


hva er
RETT
Hans Petter Graver



 Universitetsforlaget

HVA ER RETT

Universitetsforlaget har utfordret noen av Norges fremste fagformidlere til å gi svar på krevende spørsmål. **hva er**-bøkene er velkrevne introduksjoner som gir begynneren stimulerende møter med ukjente tema, og den viderekomne nye perspektiver.

HAR UTKOMMET:

hva er ANGST	hva er KOSMOS
hva er ANTIKKEN	hva er KREATIVITET
hva er ARKITEKTUR	hva er KRIG
hva er AVHENGIGHET	hva er KRIMINALITET
hva er BARNEVERN	hva er KRISTENDOM
hva er BIOLOGI	hva er KROPP
hva er BUDDHISME	hva er KUNSTIG INTELLIGENS
hva er DØDEN	hva er LEDELSE
hva er DIPLOMATI	hva er LITTERATURVITENSKAP
hva er ETIKK	hva er MAKT
hva er EU	hva er MATEMATIKK
hva er FELLESSKAP	hva er MEDIEVITENSKAP
hva er FEMINISME	hva er MEDISIN
hva er FILM	hva er MENNESKERETTIGHETER
hva er FILOSOFI	hva er METAFYSIKK
hva er en FLYKTNING	hva er MIDDELALDEREN
hva er FOLKERETT	hva er NYRELIGIØSITET
hva er FOTBALL	hva er PEDAGOGIKK
hva er FUNDAMENTALISME	hva er PENGER
hva er FUNKSJONSHEMMING	hva er POLITI
hva er FYSIKK	hva er PROTESTANTISME
hva er GEOGRAFI	hva er PSYKOLOGI
hva er GLOBALHISTORIE	hva er RASISME
hva er HELSE	hva er RELIGION
hva er HINDUISME	hva er RETORIKK
hva er HJERNEN	hva er RETT
hva er HUKOMMELSE	hva er en ROMAN
hva er HUMANISME	hva er SAKPROSA
hva er HUMOR	hva er SMERTE
hva er IDÉHISTORIE	hva er SOSIALANTROPOLOGI
hva er INNVANDRING	hva er SOSIALT ARBEID
hva er INTELLIGENS	hva er SOSIOLOGI
hva er INTERNASJONAL POLITIKK	hva er SPRÅK
hva er INTERNETT	hva er STATSVITENSKAP
hva er INTUISJON	hva er TID
hva er ISLAM	hva er TILLIT
hva er JOURNALISTIKK	hva er YOGA
hva er KLIMA	hva er YTRINGSFRIHET
hva er KONSERVATISME	hva er ØKOLOGI
hva er KONSPIRASJONSTEORIER	

Hans Petter Graver

Hva er

RETT

2. utgave

UNIVERSITETSFORLAGET

© Universitetsforlaget 2022

1. utgave 2011

ISBN 978-82-15-06344-7

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS

Postboks 508 Sentrum

0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Universitetsforlaget / Sissel K. Tjernstad

Forfatterfoto: Isidor Åstrøm

Sats: Type-it AS, Trondheim

Trykk og innbinding: Aksell

Boken er satt med: Minion Pro 9,5/13,5

Papir: 80 g Munken Print White 1,8

Innhold

FORORD TIL 1. UTGAVE	7
FORORD TIL 2. UTGAVE	11
KAPITTEL 1	
Innledning	13
KAPITTEL 2	
Rett og rettsanvendelse	24
KAPITTEL 3	
Rettsorden og rettsprinsipper	36
KAPITTEL 4	
Rettsorden og rettsfølelse	46
KAPITTEL 5	
Teknisk juss og dømmekraft	63
KAPITTEL 6	
Rett og sannhet	81
KAPITTEL 7	
Bør vi stole på retten?	94
KAPITTEL 8	
Dydene og den gode juristen	118

ETTERORD 145

NOTER 148

LITTERATUR 153

REGISTER 157

Forord til 1. utgave

Retten beskytter mot overgrep – det er rettsstatens hovedidé. Samtidig gir retten legalitet til samfunnets maktutøvelse. Siden retten er skilt fra moralen, gjelder det også der makten ikke har moralen på sin side. Vi appellerer til rettsstaten og rettssikkerhet som beskyttelse mot staten. Men staten selv bruker retten som et middel til å gjennomtvinge sin vilje, enten denne er bestemt av flertallet eller av en sosial elite.

Det er en vanlig oppfatning at retten utgjør et system av en viss type regler. Retten er bygget opp av regler samfunnet har om atferd, og om organisering av viktige institusjoner som stat og kommune, domstoler etc. Men retten er mye mer enn regler. Retten er prinsipper og verdier. Retten er aspirasjon og håp om en bedre verden. Retten er tradisjon og holdninger. Retten utgjør en rettsorden.

Retten har betydning for alle. Det er retten samfunnet benytter seg av når det organiserer det politiske systemet, forvaltningsapparatet og markedet. Det er også gjennom retten samfunnet utøver sin fysiske tvang enten det er å straffe forbrytere, overta omsorgen for vanskjøttede barn eller bortvise mennesker som kommer fra utlandet for å søke beskyttelse eller et bedre liv.

Retten kan påkalles til beskyttelse mot samfunnets og andres

tvang. Retten er også det middelet statene bruker for å få i stand et tettere internasjonalt samarbeid. Den europeiske integrasjon gjennom EU og EØS er for en stor del en rettslig integrasjon. Også private aktører bruker retten for å nå sine mål, som når finansakrobater bruker jurister for å utvikle nye og skadelige investeringsprodukter.

Retten er mye mer enn regler med en bestemt kraft og med et bestemt forhold til hverandre, og den er mer foranderlig og påvirkelig enn man får inntrykk av når man bare ser den som et system av regler som skal tolkes, systematiseres og anvendes. Og juristene spiller en nøkkelrolle i slik påvirkning – og mangel på påvirkning. Denne boken tar sikte på å besvare spørsmålet: «Hva er rett?», slik juristene ser det. Men den er ikke et innlegg i juristenes diskusjon om rettens innhold og utvikling. Siktemålet er ikke å diskutere med juristene, men å forstå dem for dermed å kunne forstå retten.

De som administrerer retten, står på en måte over den fordi de må treffe en avgjørelse der retten åpner for flere svar. Rettens innhold påvirkes og utvikles gjennom sin anvendelse. Selv i en rettsstat som bygger på at statens makt er bundet av retten, er det således en gruppe som står over retten. Juristene kan ikke skyve ansvaret for sine handlinger over på retten, men må selv stå til ansvar for retten. Det er mitt håp at jurister kan bli seg dette ansvaret mer bevisst gjennom å lese denne boken, og kanskje bedre i stand til å fylle det på en moralsk forsvarlig måte. Men dette er ikke nok. Juristene må kontrolleres av krefter utenfor deres egne rekker.

Denne boken kan kanskje også gi kunnskap for å holde juristene under kontroll. Andre er avhengige av juristene for å utnytte retten og for å forsvare seg mot den. Juristenes hege-
moni i retten er det ikke lett å endre på. Men litt større kunnskap hos folk om grunnleggende strukturer og trekk i måter

jurister orienterer seg på når det gjelder retten, kan avbøte denne asymmetrien i noen grad. Det er også en begrunnelse for å skrive boken.

Oslo, 29. november 2010

Hans Petter Graver

Forord til 2. utgave

I denne annen reviderte utgave har jeg gjort en del endringer. Jeg har byttet ut et kapittel om regelkonflikter med et kapittel om holdninger og følelsers betydning for rettsdannelsen. Kapitlet og rettsorden og rettsfølelse bygger på et kapittel jeg skrev i boken *Rettsfølelsen i strafferettssystemet – perspektiver fra teori og praksis*, Gyldendal 2016. Jeg har skrevet noen nye avsnitt, om trygdeskandalen og EØS-retten i kapittel 3 og om juridisk strid i forvaltningen om innreiserestriksjoner og karantenehotell under pandemien i kapittel 8. Etter at førsteutgaven kom ut, ble det kjent at Philip Zimbardo jukset da han utførte det kjente Stanford Prison Experiment. Fusk i forskning er en gift som kan spre seg og som undergraver forskningens autoritet og troverdighet. Alle referanser til dette er derfor fjernet. Ellers har jeg foretatt noen oppdateringer og omskrivninger her og der.

Oslo, oktober 2022

Hans Petter Graver

Innledning

Rett er noe du har, og andre ikke har. Det er i hvert fall tilfelle når du er uenig eller i konflikt med dem. Retten er på din side, men setter også noen ganger grenser for deg. Dem respekterer du, eller bryter hvis du synes de er tåpelige eller tror du kan komme unna med det. Men ellers er du selvsagt lovlydig og moralsk, akkurat som du forventer at andre stort sett er, bortsett fra de kriminelle, og myndighetene når de tar feil. Hvorfor skulle andre enn jurister være interessert i å lese en bok om dette?

Jurister driver med juss. Juss er ikke det samme som rett. Juss er vitenskapen om retten og bruk av denne vitenskapen på rettslige spørsmål. Selv om jussen er nødvendig for retten, står den av og til i et motsetningsforhold til det rette. Mange vil oppfatte juss som flisespikkeri, i mange tilfeller forskjellig fra hva som er rett. Paragrafryttere vrir og vender på lover og regler slik at forbrytere kan slippe fri og sleipe forretningsfolk tjene mer penger. Slik har det vært siden sagatiden.

Njåls saga forteller at Øyolv Bolverksson rådet Flose til å bytte ting etter at han hadde blitt saksøkt. Da ville nemlig saken bli avvist som anlagt ved feil ting. Flose likte det rådet og sa: «Det ler inni meg nå, Øyolv, når jeg tenker på hvordan de skal vrenge med

øynene og klø seg i luggen når du kommer med motlegget ditt!»¹
Rådet kostet Øyolv dyrt.

Det gikk som de trodde. Saken ble avvist. Saksøkerne ble sinte og grep til kamp, Øyolv var blant dem som falt. Etterpå ble det på ny holdt ting for å utmåle bøter for de drepte. Sagaen forteller at: «Øyolv Bolverksson skulle ligge ubøtt fordi han hadde vist urimelighet og vrangskap.»

Rett er hva lov og sedvane sier, juss det juristene gjør. La oss da holde oss til retten. Rett er altså noe du har. Men skal det være noe poeng, må du ikke bare ha rett, du må også få rett. I motsetning til i diskusjoner om moral, kunst eller spørsmål om politikk, sport eller vitenskap forventer vi, når det er snakk om rett, at spørsmålet kan avgjøres på en slik måte at alle må bøye seg.

Den som ikke bøyer seg, får merke lovens lange arm i siste instans ved tvangsinndrivelse av penger eller ved at man blir satt i fengsel. Retten er på denne måten hevet over individene og knyttet til samfunnet. Noen, hos oss domstolene, er gitt makt til bindende å fastsette hva som er rett, og noen, namsmyndighetene og politiet, til å håndheve disse beslutningene.

Hva er så grunnlaget for at du kan få hjelp av domstoler og politi for å få rett overfor en som like sterkt som du mener å ha rett? Hva er det som gir samfunnet rett til å hente barn fra familier som ikke kan ta godt nok vare på dem? Hva gir oss rett til å ta flere års frihet fra mennesker som ikke respekterer regler som samfunnet har satt?

Rett er Gud, sier noen. Slik står det i femte Mosebok, kapittel 17, vers 8–12:

Når en sak er så vanskelig at du ikke kan avgjøre den, enten det gjelder drap eller tvistemål eller legemsskade eller andre saker som det er strid om i dine byer, skal du dra ut og gå opp til det stedet Herren din Gud velger ut. [...] Den mannen som er så frekk at han ikke hører på

presten som står og gjør tjeneste for Herren din Gud, eller på dommen, han skal dø.

Andre holder på sedvaneretten. Retten, det er folkets skikk og sed. Brytningen mellom folkets sedvaner og kongens guddommelige lov beskrives av Snorre i Olav den helliges saga:

Kongen dro sørover langs landet, stanset i hvert fylke og holdt ting med bøndene. På hvert ting lot han lese opp de kristne lovene og de bud som fulgte med dem. Han avskaffet straks hos folket mange uvaner og mye hedenskap, for jarlene holdt ved de gamle lovene og landsretten, men med det å holde med kristendommen, lot de hver gjøre som han ville. Det hadde da skjedd at utover i sjøbygdene var folk døpt, men kristne lover var ukjent for de fleste. Men omkring i de øvre dalførene og i fjellbygdene var det vidt omkring helt hedensk. For så snart folk fikk råde for seg selv, da festet den tro seg mest i sinnet deres som de hadde lært i barndommen. Harde vilkår lovet han de menn som ikke ville rette seg etter kongens ord om kristendommen, enten de var rike eller fattige.²

Rett er statens bud. Hos oss har retten lenge vært knyttet til statsmakten. Opprinnelig var også det knyttet til Guds bud. «Enhver som ikke lever etter din Guds lov og kongens lov, skal få en rettferdig dom, enten straffen blir død, landsforvisning, bot eller fengsel», står det i Esras bok, kapittel 7, vers 26. Etter hvert ble statens makt mer verdslig begrunnet, senest i folkesuverenitetsprinsippet på 1700-tallet, som innebar at enevoldsherskerens makt skulle begrenses av folkets rett til å bestemme over seg selv.

Til oss kom det med Grunnloven av 1814. Samtidig kom også maktfordelingsprinsippet: Grunnloven sier at Stortinget gir lover, den utøvende makt er hos Kongen, og at det er domstolene og Høyesterett som dømmer i siste instans. Dette er de tre stats-

maktene. Etter Grunnloven har den vanlige oppfatningen vært at staten og retten er to sider av samme sak.

Retten er altså knyttet til mektige ting: nedarvet tradisjon, Guds bud, statsmakten og folkets selvbestemmelsesrett. Men likevel er ikke retten allmektig. Uansett om Gud eller folket står bak, er det grenser for rettens makt.

Høsten 2008 brøt store deler av det internasjonale finansmarkedet sammen, og verden opplevde en omfattende lavkonjunktur. Denne finanskrisen viser rettens begrensninger. Mye av årsakene skyldtes dårlige reguleringer og frislipp av kapitalen. Statene opphevet reguleringer som gjorde et liberalisert kapitalmarked mulig, og ga regler som skapte en markedsarena. Jurister ga råd om konstruksjon av nye virtuelle produkter som derivater og andre sammensetninger av risiko. Slik sett var retten en viktig medvirkende faktor til finanskrisen.

Men alle de skadelige følger av krisen kan ikke føres tilbake til at reglene er utilstrekkelige. Markedets usynlige hånd forutsetter at bedrifter og personer med mye makt viser samfunnsansvar, det vil si lar være å utvikle produkter som er skadelige, eller å bruke produksjonsmåter som bryter ned samfunn og miljø. Markedet og konkurransen produserer verdier, men også ofte resultater som ikke er gagnlige. Krav til samfunnsansvar bygger på at det er grenser for hva som er akseptabel atferd, selv om det er legitimt for bedriftene å søke å oppnå størst mulig overskudd.

Statens makt har altså sine grenser. Kan staten i lengden bestemme hva som skal være rett på tvers av folks rettsoppfatning og sedvaner? Moderne forsøk på å la staten bestemme alt tyder på at dette ikke lar seg gjøre i det lange løp, slik vi har sett både i det tidligere Sovjetsamveldet og i Kina.

Selv Pol Pot og hans Røde Khmer i Kambodsja, med sine helhjertede forsøk med «år null», greide ikke å utradere khmerfol-

kets oppfatninger og skikker. I moderne tid ser vi også hvordan globaliseringen setter grenser for statens makt. Internasjonal finanskapital driver gjøn med skatteregler og andre nasjonale reguleringer. Statenes makt utfordres av at både kapitalen, kriminaliteten og miljøproblemer ikke kjenner eller respekterer landegrenser.

Når statene svarer med å samarbeide gjennom internasjonale regimer, som EU og WTO, skaper de nye grenser for nasjonalstatens rett. Dette har vi sett mange eksempler på gjennom EØS-avtalen, som i sakene som angikk Vinmonopolet, geografisk differensiert arbeidsgiveravgift og hjemfallsrett for kraftverk.

Retten kan ikke forby alt som er lite gagnlig eller rent ut skadelig for samfunnet. Samfunnsskadelig opptreden er ofte ulovlig. Vi har for eksempel lovregler mot korrupsjon og miljøødelegelser. Like ofte er usosial opptreden lovlig. Fantasifulle finansprodukter for å øke omsetningen og dermed provisjonsinntekter i finansnæringen er ikke ulovlig. Det er heller ikke lobbyvirksomhet for å motarbeide miljøkrav eller næringsvirksomhet som tjener på at de lokale myndighetene bryter grunnleggende menneskerettigheter.

Noen vil innvende at det er lovgiverens oppgave å trekke grensen mellom hva som er akseptabelt og uakseptabelt. Samfunnets medlemmer må kunne gjøre hva de vil innenfor rammen av loven, i alle fall når de opererer i en demokratisk rettsstat som Norge. Men grensen mellom rett og moral verken kan eller bør bli opphevet.

Tidligere var utroskap og homofili forbudt i straffeloven. Også i dag brukes loven til å regulere flertallets moral. Likevel er det enighet om at det ikke en oppgave for lovgiveren å forby alt som et flertall mener er umoralsk eller ufornuftig. Dette betyr på den annen side at retten alene ikke er nok når det gjelder å skape det gode samfunn. Det kan godt være umoralsk og ufornuftig å

gjøre noe som loven tillater, det har vært fremholdt blant annet i debattene etter karikaturtegningene av profeten Muhamed.

Skal samfunnet gå fremover, krever det en innsats fra medlemmene som går lenger enn lovens krav. Dette gjelder selvsagt også for næringslivet og opptreden i markedet. Det er ikke reguleringer i seg selv som skaper gode resultater for utvikling, miljø og lokalsamfunn. Resultatene er avhengige av bevisste holdninger og en aktiv innsats fra både ledere og arbeidstakere i bedrifter. Frivillig innsats uavhengig av påbud og forbud gir dessuten større fleksibilitet og er som regel mer kostnadseffektiv for næringslivet enn rettslige reguleringer.

Jurister havner ofte i en rolle hvor det er snakk om å finne grensene mellom det lovlige og det ulovlige. Mange vil ha råd om hvor langt det er mulig å tøyse disse grensene. I en slik situasjon definerer juristene som regel moral som irrelevant.

Jurister er ofte redde for å tape sin profesjonalitet om de beveger seg «ut av jussen» og over i etikk og moral. Selvsagt skal ikke jurister misbruke sin rolle til å moralisere over andre. Men samfunnet trenger jurister som i større grad enn i dag har en etisk bevissthet og sosial samvittighet.

Det er viktig å skille rett og moral. Samtidig er det viktig å problematisere når det er umoralsk å være med på å finne grensene for det lovlige. Det er ikke ulovlig, men det er heller ikke galt om de som er med på det, får både dårlig samvittighet og nedsatt sosialt omdømme. Det er etter min mening for lettvent å la dem som legger til rette for umoral slippe med at de bare er teknikere som gjør en jobb ut fra faglige forutsetninger.

Er all rett, selv i dagens Norge, knyttet til stater eller overnasjonale organer som staten har overdratt makt til? En katolsk prest i Norge ble fjernet fra sitt embete og kalt tilbake til sitt hjemland av provinsialen, dvs. lederen for den orden han tilhørte. Han nekter og anla sak om usaklig oppsigelse for Oslo tingrett med krav

Retten beskytter mot overgrep – det er rettsstatens hovedidé. Samtidig legaliserer retten samfunnets maktutøvelse. Siden retten er skilt fra moralen, gjelder det også der makten ikke har moralen på sin side. Vi appellerer til rettsstaten og rettssikkerhet som beskyttelse mot staten. Men staten bruker selv retten som et middel til å tvinge gjennom sin vilje, enten denne er bestemt av flertallet eller av en sosial elite.

hva er RETT drøfter hvordan retten får sin autoritet, hvordan forholdet mellom juss og politikk er, og hvilket særlig ansvar juristene som forvaltere av retten har. I denne andre utgaven av boken trekker forfatteren inn erfaringene fra trygdeskandalen og pandemien, som begge på forskjellige måter illustrerer rettsstatens skjørhet og juristenes særlige ansvar.

Hans Petter Graver (f. 1955) er professor ved Institutt for privatrett ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. I 2020 fikk han både Akademikerprisen og Universitetet i Oslos formidlingspris blant annet for sin offentlige stemme til forsvar for rettsstaten under pandemien.

Universitetsforlaget har utfordret noen av Norges fremste fagformidlere til å gi svar på krevende spørsmål. **hva er**-bøkene er velskrevne introduksjoner som gir begynneren stimulerende møter med ukjente tema, og den viderekomne nye perspektiver.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-06344-7



9 788215 063447