

FINN ARNESEN, KJERSTI LOHNE,
DAG MICHALSEN OG INGER-JOHANNE SAND (red.)

RETTSVITENSKAP og samfunnsengasjement

Festskrift til

HANS PETTER GRAVER



Universitetsforlaget



Foto: Universitetet i Oslo

Redaktører:
Finn Arnesen, Kjersti Lohne,
Dag Michalsen og Inger-Johanne Sand

RETTSVITENSKAP OG SAMFUNNSENKASJEMENT

FESTSKRIFT TIL HANS PETTER GRAVER
PÅ 70-ÅRSDAGEN 5. NOVEMBER 2025

Universitetsforlaget

© Aschehoug AS ved Universitetsforlaget, Oslo 2025

ISBN 978-82-15-07529-7

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
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: ottaBOK
Foto av Hans Petter Graver: Universitetet i Oslo
Sats: ottaBOK
Trykk og innbinding: Livonia Print, Latvia
Boken er satt med: Adobe Garamond Pro 11/14
Papir: 100 g Arctic Matt



Tabula gratulatoria

A

Ivar Alvik
Finn Arnesen
Per Christian Arnesen
Bjarte Askeland
John Asland
Johan Greger Aulstad

B

Anne Kjersti C. Befring
Lena Bendiksen
Knut Bergo
Jan Fridthjof Bernt
Erik Magnus Boe
Łukasz Bojarski
Kai Øivind Brenden
Niklas Bruun
Karin M. Bruzelius og Inge Lorange Backer
Hans Christian Bugge
Kirsti Strøm Bull og Hans Jacob Bull

C

Margrethe Buskerud Christoffersen
Giuditta Cordero-Moss
Peter Čuroš

D

Det juridiske fakultet, Universitetet
i Bergen

E

Thomas Eeg
Hanne Eeg-Henriksen
Lisa Mattea Elvevold
Svein Eng
Roald M. Engeness
Kjersti Ericsson
Christoffer C. Eriksen
Gunnar Ketil Eriksen
Stein Evju

F

Arne Fliflet
Per Racin Fosmark
John Erik Fossum
Halvard Haukeland Fredriksen
Katrine Kjærheim Fredwall
Anne Marie Frøseth

G

Johan Giertsen

H

Marit Halvorsen
Inger Hamre
Anne Oline Haugen
Anne Hellum
Anette Hemmingby
Ragnhild Hennum
Erling Hjelmeng

Eirik Holmøyvik
Marianne Jenum Hotvedt
Erling Johannes Husabø
Håkan Hydén

I

Ingunn Ikdahl
Institutt for rettsvitenskap ved
Handelshøyskolen, Universitetet i Agder

J

Markus Jerkø
Atle Sønsteli Johansen

K

Gert Johan Kjelby
Sören Koch
Berte-Elen Konow
Julia Köhler-Olsen
Knut Kaasen

L

Markus Hoel Lie
Anna-Sara Lind
Kjersti Lohne
Tore Lunde

M

Mikael Rask Madsen
Gert-Fredrik Malt
Claes Martinson
Ola Mestad
Johannes Hygen Meyer
Dag Michalsen
Anders Mikelsen
Kjell Å. Modéer
Johann Mulder

Ingunn Elise Myklebust
Peter-Christian Müller-Graff
Synne Sæther Mæhle

N

Ernst Nordtveit
Anna Nylund

O

Henrik Palmer Olsen

P

Knut Papendorf

R

Regjeringsadvokaten
Ida Gundersby Rognlien
Ole-Andreas Rognstad

S

Inger-Johanne Sand
Kirsten Sandberg
Kristin Bergtora Sandvik
Sigrid Eskeland Schütz
May-Len Skilbrei
Alexander Sønderland Skjønberg
Terje Skjønhal
Jens Edvin A. Skoghøy
Arvid Aage Skaar
Eivind Smith
Peter Scharff Smith
Kristin Solberg
Ånde Somby
Geir Stenseth
Sigrid Stokstad
Vibeke Blaker Strand
Magne Strandberg

Marius Stub
Tone Sverdrup
Aslak Syse
Karl Harald Søvig

T
Eva Tiby
Morten Walløe Tvedt

U
Geir Ulfstein

V
Christoph Vedder

W
Lasse Andreas Warberg
Thomas Wilhelmsson
Geir Woxholth

Z
Gentian Zyberi

Ø
Inger Berg Ørstavik
Eirik Østerud
Ørnulf Øyen

Å
Ragna Aarli

Innhold

TABULA GRATULATORIA	V
HANS PETTER GRAVER – UNIVERSITETSPERSON, FORSKER OG EN AKTIV DELTAKER I SAMFUNNSDEBATTEN	I
HILSEN FRA INSTITUTT FOR PRIVATRETT	5
OM FORHOLDET MELLOM «VANLIG» JURIDISK METODE OG RETTSVITENSKAPENS METODE <i>Ivar Alvik</i>	8
PANDEMIER SOM EN TRUSSEL MOT RETTSSTATEN <i>Anne Kjersti C. Befring</i>	26
DEMOKRATI, RETTSSTAT OG KLIMAMENNESKERETTIGHETER – OG MAKTFORDELING <i>Knut Bergo</i>	55
FORVALTNINGSRETTENS FREMTID: RETTSSIKKERHETSGARANTI FOR BORGERNE ELLER KONTORINSTRUKS FOR INTERN STATLIG OG KOMMUNAL SAKSBEHANDLING? <i>Jan Fridthjof Bernt</i>	73
FROM BENCH TO BARRICADES: RISE OF A VALIANT JUDGE AND THE POWER OF POLAND’S JUDICIAL RESISTANCE (Story of Judge Paweł Juszczyszyn) <i>Łukasz Bojarski</i>	93

HOTEN MOT RÄTTSSTATEN	118
Om rättslig autonomi och legitimitet inom arbetsrätten – igår, idag och i morgon <i>Niklas Bruun</i>	
ÅPENHETSLOVEN OG AKTSOMHETSDIREKTIVET	134
Lovvalg og verneting for erstatningsansvar for skade voldt i utlandet <i>Giuditta Cordero-Moss</i>	
DESPERATE YEARNING FOR JUSSENS HELTER IN SLOVAKIA ... AND ALL THE JUDGES SAY: "WE DON'T NEED ANOTHER HERO."	155
<i>Peter Čuroš</i>	
JUS OG POLITIKK I HØYESTERETT	175
<i>Arne Fliflet</i>	
EUROPA, EUROPEISERING OG NORGES FORHOLD TIL EU	190
<i>John Erik Fossum</i>	
MARKEDSETTERFORSKNING – EN NYORIENTERING AV KONKURRANSERETTEN?	210
<i>Erling Hjelmeng</i>	
THE LEGAL CONSTRUCTION OF REALITY: FOR BETTER OR WORSE	231
<i>Håkan Hydén</i>	
OM EU-RETTENS PÅVIRKNING PÅ FORVALTNINGSRETTEEN. ØKT FART – MEN I HVILKEN RETNING?	246
<i>Ingunn Ikdahl og Christoffer Conrad Eriksen</i>	
NÅR LOVENS ORDLYD BINDER	268
<i>Markus Jerkø</i>	
OM RÄTTSSTATENS GRÄNSER – PERSPEKTIV PÅ DEMONSTRATIONSFRIHETEN FRÅN SVERIGE	285
<i>Anna-Sara Lind</i>	

RETSSTAT OG DEMOKRATI: DANMARK SOM EKSEMPEL	297
<i>Mikael Rask Madsen</i>	
KOMMANDORETTEN	316
<i>Ola Mestad</i>	
SUSTAINABILITY AS A LEGAL PRINCIPLE AND RULE IN THE DIGITAL INTERNAL MARKET	339
<i>Peter-Christian Müller-Graff</i>	
DEN FORSKNINGSSKAPTE RETTSVIRKELIGHET	354
<i>Synne Sæther Møhle og Henrik Palmer Olsen</i>	
RETTLIGGJØRING AV ETISKE NORMER – NOEN IMPLIKASJONER ILLUSTRERT VED FORSKNINGSETIKKENS INNLEMMING I RETTSREGLER OM FORSKNINGS- OG EKSAMENSARBEIDER	381
<i>Ole-Andreas Rognstad</i>	
HVA ER RETTEN, OG HVA ER RETTSLIG METODE: SPRÅK, SAMFUNN OG RETT . . .	394
<i>Inger-Johanne Sand</i>	
KORONA I BAKSPEILET: ET ESSAY OM AKADEMISK AKTIVISME OG BARNES MEDBORGERSKAP	410
<i>Kristin Bergtora Sandvik</i>	
LAW, IDEOLOGY AND MASS ATROCITIES – LEGAL AND MORAL DILEMMAS IN TIMES OF WAR	422
<i>Peter Scharff Smith</i>	
NÅR VÅR RETTSORDEN MØTER DESENTRALISERT KUNSTIG INTELLIGENS	430
<i>Ånde Somby</i>	
JURISTSKAPT VIRKELIGHET I FAMILIERETTEN	450
<i>Tone Sverdrup</i>	
SAMISKE RETTIGHETER TIL GRUNNEN ETTER ILO-KONVENSJON 169	463
<i>Geir Ulfstein</i>	

LEGAL MICRO-HEROES	470
<i>Thomas Wilhelmsson</i>	
HARMONISERE, REPARERE ... FRAGMENTERE?	484
Nye rettslige standarder: Autonome EØS-rettslige konsepter i norsk rett	
<i>Inger Berg Ørstavik</i>	
TINGRETTENE OG DEN JURISTSKAPTE VIRKELIGHETEN	502
<i>Ragna Aarli</i>	
BIBLIOGRAFI HANS PETTER GRAVER	522
<i>Utarbeidet av bibliotekar Inger Hamre</i>	

Hans Petter Graver – universitetsperson, forsker og en aktiv deltaker i samfunnsdebatten

Hans Petter Graver fyller 70 år 5. november 2025. Han har studert, vært ansatt ved og har hatt nær tilknytning til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo hele sitt voksne liv. Han har vært en av fakultetets sentrale skikkelser gjennom sine mange ulike roller i forskning, undervisning og ledelse. Hans Petter begynte å studere juss tidlig på 1970-tallet og var aktiv i JussBuss og andre faglige organisasjoner. For 50 år siden, i 1974, var han med på å arrangere et studentinitiert fagkritisk teach-in som innebar starten på en viktig studieordningsdebatt og på opprettelse av nye fag. Fra da av har han vært en igangsetter og impulsgeber på fakultetet.

Hans Petter var som student vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett, og skrev en avhandling innenfor arbeidsmiljø- og petroleumsrett. Samtidig var han aktiv i Rettspolitisk forening. Han ble cand.jur. i 1980 og bare seks år senere, i 1986, dr. juris på avhandlingen «Den juristskapte virkelighet». Etter å ha arbeidet i Forbruker- og administrasjonsdepartementet og hos Regjeringsadvokaten, kom han i 1993 til fakultetet som professor i rettssosiologi og senere i rettsvitenskap. Han har vært tilknyttet Nordisk institutt for sjørett, Institutt for rettssosiologi og Institutt for privatrett i ulike perioder. I 2001–2004 var han faglig leder for ARENA, Senter for Europaforskning ved UiO.

Som dekan i to perioder, fra 2008 til 2015, gjorde Hans Petter et betydelig arbeid for Det juridiske fakultet. Han tok initiativ til å utvide og bedre fakultetets faste lokaler, særlig undervisningslokalene, lesesalene og bibliotek for studentene. Han la grunnlaget for reisingen av den nye praktbygningen Domus Juridica i Kristian Augusts gate: Åtte nye etasjer for studenter og ansatte og et helt nytt bibliotek. Dette ble innviet i 2020.

Hans Petter har fått mange æresbevisninger. Han er medlem av Det Norske Videnskaps-Akademi, som preses i 2019–2021. Siden 2022 har han ledet Akademiets menneskerettighetskomité. Han er utnevnt til æresdoktor ved fire læresteder: Universitetet i Helsinki (2010), Universitetet i Heidelberg (2017), Universitetet i Lund (2020) og Universitetet i Bergen (2022). I 2022 ble han innvalgt som medlem av Academia Europaea. Hans Petter har mottatt flere priser for sin innsats som forskningsformidler og samfunnsdebattant og han var mottaker av Universitetet i Oslos formidlingspris i 2020.

Under hele sin tid ved UiO har Hans Petter vært en aktiv forsker, også når han hadde ledelsesverv. Han har deltatt i og ledet flere større forskningsprosjekter finan-

siert av Norges forskningsråd og av andre. Blant de viktigste har vært prosjekter som «Styring via regelverket» og «Markedsrettsprosjektet». Særlig betydningsfullt er det nylig avsluttede prosjektet «Judges under stress» som omhandlet angrep på rettsstaten og den stadig mer utsatte konstitusjonelle situasjonen for domstoler og dommere i europeiske land med autoritære trekk.

Disse tre eksemplene illustrerer Hans Petters faglige bredde, og at han har samarbeidet med svært ulike faglige miljøer over tid. Prosjektet om «Styring via regelverk» var et samarbeid med Torstein Eckhoff og var en del av et større og tverrfaglig forvaltningsfaglig miljø. Gjennom tilknytningen til fakultetets Senter for europarett i formative år for senteret, bidro han sterkt til forskningsmiljøet der, og gjennom «Markedsrettsprosjektet» var han med på å skape et nytt markedsrettslig miljø på Institutt for privatrett ved fakultetet. Det bidro også til å styrke den EU- og EØS-rettslige innsatsen i det privatrettslige miljøet. Hans Petter var faglig leder for og forsker ved ARENA-programmet 2001–2003. «Judges under Stress» var et prosjekt om domstoler som er under press fra illiberale krefter i andre europeiske land, og som ble utført i samarbeid med unge forskere fra Polen og andre øst- og sentraleuropeiske land. Han har ledet og vært medlem av flere råd og utvalg under Norges forskningsråd, herunder fagkomiteen for rettsvitenskap 1995–2000, og andre evalueringsutvalg under forskningsinstitusjoner i andre land. Han var blant annet medlem av styret for det tysk-norske Ruhrgas-programmet for rettsvitenskap 1995–2012 som bidro med viktig finansiering av norsk-tyske forskningsprosjekter.

Hans Petter har hatt en omfattende utadrettet virksomhet. Han har ledet og deltatt i flere regjerings- og departementsoppnevnte utvalg og skrevet en rekke egne utredninger. Han ledet blant annet til lovutvalg om ny diskrimineringslov (NOU 2008: 1 og NOU 2009: 14). Det er et typisk trekk at han beveger seg ubesværet innenfor mange og ulike fagområder. Her kan nevnes arbeidsrett og arbeidsmiljø, alminnelig forvaltningsrett, Europa- og EØS-rett, menneskerettigheter og diskrimineringsrett, samerett, internasjonal selskapsrett, miljørett og bærekraftig utvikling, rettsteori, juridisk metode, etikk og mange andre. Hans Petter har dessuten deltatt i flere OECD-oppnevnte utvalg i tilknytning til evalueringen av retningslinjer for multinasjonale selskaper.

Hans Petter har i hele sin tid som forsker vært opptatt av å publisere og formidle forskning på flere ulike måter. Han har utgitt et stort antall vitenskapelige bøker og uttallige artikler både knyttet til forskningsprosjekter og som ledd i hans mer allmenne rettsvitenskapelige virksomhet. Mange av disse har hatt en stor betydning for forskningsmiljøet og for studentene.

Hans Petters doktoravhandling «Den juristskapte virkelighet» (1986) var – og er fortsatt – et nyskapende arbeid om det juridiske språkets betydning for hvordan vi

oppfatter hva som er rettslige problemstillinger. Retten lager sin egen virkelighetsbeskrivelse gjennom sine begreper. Dette gir makt til retten ut over det rent rettslige og gjør det vanskeligere å aktualisere de virkelighetsbeskrivelser som retten bygger på i nye situasjoner.

Boken var for Hans Petter starten på et stort metodisk forfatterskap. Ved siden av rettsdogmatiske arbeider er det blitt et kjennemerke ved hans rettsvitenskap å anlegge teoretiske og tverrfaglige perspektiver. Han har skrevet noen av de mest sentrale bidragene om rettslig metode i norsk rettsvitenskap de siste tretti år. På begynnelsen av 2000-tallet utviklet Hans Petter en særlig interesse for rettsretorikk og publiserte i 2007 og 2008 to bøker om emnet, *Juridisk overtalelseskunst* og *Rettsretorikk – en metodelære*. Begge gir strålende bidrag til en nytenkning om juridisk metodelære i en nordisk sammenheng, og de er betydelige bidrag til forskning og formidling. Bøkene er rettet til flere profesjoner som er interessert i juss og språk. Flere av hans sentrale artikler om juridisk metode og rettsretorikk er samlet i boken *Rett, retorikk og juridisk argumentasjon* (2010). Hans Petter har ofte inntatt overraskende og originale posisjoner innen rettslig grunnlagstenkning, noe som har ført til viktige faglige diskusjoner. Hans tekster har fokus på kvalitet, klarhet og kombinasjonen av rettslig og samfunnsmessig relevans. Ikke overraskende har han i mange år vært opptatt av prosjekter om et bedre og enklere lovspråk.

Hans Petters sentrale rettsdogmatiske arbeid er hans *Forvaltningsrett* (som kom i 6. utgave i 2024 skrevet sammen med Henriette Tøssebro). Også dette arbeidet er et eksempel på en bred formidling av omfattende kunnskaper i og erfaring fra et sentralt fag. Boken kombinerer grunnleggende kunnskaper innen forvaltningsrett med innsikter om nyere forskning på dette samfunnsfeltet. Hans forvaltningsrettslige ekspertise er anvendt i flere publikasjoner, bl.a. EØS- og markedsrett, publisert både i nordiske land og Tyskland. Hans Petter har også deltatt i flere bøker om EU- og EØS-rett både med vekt på forskning og formidling.

Fra 2012 har Hans Petter forsket på og formidlet om domstolenes og dommeres rolle i autoritære regimer. Dette har resultert i mange utgivelser i flere land og på flere språk. Viktige eksempler er *Dommernes krig* og *Okkupasjonstidens Høyesterett* som omhandler domstolene og dommerne i Norge under den tyske okkupasjon 1940–45. Disse arbeidene har nådd ut til en stor lesekrets. I 2018 fikk Hans Petter finansiering fra Norges forskningsråd til det omfattende forskningsprosjekt *Judges under Stress*. Prosjektet handlet om autoritære europeiske lands nedbygging av den liberale rettsorden og dens domstoler. For Hans Petter har dette vært et avgjørende tema: Å undersøke rettsstatens betydning og utfordringer i vår del av verden og i vår tid. Flere unge forskere fra østeuropeiske land har deltatt med sine fag- og språkkunnskaper, og mange bøker er blitt publisert innenfor prosjektet.

Hans Petter tok denne forskningen ut i en større offentlighet. Inspirert av arbeidene om dommere og domstoler under autoritære regimer publiserte han bl.a. «Jussens helter» (2019), som var tolv historier om jurister som stod opp mot autoritære regimer. Fortellingene har en sjelden kombinasjon av lang tids omfattende faglige kunnskaper med en særegen evne til å formidle til et bredt publikum.

Hans Petter har vært en aktiv samfunnsdebattant i hele sitt faglige liv. Det startet i studenttiden da han var med på å opprette *Rettspolitisk Forening* og igangsette *Hefte for Kritisk Juss*. Svært få norske akademikere har skrevet så mange og velformulerte kronikker og innlegg i massemedier og tidsskrifter som Hans Petter. Disse mange bidragene har utvilsomt hatt stor betydning for mange samfunnsdebatter. Fra den nyeste tiden er det grunn til å fremheve hans samfunnsengasjement under koronapandemien som i Norge startet i mars 2020. Han tok initiativ til en kritisk diskusjon om regjeringens nedstengning av samfunnet og andre tiltak for å begrense smitten ved koronapandemien. Hans kritikk gjaldt særlig den måten regjeringen gikk frem på, bl.a. at beslutningen om nedstengning ikke ble tatt ved kongelig resolusjon eller et stortingsvedtak. Han kritiserte at de første lovforslagene om tiltak for smittebegrensning ikke involverte Stortinget i tilstrekkelig grad. Han kritiserte også strenge og omfattende tiltak som rammet barn og unge, og tiltak som ellers stengte ned samfunnet på unødvendige måter. Rettsstatens grunnleggende betydning for vår samfunnsform var det prinsipielle perspektiv for hans bidrag i denne debatten. Han har helt nylig gjentatt de samme prinsipielle argumenter ved behandlingen av et nytt forslag om beredskapslov i 2025.

Hans Petter er en helt usedvanlig bredt anlagt forsker. Han kombinerer dyptpløyende teoretisk og metodisk forskning med mange slags juridiske prosjekter og publikasjoner om så vel aktuelle som historiske temaer. Både i forskning og formidling har han brukt hele spekteret av publikasjons- og formidlingsformer. Det som først og fremst kjennetegner Hans Petter er kombinasjonen av forskning på høyt nivå og evnen til å formidle forskningen til et bredt publikum av studenter, juridiske praktikere, kolleger fra andre fagområder og sivilsamfunnet generelt.

Hans Petter har hatt en uavhengig og original stemme i norsk offentlighet. Han er en av Norges ledende *public intellectuals*. Han viker ikke tilbake for å innta nye og utradisjonelle standpunkter eller å gripe inn i de mest dagsaktuelle debatter. Vi står alltid overfor solide faglige kunnskaper, en prinsipiell tenkemåte og forståelsen av det aktuelle. Hans Petters bidrag til den demokratiske offentlighet i Norge er uomtvistelig og høyt verdsatt.

Finn Arnesen

Kjersti Lohne

Dag Michalsen

Inger-Johanne Sand

Hilsen fra Institutt for privatrett

Kjære Hans Petter

Institutt for privatrett har vært din arbeidsplass siden 2002 til stor glede og inspirasjon for alle våre ansatte. Dine bidrag som kollega, forsker og formidler har satt dype spor.

Du ble ansatt som professor ved Det juridiske fakultet fra 1993, i retts sosiologi, men med særlig plikt til å undervise i forvaltningsrett. Det var derfor ikke gitt at du skulle havne på Institutt for privatrett. Du nærmet deg ved å være faglig leder for Senter for europarett og Senter for europaforskning ARENA (2001–2003).

I 2002 ble du håndplukket av instituttbestyrer Tone Sverdrup for å lede fakultetets første forskergruppe, Markedsrettsgruppen, og en søknad til Norges forskningsråd om et prosjekt med tittelen «Markets and Competition in the Society of Knowledge» (MACINSOC), som fikk finansiering. Forskergruppen er senere videreført i forskjellige utgaver. I tillegg til finansieringen av MACINSOC, fikk forskergruppen støtte fra andre offentlige og private kilder. I 2007 ledet du i regi av forskergruppen nok en innvilget NFR-søknad «Mellom demokratisk styring, effektiv konkurranse og avtalefrihet i markedsstaten». Formålet med prosjektene og forskergruppen var å etablere et sterkt forskningsmiljø innen markeds-, konkurranse- og immaterialrett som ved samarbeid med forskere fra andre europeiske land kunne bidra med forskning på høyt europeisk nivå. Dere hadde en uttalt målsetting om å søke å rekruttere og utvikle fremragende forskere. Alt dette lyktes dere i aller høyeste grad med. Markedsrettsgruppen bidro til omfattende publisering, drev aktiv formidling i samfunnsdebatten og tiltrakk seg unge og etablerte forskere som instituttet har stor glede av den dag i dag.

Du ble valgt til dekan på Det juridiske fakultet i to perioder, fra 2008 til 2015, og du fikk vist dine gode lederegenskaper. Du vil nok først og fremst bli husket for det viktige initiativet du tok for at fakultetet skulle få et nytt bygg, Domus Juridica ved Tullinløkka.

Etter avsluttet dekanperiode ledet du et nytt stort forskningsprosjekt, Dommernes rolle i autoritære regimer. Sentralt i forskningsprosjektet er to bøker du utga i 2015: *Judges against Justice. On Judges When the Rule of Law is Under Attack* og *Dommernes Krig. Den tyske okkupasjonen 1940–1945 og den norske rettsstaten*. Her tar du opp grunnleggende spørsmål i rettsstaten som opptar deg, og som dessverre er dagsaktuelle. Den første boken handler om juristenes, og særlig dommernes, rolle i autoritære regimer, når rettens grunnverdier er truet. Du diskuterer i hvilken utstrekning dommere har et særlig medansvar i slike regimer for å stå opp for retten, ved å sikre rettssikkerhet

og frihet, vern mot diskriminering og beskyttelse av andre grunnleggende menneskerettigheter. De to bøkene preges av et tverrvitenskapelig perspektiv – der det trekkes veksler på innsikter hentet ikke bare fra juss, men også fra andre fagområder, herunder historie, sosiologi og moral- og rettsfilosofi. Også dette prosjektet fikk støtte fra Norsk forskningsråd og du fikk med deg unge forskere fra flere land.

Du har gjort mye for å gi Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet og Institutt for privatrett et ansikt utad, som en institusjon med medarbeidere som i sin forskning bryr seg om viktige samfunnsspørsmål og om profesjonsetiske utfordringer. Du har en enestående bredde og dybde i din rettsforskning, og du har også engasjert deg i etikk og retorikk. Og med din formidling har du beriket også dine kollegaer ved instituttet, og ikke minst inspirert oss til å engasjere oss i samfunnsspørsmål. Du har hatt mange viktige verv, herunder som preses i Vitenskapsakademiet en periode (2019–2021).

Ditt samfunnsengasjement og din kamp for demokrati og rettsstaten, kom virkelig til syne under pandemien. Du var av de aller første som var kritisk til saksbehandlingen av og innholdet i regjeringens forslag til fullmactslov som ble utarbeidet da koronapandemien slo til i Norge i mars 2020. Du var også kritisk til hytteforbudet som regjeringen innførte noen uker senere, og mente det stred mot Grunnloven. Du uttalte på ditt karakteristiske vis i en kronikk i Morgenbladet at «Covid transformerte Norge fra en demokratisk rettsstat til en dobbeltstat der rettsstaten er underordnet smittevernstaten». Du påpekte at regjeringens myndighet var nærmest uten begrensninger, at det manglet forsvarlige saksbehandlingsregler, noe som var særlig betenkelig når det var tale om å gi regler som griper inn i individuelle rettigheter som er beskyttet av Grunnloven og menneskerettighetene. Du vekket med det opp journalister og politikere slik at det ble stilt nødvendige spørsmål ved pandemihåndteringen.

Du fikk Akademikerprisen i 2020, og det heter i juryens begrunnelse at du fikk prisen for å sikre en opplyst debatt og for å være en rollemodell for andre akademikere. Du uttalte i den forbindelse at «Jeg har alltid syntet det har vært viktig å være meg bevisst hvor privilegert jeg er ved å ha en fri universitetsstilling. Da har man en forpliktelse til å bidra med faget sitt ut i samfunnet». Dette er ett av mange sitater i utallige kronikker og intervjuer som understreker hvilket forbilde du er! Representativ er også uttalelsen om at «hvis det er noe vi kunne blitt flinkere på, så er det å formidle gleden ved fagene våre og å inspirere ikke-akademikere til å delta i en rasjonell og opplyst debatt. Det er hva hele demokratiet vårt hviler på». Vi håper og tror mange kollegaer har latt seg inspirere.

Du meldte deg raskt på da beredskapslovgivning var oppe til diskusjon igjen i 2024. Du var ute og påpekte at forslaget i betydelig ville grad svekke den parlamentariske og rettslige kontrollen med regjeringens bruk av beredskapsfullmaktene. Du viste igjen

at du er en viktig stemme i arbeidet for å beskytte rettsstatsprinsippene i Norge. Du evner å se de prinsipielle sidene i enkeltsaker, og med en pedagogisk tilnærming beriker du samfunnsdebatten. Som da det i 2025 ble snakk om å tilbakekalle tillatelsene som ble gitt for å elektrifisere Melkøya, gjorde du det tidlig klart hvorfor tillatelser som folk får fra det offentlige ikke kan endres bare fordi flertallet på Stortinget endrer seg.

I den viktige boken Jussens Helter fra 2020 presenterer du 12 jurister som forsvarer rettssikkerheten under press. Hans Petter, du er også en av jussens helter! Du er en enestående formidler av grunnleggende, viktig og god jus, og du tar akademikers samfunnsoppdrag på alvor. Du er en inspirerende, positiv og støttende kollega, og du baner vei innen formidling ved å opptre saklig, overbevisende og vennlig, og med en helt egen evne til å løfte viktige samfunnsspørsmål opp på et prinsipielt nivå.

Du har vært en bauta på Institutt for privatrett i over 20 år, og vi takker deg for alt du har bidratt med. Vi håper både vi og samfunnsdebatten får glede av deg i mange år fremover.

Gratulerer med 70-årsdagen!

Hilsen Institutt for privatrett

v/ Margrethe Buskerud Christoffersen

Eirik Østerud

Eli Knotten

Om forholdet mellom «vanlig» juridisk metode og rettsvitenskapens metode

Ivar Alvik*

1 Innledning

Temaet for dette bidraget er rettsvitenskapens metode, og det vi kan kalle den «dogmatiske» rettsvitenskapens forhold til «vanlig» juridisk metode.¹ Dette er et tema som vår jubilent både har vært opptatt av og bidratt sterkt til å definere, gjennom hele sin lange rettsvitenskapelige karriere.² En konsistent hovedlinje hos ham har vært et syn på rettsvitenskapen som nettopp en vitenskap bundet av akademias krav til kritisk sannhetssøken, mer enn bare en spesiell form for juridisk praksis. Hans Petter har dermed fremholdt sterkt og konsekvent at selv ikke den dogmatiske rettsvitenskap kan anse seg bundet av «vanlig» juridisk metode helt på samme måte som juridisk praksis.³

Dette synspunktet skaper noen utfordringer for oss som driver med «vanlig» rettsdogmatikk, og samtidig har ambisjoner om å drive rettsvitenskap. For rettsdogmatikken må utvilsomt forholde seg til studieobjektets indre rasjonalitet – den juridiske metoden – hvis den skal kunne foregi å skape relevant innsikt som kan anerkjennes innenfor rettens egne systemiske premisser, og anvendes av rettslivets aktører.⁴

Det er dette tilsynelatende dilemmaet jeg skal problematisere og reflektere noe nærmere over i det følgende. På den ene side er rettsvitenskapen en vitenskap *i* normer, som bare har sin eksistensberettigelse innenfor en bestemt normrasjonalitet konstituert av retten selv. På den annen side er den, som Hans Petter påminner oss, en vitenskap

* Professor ved Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo. Artikkelen er fagfellevurdert.

1 Se om begrepene rettsvitenskap og rettsdogmatikk, Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Fagbokforlaget 1998, s. 13–14. Formålet i det følgende er ikke å forfekte noe syn om forholdet mellom rettsvitenskap og andre vitenskaper, eller å hevde at det bare er rettsdogmatikk som fortjener betegnelsen rettsvitenskap, se nærmere om dette Hans Petter Graver, 'Hva er rettsvitenskap' *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Vol. 107, 1994, s. 561–583. Når jeg i det følgende skriver rettsvitenskap, tenker jeg altså kun på rettsdogmatikk, det Ross kalte «rettsvitenskap i snever forstand», se nærmere Alf Ross, *Om ret og retferdighet*, Nyt nordisk forlag 1966, s. 28; og også Bernt og Doublet 1998 s. 14.

2 Se særlig Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Vol 121, 2008, s. 149–178; og Hans Petter Graver, 'Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi' *Tidsskrift for rettsvitenskap* Vol. 124 (2011) s. 230–249.

3 Graver 2011 s. 242–244; Graver 2008 s. 152–153.

4 Graver 2008 s. 153 flg.

som må forholde seg til vitenskapelige krav og idealer om objektivitet, sannhetssøken og kritisk distanse til studieobjektet.

Ambisjonen for dette bidraget er mer beskjedent enn å skulle gi noe egentlig vitenskapsteoretisk bidrag til diskusjonen av disse spørsmålene.⁵ Jeg er riktignok inspirert av andres retts- og vitenskapsteoretiske innsikter, men formålet er det mer nøkterne, å problematisere, fra et nokså pragmatisk og praktisk perspektiv, hva disse til dels motstridende utgangspunktene innebærer for den rettsvitenskapelige hverdagsforskningen. Perspektivet er rettsforskeren som skal skrive innenfor et praktisk rettsfelt, uten andre teoretiske ambisjoner enn å gi en fremstilling av utvalgte, rettslige problemstillinger i samsvar med «vitenskapelige» krav. Hva er det som skiller en juridisk betenkning, eller en redegjørelse for gjeldende rett i et lovforarbeid, fra et akademisk arbeid med rettsvitenskapelige pretensjoner? Som jeg har forsøkt å antyde, er dette spørsmål som ikke bare kan oppta de som beveger seg i rettsteoriens høyere sfærer. Det er spørsmål alle vi som har rettsvitenskap som profesjon eller pretensjon til daglig befatter oss med, når vi skriver selv, og når vi bedømmer andres arbeider.

I doktorgrads forskriftene er vitenskapelighet gjort til selve kriteriet for en doktorgrad:

«Avhandlingen skal være et selvstendig, vitenskapelig arbeid som oppfyller internasjonale standarder med hensyn til etiske krav, faglig nivå og metode.

Avhandlingen skal bidra til å utvikle ny faglig kunnskap og ligge på et faglig nivå som tilsier at den vil kunne publiseres som en del av fagets vitenskapelige litteratur.»⁶

For den som skal få godkjent sin doktorgrad er altså grunnkravet at avhandlingen må kunne anses som et «selvstendig, vitenskapelig arbeid (...) som bidrar til å utvikle ny faglig kunnskap». Kravet til vitenskapelighet og til å utvikle ny faglig kunnskap er, som vi kommer tilbake til, i noen grad to sider av samme sak. Et lignende kriterium om viten-

5 I tillegg til Gravers bidrag vist til over kan det for øvrig i norsk teori som diskuterer disse spørsmålene særlig vises til substansielle bidrag fra Synne Sæther Mæhle, 'Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?' *Jussens venner*, Vol. 39(5–6) 2004, s. 329–342; Synne Sæther Mæhle, 'Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier' *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Vol. 128 (2) 2015, s. 126–157; og Synne Sæther Mæhle, 'Pursuing legal research' *Law and Method*, 2017. Se også Jan Fridthjof Bernt, 'Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikken muligheter' *Kritisk Juss*, Vol. 22(1) (1995) s. 10–37, og Bjarte Askeland, 'Om rettsdogmatisk metode og sammenligning' i Rasmussen mfl. (red.), *Undring og erkjennelse, festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Fagbokforlaget 2013, s. 15–25.

6 Jf. forskrift for graden philosophiae doctor (ph.d.) ved Universitetet i Oslo, § 10.1. Tilgjengelig på <https://www.uio.no/om/regelverk/forskning/forskerutdanning/phdforskr.html#toc17>. Lignende forskrifter med samme krav er gitt for øvrige vitenskapelige institusjoner i Norge som har rett til å tildele doktorgrad.

skapelighet benyttes også rutinemessig ved bedømmelser til faste vitenskapelige stillinger. Hovedkriteriet er gjerne «vitenskapelig kompetanse», som ved bedømmelser til juridiske førsteamanuensis- og professorstillinger (eller -opptrykk) i dag sedvanlig vurderes utfra et tre- eller firedelt graderingssystem, der et arbeid vurderes som enten å gi (i) et vesentlig bidrag, (ii) et bidrag, (iii) et visst bidrag eller (iv) intet bidrag til søkerens vitenskapelige kompetanse. Normalt vil juridiske lærebøker, lovkommentarer, betenkninger og utredninger mv. havne i sistnevnte kategori, selv om et arbeid naturligvis ikke kan fraskrives vitenskapelighet *bare* fordi det faller inn under en av disse kategoriene.⁷

Men hva er det så som *gjør* et arbeid rettsvitenskapelig? Kan en artikkel eller avhandling som bare anvender vanlig juridisk metode ha rettsvitenskapelige kvaliteter, eller kreves det noe mer? Og hvor langt er den som har pretensjoner om å drive rettsvitenskap bundet av vanlig juridisk metode? De fleste av oss har nok noen mer eller mindre velfunderte intuisjoner om at rettsvitenskapelig kvalitet handler om en viss skarphet og originalitet i problemformuleringer, et bredere og mer omfattende kildetilfang, en selvstendighet og grundighet i tolkning av relevante kilder, og en gjennomgående analytisk stringens og refleksjonsdybde, som går lenger enn det man kan forvente i en dom, utredning eller lærebok.⁸ Spørsmålet er likevel om dette innebærer at rettsvitenskapelig metode er noe annet enn «vanlig» juridisk metode. Nedenfor reflekterer jeg litt videre rundt dette, med utgangspunkt i tre ulike vinklinger; hvilket begrep vi bør eller kan ha om kunnskap eller innsikt innenfor jussen (punkt 2), hva som er forholdet mellom den juridiske metoden og rettens materielle innhold, herunder det jeg kaller et mellomlag av rasjonelt styrte vurderinger og kunnskap i gapet mellom rettskildene og rettens innhold (punkt 3), og til slutt implikasjonene av dette mellomlaget av vurderinger for hva som er god rettsvitenskapelig metode (punkt 4).

2 Om hvordan rettsdogmatisk metode kan gi vitenskapelig innsikt

Et spørsmål som har vært mye diskutert er om rettsvitenskap i det hele tatt kan anses som vitenskap.⁹ I noen grad er dette et terminologisk spørsmål om hva man vil definere

7 Se om dette også Graver 2008 s. 160 flg.

8 Se for så vidt retningslinjene for de juridiske fakulteter ved Universitetet i Bergen og Universitetet i Oslo om 'Nivået for juridiske doktorgrader' vedtatt av styret for Det juridiske fakultet i Bergen 04.09.07 og dekanus for Det juridiske fakultet i Oslo, Jon T. Johnsen 06.09.07, tilgjengelig på https://w2.uib.no/filearchive/nivaaet-for-juridiske-doktorgrader_1.pdf

9 Se f.eks. Jan Fridthjof Bernt, 'Er jus vitenskap? – Om vitenskapsidealer og objektivitetskrav i rettsvitenskapen' i *Objektivitetsproblemet i vitenskapene*, Bergen 1984, s. 17–34.

vitenskap som, men det har også sammenheng med et dypere grunnlagsproblem i rettsvitenskapen: muligheten for objektiv eller verdinøytral kunnskap om «gjeldende rett».¹⁰ Mange (for ikke å si de fleste) av de ulike rettsfilosofiske teorier og retninger som har blitt utviklet de siste hundreårene har på litt ulike måter strevd med og forsøkt å komme opp med en løsning på dette problemet. For det vi står overfor her er ikke bare et vitenskapsteoretisk problem; det angriper selve rettens legitimitet dersom det ikke skulle være mulig å si noe objektivt om hva som er rett i et gitt tilfelle. Fru Justitia, retten og rettferdighetens blinde gudinne, er som vi husker et bilde på selve rettsidealet – den objektive, upartiske og nøytrale rett i møtet med interessekonflikter og verdimotsetninger i samfunnet. For rettsvitenskapen innebærer dette både et normativt begrunnelsesproblem som den stadig vekk forsøker å komme opp med nye løsninger på, og en vedvarende eksistensiell utfordring som har gitt rettsvitenskapen et slags mindreverdigthetskompleks i forholdet til andre vitenskaper.

Mange (for ikke å si de fleste) av de rådende rettsteorier de siste hundre år kan ses som forsøk på å møte den første av disse utfordringene, å begrunne at det finnes en objektiv, positiv rett, distinkt fra moral og subjektive verdioppfatninger.¹¹ Den nordiske rettsrealismen, som igjen er preget av synet på rettsvitenskapen hos den innflytelsesrike danske rettsteoretikeren Alf Ross, kan derimot ses som et utslag av den andre utfordringen; rettsvitenskapens aspirasjoner om nettopp å være en vitenskap likestilt med andre samfunnsvitenskaper. Ross fremholdt at rettsvitenskapen som vitenskap karakteriseres av at den er norm-deskriptiv, men at den for øvrig ikke bør anse seg forskjellig fra andre empiriske vitenskaper.¹² Rettsvitenskapelige analyser har dermed karakter av hypoteser eller forutsigelser, som i prinsippet kan verifiseres eller falsifiseres ved å holde dem opp mot domstolenes avgjørelser, som rettssystemets «virkelighet».¹³ Rettsforskeren som tillater seg å kritisere lovgivningen eller domstolenes avgjørelser bedriver rettspolitikk og ikke vitenskap.¹⁴

Mens Ross særlig rettet sine angrep mot det han kalte naturrett og metafysikk i tradisjonell rettsdogmatikk, handlet den nordiske rettsrealismen, slik vi kjenner den hos vår fremste representant for den i Norge, Torstein Eckhoff, særlig om å avkle den tradisjonelle rettspositivismen dens pretensjoner om objektivitet.¹⁵ Eckhoff var særlig

10 Bernt og Doublet 1998 s. 17 flg., og Bernt 1984 s. 27.

11 Se Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse: en introduksjon til rettsvitenskapen*, Ad Notam Gyldendal 1999, s. 166 flg.

12 Ross 1966 s. 29.

13 Ross 1966 s. 51 flg.

14 Ross 1966 s. 405 og s. 417 flg.

15 Se slik Hans Petter Graver, *Rett, retorikk og juridisk argumentasjon: keiserens garderobe og andre essays*, Universitetsforlaget 2010, s. 9.

opptatt av å avdekke de subjektive vurderingenes rolle i rettslige resonnementer, og hans rettskildelære kan ses som en gjennomgående kritikk av rådende oppfatninger om at retten var noe man «fant» i autoritative kilder som lov eller sedvane.¹⁶ En viktig implikasjon av dette er det Graver treffende har kalt en «avmaterialisering av de juridiske begreper»,¹⁷ og et fokus på beskrivelse av den faktiske rettsanvendelsen hos domstolene som rettsvitenskapens særlige oppgave.¹⁸ Det underliggende synspunktet er, som hos Ross, at det bare er dette rettsvitenskapen kan si noe objektivt sant om. Rettsforskeren som tillegger juridiske begreper et iboende materielt innhold, gjør dette på grunnlag av sin egen subjektive vurdering av bestemte hensyn og verdioppfatninger. Slike verdier og hensyn har imidlertid ikke noen objektiv realitet eller gyldighet utover det subjektive, at de eksisterer som meninger. Eckhoffs blikk var på en måte sosiologens eller antropologens, som observerer og noterer hvilke normer og praksiser som faktisk følges og virker i samfunnet, uten å felle dom eller blande inn sin egen moral eller verdioppfatning.

Her skal jeg ikke gå videre inn på en vitenskapsteoretisk kritikk av dette. Jeg nøyer meg med å kaste ut to påstander. Den første er at rettsrealismens for så vidt for tjenstfulle ideal om en objektiv rettsvitenskap gir et nokså trivialisert bilde av rettslig fortolkning, fordi den i liten grad går inn i og tematiserer normrasjonaliteten i det rommet av verdistandpunkter og vurderinger som benevnes reelle hensyn. Isteden blir dette en sekkepost som på den ene side anses som en egen rettskildefaktor, og som på den annen side reduseres til rettsanvenderens egne vurderinger. Og for det andre postulerer rettsrealismen en distanse mellom rettsvitenskap og rettsfortolkning, som de fleste som driver med rettsvitenskap antagelig i liten grad kjenner seg igjen i. At man som rettsforsker skulle se seg selv primært som en sosiolog som analyserer rettskilder for å avdekke en dommerideologi eller faktiske, mentale forestillinger hos rettslivets aktører, tror jeg for de fleste som driver med rettsdogmatikk vil fremstå som en nokså fremmed tanke.

Disse to tingene henger også sammen, og knytter an til hva som kan anses som et adekvat begrep om «kunnskap» eller «innsikt» som rettsvitenskapen kan ha en ambisjon om å oppnå. Man kommer på den ene side ikke utenom at juss handler om normer, om hvordan ting *bør* være. Av Humes og Kelsens fundamentale innsikt at man ikke

16 Ibid. Eckhoffs sentrale verk her er naturligvis hans *Rettskildelære*, siste versjon fra Eckhoff selv er tredjeutgaven fra 1993, senere utgaver redigert av Jan Helgesen, senest Eckhoff, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget 6. utg. 2018 ved Jan E. Helgesen (red.).

17 Hans Petter Graver, 'Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover' *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Vol. 113 (3–4) 2000, s. 429–476, på s. 435 flg. (Også trykket i Graver 2010).

18 Ibid. s. 433.

kan utlede fra at noe *er* til at det også *bør være*, følger at det ikke er mulig å finne et verifikasjonskriterium i virkeligheten (det som *er*) for påstander om gjeldende rett.¹⁹ Den som går ut fra at rettsspørsmål bør løses slik domstolene løser dem postulerer implisitt at det finnes en norm med dette innhold. Men på den annen side kommer man heller ikke utenom at man ved å la domstolene bli verifikasjonskriteriet for hva som er gyldig eller riktig rett, både oppgir muligheten til å kritisere avsagte dommer (i alle fall med grunnlag i retten selv), og til å si noe særlig meningsfylt om hvilke kriterier som *bør være* styrende for dommerne når de avsier sine dommer. I denne nokså banale observasjonen ligger egentlig en helt fundamental kritikk av rettsrealismen som teoretisk utgangspunkt for en virkelig objektiv og kritisk, *normativ* rettsvitenskap, altså det man kan mene er essensen i rettsdogmatikk. I sin aspirasjon om å gjøre rettsvitenskapen til en empirisk vitenskap på linje med andre samfunnsvitenskaper mister rettsrealismen fokuset på det man kan mene er rettsvitenskapens viktigste funksjon, nemlig å forvalte og utvikle kunnskap om hva som *bør* anses som gjeldende rett av domstoler og andre, med basis i systemets egne normer og rasjonalitet.²⁰

Fra dette må vi slutte at det rettsvitenskapelige objektivitetsidealet ikke kan oppnås helt på samme måte som i andre vitenskaper som forsøker å si noe om virkeligheten. Rettsvitenskapelig innsikt er ikke verifiserbar eller falsifiserbar på samme måte som i de empiriske samfunnsvitenskapene. Rettsvitenskapen er en tolkningsvitenskap, hvor det eneste verifikasjonskriteriet vi har er det vi kan kalle rettssystemets egen normrasjonalitet. Og selv denne er ikke noe vi har verifiserbar tilgang til utfra noe objektivt, faktisk gitt kriterium i virkeligheten. Rettsvitenskapen kan ikke komme utenom å foreta vurderinger, men som vår jubilant påminner oss betyr ikke dette at rettsvitenskapen *bør* eller kan abdisere fra et vitenskapelig objektivitetsideal: «Innsikten moderne vitenskapsfilosofi gir oss er at vurderinger kan være rasjonelle selv om de er subjektive.»²¹

19 Dette omtales gjerne som Hume's law, formulert av David Hume i hans *Treatise of Human Nature* (1740), og er også et fundamentalt utgangspunkt for Hans Kelsen, *Pure theory of law*, University of California Press 1967 (originalt publisert i 1934 som *Reine Rechtslehre*). Se nærmere Nicoletta Bersier Ladavac, 'Sein and Sollen: «Is» and «Ought» and the Problem of Normativity in Hans Kelsen' i Nicoletta Bersier Ladavac, Christoph Bezemek og Frederick Schauer (red.), *The Normative Force of the Factual: Legal Philosophy Between Is and Ought*, Springer 2019, s. 29–43.

20 Dette er også noe av det jeg oppfatter som Knut Bergos kritikk av juridiske metodeframstillinger i tradisjonen etter Eckhoff, det han kaller «avveiningsmodellen», se Knut Bergo, 'Avveiningsmodellen – en analyse av norske særtrekk' *Jussens venner*, Vol. 58 (4), 2023, s. 252–303; og Knut Bergo, *Rett praksis – lærebok i norsk juridisk metode*, Fagbokforlaget 2022.

21 Graver 2000 s. 476.

Her ligger kanskje også en nøkkel til hva som skiller rettsvitenskapelig tolkning og analyse fra annen rettsanvendelse. Hvis vi holder fast ved at kriteriet for gjeldende rett ikke er hva domstolene *gjør*, men hva de *bør gjøre* utfra rettssystemets normrasjonalitet, blir rettsvitenskapens fremste oppgave å forvalte og utvikle kunnskapen om hva som er god og rasjonell juss på ulike livsområder i et samspill med det praktiske rettsliv. Rettsvitenskapelige analyser og vurderinger kan ikke mer enn andre former for rettsanvendelse oppstille noe krav på å forvalte objektiv sannhet. Men med utgangspunkt i Poppers begrep om kritisk rasjonalisme kan man se det slik at rettsvitenskapen må søke sin vitenskapelighet i å innta en rasjonell, kritisk tilnærming til sitt studieobjekt.²² Rettslige analyser og resonnementer kan ikke verifiseres eller falsifiseres, men de kan kritiseres rasjonelt utfra rettsystemets egen normrasjonalitet.²³

Dette betyr at rettsvitenskapen som annen rettsanvendelse må ta utgangspunkt i den juridiske metoden. Jeg tror heller ikke vår jubilant er uenig i det. Når han likevel fremholder at rettsvitenskapen ikke er «bundet» av den juridiske metoden, reflekterer det at rettsforskning handler om noe annet enn rettsanvendelse.²⁴ Rettsvitenskapens fremste oppgave er nettopp ikke å anvende gjeldende rett, men å forvalte og utvikle kunnskap om hvordan retten *bør* anvendes. I dette ligger for det første et krav til generalitet; vitenskap handler ikke om å ta stilling til enkeltsaker, men om kunnskap – «[v]itenskap er systematisk viten»:²⁵

«Det er ingen vitenskaper som befatter seg med enkeltsaker. Legekunsten, for eksempel er ikke oppfatt av hva som er godt for Sokrates' helse eller for Kallias, men hva som er sunt for en bestemt type eller gruppe av mennesker (det er dette som er vitenskap, det som gjelder for enkelttilfeller er uoverskuelig, og kan ikke gjøres til gjenstand for systematisk viten).»²⁶

22 Bernt og Doublet 1999 s. 160–163.

23 Se nærmere om hva som menes med kritikk og ulike former for kritikk, Christoffer C. Eriksen, *Kritikk: Konfrontasjoner med rett og makt*, Universitetsforlaget 2016. Den formen for kritikk jeg særlig tenker på her og i det følgende vil naturlig nok være det Eriksen omtaler som «intern kritikk», se nærmere op.cit. s. 52 flg., samtidig som det kan være grunn til å legge til at mye av det Eriksen omtaler i konteksten ekstern kritikk (eller rettspolitikk) vil ha relevans også i et internkritisk perspektiv.

24 Se særlig Graver 2008, og Graver 2011.

25 Graver 2008 s. 159.

26 Fra Aristoteles, *Retorikk*, oversatt av Tormod Eide, Oslo 2006, s. 30 (1356b), sitert etter Graver 2008 s. 158.

Men like viktig er kanskje en annen innsikt som vi kommer tilbake til rett nedenfor; at den juridiske metoden ikke er det eneste som determinerer rettens innhold. Hva som er eller bør anses som «god juss», kan og vil også avhenge av hvordan vi forstår «virkeligheten» innenfor det aktuelle livsområdet vi er på, og mer spesifikt, hvilke normative fordringer vi anser at virkeligheten gir for fortolkningen av rettskildene – altså det vi jurister i Eckhoffs tradisjon har blitt vant til å omtale med samlebegrepet «reelle hensyn». Her er vi inne på noe av det jubilanten selv i sin doktoravhandling kalte «den juristskapte virkelighet»,²⁷ og som jeg her vil karakterisere som et mellomlag av rasjonelle vurderinger og fortolkning, basert på en bestemt kunnskapstradisjon, som spiller seg ut i gapet mellom de tekstene som utgjør rettskildene og selve *rettens* innhold.

3 Den juridiske metoden og rettens innhold

I fremstillinger om rettskildelære kan man av og til få inntrykk av den juridiske metoden som en form for alkymi. Gjennom sin opphøyede, fint kalibrerte juridiske metode siler, måler og veier juristene råstoffet for sin virksomhet, rettskildefaktorene, og ut av dette kommer det pure gull, selve *rettsregelen*. Ross' og Eckhoffs rettsrealistiske prosjekter handlet i stor grad om å fordrive mystikken fra tradisjonell naturrettslig og rettspositivistisk argumentasjon, og avsløre elementet av subjektive vurderinger i slike resonnementer. Ironien er som Graver påpeker at dette i dag har «dannet skole».²⁸ Rettsrealismen har langt på vei bant veien for en ny mystikk på linje med gamle dagers naturrett og rettspositivisme. «Eckhoffs rettskildelære» er ikke lenger en sosiologisk inspirert teori om hvordan jurister resonnerer, men en normativ oppskrift på juridisk «riktig» metode – det Bergo kritisk kaller «avveiningsmodellen».²⁹ Opphøyelsen av reelle hensyn til rettskildefaktor kan også ha gitt grobunn for oppfatninger om at den juridiske metoden gir domstolene og andre rettsanvendere en stor grad av frihet og normativ legitimitet til å bringe *egne*, subjektive moral- og verdioppfatninger inn i rettsanvendelsen, og en tro på at den juridiske metoden på en eller annen måte gjør jurister særlig skikket til å foreta slike vurderinger. Dette kan fortone seg litt paradoksalt når vi vet at Eckhoffs prosjekt var å *kritisere* hvordan rettsanvendere lot egne subjektive oppfatninger ikles den autoritet som følger med å fremstille noe som rett. Men heller ikke Eckhoff var helt fremmed for det mystiske i den juridiske metoden, som en særegen sosialisering og finkalibrering av «intuisjonen» hos de «trenede jurister»:

27 Hans Petter Graver, *Den juristskapte virkelighet*, Tano 1986.

28 Ibid. s. 432.

29 Bergo 2023.

«Det er ofte forbausende godt samsvar mellom de standpunkter til utpregete skjønns-spørsmål som trenede jurister kommer til. Forklaringen på det må være at det i tillegg til de rettskildeprinsipper som vi føler oss bundet av, også er andre forhold som bidrar til å skape ensartethet. Våre verdiorienteringer er sannsynligvis mer likeartede enn en overflatisk betraktning gir inntrykk av. Kanskje har også de mentale prosesser som foregår når vi veier motstridende verdier mot hverandre, felles trekk som vi mangler innsikt i fordi avveiningen stort sett er intuitiv.»³⁰

Som sosiologisk observasjon betraktet er det nok noe i dette, og Eckhoffs mening gikk kanskje heller ikke så mye lenger enn det. Problemet oppstår hvis betraktningen gis normativ valør, og man antar at den juridiske metoden gir juristers vurderinger og intuisjon en særlig normativ autoritet.

Spørsmålet er vel om vi ikke i noen grad overdriver hvor kompleks og nyanserik selve den juridiske metoden er. Fremstillingen av den som et finkalibrert system for å bedømme relevans, slutning og vekt av ulike «rettskildefaktorer», med normer som er så finstemte og vanskelig tillærte at de til og med unndrar seg formulering, minner litt om en variant av Herman Hesses glassperlespill.³¹ Men den «juridiske metoden», i betydningen rettskildelære, er i sin essens ikke så veldig mye mer komplisert enn at det handler om å anvende og ta på alvor visse grunnleggende og konstitusjonelt forankrede kompetanseregler og skranker for disse, som rettsordenen bygger på.³² Stortinget gir lover, basert på et grunnleggende prinsipp om konstitusjonelt demokrati, altså folkestyre innenfor visse konstitusjonelle rammer. Høyesterett dømmer i siste instans, og er gitt en særlig grunnlovsforutsatt autoritet til å sørge for rettsenhet. Lovgivningen bygger igjen på departementale utredninger og eventuelt spesielt nedsatte lovutvalg, som i form av lovforarbeider og på grunnlag av en spesiell lovgivningsteknikk, er gitt status som autoritative og utdypende kommentarer til loven. Dermed er det begrunnet både at lover normalt bør fortolkes i samsvar med sin ordlyd og rimelige

30 Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, Tano 3. utg. 1993, s. 23.

31 Herman Hesse, *Glassperlespillet*, Gyldendal 4. utg. 2000 (i oversettelse av Trond Winje), s. 14: «Spillereglene for dette spill over alle spill kan man bare lære på den foreskrevne måte, som krever mange år, og ingen av de innviede ville kunne ha noen interesse av å gjøre disse spillereglene lettere tilgjengelige. Disse reglene, spilllets tegnsprog og grammatikk, danner et slags høyt utviklet, hemmelig siffersprog med innslag av flere vitenskaper og kunstarter, men i særdeleshet av matematikk og musikk (eller musikkvitenskap), og det er i stand til å uttrykke innholdet og resultatene fra nær sagt alle vitenskaper og knytte forbindelser mellom dem. Glassperlespillet er med andre ord et spill med samtlige verdier og hele innholdet i vår kultur, det leker med disse verdier omtrent som en maler kan ha lekt med fargene på sin palett i kunstens blomstringstid.»

32 Slik vel også Bergo (2022), særlig s. 36 og s. 113 flg.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-07529-7

