Jf. Lignings-ABC 2009/2010, s. 730, og Skatte-ABC 2018/19, s. 765.

<sup>28</sup> Jf. Ole Gjems-Onstad, *Avskrivninger. Avskrivningsprinsipper og avskrivbare objekter i skatteretten*, Oslo 1984, s. 600–601. Se tilsvarende Frederik Zimmer (red.), *Bedrift, selskap og skatt. Skatting av næringsdrivende selskaper og eiere*, 6. utgave, Oslo 2014, s. 111.

som eiendomsrett i skatterettslig forstand. Helt uaktuelt er det likevel ikke. I relasjon til beskatning av vannkraftverk har mindre rettigheter blitt likestilt med eiendomsrett.

Rt. 2005 s. 394 «Gloppen» er den første høyesterettsdommen som illustrerer dette. Kraftbeskatningsreglene i skatteloven § 18-2 og § 18-3 (tidligere skattelov § 19A-3 og § 19A-4) fastsetter at «eier av kraftverk» må betale grunnrente- og naturressursskatt til staten. Med kraftverk mener loven «selve kraftstasjonen», dvs. bygget, jf. § 18-1 (2) bokstav b.<sup>29</sup> I «Gloppen» la Høyesterett til grunn at et energiselskap (SFE) var eier av tre kraftstasjoner i relasjon til disse reglene, på tross av at selskapet kun leide kraftstasjonene fra en kommune for en periode på 20 år. Høyesterett viste til at kraftselskapet «i faktisk henseende [rådet] over kraftverkene fullt ut som en eier [i leieperioden]» (avsnitt 58), særlig fordi det kontrollerte driften, disponerte over strømproduksjonen og hadde risikoen for hendelige uhell. Videre ble det vist til at formålet med grunnrenteskatten er å treffe avkastning av vannkraftproduksjon utover normalavkastning av investert kapital, og at den aktuelle avtalen, hvor kraftselskapet for en lengre periode bestemte over produksjonen og fullt ut disponerte over denne, «uten at det ble reflektert i leien» (avsnitt 56), syntes å gi kraftselskapet en stor del av meravkastningen.

Det kan spørres om Høyesterett med dette likestilte et nokså alminnelig leieforhold med et eieforhold.<sup>30</sup> Riktignok hadde kraftselskapet stor råderett i leieperioden, slik Høyesterett påpekte, men det er formodentlig ofte tilfellet ved leieforhold. Det er særlig hvis leietiden i tillegg er meget langvarig eller leietaker har plikt til å kjøpe gjenstanden, eller rett til å kjøpe den eller fornye leieforholdet til tydelig underpris, at man ellers i skatteretten ofte likestiller leieforhold med eiendomsrett.<sup>31</sup> Noen kjøpsplikt eller kjøpsopsjon forelå imidlertid ikke i dette tilfellet,<sup>32</sup> og ifølge en takstrapport – som også Høyesterett viste til – kunne anleggene være bortimot uendelig med godt vedlikehold. En bruksrett på 20 år fremstår ikke da som spesielt langvarig og kunne vanskelig representere de vesentligste eierfunksjonene når hele den forventede levetiden til anleggene tas i betraktning.

29 Se også Ot.prp. nr. 23 (1995–1996) Skattlegging av kraftforetak, s. 98.

30 Se også Zimmer (red.), 2014, s. 745–746.

31 Se nærmere Gjems-Onstad, 1984, s. 594–601, Hugo Matre, «Klassifikasjon av leasing kontrakter – det skatterettslige eiendomsbegrep ved leasing», *Skatterett* 1991, s. 241–269, og Zimmer (red.), 2014, s. 111, samt Skatte-ABC 2018/19, s. 764–766.

32 Kraftselskapet hadde kun forkjøpsrett.

Det kan også stilles spørsmål ved Høyesteretts forutsetning om at meravkastningen ikke var reflektert i leien. Som fremhevet av Zimmer kan det jo tenkes at «leibeløpet var høyere pga. mer-avkastningen enn det ellers ville ha vært; man skulle til og med tro at dette var det vanligste».<sup>33</sup> Alminnelige markedsmekanismer tilsier nærmere bestemt at jo færre utleiery og jo større interesse det er for å leie vannkraftverk, desto mer kan utleieren ta seg betalt i leie, herunder for meravkastningen.

Selv om det således kan stilles spørsmål ved premissene i Gloppen-dommen, gir domsresultatet mening når man ser hen til kraftbeskatningsregelens utforming. I de aktuelle inntektsårene sidestilte nemlig kraftbeskatningsreglene skattytere «som er berettiget til uttak av kraft» og «eier[e] av kraftverk», slik at begge var pliktsubjekt. Det førstnevnte alternativet om uttaksberettigende var omstridt og lite anvendt, bl.a. fordi det etter sin ordlyd kunne ramme meget vidt. Opprinnelig hadde ikke Finansdepartementet foreslått uttaksalternativet, men det kom inn under stortingsbehandlingen uten at det ble ytterligere utdypet i innstillingen.<sup>34</sup> I etterfølgende uttalelser forsøkte departementet å begrense rekkevidden ved å fremheve at uttaksalternativet ikke hadde selvstendig betydning ved siden av alternativet om eierskap. Senere ble også uttaksalternativet fjernet fra lovteksten, skjønt det fremgikk av forarbeidene at denne lovendringen kun var ment som en presisering av gjeldende rett, slik at det fortsatt kunne bli skatteplikt for skattytere som over en lengre periode har rett til en andel av produksjonen, men da ut fra en tolkning av eierbegrepet, jf. Ot.prp. nr. 1 (2003–2004) s. 63. Samlet sett indikerte således den opprinnelige lovteksten, sammenholdt med forarbeidene og departementsuttalelsene, at uttaksalternativet ikke skulle tas bokstavelig som et eget grunnlag for skatteplikt, men heller forstås som et viktig moment i eiervurderingen. Det bidrar til å forklare hvorfor det i Gloppen-dommen ble lagt betydelig vekt på at kraftselskapet hadde rett til å ta ut og disponere over kraftproduksjonen.

Senere har lignende synspunkteter blitt videreført i høyesterettspraksis. I Rt. 2009 s. 441 «Nordkraft» hadde et kraftselskap (Eastern) rett til å ta ut en mindre andel av kraften som ble produsert ved en kraftstasjon (17,5 prosent), for en periode på 55 år mot å dekke en forholdsmessig andel av investeringene og driftsutgiftene. Gjenværende eierbeføyelser, herunder den fysiske råderetten og

<sup>33</sup> Jf. Frederik Zimmer «Høyesterettsdommer i skattesaker 2005 – del II», *Skatterett* 2016, s. 361–381 (s. 379).

<sup>34</sup> Se Innst. O. nr. 62 (1995–1996) sammenholdt med Ot.prp. nr. 23 (1995–1996) s. 191–193.



kontrollen over driften, samt rettighetene til den øvrige delen av kraften, tilkom andre, først og fremst Statkraft. Selv om kraftselskapets rettigheter således var positivt avgrenset og ikke synes å ha representert de vesentligste eierbeføyelsene hele anleggets levetid tatt i betraktning, kom Høyesterett til at kraftselskapet måtte regnes som skattemessig «eier». Særlig på bakgrunn av lovens opprinnelige utforming og forarbeidene til lovendringen mente Høyesterett at uttrykket «eier» også måtte kunne omfatte avtaler som for en lengre periode gir rett til hele eller deler av produksjonen, mot å betale hele eller en forholdsmessig andel av investeringene og driftsutgiftene.

Også den siste dommen på området – HR-2017-1231-A «Saudefaldene» – synes å støtte opp under tolkningsresultatene i de tidligere avgjørelsene, skjønt denne gangen kunne resultatet begrunnes uten å fravike privatretten. Det aktuelle kraftselskapet hadde her inngått en avtale med Statkraft om å bygge og drifte en kraftstasjon for en periode på 23 år, hvoretter Statkraft skulle overta anlegget. Høyesterett kom til at kraftselskapet måtte regnes som skattemessig eier i 23-årsperioden.

Høyesterett viste i første rekke til at kraftselskapet var omtalt i avtaleverket som eier av nyanlegget i kontraktstiden, og at denne privatrettslige eierposisjonen måtte danne utgangspunktet for vurderingen av det skatterettslige eierforholdet (se bl.a. avsnitt 79). Denne delen av premissene har med rette fått kritikk fordi avtalepartenes klassifisering av eierforholdet ikke behøver å samsvare med privatrettens forståelse av eierforholdet.<sup>35</sup> Standpunktet til Høyesterett gir likevel god mening når man tar i betraktning at det dreide seg om et nyanlegg. Fordi det var kraftselskapet som førte opp/produserte bygget, var det kraftselskapet som i første omgang ervervet eiendomsretten. Følgelig kunne det konkluderes med at kraftselskapet var eier av nyanlegget frem til tidspunktet for overleveringen til Statkraft 23 år frem i tid, uten å gå utenfor privatrettens tradisjonelle forståelse av hva det vil si å være eier.

I domsbegrunnelsen ble det også vist til kraftselskapets rådighet, herunder over den produserte kraften. I de avsluttende premissene (se særlig avsnitt 111) vektla Høyesterett at kraftselskapets faktiske rådighet i det vesentlige tilsvarte rådigheten til kraftselskapet (SFE) i «Gloppen», både innholdsmessig og tidsmessig, slik at det skattemessige eierforholdet måtte bli det samme.

Domsresultatene i «Gloppen» og «Nordkraft», samt domsbegrunnelsen i «Saudefaldene», viser at det gjelder et spesielt eierbegrep på kraftbeskatningsområdet.

<sup>35</sup> Jf. Frederik Zimmer «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», *Skatterett* 2018, s. 160–205 (s. 167–168).

Leieforhold av moderat varighet kan her bli regnet som eiendomsrett, uavhengig av om leietaker har rett til å fornye leieforholdet eller kjøpe kraftverket til underpris ved utløpet av leieperioden. Skjønt det har vært påpekt at forståelsen har begrenset overføringsverdi til andre områder av skatteretten,<sup>36</sup> illustrerer dommene et metodisk poeng av generell interesse. Man ser at det etter omstendighetene er mulig å foreta en betydelig tilpasning av eierbegrepet hvis det har støtte i lovens utforming, formål og/eller forarbeider på det aktuelle skatterettslige området.

Dommene illustrerer dessuten at når et eierforhold tilpasses i relasjon til én skattebestemmelse, kan det smitte over på andre skattebestemmelser, slik at samme skattyter anses for å være eier i relasjon til hele skattelovgivningen. En grundig drøftelse av denne problemstillingen faller utenfor rammen av denne artikkelen, men i «Nordkraft» (avsnitt 23) ble det lagt til grunn at eieren av kraftverket måtte anses for å være den samme i relasjon til alminnelig inntektsskatt som grunnrente- og naturressursskatt. I «Saundefaldene» (avsnitt 73) ble samme standpunkt utvidet til eiendomsskatten. Sistnevnte dom har imidlertid fått kritikk på dette punkt fordi Høyesteretts begrunnelse for å utvide synspunktet til eiendomsskatten var spinkel.<sup>37</sup> Hvorvidt et eierforhold skal forstås på samme måte etter ulike skattebestemmelser, må i utgangspunktet bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Selv om hensynet til konsekvens i regelverket taler for å legge tilsvarende forståelse til grunn,<sup>38</sup> kan andre hensyn eller omstendigheter ved reglens utforming tale for å tolke eierbegrepet forskjellig. Et eksempel på at et eierforhold er forstått forskjellig innad i skatteretten, finnes i dommene om «Ptarmigan trust» som jeg allerede har redegjort for i punkt 4.3.

## 5 Sluttbemerkinger

Artikkelens hovedproblemstilling har vært hvordan man trekker grensen mellom eiendomsrett og begrensede rettigheter på skatterettens område. Jeg har særlig sett på de overordnende momentene som vanligvis inngår i slike vurderinger, uten at jeg har forsøkt å gi en uttømmende redegjørelse for alle underproblemstillinger eller typetilfeller som kan oppstå. Ved løsning av konkrete saker kan det ikke minst

36 Se Frederik Zimmer «Høyesterettsdommer i skattesaker 2009», *Skatterett* 2010, s. 308–355 (s. 351).

37 Jf. Frederik Zimmer «Høyesterettsdommer i skattesaker 2017», *Skatterett* 2018, s. 160–205 (s. 164).

38 Se tilsvarende Berger og Roer 2018, bl.a. s. 1358.

bli nødvendig å utfylle de overordnede momentene med nærmere bestemte retningslinjer og praksis som finnes på det spesifikke området saken gjelder.

Artikkelen inneholder flere hovedpoenger, hvorav det første gjelder forholdet til privatrettens skille mellom eiendomsrett og begrenset rett. Selv om man av hensyn til forutberegnelighet skal ta utgangspunkt i privatretten, kan det være noe begrenset hvor skarpe føringer privatretten gir. I privatretten har man en tradisjonell forståelse, hvor eieren er den som har de gjenværende eierbeføyelsene etter at alle med positivt avgrensede rettigheter er skilt ut, men denne forståelsen følges ikke alltid. Privatrettslige kilder viser at det etter omstendighetene kan være aktuelt å fravike den tradisjonelle forståelsen av hvem som er eier, f.eks. hvis en annen rettighetshaver har de klart vesentligste eierbeføyelsene.

Det at man ikke har en skarp privatrettslig forståelse av skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett, gjør at det blir fleksibilitet også i den skattemessige bedømmelsen. Selv om privatrettens tradisjonelle forståelse ofte gir en dekkende beskrivelse av det skattemessige eierforholdet, blir det rom for å legge avvikende forståelser til grunn innenfor rammen av en alminnelig tolkning av skattelovgivningen. Skulle f.eks. den som eier tingen i tradisjonell forstand nærmest ikke ha eierbeføyelser igjen, mens en annen rettighetshaver har den vesentligste rådigheten, kan det være rom for å anse sistnevnte som eier ut fra en presiserende fortolkning av skattebestemmelsen (jf. Rt. 1971 s. 337 «Guldseth»). Også skatterettslige hensyn kan innvirke på denne grensdragningen. Skatterettslige hensyn gjør det ofte sentralt hvem som har de vesentligste økonomiske interessene i eiendelen, herunder hvem som nyter godt av avkastningen og verdistigningen, og som blir rammet ved et verditap (jf. eksempelvis Rt. 2002 s. 747 «Ptarmigan Trust»).

På spesielle skatterettslige områder har det også forekommet at begrensede rettigheter av mindre omfang er likestilt med eiendomsrett. Lengst har Høyesterett gått på området for kraftbeskatning, hvor utleie av vannkraftverk for en 20-årsperiode har blitt regnet som en skattemessig eiendomsoverføring, på tross av at kraftverkets forventende levetid har vært betydelig lengre (se særlig Rt. 2005 s. 394 «Gloppen»). Dommene må forstås i lys av at Høyesterett har funnet støtte for sin tolkning i lovtekst og forarbeider på området. Det vanlige ellers i skatteretten er at slike atypiske tolkningsresultater ikke aksepteres, da de kan virke støtende mot hensynet til forutberegnelighet, og i forlengelsen av dette også legalitetsprinsippets krav til klar lovhjæmmel.

Skillet mellom eiendomsrett og begrenset rett er for øvrig en nokså tidløs problemstilling, hvor det neppe er grunn til å forvente store endringer med det

første. Med tiden kan det utvikle seg fastere praksis for hvor grensen går på ulike skatterettslige områder. Også lovgiver kan komme på banen og oppstille tydeligere retningslinjer, f.eks. i forarbeider til nye skattebestemmelser eller ved endring av gamle. Hvorvidt utviklingen vil gå i retning av en sterkere løsrivelse fra privatretten slik at skatterettslige hensyn og betraktninger får større betydning på sikt, er mer usikkert. Særlig hensynet til forutberegnelighet kan tale for å holde igjen en slik utvikling.

# Fuskesaken fra 2008

## Fakultetets bidrag til utvikling av fuskebegrepet og aktsomhetskravet i uhl. § 4-7 første ledd bokstav b

*Seniorrådgiver Johanne Spjelkavik og professor Asbjørn Strandbakken*

### 1 Fuskesaken i 2008

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen tok på et tidlig tidspunkt i bruk IKT i undervisningen. Etter et pilotprosjekt i 2001 ble elektronisk innlevering av arbeidsoppgaver og kommentering av oppgaver tatt i bruk i full skala ved studiereformen av 2003. Det nye verktøyet hadde klare pedagogiske fordeler ved at skriving og kommentering ble en vesentlig del av studiet, og man så at skriveferdighetene blant studentene ble langt bedre. Men nye verktøyer åpnet også opp for utfordringer. En elektronisk tekst kan lett kopieres, og det oppstår fare for plagiat. Det var denne baksiden av medaljen som viste seg i den store fuskesaken som ble avdekket i 2008.<sup>1</sup>

Høsten 2007 rapporterte medarbeidere i studieadministrasjonen om at det var stjernetegn ved enkelte av besvarelsene som var levert inn. Arbeidsverktøyet var nytt, og man forsto i begynnelsen ikke hva disse tegnene betød. Etter nærmere undersøkelser viste det seg at stjernetegnene markerte tekstsammenfall som innleveringsverktøyet hadde oppdaget. Man begynte da med en systematisk gjennomgang av større deler av de innleverte arbeidene, og det ble avdekket at det

---

<sup>1</sup> For en nærmere redegjørelse for saken, se sak 34/08 til styremøte ved Det juridiske fakultet 17. juni 2008 og Johanne Spjelkavik og Asbjørn Strandbakken, «Om fusk i obligatorisk undervisning etter universitets- og høyskoleloven § 4-7 første ledd bokstav b», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse – festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Bergen 2013, s. 645–663 (på s. 649–651).

hadde utviklet seg en ukultur hvor en del av studentene organiserte seg i grupper som fordelte oppgaver mellom seg. Den som skrev en besvarelse, delte denne med de andre i gruppen, som til gjengjeld delte sine besvarelser med de øvrige. På denne måten slapp man med mindre arbeidsbelastning ved å kopiere andres besvarelser og levere dem inn som sine egne. Andre hadde lånt en besvarelse av en medstudent for å se hvordan vedkommende hadde angrepet problemstillingene i oppgaven, men hadde så endt opp med å kopiere hele eller deler av besvarelsen.

Vi hadde ansvaret for studieutvalget – som er programstyret for masterprogrammet – da saken ble avdekket. For oss var det aldri tvil om at forholdet ikke kunne feies under teppet. Vi opplevde imidlertid at noen av våre kollegaer gjerne så at hele saken ble dysset ned. Dette var et uaktuelt alternativ for oss, og vi informerte straks universitetsledelsen om hva vi mente å se konturene av. Den 3. desember 2007 hadde vi møte med universitetsledelsen, og fra dette tidspunkt tok rektor styring av prosessen.

Vi sendte 22 000 besvarelser til tekstgjennkjenningsprogrammet Ephorus, og måtte i lys av resultatene foreta en nærmere gjennomgang av materialet. Vi satte opp noen grenseverdier for når man skulle undersøke forholdet nærmere. Disse ble satt nokså liberalt siden materialet var stort. Vi endte opp med 205 studenter, hver med mellom 1 og 19 forekomster av tekstsammenfall. Etter direktiver fra rektor ble alle sakene sendt til Den sentrale klagenemnden som første instans, jf. lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (uhl.) § 4-7 nr. 1. På dette punktet fravek prosessen det som var etablert hos oss, hvor vi grundig forberedte saker som ble sendt til klagenemnden. Prosessen var imidlertid i samsvar med det som ellers var gjeldende ved Universitetet i Bergen. Den 16. april 2008 ble 205 saker sendt til klagenemnden – dette omfattet ca. 14 % av studentmassen ved fakultetet. Noen saker falt bort som følge av at noen av studentene som ble trukket inn i fuskesaken, hadde blitt frastjålet eller hadde lånt bort besvarelser som var urettmessig kopiert av andre.

Etter møter i klagenemnden 15. og 20. mai ble sakene sendt tilbake til fakultetet for videre saksforberedelse. Dette medførte at flere ansatte ved fakultetet fremsatte synspunkter på hvordan saken burde håndteres videre.<sup>2</sup> Noen av disse synspunkter gikk utenfor det regelverket og føringer fra universitetsledelsen ga adgang til. Vi besluttet å sende syv pilotsaker til nemnden, differensiert ut fra sakens alvor og

---

<sup>2</sup> Se brev vedlagt styresak 34/08 til styremøte ved Det juridiske fakultet 17. juni 2008.

underliggende karakter. Med dette ville nemnden få mulighet til å treffe avgjørelser som kunne bli førende for hvordan de øvrige sakene skulle håndteres.<sup>3</sup>

Pilotsakene ble behandlet i møte i klagenemnden 28. august 2008. I nemndens vedtak som ble gjort tilgjengelig 1. september 2008, ble alle sakene henlagt. Begrunnelsen var den samme i alle de syv sakene. Nemnden konstaterte at arbeidsgruppeoppgaver var obligatoriske arbeidskrav som var gjenstand for godkjenning. Det ble videre konstatert at det å levere inn en besvarelse som i sin helhet eller for en vesentlig del var skrevet av en annen, var å betrakte som fusk. Hvorfor man valgte ikke å sanksjonere forholdene, er rent juridisk vanskelig å forstå. Nemnden uttaler selv at begrunnelsen er flerdelt. For det første anføres det at fakultetets praktisering av sitt eget regelverk reiste tvil om at studentene hadde fått tilstrekkelig informasjon og veiledning om hva som kunne godtas. Nemnden viste videre til at det først høsten 2007 var systematisk kontroll av arbeidsgruppeoppgaver. Dessuten viste nemnden til at det store antall studenter som var involvert, i seg selv tilsa at det var for stor uklarhet for studentene. Nemnden presiserte at den ikke ville frita alle studenter for alt ansvar. Flere forhold tilsa at mange av studentene var klar over at de i det minste beveget seg på grensen av det tillatte.<sup>4</sup>

Etter vårt syn er ikke begrunnelsen som ble gitt for henleggelsene, holdbar.<sup>5</sup> For fakultetet var løsningen likevel akseptabel ved at man hadde fått slått fast at det var grunn til å reagere, samtidig som man slapp å følge opp svært mange saker som gikk tilbake i tid. At regelverket var klart nok, illustreres ved at saker som oppsto etter at «bomben smalt» 16. april 2008, ble sanksjonert av klagenemnden.

Fuskesaken fra 2008 ble skjellsettende for fakultetets arbeid med fusk, plagiat og akademisk redelighet i rettsvitenskapsstudiet. Fakultetet etablerte faglige og rettslige standarder og har i vesentlig grad bidratt til rettsutviklingen på området, et bidrag som toppet seg med en avgjørelse fra Høyesterett i 2015. I denne artikkelen vil vi drøfte fuskebegrepet og følge den utviklingen som har skjedd etter den store fuskesaken fra 2008.

---

3 Se oversendelsesbrev av 27. juni 2008.

4 Begrunnelsen for vedtakene er inntatt som vedlegg 1 til styresak 62/08 til styremøte ved Det juridiske fakultet 9. september 2008.

5 Se redegjørelse for regelverket ved fakultetet i styresak 34/08 til styremøte ved Det juridiske fakultet 17. juni 2008.



## 2 Fuskebegrepet kodifiseres i 1989

Betegnelsen «fusk» kom inn i universitetsloven av 16. juni 1989 nr. 77. Det var den første felles universitetslov, og den omfattet 10 institusjoner. I lovens § 56 finner vi bestemmelsen om annullering av «grad, eksamen, kurs eller prøve som svarer til eksamen», dersom studenten «har fusket eller forsøkt å fuske til eksamen m.m.». Paragraf 47 om ordensforhold inkluderer disse vilkårene blant dem som kunne lede til utestengelse. I omtalen av § 56 uttalte departementet:

Denne paragrafen er ny i forhold til tidligere lovgivning. Det har ikke vært antatt tvilsomt at det var adgang til å annullere en eksamen eller prøve når eksamenskandidaten hadde fått adgang til den ved hjelp av falskt vitnemål eller annen uredelighet eller hadde fusket under eksamen. Det vil imidlertid være en betryggelse at forholdet blir regulert i loven. (Ot.prp. nr. 62 (1988–1989) Lov om universiteter og vitenskapelige høyskoler (universitetsloven), s. 48 andre spalte)

I lovgivningen forut for 1989 finner vi bestemmelser om relegasjon. I lov om det Kongelige Frederiks universitet av 9. oktober 1905 nr. 2 § 39 fremgår det:

Skulde nogen studerende gjøre sig skyldig i overtrædelse af de akademiske forskrifter, i grovere uorden, usømmelig optræden mod universitetets lærere, et lastefuldt liv, eller æreløse handlinger inden- eller udenfor universitetet, er kollegiet efter at have æsket vedkommendes forsvar berettiget til at anvende følgende disciplinærstraffe:

- 1 Irettesættelse i de former som kollegiet finder passende for tilfældet. Hermed kan forenes berøvelse av alle akademiske beneficier; dog kan adgangen til disse efter længere tids rosværdigt forhold atter indrømmes vedkommende.
- 2 Relegation enten for bestemt tid eller for bestandig. Saalænge den varer, har den relegerede tabt sine rettigheder som akademisk borger og er udelukket fra al adgang til universitetet.

I forarbeidene til bestemmelsen – omtalt under utkast til § 40 som under den videre lovbehandling ble til § 39 – fremgår det:

I oppregningen af de forskjellige forhold fra de studerendes side, som kunde foranledige anvendelse af disciplinærstraf, nævnte den departementale

komite «et lastefuldt liv eller aabenbart æreløse handlinger». Det juridiske fakultet foreslog dette forandret til «et lastefuldt liv, æreløse handlinger eller krænkelse af den offentlige moral». Kollegiet har atter forandret det til «et lastefuldt liv eller æreløse handlinger».

Departementet slutter sig til kollegiets redaktion, idet man gaar ud fra, at krænkelse af den offentlige moral i de tilfælde, hvor forholdet bør medføre disciplinærstraf, vil gaa ind under et af udtrykkene grovere uorden, et lastefuldt liv eller æreløse handlinger. (Ot.prp. nr. 24 (1902–1903) Angaaende udfærdigelse af en lov om det kongelige Fredriks universitet, s. 17 andre spalte)

I de eldre lovene for institusjonene, som ble opphevet ved universitetsloven i 1989, finner vi også bestemmelser om relegasjon – med litt ulik ordlyd, men i hovedsak innrettet på en felles måte. I for eksempel § 41 i lov om universitetet i Oslo av 9. desember 1955 nr. 3 var vilkårene for relegasjon angitt slik:

[...] har gjort seg skyldig i grovere brudd mot universitetsreglene eller i adferd som er uverdigg for en akademisk borger.

Og i § 34 i lov om universitetet i Bergen av 9. juli 1948 nr. 2 var vilkårene for relegasjon at studenten

[...] gjer seg saka i grovare brot mot universitetsføresegnene eller i framferd som kollegiet finn uverdigg for ein akademisk borgar og lett kan skada universitetet eller studentane i det ålmenne omdømet.

Generelt var vilkårene for relegasjon knyttet til *brudd på institusjonens regler* og til *uverdigg adferd* ut fra en ikke nærmere angitt akademisk standard. I mange av bestemmelsene er irettesettelse angitt som en mildere reaksjon, og noen ganger også bortvisning.

Fusk er ikke nevnt i noen av disse lovene. Likevel uttalte som nevnt departementet i 1989 at det

[...] har ikke vært antatt tvilsomt at det var adgang til å annullere en eksamen eller prøve når eksamenskandidaten [...] hadde fusket under eksamen [...].

Grunnlaget kan ha vært en alminnelig ugyldighetsbetraktning: at fusk representerer brudd med de akademiske normene, eller at fusk representerer et brudd på institusjonens regler, og begge deler ga grunnlag for relegasjon. Det siste forutsetter klart nok at det er gitt lokal regulering som omfatter det inntrufne. I de to siste tilfellene må vi i tillegg legge til grunn at annullering er en mildere reaksjon enn relegasjon, og at institusjonene derfor kunne bruke sin relegasjonsadgang til å annullere. Det vil likevel være problematisk å bruke en hjemmel for relegasjon til *både* å relegere og å annullere. Det er derfor nærliggende å tenke seg at adgangen til annullering før 1989 har hvilt på en ugyldighetsbetraktning.

### 3 Behandlingen av begrepet fusk i lovgivningen

Kodifisering av fuskesanksjonene i 1989 genererte nokså umiddelbart et nytt spørsmål: Hva er fusk? Loven selv var taus om det. Det samme gjaldt Ot.prp. nr. 62 (1988–1989). Merknader og høringssvar som refereres i proposisjonen, kan likevel gi inntrykk av at aktørene har hatt en forestilling om hva det kan være snakk om; for eksempel refereres Norsk Studentunion slik:

[...] Studentunionen aksepterer kort referert at det skal kunne reageres mot fusk og falsk, men ikke med annen form enn utestenging fra eksamen for en viss tid og naturligvis oppheving av den eksamen e.l. som fusket eller falskneriet har vært benyttet til [...] (Ot.prp. nr. 62 (1988–89) Lov om universiteter og vitenskapelige høyskoler (universitetsloven), s. 43 første spalte)

I universitetsloven av 12. mai 1995 nr. 22 ble bestemmelsen om fusk inntatt i § 54. Andre ledd bokstav b lød:

har fusket eller forsøkt å fuske ved avleggelsen av, eller forut for endelig sensur av, vedkommende eksamen eller prøve, eller under gjennomføringen av vedkommende kurs.

Selv om bestemmelsen om fusk omtales i forarbeidene, avklares i liten grad det nærmere innhold i begrepet.<sup>6</sup> Ett konkret forhold nevnes: «Som fusk regnes også

<sup>6</sup> Ot.prp. nr. 85 (1993–94) Om lov om høgre utdanning, s. 28–30.

manipulering med eksamensbesvarelsen etter at denne er levert.»<sup>7</sup> Bemerkningen er antagelig foranlediget av en dom som ble avsagt av Oslo byrett i 1993 – inntatt i RG 1994 s. 823 – og det er nok noe tilfeldig at akkurat dette aspektet ved fusk er trukket frem. Om annulleringsregelen – der fuskebegrepet opptrer – heter det kort og godt: «Som i dagens lov gis det regler for annullering [...] ved dokumentfalsk og fusk.»<sup>8</sup>

En lovendring i 2002 – lov av 28. juni 2002 nr. 62 – og ikke minst forarbeidene til endringen<sup>9</sup> representerte nærmest et vannskille med hensyn til å avklare fuskebegrepet. Men heller ikke her ble alle spørsmål knyttet til begrepet fusk besvart – heller ikke de mest sentrale. Noen avsnitt i disse forarbeidene ble likevel i mange år retningsgivende for utvikling av fuskeregler og forvaltningspraksis lokalt på institusjoner og enheter.

Departementets anliggende i 2002 var å lovfeste *skyldkravet* som skulle gjelde i saker der fusk skulle sanksjoneres. Lovendringen gikk i korthet ut på at fuskebestemmelsen fikk et eksplisitt skyldkrav idet § 54 nr. 1 bokstav b ble endret til

forsettlig eller grovt uaktsomt har fusket eller forsøkt å fuske ved avleggelsen av, eller forut for endelig sensur av, vedkommende eksamen eller prøve, eller under gjennomføringen av vedkommende kurs.

Departementet ga gode eksempler på anvendelsen av fuskeregler, og forklarte såpass konkret at det ble mulig å utlede fornuftige regler:

[...] Departementet har imidlertid ved behandling av klager over vedtak om annullering og utestenging foretatt en vurdering av hvilket skyldkrav som bør legges til grunn, og kommet til at det er grunnlag for annullasjon av eksamen og utestenging dersom det foreligger grov uaktsom fusk.

Avgjørende for departementets vurdering har vært at lovbestemmelsen vanskelig vil kunne oppfylle sin hensikt på en effektiv måte dersom kun forsettlig overtredelse straffes. Et krav om forsett ville ha medført store bevisproblemer, og både allmennpreventive og individualpreventive hensyn tilsier at grov uaktsomhet skal være tilstrekkelig for å omfattes av bestemmelsen. Kravet om grov uaktsomhet innebærer at det må foreligge en kva-

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 85 (1993–94) s. 70 første spalte.

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 85 (1993–94) s. 9–10.

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 40 (2001–2002) Om lov om endringer i lov 12. mai 1995 nr. 22 om universiteter og høyskoler og lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell.

lifisert klanderverdig opptreden som gir grunn til sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet.

For å presisere den tolkning som tidligere er lagt til grunn, er ordlyden i § 54 nr. 1 endret slik at det går klart frem at forsettlig og grov uaktsomt fusk kan føre til annullering av eksamen og utestenging. Dersom det kun foreligger forsøk på fusk, vil det imidlertid stilles krav om et fullbyrdelsesforsett for at handlingen skal kunne føre til annullering av eksamen og utestenging. For studenten vil det derfor kunne være av avgjørende betydning hvor grensen mellom forsøk og fullbyrdet handling trekkes. Departementet legger til grunn at det er å anse som fusk når en student har ulovlige hjelpemidler tilgjengelige under en eksamen eller på andre måter handler i strid med eksamensreglementet eller regler om kildebruk. Hvorvidt studenten i løpet av eksamen får bruk for de ulovlige hjelpemidlene eller ikke, er ikke avgjørende for om handlingen skal anses som fullbyrdet fusk. Forsøk på fusk vil for eksempel foreligge i tilfeller hvor studenten plasserer ulovlige hjelpemidler med sikte på at disse skal være tilgjengelige under eksamen, men blir oppdaget før eksamen begynner.

I eksamens- og prøvesituasjoner stilles det høye aktsomhetskrav til studentene, og den enkelte student er selv ansvarlig for å sette seg inn i hva som er lovlige hjelpemidler, retningslinjer for bruk av disse og regler om kildebruk før eksamen. (Ot.prp. nr. 40 (2001–2002) Om lov om endringer i lov 12. mai 1995 nr. 22 om universiteter og høyskoler og lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell, s. 54–55)

Særlig ble det siste avsnittet tillagt betydelig vekt idet det eksplisitt legitimerede reglement om hjelpemidler og kildebruk som grunnlag for fuskesanksjoner. Det måtte selvsagt også stilles andre kvalitetskrav til slik lokal regulering, men dette var et utgangspunkt man kunne bygge på.

Med universitets- og høyskoleloven av 1. april 2005 nr. 15 kom ingen ytterligere avklaring av innholdet i fuskebegrepet. Forarbeidene til en lovendring i 2014 – lov 20. juni 2014 nr. 55 – brakte imidlertid noen klargjøringer:

[...] Begrepet «avleggelse av» blir av noen institusjoner tolket slik at bestemmelsen kun omfatter fusk som gjøres etter at eksamensoppgaven er blitt delt ut. Andre institusjoner har derimot en videre forståelse av hva begrepet omfatter, og anvender dette slik at også det å legge igjen hjelpemidler, skriftlige notater og lignende ved bokkontroll umiddelbart forut for selve

eksamen, anses som forsøk på fusk. (Prop. 59 L (2013–2014) Endringer i universitets- og høyskoleloven, s. 17 første spalte)

Videre uttalte departementet:

De hjelpemidlene en student legger på pulten klar for bokkontroll, er de hjelpemidlene studenten akter å ha tilgjengelige under eksamen. Hvis det å legge ulovlige hjelpemidler på pulten ikke omfattes av fuskebegrepet, vil dette innebære at det kan lønne seg for studenter å ta med ulovlige hjelpemidler til eksamen. De som blir oppdaget ved bokkontroll vil kun få hjelpemidlene inndratt, mens de som ikke blir oppdaget vil ha hjelpemidlene tilgjengelig under eksamen og dermed kunne få en uberettiget fordel.

Loven stiller et krav om at handlingen må være grovt uaktsom eller forsettlig. Det legges til grunn en meget streng aktsomhetsplikt for studentene ved eksamen. I dette ligger det en plikt for studentene til å sette seg inn i eksamensreglementet og hvilke hjelpemidler som er tillatt brukt under selve eksamen. Studenten har også et særlig ansvar for å forsikre seg om at det bare er lovlige hjelpemidler som ligger på pulten når bokkontrollen skal begynne. (Prop. 59 L (2013–2014) Endringer i universitets- og høyskoleloven, s. 18 første spalte)

De siste avsnittene virket til å revitalisere og konkretisere anvendelsen av de reglene som ble utledet av Ot.prp. nr. 40 (2001–2002). I årene etter 2002 hadde fuskebegrepet fått en utforming i praksis som fant god støtte i den nye proposisjonen.

#### 4 Teoriens behandling av begrepet fusk

Den faktiske interessen for spørsmålet om hva fusk er, har ikke vært gjenspeilet i litteraturen. Det er imidlertid enkelte eksempler på at begrepet er behandlet. Unneberg angir følgende definisjon av fusk:

Fusk er handlinger som innebærer at det ikke er eksamenskandidatens egne kunnskaper og ferdigheter som utgjør grunnlaget for fastsettelse av karakter, eller forsøk på slike handlinger [...] (Inge Unneberg, «Eksamensfusk ved universiteter og høyskoler», *Lov og Rett* 2012, s. 491–510)

Definisjonen er treffende, men er mindre anvendbar utenfor eksamenssituasjonen. Spørsmålet er også behandlet av Spjelkavik og Strandbakken.<sup>10</sup> Her knyttes fusk nærmere til selve reguleringen for eksamen så vel som for obligatoriske arbeidskrav. Så vel Unneberg som Spjelkavik og Strandbakken er klar på at ikke ethvert regelbrudd innebærer fusk. Unneberg knytter reservasjonen til uhl. § 3-9 nr. 1 første punktum:

De materielle begrensninger må, i mangel av retningslinjer i selve delegasjonsbestemmelsen i univl. § 3-9 (7), utledes av fanebestemmelsen i paragrafens første ledd. Delegasjonsbestemmelsen sier ikke annet enn at styret kan gi forskrifter om «avleggelse av og gjennomføring av eksamener og prøver». Mer retningsgivende er derfor kravet om at kunnskaper og ferdigheter skal bli prøvet og vurdert på faglig betryggende måte.

Bestemmelser som definerer en fuskehandling, uten å bygge på kravet til faglig betryggende vurdering, er derfor i utgangspunktet uhjemlet – eksempelvis at det skulle være fusk å skrive med blå penn [...] (Unneberg 2012, s. 497–498)

Hos Spjelkavik og Strandbakken er rettsstridsreservasjonen mer pragmatisk utformet:

Det er likevel ikke slik at et hvilket som helst brudd på bestemmelser i emnebeskrivelse, studieplan eller utfyllende regler – eventuelt i UiBs forskrift – vil kunne rammes av fuskebestemmelser. Vi må i tillegg ha et vilkår om at aktiviteten resulterer – eller kan resultere – i at studenten vurderes etter andre kriterier enn sin egen selvstendige prestasjon [...] (Spjelkavik og Strandbakken 2013, s. 648)

## 5 Avklaring gjennom rettspraksis

I den store fuskesaken fakultetet hadde i 2008, fikk vi «luftet» fuskebegrepet. Medieoppmerksomheten bidro til å vekke interesse for et begrep som «alle» mente var selvbærende, men som ved nærmere ettersyn viste seg ikke å være det. I det

<sup>10</sup> Johanne Spjelkavik og Asbjørn Strandbakken, «Om fusk i obligatorisk undervisning etter universitets- og høyskoleloven § 4-7 første ledd bokstav b», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse – Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013, s. 645–663 (s. 647–649).



offentlige ordskifte så vi argumentasjon for at begrepet «fusk» i seg selv inneholder et element av forsett. Det ble fremholdt at det følger av vanlig språklig forståelse at man må ha hatt en underliggende motivasjon for å skaffe seg en urettmessig fordel for at en handling kan kalles fusk. På den andre siden ble det med like stor tyngde hevdet at den objektive handlingen og den subjektive skylden er to adskilte forhold, som må vurderes hver for seg. I 2008 fikk vi ingen endelig avklaring av dette, men problemstillingen var blitt godt utmeislet under prosessen. Sondringen mellom en objektiv og subjektiv side ble lagt til grunn av Bergen tingrett og av Høyesterett i en sak om eksamensfusk ved Det juridiske fakultet i Bergen, se Rt. 2015 s. 995.

Ved dommen i Rt. 2015 s. 995 fikk vi omsider de avklaringene vi hadde behov for. Dommen utfyller på en god måte lovens bestemmelser om fusk, og synliggjør *hva* som kan ligge i fuskebegrepet og *hvordan* det legges der. Dommen representerer ikke noe brudd med praksis, men gir god og trygg forankring for de oppfatningene som har utviklet seg fra 1989.

Faktum i saken er ikke omstridt: Studenten møtte til eksamen i JUS123 Forvaltningsrett II den 12. juni 2012. På eksamensbordet la han fra seg lovlige hjelpemidler i tillegg til et seks sider langt notat, beskrevet slik i Bergen tingretts dom av 29. november 2013:<sup>11</sup>

[...] en liste over relevante dommer, ca. 3 sider med henvisninger og stikkordsmessig gjengivelse av det sentrale innhold i dommene, samt en besvarelse av en gruppeoppgave som han selv hadde skrevet, begge deler utskriftet fra hans PC skrevet ut i vanlig A4-format, og begge deler hadde han med seg for å lese på utenfor eksamenslokalet i den halvtimen mens bokkontrollen pågikk og før kandidatene igjen slapp inn i lokalet. Disse papirene ble imidlertid gjenglemt på pulten hans inne i eksamenslokalet sammen med de lovlige hjelpemidlene.

Den sentrale klagenemnden ved UiB fant at studenten hadde fusket under avleggelsen av eksamen, og fattet vedtak 15. oktober 2012 om annullering av eksamen og utestengelse resten av høstsemesteret. Vedtaket ble påklaget til Felles klagenemnd, hvor det ble stadfestet 22. mars 2013. Studenten begjærte utsatt iverksettelse, fikk det innvilget og fortsatte sine studier mens saken verserte. Vedtaket fra

<sup>11</sup> TBERG-2013-68297.

Felles klagenemnd ble begjært overprøvet, og det ble behandlet av Bergen tingrett 26. november 2013.

For tingretten gjorde saksøker gjeldende to rettslige argumenter, i tillegg til å påberope saksbehandlingsfeil: Handlingen kunne ikke omfattes av lovens formulering «under eksamen»; UiB hadde ikke adgang til å utvide «under eksamen» i sin forskrift til også å omfatte bokkontrollen. Det var dessuten tale om en ren forglemmelse fra studentens side, et hendelig uhell som ikke innebar «den nødvendige skyld som kreves for å ilegge fuskereaksjon». Dommen fra tingretten oppsummerer:

De to sentrale spørsmål som først må avklares, blir da om bokinnleveringen er en del av eksamen, og om saksøkers forglemmelse var grovt uaktsom. Partene er enig om at saksøker ikke har handlet med forsett, og dersom retten da skulle komme frem til at bokinnleveringen ikke er en del av eksamen, er partene enige om at saksøkers handling ikke kan anses som en forsøkshandling, ettersom forsøk som kjent krever fullbyrdelsesforsett.

Tingretten fant ikke at lovgiver hadde tatt sikte på å angi når eksamen skulle anses påbegynt, og følgelig heller ikke at UiBs regulering – som inkluderer bokkontrollen i «avleggelsen av [...] eksamen» – var i strid med lex superior-prinsippet. Handlingen var begått «under eksamen» og var omfattet av bestemmelsen i uhl. § 4-7.

Spørsmålet var deretter om handlingen skulle anses som simpel eller grov uaktsomhet. Universitetet hadde ikke påstått at overtredelsen var forsettlig. Om dette sier tingretten:

Slik retten ser det, hadde saksøker kun en ting å passe på da han var inne i lokalet for å legge fra seg hjelpemidlene før bokkontrollen, nemlig at det ikke lå igjen ulovlige hjelpemidler på pulten. Det kan vel da vanskelig tenkes noen grovere uaktsomhet enn å overse papirer som ligger åpent på pulten. Det ville f.eks. være lettere å overse og glemme igjen notater man tidligere har lagt inn i lovsamlingen. Dersom notater blir funnet inne i et lovlig hjelpemiddel, vil dette gjerne bli oppfattet som grovere, men det er fordi det da lettere trekkes den slutning at det foreligger forsettlig fusk, at notatet bevisst er forsøkt skjult, slik at man da legger til grunn en annen skyldgrad. Når det gjelder vurderingen av aktsomhetsgrad, må det imidlertid anses grovere å overse det iøynefallende enn det skjulte. Det kreves en høy grad av aktsomhet ved bokinnleveringen. Denne aktsomheten har vært fraværende

hos saksøker, og retten finner derfor at hans uaktsomhet klart må anses som grov.

Etter dette kom tingretten til at det forelå grovt uaktsomt fusk.

Dommen ble anket, og ankeforhandling ble holdt i Gulating lagmannsrett 25. august 2014. Saksøkers første anførelse var som for tingretten: UiB kunne ikke i forskrift utvide området for «under avleggelsen av eksamen». Dessuten ble det anført:

I tillegg feiltolker tingretten «fusk» med den konsekvens at en handling som er et rent uhell ved bokinnlevering regnes som «fusk» etter loven. Begrepet er ikke definert i lov eller forarbeider, men etter alminnelig språkforståelse er begrepet brukt om det å skaffe seg en uberettiget fordel ved eksamen. Her var det et uhell ved bokinnlevering som umiddelbart ble oppdaget da kontrollen begynte og var fjernet før eksamen begynte.

Videre anvender tingretten lovens skyldkrav, «grov uaktsomhet», feilaktig ved at det legges til grunn at det kreves «høy grad av aktsomhet», slik at uhell av denne art skal anses som alvorlige regelbrudd. Det er ikke grunn til å kreve stor grad av aktsomhet i tilfeller som dette hvor det er åpenbart at studenten ikke har hatt til hensikt å fuske. Høyesteretts praksis rundt begrepet «grov uaktsomhet» gir anvisning på at man skal kunne beskrive handlingen som «grovt klanderverdig». Ved eksamensfusk må det innebære at det faktisk er en handling som er egnet til å gi kandidaten en uberettiget fordel på eksamen. Det er ikke situasjonen her.

Lagmannsretten legger i sin dom av 22. desember 2014<sup>12</sup> til grunn det omforente faktum som er beskrevet i Den sentrale klagenemnd og Nasjonal klagenemnd, samt den bevisvurderingen tingretten hadde lagt til grunn. Det er i tilknytning til selve fuskebegrepet at lagmannsretten skiller lag med tingretten:

[...] [Felles klagenemnd og tingretten] har bygget på at reglementets § 17 jf. § 21 innebærer at det objektivt sett foreligger en fuskehandling, fordi eksamen ble ansett påbegynt og reglementet følgelig brutt, samt at forglemmelsen ble ansett som grovt uaktsom.

12 LG-2014-28536.

Etter lagmannsrettens syn er dette imidlertid en vesentlig for snever tilnærming.

Så introduserer lagmannsretten en overraskende argumentasjon: I jakten på innhold i fuskebegrepet viser den til

[...] de øvrige og alternative grunnlag for annullering og utestenging, slik disse er angitt i univl § 4-7, første ledd, bokstav a, og i 2. ledd». «Her er vilkårene at vedkommende ved «falskt vitnemål», altså en alvorlig straffbar handling, eller «annen form for uredelig opptreden», har søkt å oppnå en uberettiget rettighetsposisjon.

Uten nærmere redegjørelse for analogien trekker lagmannsretten den slutning at

[...] lovens fuskevilkår må forstås slik, at forhold som samlet sett ikke inneholder et element av regelbrudd som *direkte kan knyttes til uredelig eller uhederlig atferd* (uthevet her) egnet til å oppnå en uberettiget fordel ved bedømmelse av en eksamensprestasjon, faller utenfor univl § 4-7, første ledd, bokstav b, jf. § 4-8, tredje ledd.

Konklusjonen for lagmannsretten var da at det helt sentrale vilkåret i uhl. § 4-7 første ledd bokstav b – om at studenten overhodet hadde fusket – ikke var oppfylt, og vedtaket i Felles klagenemnd ble opphevet. Aktsomhetskravet ble som følge av dette ikke behandlet.

Det er ikke å ta for hardt i om vi omtaler lagmannsrettens argumentasjon som overraskende. Det var vanskelig å forene et vilkår om «uredelig eller uhederlig adferd» med lovens skyldkrav som omfatter «grovt uaktsom» overtredelse. Hovedsakelig som følge av dette ble dommen anket.

Den 15. september i 2015 kom saken til behandling i Høyesterett – tre år, tre måneder og tre dager etter den aktuelle eksamen. Studenten hadde for lengst fullført sin grad, men saken hadde betydelig interesse i sektoren. Vi hadde forventninger om å få avklart så vel fuskebegrepet som aktsomhetskravet. Høyesterett måtte ta stilling til tre spørsmål, og statens hovedanførsel var:

Lagmannsretten har tolket universitets- og høyskoleloven § 4-7 første ledd bokstav b feil når den konkluderer med at kandidatens atferd må være ure-

delig eller uhederlig for at fusk kan konstateres. Etter loven med forskrifter er det nok at det foreligger brudd på reglene om bokkontroll. Bestemmelsen rammer etter sin ordlyd også grovt uaktsomt fusk. Dette skyldkravet vil være uten betydning hvis det samtidig innfortolkes et uredelighets- eller uhederlighetskrav i bestemmelsens gjerningsbeskrivelse. Det er ingen rettskildemessig dekning for en slik tolking. (Rt. 2015 s. 995 para. 12)

Om aktsomhetskravet anførte staten:

Når ankemotparten sviktet på den eneste oppgaven han hadde under bokkontrollen, nemlig å foreta egenkontroll av at det på pulten ikke lå ulovlige hjelpemidler, foreligger et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte, og kravet til grov uaktsomhet er oppfylt [...] (Rt. 2015 s. 995 para. 14)

Studenten anførte på sin side at

[...] ordlyden [i § 4-7 første ledd bokstav b] forutsetter at eksamensoppgaven er utlevert.

[...]

Begrepet «fusk» forutsetter etter alminnelig språkforståelse en uhederlig eller uredelig opptreden med sikte på å skaffe seg en uberettiget fordel ved eksamen. [...]

[...] Aktsomhetsplikten relaterer seg til å skaffe seg en uberettiget fordel ved eksamen. Det er ikke grunn til å kreve spesielt høy aktsomhet i tilfelle som dette, hvor det er åpenbart at studenten ikke har hatt til hensikt å fuske. (Rt. 2015 s. 995 para. 18–20)

Høyesterett oppsummerte de overordnede problemstillingene på denne måten:

Saken reiser tre problemstillinger. For det første er det spørsmål om As handling faller inn under lovens begrep fusk. Dernest må det tas stilling til om handlingen er å regne som fullbyrdet fusk, siden han ikke hadde papirene for hånden under besvarelsen av eksamensoppgaven. Dette reiser spørsmål om når avleggelsen av eksamen begynner. Endelig må det avgjøres om A har utvist grov uaktsomhet [...] (Rt. 2015 s. 995 para. 25)

Det er nettopp de tre spørsmålene sektoren har strevd med siden 1989 – og muligens før det – og Høyesterett besvarer dem på en klar måte. Høyesterett foretar en grundig gjennomgang av hjemmelsrekken fra uhl. § 4-7, støttet av § 3-9 første og syvende ledd, via UiB-forskriften<sup>13</sup> til fakultetets utfyllende regler, og kommer til at hjemmelsrekken er ubrutt. Det første spørsmålet – «om A's handling faller inn under lovens begrep fusk» – besvares slik:

Som jeg har redegjort for, fastsetter regelverket i detalj hva som er lovlige hjelpemidler og hvordan eksamenskandidaten skal forholde seg i forbindelse med bokkontroll. Slik regelverket er bygd opp, synes det tilstrekkelig til å konstatere fusk at kandidaten har overtrådt de handlingspliktene som følger av reglene [...] (Rt. 2015 s. 995 para. 36)

Det materielle innhold i fuskebegrepet bestemmes av det lokale reglement og de handlingspliktene som følger av det. Om lagmannsrettens forutsetning om «uredelig eller uhederlig adferd» uttalte Høyesterett:

Regelverket stiller etter ordlyden ikke opp noe krav om uredelig eller uhederlig atferd. Selv om lagmannsretten kan ha rett i at ordet fusk i dagligtale vanligvis forbindes med subjektiv klanderverdig opptreden, kan jeg ikke se at loven legger opp til en slik forståelse, eller at den er til hinder for et regelverk som innebærer at fuskvilkåret praktiseres slik regelverket legger opp til.

At loven også rammer grovt uaktsomt fusk, taler også imot at det i tillegg må innfortolkes et subjektivt element i fuskebegrepet. I så fall ville bestemmelsen få en begrenset anvendelse, særlig ved såkalt ubevisst uaktsomhet, altså i tilfelle hvor uaktsomheten består i uoppmerksomhet, forglemmelse og lignende. Dette strider mot intensjonen bak tilføyelsen av skyldkravet om grov uaktsomhet. [...]

Dersom fuskebegrepet skal inneholde et subjektivt element slik lagmannsretten kom til, vil loven få den samme begrensede effektivitet og reise de samme vanskelige bevissspørsmål som lovendringen tok sikte på å hindre. (Rt. 2015 s. 995 para. 37–39)

Som ytterligere argumentasjon for sin konklusjon viser Høyesterett til Ot.prp. nr. 40 (2001–2002) og drøftelsene knyttet til § 54, som er gjengitt ovenfor. Videre legger

13 FOR-2012-02-16-872 Forskrift om opptak, studier, vurdering og grader ved Universitetet i Bergen.

Høyesterett inn en vesentlig rettsstridsreservasjon – i god overensstemmelse med «sunn fornuft» og allerede gjeldende oppfatning: Det kan ikke være sånn at ethvert brudd på relevant reglement kan innebære en fuskehandling. Hvis reglementet sier at man skal møte til eksamen kl. 09:00, og man i stedet møter kl. 09:15, kan det selvsagt føre til at man ikke får avlegge eksamen, eventuelt andre «ordenssanksjoner», men fusk vil det aldri kunne være. Høyesterett formulerer rettsstridsreservasjonen slik:

[...] handlinger som åpenbart ikke er egnet til å gi kandidaten noen fordel ved eksamen – eksempelvis gjenglemming av et privat brev uten faglig innhold – faller utenfor [...] (Rt. 2015 s. 995 para. 40)

Høyesterett konkluderer med at

[...] når A lot papirene ligge igjen på eksamensbordet, er det å regne som fusk i lovens forstand selv om dette ikke er gjort med intensjon om å bruke opplysningene ved besvarelsen. (Rt. 2015 s. 995 para. 40)

Med dette har vi fått ryddet godt i selve fuskebegrepet: Fusk er brudd på aktuelt reglement, unntatt der det åpenbart ikke er egnet til å gi kandidaten noen fordel ved eksamen.

For det andre av Høyesteretts tre spørsmål – «om handlingen er å regne som fullbyrdet fusk, siden han ikke hadde papirene for hånden under besvarelsen av eksamensoppgaven» – la Høyesterett til grunn at lovens formulering «under avleggelse av eksamen» ikke utelukker at bokkontrollen forut for eksamen omfattes:

Jeg kan ikke se at ordlyden uten videre tilsier en slik snever forståelse. Uttrykket «ved avleggelsen av [...] eksamen» henspeler etter min mening like gjerne på kandidatens oppgaver i forbindelse med eksamen, herunder de kontrolltiltak som kandidaten må forholde seg til. Bokkontrollen utgjør et slikt kontrolltiltak som er nødvendig for at juridiske eksamener skal oppfylle formålet i lovens § 3-9 første ledd [...] (Rt. 2015 s. 995 para. 45)

Til støtte for dette synet viser Høyesterett til uhl. § 3-9 syvende ledd, der institusjonene gis fullmakt til å utforme nærmere regler om eksamen:



[...] Bestemmelsen må forstås slik at den gir institusjonen en viss frihet til å tilpasse regelverket til de behov som institusjonen mener foreligger for å oppfylle lovens formål med eksamen. Forskriften med tilhørende utfyllende regler for eksamen ved Det juridiske fakultet gir klare og retts teknisk enkle regler om hvilke hjelpemidler som er tillatt, og hvordan kontrollen skal foregå. Den fastsetter et klart skjæringspunkt for når eksamen anses startet, og at det er forbudt å ha ikke tillatte hjelpemidler til stede etter dette tidspunktet. Skal reglene virke effektivt, må det også få konsekvenser når de ikke følges.

Jeg mener på denne bakgrunn at forskriften er hjemlet i loven når forskriften i § 17 bokstav a også inkluderer forhåndskontrollen av hjelpemidler som en del av eksamenen. (Rt. 2015 s. 995 para. 46–47)

Den annonserte bokkontrollen omfattes av «ved avleggelsen av [...] eksamen», og fusk er å anse som fullbyrdet etter at (den annonserte) bokkontrollen har begynt.

Til det tredje spørsmålet om studenten hadde utvist grov uaktsomhet, var Høyesterett enig med tingretten:

Den eneste oppgaven A hadde, var å påse at de hjelpemidlene som han framla, var i samsvar med regelverket. Dette var nettopp formålet med å levere bøker og hjelpemidler til forhåndskontroll. Brudd på dette regelverket må anses som alvorlig. At det skjer i et øyeblikks uoppmerksomhet, fratår ikke bruddet dets alvorlige karakter. Gode grunner tilsier at det i en slik situasjon må kunne reageres strengt, både for å oppfylle lovens formål med eksamen og for å hindre at studenter opptrer skjødesløst eller spekulativt ved kontrollen. (Rt. 2015 s. 995 para. 52)

I lys av de problemstillingene som var avdekket gjennom den rettslige behandlingen av saken, var Kunnskapsdepartementet allerede før behandlingen i Høyesterett blitt oppmerksom på diskusjonene som oppsto rundt spørsmålet om inkludering av bokkontrollen var hjemlet i lovens ordlyd. Det var ingen tvil om at intensjonen var at bokkontrollen skulle omfattes. For å sikre klarhet om dette kom det en lovendring i 2014 der formuleringen i § 4-7 første ledd bokstav b ble endret. I arbeidet med lovendringen, uttalte stortingskomiteen:

Komiteen understreker at det ligger en streng aktsomhetsplikt for studentene ved eksamen. Studentene har et særskilt ansvar for å forsikre seg om

at det bare er lovlige hjelpemidler som ligger på pulten ved eksamensstart og når bokkontrollen begynner [...] (Innst. 221 L (2013–2014) Innstilling til Stortinget fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen, s. 3 første spalte)

Høyesterett la til grunn at dette ikke var et nytt krav i 2014, men at det gav uttrykk for hvordan aktsomhetskravet var å forstå også før lovendringen.<sup>14</sup> Aktsomhetskravet er strengt, og det vurderes konkret innenfor de rammene som gjelder for den aktuelle handlingen: «Den eneste oppgaven A hadde, var å påse at de hjelpemidlene som han framla, var i samsvar med regelverket.» Det er ikke tale om et krav som det er vanskelig å oppfylle, eller som krever særlig kompetanse eller ferdigheter. Høyesterett kom til at studenten hadde opptrådt grovt uaktsomt, og vedtaket i Felles klagenemnd ble derfor opprettholdt.<sup>15</sup>

## 6 Høyesterettsdommens betydning for obligatoriske arbeidskrav

I etterkant av avgjørelsen fra Høyesterett oppstår spørsmålet om hvilken betydning avgjørelsen har for obligatoriske arbeidskrav. I uhl. § 4-7 nr. 1 bokstav b er eksamen og kursgjennomføring likestilt:

i forbindelse med gjennomføring av, eller forut for endelig sensur av, vedkommende eksamen eller prøve, eller under gjennomføring av vedkommende kurs.

Den typiske fuskehandlingen under gjennomføring av kurs er å levere som sitt eget et arbeid som ikke fullt ut er det. Der dette arbeidet er et frittstående, selvstendig vilkår for kursgodkjenningen, er det uproblematisk å overføre Høyesteretts argumentasjon direkte til kursgjennomføringen. Der arbeidet i stedet har en annen karakter – studenten skal for eksempel besvare to av tre oppgaver, men besvarer alle tre og fusker på en av dem – kan det innvendes at fusket ikke er egnet til å gi studenten en fordel; han/hun ville fått kurset godkjent med bare de to andre besvarelsene.

<sup>14</sup> Rt. 2015 s. 995 para. 54.

<sup>15</sup> Rt. 2015 s. 995 para. 55–56.

Det sentrale her må være formuleringen «egnet til». Fuskebesvarelsen er *egnet til* å gi studenten en fordel, idet den kan inngå som obligatorisk element – for eksempel hvis en av de to andre besvarelsene blir underkjent på faglig grunnlag. At den faktisk ikke inngår som nødvendig vilkår for kursgodkjenningen i det enkelte tilfelle, innebærer ikke at rettsstridsreservasjonen slår inn: Handlingen er *fortsatt egnet til* å gi studenten en fordel. Parallellen til uttalelsen i Ot.prp. nr. 40 (2001–2002) s. 54 andre spalte er her nærliggende:

[...] Departementet legger til grunn at det er å anse som fusk når en student har ulovlige hjelpemidler tilgjengelige under en eksamen eller på andre måter handler i strid med eksamensreglementet eller regler om kildebruk. Hvorvidt studenten i løpet av eksamen får bruk for de ulovlige hjelpemidlene eller ikke, er ikke avgjørende for om handlingen skal anses som fullbyrdet fusk. Forsøk på fusk vil for eksempel foreligge i tilfeller hvor studenten plasserer ulovlige hjelpemidler med sikte på at disse skal være tilgjengelige under eksamen, men blir oppdaget før eksamen begynner.

Det avgjørende er altså om handlingen i seg selv er egnet til å nå et mål – ikke om den faktisk kom til å bidra til måloppnåelsen.

## 7 Høyesterettsdommens betydning for studentene og institusjonenes ansvar

Det ansvaret og de handleplikter loven oppstiller – bekreftet og utdypet av Høyesterett – stiller selvsagt høye krav til studentene – så vel faglig som etisk og mer generelt akademisk. Men det stiller enda høyere krav til institusjonene og enhetene. Det gjelder så vel med hensyn til å utforme et lojalt, klart og tjenlig regelverk som med hensyn til å sette studentene i stand til å etterleve det. Høyesterett har konstatert at institusjonene har

[...] en viss frihet til å tilpasse regelverket til de behov som institusjonen mener foreligger for å oppfylle lovens formål med eksamen [...] (Rt. 2015 s. 995 para. 46)

Denne friheten kommer med en tung plikt, så vel med hensyn til regelutforming som med hensyn til forvaltning av reglene og praksisen knyttet til dem. Lovgiver

og Høyesterett har forsynt oss med et godt rammeverk for å forstå og formidle hva «fusk» er, og hvordan det kan og skal behandles. Fusk kan på denne bakgrunn etter vårt syn sammenfattes slik:

Fusk er brudd på relevant regelverk, unntatt der det åpenbart ikke er egnet til å gi studenten en fordel. Begrepet inneholder i seg selv ikke et element av – eller en forutsetning om – uredelig eller uhederlig adferd.

Siden den grovt uaktsomme overtredelsen omfattes, er det ikke et vilkår at studenten har tatt sikte på å oppnå en fordel. Aktsomhetskravet er strengt. Om det er overholdt må vurderes konkret.

## 8 Refleksjoner 11 år etter «Den store fuskesaken»

Allerede da saken verserte i 2008, var det delte meninger om fuskesakene skulle forfølges. Argumenter som at det bare dreide seg om «lekser», og ikke egentlig fusk, kom til uttrykk både blant enkelte studenter og enkelte vitenskapelig ansatte. Det var omfattende medieoppmerksomhet rundt saken, og der og da var ikke saken bra for fakultetets omdømme.<sup>16</sup> For oss som sto midt i stormen, var saken en belastning. Særlig vanskelig var det nok at så vidt mange egne ansatte mente at saken var oppblåst, og at det ikke var noen grunn til å sanksjonere forholdene. Saken var selvsagt også vanskelig for de studentene som var involvert.

For vår del var vi aldri i tvil om at det var riktig å ta et oppgjør med den ukulturen som hadde vokst frem. Dersom jusstudenter lærer seg til å jukse under studiene, kan man bare tenke seg konsekvensen om man fortsetter på denne veien som ferdig jurist. Etter studiene kan det være bevis i alvorlige saker som jukes med. I det hele kan man ikke i academia leve med å tolerere plagiat, heller ikke på studentnivå.<sup>17</sup> Vi hadde full støtte hos universitetsledelsen, og rektor Sigmund Grønmo var på dette punktet klar på at Universitetet i Bergen ikke kunne leve med at saken ble dysset ned.

<sup>16</sup> Et søk på internett på stikkord som «fuskesak – 205 jusstudenter – UiB» genererer også i dag en rekke treff (1. november 2018).

<sup>17</sup> Om plagiering i vitenskapelige arbeider, se lov 28. april 2017 nr. 23 om organisering av forskningsetisk arbeid § 8 andre ledd hvor det fremgår: «Med vitenskapelig uredelighet menes forfalskning, fabrikering, plagiering og andre alvorlige brudd på anerkjente forskningsetiske normer som er begått forsettlig eller grovt uaktsomt i planlegging, gjennomføring eller rapportering av forskning.»

I det lange løp mener vi at Det juridiske fakultet kom styrket ut av saken. Det er etablert nulltoleranse for plagiat, og vi har gjennom saken i Høyesterett vært en pådriver i rettsavklaringen på feltet. Fakultetet har vært en tung aktør nasjonalt i tilknytning til rettsavklaring.<sup>18</sup> Vi har utviklet gode metoder og saksbehandlingsregler for oppfølging av avvik, slik at man forhåpentlig slipper at det igjen vokser frem studieadferd som ikke lever opp til akademiske krav og verdier. I undervisningen vektlegges krav til selvstendighet og redelighet.<sup>19</sup>

I ettertid er det selvsagt mulig å se at noen ting kunne vært annerledes. Det var derfor særlig verdifullt at det ble oppnevnt en komité som gikk gjennom måten både fakultetet og universitetet hadde håndtert saken.<sup>20</sup> Rapporten viser at så vel fakultetet som universitetet besto testen. Og de forslag til forbedringer som fremkom i rapporten, er blitt implementert i vår praksis.

Det som ellers har forundret oss fra vi begynte å arbeide med fuskesaker, er bestemmelsen i uhl. § 4-11 (2) andre punktum som pålegger institusjonen å dekke saksomkostningene til studenten ved behandlingen i første instans, i Felles klagenemnd og tingretten. Denne bestemmelsen er enestående i norsk forvaltningsrett: Det er ingen andre eksempler på at et forvaltningsorgan som treffer et vedtak, har plikt til å dekke omkostningene med å få overprøvd vedtaket frem til og med tingrettsbehandlingen. Tvert imot er utgangspunktet i forvaltningsretten at det er først når et vedtak endres til gunst for en part at det kan bli tale om å få dekket kostnader som har vært nødvendig for å endre vedtaket, se fvl. § 36 første ledd. Etter hovedregelen i tvl. § 20-2 (1) har den som har vunnet saken, krav å få full dekning for sine saksomkostninger av motparten. Får studenten medhold, er det ingen som vil bestride at institusjonen skal dekke omkostningene i samsvar med hovedregelen i tvisteloven. Men når studenten taper saken, og med rette er ilagt disiplinæranksjon, er det uforståelig at han/hun ikke i det minste må dekke sine egne omkostninger. For det andre er regelen kontraproduktiv med tanke på institusjonens incitament til å bekjempe fusk og uredelighet. Hvem vil sette sitt omdømme på spill samtidig som man må dekke alle kostnader med saken? Det kan bli tale om betydelige beløp. Fuskesaken i 2008 kostet Universitetet i Bergen ca. 1,4 millioner kroner i advokathonorar. I 2016 var studenter representert med

18 Se som eksempel brev fra Det juridiske fakultet av 18. mars 2009, ref. 2009/3080-JOSP, til Kunnskapsdepartementet, og departementets svarbrev av 26. juni 2009, ref. 200900184-/ELI og tolkningen av uhl. § 4-7 første ledd bokstav b.

19 Se nærmere Spjelkavik og Strandbakken 2013, s. 659–661.

20 Se rapport fra komitéen datert 18. mai 2009, fremlagt i universitetsstyresak 57/2009.

advokat i 9 av 30 fuskesaker for Den sentrale klagenemnd, mens tilsvarende tall for 2017 var 2 av 26 saker. Samlede utgifter til advokathonorar var i 2016 kr 120 000 og kr 40 255 i 2017.<sup>21</sup> Etter vårt syn kan institusjonens midler benyttes på bedre formål. Og dersom man ønsker å sikre studentene advokatbistand i forbindelse med disiplinærsaker, hører bestemmelsen hjemme i rettshjelploven. Til tross for at vi har tatt opp dette i flere fora,<sup>22</sup> har lovgiver så langt vært lite lydhør for forslaget.

---

21 Den sentrale klagenemndens årsmelding for 2016 i universitetsstyresak 25/17 den 23. februar 2017.

Den sentrale klagenemndens årsmelding for 2017 i universitetsstyresak 15/18 den 15. februar 2018.

22 Se for eksempel Høringssvar fra Det juridiske fakultet til forslag om endringer i universitets- og høyskoleloven, datert 16. september 2013, Ref. 2013/7970-JOSP, s. 7–8, og Spjelkavik og Strandbakken 2013, s. 661–662.





# Utviklingslinjer i tvangsjussen på helse- og omsorgsfeltet – og Bergensfakultetet si rolle

*Professor Bjørn Henning Østenstad*

## 1 Emnet

Spørsmålet om samfunnet skal kunne påtvinge personar helsehjelp, har over tid fått aukande merksemd. Tematikken er krevjande og ligg i eit kryssingspunkt mellom jus, etikk og politikk. I dette bidraget skal eg peike på nokre trekk i utviklinga på lovgjevingsfronten og i den parallelle rettsvitskaplege diskusjonen, med vekt på bidrag frå Det juridiske fakultet i Bergen. Utvalet av referansar er gjort skjønnsmessig, og er ikkje uttømmande. Fakultetet i Bergen har teke ei leiarrolle mellom dei juridiske fagmiljøa nasjonalt, og jamvel i ein nordisk kontekst, på feltet.<sup>1</sup>

Tvangsomgrepet er mangslunge i helse- og omsorgslovgjevinga.<sup>2</sup> Kjernen er visseleg overvinning av motstand med verkemiddel som går utover det som er vanleg akseptert i samhandling mellom menneske, men ein finslipt omgrepsbruk er ikkje nødvendig i denne teksten.

## 2 Utgangspunktet: strafferetten

Eit særtrekk ved yting av helsehjelp og omsorgstenester er at det kjem til direkte fysisk kontakt mellom helsepersonell og pasient eller brukar (i framhaldet ofte

---

1 Ut frå føremålet med teksten blir ikkje bidrag frå kollegaer ved andre institusjonar framheva slik dei elles ville ha vorte. I den samanheng skal særleg professor emeritus Aslak Syse sine omfattande og mangslungne bidrag minnast om.

2 Sjå nærare til dømes Karl Harald Søvig, «Ulike tvangsbegrep i norsk velferdsrett», i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 35–55.

omtalt som «personen»). Alvorsgraden varierer mykje, og då ikkje berre ut frå vedkomande sin subjektive respons som kan spenne frå uttrykkjeleg samtykke til sterk fysisk motstand. Også ut frå ei objektiv vurdering er det store skilnader. På den eine kanten har vi kirurgen som skjer i kroppen under ein operasjon, på den andre pleiaren som lett rører personen ved hjelp til påkledning.

Nettopp på grunn av den fysiske kontakten er det ikkje overraskande at den juridiske handteringa opphavleg var strafferettsleg. I drøftingar av tematikken langt inn på 2000-talet inngår strafferettslege diskusjonar og referansar som sentrale element. Bakgrunnen for dette har vore mangel på ei særleg rettsleg regulering. Rett nok har vi like sidan 1848 hatt lovreglar om tvang på psykisk helsevernfeltet, og tilsvarande har vi lenge hatt særlege inngrepsheimlar i rusomsorga og på smittevernfeltet. Tradisjonelt har likevel desse reguleringane vore nokså grovkorna med eit hovudfokus på spørsmålet om fridomsrøving. Dermed har ein også her hatt trong for å falle tilbake på meir allmenne synsmåtar.

At ei strafferettsleg tilnærming kan vere utfordrande, er lett å sjå i dag. Eit av dei mest sentrale stridstema var i kva grad inngrepet sitt gode føremål kunne få betydning for tolkinga av straffebodet sitt objektive gjerningsinnhald.

Utgangspunktet for debatten var dei problem straffelova 1902<sup>3</sup> § 235 første ledd etter sin ordlyd reiste ved einskilde typar av større medisinske inngrep. Her heitte det:

Straf efter §§ 228 og 229 kommer ikke til Anvendelse, naar Handlingen er foretaget med nogen, som deri har samtykket.<sup>4</sup>

Då berre §§ 228 og 229 var nemnde, kunne det oppfattast som at det ikkje med straffriande verknad kunne samtykkast til inngrep som innebar «betydelig Skade», til dømes amputasjon av ein fot som er angripen av kaldbrann. Straffelova 1902 § 231, jf. § 9, sett i samanheng med § 235 andre ledd, kunne gje støtte for ein slik synsmåte.<sup>5</sup> Å styre unna ei slik antitetisk tolking av rekkevidda av samtykke som straffridomsgrunn var likevel neppe særleg problematisk reint rettskjeldemessig. Men einskilde ville ta steget «fullt ut», som Andorsen uttrykkjer det,<sup>6</sup> og meir

<sup>3</sup> Lov 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig Straffelov (oppheva).

<sup>4</sup> Jf. tilsvarande § 276 første ledd i straffelova 2005.

<sup>5</sup> Jf. tilsvarande § 276 andre ledd i straffelova 2005 som viser til § 274 andre ledd.

<sup>6</sup> Sjå Kjell V. Andorsen, «Strafferettslig samtykke», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1992, s. 305–475 (s. 352).

prinsipielt utelukke medisinsk indiserte og forsvarleg gjennomførte inngrep som eit strafferettsleg problem.<sup>7</sup>

Heilt konkret: Kunne ein seie at personen var påført ein «skade» der legen hadde utført operasjonen fagleg forsvarleg og med eit (godt) føremål om å hjelpe? Diskusjonsfronten her synleggjorde ei kløyving mellom aust og vest der dei lærde ved Universitetet i Oslo tok til orde for ei slik innskrenkande tolking. Bergensmiljøet – med Erling Johannes Husabø, Henriette Sinding Aasen og Jan Fridthjof Bernt i front – var negative og såg det heller som eit spørsmål om rekkevidda av straffridomsgrunnane.<sup>8</sup>

### 3 Oppbrotstida

I denne kampen må vi vel seie at Bergen trakk det lengste strået. Dette kjem til uttrykk ved at diskusjonen i stadig større grad dreier seg om rettsleg grunnlag for inngrep utover på 1990-talet. Først i den strafferettslege støypinga: Kor langt rekk nødretten etter straffelova 1902 § 47?

Også om dette var det delte meiningar. Ut frå ein tradisjonell strafferettsleg posisjon er det lite problematisk med ei liberal forståing av kva nødrett er. Legalitetsprinsippet kjem ikkje inn som ein skranke, og oppfatninga i litteraturen har vore at norma er tøyelig utan for strenge krav til at situasjonen må vere akutt. Det gjeld jamvel i dag:

Det kreves ikke at faren vil realisere seg umiddelbart. Også en fare som har vart lenge og en fare som vil kunne være til stede i lang tid fremover før den eventuelt resulterer i skade, kan utgjøre en nødrettssituasjon.<sup>9</sup>

7 Sjø Andorsen, «Strafferettslig samtykke», særleg s. 350–356. Standpunktet er oppretthalde i Kjell V. Andorsen, *Strafferettslig nødrett*, Oslo 1999, s. 60–61, men her er det berre forholdet til § 229 som er omtalt. Jf. også Marit Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Oslo 1998, særleg på s. 50–54.

8 Sjø generelt om problemstillinga i Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Bergen 2000, s. 286–318; Erling Johannes Husabø, *Rett til sjølvvalt livsavslutning?*, Oslo 1994, s. 346–354; Andorsen, «Strafferettslig samtykke», s. 345–362; og Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, s. 49–56, alle med vidare tilvisingar til parallelle diskusjonar i utlandsk, under dette nordisk, litteratur. I førearbeida til straffelova 2005 vil ein ikkje gå inn i denne diskusjonen, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 432, jf. s. 186.

9 Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, s. 425.

Utover på 1990-talet blir likevel denne tradisjonelle forståinga utfordra med tanke på dei helse- og omsorgsrettslege problemstillingane. Det blir no teke til orde for ei strengare forståing av situasjonskravet. Diskusjonen kulminerer med Henriette Sinding Aasen si doktoravhandling. Her blir det argumentert for at straffelova 1902 § 47

[...] i utgangspunktet ikke gir grunnlag for å gripe inn mot pasientens vilje der behandlingsnektingen kun på sikt vil true pasientens liv eller helse.<sup>10</sup>

Bernt følgjer henne i prinsippet her,<sup>11</sup> men er nok meir villig til å gje avkall på krava i lys av dei praktiske behov for heimlar for inngrep. Mellom anna opnar han for såkalla «permanent nødrett», i tillegg til andre inngrep utanfor akutte nødssituasjonar som berre medfører moderat tvangsbruk.<sup>12</sup> Men sjølv om Bernt legg til grunn det han sjølv omtalar som «en forholdsvis liberal forståelse» av nødrettsregelen i straffelova 1902,<sup>13</sup> er det ikkje tvil om at han finn det problematisk. Det som driv denne forfattern til å avvike frå eit restriktivt grunnsyn på tolkinga, er eit sterkt ønske om å bidra til å bøte jussen der lovgjevar har svikta.

Aasen si avhandling kan skildrast som eit avgjerande vendepunkt i diskusjonen om tvang i helse- og omsorgstenesta ved at det skundar på utviklinga i retning av eit paradigmeskifte: ei svekking av banda til, og etter kvart lausriving frå, strafferetten. Utviklinga er gjensidig på det viset at det også frå strafferettsleg hald blir mindre interesse for tematikken. Går vi til førearbeida til straffelova 2005,<sup>14</sup> ser vi at det no er langt mellom tilvisingane til helserettslege problemstillingar i drøftingane av nødrett; stort sett nøyer ein seg med å vise til helselovgjevinga.<sup>15</sup>

Vi har ingen dommar frå Høgsterett som i rein form handsamar nødrettsproblematikken i relasjon til tvang ved yting av helse- og omsorgstenester. Den utryggleik som har vore om tolking av straffelova 1902 § 47, blir likevel illus-

10 Sjå Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, s. 488.

11 Sjå Jan Fridthjof Bernt, «Tvangsbruk i sosialtjenesten», i Asbjørn Kjønstad, Jan Fridthjof Bernt, Alice Kjellevold og Harald Hove, *Sosial trygghet og rettssikkerhet*, 2. utg., Bergen 2000, s. 227–302 (s. 260–264 og 296–298).

12 Sjå Bernt, «Tvangsbruk i sosialtjenesten», s. 263 og 301.

13 Sjå Bernt, «Tvangsbruk i sosialtjenesten», s. 302.

14 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

15 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 417–419.

trert gjennom to dommar frå Gulating lagmannsrett. Psykologdommen<sup>16</sup> gjaldt tiltale mot ein psykolog for bruk av tvang (straffelova 1902 § 222) og vald (§ 228) som ledd i eit åtferdsterapeutisk behandlingstiltak. Dommen illustrerer ei liberal tolking av nødretten, medan Haugesund-saka<sup>17</sup> er uttrykk for ein streng posisjon. Sistnemnde gjaldt direkte arbeidsrettslege problemstillingar i kjølvatnet av at ein tenesteytar nekta å delta i gjennomføringa av eit tvangsbasert behandlingssopplegg overfor ei psykisk utviklingshemma kvinne. Sjå nærare omtale av dommane hjå Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Bergen 2011, s. 282–284.

#### 4 Ny hamn: forvaltningsretten

Brotet med strafferetten var uunngåeleg. Ein del av bakteppet var avsløringar om uverdige forhold og sjokkerande tvangsbruk i omsorga for menneske med utviklingshemming.<sup>18</sup> Strafferetten hadde no vist seg heilt ueigna som ein styringsreiskap for forvaltninga til å trekkje grensa mellom rett og urett. Eit resultat av dette var at også tilsynsstyresmaktene var handlingslamma.

Drivet bak den utviklinga som er skildra i førre punkt, var framveksten av eit autonomt helse- og sosialrettsleg heimelskrav.<sup>19</sup> Førestillinga om nødrett som straffridomsgrunn, ikkje heimel, vart gradvis – om enn under motstand og opphaldande strid – pressa i retur. Tempoet i omslaget heng saman med ei kraftig utbygging av særlovgevinga.<sup>20</sup> I 1996 kjem særreglane om tvang i omsorga for utviklingshemma (sosialtenestelova 1991<sup>21</sup> kapittel 6A, seinare kapittel 4A, og no helse- og omsorgstenestelova<sup>22</sup> kapittel 9), og i 1999 kjem pasient- og brukarrettslova<sup>23</sup> kapittel 4A om helsehjelp til personar utan samtykkekompetanse. Psykisk helsevernlova har stadig vorte supplert med nye føresegner i forsøk på å dekkje inn

16 RG 2004 s. 694.

17 Ankesak nr. 98-00844.

18 Sjå om dette Østenstad, *Heimelsspørsmål*, s. 64–69.

19 Sjå Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, til dømes på s. 281–285, og Bernt, *Tvangsbruk i sosialtjenesten*, s. 231–232.

20 Representantar for det rettsvitenskaplege miljøet i Bergen har jamt vorte konsultert av helsestyresmaktene i slike prosessar, både formelt og meir uformelt, og langt utover dei døma som er gjevne i notane her.

21 Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester mv. (oppheva).

22 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

23 Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukarrettigheter.

uregulerte spørsmål.<sup>24</sup> 1961-lova<sup>25</sup> vart avløyst i 1999,<sup>26</sup> og sidan har det vore fleire viktige endringsrundar.<sup>27</sup> Med ein kraftig auke i talet på særlege lovføresegner som dekkjer flatene i tvangsjussen, blir det mindre trong for strafferetten.

Avgjerdsmodellen i saker om tvang varierer land imellom. Oviedo-konvensjonen<sup>28</sup> reflekterer dette ved at ein er vag om kven som kan ha personell kompetanse.<sup>29</sup> I Tyskland er systemet dobbeltspora. Psykisk helsevern og rus blir regulert på delstatsnivå og følgjer eit offentlegrettsleg spor, medan ein type omsorgsverjemål dekkjer resten av feltet og er regulert på forbundsnivå gjennom rettsområdet *Betreuungsrecht*. I norsk rett har vi element av ei parallell tilnærming som det sistnemnde, når verja etter pasient- og brukarrettslova § 4-7 tilsynelatande er tildelt ein særleg avgjerdskompetanse i spørsmål om helsehjelp til personar som er fråteke den rettslege handleevna. Opphavleg låg ein slik tankegang endå tyngre nedfelt. I Ot.prp. nr. 12. (1998–99) var framlegget at næraste pårørande skulle treffe avgjerder på vegner av pasient som mangla samtykkekompetanse ved alvorlege inngrep – så lenge vedkomande ikkje sette seg imot det. Men Stortinget ville det annleis og peikte på helsepersonellet som dei som skulle treffe avgjerda.<sup>30</sup>

Dette høver bra med dei meir overordna trekk skildra ovanfor. For der strafferetten mister grepet, tek forvaltningsretten over som ei rettsleg ramme for handteringa av tvang i helse- og omsorgstenesta. At tenestene i Noreg i vesentleg grad er offentleg finansierte og drivne, kan ha spelt ei rolle her. Ikkje minst i Bergen vart

24 Perspektiv på utviklinga gjev Ørnulf Rasmussen, «Jus og psykiatri – før og nå», i Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), *Nybrott og odling, festskrift til Nils Nygaard*, Bergen 2002, s. 605–624.

25 Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (oppheva).

26 Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern. Jan Fridthjof Bernt leidde arbeidet med NOU 1988: 8 *Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke* (Psykiatrilovutvalet), der Ørnulf Rasmussen var mellom medlemmene.

27 Jan Fridthjof Bernt leidde også arbeidet som enda i publikasjonen *Vurdering av behandlingvilkåret i psykisk helsevernloven. Gjennomgang og forslag til nye tiltak i Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern (IS-1370). Rapport fra en arbeidsgruppe nedsatt av Helsedirektoratet*, juni 2009. Denne resulterte i oppnemning av eit offentleg utval som i 2011 leverte innstillinga NOU 2011: 9 *Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet*. Forfattern av denne teksten var medlem her og seinare leiar av Tvangslovutvalet som nyleg har utgreidd ei samordning av tvangslovgevinga i helse- og omsorgssektoren. Sjå NOU 2019: 14 *Tvangsbegrensingsloven*. Av meir djuptloddande studiar av enkeltemne i psykisk helsevern kan nemnast Kariann Olsen Salte, «Forverringskriteriet i psykisk helsevernloven – strenge lovgiverintensjoner, liberal domstolspraksis?», *Lov og Rett* 2015, s. 616–636.

28 Convention on Human Rights and Biomedicine.

29 Jf. artikkel 6 nr. 3: «may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law».

30 Sjå Østenstad, *Heimelspørsmålet*, s. 324–325.

det forvaltningsrettslege perspektivet dyrka fram,<sup>31</sup> etter kvart naturleg styrkt av den aukande merksemda rundt Den europeiske menneskerettskonvensjonen og dei rettslege krav som der ligg nedfelt.

## 5 Banda til strafferetten ikkje heilt brotne?

Ein forvaltningsrettsleg inngang krev at ein gjev lovheimlar for dei inngrep ein meiner skal kunne gjennomførast: Legalitetsprinsippet fylgjer med på lasset. Men røyndommen er mangslungen på dette feltet, og ideelle førestillingar om at inngrepsheimlar skal vere klart formulerte, blir sette under press.

Trass høg og aukande lovgjevingsaktivitet, som vist ovanfor, er det difor framleis trong for allmenne normer som kan supplere særlege lovføresegner. Alternativet vil lett vere problematisk breitt formulerte inngrepsfullmakter. Ikkje minst har spørsmålet reist seg på psykisk helsevern-feltet. Her har ein gjennom å ha nødretten i bakhand makta å halde oppe ei tilsynelatande streng regulering av tvangsmiddelbruk i psykisk helsevernlova § 4-8 der også «kortvarig fastholding» blir omfatta (bokstav d). Men den strenge, kasuistiske lovgjevingsfasaden slår sprekker når nødrett alltid kan gripast til som eit supplement, om situasjonen berre blir opplevd vanskeleg nok. Tilsvarande gjeld elektrokonvulsiv terapi (ECT). Slik behandling vart rekna som for omstridd til å gje lovheimel om, men strafferettsleg nødrett blir i førearbeida føresett å kunne kome inn.<sup>32</sup> At nettopp denne norma gjev dårlege kår for styring av praksis, dokumenterer ikkje minst Sivilombodsmannen sine kontrollar med psykisk helsevern.<sup>33</sup>

Sårstelldommen<sup>34</sup> illustrerer også trongen for tidvis å kunne supplere lovgjevinga med meir allmenne inngrepsgrunnlag. Her aksepterer Høgsterett sitt fleirtal bruk av tvang overfor ein avgjerdskompetent sjukeheimspasient som nekta å late seg stelle med den frekvens og til dei tider personalet ønskte. Resultatet vart

31 Spørsmålet er omtalt i standardverk som Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett*, bind I, 3. utg., Oslo 1991, og Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, bind I, 2. utg., Bergen 2010, mellom anna på s. 59–62. Forholdsmessigkravet har fått særleg merksemd, sjå Ørnulf Rasmussen, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og Rett* 1995, s. 307–323, og Karl Harald Søvig, «Forholdsmessighetsvurderinger ved velferdsrettslige tvangsinngrep», i Karl Harald Søvig (red.), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015, s. 291–318.

32 Ot.prp. nr. 11 (1998–99) s. 109–110.

33 Sjø s. 20–23 i *Melding for året 2017 fra Sivilombudsmannen om forebygging av tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved frihetsberøvelse*, Dokument 4:1 (2017–2018), avgitt til Stortinget 20. mars 2018.

34 Rt. 2010 s. 612.



uholdbare hygieniske forhold og svære luktproblem. Tvang i slike situasjonar er ikkje regulert i lov, men ut frå ein kombinasjon av fleire ulike rettsgrunnlag kom fleirtalet til at det likevel låg føre tilstrekkeleg heimel.<sup>35</sup>

Alternativet for fleirtalet kunne vel vere å basere seg på eit nødrettssynspunkt. Det reiser spørsmål om vi kan operere med ei autonom, ulovfesta helse- og omsorgsrettsleg nødrettsnorm. Det rettskjeldemessige grunnlaget er ikkje så klart, men vi har ulike fragment som kan byggje opp under, inklusive reguleringa av *plikt* til inngrep i helsepersonellova<sup>36</sup> § 7 som legg seg på ei restriktiv line og som kan oppfattast som eit forsøk på å samanfatte nødrettsprinsippet på helsefeltet. Innhaldet av ei slik (eventuell) norm er likevel uklart. Her er det ulike omsyn som må avstemmast, også forholdet til strafferettsleg nødrett.

## 6 Ein forvaltningsrettsleg spesialdisiplin veks fram

Forvaltningsretten gav ei ramme for å forstå dei rettslege problemstillingane bruk av tvang i helse- og omsorgstenesta reiser – eit alternativ til strafferetten. Etter kvart har likevel den rettsvitskaplege diskusjonen utvikla seg vidare, med vekt på å framheve særtrekk. Den allmenne forvaltningsretten vart for grovkorna.

Dette går på alt frå detaljerte problemstillingar om at forvaltningslova<sup>37</sup> sine reglar ikkje alltid passar så godt i tvangssakene, via spørsmål om legalitetskravet sin styrke på dette feltet, til dei meir overordna verdimesige vurderingane av korleis regelverket bør vere utforma.<sup>38</sup> Menneskerettsleg tenking står sentralt i biletet.<sup>39</sup> Avgrensing av tvangsheimlar ut frå funksjonskriterium og ikkje diagnose er ein del av diskusjonsfronten. Eit anna spørsmål gjeld rekkevidda av tvangsomgrepet: Fremmer det nødvendigvis rettstryggleiken å definere mest mogeleg som tvang, slik den tradisjonelle haldninga har vore?

35 Dommen er mykje omdiskutert; sjå for ei oversikt Bjørn Henning Østenstad, «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?», *Lov og Rett* 2014, s. 484–501.

36 Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv.

37 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

38 Nemnast kan eit nyare bidrag frå Jan Fridthjof Bernt, «Tvangsmedisinering i psykisk helsevern – virkelighetsforståelse, rettferdiggjøring og rettssikkerhet», i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 227–279.

39 Viktige bidrag er mellom anna gjeve i Søvig, *Tvang overfor rusmiddelavhengige*.

## 7 Nyare tendensar: tilbake til start?

I Noreg vann den forvaltningsrettslege forståingsmodellen altså fram. Dette var likevel ikkje det einaste alternativet til strafferetten. Den tredje vegen kan kallast den handikapprettslege modellen. Han er særmerkt ved ein grunnleggjande skepsis til rettsleg regulering av bruk av tvang først og fremst fordi ein fryktar at dette kan bidra til å sementere uheldig praksis og flytte fokus vekk frå det som er viktig: frivillige alternativ.

Ei slik tilnærming stod lenge sterkt i Danmark, men er der etter kvart pressa attende. I Sverige, derimot, er ho svært tydeleg i diskusjonen om rettsleg regulering av tvang i omsorga for personar med utviklingshemming og demens. Fleire lovgjevingsinitiativ er avviste på politisk grunnlag; å vedta tvangsreglar blir rekna som for omstridd.<sup>40</sup>

Dei seinare åra har den handikapprettslege modellen fått fornya aktualitet i kjølvatnet av FN-konvensjonen om rettane til menneske med nedsett funksjonsevne (forkorta CRPD).<sup>41</sup> CRPD-komiteen, som har ansvaret for å overvake statane si etterleving, har her gått radikalt til verks og gjeve uttrykk for at alle former for tvangslovgjeving basert på diagnose eller funksjon er menneskerettsstridig.<sup>42</sup> Tilnærminga har slite med å vinne gjennomslag først og fremst fordi komiteen i liten grad har vore villig til å svare på korleis vanskelege dilemma skal løysast i situasjonar som ligg utanfor det vi vil rekne som tradisjonelle nødssituasjonar. Det gjeld til dømes om utviklingshemma personer med Prader-Willis syndrom som på genetisk grunnlag ikkje er i stand til å regulere matinntaket, skal få «lov» til å påføre seg sjølv alvorleg helseskade og eventuelt død som følgje av fri tilgang til mat.

Eigentleg er det lite nytt i det CRPD-komiteen no målber. Tanken om ikkje å ha tvangsheimlar for særlege grupper har vorte fremma før, og var nær ved å velte vedtakinga av kapittel 6A i sosialtenestelova 1991: særføresegnene om tvang i omsorga for menneske med utviklingshemming. I den norske debatten ser vi no ein renessanse i trua på at tvang kan regulerast gjennom nødrett; mellom anna har

40 Sjå nærare om debatten i Danmark og Sverige i Østenstad, *Heimelsspørsmål*, s. 72–74.

41 The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).

42 Sjå nærare til dømes Bjørn Henning Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingsstrekk», i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bergen 2018, s. 11–34 (s. 23–30).

det norske Likestillings- og diskrimineringsombudet uttrykt seg i denne retning.<sup>43</sup> Det kan spørjast om vi ikkje då er attende der vi starta: i strafferetten – med mindre vi opererer med ei autonom forvaltnings- eller helserettsleg nødrettsnorm. Men som nemnt er innhaldet av ei slik mykje uklar. Dei norske røynslene er uansett at ein slik modell gjer det vanskeleg å kontrollere tvangsbruk fordi grensene for det tillatne blir vage. Lina tilrådd av CRPD-komiteen kan difor lett slå botnen ut av rettstryggleiksvernet for grupper som er i risikosona for å bli utsette for tvang.

Tilbake til Sverige legg CRPD-komiteen stor vekt på å kritisere tvangsheimlane i psykisk helsevern.<sup>44</sup> Fråværet av tvangsheimlar i omsorga for menneske med demens og utviklingshemma blir ikkje kommentert, men alle som kjenner svensk omsorgspraksis for desse gruppene, vil vite at tvang skjer i stort omfang, men i skjulte og ukontrollerte former. Om konkurransen skal stå om kven som har den mest tvangsrestriktive lovgjevinga, utan omsyn til praksis, er lite vunne rettstryggleiksmessig. Målt opp mot dei bidrag miljøet ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, har levert om desse vanskelege spørsmåla, må det her etterspørjast større djupn i resonnementa.

---

43 Sjø CRPD 2015: *Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne – et supplement til Norges første periodiske rapport*, Likestillings- og diskrimineringsombudet 2015.

44 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding observations on the initial report of Sweden*, 12. mai 2014 ([https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fSWE%2fCO%2f1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fSWE%2fCO%2f1&Lang=en)).

# Universitetet i Bergen og rettsområdet straffeprosess

Professor Ørnulf Øyen

## 1 Opptakt

Historisk sett var det ikke et skarpt skille mellom sivilprosess og straffeprosess. Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687 hadde i hovedsak felles rettergangsregler for sivile saker og straffesaker. Skillet mellom straffeprosess og sivilprosess økte noe på 1700-tallet og utover på 1800-tallet som følge av forordninger, reskripter og lover om ulike prosessuelle spørsmål, men ble aldri markert. Først gjennom prosesslovreformene, som ledet til straffeprosessloven av 1887 og tvistemålsloven av 1915, ble det et markert skille mellom straffeprosess og sivilprosess. Men skillet var ikke større enn at fellesregler om prosessformene ble gitt i domstolloven av 1915.

Prosesslovgivningens tilnærming gjenspeilte seg i den juridiske litteratur. På slutten av 1800-tallet, var *Den norske Process* av Anton Martin Schweigaard den sentrale fremstillingen av både norsk straffeprosess og sivilprosess. Utover på 1900-tallet ble det derimot vanlig med egne bøker i henholdsvis straffeprosess og sivilprosess. De sentrale forfatterne når det gjaldt systematiske fremstillinger av straffeprosessen, var Francis Hagerup, Jon Skeie og Johs. Andenæs.

Universitetet i Oslo ble etablert i 1811, og et juridisk fakultet var en del av universitetet allerede fra starten. Studieplanene ved fakultetet var, med hensyn til hvilke juridiske disipliner som var en del av studiet, kortfattede og vidt formulerte både på 1800-tallet og utover på 1900-tallet. Men planene ble etter hvert noe mer presise. Formuleringer og ord som «Fædrelandets offentlige og private Ret»

(1824), «Fædrelandets Prosec» (1832) og «prosess» (1933) ble anvendt.<sup>1</sup> Sitatene viser at straffeprosess hele tiden var en del av læringskravene, og at straffeprosess og sivilprosess ble sett i sammenheng.

I 1968 ble det innført en ny studieordning ved Det juridiske fakultet i Oslo. Studiet ble inndelt i tre avdelinger. Tredje avdeling omfattet offentligrettslige fag, og både sivilprosess og straffeprosess var store fag på tredje avdeling. Eksamen var en felles avdelingseksamen, der det varierte hvilke fag studentene ble prøvd i, og på hvilken måte.

## 2 Etableringen av et juridisk studium i Bergen og straffeprosessen

I 1969 ble det etablert et juridisk studium ved Universitetet i Bergen, et studium som i år er 50 år. Men det ble ikke vedtatt en studieordning som var innholdsmessig særegen. Den nevnte studieordningen av 1968 i Oslo ble i sin helhet adoptert,<sup>2</sup> og samarbeidet med Det juridiske fakultet i Oslo var tett. Ikke minst organiserte fakultetet i Oslo gjennomføringen av eksamen på tredje avdeling (herunder i straffeprosess), helt frem til en særegen studieordning for Bergen ble vedtatt i 1977 (med virkning fra 1978).<sup>3</sup>

Verken studieordningene av 1977 eller de senere studieordningene av 1984 og 1997 medførte markerte endringer for faget straffeprosess. Faget var fortsatt et av flere obligatorisk fag på studiets siste avdeling, sammen med bl.a. sivilprosess og strafferett. Hver avdeling hadde en felles avdelingseksamen. Heller ikke omfanget av faget ble i vesentlig grad berørt av nye studieordninger. Fortsatt var straffeprosessen et omfattende fag på studiet.

Ved etableringen av det juridiske studiet i Bergen var økonomien begrenset, og det var vanskelig å rekruttere personer med rettsvitenskapelig kompetanse.<sup>4</sup> En professor med særlig kompetanse i prosessrett ble derfor ikke tilsatt. Den første professoren med særlig kompetanse i prosessrett var Jo Hov, som var professor ved

1 Se nærmere Marit Halvorsen, «Fakultetets første faser 1815 til 1965», i Kirsti Strøm Bull & Marit Halvorsen (red.), *Det juridiske fakultet 200 år. Kontinuitet og fornyelse*, Oslo 2013, s. 13–32, særlig s. 25–29.

2 Se nærmere Astrid Forland og Anders Haaland, *Universitetet i Bergens historie*, Bergen 1996, bind I, s. 395, og Nils Roll-Hansen mfl., *Universitetet i Bergens historie*, Bergen 1996, bind II, s. 626.

3 Se nærmere Roll-Hansen mfl. op.cit. bind II, s. 628.

4 Se nærmere Forland/Haaland op.cit. bind I, s. 396 og 474–476, og Roll-Hansen mfl. op.cit. bind II, s. 628–630.

fakultetet fra 1976 til 1983. Som professor i Bergen skrev han på begynnelsen av 1980-tallet viktige arbeider innen straffeprosess, ikke minst bøkene *Fornærmedes stilling i straffeprosessen* og *Påtalemyndighetens organisasjon og kompetanse*.

En sentral person ved fakultetet de første årene var Sverre Tønnesen, som ble tilsatt som lektor alt i 1969, og var professor fra 1976 til 1978. Hans forskningsfelt var ikke først og fremst straffeprosess. Men midt på 1970-tallet skrev han et omfattende rettsvitenskapelig arbeid om internasjonal strafferettspleie.<sup>5</sup> Arbeidet tok også opp straffeprosessuelle problemstillinger. Så vidt jeg kan se, var Tønnesen gjennom dette arbeidet den første av de ansatte i Bergen som skrev et omfattende rettsvitenskapelig arbeid som også omfattet straffeprosessuelle temaer.<sup>6</sup>

### 3 Straffeprosess som et rettsvitenskapelig fagområde ved Universitetet i Bergen

Frem til begynnelsen av 1980-tallet var som nevnt Jo Hov og Sverre Tønnesen de mest sentrale personene innen straffeprosess i Bergen. Tønnesen døde i 1978, mens Hov i 1983 ble professor i Oslo. Rent forskningsmessig ble tomrommet etter Tønnesen og Hov i begrenset grad fylt på 1980-tallet. Sentrale personer innen rettsområdet straffeprosess var Henry J. Mæland, Magnus Matningsdal og Johan Giertsen, som startet ved fakultetet i henholdsvis 1977, 1979 og 1984, og som ble professorer i henholdsvis 1988, 1987 og 1999. Men samtlige hadde på 1980-tallet sitt rettsvitenskapelige hovedfokus utenfor straffeprosessen.<sup>7</sup>

Et mer rendyrket rettsvitenskapelig fokus på straffeprosessen kom først ved Jørgen Aall, som startet ved fakultetet i 1987 og ble professor i 1998. I sin forskning rettet han oppmerksomheten mot forholdet mellom norsk straffeprosess og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Doktoravhandlingen, som ble forsvart i 1994, analyserte dette temaet. Både avhandlingen og hans forutgående artikler bidro til et betydelig økt fokus på menneskerettigheter i norsk straffeprosess utover på 1990-tallet, både hos lovgiver, i Høyesterett og i rettsvitenskapen.

5 Se bøkene *Internasjonal strafferettspleie* I og II, utgitt av Institutt for offentlig rett i 1981, etter forfatterens død.

6 En oversikt over forskningen frem til 1994 (de første 25 årene) ved det som i dag er Det juridiske fakultet, herunder innen straffeprosess, er utarbeidet av Kirsti Lothe Jacobsen, se <https://www.uib.no/ub/117923/juridisk-fakultetsbibliografi-systematisk>.

7 Se forrige note.

I rettsvitenskapen ble det økte fokuset på straffeprosess og menneskerettigheter særlig markert ved Det juridiske fakultet i Bergen.

Siden midten av 1990-tallet er rettsområdet straffeprosess blitt viet betydelig oppmerksomhet her i Bergen. Mest oppmerksomhet er blitt rettet mot emner innen straffeprosessen der menneskerettighetene er en sentral rettskilde. Blant annet er tre doktoravhandlinger produsert: Asbjørn Strandbakken forsvarte i 2002 avhandlingen «Uskyldspresumsjonen», Ragna Aarli forsvarte i 2009 avhandlingen «Offentlig rettergang», og Ørnulf Øyen forsvarte i 2010 avhandlingen «Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen». Andre har rettet oppmerksomheten mot internasjonale sider av straffeforfølgningen. I 2009 forsvarte Gjermund Mathisen doktoravhandlingen «Utlevering for straffbare forhold», mens Annika Suominen i 2011 forsvarte doktoravhandlingen «The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters». Det er også skrevet en doktoravhandling innen mer klassisk norsk straffeprosess: Gert Johan Kjelby forsvarte i 2012 doktoravhandlingen «Mellom rett og plikt til straffeforfølgning».

Både Strandbakken, Øyen og Kjelby er i dag professorer ved fakultetet, og aktive forskere innen straffeprosess. Også Aall og Aarli er professor ved fakultetet, men deres forskning er i dag mer rettet inn mot rettsområdet rettsstat og menneskerettigheter. Mæland gikk nylig av med pensjon, men hadde frem til pensjonsalder straffeprosess som et av sine forskningsfelt. Hans kanskje viktigste bidrag innen straffeprosessen kom han med som leder av det utvalget som gransket straffesakene mot Fritz Moen.<sup>8</sup> Matningsdal ble alt i 1989 dommer, men fortsatte likevel som en aktiv rettsforsker, med et økt fokus på straffeprosessen.

I tillegg til de nevnte avhandlingene har de nevnte personer og andre ansatte ved fakultetet skrevet et stort antall artikler, og flere mindre omfattende bøker om straffeprosessuelle temaer. Omfanget er altfor stort til at en nærmere omtale er mulig. Men én person som ikke tidligere er nevnt, bør nevnes. Gjennom boka *Bevisbedømmelse i praksis* og flere artikler om bevisbedømmelse og beviskravet i straffesaker har Eivind Kolflaath, som er professor ved fakultetet, markert seg som en rettsforsker innen straffeprosess.

Samlet sett har fakultetet i løpet av de siste 25 årene utviklet seg til å bli et nasjonalt kraftsentrum for forskning innen straffeprosess, både generelt og når det gjelder forholdet til menneskerettighetene.

---

<sup>8</sup> Se NOU 2007: 1 Fritz Moen og norsk strafferettspleie.



## 4 Undervisningen i straffeprosess

Som nevnt innebar verken studieordningene av 1977, 1984 eller 1997 markerte endringer for rettsområdet straffeprosess. Dagens studieordning innebar derimot relativt store forandringer både for rettsområdet straffeprosess og de fleste andre rettsområder. Straffeprosess og sivilprosess ble til faget Rettergang, som har en egen eksamen. Faget er plassert på 4. studieår, sammen med bl.a. faget Strafferett. Samtidig ble omfanget av det som utgjør faget Rettergang, markert redusert i forhold til omfanget av fagene straffeprosess og sivilprosess på tidligere 4. avdeling.

Undervisningen i straffeprosess i Bergen har vært, og er fortsatt, langt på vei «klassisk». Plenumsforelesninger har alltid utgjort en sentral del av undervisningen. Tilbudet utover forelesningene har først og fremst vært oppgaveseminarer for mindre grupper, og et visst innslag av oppgaveskriving. Forelesningene har alltid vært omfattende, mens innslaget av seminarer og oppgaveskriving har økt noe, ikke minst etter at dagens studieordning ble innført. I dag er forelesninger og seminarer omtrent likestilte undervisningsformer.

Frem til slutten av 1980-tallet ble forelesningene i straffeprosess holdt av ulike personer, og ofte av personer som ikke var ansatt ved Universitetet i Bergen.<sup>9</sup> Særlig på 1970-tallet var innslaget av eksterne forelesere betydelig. Innslaget av interne forelesere ble større på 1980-tallet, og i denne perioden var både Jo Hov, Johan Giertsen og Magnus Matningsdal forelesere. Men den klart mest sentrale foreleseren på 1970- og -80-tallet var høyesterettsdommer Helge Røstad. I denne perioden nedla han en betydelig innsats som foreleser i straffeprosess.

Fra og med studieåret 1986/1987 overtok Magnus Matningsdal forelesningene i straffeprosess. I hele perioden frem til og med studieåret 2014/2015 holdt Matningsdal alene forelesningene i straffeprosess. Som foreleser i straffeprosess, i om lag halvparten av den tiden det juridiske studiet i Bergen har eksistert, har Matningsdal gjort en formidabel undervisningsinnsats i faget. I dag holdes forelesningene av Ørnulf Øyen og Gert Johan Kjelby.

Tradisjonelt har seminarlederne i straffeprosess vært yngre ansatte ved fakultetet, og praktiserende jurister i Bergen. Innslaget av interne seminarledere har økt gradvis, men først de siste studieårene har antallet ansatte ved fakultetet blitt såpass stort at alle seminarlederne er interne. I dag er fagmiljøet så stort at professorer og førsteauensiser i betydelig grad er seminarledere.

<sup>9</sup> Henry J. Mæland, Magnus Matningsdal, Ernst Nordtveit og Johan Giertsen har bidratt med opplysninger om forelesere på 1970- og -80-tallet.

## 5 Fremtiden for rettsområdet straffeprosess ved Universitetet i Bergen

Hva så med fremtiden for rettsområdet straffeprosess? Vil rettsområdet også i fremtiden være et sentralt forskningsfelt og undervisningsfag ved Universitetet i Bergen, eller er det grunn til pessimisme?

Forskningsmessig vil mye avhenge av om sentrale personer i fagmiljøet blir ved fakultetet, og av nyrekrutteringen. Mye av fagets fremtid forskningsmessig vil derfor bero på prioriteringene til fakultetet, og til personer som i dag er ansatt ved fakultetet eller vurderer å søke stilling som stipendiat eller førsteamanuensis ved fakultetet. Når det gjelder eksternfinansiering gjennom offentlige kanaler, er det trolig begrensede muligheter for tildeling av midler til større rettsdogmatiske prosjekter innen sentral straffeprosess. Skal midler sikres til større prosjekter, må hovedfokuset trolig være på effektivitet og rettssikkerhet, eller på folkerettslige krav til norsk straffeprosess, typisk som følge av samarbeid med EU eller praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol. Samtidig gir arbeidet med, og en fremtidig vedtakelse av, en ny straffeprosesslov grunn til en viss optimisme.<sup>10</sup>

Undervisningsmessig har det vært en spennende tid for rettsområdet straffeprosess. Årsaken er den pågående reformen av masterstudiet i rettsvitenskap. Viktige målsettinger med reformen er økt spesialisering og fordypning mot slutten av studiet, en mulighet for utveksling tidligere i studiet, og større og færre eksamener. Ulike strukturelle alternativer er blitt lansert, med ulike konsekvenser for dagens fag Rettergang.

Det er ikke noe fasitsvar på hvordan masterstudiet i rettsvitenskap bør være i fremtiden, eller på hvilken plass rettsområdet straffeprosess bør ha i studiet, herunder om rettsområdet bør være en obligatorisk del av studiet. Blant annet vil eget syn på formålet med studiet og viktigheten av et rettsområde påvirke det standpunktet en inntar. Bør studiet først og fremst bygge en bred og solid juridisk grunnmur når det gjelder det norske rettssystemet, eller bør en imøtekomme behovene for internasjonale impulser og spesialisert innsikt i en internasjonal og spesialisert verden? Jo mindre den juridiske grunnmuren prioriteres, jo vanskeligere er det å forsvare at et rettsområde som straffeprosess bør være en obligatorisk del av studiet. Og hvis straffeprosess skal være en obligatorisk del av studiet, er det da samlet sett best om straffeprosess og sivilprosess studeres under ett som faget

<sup>10</sup> Se NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

Rettergang? Eller bør straffeprosess og sivilprosess skille lag, og knyttes mer opp mot henholdsvis strafferettspleien og den sivile rettspleie?

I skrivende stund er det avklart at reformen ikke vil ha strukturelle konsekvenser for faget Rettergang, og dermed ikke for rettsområdet straffeprosess. Faget vil bestå, og skal fortsatt ligge på 4. studieår og ha 20 studiepoeng.<sup>11</sup> Men det nærmere innholdet i faget kan i noen grad bli påvirket av reformen.

---

<sup>11</sup> Hovedstrukturen for masterstudiet etter reformen ble vedtatt av fakultetsstyret den 11. september 2018, se sak S 53/18.



# Seksjons-, institutt- og fakultetsledelse<sup>1</sup>

## Dekaner<sup>2</sup>

- 1969–1970: Under HF-fakultetet Hans Aaraas
- 1970–1980: Under SV-fakultetet Ørjar Øyen, Tore Sandvik, Hallgrim Kløve og Jan-Petter Blom
- 1980–1985: Mons Sandnes Nygard
- 1986–1991: Nils Nygaard
- 1992–1995: Kai Krüger
- 1996–1998: Henry J. Mæland
- 1999–2009: Ernst Nordtveit
- 2009–2017: Asbjørn Strandbakken
- 2017–d.d.: Karl Harald Søvig

## Prodekaner (stedfortredere)<sup>3</sup>

- 1980–1983: Jo Hov
- 1983–1984: Arne Fanebust
- 1984–1985: Harald Hove
- 1986–1986: Guri Greve
- 1986–1987: Per Stavang
- 1988–1989: Jan Fridthjof Bernt
- 1990–1992: Kai Krüger
- Kristian Huser var setteprodekan H-90 og V-91 pga. Krügers forskningstermin
- 1992–1995: Henry J. Mæland
- 1996–1998: Ernst Nordtveit
- 1999–2001: Gudrun Holgersen
- 2002–2004: Ørnulf Rasmussen
- 2005–2009: Asbjørn Strandbakken
- 2009–2013: Knut Martin Tande
- 2013–2017: Berte Elen-Konow
- 2017–d.d.: Anne Marie Frøseth

---

1 Oversiktene er utarbeidet med utgangspunkt i notater fra tidligere fakultetsdirektør Eivind Buanes.

2 Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

3 Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

### Prodekan II / visedekaner<sup>4</sup>

- 1996–1998: Rune Sæbø
- 1999–2001: Erling Johannes Husabø
- 2002–2003: Kåre Lilleholt
- 2004–2005: Asbjørn Strandbakken
- 2005–2009: Rune Sæbø
- 2009–2011: Anne Marie Frøseth
- 2011–2013: Ragna Aarli
- 2013–2017: Knut Martin Tande
- 2014–2017: Bjørnar Borvik
- 2017–d.d.: Halvard Haukeland Fredriksen

### Fakultetsdirektører<sup>5</sup>

- 1969–1970: Under HF-fakultetet Norman Vetti
- 1970–1972: Under SV-fakultetet Norman Vetti
- 1972–1980: Under SV-fakultetet Jan Johnsen
- 1980–1984: Walter B. Nordgaard
- 1984–1985: Øystein Søfteland
- 1985–1987: Terje Steen Edvardsen
- 1987–2012: Eivind Buanes
- 2012–d.d.: Øystein L. Iversen

### Assisterende fakultetsdirektører<sup>6</sup>

- 2003–2013: Henning Simonsen
- 2019–d.d.: Christine Stoltz Olsvik

### Styrere ved Institutt for offentlig rett

- 1969–1980: Arvid Frihagen
- 1980–1983: Per Stavang
- 1984–1987: Jan Fridthjof Bernt
- 1988–1991: Henry J. Mæland
- 1992–1993: Per Stavang
- 1994–1995: Henry J. Mæland

<sup>4</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

<sup>5</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

<sup>6</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

## Styrere ved Institutt for privatrett

- 1969–1976: Axel Hærem
- 1976–1980: Nils Nygaard
- 1980–1981: Kai Krüger
- 1982–1983: Mads H. Andenæs
- 1984–1984: Tore Sandvik
- 1985–1985: Kristian Huser
- 1986–1988: Christian Fredrik Wyller
- 1986–1987: Kåre Lilleholt
- 1988–1990: Kai Krüger
- 1990–1995: Johan Giertsen

## Seksjonsformenn Den juridiske seksjon

- 1969: Arvid Frihagen
- 1970–1972: Axel Hærem
- 1973: Per Stavang / Axel Hærem
- 1974: Per Stavang / Arvid Frihagen
- 1975–1976: Kai Krüger
- 1977–1978: Mons Sandnes Nygard
- 1979–1980: Nils Nygaard (til 29.02.)

## Seksjonsledere<sup>7</sup>

- 1974–1992 Øystein Søfteland (undervisningsseksjonen)
- 1988–1992 Solfrid Gyda Dybvik (eksamensseksjonen)
- 1990–1991 Lars Helge Nilsen (personal- og økonomiseksjonen)
- 1991–2003 Jan Erik Hatling (personal- og økonomiseksjonen)
- 1992–1996 Randi Stoltz (eksamensseksjonen)
- 1993–2003 Øygunn Friestad (undervisningsseksjonen)
- 1995–1996 Jostein Nyseth (forskningsadministrativ seksjon)
- 1996–2002 Line Kallestad Jensen (forskningsadministrativ seksjon)
- 1996–2003 Rita Faye (eksamensseksjonen)
- 1997–1998 Øystein L. Iversen (undervisningsseksjonen)
- 2002–2003 Line Kallestad Jensen (forskningsseksjonen)
- 2003–2008 Rita Faye (forskningsseksjonen)
- 2003–2008 Henning Simonsen (stabsseksjonen)

<sup>7</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.



- 2003–2007 Randi Stoltz (studieseksjonen)
- 2008–2013 Henning Simonsen (stabs- og forskningsseksjonen)
- 2008–d.d. Christine Stoltz Olsvik (studieseksjonen)
- 2013–2017 Birgit Falch (forsknings- og stabsseksjonen)
- 2017–2019 Anita Hadziavdic Garden (forsknings- og stabsseksjon)

## Ansatte ved Det juridiske fakultet

### Professorer<sup>8</sup>

- |                          |           |
|--------------------------|-----------|
| • Arvid Frihagen         | 1969–1995 |
| • Axel Hærem             | 1969–1994 |
| • Per Stavang            | 1971–1998 |
| • Torkel Opsahl          | 1972–1972 |
| • Kai Krüger             | 1973–2010 |
| • Tore Sandvik           | 1973–1985 |
| • Mons Sandnes Nygard    | 1975–1991 |
| • Sverre Tønnesen        | 1976–1978 |
| • Jo Hov                 | 1976–1983 |
| • Nils Nygaard           | 1977–2002 |
| • Mads Henry Andenæs     | 1979–1983 |
| • Jan Fridthjof Bernt    | 1980–2013 |
| • Atle Grahl Madsen      | 1980–1989 |
| • Kristian Huser         | 1985–1997 |
| • Kåre Lilleholt         | 1987–1989 |
| • Magnus Matningsdal     | 1987–1989 |
| • Henry John Mæland      | 1988–2018 |
| • Gudrun Holgersen       | 1991–2017 |
| • Edvard Vogt            | 1993      |
| • Ernst Nordtveit        | 1993–d.d. |
| • David Doublet          | 1995–2000 |
| • Ørnulf Rasmussen       | 1995–d.d. |
| • Kåre Lilleholt         | 1997–2007 |
| • Erling Johannes Husabø | 1998–d.d. |
| • Jørgen Aall            | 1998–d.d. |

<sup>8</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

- Johan Giertsen 1999–d.d.
- Jan Andersson 2001–2006
- Helge J. Thue 2003–2007
- Asbjørn Strandbakken 2003–d.d.
- Rune Sæbø 2003–d.d.
- Bjarte Askeland 2005–2019
- Henriette Sinding Aasen 2006–d.d.
- Filip Truyen 2007–2011
- Torstein Frantzen 2007–2012
- Jørn Øyrehagen Sunde 2007–d.d.
- Tore Lunde 2008–d.d.
- Berte-Elen Konow 2009–d.d.
- Erik Monsen 2009–d.d.
- Karl Harald Søvig 2009–d.d.
- Thomas Eeg 2011–d.d.
- Bent Liisberg 2011–2017
- Hans Fredrik Marthinussen 2011–d.d.
- Ragna Aarli 2011–d.d.
- Terje Einarsen 2012–d.d.
- Linda Gröning 2012–d.d.
- Jørn Jacobsen 2012–d.d.
- Eivind Kolflaath 2012–d.d.
- Halvard Haukeland Fredriksen 2013–d.d.
- Eirik Holmøyvik 2013–d.d.
- Magne Strandberg 2013–d.d.
- Bjørn Henning Østenstad 2013–d.d.
- Ørnulf Øyen 2013–d.d.
- Hilde Hauge 2014–d.d.
- Ingunn Elise Myklebust 2014–d.d.
- Jon Petter Rui 2014–2017
- Sigrid Eskeland Schütz 2014–d.d.
- Agnes Camilla Bernt 2015–d.d.
- Christian Franklin 2015–d.d.
- Anne Marie Frøseth 2015–d.d.
- Sören Koch 2015–d.d.
- Anneken Kari Sperr 2015–d.d.
- Bjørnar Borvik 2017–d.d.
- Gert Johan Kjelby 2017–d.d.
- Synne Sæther Mæhle 2018–d.d.

### Professor II<sup>9</sup>

- Kåre Lilleholt 1989–1992
- Magnus Matningsdal 1989–1997
- Anne-Hilde Nagel 1995–2004
- Henning Koch 2000–2005
- Erich Schanze 2006–2013
- Peter Bernt Hugenholtz 2008–d.d.
- Vibeke Vindeløv 2008–2012
- Larry Bakken 2012–2016
- Filip Truyen 2012–d.d.
- Raymond Corrado 2012–2014
- Caroline Heide-Jørgensen 2014–d.d.
- Volker Lipp 2015–d.d.
- Benn Folkvord 2016–d.d.
- Johan Boucht 2017–d.d.
- Jon Petter Rui 2018–d.d.

### Førsteamanuenser pr. 30.06.2019

Cyndecka, Malgorzata Agnieszka

Eidsvaag, Tine

Færstad, Jan-Ove

Gjendemsjø, Ronny

Kielland, Torger

Lund, Maria Vea

Skag, Miriam

Skjefstad, Arnt

Skodvin, Knut Einar

Tande, Knut Martin

### Førsteamanuensis II pr. 30.06.2019

Sarai, Elin Inderjit

### Stipendiater pr. 30.06.2019

Bernssen, Siri Elisabeth

Colombo, Esmeralda

---

<sup>9</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

Erichsen, Yngvil Marie  
Grønningsæter, Andrea Gustafsson  
Hatløy, Brage Thunestvedt  
Haukanes, Lill  
Holm, Marie  
Johansen, Malin  
Jorem, Henrik  
Knapskog, Knut  
Marienborg, Eivind Helland  
Mella, Johannes L.  
Mo, Marte Habberstad  
Nerland, Marianne  
Nilssen, Mari Knapstad  
Nordtveit, Torhild Elin  
Olsen, Camilla Haukeland  
Taslaman, Selma  
Vedvik, Siv Elén Årskog  
Verling, Espen H.

### Forskere pr. 30.06.2019

Herrera Anchustegui, Ignacio  
Iglesias, Kalinka Irina Martin  
Renå, Helge

### Postdoktorer pr. 30.06.2019

Barlund, Ingrid Margrethe Halvorsen  
Fornes, Ingun  
Skar, Henrik

### Administrativt ansatte<sup>10</sup>

Aksnes, Eva M. Egeland 1988–2015  
Alne, Synne 2013–2019  
Andersen, Lars Kaspar 1989–1990 og 1993  
Andersen, Gunn Norunn 2001–2003  
Andersen, Thor-Atle 1999–2001

---

<sup>10</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

Arnesen, Anne Lise 1997–2011  
Bjordal, Gunvor 1998–1999  
Bjørøy, Kari Kaland 1989–d.d.  
Blytt, Eli 1988  
Boksasp, Fredrik Nesland 2007–2010  
Brubakken, Gunhild 2015–d.d.  
Brynjulfsen, Linda Vikøyr 1997–2014  
Buanes, Eivind 1987–2014  
Chavarria, Jorge 2001–2006  
Dahl, Julia 2016–2018  
Dahle, Randi 1989–1990  
Dalland, Camilla N. 2004–2005  
Danielsen, Aud Jorunn 1987–2013  
De Martens, Birgitte 2001–2002  
Drabløs, Håkon 2011–2011  
Dybvik, Solfrid Gyda 1988–1993  
Edvardsen, Terje Steen 1985–1987  
Egeland, Thomas Vibe 2003–2006  
Elmar, Christina L. 2014–2016  
Endal, Ingrid 2009–2013  
Endresen, Frode 2001–2003  
Engelbreth, Lise 2018–2019  
Falch, Birgit 2013–2018  
Faye, Rita 1993–2010  
Fjærestad-Tollefsen, Silje 2014–2015  
Fosshaug, Henrikke 1998–1999  
Franklin, Mari Anne 2014–d.d.  
Fredheim, Helga 2007–2009  
Friestad, Øygunn 1993–2003  
Garden, Anita Hadziavdic 2014–2019  
Gaulier, Nathalie S.L. 2010–d.d.  
Gjelsvik, Vivian 2010–d.d.  
Glambek, Eli 1992  
Gram-Knutsen, Tore-Andre 2002–2003  
Grønningsæter, Lena Seim 2012–2018  
Grøvlen, Tom Eddie 1998–2010  
Gundersen, Siw Hornli 2006, 2007  
Guttormsen, Astrid 1984–1986  
Halvorsen, Henny Mehus 1973–1979  
Haraldsvik, Britt Bruvik 1979–2001  
Hatling, Jan Erik 1991–2013

Hauger, Marianne 2017–d.d.  
Haugros, Sigrid 2010–2018  
Hillesøy, Per Gunnar 2010–2012  
Holba, Hildegunn 1993–1996  
Holgensen, Lars Petter 2008–2019  
Holsen, Ellen Harneth 1978–1993  
Hordvik, Ingvild 2008  
Hågenvik, Kjetil 2003–2004  
Indrebø, Margrethe 1990–1997  
Iversen, Øystein L. 1997–1998, 2003, 2012–d.d.  
Jakobsen, Synne 2018–d.d.  
Jensen, Line Kallestad 1993–2003  
Jerve, Eivind Ramsøy 2016–d.d.  
Johansen, Bjørg Lamo 1979–1980  
Jæger, Gerd 1975–1984  
Knag, Sigmund 2007  
Krokås, Kenneth 2011–2012  
Kvalvågnes, Andre 2015–d.d.  
Kvernhusvik, Unni 2003–2005  
Lidal, Maria Holme 2018–d.d.  
Lillegraven, Kjersti Hjorth 2013–2013  
Lillevik, Marit 1992  
Ljosheim, Veronica 2013–2018  
Løkøen, Silje 2004–2007  
Losnegård, Line K. 1972–1973  
Lunde, Bitten 2007–2012  
Lunde, Regine Espeland 2018–d.d.  
Løberg, Merete G. 2006–2007  
Martinessen, Evy Emblem 1999–2002  
Mathiesen, Kristin 2008–2016  
Milch, Bente 1976–1996  
Moe, Astri 1978–1987  
Mong, Karen 1972–1980  
Mork, Karen E. 1999  
Myren, Mari 2006–2015  
Møller, Maria Sandtorv 2017–d.d.  
Nilsen, Lars Helge 1990–1991  
Nilsen, Mona 2009–2011  
Nordenstam, Karin 1993–2003  
Nordgaard, Walther B. 1969–1984  
Nyseth, Jostein 1995–1996

Næss, Eva Margrethe 1980–1984  
Næss, Helle 2009–2013  
Nøkleby, Gøril Vikøren 2003–2007  
Nøstvold, Hilde Veronica 2003–2005  
Olsvik, Christine Stoltz 2004–d.d.  
Opdahl, Are 1992–1993  
Pedersen, Elisabeth Dalby 2017–2017  
Presthus, Anne 2002–2003  
Raftevoll, Arild 1997–2003  
Raftevoll, Linda 2001–2014  
Ramm, Beate 1991  
Reisæter, Karitha 2012–d.d.  
Robak, Liv K. 1980–2006  
Roos, Monica 2017–d.d.  
Rosnes, Bente 2012–2019  
Raanes, Jan Inge 2002  
Sandersen, Liv 1979–1980  
Schioldrop, Bjørg 1980–1993  
Sigvathsen, Marit 1971–1972  
Simonsen, Henning 2003–d.d.  
Sleire, Berit 1975–1995  
Slaatta, Hanna Leinebø 2015–d.d.  
Solheim, Marielle 2016–2017  
Soltvedt, Åshild 1996–1997  
Spjelkavik, Johanne 2006–d.d.  
Stavenes, Robert 2016–d.d.  
Stene, Vigdis 1997–1999  
Stoltz, Randi 1992–2011  
Storjord, Lars Edvard 2005–2007  
Strandbakken, Nina Berstad 1990–d.d.  
Straume, Ingrid 2013–d.d.  
Stråtveit, Helene 2006–2007  
Süssmann, Andrea 2010–2011  
Sæbøe, Randi 2005–d.d.  
Søfteland, Øystein 1974–1993  
Sørensen, Kjersti Bakke 2008–d.d.  
Tandstad, Idunn Bjørlo 2010–d.d.  
Tjerandsen, Eli 2010–d.d.  
Todnem, Bjørg Longva 1985–1987  
Torekoven, Anne 2000–d.d.



Tveit, Britt M. 1989–2007  
 Tveit, Hans-Carl 1998–2012  
 Tverrå, Kitty Amlie 2002, 2003  
 Tøsdal, Ingrid Elisabeth 2008–d.d.  
 Vea, Johannes 2003–2006  
 Vervik, Ann-Kristin 1998–1999  
 Vigsnes, Bendik Tveiten 2017–2018  
 Vikersveen, Ellen 2014–2016  
 Visthoff, Gerd 1967–1998  
 Wassmo, Tim 2015–2016  
 Wiig, Magnus 2014–2015  
 Wilhelmsen, Lars Skjold 2002–2008  
 Winther, Elisabeth 1996–1997  
 Østensen, Nina 2007–d.d.  
 Aasland, Stig 2006–2010

## Juridiske doktorgrader<sup>11</sup>

### 2019

- Ingrid Margrethe Halvorsen Barlund: A Legal Analysis of Leniency in the Interaction of Public and Private Cartel Enforcement
- Merete Endestad: Opphavsrett og konkursbeslag – en formuerettslig analyse av opphavsrettigheter som dekningsobjekt
- Julie Gjørtz Howden: The Community of Interest Approach in International Water Law: A Legal Framework for the Common Management of International Watercourses
- Eva Marie Vestergaard Møller: A Framework for Criminalization – Debating the aims of punishment and the behavioural model of the criminal law
- Ingvild Rosseland Sandhaug: Korrupsjonsbekjempelse i virksomhetsforhold

### 2018

- Ingun Fornes: Straff av barn. Frihetsstraffene og alternativene
- Marianne Mathilde Rødvei Aagaard: Virkninger av formuerettslig ugyldighet. Særlig om restitusjonskrav og ugyldighetens tingsrettslige virkninger

<sup>11</sup> Oversikten er ajourført til og med 30.06.2019.

## 2017

- Ignacio Herrera Anchustegui: Buyer Power in EU Competition Law
- Morten Nadim: Precedents in the 21st Century. The Evolution of Case Law in the Norwegian Supreme Court 1970–2016
- Jessica Leigh Schultz: The Internal Protection Alternative in Refugee Law: Treaty basis and scope of application under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol
- Henrik Skar: Den ulovfestede omgåelsesnormen i skatteretten. En analyse av rettsanvendelsesprosessen i omgåelsessaker
- Jannik Woxholth (dr. philos.): Aksjonæravtaler

## 2016

- Erlend Baldersheim: Til tingsrettens ontologi
- Birthe Eriksen: Arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 2-4(1). Med særlig vekt på varsling i aksjeselskap
- Roald Hopsnes: Kommunale forhåndstilsagn – en analyse av adgangen til og rettsvirkningen av forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet
- Maria Veia Lund: Passivitet – Om binding og rettstap som ulovfesta passivitetsverknader
- Silje Karine Nordtveit: En formuerettslig analyse av fordringens stiftelsestidspunkt
- Oddleif Torvik: Arm's length distribution of operating profits from intangible value chains among jurisdictions

## 2015

- Ragnar L. Auglend: Polisiær handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativ og innsatsrettet virksomhet
- Malgorzata Cyndecka: The Applicability and Application of the Market Economy Investor Principle
- Sören Koch: Natur- og folkerett hos Ludvig Holberg
- Ola Johan Settem: The balance between procedural safeguards and efficiency: An analysis of the application of the «fair hearing» norm in ECHR Article 6(1) to civil proceedings
- Arnt Skjefstad: Fradrag for fordel ved erstatningsutmåling

## 2014

- Steinar Fredriksen: Ro, orden og frihet. En fremstilling av politiets adgang til å gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste

- Ellen Lexerød Hovlid: Vern av privatlivets fred – med særlig fokus på kjente personers vern mot offentliggjøring av private forhold i redaktørstyrte medier
- Torger Kielland: Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser
- Bjarne Kvam: Politiets persondatarett – en studie av hjemmels- og formålkrav ved politiets utlevering av personopplysninger til utlandet

## 2013

- Halvard Haukeland Fredriksen: Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen
- Herdis Helle: Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter
- Knut Einar Skodvin: Freedom of navigation in the exclusive economic zone under the LOS-Convention – Balancing coastal and maritime State interests

## 2012

- Lars Anders Heimdal: Rettsvalg ved erstatning for krenkende ytringer – studier i internasjonal privatrett
- Ingvill Helland: Rulings of the European Court of Human Rights as a legal argument – a comparison between Norwegian and German law
- Maja Janmyr: Protecting Civilians in Refugee Camps: Issues of Responsibility and Lessons from Uganda
- Gert Johan Kjelby: Mellom rett og plikt til straffeforfølgning. Den relative etterforsknings- og påtaleplikts rettslige rammer og rettslige utvikling i norsk straffeprosess
- Johan Sandstedt: Förarbeten till en komparativ sakrättsdialog: Substantialismens blick på den nordiska funktionalismen med exemplifiering genom valda fragment
- Kjetil Mangset Skjerve: Slutning fra lovtekst – Rettsteoretiske spørsmål knyttet til den språklige tolkingen av lovtekster

## 2011

- Elizabeth Baumann: States in transition and the duty to prosecute international crimes. Alternatives under international law with lessons from Afghanistan
- Jan-Ove Færstad: Erstatningsansvar for villedende informasjon
- Ronny Gjendemsjø: Oligopolproblemet – Om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol
- Eirik Holmøyvik: Maktfordeling og 1814
- Hugo P. Matre: Studier i det skatterettslige rentefradraget – med særlig sikte på hybridfinansiering av aksjeselskaper

- Elin I. Sarai: Arbeidsgiveravgift og grenseoverskridende arbeidsforhold
- Miriam Skag: Starttidspunkt for foreldelsesfrister
- Annika Suominen: Gjensidig anerkjennelse i straffesaker mellom EUs medlemmer

## 2010

- Camilla Bernt: Meklerrollen ved mekling i domstolene
- Christian Franklin: Consistency in EC External Relations Law
- Tina Hunter: Legal regulatory framework for the sustainable extraction of Australian offshore petroleum resources: a critical analysis
- Knut Høivik: Foretaksstraff – En analyse av ansvarskonstruksjonen i straffeloven § 48a og dens forutsetninger
- Lars Erik Steinkjer: Eneretten til bioteknologiske oppfinnelser
- Magne Strandberg: Beviskrav i sivile saker: En bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger
- Ørnulf Øyen: Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen

## 2009

- Tine Eidsvaag: Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse
- Hans Fredrik Marthinussen: Forholdet mellom panterett og pantekrav. – Om panterettens avhengighet av det pantsikrede krav i norsk og europeisk rettstradisjon, og betydningen av denne avhengigheten for fremtidig regulering av panteretten blant annet i Skandinavia, EU og utviklingsland
- Gjermund Mathisen: Utlevering for straffbare forhold. Norsk rett i nordisk, europeisk og globalt samarbeid
- Ingunn Elise Myklebust: Strandrett og offentlig styring. Strandeigaren sin rett til tradisjonelle og nye utnyttingsmåtar i sjøen i møte med offentlig arealplanlegging og konsesjonsreglar
- Olav Fr. Perland: Tilretteleggeransvar – Verdipapirforetaks erstatningsansvar ved tilrettelegging av aksjeemisjoner
- Bjørn Henning Østenstad: Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente.
- Henrik Øvrebø: Rettslig kontroll med usikre følger for naturmiljøet, som følge av utsetting av GMO
- Ragna Aarli: Offentlig rettergang. Publikums adgang til innsyn og omtale av straffesaker

## 2008

- Anne Marie Frøseth Anfinsen: Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten
- Bjørnar Borvik: Personvern og ytringsfridom: Avveginga mellom kolliderande menneskerettar
- Ragnhild Collin-Hansen: Barnets rett til opplæring og til vern mot marginalisering i skolen
- Hilde Hauge: Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner. Analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære
- Jørn R.T. Jacobsen: Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten
- Endre Nåmdal: Ansvarsgjennombrøt som grunnlag for aksjonæransvar for miljøskadar

## 2007

- Sigrid Eskeland Schütz: Miljøkonsekvensutgreiing av planar og tiltak. Plan- og bygningslova kap. VII-a i lys av EØS-direktiv 85/337 og 2001/42
- Jørn Øyrehagen Sunde: Fornuft og Erfarenhed – framveksten av metodisk medvit i dansknorsk rett på 1700-talet

## 2006

- Benn Folkvord: Fusjon og fisjon – skatterettslige vilkår ved fusjon og fisjon av aksjeselskap
- Erik Monsen: Berikelseskrav ved inngrep i det markedsføringsrettslige etterlikningsvernet etter mfl. §§ 8a jf. 1. Et bidrag til analysen av privatrettslige monetære sanksjoner i norsk rett
- Amund Bjøranger Tørum: Direktekrav ved kjøp tilvirkning og entrepriser – formuerettslige analyser i komparativ belysning

## 2005

- Bent Liisberg: Læren om mildere erstatningsansvar ved svikt i offentlig servicevirksomhet – en juridisk vranglære?
- Karl Harald Søvig: Tvang overfor rusmiddelavhengige. Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3
- Knut Martin Tande: Lenker til andres materiale på www som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1

## 2004

- Thomas Eeg: Deling av ektefellers formuer ved separasjon og skilsmisse
- Synne Sæther Mæhle: Grenser for rettsanvendelsesskjønn – om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern
- Filip Truyen: Aksjonærenes myndighetsmisbruk – en studie av asl./asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper

## 2003

- Morten Kinander: The view from within. An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence
- Bjarne Andreas Meidell: International contracts and currency exchange rate fluctuations – A study in the anational legal approach to international contracts

## 2002

- Asbjørn Strandbakken: Uskyldspresumsjonen: «In dubio pro reo»

## 2001

- Bjarte Askeland: Erstatningsrettslig identifikasjon
- Torstein Frantzen: Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap: studier i norsk internasjonal privatrett med særlig vekt på gjenlevende ektefelles rettsstilling
- Tore Lunde: God forretningsskikk næringsdrivande imellom

## 1999

- Arnfinn Bårdsen: Krenkelser og klager: vilkårene for realitetsbehandling av private klager ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen
- Terje Einarsen: Retten til vern som flyktning: med hovedvekt på FNs flyktningbegrep: de historiske traktatforutsetninger og gjeldende rett
- Berte-Elen Reinertsen Konow: Løsørepannt over landegrenser

## 1998

- Henriette Sindig Aasen: Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling: om selvbestemmelsesrettens grunnlag, innhold og rekkevidde

## 1995

- David Roland Doublet: Rett, vitenskap og fornuft: et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimeslige forutsetninger

- Alice Kjellevoid: Sosialhjelp på vilkår: om bruk av vilkår og avtaler ved tildeling av sosiale ytelser
- Rune Sæbø: Innsidehandel med verdipapir

### 1994

- Johan Giertsen: Generasjonsskifte: kontrakts- og arverettsspørsmål som oppstår når et foretak overføres til livsarving
- Erling Johannes Husabø: Rett til sjølvvalt livsavslutning?
- Ørnulf Rasmussen: Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i helsevesenet
- Jørgen Aall: Rettergang og menneskerettigheter: Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess

### 1991

- Gudrun Holgersen: Tilbake til arbeid?: folketrygdens regler om ytelser under attføring med hovedvekt på de sentrale vilkår

### 1990

- Ernst Nordtveit: Oppdragsamarbeid: joint ventures i oppdragsindustri, entreprenørverksemd, forskning og utvikling

### 1988

- Hanne Sophie Greve: Kampuchean refugees «between the tiger and the crocodile»: international law and the overall scope of one refugee situation.

### 1986

- Arne Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold: krav om «saklig grunn», forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet.
- Kåre Lilleholt: Personskifte i husleigeforhold
- Magnus Matningsdal: Inndragning

### 1984

- Henry John Mæland: Æreskrenkelser

### 1983

- Kristian Huser: Avtaletolkning: en innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del

### 1979

- Jan Fridthjof Bernt: Avtale og offentlig myndighetsutøving: avtalemessig tilsagn om fremtidig utøving av diskresjonær forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter – kompetansespørsmål og rettsvirkninger

### 1975

- Mons Sandnes Nygard: Egedomsavhending i norsk rettshistorie

### 1974

- Nils Nygaard: Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis

### 1973

- Sverre Tønnesen: Retten til jorden i Finnmark: rettsreglene om den såkalte «Statens umatrikulerte grunn»: en undersøkelse med særlig sikt på samenes rettigheter

## Æresdoktorer ved Det juridiske fakultet

- 1985: Torstein E. Eckhoff
- 1990: Hans M. Michelsen
- 1990: Helge Røstad
- 1996: Johs. Andenæs
- 1996: Bertil Bengtsson
- 1996: Hanne Sophie Greve
- 2000: Magnus Aarbakke
- 2004: Karin Cornils
- 2008: Peter-Christian Müller-Graff
- 2012: Maarit Jänterä-Jareborg
- 2015: Walter F. Mondale
- 2017: Han Dayuan