



KANDIDAT

3050

PRØVE

JUR109 1 Rettshistorie

Emnekode	JUR109
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	04.09.2020 08:00
Sluttid	04.09.2020 12:00
Sensurfrist	24.09.2020 21:59
PDF opprettet	11.08.2021 10:22

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
<input checked="" type="checkbox"/>	JUR109 H20, generell informasjon	Skjema
1	JUR109 H20, oppgave 1	Langsvar
2	JUR109 H20, oppgave 2	Langsvar

JUR109 H20, generell informasjon

Emnekode: JUR109

Emnenavn: Rettshistorie

Dato: 4. september 2020

Varighet: 4 timer

Merknader:

Oppgavene teller likt.

Lykke til!

Tillatte hjelpemidler:

- Inntil 2 utgaver/eksemplarer av Norges lover (utgitt av Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo)

- Rettskrivingsordliste: Nynorsk eller bokmål (ikke synonymordbok)

- Ukommenterte særtrykk av lover og forskrifter (utskrift fra Lovdata er ikke lovlig hjelpemiddel til eksamen)

Det forekommer av og til spørsmål om bruk av eksamensbesvarelser til undervisnings- og læringsformål. Universitetet trenger kandidatens tillatelse til at besvarelsen kan benyttes til dette. Besvarelsen vil være anonym.

Tillater du at din eksamensbesvarelse blir brukt til slikt formål?

Velg et alternativ

Ja

Nei

1 JUR109 H20, oppgave 1

Gjør rede for hvordan den romerske retten og romersk rettstenkning fikk betydning i norsk rett og rettskultur fra midten av 1200-tallet og fremover.

Skriv ditt svar her...

Introduksjon og begrepsavklaringer

Retten er langt på vei dynamisk og foranderlig. Med dette menes at retten er i konstant utvikling, og at den hele tiden kan sies å la seg påvirke av både indre og utenforstående aspekter. For å forstå denne sentrale tendensen kan det være viktig å ta for seg et svært sentralt begrep i faget rettshistorie, nemlig begrepet "rettskultur". Dette vil være med på å belyse hvordan rettshistorien har vært i stadig forandring gjennom tidenes. Begrepet "rettskultur" er satt sammen av "rett" og "kultur", en kultur er en felles opplevelse av omstendigheter i et samfunn, som gjerne kan belyses gjennom språk, normer, identiteter og mat. Denne definisjonen av kultur kan være retningsgivende for forståelsen av begrepet "rettskultur". Her kommer retten inn og kaster lys over den samlede termen "rettskultur". Smelter vi disse sammen må dermed begrepet rettskultur forstås som de samlede opplevelsene og forventningene til retten, som iverksettes gjennom normproduksjon, konfliktløsning, juridisk metode, profesjonalisering og internasjonalisering. Denne definisjonen er langt på vei inspirert av professor Jørn Øyrehagen Sunde i sin bok "Speculum Legale".

Definisjonen av rettskultur skal vi ta med oss videre i besvarelsen, da den kan være med på å kaste lys over den romerske innflytelsen på retten og rettstenkningen. Begrepet rettskultur vil være gjennomgående i oppgaven, da rettskulturen i stor grad har latt seg påvirke av den romerske retten. Dette vil jeg belyse ytterligere i det følgende.

I den forbindelse må vi bevege oss over til et annet begrep, nemlig "resepsjon". Kjernen av resepsjonsbegrepet må forstås som den innflytelsen som utenlandsk rett har på vår rett og vår rettskultur. Enklere sagt må resepsjon forstås som en ytre påvirkningskraft, som tas inn i den nasjonale retten. Dette skjer nærmest hele tiden, og det er ikke nødvendigvis slik at dette foregår mens menneskene i samfunnet i det hele tatt er klar over det. Resepsjonsbegrepet kan sees i sammenheng med "internasjonalisering", som er et mer kjent begrep i dagens samfunn. Resepsjonsprosessen kan imidlertid sies å til tider være en automatisert prosess som ofte skjer helt ubevisst i retten og rettskulturen. I

henhold til oppgaven, vil dermed begrepet "resepsjon" stå sentralt. Vi kan med dette legge til grunn at romersk rett har blitt resipert i norsk rett gjennom mange århundrer.

Den videre fremstillingen vil dreie seg om hvordan denne romerske retten og rettstenkningen har influert på vår nasjonale rett. Avslutningsvis vil jeg belyse tematikken fra et dagsaktuelt perspektiv, da dette vil tjene for forståelsen av hvor vidtrekkende denne romerske retten har vært for den norske retten. Oppgaven avgrenses til å omhandle perioden fra midten av 1200-tallet.

Bakgrunnen for resepsjon av romersk rett

Det sentrale aspektet i oppgaven er hvordan den romerske retten og rettstenkningen har hatt innflytelse på norsk rett og rettskultur. Vi snakker dermed ikke om resepsjon av en hvilken som helst rett, men av romerretten. Dette krever en nærmere avklaring, og i første omgang, en historisk avklaring. For å forstå romersk innflytelse på norsk rettskultur må vi for det første være klar over Romerrikets voldsomme maktposisjon i verdenssamfunnet før kristu fødsel. Romerriket var selve forbildet for de øvrige nasjonene. Med et voldsomt ekspandert landskapsområde, som blant annet strakte seg over store deler av Europa og Afrika, er det ingen tvil om at det romerske riket var et voldsomt rike som ble sett opp til av den øvrige verden. Med Julius Cæsar i spissen, var romerriket også store på militær makt og infrastruktur. Panteon i Roma er et godt bilde på denne enorme maktposisjonen og det (så langt man kan kalle det velutviklet), vellutviklede samfunnet som Romerriket var. Dette sett i forhold til de øvrige statene som var i ferd med å vokse frem. Den historiske bakgrunnen og denne idealstaten som Romerriket må kunne sies å ha vært, vil dermed være en sentral grunn til at romerretten ble et forbilde og rettskulturen og rettsvitenskapen som vokste frem i Europa, og i vårt tilfelle, i Norge.

Det må i denne sammenheng nevnes at det romerne hadde greid å opparbeide seg, var noe man ikke hadde sett maken til tidligere. Det fantes dessuten heller ingen stater som hadde greid eller så ut til å greie å bygge opp noe

lignende. Romerretten dannet et forbilde fra starten av, og dette skulle vise seg å vedvare. Dette skal man ha i tankene ved forståelsen av den videre oppgaven.

Lovgivningstanken

Kjernen i oppgaven vil være å redegjøre for hvordan den romerske retten og rettstenkningen har påvirket den norske, fra midten av 1200-tallet. Vi skal dermed ha med oss i bakgrunnen at dette romerske riket hadde vært et forbilde for europeisk rettstenkning i mange hundre år allerede. Et viktig bidrag som den romerske rettstenkningen hadde for den norske, var lovgivningstanken. Ser man dette i relasjon til det rettslige hav, som juristen Karlo Tuori ofte bruker som metafor, kan man tenke at dette finner sted på rettens bunn-nivå. Lovgivningsidealet og lovgiverviljen er grunnleggende prinsipper i retten, og forandrer seg i det rent sjeldne. Gjennom lovgivningsinspirasjon skjer det grunnleggende endringer i retten, fordi den norske retten får et helt ny tankeretning; Vi må gi lover. Dette krever en nærmere avklaring.

Tidligere hadde retten vært preget av normer gitt gjennom saksfaktaanalogi. I korte trekk dreide dette seg om at regler ble til gjennom analogi fra tidligere sakstiltfeller. Dette kjennetegner normproduksjonen tilbake i rettslig førorden. Utover på 1200-tallet, og den rettslige epoken "rettsorden", blir tanken en annen. Med bagrunn i de feider og den uro som hadde utspilt seg i rettslig førorden, måtte man få bukt med den fattigdom og uro som preget samfunnet. Man begynner nå å rette blikket utover, og innser at man må regulere samfunnet på en annen måte. Et steg på denne veien var sektorlovgivningen som fant sted på slutten av 1100-tallet. Men vi måtte ha noe mer; en forhåndsregulert lovgivningsteknikk. Dette var med inspirasjon fra det romerne gjorde. Tanken var at man så hvordan det romerske samfunnet fungerte, gjennom at lovgivning tok høyde for det som foregikk i samfunnet, og valgte å regulere uønskede situasjoner på forhånd. Etterhvert spredte den romerske lovgivningstanken seg til Castilla og Sicilia, hvor den norske kong Håkon hadde militærforbindelser, og var videre et militært forbilde for kong Alfonso den 10. i Castilla. Her så kongen at grunnlaget for en ny måte å regulere

samfunnet på var tatt i bruk, nemlig lovgivning. Denne lovgivningstanken inspirerte kongen, fordi han anså det som en mulighet for å øke sin maktposisjon. Dette må imidlertid sees i sammenheng med en annen motivasjonsfaktor:

Den omfattende lovboken "Corpus Juris Civilis", blir her sentral. Dette var en romersk lovsamling av flere ulike lovbøker. Boken var et omfattende verk bestående av fire separate lovbøker; blant annet bøkene codex og digesta. Det er lovboken "Codex", vi skal rette fokuset mot. Denne lovboken var en keiserlig lovbok, som viste hvordan keiserlig makt i Romerriket hadde iverksatt tanken om lovgivning. Dette dannet et viktig inspirasjonsgrunnlag for Kongemakten i Norge. På denne tiden var den kirkelige makten i ferd med å vokse seg enda større enn den allerede hadde vist seg å være. Den kirkelige makt hadde en enorm administrasjon, og dette var en viktig inspirasjonskilde for at kongen selv ønsket å ekspandere sin makt. Gjennom den ene delen av lovsamlingen "Corpus Juris Civilis", nemlig boken "Codex", så nå kongen at keiseren i Romerriket hadde begynt med lovgivning. Dette ble en enorm motivasjonsfaktor for den norske kongen som nå ønsket å ekspandere sin maktposisjon han også, og dette ble dermed et viktig aspekt i rettstenkningen i Norge. Inspirasjonen gjennom Codex må også sees i sammenheng med at fredsprosjektet var i gang i Europa, og i Norge. Kongen ønsket dermed å benytte sin militære tvangsmakt til å legge til rette for freden. Han anså dette dermed som en god mulighet til å gjøre dette gjennom å fremme sin lovgivningsmakt, og brukte keiserens lovgivning som inspirasjon, og ikke minst motivasjon. På denne måten kunne kongen få ekspandert sin maktposisjon gjennom lovgivning, og senere også gjennom å kontrollere domstolenes virksomhet som en følge av dette.

Den romerske keiserlige lovgivningen kan dermed sees på som et viktig bidrag til endringen i den norske rettskulturen, og ikke minst tenkningen om retten. Dette må sees i sammenheng med behovet for lovgivning som vokste i Norge og i det øvrige Europa. Det er dermed dannet et naturlig grunnlag for lovgivningen, som senere munnet ut i et av Europas største lovgivningsprosjekt "Magnus

Lagabøters lands og bylov" av 1274. Grunnlaget var dermed dannet i romerretten, og resulterte i et svært vellykket lovgivningsprosjekt. I denne forbindelse må en også ha i bakhodet at utviklingen av lovgivningen, og selve lovgivningsarbeidet var, naturlig nok, et tidkrevende prosjekt. Tanken om lovgivning var dermed det som i første omgang ble det sentrale bidraget romerne hadde overfor den norske retten. Man så at romerne hadde fått til noe som man selv ønsket å få til, men man forstod ikke helt hvordan de hadde fått det til. Videre var selve prosessen frem mot en gjennomført lovgivning, noe som kom til å ta tid, og måtte utvikles gjennom studier og den videre profesjonaliseringen av retten. Dette vil behandles etterhvert.

Perioden som strekker seg fra tidlig 1200-tall, betegnes som rettsorden. I denne betegnelsen ligger ordet "orden", og må forstås som noe som er strukturert og ordnet. Jeg kan tenke meg til at lovgivningen og den romerske innflytelsen på lovgivningsprosjektet skal ha mye av æren for dette. Lovgivning er et sentralt aspekt med retten, og man fikk nå "ordnet" retten på en helt annen måte enn det man hadde greid tidligere.

Kongens skjønnssomme menn og rettsstudiet i Bolgona

Så kan man jo lure på; hvordan kan denne romerske lovgivningen slå rot i det norske rettssamfunnet som var i ferd med å bygge seg opp. Det hjelper jo ikke å ha en lovgivning hvis man 1) ikke vet hvordan romerne har greid å starte lovgivning. Eller 2) man vet hvordan disse lovene skal være utformet eller hvordan man skal anvende dem. Ved fremveksten av rettsorden blir Magnus Lagabøters lovgivningsprosjekt med Lands- og byloven svært sentral. I denne forbindelse gir han lagmannen en sentral posisjon. Lagmannen hadde tidligere vært et kollektivt husk på lagtinget, men skulle nå se til å få en utvidet posisjon. Det sentrale her er ikke lagmannen sin rolle, men hvem som utgjorde lagmannsvervene i rettsorden. Det følger av ML lands og bylov av 1274 at Kongen skal dømme i "samraad med hans skjønnssomme mend" og "hans vise mend" (ikke helt fullstendig gjengivelse). I den forbindelse forstår vi det slik at

Kongen hadde en gruppe med "skjønnsomme menn" som hadde stor betydning for han. Dette henger også sammen med at vi har bevis på at kongen oppnevnet lagmenne sine. For oppgavens sentrale del, har dette stor betydning. For hvem var egentlig disse skjønnsomme mennene? Og hvordan fikk de betydning for romersk innflytelse på norsk rett?

Rettshistoriske kilder gir oss anvisning på at kongens skjønnsomme menn utgjorde kongens nærmeste menn, og opptrådte som lagmenn under rettslig førorden og rettsorden. De tilhørte en gruppe vi kaller "lovkonsipister", som er en gruppe som var med på å forberede lovene. Disse mennene hadde dessuten studert juss i utlandet, og da fra begynnelsen av; rettsstudiet i Bologna. Dette gir oss sentrale poenger.

For det første fordi lovkonsipistene arbeidet som glossatorene og konsillatorene hadde gjort tidligere. Dette var europeiske "lovforberedere" som hadde hatt i oppgaven å samle romersk rett, og bringe den inn i øvrig lovgivning. Ettersom lovkonsipistene til Magnus Lagabøter, eller "hans skjønnsomme menn"; som de også kalles, hadde arbeidet med å utarbeide landsloven, viser dette at de har vært med på å samle romersk rett (i tillegg til kanonisk), og å oversette og gjøre den om til norsk rett. Dette er et viktig utviklingstrekk, og viser også hvordan romerretten har blitt tilført norsk rett, med de skjønnsomme menn som et viktig bidrag for dette.

Det må også være sentralt for oppgaven å påpeke at rettsstudiet i Bologna er et sentral moment i denne forbindelse. Dette rettsstudiet kom til på 1100-tallet, og fikk en enorm betydning for endringer i rettskulturen over hele Europa. Her vet vi at noen av kongens skjønnsomme menn har studert, og det er dermed grunn til å anta at den romerske retten har influert til Norge gjennom dette. Med den posisjonen de skjønnsomme menn hadde i den norske rettskulturen, må dermed romersk rett ha vært et naturlig resepsjonsmoment for den norske retten i rettsorden.

I den forbindelse vil jeg kaste lys over et annet rettskulturelt moment, som tilhører den mentale strukturen etter Sundes teori. For her får romerretten betydning for endring av rettferdighetsideal. Gjennom rettsstudiet i Bologna videreutviklet og studerte de skjønnsomme menn. På denne tiden vokser det også frem et nytt rettferdighetsideal, som gis utslag i Magnus Lagabøters lov og differensieringsteknikken som vokser frem. Fra antikken, og den sentrale filosofen Aristoteles, kan man hente prinsippet om det rimelige fra. Dette ble trolig lært gjennom romersk rett ved rettsstudiet i Bologna, og i tilknytning til differensieringsteknikken, kan man legge til grunn at dette var noe av det som ble studert ved rettsstudiet i Bologna på 1100-tallet og utover. Vi ser dermed at romersk tenkning også gir seg utslag i rettferdighetsideal og metode, og viser hvordan rettskulturen er et sammensatt fenomen, hvor alt til syvende og sist henger sammen med alt.

Svartedauen som en roligere periode

På 1300-tallet får vi Svartedauen som kom til å prege både det norske og det Europeiske samfunnet i stor grad. Dette ga seg utslag i internasjonaliseringen og resepsjonen av romersk rett, i den forstand at man var begrenset fra å kunne reise rundt og utvikle retten, og den romerske innflytelsen må med dette kunne sies å ha hatt en begrenset betydning i denne perioden. Perioden i kjøvannet av Svartedauen må også sies å være en periode med svært lite vekst av kompetanse, slik at vi ikke har særlig gode holdepunkter for å anta at romersk rett har influert i særlig stor grad på denne tiden. Dette gjelder i så måte i de påfølgende århundrene.

Reformasjonen og moralsk panikk

Vi tar så et viktig sprang i den historiske tidslinjen. Frem til reformasjonen omkring 1500, skjer det ikke særlig revolusjonerende utvikling i den norske, og heller ikke den europeiske rettsutviklingen. Vi må derfor helt frem til reformasjonen for å få et nytt utviklingstrekk som knytter seg til den romerske retten.

I kjølvannet av reformasjonen oppstod det en moralsk panikk i det europeiske samfunnet. Denne moralske panikken skulle prege rettskulturen gjennom at behovet for nye tanker og nye ideologier vokste seg større. Man begynte derfor å se tilbake til antikken, og videre den romerske retten.

Naturretten vokser frem som følge av antikken

Ved reformasjonen delte kirken seg i to, noe som medførte moralsk panikk og et samfunnsbilde i total forandring. Derfor rettet man blikket tilbake mot tidligere tid, og antikken og romerretten fikk ny giv i Europa. Tanken om naturrett ble her sentral. Naturrettstanken gikk ut på at menneskene var omgitt av en allmenngyldig lov som ivaretok sentrale rettigheter som menneskene hadde i kraft av å være menneske. Slike tanker ble voksende i Europa som et resultat av den moralske uro og panikk som florterte etter svartedauen, og aller høyeste grad etter reformasjonen på 1500-tallet. Denne tanken var det først og fremst tyskerne som hentet opp fra romerne, men har senere vist seg å få fotfeste i norsk rett. Kort forklart bygger naturrettstanken på den romerske tanken om kosmos, som var naturgitt rettigheter som menneskene var gitt, i tillegg til de gjeldende reglene som gjaldt i hver stat. Naturrettstanken utviklet seg videre til å omhandle en forbindelse mellom Gud og naturretten, men denne ble senere utviklet til en rasjonalistisk naturrett. Denne rasjonalistiske naturretten er den som opprinnelig bygger på det romerne hevdet var de naturgitt rettigheter, og naturrettstanken i sin helhet. Det er denne som fikk betydning i norsk rett utover på 1600-tallet.

Tanken om samfunnskontrakten, som var en tanke naturretten bygde på hadde dessuten også tilført det Europeiske rettssamfunnet en ny tro på retten. Denne tanken bygde på romersk rett og var en viktig inspirasjonskilde for den nye fremveksten av rettssamfunnet.

Et viktig aspekt ved at europeiske rettstenkere rettet seg tilbake til romerne, kan ha å gjøre med det som ble nevnt innledningsvis i oppgaven: romerriket var et stort forbilde for den øvrige delen av Europa, og når man visste at det ikke fantes mer lærdom å hente i egen nasjon, var romerretten en naturlig kilde til ny giv og

ny inspirasjon. Vi ser dermed at romerretten igjen får fotfeste i norsk rett og rettskultur, nå gjennom tysk rett.

Gjennom resepsjon av tysk rett

Hvorfor denne naturrettstanken fikk fotfeste i Norge, som et resultat av tysk resepsjon av romersk rett, kan bevises gjennom Norges geografiske beliggenhet for Tyskland. Dette kan dessuten også begrunnes gjennom at danskene hadde svært kort vei over til Tyskland, og den danske adelen hadde igjen svært stor innflytelse på den norske retten.

Hanseatene i Bergen

Noe av den romerske retten kan sies å ha fått innflytelse gjennom tyske handelspartnere som hadde kontor i Bergen omkring 1500-1600-tallet. Disse tyske handlesmennene ble kalt Hanseatene og hadde jurisdiksjon på de områder som omfattet de tyske kontorene i Bergen. Gjennom dette har man kilder på at disse tyskerne anvendte romersk rett som fikk fotfeste i Norge. Dermed kan Bergen og tysk rett sies å ha vært en ytterligere kilde til resepsjon av romersk rett.

Universitetene i Tyskland

Videre er det også sentralt at tyske universiteter langt på vei underviste i romersk rett, og i naturrett, og disse idestrømningene ble tilført Norge gjennom sentrale. Vi kjenner til at det ble undervist dette i Tyskland, og at Tyskland igjen ble et naturlig valg for norske juristspirer som ønsket å utvikle sin juridiske kompetanse. Dermed har norske studenter ved tyske universiteter studert tysk rett.

For disse tyske universitetene, som også var preget av den moralske panikken som utspant seg etter reformasjonen, var romersk rett et naturlig utgangspunkt for rettsstudiet, man kjente også til den sterke lovgivningskompetansen som den romerske retten hadde tilført det øvrige Europa gjennom tidene.

Menneskerettighetene som en videre følge av dette

Når naturretten alt er nevnt, vil også menneskerettighetene være et naturlig poeng i den forbindelse. Naturrettstanken fra antikken og romerretten dannet et viktig grunnlag for utviklingen av menneskerettighetene, som i dag har en viktig betydning for norsk rett. Naturrettstanken bygger på et tankesett om allmenngyldige regler som ivaretar menneskenes iboende rettigheter. I kjølvannet av den andre verdenskrigen fikk disse tankene et nytt liv, gjennom opprettelsen av FN og Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon. Her ser vi at tanken om de allmenngyldige rettighetene fra romerretten, blir brukt som et politisk argument mot den sentraliserte makten som grusla samfunnet og tok enorme mengder menneskeliv under 2.verdenskrig.

I denne sammenheng synes jeg det er svært interessant at romerrettens tanker og tankesett om naturgitte retninger i kraft av kosmos, har fått en så fremragende betydning i norsk rett, som det menneskerettighetene faktisk har i dag. Dette må også sees i lys av den romerske tanken om at menneskene er underlagt en samfunnskontrakt. Dette underbygger også den idealstaten som Romerriket må ha vært i fra begynnelsen av, og det gir all grunn til å forstå hvordan romerne kan ha vært såpass viktige forbilder for retten som det de var i sin storhetstid.

I et dagsaktuelt perspektiv

For mange vil det kanskje være absurd å kunne vise til romerretten når man snakker om dagens rettslige situasjon. Men, i tilknytning til det enorme potensialet som romerretten hadde allerede før Kristus fødsel, er det ikke unaturlig å gi romerretten enorm ære for den rettsutviklingen som har funnet sted gjennom tidene.

I den forbindelse ønsker jeg å trekke tråder mellom den gamle og enorme romerretten, og helt frem til vår egen tid, og dagens rettskulturelle situasjon.

Den systembaserte naturrettstanken som strekker seg helt tilbake fra antikken, vil her bli sentral. I dagens lovgivning har vi en systembasert lovgivningsteknikk

som han ligner på den systembaserte lære som både utspant seg i Skoalistikken og i naturretten. Her kan romersk rett sies å ha satt igjen viktige spor. Peder Kodford Ancher uttalte på sent 1700-tall at det var en fordel å ha god orden i en lovbok. Dette er tanker som opprinnelig kan spores tilbake til romerretten, men som vi likevel ser utslag av i dag, gjennom eksempelvis formålsbestemmelser og generalklausuler.

Det må også nevnes at lovgivningsprosjektet til Magnus Lagabøter har satt viktige spor i dagens rettskulturelle situasjon, vi vet fra tidligere i oppgaven at dette lovgivningsarbeidet ble gitt som grunnlag i en inspirasjonstanke fra romerske lovboken "codex". Dermed kan vi igjen se at det romerske lovgivningsprosjektet har satt tydelige spor i norsk rettstradisjon og kultur.

Jeg har i denne sammenheng lyst til å runde av med et interessant og dagsaktuelt juridisk tema nemlig Juryeordningen. Dette er et betent tema i norsk rettsvitenskap den dag i dag, og er faktisk ikke eksisterende lenger per dags dato. Den siste saken i norsk rett som ble behandlet med en juryordning i lagmannsretten, gikk i 2019; saken mot Eirik Jensen. Det vil falle utenfor oppgavens kjerneområde å behandle juryordningen nærmere, men jeg vil her trekke en tråd til den romerske ordningen med Pretor. Dette er en gammel ordning som gikk ut på å dele inn den juridiske tvisten mellom lekfolk og juridisk kyndige personer. Ordningen i dag og den romerske ordningen "Pretor" går i korte trekk ut på å overlate bevisvurderingen til de ulærde, og la de lærde få ta seg av den juridiske delen. Denne ordningen ble i norsk rett innført gjennom at lagmannen på 1200-tallet skulle gi sitt kompetansegrunnlag et bredere anvendelsesområde, gjennom at lagtinget og bygdinget fikk delt opp sine arbeidsoppgaver. Dette var for å bøte på manglende juridisk kompetanse i bygdinget. Jeg synes dette er en spennende sammenheng mellom romersk rett, men dette behandles ikke ytterligere pga. tidspress.

Vi ser med dette at den romerske retten har hatt stor innflytelse i norsk rett og rettskultur gjennom flere hundre år. Både gjennom lovgivningsinspirasjon,

gjennom rettslige idelogier, men også gjennom andre internasjonale rettskulturer, som den tyske retten tilførte den norske. Vi skal heller ikke se bortifra at innflytelsen som romersk rett har hatt på norsk rett, vil kunne finnes igjen også om 100 år, vi skal uansett ha med oss i bakhodet at de menneskerettighetene vi føyer oss etter i dagens samfunn, i bunn og grunn bygger på romerske filosofer og deres tankeretninger.

2 JUR109 H20, oppgave 2

Forklar hvordan differensieringsteknikken og den deduktive metoden fungerte i hhv. rettsorden og rettssystemet.

Skriv ditt svar herMetodisk utvikling som utgangspunkt

Kjernen i oppgaven går ut på å identifisere de metodiske utviklingene gjennom differensieringsteknikken og den deduktive metode, og forklare hvordan disse har fungert i de periodene de vokste frem i. I den forbindelse mener jeg det kan være hensiktsmessig å si noe om den metodiske utviklingen generelt, sett i lys av rettskulturbegrepet som er behandlet i forrige oppgave. Utviklingen av den juridiske metode, er en utvikling som skjer innenfor den intellektuelle delen av rettskulturen, eller den mentale delen som den også kan kalles. Forandringer i metoden skjer i takt med den øvrige rettskulturen som er i stadig forandring, og utviklingen påvirkes av henholdsvis rettferdighetsidealer og lovgivning, men også av profesjonalisering og internasjonalisering. Konfliktløsningen kan også knyttes opp mot metoden. I det følgende vil disse øvrige momentene behandles, men fokuset vil være på metoden.

Endring av den juridiske metoden henger sammen med at samfunnet langt på vei krever, ubevisst, at metoden endrer seg i takt med rettskulturen for øvrig. Dette kan illustreres med at eksempelvis økt lovgivning forutsetter en annen metode enn den som forelå før lovgivningen trådte i verk. Dette vil jeg komme mer inn på under differensieringsteknikken. Vi kan dermed si at utviklingen av den juridiske metoden skjer som en naturlig reaksjon på det som foregår ellers i samfunnet og ellers i rettskulturen. Dette er et karakteristisk og treffende aspekt ved rettskulturen; den er i stadig forandring, og alt henger sammen med alt.

Rettslig differensiering i rettsorden**Bakgrunn**

Den første metoden som oppgaven forespør en redegjørelse for, er differensieringsteknikken. For å skjønne utgangspunktet kan det være greit å kort redegjøre for tilstanden før differensieringsteknikken fikk fotfeste i norsk rettsutvikling. På denne tiden; som betegnes som rettslig førorden, så samfunnet annerledes ut. For det første var ikke lovgivningsproduksjonen på nært hold den samme som i rettorden. Normene ble hovedsakelig styrt av regler som sprang ut av saksfaktaanalogi, og juridiske spørsmål ble løst med

utgangspunkt i tidligere avgjorte saker. Dette hang også sammen med at rettferdighetsidealet var likevekt, og man ønsket å behandle like sakstiltfeller likt. Dette er utgangspunktet før differensieringsteknikken trer i verk.

Differensieringsmetoden oppstod som en videreutvikling av denne kasusistiske saksfaktaanalogien. Historisk sett ble metoden ble tilført Erkebispedømmet i Nidaros, gjennom det kanoniske verket "Decretum Gratiani", der den katolske mannen Gratian nedtegnet metoden "differensiering". Kanonisk rett var en viktig inspirasjonskilde til norsk rett, parallellt med den romerske retten. Det var derfor ikke unaturlig at Gratian brakte denne teknikken gjennom den kanoniske retten, via erkebispesetet i Trøndelag. Differensieringen var en metode som i korte trekk gikk ut på å skille saker fra hverandre, gjennom å rette blikket utover sakens alminnelige faktum, og derimot trekke inn andre omstendigheter som kunne kaste lys over saken. Man rettet derfor blikket utover sakens konkrete faktum. Differensieringsteknikkens hensikt kan sies å ha sammenheng med Gratians syn på den kristne morallære, som ofte ikke alltid var harmonisert med øvrige rettskilder. Dette gir seg eksempelvis utslag i at bibeleske tekster tidvis stred med Moselovene. Dette mente Gratian var forvirrende, og han ønsket å forene dette. Gratian tilhørte retningen "Skoalistikken", som gikk ut på å harmonisere og bygge bro mellom tro og fornuft. Dette var dermed utgangspunktet for differensieringsmetoden som han tilførte norsk rett gjennom erkebiskopen i Nidaros. Differensieringstanken må også sies å bygge på en kristen moraltanke om at mennesker synder gjennom intensjonene bak handlingene, og ikke bak handlingen i seg selv. Dette ble dermed en viktig grunntanke for differensieringen som vokste frem i rettsorden, som vi skal ta med oss videre i fremstillingen. Man skulle nå blant annet se hen til intensjonen bak handlingene.

Selve metoden

I norsk rett ble differensieringsteknikken først nevnt i Kong Håkon Håkonssons fredslov av 1260, men kilder nevner også at Kongsspegelet inneholdt en egen bok i rettslig differensiering. På denne måten hadde differensieringsteknikken

fått fotfeste i norsk rett. Som tidligere nevnt gikk differensieringsteknikken i det store og det hele ut på å skille sakstilfeller fra hverandre, gjennom å rette blikket utover den konkrete sak, og trekke inn øvrige omstendigheter som rettsanvenderen fant relevante for sakens vedkommende.

Differensieringsteknikken henger langt på vei også sammen med prinsippet om det rimelige, som utviklet seg fra Aristoteles, via romersk rett, og til norsk rett gjennom blant annet lovkonspistene (jf. oppg1).

Tanken om at mennesker synder bak intensjonen med handlingen, skulle få fotfeste i den nye metoden som nå var i ferd med å slå rot i Norge og norsk rett.

Gjennom differensiering skulle man kunne rette blikket utover den konkrete sak, og tilføre vurderingen andre momenter enn bare en sammenligning mellom hva som har skjedd i denne saken, og hva som hadde blitt dømt i tidligere saker. Nå skulle man trekke inn intensjonen bak handlingen, hvor stor kjennskap vedkommende hadde til den rettslig situasjonen, hvordan handlingen var skjedd, evt. hvor stor sum som var sjålet i tyverisaker. Vi ser her at retten har tatt et stort steg i retning nyvinning og utvikling. Differensieringsteknikken må også sees i sammenheng med at prinsippet om det rimelige hadde fått fotfeste, og dette rettferdighetsidealet sammen med differensieringsteknikken, må kunne, utifra dagens øyne, kunne kalles for et steg i retning rettssikkerhet. Dette kan man gjerne også se i sammenheng med at differensieringsteknikken medførte et økt behov for juridisk kompetanse. Profesjonaliseringen av retten måtte derfor iverksettes på en annen måte, for å holde følge med den juridiske metoden som her vokste frem. Dette faller utenfor oppgaven og vil ikke behandles ytterligere.

Et konkret eksempel på rettslig differensiering finner vi ved å sammenligne en tyveriregel i Den eldre Gulatingsloven med en tyveriregel i Magnus Lagabøters landslov. Etter den gamle gulatingsloven skulle man først kappe av et øre på den som stjal, deretter andre gang vedkommende stjal, skulle man kappe av det andre øret, før man skulle kappe av enn annen kroppsdel. Fjerde gang man stjal skulle vedkommende gå fri. Dette viser at tyveri ble sett under en kategori, og det ble ikke gjort noe vurdering av hverken intensjon, sum eller forsett/uaktsomhet.

I landsloven etter MLB ble dette derimot gjort annerledes. Er fantes det en egen regel som sa at dersom noen stjal for å overleve, så skulle vedkommende gå fri. Det finnes konkrete eksempler fra dette i rettspraksis, om en mor som stjal for at hun og ungen skulle overleve. Hun ble følgelig ikke dømt for tyveriet. For å belyse tanken om differensiering vil jeg vise til dagens lovgivning hvor vi finner igjen tendenser av differensieringsteknikken gjennom at man i straffelovgivningen skiller på naskeri og tyveri, utifra hvor store summer som er stjålet. Videre skiller vi også på handlinger som er gjort i nødrett og nødverge, eksempelvis om du har tatt deg inn i en hytte i snøstorm for å brødfø deg selv, kan du slippe straff. Dette er eksempel fra det ekstreme, men det kan likevel belyse et viktig poeng ved at differensieringsteknikken kan finnes igjen idag.

Deduktiv metode i rettssystemet

Bakgrunn

Sammen med et nytt voksende rettferdighetsprinsipp, kan den deduktive metode sies å være et av de viktigste rettssikkerhetsmomentene som naturretten tilførte rettskulturen ved rettssystemets fremvekst. Sett i sammenheng med begreper og avklaringer som er behandlet tidligere i oppgaven, må den deduktive metode kunne sies å ha vokst frem i samspill med øvrige momenter i det rettskulturelle samspillet. Gjennom en mer systematisk tilnærming av retten, som er noe av det naturretten fører med seg på 1700-tallet, får vi fremveksten av en metode som fullt og helt svarer til dette behovet. Den deduktive metode er dermed et utslag av den systembaserte og allmenngyldige tankeretningen som preger rettssystemet som rettslig epoke.

For å helt klart knytte en lenke mellom naturretten som filosofisk ideologi, til den deduktive metode, vil jeg peke på systematikk, allmenngyldige retter og fredelig sameksistens. Dette er det naturretstenkerne pekte på når de begrunnet naturretten som ideal i det europeiske samfunnet. Dette vil presiseres ytterligere i det følgende.

Som en følge av Kristian Vs norske lov av 1687 vokste det frem en lovgiver optimisme av en annen verden. Tanken var at en nå skulle lovregulere alle potensielle sakstiltfeller, slik at forutberegnelighetshensynet skulle ivaretas på best mulig måte, og det skulle for dommernes henseende, ikke være behov for å måtte tilføre jussen noe rimelighetsprinsipp eller noen annen tilnærming. Lovpositivismen var stor, og lovgivere rundt om kring i Europa hadde en voksende optimisme og tiltro til eget arbeid. I denne sammenheng vokste også behovet for en metode som kunne tilpasse seg denne lovpositivismen. Ettersom differensieringsmetoden ikke forutsatte gjennomregulerte lover, men heller rimelighetsprinsippet som rettesnor, var det nå behov for noe nytt. Dette medførte at den deduktive metode vokste frem med rettsystemet.

Selve metoden

Som metode skiller denne seg fra den tidligere differensieringsteknikken, gjennom at den deduktive metode er fokusert på lovens begreper og de logiske slutninger. Tidligere hadde man brukt kasusitiske tilnærminger, men man anså nå at dette ikke var forutberegnelig nok, og stod heller ikke i stil med den utviklede retten ellers. Problemet med naturretten var imidlertid at den gjaldt uavhengig av lov. På den andre siden var lovpositivismen såpass stor, at det ville stride med konstitusjonen å avvike loven til fordel for naturretten. Ludvig Holberg løste dette problemet i 1715, ved å trekke en syntese mellom naturrett og lov, og hevdet i denne sammenheng at naturrett og lov var i overensstemmelse. Den rettskildemessige utfordringen var nå ikke en utfordring lenger.

Den deduktive metode er det Rene Descartes som skal ha æren for. Han var optiker, noe som kan gi oss en viktig forklaring på tanken bak den deduktive metode. Fordi han var optiker hevdet han at verden ikke alltid var sånn som folk trodde at den var. Han mente derfor at man alltid måtte søke kjernen i en konflikt for å løse den. Har man for eksempel en klokke som ikke virker, må man søke kjernen i denne klokken, og finne ut hvilken del av klokka som ikke virker. Herunder må man spalte opp delene av klokka, og søke å finne

problemet i de enkeltstående delene som klokken består av. På denne måten mente han at man ville komme til bunns i konflikten. Den deduktive metode gikk ut fra å knytte begrep til kasus. Dette gjorde man gjennom en forestående induksjon hvor man knyttet kasus til begrep. Descartes hevdet i denne forbindelse at induksjonen i seg selv ikke var nok, fordi man da risikerte å overse begreper. Det klassiske eksempelet som Sunde bruker i rettsspegele er "firebeint kreatur". Ved å si at ku, gris, hund og katt er "firebeint kreatur", induserer man begrepet "firebeint kreatur", og knytter dermed kasus (saken), opp mot vilkåret "firebeint kreatur". Dette er ikke en heldig metode i seg selv, forid man da risikerte at eksempelvis hest og sau ikke falt innenfor definisjonen. Derfor måtte en dedusere. Gjennom å stille vilkår for "firebeint kreatur", ved at de har fire bein, kunne man da identifisere hvilke skapninger(kasus) som har fire bein, og deretter anvende dem under vilkåret "firebeint kreatur" (begrepet). Deduksjon går dermed ut på å knytte begrep til kasus, for en mer effektiv metode.

Den deduktive metode ble sett på som effektiv, fordi man oppsøkte kjernen i en juridisk konflikt, og brukte dermed tid på det som var problematisk ved konflikten. Dette kan forenes med Descartes tanke om at verden ikke alltid var sånn man trodde at den skulle være.

Eksamensforordningen ble en viktig rettskulturell endring som fikk betydning for den deduktive metodes videre anvendelsesområde. Gjennom eksamensforordningen som ble gitt i 1736 fikk man sikret at de som jobbet med og anvendte jussen var forent med en felles juridisk metode; den deduktive metode. Eksamensforordningen gikk ut på at ingen kunne søke jobber i det juridiske rettsliv, uten å ha avlagt en juridisk embetseksamen. På denne måten kunne man også ivareta det fremtredende rettferdighetsprinsippet i rettsystemet; forutberegnelighetshensynet. Virkningen av dette vil jeg gjerne påpeke gjennom et eksempel på bruk av deduktiv metode i rettspraksis.

Et eksempel som gjerne kan kalles "slåsskampsaken" kan tjene som illustrasjon for hvordan den deduktive metode virket i praksis. Det hele omhandler to svært

like tilfeller som munnet ut i en juridisk konflikt. Den ene saken er fra 1744 og den andre er fra 1777. Årstallene står her sentralt. I den første saken (fra 1744) hadde to personer havnet i en konflikt, fordi han ene mente at den andre hadde slått, lugget og sparket han. Loven som ble anvendt opplistet disse situasjonene, med påfølgende strafferamme. Det var dermed ingen begrep "slåsskamp" som kunne anvendes. Når dommeren da skulle ta stilling til saken, brukte vedkommende lovens ordlyd og knyttet hver enkelt handling som den tiltalte hadde gjort, til hver enkelt handling som var opplistet i lovens ordlyd. Dette endte med en bot på 18 riksdaler, som var en svært høy sum. Faktisk en så stor sum at den var høy nok til å gjøre den tiltalte blakk. I den siste saken (fra 1777), var dommeren en annen, og metoden han anvendte var en helt annen. Det denne dommeren gjorde, til forskjell fra han i 1744-saken, var å vurdere hele situasjonen (kasus), under begrepet "slåsskamp". Han tok dermed i bruk deduksjon, og deduserte vilkårene i loven, gjennom begrepsbruk og deduksjon. På denne måten så han hele situasjonen under ett, og dermed idømte den tiltalte kun den ene straffen som var oppstilt i loven. Denne var på 9 riksdaler, halvparten av dommen fra den forrige saken. Det illustrerende her er at den siste dommeren hadde avlagt juridisk embetseksamen etter eksamensforordningen av 1736. Dette har stor betydning for utfallet av saken, fordi metoden stiller seg helt annerledes enn den forrige. Dette kan forklares ved at man gjennom eksamensforordningen fikk sikret en helhetlig og felles meode, som alle jurister som hadde avlagt denne eksamenen, fulgte i sin rettsanvendelse. I denne sammenheng må det presiseres at dommeren i den første saken avsa dom etter at eksamensforordningen hadde trådt i kraft, men det er viktig å påpeke her at virkningen av eksamensforordningen nok tok et par år, før den resulterte i at alle dommere hadde avlagt eksamen. Det må også her pekes på at situasjonen i 1777 var kommet svært mye lenger enn situasjonen i 1744 da eksamensforordningen bare var 8 år gammel.

Senere utvikling

Som retten ellers, hadde metoden i rettssystemet en dynamisk karakter, og det var stadig teoretikere og rettsvitenskapsmenn som fant grunn til å videreføre

denne metoden. I den forbindelse vil jeg trekke inn Hugo Grotius, som tilførte bruk av "aksiomer" en sentral betydning i den deduktive metode. Bruk av aksiomer kan forklares som en bruk av grunnsetninger eller allmenngyldige begrepskonstruksjoner, som knyttes opp mot det deduserte begrepet. Bruken av aksiomer kan eksempelvis finnes igjen i vår egen Grunnlovs lovgivningssystematikk hvor Adler og Falsen utarbeidet forslag til formålsbestemmelser som skulle virke som grunnsetninger for de øvrige bestemmelsene i Grunnloven. Den dag i dag har både forarbeider og formålsbestemmelser sentrale virkninger i lovtolkningen, og er dermed nært tilknyttet den deduktive metode også i dag. Generalklausuler og sentrale hensyn som skal vektlegges, kan anses som aksiombruk i vår egen rett den dag i dag. Herunder kan en nevne hensynet til barnets beste i barnevernslovgivningen. Dette må likevel sees i sammenheng med veksten av bruk av rettspraksis, som har vært en viktig tendens i vår rettskildelære.

En annen utviklingstendens som tuftet på den deduktive metode, skal den tyske juristen Christian Wolf ha æren for. Han utviklet og perfektionerte den deduktive metoden i en enda mer systembasert retning enn det den deduktive metode allerede hadde vist seg å være. Dette kan trolig sees i sammenheng med at Wolf var matematiker og mente at matematikken hadde mye å tilføre jusseren. Han viste blant annet til prinsippet om trekanten, dersom du får oppgitt 2 av vinklene i en trekant, vil du automatisk kunne regne deg frem til vinkelen på den siste. Dette kan sees i sammenheng med den ellers logiske og sameksisterende grunntanken som den deduktive metode bygger på. Redegjørelsen for Wolfs videreutviklede metode vil ikke behandles ytterligere, da dette var grunnlaget for begrepsjurisprudensen som ikke fikk fotfeste i norsk-dansk rettskultur.

Det utviklet seg videre en motstand til denne systembaserte metoden. Gjennom Charles Montesquieu vokste derimot tanken om at retten måtte være forankret i det nasjonale, og de individuelle tilpasningene som forelå i samfunnet og i kulturen. Dette synspunktet fikk fotfeste i norsk rett gjennom teoretikerne Peder Kodford Ancher. De lokale variasjonene i rettssystemene og samfunnene,

måtte får forrang for det systematiske og forhåndsgitte. Det som utviklet seg heretter var en sedvanebasert rettskildelære, hvor senere også rettspraksis fikk en mer fremtredende rolle, og reelle hensyn ble benyttet som en viktig rettskilde i norsk rett. Fokuset ble nå rettet vekk fra lovpositivismen, og frem mot rettspositivismen, som senere dannet grunnlaget for en norsk retrealisme på 1900-tallet. Dette viser at den deduktive metode tok en annen retning, da vår metode fikk tilført mer lokalt forankrede rettskilder (sedvane og rettpraksis), og retten fikk en mer pragmatisk og partikulær karakter.

Avsluttende refleksjoner

Som nevnt innledningsvis er den juridiske metoden nært knyttet opp mot rettens øvrige rettskulturelle momenter. Dette gir oss et interessant og tydelig bilde på hvordan alt henger sammen med alt, og hvordan rettskulturen i bunn og grunn er svært mottakelig for nye impulser.

I rettsorden viste differensieringsteknikken seg å henge nært sammen med internasjonalisering av kanonisk rett, som Gratian tilførte biskopen gjennom "Decretum Gratiani". I tillegg må dette kunne sies å henge nært sammen med den lovgiveroptimismen som var funnet sted i kjøvannet av fredsprosjektet i middelalderen. Her oppstod det som nevnt et behov for en metode som kunne tillempes den metoden som var i ferd med å utvikle seg. Dette gir en viktig rettskulturell endringsprosess, hvor aspektene driver hverandre

I rettssystemet vokste den deduktive metode frem som et resultat av den allmenngyldige og systembaserte naturretten. Dette må langt på vei også sees i sammenheng med fremveksten av et forutberegnelighetsideal, som forutsatte av rettsanvenderen kunne ivareta lovgiver (herunder Kong Kristian V) sin hensikt med hans lov. Dermed var det lagt itil rette for fremveksten av en nyt metode, som stod i stil med de øvrige rettskulturelle momentene.

Både differensieringsteknikken og den deduktive metode må det kunne sies å finne spor av i dagens rett. Differensieringsteknikken ser vi gjennom måten man i norsk rett skiller mellom forsett og uaktsomhet ,eller naskeri og tyveri, i straffelovgivningen. Prinsippet om det rimelige, som vokser frem med

utgangspunkt i differensieringsteknikken, må også kunne sies å ha en fremtredende posisjon i norsk rett. Vi vier det rimelige en stor plass i norsk rett, sett i forhold til eksempelvis tysk rett. Den deduktive metode må også kunne sies å gå igjen i dagens metode. En må i denne forbindelse likevel se hen til en utstrakt brukt av rettspraksis som finner sted i norsk rettskildelære og metode. Vi vil dermed ikke kunne ha en ren deduktiv metode, fordi vi langt på vei vier plass til de individuelle tilpasningene som foreligger retten.