



Undervisning og overbevisning

**Festskrift til
Roald Martinussen
70 år**

Undervisning og overbevisning

**Festskrift til
Magnus Roald Martinussen
70 år**

**Redigert av
Lana Bubalo
Roger Stelander Magnussen
Bård Sverre Tuseth**

© Handelshøgskolen, UiS 2024

ISBN: 978-82-8439-307-0 (trykt utg.)

ISBN: 978-82-8439-308-7 (digital utg.)

Omslagstegning: Nela Bubalo (10 år)

Sats: Baardgames AS

Brødtekst: 11 pkt. Minion Pro

Alle henvendelser om boken kan rettes til:

Handelshøgskolen UiS

Postboks 8600

4036 Stavanger

<https://www.uis.no/nb/om-uis/handelshogskolen-uis>

Lisens:



Utgitt med støtte fra Handelshøgskolen ved Universitetet i Stavanger.

Innholdsfortegnelse

Magnus Roald Martinussen 70-år.....5

Redaksjonen

Norsk kirkerettslitteratur.....9

Roger Stelander Magnussen

Akademisk ytringsfridom.....37

Ola Johan Settem

Blasfemiforbudets renessanse.....53

Bård Sverre Tuseth

Innbringelse til politistasjon.....71

Gert Johan Kjelby

Pågrepelse og innbringelse av barn.....87

Maren Sagvaag Retland

Rettskildevekten av Høyesteretts ankeutvalgs
ankenektelser i straffesaker.107

Magnus Matningsdal

Schrödingers katt – absolutt tvetydighet og
det strafferettslige presisjonskravet.....115

Truls Ellingsæter

Forbrukerkjøpsretten europeiseres.....	131
<i>Professor Johan Giertsen</i>	
EUs rett til reparasjon i norsk kontekst.....	145
<i>Lana Bubalo</i>	
Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs.....	175
<i>Marie Larsen Gellein</i>	
Ekstinksjon eller reklamasjon.....	195
<i>Per Våland Mauritzen</i>	
Moby-Dick og besittelse.....	233
<i>Anders Parmann</i>	
Tålt bruk (<i>precario</i>) (i hevds læren) forstått som «godviljesbruk»	243
<i>Gunnar Eriksen</i>	
Roald Martinussens bibliografi.....	255
<i>Bård Sverre Tuseth</i>	
Kilderegister.....	259

Festskrift i anledning Magnus Roald Martinussens 70-årsdag

Dette festskriftet er en hyllest – og en takk – til dosent Magnus Roald Martinussen for hans viktige undervisningsinnsats og hans forsknings- og formidlingsbidrag innen juridiske fag ved Universitetet i Stavanger.¹

Roald ble *cand.jur.* ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo høsten 1979. For undervisningen i rettsvitenskapelige fag i Stavanger har Roald spilt en sentral rolle i over 40 år. Roald har undervist så vel ved Universitetet i Stavanger som ved ulike institusjonelle forløpere. I 1983 begynte Roald å undervise ved Rogaland distriktshøgskole. Distriktshøgskolen ble senere en del av Høgskolesenteret i Rogaland, som igjen ble en del av Høgskolen i Stavanger da den ble etablert i 1994. Høgskolen fikk universitetsstatus med virkning fra 1. januar 2005. Institutt for økonomi og ledelse endret 1. januar 2011 navn til Handelshøgskolen ved Universitetet i Stavanger. Handelshøgskolen er i dag et eget fakultet. Avdeling for regnskap og rettsvitenskap er en av tre avdelinger ved Handelshøgskolen. Roald arbeidet ved denne avdelingen da han gikk av med pensjon i begynnelsen av 2024.

Roald er en dyktig formidler og har gjennom flere tiår vært en høyt skattet foreleser. I sitt virke har han vært særlig opptatt av

¹ I anledning Roald Martinussens 70-årsdag i januar ble en gratulasjonshilsen publisert på nettsidene til Universitetet i Stavanger: <https://www.uis.no/nb/handelshogskolen-uis/roald-martinussen-70-ar>. Deler av forordet bygger videre på denne gratulasjonen.

undervisningskvalitet og studentenes læringsutbytte. Hans engasjement og dedikasjon har gitt unike læringsopplevelser for en rekke studenter. Gjennom årenes løp har han undervist i en rekke ulike fag – både for fremtidige jurister og for studenter som har fulgt andre studieløp. Undervisningsinnsatsen har ikke bare sognet til juridiske studieprogram. Han har også ytt bidrag til juridisk undervisning innenfor økonomisk-administrative og samfunnsvitenskapelige studieprogram. Porteføljen av fag som Roald har forvaltet, viser juridisk bredde. Obligasjonsrett har utgjort et faglig dreiepunkt, men han har også undervist i offentligrettslige fag, herunder forvaltningsrett og sosialrett.

Det faglige engasjementet har ikke bare fått utløp i universitetets undervisningsrom. Roald har også skrevet flere lærebøker, særlig av obligasjonsrettslig art, om kjøpsrett, forbrukerkjøpsrett og avhendingsrett. Bøkene har fungert som pensum for mange studenter. Forsknings- og formidlingsinteressen har – på samme måte som undervisningsinteressen – ikke vært begrenset til ett rettsfelt. Roald har også levert bidrag til så vidt spredte felt som politirett og kirkerett. Bibliografien viser en oversikt over bøkene, artiklene og bokanmeldelsene som utgjør Roalds forfatterskap. I tillegg til artiklene som har blitt trykt i fagpressen, har Roald også formidlet gjennom dagspressen.

Roalds innsats har også hatt institusjonell betydning. I rettsvitenskapshistorien til Universitetet i Stavanger, medregnet de institusjonelle forløperne, går det en linje fra utviklingen av enkeltfag via oppbyggingen av bachelorgraden og til fremveksten av mastergradene. Fra starten av utviklet Roald rettsvitenskapelige fag, som han hadde emneansvar for samt underviste og sensurerte i. Etter hvert vokste fagmiljøet, og det ble mulig å tilby rettsvitenskapelige studieprogram. Bachelorstudiet i rettsvitenskap ble opprettet i 2011. Et masterstudium i forretningsjus ble etablert i 2021. Fagmiljøets innsats kulminerte med at Handelshøgskolen ved Universitetet i Stavanger kunne tilby et fullverdig masterprogram i rettsvitenskap,

der de første studentene startet høsten 2023.

Arbeidet som medførte at masterstudiet i rettsvitenskap ble akkreditert våren 2023, bygger på Roalds pionerinnsats. Dette festskriftet er en hyllest til Roald. Samtidig utgjør antologien det første boksamarbeidsprosjektet for det rettsvitenskapelige fagmiljøet ved Universitetet i Stavanger. Ulike faglige interesser har blitt forent i et felles ønske om å bidra til den markeringen som festskriftet representerer. Festskriftet inneholder blant annet artikler fra fagfelt som Roald selv har levert forskningsbidrag til: kirkerett, politirett og formuerett. Alle artiklene har blitt fagfellevurdert. Redaksjonen retter en kollektiv takk til alle som har påtatt seg å være fagfeller.

Roald er en overbevisende underviser og en underviser med overbevisning – og festskriftet *Undervisning og overbevisning* søker å reflektere det. På vegne av kollegaer og studenter ved Handelshøgskolen ved Universitetet i Stavanger takker vi Roald for hans fagjuridiske innsats og gratulerer ham med den store dagen.

Redaksjonen

Norsk kirkerettslitteratur

– fra seminarundervisning til
forskningsbehov

*Roger Stelander Magnussen, førsteamanuensis i rettsvitenskap,
Universitetet i Stavanger*

Innledende merknader om kirkerett og kirkerettslitteratur

Tema for teksten er norsk kirkerettslitteratur.¹ Teksten har to formål. Med festskriftets tittel – *Undervisning og overbevisning* – som bakteppe søker den for det første å peke på en historisk utviklings- og forbindelseslinje fra teologiundervisning i kirkerett til fremvekst og videreutvikling av norsk kirkerettsvitenskapelig litteratur. Både teologi og jus er dogmatiske fag, men ulike metoder benyttes i fagene, og det er forskjell på teologiske og juridiske normer.² Begge

¹ I Roald Martinussens forfatterskap inngår *Kirkerett: Utvalgte emner*, Oslo 1999 (heretter Martinussen, *Kirkerett*). I år – 2024 – fylte Martinussen 70 år, og det er 25 år siden *Kirkerett* ble utgitt. Året rommer også tusenårsjubileet for kristenretten. Olav den hellige anses å ha innført kristenretten under et ting på Moster i 1024. Se ved og i note 21.

² Forholdet mellom fagene og deres metoder samt normforskjellen er omtalt i Per-Otto Gullaksen, *Stat og kirke i Norge: Kirkerett mellom teologi og politikk*, Oslo 2000, s. 35 ff. og s. 42 (heretter Gullaksen, *Stat og kirke i Norge*). Se også Per-Otto Gullaksen i Olav Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring*, Oslo 1999, s. 160 f. og s. 163. Forholdet mellom rett, religion og moral er omtalt i for eksempel L.M.B. Aubert, *Den norske privatrets almindelige del I: De norske retskilder og deres*

fagfeltene har både en teoretisk og en praktisk side. Teoretisk kirkerett er et stykke på vei praktisk teologi. For teologistudenter har teoretiske fremstillinger om kirkeretten inngått i og understøttet utdannelsens praktiske del – eventuelt som en formell og spesiell del av pastoralteologien (i vid og historisk forstand), ved siden av den mer geistlige delen av læren, eller som et eget fag.³ Kirkerett var også et undervisningsfag for jusstudenter ved Det Kongelige Frederiks Universitet.⁴ Litteraturtilblivelsen berodde imidlertid også på andre årsaker enn undervisning, og fremstillingene hadde også andre funksjoner enn å tjene som lærebøker. Kirkeretslitteraturen har blant annet over tid både bygd på og bidratt til kirkerettslig forskning.

For det annet søker teksten å plassere og systematisere litteratur fra og i kirkerettsfeltet. Formålet med fremstillingen er ikke å analysere kirkerettslige tema, men å tematisere kirkerettslige fremstillinger. For kirkerettslige fremstillinger varierer tilblivelses-historikk, tematikk, funksjon og formål, og gjennom slike forskjeller kan kirkerettslig litteratur systematiseres. Nedenfor foretas en grovsortering i fire kategorier: litteratur om kirkerettshistorie,

anvendelse, Christiania 1877, s. 4 ff. og Absalon Taranger, *Ret og Moral*, Kristiania 1898, s. 3 ff.

³ W.A. Wexels, *Foredrag over Pastoralteologien*, Christiania 1853, s. 51 f. og s. 159 samt G. Skagestad, *Pastorallære I: Kirken og menigheten*, Oslo 1928, s. 15 f. og s. 75 f. Historiske utviklingslinjer i pastoralteologien er fremstilt i Hallgeir J. Elstad, «...en Kraft og et Salt i Menigheten...»: *Ein studie av presteskapet i Norge i siste halvpart av 1800-talet, dei såkalla «johnsonske prestane»*, Oslo 1997, s. 102 ff. Undervisningen i kirkerett ved Det praktisk-teologiske seminar er fremstilt i Hallgeir J. Elstad, «... midt i Den norske kirke ...»: *Det praktisk-teologiske seminar gjennom 150 år, 1848–1998*, Oslo 1998 (heretter Elstad, «... midt i Den norske kirke ...»). Om kirkerett som eget fag ved seminaret, se Hallgeir Elstad, «Den praktiske teologien i endring: Det praktisk-teologiske seminar i det 20. hundreåret» i *Teologi og modernitet: Universitetsteologien i det 20. århundret* (red. Hallgeir Elstad og Tarald Rasmussen), Oslo 2011, s. 133–152 på s. 134 og s. 139.

⁴ L.M.B. Aubert, *Historiske Oplysninger om det juridiske Fakultet ved det Norske Fredriks-Universitet*, Christiania 1879, s. 1 og 50.

generell kirkerett, spesiell kirkerett og kirkerettspraksis. Andre inndelinger – med fokus på for eksempel komparativ kirkerett – kunne ha blitt foretatt. Ytterligere fininndelinger foretas likevel ikke. Mellom kategoriene eksisterer det ingen sperrer, og vekselvirkninger forekommer i stor grad, særlig mellom historisk og aktuell kirkerett og mellom generell og spesiell kirkerett. Generelle og spesielle fremstillinger som opprinnelig var aktuelle, kan over tid ha fått historisk betydning som følge av blant annet etterfølgende lovgivning. Kategoriseringen i teksten er basert på hvorvidt fremstillingen primært omhandler aktuell kirkerett da den utkom. Teksten er tendensantydende, ikke utdypende; fremstillingen er kursorisk, ikke uttømmende.

Kirkeretten eksisterer ikke i et vakuum. Kirkerett har kontaktflater mot og vekselvirker med andre fagfelt – især teologi, som nevnt, og historie, herunder også kirkehistorie.⁵ Denne fremstillingen er i hovedsak begrenset til rettslitteratur fra første halvdel av det nittende århundre og frem til nåtiden om norsk kirkerett i den samme perioden. Enkelte rettshistoriske fremstillinger fra den nevnte perioden om kirkehistoriske begivenheter utenfor perioden vil også bli omtalt. Mellom kirkeretten og andre rettslige fag finnes også berøringspunkter. Kirkeretten rommer rettsspørsmål om religion, men alle rettsspørsmål om religion er ikke kirkerett – «religionsretten» er videre enn kirkeretten.

Kirkerett er et fagfelt. Feltet rommer og faget omhandler de rettslige normene som gjelder for kirken – et kirkesamfunn.⁶ Kirkebegrepet er flertydig. Med «kirke» kan man forstå et kirkesamfunn (trossamfunn), eventuelt også en organisasjon og/eller en

⁵ Se Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 160 f., 162 f. og 168.

⁶ Absalon Taranger, *Norsk kirkerett: Forelesninger ved det praktisk teologiske seminar I og II*, Kristiania 1917, s. 72 (heretter Taranger, *Norsk kirkerett*) og Kristian Hansson, *Norsk kirkerett*, 2. utg., Oslo 1957, s. 13 (heretter Hansson, *Norsk kirkerett*).

(tårn)bygning mv.⁷ Det finnes ulike kirkesamfunn. Det er blant annet forskjell på katolsk og evangelisk-luthersk kirkerett.⁸ Den sistnevnte kan blant annet i større grad enn den førstnevnte anses å ha en «adiafora-karakter»,⁹ det vil si en mellomposisjon som verken er gal eller riktig ut fra en (moralsk eller) religiøs målestokk.¹⁰ Kanonisk rett i historisk forstand – hvor *Decretum Gratiani*, *Liber extra* (eller *Gregoriana*), *Liber sextus* og *Clementinae* utgorde verket *Corpus iuris canonici*¹¹ – og/eller i moderne form omtales ikke nærmere. Regler for andre trossamfunn enn Den norske kirke vil ikke bli behandlet i det følgende. Fokus er vendt mot den norske kirkeretten, som inneholder regler om, i og for Den norske kirke. Skillet mellom *ius divinum* og *ius humanum*, henholdsvis gudommelig og menneskelig rett, følger ikke skillet mellom kirke og stat.¹² Verdslig lovgivning inngår i kirkeretten,¹³ og trossamfunnet inngår i rettssamfunnet.¹⁴ Mens ekklesiologien omhandler den teologiske (tros)læren om kirken, omhandler kirkeretten de juridiske normene om kirken.¹⁵ Ekklesiologien og kirkeretten vekselvirker, og kombinasjonen

⁷ Se blant annet Einar Molland, *Statskirke og Jesus Kristi kirke*, Oslo 1954, s. 71. Se også Arne Fliflet, «Den norske kirkes private autonomi», *Lov og Rett*, 2001, s. 323–345 på s. 326 f. og s. 328.

⁸ Hansson, *Norsk kirkerett* s. 13.

⁹ Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 160.

¹⁰ Se blant annet Martinussen, *Kirkerett* s. 14 f.

¹¹ Taranger, *Norsk kirkerett* s. 20 f. I 1917 utkom *Codex juris canonici* under pave Benedikt XV, se Einar Molland, *Kristenhetens kirker og trossamfunn*, Oslo 1976, s. 51. Reformasjonen ble innført i Danmark-Norge av kong Christian III i 1536, se Steinar Imsen, *Senmiddelalderen: Emner fra Europas historie 1300–1550*, Oslo 1984, s. 199 og Gullaksen, *Stat og kirke i Norge* s. 24.

¹² Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 163.

¹³ Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. s. 161 f.

¹⁴ Se blant annet Hansson, *Norsk kirkerett* s. 13 og Jens Edvin Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmennighet*, Oslo 1989, s. 12.

¹⁵ Andreas Aarfloth, «Ansvar og ledelse i Den norske kirke», *Kirke og kultur*, 2014, s. 18–33 på s. 22 og Gullaksen, *Stat og kirke i Norge* s. 35.

omtales undertiden som «rettsteologi».¹⁶ Så vel staten som kirken selv er normprodusenter. Tidligere talte man om statskirkerett og kirkerett skapt av kirkesamfunnet selv.¹⁷ Grunnlovsendringene i 2012 og omdanningen av Den norske kirke til et eget rettssubjekt i 2017,¹⁸ begge deler omtales nedenfor, hadde ikke bare en overordnet betydning for statsforfatningsretten på den ene siden og kirkeretten på den andre,¹⁹ men også for kirkerettens innhold og utvikling samt for kirkens organisering og administrasjon. Den lovfestede rammen for Den norske kirkes ordning – herunder hva Kirkemøtet har kompetanse til å gi nærmere bestemmelser om – fremkommer i dag i Grunnloven § 16 tredje punktum, jf. trossamfunnsloven kapittel 3.²⁰

Siktemålet med teksten er ikke å fremstille eller gi en oversikt over kirkerettens regler. Under punktet «Et kirkerettslig særtema: forholdet mellom kirke og stat» omtales likevel noen aktuelle (ramme)bestemmelser. Denne korte presentasjonen tjener tekstens formål, men da nærmest med omvendt fortegn: Det handler ikke om eksisterende kirkerettslige fremstillinger, men om behovet for nye forskningsbaserte fremstillinger.

¹⁶ Se Gullaksen, *Stat og kirke i Norge* s. 35 f. Se også Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 161. En utdypende fremstilling er inntatt i Per-Otto Gullaksen, «Rettsteologi – teologiske perspektiver på samfunnets og kirkens rett», *Norsk Teologisk Tidsskrift*, 2008, s. 227–242.

¹⁷ Taranger, *Norsk kirkerett* s. 72. Se også merknadene i Martinussen, *Kirkerett* s. 15 f. Forholdet mellom stat og kirke omtales nedenfor.

¹⁸ Grunnlovsvedtak av 21. mai 2012, kunngjort ved kgl.res. 15. juni 2012 nr. 522, og lov 27. mai 2016 nr. 17 om endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.), som trådte (delvis) i kraft 1. januar 2017, jf. kgl.res. 27. mai 2016 nr. 532.

¹⁹ Fra statskirketiden se blant annet Fliflet, «Den norske kirkes private autonomi», *Lov og Rett*, 2001, s. 323–345 punkt 4–7. I tillegg til oppgaver som har blitt overført fra statlige til kirkelige organer, har oppgaver også blitt overført fra kommunale organer, se Prop. 55 L (2015–2016) *Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.)* s. 9 f.

²⁰ Lov 24. april 2020 nr. 31 om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven); se § 12 om Kirkemøtet.

Kirke(retts)historie

Lange linjer kan trekkes i tid og rom om kirken og dens rettsforhold. Mostratinget ble avholdt i 1024 – for tusen år siden.²¹ Internasjonalt er kirkehistorien betydelig eldre. Formålet med teksten er ikke å trekke lange historiske linjer fra kristenretten til kirkeretten, men det hører med å nevne kirke(retts)historisk litteratur. Det finnes (retts)historiske fremstillinger om kirken og dens utvikling, og det finnes kirkerettslige fremstillinger med (retts)historiske innslag. Nærheten mellom kirkehistorie og kirkerett kan illustreres gjennom for eksempel verket *Kirkehistorie i Grundrids*, som ble utgitt av Rudolf Sohm, tysk professor i lovkyndighet/kirkerett, og oversatt til norsk av sogneprest J.D. Johnson.²² Også flere av verkene, som omtales nedenfor, til den norske professoren Absalon Taranger er preget av en slik nærhet mellom kirke(retts)historie og kirkerett. Fremstillinger kan innpasses på den historiske eller den kirkerettslige siden, men med glidende overganger. På den (kirke- eller retts)historiske siden kan kirken og eventuelt dens (retts)forhold være plassert og studert i en større historisk sammenheng,²³ eller et tematisk utsnitt eller en periode kan være underlagt et spesialstudium.²⁴ På den kirkerettslige siden kan de historiske aspektene

²¹ Se blant annet Knut Robberstad, *Mostratinget 1024 og Sankt Olavs Kristenrett*, Oslo 1974, s. 5 ff.

²² Rudolf Sohm, *Kirkehistorie i Grundrids*, 2. utg., Kristiania 1900.

²³ Se for eksempel Ivar Welle, *Kirkens historie I: Til år 1600*, Oslo 1929, Ivar Welle, *Kirkens historie II: Etter år 1600*, Oslo 1931, Ivar Welle, *Kirkens historie III: Norges kirkehistorie*, Oslo 1948, Carl Fr. Wisløff, *Norsk kirkehistorie I*, Oslo 1966, Andreas Aarflot, *Norsk kirkehistorie II*, Oslo 1967, Carl Fr. Wisløff, *Norsk kirkehistorie III*, Oslo 1971, Andreas Aarflot, *Norsk kirke i tusen år*, Oslo 1978, og Bernt T. Oftestad, Tarald Rasmussen og Jan Schumacher, *Norsk kirkehistorie*, 3. utg., Oslo 2005. Retthistoriske fremstillinger kan inneholde kirke(retts)historie, se f.eks. Gudmund Sandvik, «Europeisk rettshistorie i mellomalderen: Førelingsar», *Jussens Venner*, 1989, s. 203–309 og Gudmund Sandvik, «Retthistorie», *Jussens Venner*, 1990, s. 229–315.

²⁴ Se for eksempel Rudolf Keyser, *Den norske Kirkes Historie under Katholicismen I–II*,

ved et tema eller en epoke være underlagt et (spesial)studium,²⁵ eller et forfattersamtidig tema kan være belyst gjennom den historiske utviklingen.²⁶ Enkelte kirkerettshistoriske tema nevnes nedenfor under spesialstudiene. Flere generelle kirkerettslige fremstillinger, som også omtales nedenfor, redegjør for kirkerettshistoriske utviklingstrekk. Historiske begivenheter kan forstås som et fortidig faktum, og omstendigheter fra fortiden kan eventuelt inngå normativt i sedvanerettsutvikling over tid.

Norsk kirkerett – generelle fremstillinger

Det finnes flere generelle fremstillinger av norsk kirkerett. Den eldre litteraturen har gradvis tapt sin aktualitet. Nedenfor trekkes enkelte historiske linjer om kirkerettslitteraturen frem mot nåtiden. Det er behov for oppdatert litteratur om aktuell kirkerett. Som følge av blant annet praktisk-teologisk undervisning i Norge, meldte et litteraturbehov seg i første halvdel av det nittende århundret. Før fremstillingene om norsk kirkerett utkom, fantes det allerede litteratur om dansk kirkerett²⁷ – fra tiden da Norge var underlagt Danmark.

Kristiania 1856–1858, J. Bergtrup, *Ny-kirkehistorie*, Aalesund 1857, Oluf Kolsrud, *Kirke og folk i middelalderen*, Kristiania 1913, Oluf Kolsrud, *Noregs Kyrkjesoga I: Millomalderen*, Oslo 1958, Einar Molland, *Norges kirkehistorie i det 19. århundre I*, Oslo 1979, Einar Molland, *Norges kirkehistorie i det 19. århundre II*, Oslo 1979, og Kristoffer Vadum, *Bruk av kanonisk litteratur i Nidarosprovinsen ca. 1250–1340*, Oslo 2015.

²⁵ Se for eksempel Absalon Taranger, *Norsk kirkerett: Forelæsnings ved det praktisk teologiske seminar I*, Kristiania 1910, og Hansson, *Norsk kirkerett* s. 16 ff.

²⁶ Se for eksempel Taranger, *Norsk kirkerett* s. 179 f. og Hansson, *Norsk kirkerett* s. 185 og 186 f.

²⁷ Se for eksempel C.D. Hedegaard, *Den Danske Kirke- eller Geistlige Ret, to deler*, København 1775, og Henrich Ussing, *Kirkeforfatningen i de kongelige Danske Stater, fire deler i seks bind*, Sorøe 1786–1789. Erich Pontoppidan, *Collegium pastorale practicum*, som ble utgitt i 1757, kan også nevnes. En norsk versjon – oversatt av Hans Salomonsen – ble utgitt i 1986. En oversikt over dansk kirkerettslig litteratur – også yngre verk enn de tre førstnevnte – er inntatt i Hansson, *Norsk kirkerett*, s. 15.

For å kunne bekle enkelte embeter, så som preste- eller dommer-embeter, eksisterte det krav om eksamen, henholdsvis teologisk og juridisk embetseksamen, fra Københavns Universitet. De respektive kravene ble innført i 1629 og 1736 og gjaldt for Danmark-Norge.²⁸ Over tid vokste behovet for et norsk utdanningsløp frem.

Det Kongelige Frederiks Universitet ble etablert i 1811 og var da Norges eneste universitet.²⁹ Dansk-norsk kirkerett var fra starten av planlagt som et undervisningsfag ved Det juridiske fakultet, men den generelle fakultetsoppstarten ble visst forsinket med flere år – til 1816 – som følge av rekrutteringsvansker.³⁰ I den mellomliggende tiden – i 1814 – hadde kong Frederik VI måttet avstå Norge.³¹ Universitetet fikk fire – et teologisk, et juridisk, et medisinsk og et filosofisk – fakultet.³² Senere har flere kommet til. Eksamensfagene for embets-eksamenene fremkom i en lov av 1824 for universitetet, og loven fastsatte eksamenskrav for bestemte embeter.³³

Undervisningen ved Det teologiske fakultet var fra starten av teoretisk, ikke praktisk.³⁴ Et teologisk seminar ble etablert for å råde bot på det – først midlertidig, så permanent. Den midlertidige seminarordningen eksisterte på 1830- og 1840-tallet.³⁵ Det praktisk-

²⁸ John Petter Collett, *Historien om Universitetet i Oslo*, Oslo 1999, s. 12 og s. 13.

²⁹ Tilblivelseshistorikken er fremstilt i blant annet Collett, *Historien om Universitetet i Oslo* s. 11–32.

³⁰ Aubert, *Historiske Oplysninger om det juridiske Fakultet ved det Norske Frederiks-Universitet*, s. 1 f.

³¹ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg., Oslo 2017, s. 88.

³² Lov 28de Juli 1824, indeholdende Fundats for det Kongelige Norske Frederiks Universitet i Christiania § 9.

³³ Lov 28de Juli 1824 § 32 (teologi), § 33 (latin-juridisk), § 37 (juridisk eksamen på morsmålet) og § 39 (eksamenskrav).

³⁴ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 14 og Elstad, «Den praktiske teologien i endring: Det praktisk-teologiske seminar i det 20. hundreåret» i *Teologi og modernitet: Universitetsteologien i det 20. århundret* s. 133–152 på s. 133.

³⁵ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...», s. 15–17 og Elstad, «Den praktiske teologien i endring: Det praktisk-teologiske seminar i det 20. hundreåret» i *Teologi og modernitet: Universitetsteologien i det 20. århundret* s. 133–152 på s. 133.

teologiske seminar ble stiftet i 1848.³⁶ En egen lov fra 1848 fastsatte blant annet fagkretsen for seminaret.³⁷ Kirkerett var ikke et eget fag.³⁸ Ved seminarets oppstart foreleste W.A. Wexels i pastoralteologi, og boken *Foredrag over Pastoraltheologien*, som ble utgitt i 1853, inneholdt merknader om kirkerett og fagets forhold til pastoralteologien.³⁹ Fra 1859 ble kirkerett et eget fag, men faget var ikke obligatorisk.⁴⁰ Den neste loven om seminaret, fra 1902, fastsatte ikke fagkretsen, men åpnet for at Kongen kunne gi nærmere regler om seminarets «Undervisnings- og Examensfag».⁴¹ Kirkeloven (av 1996) § 31, slik den opprinnelig lød, avløste loven fra 1902,⁴² og § 31 første ledd inneholdt opprinnelig krav om «praktisk-teologisk utdanning» med innhold godkjent av departementet. Forskrift om Det praktisk-

³⁶ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 19 ff. Senere har flere læresteder for praktisk-teologi kommet til: Menighetsfakultetet, Misjonshøgskolen og Kirkelig utdanningssenter i nord. En oversikt over tilblivelseshistorikken finnes i Kulturdepartementet, *Høringsnotat: Organisering av praktisk-teologisk utdanning – etter et tydelig skille mellom staten og Den norske kirke*, 2015, s. 6–8. Menighetsfakultetet omtales nedenfor.

³⁷ Lov 16. juni 1848 angaaende practisk-theologisk Examen § 1.

³⁸ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 42.

³⁹ W.A. Wexels, *Foredrag over Pastoraltheologien*, s. 51 f. og s. 159. En oversikt over foreleserne i pastorallære er inntatt i Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 195; se s. 25 ff. om Wexels.

⁴⁰ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 43, med henvisning til kgl.res. 3. oktober 1859. Se også Elstad, «Den praktiske teologien i endring: Det praktisk-teologiske seminar i det 20. hundreåret» i *Teologi og modernitet: Universitetsteologien i det 20. århundret s. 133–152* på s. 134.

⁴¹ Lov 14. mai 1902 nr. 1 om det praktisk-teologiske Seminar § 2 annet ledd. Nærmere regler ble gitt ved kongelig resolusjon. Loven og resolusjonen (av 23. januar 1905) er omtalt i Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 71. Loven fra 1902 ble opphevet ved lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke (kirkeloven) § 41.

⁴² Se Ot.prp. nr. 64 (1994–95) 1. Om lov om Den norske kirke (kirkeloven) 2. Om lov om kirkegårder, kremasjon og gravferd (gravferdsloven) s. 38.

teologiske seminar⁴³ samt forskrift om seminarets eksamensreglement med blant annet kirkerett som fagområde⁴⁴ ble gitt i medhold av bestemmelsen, slik den opprinnelig lød. Kirkeloven (av 1996) § 31 første ledd ble endret med virkning fra starten av 2017.⁴⁵ Fra da av skulle kvalifikasjonene for å kunne tilsettes som prest eller ordineres til prestetjeneste i Den norske kirke fastsettes av Kirke-møtet, jf. kirkeloven (av 1996) § 31 første ledd etter lovendringen. Det praktisk-teologiske seminar i Oslo ble en del av Det teologiske fakultet ved Universitetet i Oslo i 2017 – begrunnet i «selvstendig-gjøringen» av kirken.⁴⁶ Kirkeloven (av 1996) ble opphevet ved trossamfunnsloven § 24 nr. 3. Bestemmelsen som tidligere fremkom i kirkeloven § 31 første ledd, slik leddet lød etter endringen som trådte i kraft i 2017, er videreført i Kirkeordning for den norske kirke § 39 første ledd.⁴⁷

Historisk har jurister forestått undervisningen i kirkerettsfaget ved

⁴³ Forskrift 26. juni 1998 nr. 607 om Det praktisk-teologiske seminar. Forskriften ble opphevet ved forskrift 27. januar 2023 nr. 100 om oppheving av forskrifter om Den norske kyrkja.

⁴⁴ Forskrift 20. september 2005 nr. 1090 om eksamensreglement for praktisk-teologisk utdanning ved Det praktisk-teologiske seminar § 6 nr. 1. Forskriften ble opphevet ved forskrift 11. november 2022 nr. 1969 om oppheving av forskrifter om Den norske kyrkja som har falle bort.

⁴⁵ Endret ved lov 27. mai 2016 nr. 17 om endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.), og endringen trådte i kraft 1. januar 2017, jf. kgl.res. 27. mai 2017 nr. 532.

⁴⁶ Se Prop. 55 L (2015–2016) *Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.)* s. 25, jf. også s. 51. Utdypende redegjørelser er inntatt i Kulturdepartementet, *Høringsnotat: Organisering av praktisk-teologisk utdanning – etter et tydelig skille mellom staten og Den norske kirke*, mars 2015. Kirkelig utdannings-senter i nord, som også var underlagt Det praktisk-teologiske seminar, ble derimot ikke en del av Det teologiske fakultet ved Universitetet i Oslo, se Prop. 55 L (2015–2016) *Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.)* s. 25.

⁴⁷ Forskrift 30. mars 2019 nr. 2307 (Kirkeordning for den norske kirke), se også kirkeordningen § 28 annet ledd.

seminaret. Allerede ved det midlertidige seminar underviste én jurist i kirkerett. Som det vil fremkomme nedenfor, ble det fra 1860 undervist i kirkerett av jurister også ved det permanente seminar. To av juristene som foreleste i kirkerett – én ved det midlertidige, og én ved det permanente seminar – hadde sitt virke ved Det juridiske fakultet. Alle de fire første juridiske foreleserne i kirkerett – én ved det midlertidige og tre ved det permanente seminar – utgav kirkerettslige bøker.⁴⁸ Noen utdypende linjer trekkes nedenfor.

Ved det midlertidige seminar underviste professor Ulrik Anton Motzfeldt.⁴⁹ Han hadde også ansvaret for undervisningen i kirkerett ved Det juridiske fakultet.⁵⁰ Motzfeldts forelesninger ble utgitt som *Den norske Kirkeret* i 1844.⁵¹ I henhold til fortalen var den skrevne fremstillingen mer omfattende og detaljert enn det den muntlige hadde vært. Videre var det forfatterens mål at boken skulle dekke et praktisk behov og tjene som håndbok for geistligheten.⁵² De femten kapitlene i boken omhandler (1) kirkens vesen og dogmer, (2) bestyrelsen av kirkevesenet og kirkens forhold til staten, (3) biskopene, (4) prostene, (5) prestene, (6) kirkene og kirkegårdene (7) gudstjenesten, (8) ministerielle forretninger, (9) katekisasjon og konfirmasjon, (10) fattigvesenet (11) geistlighetens plikter, (12) verdslige plikter, (13) kirkebetjenter, (14) geistlighetens inntekter og (15) vakanser i geistlige embeter.⁵³ Boken er på 412 sider, inkludert register.

Den første juridiske foreleseren i kirkerett ved Det praktiske-

⁴⁸ En oversikt over de faste foreleserne er inntatt i Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» på s. 197; se også s. 16, 43 og 113.

⁴⁹ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 16.

⁵⁰ Aubert, *Historiske Oplysninger om det juridiske Fakultet ved det Norske Fredriks-Universitet* s. 50.

⁵¹ Ulrik Anton Motzfeldt, *Den norske Kirkeret tilligemed den øvrige Geistligheden især vedkommende Lovgivning*, Kristiania 1844, heretter henviser til som Motzfeldt, *Den norske kirkeret*. Fremstillingen er omtalt av Elstad i «... midt i den norske kirke» s. 43.

⁵² Informasjonen fremkommer i Motzfeldt, *Den norske Kirkeret*, s. III–IV (fortalen).

⁵³ Informasjonen er hentet fra innholdsfortegnelsen i Motzfeldt, *Den norske Kirkeret*.

teologiske seminar – etter den midlertidige perioden – var justitiarius i Kristiania stiftsverrett Henrik Sophus Broch.⁵⁴ Han foreleste i kirkerett ved seminaret fra 1860.⁵⁵ Brochs fremstilling *Norsk kirkerett* utkom i 1904.⁵⁶ Fremstillingen inneholder tolv avsnitt med i alt 104 paragrafer. Avsnittene omhandler (1) kirken og dens forhold til staten, (2) geistligheten, (3) biskoper og proster, (4) prester mv., (5) gudstjenestene, (6) ministerielle handlinger, (7) folkeskolen, (8) ekteskapet, (9) begravelse, (10) kirker og kirkegårder, (11) geistliges lønninger og embetsgårder mv. og (12) dissenterne.⁵⁷ Boken er på 341 sider.

Broch ble avløst av professor Absalon Taranger i 1904, som underviste i kirkerett frem til 1928.⁵⁸ Taranger utgav første del av *Norsk kirkeret* i 1910.⁵⁹ Bindet var viet kirkeretten og kirkeforfatningens historie – og var isolert sett ikke en generell fremstilling av kirkeretten, men nevnes her på grunn av sammenhengen med annen del. Første del inneholder seks paragrafer om (1) den urkristne misjonsorganisasjon, (2) den romerske kirkerett og kirkeforfatningsrett, (3) den germanske kirkerett og kirkeforfatningsrett, (4) den kanoniske rett, (5) den protestantiske kirkerett og (6) den norske kirkerett og kirkeforfatningsrett inntil 1814.⁶⁰ Verkets annen del utkom i 1917, men ikke isolert: Den nye utgivelsen rommet både første og annen del.⁶¹ Den gjeldende kirkeretten var temaet for annen del, som fortsatte nummereringen fra første del. Annen del rommer atten paragrafer om (7) kirke og

⁵⁴ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 43.

⁵⁵ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 43 og s. 197.

⁵⁶ Sophus Broch, *Norsk kirkerett*, Kristiania 1904.

⁵⁷ Informasjonen er hentet fra innholdsfortegnelsen i Broch, *Norsk kirkerett* (s. III–VII).

⁵⁸ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 113.

⁵⁹ Taranger, *Norsk kirkerett: Forelæsnings ved det praktisk teologiske seminar I*.

⁶⁰ Informasjonen er hentet fra innholdsfortegnelsen i Taranger, *Norsk kirkerett: Forelæsnings ved det praktisk teologiske seminar I*.

⁶¹ Taranger, *Norsk kirkerett*; se informasjonen i note 6.

kirkerett, (8) statsreligionen og statskirken, (9) statskirkens styrelse, (10) biskoper og proster, (11) det geistlige embetet, (12) forskjellige presteembeter, (13) medhjelpere og klokkere, (14) lekfolks kirketjeneste, (15) gudstjenesten, (16) ministerielle handlinger, (17) ekteskapet, (18) skolevesenet, (19) fattigvesenet, (20) begravelse, (21) kirker og kirkegårder, (22) lønning til geistlige, (23) lønn til kirkesangere og (24) dissenterne.⁶² Med sakregister er de to bindene på 261 sider. I 1928 utgav Taranger et tillegg på 116 sider til sin kirkerettsfremstilling.⁶³ I tillegget er lovendringer av relevans for annen del omtalt.⁶⁴

Fra 1929 underviste byråsjef i Justisdepartementet, senere ekspedisjonssjef i Kirke- og undervisningsdepartementet, Kristian Hansson i kirkerett.⁶⁵ Hansson utgav *Norsk kirkerett* i 1935, og boken skulle danne grunnlaget for undervisningen i kirkerett ved Det praktisk-teologiske seminar.⁶⁶ Andre utgave av verket utkom i 1957.⁶⁷ Boken inneholder åtte deler (og i alt 44 paragrafer): (1) innledning, (2) oversikt over den kirkelige rettsutviklingen i Norge, (3) Den norske kirke, (4) den geistlige tjeneste, (5) prestens andre gjøremål, (6) kirke og kirkegård, (7) geistlige lønninger og embetsgårder mv. samt (8) trossamfunn utenfor statskirken.⁶⁸ Med saksregister er boken på 244 sider.

Menighetsfakultetet fikk eksamensrett i 1913 og et eget praktisk-teologisk seminar i 1925.⁶⁹ Absalon Taranger underviste også ved

⁶² Informasjonen er hentet fra innholdsfortegnelsen i Taranger, *Norsk kirkerett*.

⁶³ Absalon Taranger, *Tillegg til norsk kirkerett*, Oslo 1928.

⁶⁴ Informasjonen fremkommer i forordet i Taranger, *Tillegg til norsk kirkerett*.

⁶⁵ Elstad, «... midt i Den norske kirke ...» s. 113 og 147. Se Aschehoug og Gyldendals, *Store norske leksikon VI: Gb–Her* (red. Petter Henriksen), 4. utg., Oslo 2005, s. 540.

⁶⁶ Kristian Hansson, *Norsk kirkerett*, Oslo 1935; informasjonen fremkommer i forordet.

⁶⁷ Hansson, *Norsk kirkerett*; se informasjonen i note 6.

⁶⁸ Informasjonen er hentet fra innholdsfortegnelsen i Hansson, *Norsk kirkerett* s. 7–10.

⁶⁹ Se Elstad, «Akademisk teologi i moderniteten – Det teologiske fakultet i det 20. århundret» i *Teologi og modernitet: Universitetsteologien i det 20. århundret* s. 9–38 på s. 18. Menighetsfakultetet ble regulert ved lov 16. mai 1913 nr. 3 om eksamensret for

Menighetsfakultetets praktisk-teologiske seminar i en periode.⁷⁰ Fra 1927 var daværende adjunktstipendiat, senere professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, Knut Robberstad lærer i kirkerett ved Menighetsfakultetet.⁷¹ I 1945 utgav Robberstad *Lærebok i kyrkjerett: Fyreslesninger på Det praktisk-teologiske seminaret til Menighetsfakultetet*. Til forskjell fra de fire ovennevnte bøkene ble ikke Robberstads fremstilling utarbeidet for Det praktiske-teologiske seminar som ble stiftet i 1848. Læreboken ble, som det har fremkommet, anvendt ved Menighetsfakultetets praktisk-teologiske seminar.⁷² Robberstads lærebok ble trykt opp flere ganger, blant annet i 1963, og utkom da i to hefter. Det første heftet inneholdt 2 kapitler (og i alt 27 paragrafer) om: (1) kirkerettshistorien og (2) den norske kirkeskipnaden.⁷³ Det andre heftet inneholdt ti kapitler (og i alt 47 paragrafer) om: (3) regler om kirketjeneste, (4) gudstjeneste, kirkebruk og helligdager, (5) dåp og navn, (6) konfirmasjon og nattverd, (7) ekteskap, (8) sjelesorg og gravferd, (9) forskjellig annet prestearbeid, (10) kirker og kirkegårder, (11) lønn og embetsgårder, (12) trosfrihet og dissenter mv.⁷⁴ Det første og det andre heftet er på

det Teologiske Menighetsfakultet. Ved lov 11. juli 1986 nr. 53 om private høyskoler (privathøyskoleloven) § 18 ble loven av 1913 opphevet, og en ny bestemmelse om at «praktisk-teologisk» utdanning fra det Teologiske Menighetsfakultetet og Misjonshøgskolen i Stavanger kunne godkjennes som likestilt med avgangseksamen fra Det praktisk-teologiske seminar, ble lagt til i lov 14. mai 1902 nr. 1 om det praktisk-teologiske Seminar § 1 annet ledd. Se Ot.prp. nr. 69 (1984–85) *Om lov om eksamensrett for og statstilskudd til private høyskoler (privathøyskoleloven)* s. 33 f.

⁷⁰ Gudmund Sandvik, *Prestegard og prestelønn*, Oslo 1965, s. 16.

⁷¹ Ola Mestad i *Norsk biografisk leksikon 7: Njøs–Samuelsen*, Oslo 2003, s. 386, jf, s. 14.

⁷² Se blant annet Det teologiske Menighetsfakultet, *Veiledning for det teologiske studium ved Menighetsfakultetet*, Oslo 1964, s. 15, utgivelsen fra 1945 er omtalt i Mestad i *Norsk biografisk leksikon 7: Njøs–Samuelsen* s. 386.

⁷³ Informasjonen er hentet fra innholdsfortegnelsen i Knut Robberstad, *Lærebok i kyrkjerett: Fyreslesninger på Det praktisk-teologiske seminaret til Menighetsfakultetet I*, Oslo 1963, s. I–III.

⁷⁴ Knut Robberstad, *Lærebok i kyrkjerett: Fyreslesninger på Det praktisk-teologiske seminaret til Menighetsfakultetet II*, Oslo 1963. Informasjonen er hentet fra

henholdsvis 70 og 95 sider, totalt 165 sider.

I de påfølgende tiårene utkom det ikke større kirkerettslige fremstillinger av generell art, men enkelte mindre og mer konsentrerte fremstillinger ble utgitt. Diakonhjemmets høgskolesenter utgav for eksempel seks hefter om *Grunnopplæring for kirkelig ansatte i kommunen*, som berørte kirkerettslige tema.⁷⁵ Ulike teoretiske spesialstudier ble også utgitt av forskjellige forfattere, se nedenfor.

Roald Martinussens *Kirkerett* utkom i 1999.⁷⁶ Forfatteren var da førsteamanuensis i juridiske fag ved Høgskolen i Stavanger,⁷⁷ og ble senere dosent ved Handelshøgskolen ved Universitetet i Stavanger. Fremstillingen ble ikke til for – eller som følge av – undervisning ved verken Det praktisk-teologiske seminar eller Menighetsfakultetet. Siktemålet med fremstillingen var derimot å gi et juridisk bidrag til aktuelle kirkerettslige diskusjoner som hadde vært dominert av «teologiske og kirkepolitiske synsmåter».⁷⁸ Bokens undertittel er *Utvalgte emner*. Dermed er det ikke en helt generell fremstilling av kirkeretten, men fordi flere ulike emner er behandlet til dels i sammenheng og med refleksjoner rundt grunnleggende spørsmål som innledende og avsluttende innramming, omtales den likevel her blant de mer generelle fremstillingene. Boken inneholder ti kapitler om tema i utvalg, herunder: (1) Kirkemøtet og lærenemnda, (2) grunnleggende rettsspørsmål i kirkeretten, (3) presters juridiske stilling i utestengningssaker, (4) Kirkemøtet og staten, (5) rommet

innholdsfortegnelsen i det første heftet, s. III–VIII, se henvisningen i note 73.

⁷⁵ Hefte 1–6, som er utgitt av Diakonhjemmets høgskolesenter, inneholder henholdsvis: Frank Grimstad, *Kirkelig organisering*, Oslo 1994, John Kristian Stranden, *Kirke- og arbeidslivsjus*, Oslo 1994, Ralph Ditlef Kolnes, Dag Sigurd Wisløff og Einar Aadland, *I kirkens rom*, Oslo 1994, Arne E. Sæther, Helge Klingberg, Trygve Natvig og Håvard Russnes, *Kirke- og kirkegårdsdrift*, Oslo 1994, Frank Grimstad, *Personalledelse og administrasjon*, Oslo 1994, og Einar Aadland, *Kirkens møte med mennesker*, Oslo 1994.

⁷⁶ Martinussen, *Kirkerett*; se informasjonen i note 1.

⁷⁷ Martinussen, *Kirkerett*, baksideteksten.

⁷⁸ Martinussen, *Kirkerett*, baksideteksten.

for nye prestesaker, (6) lovstridig forskriftsbestemmelse om lærenemndas mandat, (7) Den norske kirkes behandling av lærespørsmål, (8) fritak for kristendomsfaget og andre fag i grunnskolen, (9) kirken og den statlige ekteskapsordningen og (10) refleksjoner rundt rettsteoriens filosofiske grunnlag.⁷⁹Boken er på 164 sider, inkludert ulike utdrag og registre.

Teolog og avdelingsdirektør i Kirkedepartementet Per-Otto Gullaksen har forfattet et kapittel om kirkerett i boken *Invitasjon til praktisk teologi*, som ble utgitt i 1999.⁸⁰ I år 2000 utgav Gullaksen *Stat og kirke i Norge: Kirkerett mellom teologi og politikk*. Fremstillingen påpekte behovet for en generell fremstilling av kirkeretten og gav selv et bidrag ved å fremstille «norsk kirkerett i hovedtrekk».⁸¹ Boken inneholder fem kapitler om (1) statskirketenkningens historie, (2) grunnleggende rettsteologi, (3) kirken og dens organer, (4) embetet og (5) internasjonaliseringen.⁸² Boken er på 185 sider, inkludert kilde- og litteraturregister.

Selv om kirkerett historisk også har vært et juridisk fag ved Det Kongelige Frederiks Universitet, har ikke faget – over tid eller i senere tid – stått sentralt som et selvstendig forskningsfag ved de ulike juridiske lærestedene. Fra teologisk hold har det – med hensyn til kirkerettens utvikling – blitt beklaget.⁸³ Generelle fremstillinger om regler som nå hører rettshistorien til, har – som følge av grunnlovs- og lovendringer samt nyere lovgivning – tapt sin aktualitet. Det er behov for en generell fremstilling av aktuell kirkerett.

⁷⁹ Informasjonen er hentet fra Martinussen, *Kirkerett* s. 7–9 (innholdsfortegnelsen).

⁸⁰ Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 160–175; informasjon om Gullaksen fremkommer i baksideteksten. Se også baksideteksten til Gullaksen, *Stat og kirke i Norge*.

⁸¹ Gullaksen, *Stat og kirke i Norge* s. 64.

⁸² Oversikten bygger på innholdsfortegnelsen i Gullaksen, *Stat og kirke i Norge*.

⁸³ Se Andreas Aarfloth, «Jus in sacris», *Lov og Rett*, 1983, s. 200–212 punkt I.

Kirkerettslige spørsmål – spesialstudier

Kirkeretten – i vid forstand – rommer spesialstudier. Ulike tema har blitt analysert – og tidvis også debattert av forskere på tvers av fagfelt. Enkelte spesialstudier, tema og debatter nevnes til illustrasjon nedenfor.

Det finnes som nevnt, kirke(retts)historiske spesialstudier. Et slikt tema er det historiske forholdet mellom den angelsaksiske og den norske kirke, herunder om, og i så fall hvordan, den førstnevnte påvirket den sistnevnte. For dette temaet inneholder nyere forskning perspektiver som problematiserer eldre teser og oppfatninger.⁸⁴ Et annet tema som har blitt viet til dels rettshistorisk oppmerksomhet, er eiendomsretten til norske kirkegods, især prestegårder.⁸⁵ Fremstillinger innenfor det teologiske faget konfesjonskunnskap (tidligere kalt symbolikk), hvor ulike kirkesamfunn sammenlignes og forstås i lys av historiske utviklingslinjer, kan også inneholde enkelte kirkerettslige redegjørelser eller berøre kirkerettslige tema.⁸⁶

⁸⁴ Se blant annet Absalon Taranger, *Den angelsaksiske kirkes indflydelse paa den norske, Kristiania 1890*, Anathon Aall, *St. Sunniva og biskop Sigurd, Hellig-Olaf og biskop Grimkel: Nye Bidrag til spørgsmaalet om forbindelser og slægtskab mellem den angelsaksiske kirke og den norske, Christiania 1897*, Fridtjov Birkeli, *Hva vet vi om kristningen av Norge?: Utforskningen av norsk kristendoms- og kirkehistorie fra 900- til 1200-tallet*, Oslo 1982, Torgeir Landro, *Kristenrett og kyrkjerett: Borgartingskristenretten i eit komparativt perspektiv*, Bergen 2010, og Marit Myking, *Vart Norge kristna frå England*, Oslo 2021.

⁸⁵ Se blant annet Absalon Taranger, *Om Eiendomsretten til de norske Præstegaarde*, Kristiania 1896 [særtrykk av *Norsk Retstidende*; også inntatt i Rt. 1896 s. 337–438], Ebbe Hertzberg, *Om Eiendomsretten til det norske Kirkegods*, Kristiania 1898, Absalon Taranger, *Kirkegodsets Retsforhold*, Kristiania 1902, Ebbe Hertzberg, «Atter om Præstebordsgodsets Retsstilling. En Replik», i Rt. 1905 s. 721–743, Kristian Hansson, «Retten til kirkegodset», *Kirke og kultur*, 1939, s. 257–286 og Sandvik, *Prestegard og prestelønn*.

⁸⁶ Se for eksempel Molland, *Kristenhetens kirker og trossamfunn*, s. 11 ff. om faget. Se også Peder Borgen og Brynjar Haraldsø (red.), *Kristne kirker og trossamfunn*, Trondheim 1993, og Ola Tjørhom (red.), *Kirkesamfunn i Norge: Innføring i kirkekunnskap*, Oslo 2018.

Det har forekommet at utredninger eller betenkninger om kirkerettslige rettsspørsmål har blitt utgitt i bokform. Flere av verkene om kirkegodsene hadde slik opprinnelse.⁸⁷ Tarangers fremstilling om presters bekjennelsesplikt hadde også et slikt utspring.⁸⁸ Frede Castbergs bok *Statsreligion og kirkestyre* var en konstitusjonell utredning forbundet med den sistnevnte tematikken,⁸⁹ men målbar en statskirketeori som utløste polemikk på tvers av fag, se nedenfor, om blant annet det indre kirkelige selvstyret.⁹⁰

Forholdet mellom kirke og stat var et stort tema i (stats)kirkerettens historie. En rekke spesialstudier har analysert forholdet mellom kirke og stat – både fra teologisk⁹¹ og juridisk⁹² hold. Enkelte analyser har trukket lange historiske linjer.⁹³ Grunnlovsendringene i 2012 og den etterfølgende lovgivningen som blant annet etablerte Den norske kirke som et eget rettssubjekt i 2017,⁹⁴ transformerte deler av den datidige kirkeretten til kirkerettshistorie. Tematikken hører også statsforfatningsretten til – både den historiske og den

⁸⁷ Se forordene i Taranger, *Om Eiendomsretten til de norske Præstegaarde* og Hertzberg, *Om Eiendomsretten til det norske Kirkegods*. Se Sandvik, *Prestegard og prestelønn* s. 12–16.

⁸⁸ Absalon Taranger, *Prestens bekjennelsesplikt i Den norske kirke*, Oslo 1927.

⁸⁹ Frede Castberg, *Statsreligion og kirkestyre*, Oslo 1953.

⁹⁰ Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet* s. 33. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, «State and church in Norway», *Scandinavian Studies In Law* 1992, Volume 36, s. 11–36.

⁹¹ Se for eksempel Birger Løvlie, *Kirke, stat og folk i en etterkrigstid: Kirkeordningsarbeid i Den norske kirke 1945–1984 i et strategisk perspektiv*, Oslo 1996.

⁹² Se for eksempel Kristian Hansson, *Stat og kirke: Fredstider og kampår i Norge*, Bergen 1945.

⁹³ Se for eksempel Andreas Aarflot, *Kirke og stat i Norge: Fra reformasjonen til våre dager*, Oslo 1969.

⁹⁴ Se Grunnlovsvedtak av 21. mai 2012, kunngjort ved kgl.res. 15. juni 2012 nr. 522, og lov 27. mai 2016 nr. 17 om endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.), som trådte (delvis) i kraft 1. januar 2017, jf. kgl.res. 27. mai 2016 nr. 532.

aktuelle.⁹⁵ Kirkens status som trossamfunn innenfor rammene av en statskirkeordning, har blitt underlagt spesialstudier.⁹⁶ Temakretsen – forholdet mellom kirke og stat – berøres kort nedenfor.

Det finnes også eksempler på at tema som sogner til et annet juridisk fagfelt, for eksempel familieretten, helt eller delvis har blitt underlagt en kirkerettslig analyse. Skilsmisse er et slikt tema.⁹⁷ Kirkeasyl er et annet grenseoverskridende tema.⁹⁸ Utenfor den egentlige kirkeretten – men innenfor det som for oversiktens skyld kanskje kan kalles «religionsretten» – finnes det analyser av ulike religionsrelaterte spørsmål, for eksempel om religionsfrihet og individets religionsutøvelse. Slike spørsmål handler gjerne om forholdet mellom og/eller beskyttelsen av grunnleggende verdier, herunder menneskerettighetene.⁹⁹

⁹⁵ Se for eksempel Friederich Stang, *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret*, Christiania 1833, s. 335 og 446, Bredo Morgenstjerne, *Lærebok i den norske statsforfatningsret II*, 3. utg., Oslo 1927, s. 311 ff., Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* s. 222, 357 ff. og 622 ff. samt Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814–2020*, Oslo 2021, s. 77 ff. (om § 2) og 245 ff. (om § 16). Linjer – herunder rettshistoriske – i statsrettsteorien er fremstilt i Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet* s. 131–139. Se også Njål Høstmælingen, «Forfatningsmessige konsekvenser ved et skille mellom kirke og stat», *Kirke og Kultur*, 2005, s. 21–32 og Eivind Smith, *Stat, kirke og menneskerettigheter*, Oslo 2006.

⁹⁶ Se blant annet Andreas Aarfløth, «Trossamfunn og statskirke: Om den norske kirkes rettsstatus etter de siste 50 års reformer», *Lov og Rett*, 1999, s. 579–594 og Roald Martinussen, «Den norske kirke som trossamfunn», *Lov og Rett*, 1999, s. 595–598.

⁹⁷ Se for eksempel Absalon Taranger, *Hvorledes skal kirken stille sig til vor moderne skilsmisserett?*, Kristiania 1921.

⁹⁸ Henning Jakhelln, «Kirkeasyl – misericordia ecclesiae: Om kirkeasylets rettslige status, og om adgangen til å sette uttredelse av kirkeasyl som vilkår for behandling av søknad om oppholdstillatelse», *Kritisk juss*, 1994, s. 59–73.

⁹⁹ Se for eksempel Andreas Aarfløth, «Religionsfrihet og kirkerett i et menneskerettsperspektiv», *Lov og Rett*, 2001, s. 474–489, Vibeke Blaker Strand, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet?*, Oslo 2012, og Tor Wigum, *Religionsutøvelse i det offentlige rom – restriksjoner i religiøs bekleddning og symbolbruk*, Tromsø 2018.

Litteratur om kirkerettssaker – kirkerett i rettspraksis

Uten en egen kirke domstol, som den kanoniske retten kjenner eksempler på, vil rettspraksis av relevans for kirkeretten tilflytte rettsfeltet fra de alminnelige domstolene.¹⁰⁰ Så vel i kirkeretten som innenfor andre rettsfelt kan rettsvitenskapelige analyser følge i forlengelsen av høyesterettsdommer. Fra kirkerettsfeltet kan et par velkjente dommer nevnes til illustrasjon:

Saken i Rt. 1983 s. 1004 omhandlet avskjedigelse ved dom av en sogneprest som hadde nedlagt det han anså for å være den statlige delen av sitt embete, i protest mot adgangen til selvbestemt abort.¹⁰¹ Sognepresten ble frifunnet i herredsretten, men avskjediget i lagmannsretten.¹⁰² Høyesterett stadfestet enstemmig lagmannsrettens dom. Dommen har blitt omtalt og/eller analysert i blant annet kirkerettslige,¹⁰³ statsrettslige¹⁰⁴ og metoderettslige¹⁰⁵ fremstillinger. Arne Fliflet, som var regjeringsadvokatens rettslige medhjelper

¹⁰⁰ Se Martinussen, *Kirkerett* s. 14.

¹⁰¹ Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven) § 2, slik bestemmelsen lød etter endring ved lov 16. juni 1978 nr. 66. Loven gjelder fortsatt, men bestemmelsen har senere blitt endret ved lov 11. august 2000 nr. 76 og ved lov 19. juni 2015 nr. 65, og forslag til ny abortlov har blitt fremlagt, se NOU 2023: 29 *Abort i Norge – ny lov og bedre tjenester* og Prop. 117 L (2023–2024) *Lov om abort (abortloven)*. Hjemmelen for avskjedigelse ved dom var lov 22. mai 1902 nr. 11 om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttredelse (straffelovens ikrafttredelseslov) § 10. Bestemmelsen ble opphevet ved lov 19. juni 2015 nr. 65 (straffelovens ikraftsettingslov).

¹⁰² Se Rt. 1983 s. 1004 på side 1005 f.

¹⁰³ Skoghøy, «State and church in Norway», *Scandinavian Studies In Law* 1992, Volume 36, s. 11–36 på s. 15 ff. Avgjørelsen er også nevnt i Martinussen, *Kirkerett* s. 63 og av Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 167.

¹⁰⁴ Se for eksempel Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 6. utg., Oslo 2024, s. 88 f., 231, 248, 298 og 306.

¹⁰⁵ Se for eksempel Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 2. utg., Oslo 2023, s. 86 og s. 203.

under saken, har også omtalt avgjørelsen i blant annet en bredere anlagt artikkel.¹⁰⁶

Rettssspørsmålet i Rt. 1987 s. 473 – den såkalte liturgisaken – var om høymesseliturgien i Den norske kirke var lovlig innført i tre menigheter i Nord-Norge. Den dagjeldende kirkeordningsloven § 32 b ble tolket i lys av prerogativbestemmelsen i Grunnloven § 16, slik den da lød, og Høyesterett kom enstemmig til at menighetsmøtet ikke med hjemmel i lovbestemmelsen kunne nekte å innføre en ny liturgi fastsatt ved kongelig resolusjon.¹⁰⁷ Også denne saken har blitt omtalt og/eller analysert i kirkerettslige,¹⁰⁸ statsrettslige¹⁰⁹ og metoderettslige¹¹⁰ fremstillinger. Prosessfullmektigene – Arne Fliflet for staten og Jens Edvin A. Skoghøy for menighetene – har også omtalt saken i skriftlige arbeider.¹¹¹ I forlengelsen av saken utgav Skoghøy i 1989 boken *Konge, rikskirke og lokalmenighet*.

Et kirkerettslig særtema: forholdet mellom kirke og stat

«Den evangelisk-lutterske Religion forbliver Statens offentlige Religion.» Det uttrykte den opprinnelige ordlyden i Grunnloven § 2 første punktum. Bestemmelsen hadde konfesjonell betydning.¹¹² Grunnloven § 16 uttrykte i opprinnelig utforming et kongelig

¹⁰⁶ Fliflet, «Den norske kirkes private autonomi», *Lov og Rett*, 2001, s. 323–345 punkt 9.

¹⁰⁷ Rt. 1987 s. 473 på side 483 f. Lov 29. april 1953 nr. 1 om Den norske kirkes ordning (kirkeordningsloven) ble opphevet ved lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke (kirkeloven).

¹⁰⁸ Martinussen, *Kirkerett* s. 58 og Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 167.

¹⁰⁹ Se for eksempel Smith, *Konstitusjonelt demokrati* s. 93 og 253.

¹¹⁰ Se for eksempel Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* s. 234.

¹¹¹ Fliflet, «Den norske kirkes private autonomi», *Lov og Rett*, 2001, s. 323–345 punkt 9 og Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet* punkt 3.6.

¹¹² NOU 1975: 30 *Stat og kirke* s. 12. Se Torbjørn Backer Hjorthaug, «Tidligere §2 første og annet punktum» i *Grunnloven, historisk kommentarutgave 1814–2020* (red. Ola Mestad og Dag Michalsen), Oslo 2021, s. 91–114 i punkt 1.

prerogativ: «Kongen anordner al offentlig Kirke- og Gudstjeneste, alle Møder og Forsamlinger om Religionssager, og paaseer, at Religionens offentlige Lærere følge de dem foreskrevne Normer.» Kirke og stat var tett forbundet.¹¹³ Statskirkeordningen var regulert i syv paragrafer i Grunnloven.¹¹⁴ Grunnlovsbestemmelsene har blitt endret, se nedenfor.

Forholdet mellom kirke og stat – herunder kirkens indre selvstyre på ulike nivå – har som nevnt vært et tema for debatt og faglig polemikk.¹¹⁵ Bidragene har kommet fra blant annet teologisk, juridisk og historisk hold – og bidragsyterne har talt forskjellige fagspråk. Rammene for denne teksten tillater ikke noen inngående analyse av debattene, verken i stort eller smått.¹¹⁶ I tråd med tekstens formål nevnes kun enkelte sentrale juridiske bidrag i, fra og for debatten – hvor betoningen går fra statskirke via statskirke og tilbake til statskirke igjen. Spredte steder nevnes også responsum fra teologisk hold. Debattene inngår i – men utgjør ikke alene – bakteppet for det senere skillet mellom stat og kirke.

Taranger arbeidet juridisk (og til dels også politisk) for reformer.¹¹⁷ I 1906 utgav han *Statsreligion eller fri Folkekirke?*¹¹⁸ Det

¹¹³ Høstmælingen, «Forfatningsmessige konsekvenser ved et skille mellom kirke og stat», *Kirke og Kultur*, 2005, s. 21–35. Se utredningene mv. i note 134.

¹¹⁴ Se Innst, s. nr. 287 (2007–2008) *Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om staten og Den norske kirke* s. 1. De aktuelle paragraferne i Grunnloven var §§ 2, 4, 12, 16, 21, 22 og 27.

¹¹⁵ En oversikt er inntatt i Carl Fr. Wisløff, *Norsk kirkedebatt gjennom 100 år*, Oslo 1979. Se også neste note.

¹¹⁶ For lengre, forklarende og kontekstualiserende linjer, dels også med inndelinger i ulike debattperioder, vises det blant annet til Terje Ellingsen, *Fri folkekirke: Den norske kirkes forfatning under debatt 1906–1916*, Oslo 1973, Terje Ellingsen, *Kirkestyre i historisk lys*, Stavanger 1969, og John Egil Bergem og Andreas Aarflot, *Mot en selvstendig folkekirke*, Bergen 2007.

¹¹⁷ Se Ellingsen, *Fri folkekirke: Den norske kirkes forfatning under debatt 1906–1916* på blant annet s. 27 ff., 40 ff., 64 ff. og 115 ff.

¹¹⁸ Absalon Taranger, *Statsreligion eller fri Folkekirke?* Kristiania 1906.

overordnede siktemålet var kirkens frigjøring fra staten – en fri folkekirke med indre selvstyre. Arbeidet kunne etter hans syn starte med menighetsorganisasjonen og gjennom innføringen av menighetsråd.¹¹⁹ Taranger deltok i Kirkelovkommisjonen av 1908, der han tilhørte et mindretall som i større grad enn flertallet ville innføre reformer.¹²⁰ I den samtidige debatten deltok ikke bare jurister, men også teologer.¹²¹ Menighetsråd ble innført i 1920.¹²²

Castberg fikk i oppdrag å utrede de konstitusjonelle sidene forbundet med bekjennelsesplikten.¹²³ Flere tema ble behandlet. Castberg anså i *Statsreligion og kirkestyre* at kirken ikke var «en maktorganisasjon, med egne rettigheter overfor staten»; kirken var «et rent åndelig samfunn».¹²⁴ Kirken var en del av staten, men ikke et eget rettssubjekt.¹²⁵ Utredningen avstedkom en polemikk som ikke (bare) handlet om den bekjennende kirken, men om forholdet mellom kirke og stat.¹²⁶ Biskop Eivind Berggrav gav sitt tilsvarende svar i boken *Contra Castberg: Om kirkens grunn*.¹²⁷ Teolog og kirkehistoriker Einar Molland argumenterte derimot i favør av

¹¹⁹ Taranger, *Statsreligion eller fri Folkekirke?* s. 22 f. (om det politiske programmet).

¹²⁰ Kirkekommisjonen av 1908, IV: *Indstilling angaaende den norske kirkes organisation*, Kristiania 1911. Innstillingen er omtalt i blant annet Ellingsen, *Fri folkekirke: Den norske kirkes forfatning under debatt 1906–1916* s. 129 f.

¹²¹ Se fra geistlig hold K.B. Birkeland, *Det kirkelige uføre og veien ut*, Kristiania 1911.

¹²² Molland, *Statskirke og Jesus Kristi kirke* s. 93. Se lov 3. desember 1920 nr. 4 om menighetsråd.

¹²³ Se Castberg, *Statsreligion og kirkestyre* s. 1. Se også Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet* s. 75 og Bernt T. Oftestad, *Den norske statsreligionen*, Kristiansand 1998, s. 238 ff.

¹²⁴ Castberg, *Statsreligion og kirkestyre* s. 64. For en juridisk analyse av Castbergs lære, se Torbjørn Backer Hjorthaug, *Frede Castbergs statskirkeoppfatning*, Oslo 1998.

¹²⁵ Castberg, *Statsreligion og kirkestyre* s. 61.

¹²⁶ Se blant annet Johannes Smemo, *Kirkesituasjonen: Omkring spørsmålet bekjennelseskirke og statskirke*, Oslo 1954.

¹²⁷ Eivind Berggrav, *Contra Castberg: Om kirkens grunn*, Oslo 1954. Omtalt i Martinussen, *Kirkerett* s. 16 f.

statskirken.¹²⁸ Molland påpekte at det kunne sondres mellom kirke i juridisk og religiøs forstand.¹²⁹

I kjølvannet av sakskomplekset som senere ble avgjort av Høyesterett i Rt. 1983 s. 1004, ble Castbergs statskirketeori på ny aktualisert – og kritisert fra både teologisk¹³⁰ og juridisk¹³¹ hold. Likeledes ble Castbergs lære også kritisert i forlengelsen av Rt. 1987 s. 473. Skoghøys teoretiske fokus i *Konge, rikskirke og lokalmenighet* var kirken – og de lokale menigheters – selvbestemmelsesrett,¹³² og han opponerte mot en lære som slo organisatoriske og administrative spørsmål i konstitusjonelt hartkorn med konfesjonelle og rituelle spørsmål.¹³³

Grunnlovsvedtak av 21. mai 2012 medførte endringer i Grunnloven §§ 2, 4, 12, 16, 21, 22 og 27, og åpnet blant annet for økt indre selvstyre i kirken.¹³⁴ I forlengelsen ble kirkeloven (av 1996) endret.¹³⁵

¹²⁸ Molland, *Statskirke og Jesus Kristi kirke* s. 89 ff.

¹²⁹ Molland, *Statskirke og Jesus Kristi kirke* s. 71.

¹³⁰ Se Andreas Aarfløth, «Jus in sacris», *Lov og Rett*, 1983, s. 200–212 punkt II.

¹³¹ Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet* s. 42.

¹³² Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet* s. 136, jf. blant annet s. 11 og 33.

¹³³ Andreassen [Skoghøy], *Konge, rikskirke og lokalmenighet* s. 33. Se også Skoghøy, «State and church in Norway», *Scandinavian Studies In Law* 1992, Volume 36, s. 11–36.

¹³⁴ Kunngjort ved kgl.res. 15. juni 2012 nr. 522. Om bakgrunnen for endringene se blant annet NOU 2006: 2 *Staten og Den norske kirke*, St.meld. nr. 17 (2007–2008) *Staten og Den norske kirke*, Innst. s. nr. 287 (2007–2008) *Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om staten og Den norske kirke*, Dok.nr. 12:10 (2007–2008) og Innst. 233 S (2011–2012). Kirkeforliket av 10. april 2008 er omtalt i blant annet Prop. 71 L (2011–2012) *Endringer i kirkeloven m.m.*, s. 8. Tidligere utredninger og vurderinger finnes også, se blant annet NOU 1975: 30 *Stat og kirke* og St.meld. nr. 40 (1980–81). Se også Kirkerådet, *Samme kirke – Ny ordning*, Oslo 2002.

¹³⁵ Se lov 8. juni 2012 nr. 30 om endringer i kirkeloven m.m. Se Prop. 71 L (2011–2012) *Endringer i kirkeloven m.m.* og Innst. 292 L (2011–2012) *Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om endringer i kirkeloven m.m.* Se også endringsloven som er nevnt i note 139.

Grunnlovsendingene medførte blant annet at Kongens særskilte kirkestyre ble avviklet.¹³⁶ Grunnloven § 16 annet punktum uttrykker i dag blant annet at «Den norske kirke, en evangelisk-luthersk kirke, forblir Norges folkekirke».¹³⁷ Formålet med bestemmelsene i trossamfunnsloven kapittel 3 er «å legge til rette for at Den norske kirke forblir en landsdekkende og demokratisk evangelisk-luthersk folkekirke», jf. trossamfunnsloven § 10. Grunnloven § 16 tredje punktum uttrykker at nærmere bestemmelser om «Kirkens ordning» fastsettes ved lov. Kapittel 3 i trossamfunnsloven inneholder bestemmelser om Den norske kirke, se nedenfor.¹³⁸

Ved lov ble Den norske kirke omdannet til et eget rettssubjekt med virkning fra 1. januar 2017.¹³⁹ Rettstilstanden ble videreført i trossamfunnsloven § 11 annet ledd. Soknet er den grunnleggende enheten i Den norske kirke, og er også et eget rettssubjekt, jf. trossamfunnsloven § 11 første og annet ledd. På vegne av Den norske kirke og soknet opptrer henholdsvis Kirkemøtet og menighetsrådet, jf. trossamfunnsloven § 11 tredje ledd. Kirkemøtets kompetanse fremkommer i trossamfunnsloven §12, og «[f]orslag til vesentlige endringer i bestemmelsene» i kapittelet skal legges frem for Kirkemøtet, jf. fjerde ledd. Mens trossamfunnsloven § 12 første ledd

¹³⁶ Se den etterfølgende omtalen i Prop. 55 L (2015–2016) *Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.)* s. 9 og Prop. 130 L (2018–2019) *Lov om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)* s. 23.

¹³⁷ Grunnloven § 16 inneholder også regler om understøttelse. Se også trossamfunnsloven § 14 om finansiering av Den norske kirke. Denne tematikken omtales ikke nærmere.

¹³⁸ Forholdet mellom Grunnloven § 16 og bestemmelsene i trossamfunnsloven kapittel 3 er omtalt i blant annet Prop. 130 L (2018–2019) *Lov om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)* s. 13, 51, 206 ff. og 260.

¹³⁹ Lov 27. mai 2016 nr. 17 trådte (delvis) i kraft 1. januar 2017, jf. kgl.res. 27. mai 2016 nr. 532. Se Prop. 55 L (2015–2016) *Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til et eget rettssubjekt m.m.)* og Innst. 256 L (2015–2016) *Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.)*. Prosessen er omtalt i Prop. 130 L (2018–2019) *Lov om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)* s. 24.

konstaterer Kirkemøtets myndighet, gir annet ledd myndighet til Kirkemøtet.¹⁴⁰ Kirkemøtets sammensetning og oppgaver fremkommer i Kirkeordning for Den norske kirke (kirkeordningen) §§ 27 og 28.¹⁴¹ Kirkemøtet fastsetter «kirkens grunnlag og lære» samt «alle liturgier og gudstjenstlige bøker», jf. trossamfunnsloven § 12 første ledd. Kapittel 1 i kirkeordningen omhandler Den norske kirkes (lære)grunnlag. Læregrunnlaget kommer til uttrykk i kirkeordningen § 1, og forholdet til den øvrige kirkeordningen fremkommer i § 2. Arbeid i kirkelige møter og råd etter kirkeordningen skal utføres i «lojalitet mot Den norske kirkes læregrunnlag», jf. kirkeordningen § 37. Kirkemøtet gir bestemmelser om «kirkens organisering, kirkelig inndeling og kirkelige organer», jf. trossamfunnsloven § 12 annet ledd. Kapittel 2 i kirkeordningen inneholder bestemmelser om blant annet kirkelig inndeling og kirkens organer. Kirkemøtet kan gi nærmere regler om «oppgavefordeling mellom soknets organer», jf. trossamfunnsloven § 11 fjerde ledd annet punktum. Bestemmelser om blant annet soknets organer og deres oppgavefordeling er gitt i kirkeordningens tredje kapittel. Kirkemøtet kan ikke «treffe vedtak» eller «gi instruks» i «enkeltsaker som soknets organer skal avgjøre», jf. trossamfunnsloven § 12 tredje ledd.

Den alminnelige rettskilde- og metodelæren gjelder som utgangspunkt også i kirkeretten.¹⁴² Spesielle metodespørsmål kan likevel oppstå. En særlig forrangsbestemmelse er inntatt i kirkeordningen § 42 femte ledd: Ved «motstrid» går bestemmelsene i kirkeordningen foran «bestemmelser i annet regelverk fastsatt av Kirkemøtet eller annet kirkelig organ».

¹⁴⁰ Prop. 130 L (2018–2019) *Lov om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)* s. 261.

¹⁴¹ Forskrift 30. mars 2019 nr. 2307 (Kirkeordning for den norske kirke) er gitt med hjemmel i trossamfunnsloven § 11 fjerde ledd, § 12, § 15 og § 17.

¹⁴² Martinussen, *Kirkerett* s. 15 og Gullaksen i Skjevesland, *Invitasjon til praktisk teologi: En faginnføring* s. 161 f.

Avslutning

Kirkeretten er et gammelt fagfelt med behov for oppdatert norsk litteratur. Litteraturbehov i kirkeretten – ett historisk og ett aktuelt – kan blant annet forstås på bakgrunn av to «oppdelinger» med ledsagende «selvstendigjøringer»: Etter at den dansk-norske kongen måtte avstå Norge i 1814 var det behov for fremstillinger av den norske kirkeretten til forskjell fra litteratur om den dansk-norske kirkeretten, og etter grunnlovsendringene i 2012 og etterfølgende lovgivning, herunder etableringen av Den norske kirke som eget rettssubjekt i 2017 og reguleringen av kirken i trossamfunnsloven kapittel 3, er det behov for oppdaterte kirkerettsfremstillinger som behandler aktuell kirkerett til forskjell fra den eldre (stats)kirkeretten.

Motzfeldt, Broch, Taranger, Hansson og Robberstad fremstilte kirkeretten i statskirkeparadigmet, og da Martinussen og Gullaksen sine kirkerettslige fremstillinger utkom i henholdsvis 1999 og 2000, hadde Norge fortsatt en statskirke. Fordi Grunnloven har blitt endret og fordi kirken har blitt etablert som et eget rettssubjekt, har en ny rettslig situasjon oppstått. Rettslige *rammer* for kirkeretten er fortsatt trukket opp i lovfestet rett, gjennom blant annet trossamfunnsloven kapittel 3. Kompetansen til å normere og organisere – og dermed også deler av evnen til å fastsette kirkerettens *innhold* – har et stykke på vei blitt forskjøvet fra lovgiver og statlige organer til Kirkemøtet.¹⁴³

Fra juridisk hold – ved Martinussen – har det blitt ytret et ønske om «flere kirkerettslige arbeider».¹⁴⁴ Ønsket ble fremsatt for et kvart århundre siden. Etter at den tidligere statskirken har gått inn i kirkerettshistorien, har ikke behovet for forskningsbasert litteratur om kirkeretten blitt mindre. Fra teologisk hold – ved Aarfloth – har det blitt tatt til orde for at perspektivet bør utvides fra «en snever norsk kirkerettstradisjon, til fordel for en tilrettelegging i tråd med

¹⁴³ Prop. 130 L (2018–2019) *Lov om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven)* s. 206, 228 og 261.

¹⁴⁴ Martinussen, *Kirkerett* s. 5 (forordet).

internasjonale forbilder og prinsippene fra viktige menneskerettsdokumenter». ¹⁴⁵ Tiden synes å være moden for en ny og moderne fremstilling av norsk kirkerett.

¹⁴⁵ Andreas Aarfloth, «Rettslig handleevne lokalt og sentralt i Den norske Kirke – Refleksjoner over rettssituasjonen etter den siste revisjonen av kirkeloven», *Lov og Rett*, 2017, s. 195–214 på s. 214.

Akademisk yringsfridom

Nokre rettslege utgangspunkt¹

Ola Johan Settem, professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Stavanger

1. Innleiing

«Akademisk fridom» og «akademisk yringsfridom» er kjende og kjære omgrep i akademiske samanhengar. Omgrepa kan gje grunnlag for mange typar drøftingar og klargjeringar.² I det følgjande vil eg skissera kva implikasjonar Grunnlova § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK) artikkel 10 har for yringsfridomen til vitenskapleg tilsette ved universitet og høyskular. Dette vil eg referera til som «akademisk yringsfridom».

Yringsfridom følgjer av fleire andre internasjonale konvensjonar og erklæringer,³ men i denne artikkelen vil eg halda meg til Grunnlova og EMK. Det er desse regelsetta som har spelt størst rolle i norsk rettspraksis og forvaltningspraksis om yringsfridomen til vitenskapleg tilsette.

Eg vil leggja særleg vekt på kryssingspunkt mellom den lojalitetsplikta vitenskapleg tilsette har ovanfor sin arbeidsgjevar, og den

¹ Denne artikkelen byggjer på eit føredrag om akademisk yringsfridom halde av forfattaren 9. mai 2022 for Leiarforum ved UiS i Egersund.

² Sjø NOU 2022:2 *Akademisk yringsfrihet* for ei utfyllande utgreiing om desse omgrepa og for forskjellige typar perspektiv på dei.

³ Jf. t.d. FN's internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 19.

særskilte ytringsfridomen dei, som vitskapleg tilsette med akademisk ytringsfridom, har.

Frå det siste tiåret har vi mange døme på at akademisk fridom kjem under eit visst press, både i Noreg og andre vestlege land. Det kan her visast til saka med førsteamanuensis Øyvind Eikrem ved NTNU, som i september 2018 skal ha vorte kalla inn på instituttleiarens kontor og utsett for sterk kritikk frå instituttleiinga for å ha uttala seg om faglege spørsmål på ein måte instituttleiinga oppfatta som skadeleg for instituttets omdøme.⁴ Frå USA kan det visast til saka med jussprofessor Ilya Shapiro, som i februar 2022 uttrykte kritikk mot president Joe Bidens nominasjon av Ketanji Jackson Brown til høgsterettsdommar og av den grunn vart suspendert frå jobben sin av leiinga ved Georgetown University Law Center.⁵ Frå Danmark kan det visast til eit vedtak i Folketinget i 2018 som oppfordra leiinga ved landets universitet til å sikra mellom anna at «politikk ikkje forklædes som videnskap». Dette vart av mange akademikarar oppfatta som eit politisk åtak på visse typar forskning som fleire politikarar meinte var «aktivistisk», og difor som eit åtak på den akademiske fridomen.⁶

Desse og andre saker vitnar om temaets stadige aktualitet.

I fortsetjinga vil eg først gjera greie for nokre sentrale kjenneteikn ved dei grunnleggjande ytringsfridomsføresegnene i høvesvis Grunnlova § 100 og EMK artikkel 10. Eg vil så snevra inn fokuset, først til ytringsfridomens rolle i relasjonen mellom arbeidsgjevarar og arbeidstakarar generelt, og deretter til den særskilte relasjonen mellom offentlege universitet og høgskular og deira vitskapleg tilsette.

⁴ Sjå Tore Oksholen, «Kalt inn på instituttlederens kontor etter intervju med Reset», *Forskning.no*, 2018, 27. september.

⁵ Sjå Jordan Howell, «Georgetown Law provokes backlash by suspending lecturer over tweets», *FIRE – Foundation for Individual Rights and Expression*, 2022, 1. februar.

⁶ Sjå Lina Christensen, «Danske politikere vil ha slutt på 'overdreven aktivisme i visse forskningsmiljøer'», *Forskerforum*, 2021, 16. juni.

2. Ytringsfridom ifølgje Grunnlova og EMK

Akademisk fridom, som inkluderer såkalla akademisk ytringsfridom, er lovfesta i lov 8. mars 2024 nr. 9 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskolelova) § 2-2.⁷ Føresegna slår fast at akademiske institusjonar skal «fremme og verne akademisk frihet og dem som utøver den», og klargjer i fjerde til sjetten ledd at dette gjeld for dei vitenskapleg tilsettes undervising, forskning og faglege formidling.

For vårt føremål er det sentrale uansett at akademisk ytringsfridom i ei viss utstrekking også følgjer av ytringsfridomsføresegner i Grunnlova og EMK. Begge desse regelsetta har forrang framfor andre lover og reglar. For EMK følgjer dette av lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettslova) §§ 2 og 3. For praktiske føremål vil det vernet som følgjer av høvesvis Grunnlova § 100 og EMK artikkel 10, langt på veg vera samanfallande.⁸

Det er grunnleggjande at styresmaktene skal respektera og sikra den einskilde sin ytringsfridom. I dette ligg det både ei negativ sikreplikt, altså ei plikt til ikkje å hindra eller sanksjonera ytringar, og ei positiv sikreplikt, altså ei plikt til å leggja til rette for og verna den einskilde sin bruk av ytringsfridomen.⁹

Samstundes følgjer det av både Grunnlova § 100 og EMK artikkel 10 at styresmaktene kan avgrensa eller gjera inngrep i ytringsfridomen på forskjellige vis, såframt visse inngrepsvilkår er innfridd. Det dreier seg, for å halda oss til EMK artikkel 10, om eit krav om at inngrep har lovheimel («prescribed by law»), at inngrepet har eit legitimt føremål («in the interests of»), og at inngrepet framstår

⁷ Jf. NOU 2022: 2 punkt 3.1.2.

⁸ Jf. Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett* (Universitetsforlaget, 3. utg. 2020) s. 168–171.

⁹ Jf. t.d. storkammerdom frå EMD 12. september 2011, *Palomo Sánchez mfl. mot Spania* (EMD-2006-28955) avsnitt 53–62.

naudsynt for å oppnå dette føremålet («necessary in a democratic society»)¹⁰ Kravet om at inngrepet skal vera naudsynt, har av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) vorte tolka til å innebera ikkje berre eit krav om at det skal vera eit presserande samfunnsbehov for å gripa inn («pressing social need»), men også eit krav om at inngrepet er *samhøveleg* eller *proporsjonalt* («proportionate to the legitimate aim pursued»)¹¹ Altså skal ikkje eit inngrep gå lenger i å innskrenka ytringsfridomen enn kva som står i høveleg samsvar med kva føremålet tilseier, i ljøs av kor sterkt dei ulike omsyna som ligg til grunn for ytringsfridomen, gjer seg gjeldande.

Når EMD vurderer om nasjonale styresmakter, inkludert nasjonale domstolar, har gjennomført ei rettvis avveging, vil EMD tilstå dei nasjonale styresmaktene ein viss *skjønnsmargin* («margin of appreciation») i samband med den konkrete samhøvelegvurderinga, men det gjeld grenser for denne skjønnsmarginen.¹² EMD vil typisk sjå på om dei nasjonale styresmaktene sine grunngevingar for inngrepet framstår *tilstrekkelege* i ljøs av dei generelle prinsippa som EMD har formulert.¹³ Det kan også vera eit spørsmål om dei nasjonale avgjerdsprosessane også elles var forsvarlege.¹⁴

Grunnlova § 100 gjev grunnlag både for eit lovheimelskrav for å gjera inngrep i ytringsfridomen og for ei vurdering i det einskilde tilfellet av om inngrepet er samhøveleg ut frå føremålet med det og i ljøs av kor sterkt grunngevingane for ytringsfridomen gjer seg

¹⁰ For ei mer utfyllande utgreiing om inngrepsvilkåra sjå t.d. Bernadette Rainy, Pamela McCormick og Clare Ovey, *Jacobs, White, and Ovey, The European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 8. utg. 2021) s. 491 ff.

¹¹ Jf. t.d. storkammerdom frå EMD 15. oktober 2015, *Perinçek mot Sveits* (EMD-2008-27510) avsnitt 196–197.

¹² *Perinçek mot Sveits* avsnitt 196–197.

¹³ *Perinçek mot Sveits* avsnitt 196–197.

¹⁴ Jf. dom frå EMD 20. oktober 2009, *Lombardi Vallauri mot Italia* (EMD-2005-39128) avsnitt 47–54.

gjeldande. Ifølgje andre ledd kan ingen «haldast rettsleg ansvarleg for å ha ... komme med opplysningar, idear eller bodskapar om det ikkje lèt seg forsvare halde opp imot den grunngevinga ytringsfridommen har», og ifølgje fjerde ledd kan det setjast grenser for retten til å ytra seg «frimodig om statsstyringa og kva anna emne som helst ... der særleg tungtvegande omsyn gjer det forsvareleg».

Grunnlova § 100 peiker i andre ledd på «sanningssøking, demokrati og den frie meiningsdanninga» som grunngevingane for ytringsfridomen. Den same typen omsyn blir vektlagd av EMD i deira rettspraksis om EMK artikkel 10.¹⁵ I saker som gjeld vitskapleg tilsettes ytringsfridom, ser vi at omsynet til sanningssøking blir særskilt framheva.¹⁶

Når det gjeld kva som er som ei *ytring* å rekna, slik at ytringsfridomsføresegner kjem til bruk, følgjer det av EMDs rettspraksis at omgrepet famnar vidt. Det er understreka at «[a]ll forms of expression are included, through any medium».¹⁷ Det same gjer seg gjeldande når det gjeld spørsmålet om kva typar handlingar eller avgjerder frå styresmaktene som vil utgjera eit inngrep («interference») i ytringsfridomen. Det er understreka at «[t]he Court takes a broad view of what constitutes an interference».¹⁸

3. Ytringsfridom i relasjonen arbeidsgjevar–arbeidstakar

På bakgrunn av desse grunnleggjande rettslege utgangspunkta kan vi gå vidare til å sjå på korleis retten til ytringsfridom gjer seg gjeldande i relasjonen mellom arbeidsgjevar og arbeidstakar.

Dersom det offentlege er arbeidsgjevar, som vil vera tilfelle til

¹⁵ Jf. dom frå EMD 27. mai 2014, *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* (EMD-2004-346) avsnitt 33.

¹⁶ *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* avsnitt 40.

¹⁷ Jf. *Rainy mfl.* 2021 s. 488–489.

¹⁸ *Rainy mfl.* 2021 s. 490–491.

dømes om ein har med eit norsk universitet å gjera, vil det å sanksjonera arbeidstakaren for ytringar han eller ho har komme med, fort vera som eit inngrep i ytringsfridomen å rekna.¹⁹ Det kan dreia seg om ei formell åtvaring, endra arbeidsoppgåver, oppseiing og så vidare. Dersom arbeidsgjevaren er privat, vil det bli eit spørsmål om den positive sikreplikta til styresmaktene. Denne kan ha betydning til dømes for kva rettslege vurderingar domstolane skal gjera ved ein etterfølgjande rettstvist mellom arbeidsgjevaren og arbeidstakaren.²⁰ Dette kan vera aktuelt dersom ein privat høgszkule sanksjonerer ein tilsett sine ytringar.

Den som ytrar synspunkt, må sjølvsagt tola at andre tek til motmæle og kritiserer sjølve synspunktet. Det kan i utgangspunktet også arbeidsgjevaren eller nokon i ei leiarstilling i verksemda gjera, og dette vil ikkje utan vidare kunne reknast som eit inngrep i den tilsettes ytringsfridom. Dersom arbeidsgjevaren si «motytring» har karakter av å vera ein formell reaksjon på *at* arbeidstakaren ytra seg, bør det derimot fort reknast som eit inngrep og ikkje berre som at arbeidsgjevaren nytta sin eigen ytringsfridom. Dette er også lagt til grunn av Sivilombodet i fleire uttalar.²¹

Ein arbeidsgjevar kan altså ikkje utan vidare sanksjonera ein arbeidstakar for ei ytring utan å komma på kant med den konvensjons- og grunnlovsfesta retten til ytringsfridom. Samstundes er det klart at den *lojalitetsplikta* ein arbeidstakar har, og som heng nær saman med arbeidsgjevars *styringsrett* når det gjeld arbeidsoppgåver og arbeidsutføring, kan gje grunnlag for sanksjonar i visse situasjonar. Det kan vera at arbeidstakaren har uttala seg på ein måte som skadar arbeidsgjevarens omdømme, eller som gjev inntrykk av

¹⁹ Jf. dom frå EMD 19. juni 2008, *Kula mot Tyrkia* (EMD-2006-20233) avsnitt 39, som gjaldt ein formell reprimande, som blir omtala som ein minimal sanksjon, men like fullt som eit inngrep i den vitskapleg tilsette sin ytringsfridom.

²⁰ Jf. *Palomo Sánchez mfl. mot Spania* avsnitt 58–62.

²¹ Jf. Sivilombodets uttalar SOMB-2006-13, SOM-2021-123 og SOM-2021-742.

at arbeidstakaren er uskikka for stillinga.²² Det kan også vera andre grunnar til at ein arbeidsgjevar eller andre aktørar kan reagera mot ytringane.²³

Ved avveginga mellom ytringsfridom og lojalitetsplikt i det einstilte tilfellet kan ei rekkje konkrete omstende påverka vurderinga.²⁴ Eg vil komma tilbake til nokre slike nedanfor, når eg ser nærare på konkrete avveingar i samband med akademisk ytringsfridom.

Det må framhevast at kva type arbeidsgjevar vi har med å gjera, kan ha stor betydning for korleis tilhøvet mellom lojalitetsplikt og ytringsfridom skal handterast. Det er stor forskjell, med omsyn til det å krevja at tilsette skal lata vera å ytra seg på visse måtar, på ein organisasjon som har som sitt eksplisitte føremål å utbreia visse synspunkt og idear, som til dømes eit politisk parti eller eit trussamfunn, og eit reint kommersielt føretak eller ein offentleg arbeidsgjevar.²⁵

4. Ytringsfridom i ein akademisk samanheng

Her kjem vi til kjernen: Dersom arbeidsgjevaren er ein akademisk institusjon, slik som eit offentleg universitet, vil det *særeigne føremålet* og *særpreget* til ein akademisk institusjon ha sær stor betydning for kva type lojalitet institusjonen kan krevja – og ikkje

²² Jf. *Palomo Sánchez mfl. mot Spania* avsnitt 74–76. Jf. også Rt. 1982 s. 1729 (s. 1734) og Sivilombodets uttale SOM-2021-742.

²³ Sjå til illustrasjon EMD si avgjerd 13. februar 2001, *Lunde mot Noreg* (EMD-1997-38318), som gjaldt eit ærekrenkingssøksmål frå ein person som hadde vorte omtala som «rasist» i ein akademisk publikasjon.

²⁴ Jf. Innst. s. nr. 270 (2003–2004) punkt 4.11. For eit illustrerande døme frå lagmannsrettspraksis sjå LB-2017-35146.

²⁵ Når det gjeld trussamfunn, sjå t.d. storkammerdom frå EMD 12. juni 2014, *Fernández Martínez mot Spania* (EMD-2007-56030) avsnitt 131. For ei analyse av betydninga av trussamfunns religiøse autonomi i samband med dette sjå Ola Johan Settem, «Religious communities and their employees», *Oslo Law Review*, 2021, s. 165–189.

krevja – av sine vitenskapleg tilsette, og av den grunn for rommet til å gjera inngrep i dei tilsette sin ytringsfridom. Det dreier seg om den type føremål som har komme til uttrykk i universitets- og høyskolelova § 1-1, herunder å tilby utdanning, utføra forskning og formidla kunnskap samt «utbre forståelse for prinsippet om akademisk frihet», jf. § 1-1 bokstav c.

Eit universitet skal vera ein arena for meiningsbryting, for fagleg verksemd og usemje og for frisk debatt. Det går difor ikkje an å tenkja likt om korleis eit universitet skal framstå for omverda som for ein del andre typar verksemdar. Dette fell ikkje alltid like lett for alle aktørar, som då vi for nokre år sidan kunne lesa følgjande utsegn i *Stavanger Aftenblad* sine spaltar, i høve tilsette ved Universitetet i Stavanger si deltaking i samfunnsdebatten: «Er universitetet i ferd med å miste den regionale forankringen og oppslutningen fordi institusjonen ikke fremstår som enhetlig og omforent?»²⁶ Skribenten fekk følgjande treffande replikk frå prorektor Fitjar ved Universitetet i Stavanger: «Universitetet er et uenighetsfelleskap.»²⁷

Replikkvekslinga gjev kontekst for ei nærare utforsking av spørsmålet om korleis grunnleggjande føresegner om ytringsfridom gjer seg gjeldande i ein akademisk samanheng. Det følgjer av både EMDs rettspraksis og norsk høgsterettspraksis at det er noko særlege ved akademiske samanhengar, som har betydning for ytringsfridomen til vitenskaplege tilsette i relasjonen til arbeidsgjevaren deira.

²⁶ Jf. Hard Olav Bastiansen, «Du bør ikke mene noe om Hadias nyfødene hår som UiS-ansatt», *Stavanger Aftenblad*, 2020, 29. oktober.

²⁷ Jf. Rune Dahl Fitjar, «Universitetet er et uenighetsfelleskap», *Stavanger Aftenblad*, 2020, 2. november.

5. Særs vide rammer

I *Sorguç*-dommen frå 2009 understrekar EMD sterkt «the importance of academic freedom, which comprises the academics' freedom to express freely their opinion about the institution or system in which they work and freedom to distribute knowledge and truth without restriction». ²⁸ EMD har også uttrykt at dersom det dreier seg om restriksjonar av akademisk fridom, vil prøvingsintensiteten, dersom saka står for EMD, vera sterk. ²⁹

Når EMD på dette viset framhevar og legg vekt på akademisk fridom i samband med samhøvelegvurderingar under EMK artikkel 10, kan det hevdast å samsvara godt med tilrådingar frå andre organ knytta til Europarådet, slik som Parlamentsforsamlinga si tilråding frå 2006 om akademisk fridom og universitetsautonomi, ³⁰ og Ministerrådets tilråding frå 2012 om offentlege styresmakters ansvar for akademisk fridom og institusjonell autonomi. ³¹

I Noreg har Høgsteretts ankeutval uttrykt følgjande:

ytringsfriheten, slik denne blant annet kommer til uttrykk i Grunnloven § 100 første ledd og EMK artikkel 10 nr. 1, gir svært vide rammer for hva en vitenskapelig ansatt kan si om faglige og administrative spørsmål, selv om dette innebærer å tale ledelsen eller andre midt i mot. Den frie akademiske meningsutveksling er en grunnleggende verdi, og

²⁸ Jf. dom frå EMD 23. september 2009, *Sorguç mot Tyrkia* (EMD-2003-17089) avsnitt 35.

²⁹ Jf. *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* avsnitt 40.

³⁰ Recommendation 1762 (2006) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Academic freedom and university autonomy*. Tilrådinga blir vist til av EMD i *Kula mot Tyrkia* avsnitt 38, for å underbyggja kor viktig det er å vektleggja visse sider av akademisk fridom.

³¹ Recommendation CM/Rec(2012)7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the responsibility of public authorities for academic freedom and institutional autonomy. Sjå til illustrasjon *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia*, Joint Concurring Opinion of Judges Sajó, Vucinic and Kuris.

en forutsetning for at universiteter og høyskoler skal kunne fylle sin oppgave i et demokratisk samfunn.³²

Dette tyder ikkje at vitenskapleg tilsette aldri kan sanksjoneras for å ha uttala seg på visse måtar. Som vi ser av sitata ovanfor, skal den akademiske yringsfridomen likevel gje *særs vide rammer* for kva ein vitenskapleg tilsett kan ytra, og på kva måte, og dette omfattar eit vidt spekter av ytringar. Den akademiske fridomen er ikkje avgrensa til publiksajon av forskingsresultat. Den inkluderer ein fridom til å formidla synspunkt, også kontroversielle og upopulære synspunkt, innanfor eins fagområde.³³ Vidare har både EMD og norske domstolar utstrekt det særskilt sterke vernet til å omfatta ytringar frå dei vitenskapleg tilsette om den institusjonen og det systemet dei arbeider innanfor. Dette inkluderer spørsmål som gjeld leiinga og organiseringa av den akademiske institusjonen, for dette utgjer ramma for og gjev føresetnader for den faglege verksemda dei vitenskaplege tilsette skal utøva.³⁴

Det er kanskje særleg på det siste punktet at den særskilt vide akademiske yringsfridomen får praktisk betydning. Eit universitet kan i mindre grad enn andre typar arbeidsgjevarar krevja at ein tilsett skal lata vera å ytra seg offentleg om korleis arbeidsplassen er leia og organisert, om strategiske vegval og så vidare. Ei anna sak er at eit universitet kan reagere mot ein arbeidstakar som av andre grunnar ikkje fungerer tilfredsstillande i jobben, og arbeidstakaren kan ikkje då utan vidare dekkja seg bak den akademiske yringsfridomen.³⁵

Det kan leggjast til at det bør vera ein del av den yringsfridomen vitenskapleg tilsette har, å opplysa om sin posisjon og institusjonstilknytning, typisk ved å underskriva ei offentleg ytring med «NN,

³² Jf. Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8.

³³ Som understreka i *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* avsnitt 40.

³⁴ Jf. dom frå EMD 8. oktober 2015, *Kharlamov mot Russland* (EMD-2007-27447) avsnitt 27 og Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8.

³⁵ Eit illustrerande døme frå lagmannsrettspraksis er LB-2017-35146.

professor ved X universitet». ³⁶ Dette gjev ikkje omgjevnadene sakleg grunn til å identifisera institusjonen med dei ytringane den vitenskapleg tilsette har komme med, og gjev difor heller ikkje institusjonen grunn til å sanksjonera den vitenskapleg tilsette for ytringa ut frå omsynet til institusjonens omdømme eller ut frå eit ønske om å framstå samla utetter.

6. Den konkrete avveginga

6.1 Skiljet mellom faktiske påstandar og verdivurderingar

Når det kjem til avveingar i konkrete saker, så må det, med omsyn til kva vern ei ytring nyt, skiljast mellom faktiske påstandar og verdivurderingar. Dette har særskilt betydning i ærekrenkingssaker. Akademisk yringsfridom gjev ikkje *carte blanche* til å komma med ærekrenkande påstandar om einskildpersonar. ³⁷ For å illustrera distinksjonen: Ein vitenskapleg tilsett vil ha vid adgang til å kritisera rektor og universitetsstyret for deira økonomistyring og strategiske vurderingar, men ikkje til å komma med ei skulding om at rektor har gjennomført straffbart underslag. Ei slik skulding må ytraren finna seg i eventuelt å måtte føra prov for i retten. ³⁸

Også når det gjeld verdivurderingar, til dømes i form av skarpe karakteristikkar av personar, institusjonelle organ eller andre sitt arbeid, kan det vera at ytraren må kunne visa til eit visst faktisk

³⁶ Som illustrert av Sivilombodets uttale SOM-2021-742: Ein veterinær tilsett i Mattilsynet hadde opplyst om sin arbeidsstad og si stilling i ein høyringsuttale og ein kronikk om dyrevelferd. Sivilombodet kom til at arbeidsgjevaren ikkje skulle ha gjeve ho ei åtvaring fordi ho hadde gjeve desse opplysingane. Den same adgangen til å opplysa om arbeidsstad og stilling må *enn meir* gjelda for vitenskapleg tilsette ved ein akademisk institusjon.

³⁷ Jf. *Kharlamov mot Russland* avsnitt 30.

³⁸ Sjå til illustrasjon den skarpe kritikken mot eigen institusjon og institusjonsleiinga i Rune Todnem By, «Universitetet i Stavanger er et dysfunksjonelt universitet», *Khrono*, 2024, 19. september.

grunnlag for å komma med dei.³⁹ Ut frå omsynet til kor vid den akademiske ytringsfridomen skal vera, kan det ikkje vera snakk om særleg strenge krav på dette punktet.⁴⁰

EMD-dommen *Kharlamov mot Russland* frå 2014 viser dette: Ein fysikkprofessor ved Orel tekniske statsuniversitet hadde i ein tale kritisert det akademiske senatet ved universitetet i skarpe ordelag. På bakgrunn av det han såg som ein mangelfull nominasjonsprosess, omtalte han senatet som «illegitimt». Han vart saksøkt av universitetet og dømd for ærekrenking for denne uttalen. EMD understrekar at sjølve omtalen av senatet som «illegitimt» var som ei verdivurdering frå klagarens side å rekna, og at han hadde hatt tilstrekkeleg faktisk grunnlag til å komma med kritikk mot nominasjonsprosessane. Det å ty til visse overdrivingar og spissformuleringar i ein debatt fell innanfor kva ytringsfridomen vernar. Klagaren fekk medhald i at EMK artikkel 10 var krenka på grunn av domfellinga for ærekrenking.⁴¹

6.2 Viktige moment

EMDs rettpraksis, saman med norsk rettspraksis og uttalar frå Sivilombodet, gjev grunnlag for å framheva ei rekkje ytterlegare moment som kan ha særskilt betydning for den konkrete avveginga i ei sak kor ein vitenskapleg tilsett har vorte sanksjonert for ei ytring. Dersom ytringa gjeld spørsmål av offentleg interesse, som det samstundes ligg innanfor den vitenskapleg tilsette sin faglege kompetanse å uttala noko om, vil det trekkja sterkt i retning av at ytringa er verna.⁴²

³⁹ Jf. *Kharlamov mot Russland* avsnitt 30.

⁴⁰ Sjå til illustrasjon også Rt. 1979 s. 727 (s. 736–738).

⁴¹ *Kharlamov mot Russland* avsnitt 23–34.

⁴² Jf. t.d. dom frå EMD 15. april 2014, *Hasan Yazıcı mot Tyrkia* (EMD-2007-40877) avsnitt 55–57; dom frå EMD 13. januar 2015, *Rubins mot Latvia* (EMD-2015-79040) avsnitt 83–85 og *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* avsnitt 41.

Både innhaldet i og formen på ytringa vil ha stor betydning.⁴³ Faglege synspunkt og vurderingar nyt generelt sett eit særst sterkt ytringsfridomsvern.⁴⁴ Når det så gjeld synspunkt på tilhøva ved arbeidsstaden, vil systemkritikk nytta eit sterkare vern enn nedvurdering av einskildpersonar.⁴⁵ I forlenginga av dette vil kritikk som framstår sakleg, nytta eit sterkare vern enn ytringar som i hovudsak framstår direkte trakasserande eller hetsande.⁴⁶

Einskildutsegner må vurderast i ljøs av konteksten,⁴⁷ inkludert kva motiv ytraren verkar å ha hatt,⁴⁸ og den øvrige åtferda til ytraren.⁴⁹ Vidare bør posisjonen til den eller dei som blir kritisert, ha betydning for kva dei må tola. Leiarskapet ved institusjonen bør kunne tola meir av skarp og spissformulert kritikk enn kva sideordna eller underordna kollegaer treng å tola.⁵⁰

Ytringa sitt nedslagsfelt,⁵¹ inkludert om det dreidde seg om ei offentleg ytring eller ei ytring internt på arbeidsplassen,⁵² og kva konsekvensar den har,⁵³ kan spela inn ved den konkrete avveginga. Motsett kan det spela inn kor streng sanksjon det dreier seg om, og om det er grunn til å frykta at sanksjonen vil verka avskrekkande for

⁴³ Til dømes vil rasistiske ytringar generelt nytta eit svakt vern, jf. t.d. HR-2020-2133-A avsnitt 39–42. Dette må også gjelda dersom det er ein vitenskapleg tilsett som kjem med rasistiske utsegner, til dømes ovanfor studentar eller kollegaer.

⁴⁴ Jf. Rt. 1991 s. 1069 (s. 1076).

⁴⁵ Jf. *Sorguç mot Tyrkia* avsnitt 32–36.

⁴⁶ Sjå frå EMD sin rettspraksis *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* avsnitt 44–46 og *Rubins mot Latvia* avsnitt 90–91. Frå den norske konteksten sjå Høgsteretts ankeutval si avgjerd i Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8 og Sivilombodets uttale SOMB-2006-13.

⁴⁷ Jf. *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* avsnitt 45.

⁴⁸ Jf. dom frå EMD 15. mars 2012 *Aksu mot Tyrkia* (EMD-2004-4149) avsnitt 70.

⁴⁹ Jf. Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8.

⁵⁰ Som antyda i Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8.

⁵¹ Jf. *Mustafa Erdoğan mfl. mot Tyrkia* avsnitt 45, kor det mellom anna blir vist til at kritikken mot avgjerdene til ein domstol var publisert i eit akademisk tidsskrift og ikkje i ei vanleg avis, med tilhøyrande breitt nedslagsfelt.

⁵² Jf. Sivilombodets uttale SOMB-2006-13.

⁵³ Jf. Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8.

den akademiske verksemda og debatten ved institusjonen, altså om det er grunn til å frykta ein såkalla nedkjølingseffekt (*chilling effect*).⁵⁴

6.3 Døme på konkrete avvegingar

Lat oss avrunda ved å sjå nærare på nokre døme på konkrete avvegingar i saker om akademisk yringsfridom:

EMD-dommen *Rubins mot Latvia* frå 2015 gjaldt ein professor ved medisinsk fakultet ved Rīga Stradiņa universitātē, eit latvisk offentleg universitet. Professoren hadde vorte oppsagt på grunn av at han på ulike måtar hadde komme med sterk kritikk av ein omorganiseringsprosess ved universitetet. Oppseiinga vart godteke av dei nasjonale domstolane. EMD la vekt på at klagaren hadde ytra seg om spørsmål av ein viss offentleg interesse. At klagaren også hadde hatt ein personleg interesse av å motarbeida visse sider av omorganiseringsprosessen, gjorde ikkje at han ikkje hadde rett til å ytra seg om han. Det var ikkje haldepunkt for å seia at det var særskilt trakasserande eller sjikanerande språk, som vart vektlagt av dei nasjonale domstolane då dei godkjende oppseiinga. Sjølve sanksjonen, nemlig oppseiing, var veldig streng og kunne ha ein betydeleg nedkjølingseffekt for andre tilsette når det gjaldt å komma med kritikk. Samla sett hadde dei nasjonale domstolane ikkje vist til tilstrekkelege grunnar til å sjå på oppseiinga som eit samhøveleg inngrep i professoren si rett til yringsfridom. EMK artikkel 10 var krenka.⁵⁵

EMD-dommen *Kula mot Tyrkia* frå 2018 gjaldt ein språkprofessor ved Mersin Üniversitesi, et offentlig universitet. Han hadde delteke som sakkunnig i eit TV-program om tilhøvet mellom Tyrkia og EU. For dette hadde han fått ein formell reprimande frå arbeidsgjevaren, fordi han ikkje hadde fått godkjenning til å reisa og delta i TV-programmet. EMD fann at fakultetsleiinga hadde nekta

⁵⁴ Jf. *Rubins mot Latvia* avsnitt 92.

⁵⁵ Jf. *Rubins mot Latvia* avsnitt 80–93.

godkjenning fordi dei vurderte det som upassande at professoren deltok i TV-programmet. Den påfølgjande reprimanden var difor eit inngrep i retten til yringsfridom. Vidare gjaldt inngrepet professoren sin *akademiske fridom* til å formidla kunnskap basert på hans forskingsverksemd. Dette skulle dei nasjonale domstolane ha lagd eksplisitt vekt på ved deira vurdering av om inngrepet hadde vore samhøveleg, noko dei ikkje hadde gjort. EMK artikkel 10 var krenka.⁵⁶

Frå norsk rettspraksis gjev Høgsteretts ankeutval sitt vedtak i Rt. 2011 s. 1011, saman med lagmannsretten sin dom i same sak (LB-2010-69877), eit døme på at ein professor ved eit offentleg universitet kunne bli gjeve avskjed mellom anna på grunn av korleis han hadde uttala seg overfor og omtala både leiing, kollegaer og eksterne. Det var ein del av biletet at mange av desse ytringane framsto meir som trakassering enn som sakleg kritikk, at dei vart funne å ha vore skadelege for arbeidsmiljøet, og at professoren hadde fått fleire åtvaringar og vorte invitert til dialog med arbeidsgjevaren, men hadde nekta dette.⁵⁷ Ankeutvalet understrekar at «også en vitenskapelig medarbeider må ta et visst hensyn ved sin opptreden», at han eller ho må ha «arbeidsmiljøet for øye», og at i «de mest graverende tilfeller vil yringsfriheten måtte vike også på en arena som dette, i den forstand at ytringer som er utilbørlige på grunn av form, tid, forum, omfang eller skadevirkninger, kan danne grunnlag for avskjed». Spesielt vil dette gjelda dersom den tilsette viser liten vilje til dialog «for å få konflikter over på konstruktive spor».⁵⁸

⁵⁶ Jf. *Kula mot Tyrkia* avsnitt 47–53.

⁵⁷ Jf. LB-2010-69877 punkt 3.4.

⁵⁸ Jf. Rt. 2011 s. 1011 avsnitt 8.

7. Avslutning

Til å byrja med i dette skriftstykket viste eg til nokre døme frå dei seinaste åra på at den akademiske fridommen til vitskapleg tilsette kan komma under press, frå forskjellig hald og på forskjellige måtar. Det rettslege vernet om denne fridomen som følgjer av lov, grunnlov og konvensjonar vil ikkje utan vidare vera tilstrekkeleg til å sikra den frie debatt og frie tanke i akademiske samanhengar. Kulturstrøymingar i akademia og samfunnet elles vil spela inn,⁵⁹ utan at eg her kan gå djupare inn i desse sidene av saka. Medvit om at nokre *rettslege* rammer og retningsliner gjer seg gjeldande, er uansett ein viktig føresetnad for diskursen om den akademiske fridomen til vitskapleg tilsette.

⁵⁹ Sjå NOU 2022: 2 punkt 6.5.

Blasfemiforbudets renessanse

*Bård Sverre Tuseth, førsteamanuensis
i rettsvitenskap ved Universitetet i Stavanger*

Innledning

Det danske Folketinget vedtok 12. desember 2023 en endring i straffeloven som innførte straff for utilbørlig behandling av skrifter som har vesentlig religiøs betydning for et anerkjent trossamfunn. Bakgrunnen for lovendringen var todelt: For det første hadde koranbrenninger i forbindelse med islamkritiske demonstrasjoner skapt et inntrykk av at Danmark la til rette for forhånelse og nedverdiggelse av muslimske land, islam og muslimer i sin alminnelighet.¹ At det var tillatt å brenne Koranen, hadde skapt et omdømmeproblem for Danmark i den muslimske verden. For det andre hadde offentlige demonstrasjoner der Koranen ble brent, ført til økt risiko for terroraksjoner i Danmark eller rettet mot danske interesser i utlandet. Hendelsene i kjølvannet av at *Jyllands-Posten* i 2005 publiserte tolv karikaturtegninger av profeten Muhammed, viser potensialet krenkelser av islam hadde for å utløse terroraksjoner:² Danmarks ambassader i Damaskus og Beirut ble angrepet og påtønt, og det ble avdekket flere planlagte terrorangrep rettet mot *Jyllands-Posten* og et attentatforsøk mot tegneren som sto bak.

Ved fremleggelsen av lovforslaget fremholdt justisminister Peter Hummelgaard (Socialdemokratiet) at regjeringen så ytringsfriheten

¹ Skriftlig fremsættelse (27. oktober 2023) – L 65.

² Det hersker innenfor islam et absolutt forbud mot å avbilde profeten.

som en av grunnpilarene i det danske demokratiet, men at koranbrenning ikke hadde større «værdi som ytring» enn uttalelser som forhåner eller nedverdiger en gruppe, og dermed allerede var straffbare.³

Danmark og Norge har en lang felles historie, med mange både rettslige og kulturelle likhetstrekk. Det er derfor interessant å sammenligne den rettslige håndteringen av blasfemi og andre religiøse krenkelser i henholdsvis Danmark og Norge. Det er i seg selv interessant at Danmark nå har innført et forbud mot koranbrenning, mens et tilsvarende forbud ikke har vært foreslått i Norge.⁴ Fremstillingen analyserer Danmarks nye forbud mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter og setter forbudet i en rettshistorisk og rettspolitisk kontekst.

Termen «blasfemi» refererer til handlinger eller ytringer som krenker religiøse forestillinger eller ting som anses å være hellige. Blasfemi har i dag ingen presis rettslig betydning, men er likevel nyttig som en samlebetegnelse for straffbare og ikke-straffbare ytringer og handlinger som kan krenke religiøse følelser.

Det danske forbudet mot koranbrenning

Lovendringen som forbyr «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter, innførte et nytt andre ledd i den danske straffeloven § 110 e om krenkelser av nasjonalsymboler. Etter lovendringen 12. desember 2023 så bestemmelsen slik ut:

³ Skriftlig fremsættelse (27. oktober 2023) – L 65.

⁴ Politiet i Sverige har med virkning fra februar 2023 innført et *de facto* forbud mot koranbrenning ved å nekte tillatelser til demonstrasjoner som inkluderer brenning av Koranen: <https://www.dn.se/sverige/polisens-beslut-bara-Koranen-ska-skyddas-fran-att-brannas/>.

§ 110 e. Med bøde eller fængsel indtil 2 år straffes den, der offentlig forhåner en fremmed nation, en fremmed stat, dens flag eller andet anerkendt nationalmærke eller De Forenede Nationers eller Det Europæiske Råds flag.

Stk. 2. På samme måde straffes den, der offentligt eller med forsæt til udbredelse i en videre kreds gør sig skyldig i utilbørlig behandling af et skrift, der har væsentlig religiøs betydning for et anerkendt trossamfund, eller en genstand, der fremstår som et sådant skrift.

Straffebestemmelsen rammer etter sin ordlyd «utilbørlig behandling» av skrifter av vesentlig religiøs betydning for anerkjente trossamfunn. Forarbeidene presiserer at «utilbørlig behandling» betyr at et skrift ødelegges, eller fysisk behandles, på en nedsettende eller forhånende måte.⁵ Det presiseres videre at straffebudet vil ramme enhver utilbørlig behandling av religiøse skrifter, for eksempel ved at de brennes opp, tilgrises, trampes på, rives eller klippes i stykker eller stikkes med kniv. Forarbeidene utdyper likevel at det ikke vil utgjøre «utilbørlig behandling» å kaste et religiøst skrift i en offentlig søppelkurv, med mindre det skjer på en måte som i seg selv er nedsettende eller forhånende.

Eksempelene i forarbeidene viser at «utilbørlig» skal forstås som en objektiv standard. Det er dermed uten betydning for straffbarheten om enkelte trossamfunn er mer sensitive overfor krenkelser av sine religiøse skrifter enn andre. Både i Danmark og Norge er det særlig brenning av Koranen som har vært benyttet som en protestytring. Dette skyldes opplagt at slike aksjoner vekker sterke reaksjoner hos muslimer. Aksjoner som innebærer brenning av hellige bøker, har likevel ikke vært forbeholdt islamkritiske miljøer. For eksempel protesterte en del norske kristne i avisene da komikeren Otto Jespersen brente et eksemplar av Bibelen under et innslag i TV 2-programmet *Rikets Røst* i 2006. Opptrinnet fikk imidlertid ingen rettslige følger.

⁵ Forslag til Lov om ændring af straffeloven 25. august 2023, s. 9.

Det er Kirkeministeriet som avgjør hva som er et anerkjent trossamfunn i Danmark, og som innvilger søknader om anerkjennelse. Betegnelsen «anerkjent trossamfunn» er dermed en formell rettslig kategori i Danmark. Ved starten av 2024 hadde Danmark 191 anerkjente trossamfunn. Av disse var det 62 % kristne trossamfunn, mens 20 prosent var muslimske og 10 prosent hinduistiske. Mange av disse har et lignende trosgrunnlag og bygger på de samme religiøse tekstene. Det vil derfor være en begrenset krets av skrifter som vil være vernet gjennom den nye lovendringen. Lovforarbeidene nevner at for eksempel Bibelen, Koranen, Toraen og Vedaene vil være vernet av bestemmelsen.⁶ Trolig er straffebudet bare aktuelt for disse skriftene, ettersom religiøse skrifter som allmennheten ikke kjenner til, egner seg dårlig som objekt for protesthandlinger.

Det uttalte målet med lovendringen var å stanse koranbrenning fordi det har skadet Danmarks omdømme i den muslimske verden og økt faren for terrorangrep i Danmark eller rettet mot danske interesser i utlandet.⁷ Denne klare lovgiverintensjonen kan gi grunnlag for å hevde at forbudet mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter bare kommer til anvendelse i saker med sikkerhetspolitiske implikasjoner, i praksis koranbrenning. Det klare lovformålet blir da et argument for at straffebudet må tolkes innskrenkende.

En viktig årsak til at Danmark kriminaliserer «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter, er at det gir politiet hjemmel til å gripe inn før slike handlinger utføres.⁸ Politiet vil typisk være til stede for å holde ro og orden ved kontroversielle offentlige markeringer der det forventes motdemonstrasjoner. Dersom noen i en slik situasjon forsøker å brenne et religiøst skrift, vil det være mulig for

⁶ Forslag til Lov om ændring af straffeloven 25. august 2023, s. 8.

⁷ Skriftlig fremsættelse (27. oktober 2023) – L 65.

⁸ Forslag til Lov om ændring af straffeloven 25. august 2023, s. 10.

politiet å hindre at det gjennomføres.

Danmark er, i likhet med Norge, forpliktet til å sikre ytringsfriheten slik den er nedfelt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Det danske justisdepartementet konkluderer i lovforslaget med at kriminaliseringen av «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter kan gjennomføres innenfor rammene av Danmarks forpliktelser etter EMK.⁹ Både utformingen av ytringsfrihetsvernet i konvensjonen og Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourgs praktisering av dette gir grunn til å tvile på denne konklusjonen.

Håndhevelse av forbudet mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter vil utgjøre et inngrep i ytringsfriheten som er sikret gjennom EMK artikkel 10. Slike inngrep vil være konvensjonsstridige om de ikke tilfredsstillende vilkårene i EMK artikkel 10 nr. 2. Det første vilkåret er at inngrepet er «prescribed by law», altså at det har hjemmel i lov.¹⁰ Vilkaaret vil her være oppfylt fordi forbudet er tatt inn i straffeloven. Det andre vilkåret er at inngrepet ivaretar ett eller flere legitime formål som er angitt i EMK artikkel 10 nr. 2. Det er hensynene til «national security» eller «protection of the ... rights of others» som er aktuelle for å vurdere saker om «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter. Til slutt må inngrepet være «necessary in a democratic society», altså være forholdsmessig, for å ivareta disse formålene. Menneskerettighetsdomstolen har i sin praksis presisert at «necessary in a democratic society» betyr at det må være en «pressing social need» for inngrepet.¹¹

Menneskerettighetsdomstolen har ikke behandlet noen klager som dreier seg om krenkelser av religiøse skrifter. Likevel vil domstolens praksis som angår vern av religiøse følelser mot andre typer krenkelser, være relevant for hvordan domstolen vil håndtere en klage over straff for overtredelse av det danske forbudet mot

⁹ Forslag til Lov om ændring af straffeloven 25. august 2023, s. 13.

¹⁰ «Lov» betyr her ikke nødvendigvis formell lov, vedtatt av parlamentet.

¹¹ Se for eksempel *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti mot Norge*.

«utilbørlig behandling» av religiøse skrifter. Det vil være av betydning om strafforfølgningen ivaretar hensynet til nasjonal sikkerhet eller hensynet til andres rettigheter. De voldelige reaksjonene i Midtøsten utløst av karikaturstriden og senere av koranbrenning i Danmark dokumenterer et behov for å begrense ytringer som krenker islams hellige tekster. Menneskerettighetsdomstolen har i sin praksis lagt vekt på en stats historiske erfaring i vurderingen av hva som utgjør et forholdsmessig inngrep i ytringsfriheten. Bruk av symboler fra Nazi-Tyskland (1933–1945) er forbudt i Tyskland Avvisningsavgjørelsen *NIX mot Tyskland* konkluderte med at det var forholdsmessig, og lå innenfor Tysklands skjønnsmargin, å bøtelegge en blogger som hadde publisert et bilde på nett av Heinrich Himmler i naziuniform som inkluderte et hakekors.¹² Domstolen la vekt på at den historiske konteksten tilsa at det ville kunne skade Tysklands omdømme om landet tillot bruk av nazisymboler. Dette gir grunn til å tro at domstolen ville kunne være lydhør overfor danske argumenter om at tidligere erfaringer med voldelig opptøyer gjorde det nødvendig å straffe koranbrenning.

Straffeforfølgning av «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter begrunnet i å verne andres rettigheter vil derimot trolig stå svakere i Strasbourg. Verken Norge eller Danmark har så langt forsøkt å straffe «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter som hatefulle ytringer rettet mot personer som tilhører det aktuelle trossamfunnet.¹³ Om denne typen handlinger kunne straffes som hatytringer, ville lovendringen som nå er vedtatt i Danmark, ikke vært nødvendig. Det er i første rekke to konvensjonsrettigheter «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter kan hevdes å krenke. Den første er den negative religionsfriheten etter EMK artikkel 9, altså retten til å utøve sin religion uten innblanding fra andre. Den andre er forbudet mot

¹² *NIX mot Tyskland*, no. 35285/16, EMD, 13. mars 2018.

¹³ Norges forbud mot hatefulle ytringer følger av straffeloven § 185. I Danmark følger det av straffeloven § 266 b.

misbruk av konvensjonsrettigheter i EMK artikkel 17, altså at ytringsfriheten brukes til å legitimere handlinger som strider mot konvensjonens verdigrunnlag.

Noe veiledning i disse spørsmålene finnes i dommen *İ.A. mot Tyrkia*, som dreide seg om begrensning av ytringsfriheten for å verne religiøse følelser.¹⁴ Saken gjaldt en forlegger som var ilagt bot fordi en bok han hadde utgitt, fornærmet Allah, religionen, profeten Muhammed og Koranen. Domstolen kom til at inngrepet ikke krenket EMK artikkel 10, fordi det dreide seg om grove angrep mot profeten Muhammed som det var et presserende sosialt behov for å forfølge, og at det var forholdsmessig fordi straffen var en ubetydelig bot.¹⁵ Domstolen la både vekt på alvorligheten av krenkelsen og på hvor streng straff som var ilagt. Strafferammen for «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter i Danmark er imidlertid bøter eller fengsel i inntil 2 år som utgjør en vesentlig strengere reaksjon.

Et eksempel på at EMD har godtatt noe strengere straff for blasfemi, er dommen *E.S. mot Østerrike*.¹⁶ Under et seminar arrangert av det høyreorienterte Frihetspartiet ga en innleder uttrykk for at ettersom Koranen fortalte at profeten Mohammed som 56-åring giftet seg med en 6 år gammel jente, må det bety at han var pedofil. Østerrikske domstoler kom til at uttalelsen utgjorde straffbar forulemping av religiøs tro og ila innlederen en bot på 480 euro, subsidiært 60 dagers fengsel. Menneskerettighetsdomstolen kom til at de østerrikske domstolene ikke hadde gått utenfor sin vide skjønnsmargin i saker om hån av religiøse doktriner, og at dommen derfor ikke var en krenkelse av ytringsfriheten etter EMK artikkel 10.¹⁷

Danmark har vedtatt et forbud mot «utilbørlig behandling» av

¹⁴ *İ.A. mot Tyrkia*, no. 42571/98, EMD 13. september 2005.

¹⁵ Boten tilsvarte 130 kr.

¹⁶ *E.S. mot Østerrike*, no. 38450/12, EMD 25. oktober 2018.

¹⁷ *E.S. mot Østerrike*, no. 38450/12, EMD 25. oktober 2018, avsnitt 58.

religiøse skrifter som verner alle anerkjente religioner. Når det gjelder «utilbørlig behandling» av Koranen, er det grunn til å tro at Menneskerettighetsdomstolen vil komme til at hensynet til nasjonal sikkerhet tilsier at det ikke vil være konvensjonsstridig å gjøre inngrep i ytringsfriheten og ilegge relativt streng straff. Når det gjelder «utilbørlig behandling» av andre religiøse skrifter, vil det trolig kunne stille seg annerledes. Det vil være vanskelig å argumentere overbevisende for at det finnes et presserende sosialt behov for et slikt inngrep i ytringsfriheten. Dersom danske domstoler ilegger høye bøter eller frihetsstraff for «utilbørlig behandling» av andre religiøse skrifter enn Koranen, er det nærliggende å tro at domstolen vil komme til at det er et uforholdsmessig inngrep i ytringsfriheten når det holdes opp mot interessene forbudet verner.

Verdien av religionskritikk

Ytringsfrihet defineres negativt: En persons ytringsfrihet strekker seg helt frem til grensen for budskap som andre har en rett til vern mot. Slik er også den alminnelige handlefriheten: Handlinger som ikke er forbudt, er tillatt. Ytringsfrihet betraktes både som en politisk rettighet som forplikter staten, og som en rettighet borgerne kan gjøre gjeldende overfor hverandre.¹⁸ Staten skal i hovedsak unnlate å gripe inn i ytringer som omfattes av ytringsfriheten, og etter moderne tolkning også legge til rette for et åpent og opplyst ordskifte. Borgerne må tolerere andres bruk av sin ytringsfrihet, men står fritt til å ta avstand fra ytringer de er uenige i. Begrensninger av ytringsfriheten må vurderes med utgangspunkt i hensynene som ligger bak retten til å ytre seg.

Begrunnelsene for ytringsfrihet hviler på fire premisser: individuell selvrealisering, sannhetssøken, demokratisk meningsdannelse

¹⁸ Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. Duckworth, London, 1977, s. 94, note 91.

og muligheten for fredelige samfunnsendringer. Et viktig element i ytringsfrihet som en forutsetning for demokrati er at ytringsfrihet muliggjør maktkritikk. Befolkningen må ha mulighet til å kritisere både staten og annen makt i samfunnet. Etersom både trossamfunn og religiøse doktriner kan utøve stor makt over enkeltmennesker og påvirke samfunnet for øvrig, er det viktig at de kan kritiseres. Det er også en grunnstein for ytringsfriheten at visse spørsmål, som religiøse doktriner, ikke unntas helt fra offentlig debatt.

Retthistorisk kontekst¹⁹

Den første sekulære reguleringen av kirkelige forhold i Danmark eller Norge kom da Olav den hellige innførte kristenrett for Norge på Mostertinget rundt 1024.²⁰ Det finnes imidlertid ingen skrevne originalkilder om dette bevart, og det er uklart om senere lovgivning som hevdet å bygge på Olavs kristenrett, faktisk gjorde det. Det er dermed ikke mulig å ta stilling til om den norske kristenretten inneholdt noe forbud mot blasfemi. Danmark fikk aldri noen kristenrett. Det ble gitt en skjællandsk og en skånsk kirkelov på 1170-tallet, men de avklarte kun de verdslige sidene av forholdet mellom kirken og det øvrige samfunnet.

Det nye testamente inneholder ikke noe klart forbud mot blasfemi, men etter Tredje Mosebok kapittel 24 vers 16 skulle den som spottet Herrens navn, henrettes ved steining. Selv om den katolske kirke anerkjente de fem Mosebøkene som en del av Bibelen,

¹⁹ Jeg har tidligere behandlet dette temaet i Tuseth, Bård Sverre. *Trykkefrihed bør finde sted: Grunnloven § 100 fra 1814 til 1905*. Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, Oslo, 2022, s. 223 flg. og Tuseth, Bård Sverre. «§ 100». I: *Grunnloven – historisk kommentarutgave 1814–2020*. Ola Mestad og Dag Michalsen (red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2021, s. 1054–1094, på s. 1074–1076.

²⁰ Årsheim, Helge. «Giving Up the Ghost: On the Decline and Fall of Norwegian Anti-Blasphemy Legislation». I: *Blasphemy and freedom of expression*. Jeroen Temperman og Andras Koltay (red.). Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 553–575, på s. 553.

var det helt fra Jesu tid uenighet om i hvilken grad Moseloven var bindende for kristne. Thomas Aquinas argumenterte i *Summa Theologica* for at Moselovens moralregler utgjorde naturret og kunne uttrykkes gjennom De ti bud.²¹ Denne læren fikk etter hvert tilslutning i kirken. Gjennom forbudet mot å misbruke Guds navn i det andre bud, fikk den kanoniske retten et konkret grunnlag for et forbud mot gudsbespottelse. Den katolske kirken bygget på forestillingen om at kirken, representert ved paven, var Guds representant på jorden. Gudsbespottelse var dermed en synd som kunne gjøres opp gjennom skriftemål og avlat.²² Det er grunn til å tro at dette representerte rettstilstanden for blasfemi i Danmark og Norge frem til reformasjonen i 1536.

Etter protestantisk lære sto imidlertid hvert enkelt menneske direkte ansvarlig overfor Gud for syndene de begikk. Det gjorde blasfemi til en vesentlig mer alvorlig forbrytelse. Martin Luther hevdet flere steder i sin store katekisme at Gud ville straffe hele riker om ikke verdslige fyrster maktet å tøyse umoral og ondskap.²³ Å forsøke å unngå synd ble dermed prioritert i verdslig lovgivning. Denne tendensen illustreres av at det en rekke steder refereres til «Guds fortørnelse» i dansk-norsk lovgivning fra starten av 1600-tallet. Det var viktig å straffe synd tilstrekkelig hardt, slik at Gud ikke så behov for å intervensere med svovel og ild.²⁴ Slike tanker var også utløsende for hekseprosessene som fant sted i Danmark-Norge fra slutten av 1500-tallet og frem til starten av 1700-tallet.

Innføringen av enevelde i Danmark-Norge i 1660 ga behov for sekulær lovgivning som rammet blasfemi, fordi gudsbespottelse da

²¹ *Summa Theologica* ble skrevet mellom 1265 og 1274.

²² Schwerhoff, Gerd. «Horror Crime or Bad Habit? Blasphemy in Premodern Europe, 1200–1650». *Journal of Religious History* Vol. 32, No. 4, 2008, s. 398–408, på s. 404.

²³ Sunde, Jørn Øyrehagen. «Det andre bodordet – Dialog, orden og samkvem». I: *Dekalogen: 13 essay om menneske og samfunn i skjeringspunktet mellom rett og religion*. Jørn Øyrehagen Sunde (red.). Fagbokforlaget, Bergen, 2008, s. 55–79, på s. 59.

²⁴ Sunde (2008) s. 59.

ble en forbrytelse mot staten.²⁵ Sjette bok i Christian Vs Danske og Norske Lov fra henholdsvis 1683 og 1687 forbød å laste Gud eller spotte hans navn, ord eller sakramenter. Det å «laste» må forstås som en kvalifisert form for misbilligelse eller fordømmelse, mens det å «spotte» innebar å vanære eller fornærme. Den som ble funnet skyldig etter bestemmelsen, skulle levende få tungen skåret ut, deretter få hodet kappet av og begge deler plassert på en stake. Dette var en kvalifisert dødsstraff som i tillegg var symbolsk. Det finnes imidlertid ikke eksempler i dansk-norsk rettspraksis på at denne straffarten ble eksekvert; benådning til tukthusstraff var det praktiske straffalternativet ved blasfemi.

Danske og Norske Lov straffet gudsforakt gjennom handlinger på samme måte som gudsforakt som skjedde gjennom ord. Symbolsk var det da hånden som var benyttet til ugjerningen, som levende skulle amputeres, ikke tungen, som ved muntlig blasfemi.

Verken apostasi (å frafalle fra en religion) eller ateisme var straffbart som blasfemi etter Danske og Norske Lov; det innebar verken å laste eller bespotte.²⁶ Verken jøder eller hedninger trengte å frykte straff som gudsbespottere; det var forakt som kjennetegnet det straffbare. Bestemmelsene rammet bare kristne. De som tilhørte andre religioner, kunne bare ilegges en skjønsmessig straff.²⁷

Før reformasjonen var blasfemi håndtert av kirken som synd. Etter reformasjonen ble blasfemi ansett som krenkelser av Gud som det var viktig å straffe tilstrekkelig strengt. Fra opplysningstiden kom ideen om at blasfemi hadde negativ innflytelse på folkets holdninger og skikker.²⁸ I det eneveldige monarkiet var kongen kirkens overhode, og kritikk av religiøse institusjoner eller doktriner var samtidig en kritikk av statsmakten. Den moderne begrunnelsen for

²⁵ Brorson, Christian. *Forsøg til den siette Bogs Fortolkning i Christian den femtes danske og norske Lov samt Straffene efter de ældre Love*. Gyldendal, Sorøe, 1797, s. 17.

²⁶ Brorson (1797) s. 18.

²⁷ Brorson (1797) s. 19.

²⁸ Brorson (1797) s. 31.

å straffe blasfemi er derimot at den krenker andres religiøse følelser.

Forbildet for trykkefrihetsbestemmelsen i Eidsvoll-grunnloven fra 1814, den franske 1791-grunnloven, inneholdt ikke noe unntak fra ytringsfriheten for krenkelser av religionen. Flere av grunnlovsforslagene som ble lagt frem på Eidsvoll, inneholdt imidlertid en hjemmel til å straffe blasfemi.²⁹ Grunnloven § 100 lovet trykkefrihet, men åpnet også for at religionskritikk kunne straffes om den utgjorde «ringeakt mot religionen». Juridisk teori la til grunn at formuleringen måtte tolkes utvidende og dermed vernet mer enn statsreligionen.³⁰ Bestemmelsen ble ansett å åpne for å straffe religionskritikk som hadde en utilbørlig form eller innebar fornektelse av de grunnleggende religiøse dogmene, som å benekte Guds eksistens.³¹

Den danske junigrunnloven fra 1849 sikret i § 91 trykkefrihet, i betydningen *retten til å uhindret utgi det man ønsker* (prosessuell ytringsfrihet), men inneholdt ikke noe vern for å uttrykke det man vil (materiell ytringsfrihet). Denne bestemmelsen ble i 1953 flyttet til § 77, men innholdet forble uforandret. Det finnes dermed ingen konstitusjonelle grenser for hvilke typer ytringer som kan gjøres straffbare i Danmark.

Utviklingen kan i et fugleperspektiv oppsummeres med at de første forbudene mot blasfemi som fulgte av kirkeretten, hadde som

²⁹ Holstein-Holsteinborg, Ludvig. «Tanker til Nordmændenes Overveielse». I: *Riksforsamlingens forhandlinger 3die del – grundlovsutkast*. Tycho C. Jæger (red.). Grøndahl & Sønns Boktrykkeri, Kristiania, 1916, s. 97–147, på s. 130; Sebbelow, Vincents. «Svar paa det fremsatte spørgsmaal om Norges tilkommende regjeringsform». I: *Riksforsamlingens forhandlinger 3die del – grundlovsutkast*. Tycho C. Jæger (red.). Grøndahl & Sønns Boktrykkeri, Kristiania, 1916, s. 162–199, på s. 184; Treschow, Niels. «Forsøg til et forslag om en constitution for Norges rige». I: *Riksforsamlingens forhandlinger 3die del – grundlovsutkast*. Tycho C. Jæger (red.). Grøndahl & Sønns Boktrykkeri, Kristiania, 1916, s. 162–199, på s. 238 (XXXI).

³⁰ Stang, Frederik. *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovsbestemte Ret*. P.J. Hoppes forlag, Christiania, 1833, s. 596.

³¹ Stang (1833) s. 596.

formål å verne Gud mot krenkelser. Når forbudene mot blasfemi ble inntatt i sekulær lovgivning på 1600-tallet, kom det en dreining mot at et forbud mot blasfemi vernet staten mot kritikk: først kongemakten som kirkens overhode og etter hvert statskirkens legitimitet. Moderne konstitusjonsstater har forbudt blasfemi for å verne religiøse følelser hos de troende. Sekulariseringen har deretter gradvis gjort det mindre presserende å straffeforfølge blasfemi. De siste forsøkene på å straffeforfølge blasfemi i Norge og Danmark er illustrerende for det rettslige landskapet det danske forbudet mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter endrer.

Forfatteren Arnulf Øverland var den siste som ble tiltalt for blasfemi i Norge. Som en protest mot blasfemiforbudet holdt han våren 1933 et foredrag med tittelen «Kristendommen – den tiende landeplage». Øverland ble dømt i tingretten, men frifunnet med knappest mulig margin i lagmannsretten. Saken var høyst sannsynlig et eksempel på «jury nullification», der et bestemmende mindretall i juryen stemte for frifinnelse på tross av både faktum og juss.³² Det norske forbudet mot blasfemi overlevde deretter som en sovende paragraf frem til straffeloven 1902 § 142 ble opphevet da straffeloven 2005 trådte i kraft høsten 2015.

Den siste blasfemisaken som kom opp for danske domstoler, dreide seg om en opptreden i tv-programmet *Musikalske venner*, sendt på Danmarks Radio 18. september 1970. Visesangeren Trille fremførte der en sang om en ung pike som var oppvokst i et strengt kristent miljø, og problemene hennes. Visen inneholdt blant annet et vers med følgende tekst:

³² Saken er grundigere behandlet i Tuseth (2021) s. 1075–1076.

Når jeg strammer mine trusser
som har blonder og er gule
kan jeg komme til at røre
ved det frække, de skal skjule
men så snart der' noget der kildre
bar' en lille bitte smule
så lurur der et øje i det høje
ham gud
han er eddermame svær at få smidt ud;
men selvfølgelig
det er synd han har den drift
det er nok fordi
han aldrig selv var gift.³³

Etter beslutning fra justisministeren ble det tatt ut tiltale mot to ansvarlige programsjefer i Danmarks Radio. De tiltalte ble imidlertid frifunnet, fordi domstolen konkluderte med at visen ikke angrep eller forhånet religiøse trossetninger og dermed ikke ble rammet av blasfemiforbudet i straffeloven § 140.³⁴

Den siste tiltalen for overtredelse av det danske blasfemiforbudet ble tatt ut 22. februar 2017: En mann fra Nordjylland hadde i 2015 filmet at han brente Koranen i sin egen hage, og deretter offentliggjort filmen på YouTube.³⁵ Omtalen av saken var utslagsgivende for at Folketinget våren 2017 opphevet straffeloven § 140. Etter at blasfemibestemmelsen var opphevet, henla påtalemyndigheten saken.

Vedtaket av et forbud mot «utilbørlig behandling» av religiøse

³³ Sikkert etter Straffelovrådet [DK] «Udtalelse om de juridiske konsekvenser af en ophævelse af straffelovens § 140 om blasfemi». Betænkning nr. 1548 (2014) s. 56.

³⁴ Straffelovrådet [DK] «Udtalelse om de juridiske konsekvenser af en ophævelse af straffelovens § 140 om blasfemi». Betænkning nr. 1548 (2014) s. 59.

³⁵ <https://anklagemyndigheden.dk/da/tiltalt-for-afbraending-af-Koranen>.

skrifter innebærer en gjeninnføring av straff for visse typer blasfemi i Danmark. Blasfemisaker er dermed et rettshistorisk fenomen i Norge, men har fremdeles aktuell rettslig betydning i dansk strafferechtspleie.

Hva bør avgjøre grensene for lovlig religionskritikk?

Det danske forbudet mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter kan kritiseres på både et retsteknisk og et rettspolitisk grunnlag.

Rettsteknisk favner forbudet mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter videre enn det begrunnelsen for kriminaliseringen tilsier. Det er bare «utilbørlig behandling» av Koranen som har potensial til å utløse alvorlige ordensforstyrrelser eller terrorangrep. Hensynene som begrunner lovendringen, tilsier dermed at det bare er handlinger rettet mot islamske religiøse skrifter som bør kriminaliseres. Ordlyden i den danske straffeloven § 110 e andre ledd er derfor *overinkluderende* ved å kriminalisere handlinger som verken hensikten med lovendringen eller andre relevante hensyn tilsier må gjøres straffbare.

Bestemmelsen har i tillegg en retsteknisk svakhet ved at den ikke omfatter andre religiøse krenkelser som lett kan få samme type konsekvenser som «utilbørlig behandling» av Koranen. Karikaturstriden viste at billedlige fremstillinger av profeten Muhammed også har potensial for å utløse ordensforstyrrelser og terrorangrep. Forbudet mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter er dermed *underinkluderende* ved å utelate andre religiøse krenkelser av lignende art som har potensial til å forårsake samme type skade eller fare for skade som bestemmelsen tar sikte på å forebygge.

Hensynene som den danske regjeringen anfører, tilsier dermed at Danmark ikke bare burde ha kriminalisert «utilbørlig behandling» av Koranen, men også billedlige fremstillinger av profeten

Muhammed. Andre religiøse krenkelser burde forblitt straffrie. At det trolig vil være politisk vanskelig å få Folketinget til å vedta en lov som bare kriminaliserer «utilbørlig behandling» av Koranen og fremstillinger av profeten Muhammed, endrer ikke på de retts tekniske svakhetene i bestemmelsen.

Ytringsfriheten utgjør et minoritetsvern: De som ønsker å formidle fornuftige tanker som flertallet er enige i, trenger ikke noen ytringsfrihet. Det er de kritiske stemmene i mindretall som har behov for et rettslig vern for muligheten til å uttrykke seg fritt. Selv om et flertall i det danske folk og et flertall i Folketinget støtter en kriminalisering av ytringer i form av «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter, er det langt fra opplagt at lovendringen lar seg forsvare holdt opp mot hensynene som begrunner ytringsfriheten.³⁶

Justisminister Peter Hummelgaard la i fremleggelsen for Folketinget vekt på at koranbrenning hadde liten verdi som ytring.³⁷ En prinsipiell tilnærming til ytringsfrihet tilsier at det ikke kan legges vekt på hva myndighetene eller et flertall anser å ha verdi som ytringer. Ytringsfriheten innebærer en rett til å velge både form og innhold. Man kan for eksempel velge om man ønsker å formidle sine oppfatninger gjennom å skrive en kronikk eller gjennom moderne dans. Dersom friheten bare kunne benyttes til å uttrykke ting som var sant, riktig, viktig eller forståelig, ville det i seg selv innebære en begrensning av muligheten for å realisere seg selv gjennom ytringer. En illustrasjon på betydningen av denne siden av ytringsfriheten finnes i forbudet Sovjet på 1930-tallet innførte rettet mot ikke-figurativ kunst. Slik kunst ble ansett som for abstrakt og uforståelig for det sovjetiske folk. Det var dessuten umulig å avgjøre sikkert om den inneholdt kritikk av myndighetene. Et eksempel fra Danmark på offentlige ytringer uten noe opplagt budskap er såkalt *garngrafitti*

³⁶ <https://nyheder.tv2.dk/politik/2023-08-10-koranaftaendring-skal-forbydes-mener-flertal-af-danskere>.

³⁷ Skriftlig fremsættelse (27. oktober 2023) – L 65.

eller *yarn bombing*. Uttrykksformen innebærer at objekter i det offentlige rom, som trær, lyktestolper eller gelendre, pakkes inn i fargerikt strikket eller heklet materiale. Hva slik innpakning uttrykker, er ikke opplagt, men det er klart at aktiviteten utgjør en ytring, fordi den har potensial for å formidle et budskap. Når justisminister Peter Hummelgaard fremhever verdien av en ytring som et kriterium for at en uttrykksmåte skal være tillatt, utgjør det i seg selv en beskjæring av ytringsfriheten.

Årsaken til at Danmark innførte et forbud mot utilbørlig behandling av religiøse skrifter, var påvirkning utenfra. Dersom noen forsøker å begrense andres mulighet for å ytre seg ved bruk av illegitime midler, karakteriseres det som «heckler's veto» – overdøvrernes eller mobbens veto. Et klassisk eksempel på slike handlinger er buing under en tale, slik at øvrige tilhørere ikke oppfatter hva som sies fra talerstolen. Danske fremstillinger har også benyttet uttrykkene «voldsmannens veto» eller «jihadistens veto» om at noen forsøker å hindre andre i å benytte seg av sin ytringsfrihet.³⁸ I hvilken grad stater er forpliktet til å hindre inngrep i ytringsfriheten fra private, avhenger av situasjonen, men det fremstår klart at rettighetsbegrensninger som skyldes trusler om vold eller terror, vanskelig lar seg forene med verdiene som vanligvis anses å ligge til grunn for en moderne rettsstat.

Konklusjon

Danmarks generelle forbud mot «utilbørlig behandling» av religiøse skrifter innebærer en gjeninnføring av straff for blasfemi, seks år etter at landets forrige blasfemibestemmelse ble opphevet. Det er likevel lite som tyder på at det vil komme særlig mange tiltaler eller domfellelser for overtredelse av bestemmelsen. Bestemmelsen gir seg

³⁸ Mchangama, Jacob og Frederik Stjernfelt. *Men – ytringsfrihedens historie i Danmark*. Gyldendal, København, 2016. Se om uttrykket «voldsmannens veto» på side 493, 576, 682, 742, 833, 841 og 844 og om «jihadistens veto» på side 531, 840, 899 og 926.

ut for å være noe den ikke er, ettersom det vil være atskillig tvil om strafforfølgning for «utilbørlig behandling» av andre religiøse skrifter enn de islamske lar seg forsvare holdt opp mot ytringsfriheten som følger av EMK artikkel 10. Det er derfor grunn til å konkludere med at bestemmelsen vil kunne ha to følger: For det første gir det dansk politi en hjemmel til å nekte demonstrasjoner som innebærer koranbrenning og gripe inn dersom noen forsøker å brenne en koran. For det andre er vedtakelsen av forbudet en symbolsk handling som viser at kritiske stemmer i den islamske verden at Danmark tar krenkelser av islam på alvor. Satt på spissen har Danmark gjennom lovendringen gjort knefall for «jihadistens veto».

Innbringelse til politistasjon

«firetimersregelen» 40 år senere

*Gert Johan Kjelby, professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Stavanger*¹

Innledning

I 1985 utga Roald Martinussen boken *Innbringelse til politistasjon. Straffeprosesslovens § 191*. Straffeprosessloven 1981 var på det tidspunktet vedtatt og skulle tre i kraft 1. januar 1986.² Martinussens arbeid ble publisert som nr. 35 i serien «Arbeidspapirer fra Rogaland distriktshøgskole». Det er illustrerende for Martinussens faglige interesse og bredde at nr. 34 i samme serie, *Innføring i kjøpsretten* fra 1985, også var fra hans hånd. Martinussens arbeider var de første juridiske tekster som ble trykket i publikasjonsserien til den institusjon som senere utviklet seg til Universitetet i Stavanger.

Arbeidet (heretter «Martinussen 1985») er på 187 tekstsider (i tillegg til et register). Del I (s. 8–139) gir, som tittelen angir, en behandling av vilkårene i den da nylig vedtatte § 191 i straffeprosessloven 1981, mens del II er en undersøkelse av

¹ Gert Johan Kjelby – cand.jur. (1995) og ph.d. (2013) fra Universitetet i Bergen – er fra 1. august 2023 professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Stavanger. Kjelby er tidligere politijurist (1997–99), statsadvokat (1999–2015), professor ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen (2018–2023) og leder for prosjektet *Politi- og påtalerett* (2017–2022).

² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) (i kraft 1. januar 1986, jf. ikraftsetningslov 14. juni 1985 nr. 71).

innbringelsespraksisen etter straffeprosessloven 1887 § 250 a ved enkelte politikammer. Årsaken til at Martinussen undersøkte praksis etter straffeprosessloven 1887 § 250 a, var at bestemmelsen i straffeprosessloven § 191 på ingen måte var ny. Allerede i 1971 fikk den dagjeldende straffeprosessloven 1887 § 250 a en nær likelydende bestemmelse.³ Politiet fikk med dette en hjemmel for «å innbringe personer til politistasjon» i inntil fire timer, på nærmere vilkår. I praksis blir gjerne bestemmelsen omtalt som *firetimersregelen*.

Anholdelse av personer på stedet og innbringelse (og transportering) til politistasjon er kortvarige frihetsberøvelser som i det ytre likner på pågripelser ved mistanke om straffbare forhold. I dagligtalen blir en i begge tilfeller «arrestert» og kan ende i politiarrest, men rettslig sett er det stor forskjell: Den som er innbrakt, anses ikke som «siktet» for straffbare forhold (straffeprosessloven § 82), og det overordnede ansvaret for politiets håndhevelse av alminnelig ro, orden og sikkerhet hører under departementet og Politidirektoratet, ikke påtalemyndigheten. Straffeprosessloven 1887 § 250 a var derfor en hybridbestemmelse – en inngrepshjemmel i gråsonen mellom politiets oppgaver i ordenstjenesten (den polisiære virksomhet) og politiets oppgaver under straffeforfølgning.⁴ Både straffeprosessloven 1887 § 250 a og etterfølgeren i straffeprosessloven 1981 § 191 ble riktignok plassert i lovens kapittel om pågrepelse og fengsling, men lovgiver erkjente at bestemmelsen egentlig ikke passet godt inn noe sted i den

³ Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager og endringslov 18. juni 1971 nr. 82 (i kraft 23. juli 1971). Se Ot.prp. nr. 31 (1970–71) *Om visse endringer i rettergangslovgivningen m.m.*

⁴ Se nærmere Kai Spurkland, «'Vi kjører han inn for en sjekk' – Når skal politiets maktbruk i ordenstjeneste hjemles i straffeprosessloven og når skal den hjemles i politiloven?», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 1, 2014, s. 60–83, og Ingvild Greve og Gert Johan Kjelby, «I politi- og påtalerettens grenseland. Lovregulering av enkelte gråsoner mellom politioppgaver og påtaleoppgaver?», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 4, 2022, s. 355–373, på s. 360–361.

dagjeldende lovgivningen. Innbringelseshjemmelen var i første rekke av ordensmessig – ikke straffeprosessuell – karakter og burde vært plassert i en «alminnelig politilov».⁵ Men en slik lov hadde vi ikke enda. Den dagjeldende politilov fra 1936 inneholdt stort sett bestemmelser som gjaldt organisatoriske forhold, ikke materielle inngrepshjemler.⁶ En alminnelig politilov fikk vi først i 1995. Med det ble – knappe ti år etter ikrafttredelsen av straffeprosessloven – straffeprosessloven § 191 opphevet og avløst av § 8 i politiloven 1995.⁷

Innbringelseshjemmelens formål og vilkår har – med noe mindre endringer – ligget nokså fast siden 1971 og frem til dagens politiloven § 8: Det er adgang til å innbringe person («den») som på offentlig sted forstyrrer ro og orden eller lovlig ferdsel (nr. 1), som ikke fjerner seg fra offentlig sted etter pålegg fra politiet når «omstendighetene gir skjellig grunn til å frykte for» ordens- eller ferdselsforstyrrelser (nr. 2), som ikke etterkommer plikten til å oppgi riktig personalia når politiet ber om det, eller som gir opplysninger om egen identitet mv. som det er grunn til å tvile på riktigheten av (nr. 3), og som «treffes på eller ved et sted der det må antas å være begått en forbrytelse umiddelbart forut» (nr. 4).

I anledning Martinussens 70-årsdag og hans overgang til en tilværelse som pensjonist kan det være grunn til å børste støv av hans utgivelse fra 1985. Hva er status i dag, om lag 40 år senere?

Først vil jeg si noen ord om noen utviklingstrekk i politiretten, deretter gi en gjennomgang av Martinussens arbeid og hans funn og avslutningsvis si noen ord om inngrepshjemmelen i lys av gjeldende politilovgivning, legalitetsprinsippet og EMK artikkel 5.

⁵ Se Ot.prp. nr. 31 (1970–71) s. 20 (til straffeprosessloven 1887 § 250 a). Se også *Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitéen, avgitt i juni 1969*, på s. 247 (i det følgende «Innstilling 1969»).

⁶ Lov 13. mars 1936 nr. 3 om politiet.

⁷ Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven). Se Ot.prp. nr. 22 (1994–95) *Om lov om politiet (politiloven)* s. 5 og s. 62.

Kort om politirettens og politilovgivningens utvikling

Det var på slutten av 1970-tallet og utover på 1980-tallet en økende interesse for politiet og politiretten som forskningsobjekt. I desember 1976 ble det oppnevnt et bredt sammensatt utvalg som skulle utrede politiets rolle og oppgaver i samfunnet. Politirulleutvalget avga sine to delutredninger i henholdsvis 1981 og 1987.⁸

Martinussen ble *cand.jur.* i 1979. Hans tidlige interesse for politirett og politiets ordensfullmakter skriver seg kanskje fra hans tid som student ved Institutt for kriminologi og strafferett ved Universitet i Oslo.⁹ Han publiserte allerede i 1981 en artikkel om enkelte sider ved politiets hjemler for innbringelse,¹⁰ og fulgte i 1986 opp med en artikkel om retten til juridisk bistand for den som ble innbrakt eller pågrepet av politiet.¹¹ Begge disse arbeidene inngår som en del av *Innbringelse til politistasjon. Straffeprosesslovens § 191*.

Et kjerneområde i politiretten er hvilke regler som gjelder for når og hvordan politiet *kan* og *skal* gripe inn for å opprettholde den alminnelige ro- orden og sikkerhet. Det er her Martinussen med sitt politirettslige forfatterskap er noe forut for sin tid. Før 1980 var det, foruten professor Anders Bratholm, svært få andre enn professor Sverre Tønnesen ved Universitetet i Bergen som hadde skrevet mer inngående arbeider om politirettslige tema.¹² Tidligere politijurist og

⁸ NOU 1981: 35 *Politiets rolle i samfunnet. Delutredning I* og NOU 1987: 27 *Politiets rolle og oppgaver i samfunnet. Delutredning 2*.

⁹ Et tidlig bidrag til politirettsforskningen kom fra Institutt for kriminologi og strafferett i Oslo i 1974, se Anne Marie Støkken mfl., *Politiet i det norske samfunn*, Universitetsforlaget 1974.

¹⁰ Roald Martinussen, «To spørsmål i forbindelse med politiets innbringelsesmyndighet», *Lov og Rett*, 1981, s. 139–145.

¹¹ Roald Martinussen, «Retten til juridisk bistand ved innbringelser og pågripelser», *Lov og Rett*, 1986, s. 578–581.

¹² Sverre Tønnesen, *Forulempelse av politimann (Straffeloven §§ 127, 128 og 326)*, upublisert manuskript 18. desember 1975, Bergen (178 sider) og Sverre Tønnesen,

statsadvokat Tønnesen foreleste i politirett som spesialfag ved Universitetet i Bergen fra 1977.¹³ Han fikk utgitt flere kompendier til bruk som pensum i 1978 og 1979.¹⁴

Som nevnt fikk vi en alminnelig politilov først i 1995. Politiets inngripende myndighetsutøvelse var forut for denne loven forankret dels i ulike instruksjer, dels i spredte bestemmelser i lovverket og dels i den såkalte generalfullmakten.¹⁵ Et stort sett sedvanebasert hjemmelsgrunnlag var ikke i særlig god harmoni med legalitetsprinsippet,¹⁶ men Høyesterett var i sin praksis ikke helt avvisende til generalfullmakten som kompetansegrunnlaget.¹⁷ Som den første generelle hjemmel for politiinngrep utenfor straffesak står straffeprosessloven 1887 § 250 a fra 1971 i en særstilling i norsk politirett. En positiv hjemmel for polisier/administrativ frihetsberøvelse, men på et mer begrenset område, hadde vi til da bare hatt

«Saker om rettsstridig adferd fra polititjenestemenn», *Lov og Rett*, 1976, s. 340–366. Se særlig Anders Bratholm, «Politiet og personlighetsvernet», *Lov og Rett*, 1968, s. 289–308 og Anders Bratholm, «Politiet og legalitetsprinsippet», *Jussens Venner*, 1972, s. 1–25.

¹³ Se mer utførlig Gert Johan Kjølby, «Politi- og påtalerett som akademiske fag ved Det juridiske fakultet i Bergen», i Johan Giertsen mfl. (red.), *Rett i vest. Festskrift til 50-årsjubileet for juristutdanningen ved Universitetet i Bergen*, Fagbokforlaget 2019, s. 379–393.

¹⁴ Sverre Tønnesen (red.), *Kompendium beregnet på studium av spesialfaget politirett, hefte 1–6*, Institutt for offentlig rett, Bergen, 1978–79 og Sverre Tønnesen, *Regelsett av betydning for studiet av politirett*, Institutt for offentlig rett, Bergen, 1978 (2. utg. 1997; revidert utg. 1997).

¹⁵ Se Martinussen 1985 s. 31–40. Se nærmere om den såkalte generalfullmakten i John Reidar Nilsen, *Politirett og rettsstat. Sentrale menneskerettslige skranker for den polisierende myndighetsutøvelsen* (Gyldendal 2022) s. 322–336 (kapittel 8–9).

¹⁶ Se blant annet Ot.prp. nr. 22 (1994–95) på s. 5 og henvisningene på s. 10.

¹⁷ I Rt. 1978 s. 1259 ble generalfullmakten angitt som et (mulig) rettslig grunnlag for beslag av førerkort hos en mentalt ustabil person. Se også Rt. 1981 s. 679 (Alta – om adgangen til å gi midlertidig ferdsselsforbud) og Rt. 1981 s. 883 (Alta), hvor Høyesterett la til grunn at adgangen til å gi individuelle pålegg om å fjerne seg, fulgt av «politiets ulovregulerte kompetanse til å treffe vedtak for å opprettholde ro og orden – generalfullmakten (på s. 884).

i løsgjengerloven 1900 § 20 (om innbringelser til drukkenskapsarrest).¹⁸

Bratholm hadde i sin doktoravhandling fra 1957 tatt opp spørsmålet om hvorvidt det forelå et tilstrekkelig rettsgrunnlag for at politiet kunne holde tilbake eller innbringe personer, uten at vilkårene for straffeprosessuell pågrepelse var til stede.¹⁹ Men det var også sentrale aktører i politi- og påtalemyndigheten selv, som hadde etterlyst en klarere hjemmel.²⁰ I den operative polititjenestens møte med nye ordensproblem på 1960-tallet, var straffeprosesslovens regler om pågrepelse ofte utilstrekkelige og generalfullmaktens grenser for uklare. Allerede i 1963 hadde politifullmektig, senere førstestatsadvokat, Elg Elgesem, tatt opp spørsmålet om ikke politiets hjemler var utilstrekkelige.²¹ Hjemmelen kom først i 1971, men – som vi skal se – i første omgang som en «prøveordning».

Straffeprosessloven § 191 bygde i det alt vesentlige på Straffeprosesslovkomitéens innstilling fra 1969. Komitéen viste til Elgesems artikkel og fremholdt at firetimersregelen først og fremst «tar ... sikte på å lovhjemle politiets praksis når det gjelder innbringelse for såkalt sjekking o.l.»²² Forslaget møtte lite motstand, utover innvendinger

¹⁸ Lov 31. mai 1900 nr. 5 om Løsgjænger, Betleri og Drukkenskap. Lovens § 20 ble opphevet ved politiloven 1995 § 9.

¹⁹ Anders Bratholm, *Pågrepelse og varetektfengsel*, Universitetsforlaget 1957, på s. 9 og s. 161–162.

²⁰ Slik blant annet tidligere politimester Sigurd Müller, «Om politimyndighet», i Hans M. Michelsen mfl. (red.), *Rett og rettssal: Festskrift til Rolv Ryssdal*, Aschehoug, 1984 s. 347–370 (på s. 357 og s. 370). Artikkelen er også trykket i Gert Johan Kjelby og Tor-Geir Myhrer (red.), *Politirettlige tekster. En utvikling fra fag til vitenskap*, Universitetsforlaget, 2023, s. 114–131.

²¹ Elg Elgesem, «Fyller straffeprosessloven politiets behov for arrestasjonsfullmakter», *Politibetnemningenes Blad*, nr. 1, 1963. Se også Elg Elgesem, «Det rettslige grunnlag for politiets myndighetsutøvelse», *Nordisk Kriminalteknisk tidsskrift*, nr. 3/4, 1967, s. 41–50. Sistnevnte er inntatt i Gert Johan Kjelby og Tor-Geir Myhrer (red.), *Politirettlige tekster. En utvikling fra fag til vitenskap*, Universitetsforlaget, 2023, på s. 77–87.

²² Se Innstilling 1969 s. 247 (utkast til § 194). Henvisningen til «sjekk» omfattet særlig

fra politiet om at fire timer var noe for kort. Men departementets behandling av lovforslaget tok tid, og en ny straffeprosesslov lå på det tidspunktet et stykke frem i tid. Politietaten, særlig politimesteren i Oslo, ba derfor departementet om en forskuttert lovfesting av komiteens forslag.²³ Slik ble det, men lovfestingen i straffeprosessloven 1887 § 250 a var som nevnt «en prøveordning inntil man får den nye straffeprosesslov, og ... man bør ta sikte på i mellomtiden å vinne erfaring». Justiskomiteen var særlig bekymret for politiinngrep i lovlige demonstrasjoner.²⁴ Til tross for dette ble det ikke foretatt noen undersøkelser av prøveordningen og hvordan politiet hadde praktisert den, før bestemmelsen i 1981 ble vedtatt som § 191 i ny straffeprosesslov.²⁵ Prøveordningen skulle gi grunnlag for å vurdere om det var «tegn til utglidning», som i så fall kunne strammes inn. Men departementet konstaterte i 1979 bare helt kort at «[m]an kjenner ikke til noen slik utglidning, og har følgelig foreslått bestemmelsen inntatt ...».²⁶

I en kommentar til Straffeprosesslovkomitéens lovforslag i 1970 påpekte Bratholm at det problematiske ikke var hjemmelen, men hvordan den ville bli praktisert: «Stort sett går ikke bestemmelsene lenger enn tilsvarende regler i dansk og svensk prosesslov. Hvis adgangen brukes med takt og godt skjønn, vil det neppe være noe vesentlig å innvende mot den. Men det vil alltid være en fare for at hjemmelen brukes i utrensmål. Det er også fare for at bestemmelsene vil bli tøyd i praksis på samme måte som de nåværende regler.»²⁷ Med avgjørelsen i Rt. 1981 s. 1 fikk vi da også et eksempel

bestemmelsens nr. 3 (om personalia), jf. Innstilling 1969 s. 248.

²³ Ot.prp. nr. 31 (1970–71) s. 16 og Martinussen 1985 s. 11–12.

²⁴ Ot.prp. nr. 31 (1970–71) s. 20. Se Innst. O. nr. XI. (1970–71) *Om visse brigde i rettergangsløvgjevinga m.m.*, på s. 5–6.

²⁵ Innbringelsene ble også holdt utenfor undersøkelsen som ble gjort av Varetekstutvalget i NOU 1980: 28.

²⁶ Ot.prp. nr. 35 (1978–79) s. 174.

²⁷ Anders Bratholm, «Utkast til ny straffeprosesslov», *Lov og Rett*, 1970, s. 161–189, på s. 183–184.

på at firetimersregelen kunne benyttes som et pressmiddel for å få den innbrakte til å vedta et forelegg. Høyesterett opphevet vedtatte forelegg mot to personer som var siktet for å ha deltatt i drikkelag på offentlig sted. Det kunne, ut fra nedtegnelser i vaktjournalen, «se ut som de siktede fordi de ikke vedtok foreleggene, ville bli holdt tilbake i 4 timer» (på s. 2).

Behovet for erfaringer med politiets bruk av innbringelses-hjemmelen var som nevnt et viktig premiss i lovproposisjonen og for justiskomiteens lovvedtak i 1971. Departementets noe passive holdning trigget nok daværende amanuensis i juridiske fag, Magnus Roald Martinussen, ved Møre og Romsdal distriktshøgskole i Volda.²⁸

Nærmere om Martinussens arbeid og undersøkelse av praksis

I den tidligere nevnte artikkelen fra 1981 kritiserte Martinussen departementet for ikke å ha fulgt opp intensjonene i forarbeidene og ha innhentet erfaringer fra tiden etter ikrafttreddelsen av straffeprosessloven 1887 § 250 a i 1971.²⁹ Martinussen avslutter med følgende:

Et alternativ til å sitte å [sic] vente på [at] slike opplysninger [om det var tegn til utglidning i praktiseringen av prøveordning] skulle løpe inn, ville være at departementet tok initiativet til å undersøke hvordan praksis har vært ved endel politikamre. F.eks. kunne dette gjøres ved å undersøke vaktjournalene ved noen ordensavdelinger. En annen mulighet kunne være å søke å skaffe tall på innbringelser etter de forskjellige alternative i § 250a.³⁰

²⁸ Se forfatternoten i *Lov og Rett*, 1981, på s. 139.

²⁹ [Magnus] Roald Martinussen, «To spørsmål i forbindelse med politiets innbringelsesmyndighet», *Lov og Rett*, 1981, s. 139–145 (på s. 145).

³⁰ [Magnus] Roald Martinussen, «To spørsmål i forbindelse med politiets innbringelsesmyndighet», *Lov og Rett*, 1981, s. 139–145 (på s. 145). Det samme

Som sagt, så gjort! Martinussen gikk selv i gang med jobben, og dette er bakgrunnen for del II i *Innbringelse til politistasjon. Straffeprosesslovens § 191*, som beskrevet innledningsvis. Departementet fikk med dette ekstern hjelp, og i proposisjonen til ikrafttredelsesloven i 1984 ble justiskomiteen «beroliget» med at arbeidet med å innhente erfaringer med praksis etter straffeprosessloven 1887 § 250 a nå var i gang:

Når det gjelder det spørsmål som er reist av Justiskomiteen [«om det er naudsynt å sjå nærare på praktiseringa av paragraf 250 a i straffeprosesslova»] vil departementet opplyse at det for tiden pågår forskning omkring praktiseringen av gjeldende strpl § 250 a. I forbindelse med forskingsprosjektet har departementet gitt samtykke til innsyn i vaktjournaler ved samtlige av landets politikamre. Man finner det naturlig at departementet avventer utfallet av dette arbeidet før den tilsvarende regel i ny strpl § 191 eventuelt tas opp til vurdering.³¹

Men en lett oppgave ble det ikke. I *Innbringelse til politistasjon. Straffeprosesslovens § 191* del II åpner Martinussen med å slå fast at «undersøkelsen har budt på en del problemer», slik at «ambisjonene må være begrensede», og undersøkelsens «resultater vil måtte ses på mere som antydninger enn som presise tall» (s. 143). Den opprinnelige ambisjonen om å se på alle politikamre ble skrinlagt. I beskrivelsen av undersøkelsen av praksis i 1982 ved 17 politikamre i de største byene (Oslo, Bergen, Trondheim, Stavanger, Kristiansand og Drammen) heter det at «det var svært arbeidskrevende å skaffe tall», fordi det ikke ble ført egne journaler over innbrakte (s. 144). En manuell gjennomgang av årets vaktjournal var derfor nødvendig (og Martinussen gjorde dette selv i Stavanger og Kristiansand).

Hans systematisering av tallene gir til sammen ca. 1600 innbringelser i Oslo, Bergen, Trondheim og Stavanger i 1982 (tabell 4 s. 164). De helt store rettssikkerhetsmessige bekymringer skapte neppe

gjentas i Martinussen 1985 s. 15.

³¹ Ot.prp. nr. 53 (1983–84) *Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m m*, på s. 57.

tallene. Martinussen konkluderte med at straffeprosessloven 1887 § 250 a var nokså lite brukt, men at det var store variasjoner mellom distriktene. Blant annet var politiet i Kristiansand mest aktiv i bruk av bestemmelsen ved drikking på offentlig sted. I alle distrikter skjedde innbringelsene jevnt fordelt på ukedagene (med en svak topp på lørdager), og med flest innbringelser mellom kl. 16.00 og 24.00 (s. 175–176). Straffeprosessloven § 250 a nr. 2 (ordensforstyrrelser) var det mest brukte grunnlaget. De fleste frihetsberøvelsene var kortvarige (58 prosent i to timer eller kortere), men hele 16–18 prosent var frihetsberøvet ut over lengstetiden på fire timer. Dette gjaldt særlig innbringelser etter straffeprosessloven § 250 nr. 4. Det var også straffeprosessloven § 250 a nr. 4 (innbringelse av personer på antatt åsted) som var mest anvendt. Martinussen mente pågripelser etter nr. 4 fremsto som en «mild form for pågrepelse» som ga politiet et «pusterom til å sette seg ned å [sic] vurdere om kravet til 'skjellig grunn' til mistanke foreligger» (henholdsvis s. 187 og s. 153). Martinussen fant videre at hjemmelsgrunnlaget for innbringelsen fremsto som tvilsomt i ca. 18 prosent av tilfellene (også om en inkluderte løsgjengerloven § 20). Situasjonene han her viser til, gjaldt «husbråk» (det vil si ordensforstyrrelser som ikke foregikk «på offentlig sted», som var vilkåret i nr. 1) og «rene» lydighet-snektelser (som ikke ga grunnlag for innbringelse med mindre også vilkåret i nr. 2 om fare for ordensforstyrrelse var oppfylt).

Del I av *Innbringelse til politistasjon. Straffeprosesslovens § 191* står i utgangspunktet på egne ben. Men del II inneholder noen funn og vurderinger som med fordel kunne ha vært trukket inn i de rettsdogmatiske drøftelsene av vilkårene i straffeprosessloven § 191, særlig den varierende bruken av nr. 3 (sjekk av personalia) og nr. 4 (personer på åsted) i narkotikasaker om bruk og besittelse. Det gir et interessant tidsbilde at Martinussen antar – helt i tråd med datidens syn på narkotikakriminalitetens alvor – at personer som «antas [men ikke med skjellig grunn mistenkes] å være i besittelse av narkotika», kan innbringes etter nr. 4, fordi selve «tilstanden er en forbrytelse og

[å]stedet for forbrytelsen flytter seg ... med gjerningsmannen» (s. 156). Denne tolkningen var nok diskutabel da, men er i hvert fall i dag uforenlig med hva som etter nr. 4 er å anse som et åsted, dvs. «et sted der det må antas å være begått en forbrytelse». Innbringelser på dette grunnlag vil uansett bli ansett som uforholdsmessig, fordi det straffbare forhold er mindre alvorlig.³² Forfølgning mot, og eventuell frihetsberøvelse av personer på et slikt grunnlag må i dag skje innenfor de hjemler som følger av straffeprosessloven.³³

Martinussens fremstilling av straffeprosessloven § 191 er omfattende. Den dekker de fleste rettslige spørsmål som innbringelses-hjemmelen i straffeprosessloven § 191 da reiste. I 1986 var legalitetsprinsippet fremdeles ikke tillagt så stor vekt i politiretten. I 1986 manglet vi også en alminnelig politilov. Menneskerettsdomstolens praksis om kravene til den rettslige reguleringen av politiets inngripende myndighetsutøvelse var i utvikling, og den praksis som forelå, hadde enda ikke fått tilstrekkelig oppmerksomhet.

Innbringelseshjemmelen, legalitetsprinsippet og EMK

Hva er status anno 2024, om lag 40 år etter Martinussens arbeid? Overskriften gir to stikkord som er nær forbundet: *legalitetsprinsippet* og *menneskerettigheter*. De konstitusjonelle og menneskerettslige kravene til politiets inngrephjemler og praksis, jf. Grunnloven § 102 / EMK artikkel 8 og Grunnloven § 113, er helt andre i dag enn for ca. 40 år siden. Mangelfull og svak rettslig

³² Se Ot.prp. nr. 31 (1970–71) s. 21 om krav til forbrytelsens grovhet og nærmere i Tor-Geir Myhrer, *Politiloven. Lovkommentar* (Universitetsforlaget 2022) s. 142. Myhrers kritikk av at uttrykket «forbrytelse» i nr. 4 fremdeles ikke er oppdatert i tråd med straffelovens begrepsbruk, er berettiget.

³³ Se Tor-Geir Myhrer, *Politiloven. Lovkommentar* (Universitetsforlaget 2022) s. 141–142, med videre henvisninger.

normering av politiets inngripende myndighetsutøvelse var som tidligere nevnt erkjent i både teori og praksis. I 1990 ble det gitt en ny politiinstruks.³⁴ En instruks ga ikke et tilstrekkelig rettsgrunnlag for inngripende tiltak. Men lovgivningsarbeidet som startet med Politirulleutvalget på 1980-tallet, gikk sakte. Først i 1991 forelå det et utkast til en ny politilov.³⁵

I proposisjonen til politiloven 1995 ble lovforslaget omtalt som «en modernisering og opprydding av politilovgivningen». Og av hensyn til legalitetsprinsippet skulle «hjemmelsgrunnlaget for politiets virkemidler inntas i formell lov».³⁶ Den *forsterkede legalitetstanke* kom etter hvert også til uttrykk i andre relevante deler av politilovgivningen. Det ville føre for langt å behandle dette her, men i 2006 ble det gitt en forskrift om bruk av politiarrest, med hjemmel i straffeprosessloven § 183.³⁷ Den erstattet og utdypet blant annet et eldre rundskriv, arrestinstruksen fra 2003 og politiinstruksen kapittel 9. Martinussens utgangspunkt for undersøkelse av praksis ville i dag vært et helt annet. I dag er det langt større grad av notoritet om politiets innbringelser og arrestoppholdene. Arrestforskriften gir i § 2-2 pålegg om føring av arrestjournal «over alle som er innbrakt eller satt i politiarrest» uansett rettslig grunnlag. Politidirektoratet er del av tilsynsapparatet for politiarrestene og har gjennom flere år publisert en årsrapport om arrestforhold, hvor innrapporterte tall fra politidistriktenes journaler publiseres (særlig

³⁴ Instruksen var basert på *Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet med motiver. Utarbeidet av byrettsdommer Ragnar L. Auglend etter oppdrag fra Justisdepartementet. Avgitt mars 1988.* (Politiinstruksutkastet 1988).

³⁵ *Utkast til ny lov om politiet med motiver, avgitt april 1991. Utarbeidet av byrettsdommer Ragnar L. Auglend, politiadjutant Per Gammelgard og politiadjutant Lars Stoltenberg etter oppdrag fra Justisdepartementet.* (Politilovutkastet 1991).

³⁶ Ot.prp. nr. 22 (1994–95) på s. 5 og henvisningene på s. 10.

³⁷ Forskrift 30. juni 2006 nr. 749 (i kraft samme dag). Forskriften er gitt i medhold av straffeprosessloven § 183, men gjelder også ved opphold i arrest basert på politiloven § 8, jf. forskriftens § 1-1. Se også instruks 9. november 2018 for bruk av politiets arrester, gitt i medhold av forskriftens § 5-1.

tall om mindreårige og oversittere, det vil si de som ikke overføres fra arrest til fengsel innen fristen). Direktoratets oversikt gir ikke konkrete tall på innbrakte etter politiloven § 8 isolert sett, men antallet i politiarrest etter politiloven §§ 8, 9 og 12 var 9721 for hele landet i 2022 (derav 1231 i Oslo politidistrikt og 1200 i Vest politidistrikt).³⁸

Enkelte tolknings spørsmål som Martinussen behandlet i 1986, ble løst da straffeprosessloven § 191 ble videreført i politiloven § 8: Innbringelsesstedet ble endret fra «politistasjon eller annet lokale som polititjenesten ledes fra» til «politistasjon, lensmannskontor eller annet lokale som benyttes under polititjenesten». I nr. 3 ble de ulike elementene i personalia justert og samkjørt med straffelovens regler.

Politoloven medførte også andre viktige endringer. Bestemmelser om *hvordan* de polisiære virkemidler og inngrep skulle gjennomføres, ble inntatt i politiloven § 6 som «prinsipper for valg og bruk av virkemidler». ³⁹ Sentralt her er «minste middel»-regelen (det vil si at det minst inngripende politiltak har forrang som virkemiddel i ordenstjenesten), og de grunnleggende krav om at innbringelser (i likhet med andre tiltak) må være *nødvendige og forholdsmessige*. Fristen på fire timer er nettopp en presisering av kravet til forholdsmessighet og nødvendighet. Innbringelse kan bare skje når – og så lenge – det er nødvendig for å oppnå formålet (i nr. 1–4). Fire timer er lovens yttergrense for frihetsberøvelsens forholdsmessighet.

I den spesielle polititjenesten – utlendingsforvaltning – ble politiloven § 8 etter hvert ansett som utilstrekkelig som rettsgrunnlag ved utlendingskontroll. I 2018 fikk den derfor sin parallell i utlendingsloven § 21 a (om tilbakeholdelse og innbringelse i forbindelse med

³⁸ Politidirektoratet, *Årsrapport arrestforhold 2022*, 19. juli 2023. Lest 15. mars 2023 på <https://www.politiet.no/globalassets/tall-og-fakta/arrest-og-varetekt/arsrapport-arrestforhold-2022.pdf>.

³⁹ Slik Ot.prp. nr. 22 (1994–95) s. 60.

grense- og utlendingskontroll).⁴⁰

Til tross for at mye av politiets virksomhet består i å gjøre «inngrep overfor den enkelte» (slik det fra 2014 er formulert i Grunnloven § 113), ble ikke forholdet til EMK og EMDs praksis viet særlig oppmerksomhet under politilovens forberedelse. EMK og EMD gjorde for fullt sitt inntog i norsk rett ved vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 og grunnlovsfestingen av menneskerettighetene i 2014. I juridisk teori, særlig etter 2015, mangler det derimot ikke på drøftelser av menneskerettighetsvernet i EMKs betydning for politiet. Flere nyere doktoravhandlinger har omfattende drøftelser av disse spørsmålene.⁴¹

Står innbringeshjemmelen seg i forhold til de menneskerettslige krav til frihetsberøvelser i EMK artikkel 5? Spørsmålet er i den senere tid blitt grundig behandlet av Steinar Fredriksen.⁴² Fredriksen behandlet vilkårene i EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b og c i lys av nyere EMD-praksis.⁴³ Han konkluderte i sin artikkel fra 2022 med at «den innbringelsesadgangen som hjemles i politiloven § 8 første ledd nr. 1 og 2, kan praktiseres uten EMK-rettslige

⁴⁰ Se Prop. 117 L (2017–2018) *Endringer i utlendingsloven (tilbakeholdelse og innbringelse m.m.)*.

⁴¹ Se særlig Steinar Fredriksen, *Ro, orden og frihet. En fremstilling av politiets adgang til å gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste* (Gyldendal Juridisk 2015), Ragnar L. Auglend, *Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid* (Gyldendal 2016) og John Reidar Nilsen, *Politirett og rettsstat. Sentrale menneskerettslige skranker for den polisære myndighetsutøvelsen* (Gyldendal 2022).

⁴² Steinar Fredriksen, «Innbringelse for ordensforstyrrelser i et EMK-rettslig perspektiv», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 1, 2022, s. 2–24. Artikkelen er inntatt i Kjelby/Myhrer, *Politirettslige tekster* (2022) på s. 876 flg.

⁴³ Særlig S., V. og A. *mot Danmark*, storkammerdom 22. oktober 2018 (klagesak 35553/12 mfl.) om preventiv frihetsberøvelse i åtte timer av angivelig voldelige fotballsupportere. Avgjørelsen endret kursen fra *Ostendorf mot Tyskland*, dom 7. mars 2013 (klagesak 15598/08), hvor en innbringelse på fire timer for å hindre bråk i forbindelse med fotballkamp ble funnet å være i strid med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c.

begrensninger». Det samme gjaldt innbringelse etter politiloven § 8 nr. 3 (personalia). Men det er i dag alminnelig enighet om at politiloven § 8 nr. 4 (personer på åsted) er basert på formål som er uforenlig med alternativene om hva som anses som lovlige inngrep i retten til frihet etter EMK artikkel 5 nr. 1.⁴⁴ Nr. 4 knytter seg ikke til håndheving av pålegg eller *en rettslig forpliktelse* (jf. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b). Den krever heller ikke mistanke om lovbrudd (jf. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c), selv om en viss mistanke (men ikke «skjellig grunn») i praksis vil foreligge i slike tilfeller – noe også forarbeidene synes å forutsette.⁴⁵ Bestemmelsen kan derfor ikke praktiseres som en hjemmel for «innbringelse til avhør», slik for eksempel svensk rett åpner for.⁴⁶ En slik hjemmel ble vurdert og forkastet allerede i 1980.⁴⁷ Er det skjellig grunn til mistanke, må frihetsberøvelsen som nevnt skje som en pågripelse etter straffeprosesslovens regler.

Avslutning

Martinussens forskningsobjekt fra 1986, straffeprosessloven § 191, er gjennom politiloven § 8 fremdeles en viktig bestemmelse, og innbringelse er og blir et potent og nødvendig virkemiddel i politiets

⁴⁴ Se blant annet Fredriksen, *Ro, orden og frihet* s. 467–468 og Nilsen, *Politirett og rettsstat* s. 519. Noe mer forbeholden er Myhrer, *Politoloven* s. 143, som uttaler at bestemmelsen ikke er «i god harmoni med» EMK artikkel 5.

⁴⁵ Se Innstilling 1969 s. 248 og Ot.prp. nr. 31 (1970–71) s. 20.

⁴⁶ Se Rättegångsbalken kap. 23 § 8 «På tillsägelse av en polisman är den som befinner sig på den plats, där ett brott förövas, skyldig att medfölja till ett förhör som hålls omedelbart därefter. Vägrar han utan giltig orsak, får polismannen ta med honom till förhöret.» Se nærmere i Fredriksen, *Ro, orden og frihet* s. 468.

⁴⁷ Se NOU 1980: 28 *Varetektsfengsling* s. 43–44. Adgangen til «å avhente» vitner og mistenkte til avhør etter straffeprosessloven § 230 tredje ledd gjelder kun «for å avklare» om vedkommende er villig til å forklare seg til politiet. Bestemmelsen gir derfor ikke grunnlag for innbringelse i tilfeller hvor vedkommende tidligere har gjort det klart, eller på stedet gjør det klart, at han ikke vil forklare seg. Se blant annet HR-2017-1677-A avsnitt 24.

ordenstjeneste. Innbringelseshjemmel, som var en «prøveordning» ved vedtakelsen i 1971 ble nokså raskt til en permanent polisier inngrepshjemmel i straffeprosesslovene, og til sist i politiloven 1995. Vilkaårene i bestemmelsens nr. 1–3 har tålt møtet med de skjerpede krav til inngrepshjemler etter EMK, EMD og grunnlovfesting av menneskerettigheten i 2014. Men innbringelse av personer på åsted etter nr. 4, er – som nevnt – ikke lenger «rett frem» og må vurderes nøy i lys av kriteriene i EMK artikkel 5.

Menneskerettighetene har også i et noe bredere perspektiv påvirket den polisier praksis og domstolens vurderinger av politiets håndtering av ordensforstyrrelser. Som fremhevet ovenfor var justiskomiteen i 1971 særlig bekymret for politiets håndtering av de forstyrrelser av den alminnelige ro, orden og ferdse, som ofte er en følge av lovlige og fredelige demonstrasjoner. Historien gir flere eksempler som kunne vært nevnt, men her er det tilstrekkelig å vise til noen høyesterettsavgjørelser fra 2022 og 2023. Ingen av avgjørelsene gjelder direkte politiets bruk av politiloven § 8. Men avgjørelsene viser – for det første – at politiet må ha en høy toleransterskel før det gripes inn, og – for det andre – at alle virkemidler som anvendes av politiet, herunder om og hvor lenge det er grunnlag for innbringelse, må følge «minste middel»-prinsippet i politiloven § 6 og tåle den bredere forholdsmessighetsvurderingen etter EMK. Fredelige forsamlinger og demonstrasjoner har et sterkt rettslig vern, men alvorlige forstyrrelser av lovlig virksomhet og lovlig ferdse ligger ikke i kjernen av dette vernet. Etter en grundig gjennomgang av EMD-praksis ga førstvoterende i HR-2022-981-A (Extinction Rebellion I) avsnitt 34 uttrykk for en generell norm, som også er retningsgivende for praktisering av politiloven § 8: Overordnet må samfunnet «tole ei viss forstyrning av dagleglivet, og styresmaktene må vise ein viss toleranse».⁴⁸

⁴⁸ Slik også HR-2023-604-A (Extinction Rebellion II) avsnitt 38 og HR-2024-144-U avsnitt 26.

Pågrepelse og innbringelse av barn

*Maren Sagvaag Retland, universitetslektor i rettsvitenskap
ved Institutt for sosialfag ved Universitetet i Stavanger*

1. Innledning

Pågrepelse er et straffeprosessuelt tvangsmiddel som reguleres av straffeprosessloven § 171 flg., og som kan anvendes ved etterforskning av et straffbart forhold eller for fullbyrding av straff. Innbringelse etter politiloven §§ 8 og 9 er politisære tiltak som kan anvendes for å ivareta ordens- og sikkerhetskensyn som politiet har ansvar for. En person som innbringes eller pågripes, utsettes for et inngrep i den grunnleggende retten til personlig frihet som er beskyttet i Grunnloven § 94 og den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 5.¹ En person som frihetsberøves, utsettes for store belastninger. Et frihetsberøvende tiltak må derfor være nødvendig og forholdsmessig², jf. blant annet EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c og Grunnloven § 94.

Belastningene en frihetsberøvelse medfører, kan være særlig store for barn.³ Barnets kognitive utvikling innebærer at barn har

¹ Et tilsvarende vern følger også av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 9. Konvensjonene gjelder som norsk lov og har forrang foran annen norsk lov, jf. menneskerettighetsloven § 2 nr. 1 og nr. 3 og § 3.

² Innholdet i vurderingen av om et tiltak er nødvendig og forholdsmessig forklares nærmere under avsnitt 2.

³ Med «barn eller mindreårig» menes enhver person under 18 år, jf. vergemålslova § 8 og barnekonvensjonen artikkel 1. Barnekonvensjonen gjelder som norsk lov og har forrang foran annen norsk lov, jf. menneskerettighetsloven § 2 nr. 4 og § 3.

begrensede muligheter til å forutse og forstå konsekvensene av egne handlinger og til å håndtere belastningen av en frihetsberøvelse.⁴ For å sikre best mulig ivaretagelse av barnets behov gjelder det derfor særlige strenge krav til nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen som må foretas. I vurderingene må hensynet til barnets beste undersøkes og vektlegges i tråd med blant annet Grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjon (heretter «barnekonvensjonen») artikkel 3 og artikkel 37. Tjuesjette januar 2024 ble det fremmet et lovforslag om å innta regelen om at barnets beste skal utgjøre et grunnleggende hensyn i handlinger overfor barn, i politiloven § 6 nytt femte ledd. Lovforslaget ble vedtatt og trådte i kraft 7. juni 2024.⁵

I denne artikkelen undersøkes sentrale vilkår og interesse-avveininger med særlig betydning for frihetsberøvende tiltak av barn (del 2). Deretter undersøkes de særskilte rammene for pågrepelse (del 3) og for innbringelse (del 4) av barn. Frihetsberøvede tiltak som er begrunnet i barnets omsorgsbehov, og tiltak som påtalemyndigheten og politiet foretar på vegne av andre etater, behandles ikke.⁶ Det samme gjelder regler om varslingsrutiner, gjennomføringen av frihetsberøvelsen og oppfølgingstiltak etter en frihetsberøvelse.⁷

⁴ Se FNs barnekomités generelle kommentarer (heretter «Generelle kommentarer») nr. 24 (2019) avsnitt 22 flg. For den rettskildemessige betydningen av komitéens uttalelser, herunder skillet mellom tolkningsuttalelser og uttrykk for beste praksis, se bla. Rt. 2009 s. 1261 (avsnitt 44).

⁵ Jf. lov 7. juni 2024 nr. 28 om endringer i politiloven. Politiloven § 6 femte ledd lyder nå: «Når tjenestehandlingen berører eller skjer overfor eller i nærvær av barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

⁶ For omsorgstiltak se blant annet politiloven §§ 12 og 13. For tiltak på vegne av andre etater se blant annet politiloven § 2 nr. 7 og barnevernsloven §§ 4-1 og 6-1.

⁷ Se blant annet politiloven § 6 fjerde ledd, straffeprosessloven § 183 tredje ledd, forskrift 22. juni 2022 nr. 3963 (politiinstruksen) § 3-2, forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 (påtaleinstruksen) § 9-2 andre ledd og Politidirektoratets rundskriv av 25. juni 2024 nr 16 (arrestinstruksen) punkt 5.9.

2. Sentrale vilkår og hensyn

For ethvert frihetsberøvende tiltak stilles det strenge krav til påtalemyndighetens og politiets behov (nødvendighetskrav) og til at forholdsmessighetskravet er oppfylt, jf. Grunnloven § 94 første ledd og EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c. Nødvendighetskravet innebærer at formålet ikke kan nås med mildere tiltak. Forholdsmessighetskravet innebærer at behovet som frihetsberøvelsen skal beskytte, må overstige belastningen for den tiltaket rettes mot (interesseovervekt).⁸ Det samme følger av straffeprosessloven § 170 a for pågripelse og av politiloven § 6 andre ledd for innbringelse.

Etter barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b må frihetsberøvelse av barn være «siste utvei». Det samme kravet følger av straffeprosessloven § 174, som angir at «[p]ersoner under 18 år bør ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd». Kriteriene forstås som et krav om at formålet ikke kan nås på andre måter.⁹ Dette innebærer at interesseovervekten må være større enn hva som følger av det alminnelige forholdsmessighetskravet etter straffeprosessloven § 170 a og EMK artikkel 5 nr. 1. Krav om skjerpet interesseovervekt ved frihetsberøvelse av barn legges også til grunn av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD),¹⁰ mens begrunnelse og vektlegging av barnets beste fremheves av FNs barnekomité.¹¹ Det skjerpede interesseovervektskravet kan stille strengere krav til

⁸ Innholdet i de ulike kriteriene gjennomgås blant annet i Ragnar Auglend og Henry John Mæland, *Politirett*, 3. utgave, 2019, s. 167-168, og i Steinar Fredriksen, *Ro, orden og frihet. En fremstilling av politiets adgang til å gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste*, Gyldendal Juridisk, 2015, s. 114 flg.

⁹ Jf. bla Prop. 135 L (2010–2011) s. 50 flg.

¹⁰ Se blant annet *Korneykova mot Ukraina* [J], 2012, no 39884/05, avsnitt 44, med videre henvisninger til *Selcuk mot Tyrkia* [J] 2006, no. 21768/02, avsnitt 35–36, og *Nart mot Tyrkia* [J] 2008 no. 20817/04, avsnitt 31 og 33. Avgjørelsene drøftes i Merethe Havre, «Varetektstfengsling av barn – statens plikt til å løslate i påvente av hovedforhandling», *Tidsskrift for strafferett*, 2014, s. 360–377, på s. 362.

¹¹ Se blant annet Generelle kommentarer nr. 24 avsnitt 82 flg.

anstrengelsene for å fremskaffe alternativer til frihetsberøvelsen¹² og til å anvende alternativene selv om behovet for frihetsberøvelsen ikke dekkes fullt ut.¹³ Eksempler på slike alternativer kan for eksempel være meldeplikt eller institusjonsplassering etter barnevernsloven.¹⁴

Hensynet til barnets beste skal utgjøre et grunnleggende hensyn i avgjørelsen om frihetsberøvelse, jf. Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3. Den nylig vedtatte bestemmelsen i politiloven § 6 femte ledd angir som nevnt at «hensynet til barnets beste» skal være et «grunnleggende hensyn» i politiets tenestehandlinger som gjelder barn. Reglene om barnets beste omfatter en plikt til å undersøke hva det konkrete barnets beste er, og hvordan frihetsberøvelsen påvirker barnets interesser. I avgjørelsen skal barnets beste utgjøre et grunnleggende hensyn. Ettersom barnets beste svært sjelden eller aldri er å bli frihetsberøvet, kreves det desto sterkere behov for frihetsberøvelsen for at tiltaket er forholdsmessig, og for å oppfylle kravet om at barnets beste utgjør et grunnleggende hensyn. «Barnets beste»-regelen skal gis særlig stor betydning ved avgjørelser som må antas å ha stor betydning for barnet.¹⁵ Belastningen som en frihetsberøvelse medfører, innebærer dermed at regelen må få særlig stor betydning i en avgjørelse om pågrepelse eller innbringelse av et barn.

¹² Jf. barnekonvensjonen artikkel 4 om plikten til å treffe «alle egnede ... tiltak» for å gjennomføre konvensjonens rettigheter. Eksempler på alternative tiltak kan være meldeplikt, oppfølgingstiltak fra barnevernet eller institusjonsplassering. Se Havre (2014) s. 366 og Ingun Fornes, «Varetekstfengsling av barn», *Kritisk juss*, 2006, s. 87–107, på s. 100 flg.

¹³ Se Havre (2014) s. 367, med henvisning til *Korneykova v. Ukraina* [J], 2012, no 39884/05: EMD la til grunn at det var tilstrekkelig at en jente på 14 år forble hjemme hos moren i påvente av saken, selv om lovbruddene hun var siktet for, hadde skjedd mens hun bodde hos moren. Alternativet til fengsling måtte velges selv om det hadde lavere effekt, og selv om det ikke dekket fengslingsbehovet (å hindre gjentatte straffbare handlinger) fullt ut.

¹⁴ Jf. blant annet straffeprosessloven § 188 og barnevernsloven §§ 6-1 flg.

¹⁵ Generelle kommentarer nr. 14 (2013) avsnitt 40.

Politiets og påtalemyndighetens ansvar for blant annet straffesaksarbeid og beskyttelse av andre personers integritetsvern og sikkerhet¹⁶ kan utløse sterke behov for tiltak som er i konflikt med barnets beste. Behovene kan være så tungtveiende at må gis forrang foran barnets rett til og behov for frihet.¹⁷ Dermed kan kravene til interesseavveiningen og vektleggingen av barnets beste ha særlig stor betydning ved påtalemyndighetens og politiets frihetsberøvende tiltak.

3. Pågrepelse av barn

3.1 Vilkår for pågrepelse

Pågrepelse kan besluttes ved skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold med høyere strafferamme enn fengsel i 6 måneder, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd. Pågrepelsen må være relevant og nødvendig på grunn av unndragelsesfare, bevisforspillelsesfare eller gjentakelsesfare, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1–3.¹⁸ Forholdsmessighets- og nødvendighetskravet som følger av straffeprosessloven § 170 a, må suppleres av de ovennevnte kravene om skjerpet interesseovervekt og vektleggingen av hensynet til barnets beste.

¹⁶ Generelle kommentarer nr. 14 (2013) avsnitt 39.

¹⁷ Se Fornes (2006) s. 92.

¹⁸ Pågrepelsesgrunnlagene i straffeprosessloven § 171 nr. 4, § 172 og § 173 fremstår mindre aktuelle i praksis og drøftelser som gjelder barn.

3.2 Legalitetskontroll og skriftlighet

Påtalemyndigheten har beslutningskompetansen og ansvaret for tvangsmiddelbruk som blant annet pågrepelse,¹⁹ jf. Straffeprosessloven § 176 første ledd og påtaleinstruksen § 7-5 andre ledd. Legalitetskontrollen av frihetsberøvelsen utføres dermed av en person med juridisk kompetanse.²⁰ Sammensetningen av vilkårene, rettighetene og interesseavveiningene som gjelder ved frihetsberøvelse av barn, innebærer at avgjørelsene kan være komplekse. Påtalemyndighetens legalitetskontroll er dermed sentral for i varetakelsen av barnets rettigheter.²¹

Pågrepelsesbeslutningen skal være skriftlig og inneholde en beskrivelse av det straffbare forholdet og grunnen til pågrepet, jf. straffeprosessloven § 175 første ledd og påtaleinstruksen § 9-1 første ledd. Dette gir barnet informasjon om hva saken gjelder,²² og et grunnlag for en eventuell overprøving av lovligheten av frihetsberøvelsen eller for et erstatningskrav.²³ Skriftlighetskravet kan videre tjene som grunnlag for både internt og eksternt tilsyn.²⁴ Ved Sivilombudets inspeksjon i Oslo politiarrest i mai 2021 var ett av funnene at verken pågrepelsesbeslutningene eller annen dokumentasjon anga hvorfor frihetsberøvelsen var «særlig påkrevd» eller

¹⁹ Jf. straffeprosessloven § 175. Politiet har hastekompetanse etter straffeprosessloven § 176. Påtalemyndigheten skal i så fall vurdere opprettholdelse «snarest mulig», jf. straffeprosessloven § 179.

²⁰ Jf. straffeprosessloven § 55 a og påtaleinstruksen § 7-5.

²¹ Se blant annet Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, 3. utg., Cappelen Damm Akademisk, 2023, s. 162, med henvisning til RA-2017-12-I (Nasjonal straffesaksinstruks) punkt 2.5.2.

²² Jf. barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 punkt ii. Se Generelle kommentarer nr. 24 (2019) avsnitt 41 og 48.

²³ Jf. straffeprosessloven § 181 andre ledd og § 183, barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav d og artikkel 40 nr. 2 bokstav b punkt ii og straffeprosessloven §§ 444 flg.

²⁴ Se blant annet arrestforskriften §§ 4-1 og 4-2 og arrestinstruksen del 4, Riksadvokatens rundskriv (RA) av 8. mars 2010 nr. 2 s. 8, og NOU 2016:24 *Ny straffeprosesslov* s. 187 og s. 546.

utgjorde en «siste utvei».²⁵ Et slikt begrunnelseskrav følger heller ikke eksplisitt av lovbestemmelsene om skriftlige begrunnelser, jf. Straffeprosessloven § 175 eller påtaleinstruksen § 9-1. Med henvisning til Sivilombudets funn har Riksadvokaten gjennom nye retningslinjer gitt pålegg om at den konkrete vurderingen av at pågripelsen er «særlig påkrevd», og at tiltaket er forholdsmessig, skal fremgå av pågripelsesbeslutningen.²⁶ Av den nye arrestinstruksens regler om barn i arrest gjelder et tilsvarende begrunnelseskrav for opplysningene som skal føres i arrestjournalen.²⁷ Reglene kan sikre at barnets rettigheter blir undersøkt og tilstrekkelig vektlagt ved en pågripelse, og samtidig etablere et grunnlag for senere tilsyn eller overprøving av pågripelsesbeslutningen. For å sikre mest mulig systematisk undersøkelse og vektlegging av barnets rettigheter, kan det likevel stilles spørsmål om begrunnelseskravet også burde fremgå av straffeprosesslovens og påtaleinstruksens bestemmelser om skriftlig begrunnelse.²⁸

3.3 Mistankens styrke og barnets alder

Kravet som stilles til mistankens styrke, har betydning for risikoen for at en person pågripes for en handling vedkommende ikke har begått eller kan holdes ansvarlig for. Mistankens styrke har dermed betydning for barnets rett til å anses uskyldig inntil det motsatte er bevist, jf. EMK artikkel 6 nr. 2 og barnekonvensjonen artikkel 40 nr. 2 bokstav b punkt i. Sannsynlighetskravet som gjelder for den

²⁵ Se Sivilombudets besøksrapport fra inspeksjon i Oslo sentralarrest 11.–12. mai 2021, s. 19–20.

²⁶ Jf. Riksadvokatens brev av 11. februar 2022 om nye retningslinjer for begrunnelse i pågripelsesbeslutninger som gjelder barn.

²⁷ Se RPOD-2023-16 pkt. 5.9. a) «Ved innsettelse og vurdering av innsettelse»; syvende strekpunkt, med videre henvisning til Riksadvokatens brev av 11.2.2022 om «Nye retningslinjer for begrunnelse i pågripelsesbeslutninger som gjelder barn».

²⁸ For Barnekomitéens vektlegging av begrunnelseskravene, se blant annet Generelle kommentarer nr. 24 (2019) avsnitt 41 og Generelle kommentarer nr. 14 (2013) avsnitt 97.

pågrepnes alder, har betydning for risikoen for pågrepelse av barn under den kriminelle lavalderen på 15 år, jf. straffeloven § 20, og for risikoen for at et barn betraktes som voksen selv om vedkommende ikke har fylt 18 år. Mistankekravet påvirker dermed risikoen for at barn pågripes utover rammene som følger av straffeprosessloven § 174 og barnekonvensjonen artikkel 37 og artikkel 3.²⁹

Mistankekravet for pågrepelse er «skjellig grunn», jf. Straffeprosessloven § 171 første ledd. Vilåret tolkes og anvendes som et krav om sannsynlighetsovervekt for at alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt.³⁰ «Skjellig grunn»-kriteriet omfatter også en vurdering av informasjonsgrunnlaget til grunn for mistanken, behovet for tiltaket og belastningen av pågripelsen.³¹ Den belastningen som pågrepelse medfører for et barn, kan skjerpe kravene til informasjonsgrunnlaget til grunn for mistanken, og behovet for pågripelsen. Ved en slik relativisering av mistankekravet kan dermed belastningen av pågripelsen skjerpe kravene til sannsynlighetsgraden og til informasjonsgrunnlaget som kreves for at barn kan pågripes. Mistankens styrke kan dermed være sentral i den samlede vurderingen av om pågripelsen er tilstrekkelig begrunnet som «særlig påkrevd» og «siste utvei», og om barnets beste utgjør et grunnleggende hensyn.³²

I høringsrunden til lovendringen i 2011 foreslo Advokatforeningen et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved varetektsfengsling av barn. Forslaget ble ikke vedtatt, men departementet

²⁹ Se HR-2017-663-U (pågrepelse etter utlendingsloven § 106 c). Høyesterett la til grunn at det var klar den sannsynlighetsovervekt for at den pågrepne hadde fylt 18 år, og at det ikke kunne utledes et strengere sannsynlighetskrav for aldersvurderingen av BK art 37 eller Grl § 104 enn hva som fulgte av de alminnelige vilkårene for pågrepelse.

³⁰ Dette gjelder også tilregnelighetskravet, jf. bla. Rt. 2012 s. 134 avsnitt 10, Rt. 2004 s. 887 avsnitt 12 og Rt. 1993 s. 1302.

³¹ Se NOU 2016: 24 s. 308. Bakgrunnen for at formuleringen «skjellig grunn» er beholdt i lovutkastet til ny straffeprosesslov, er at den er «forenlig med en relativisering av kravet til mistankens styrke, avhengig av øvrige momenter».

³² Se Havre (2014) s. 365.

påpekte at terskelen for pågrepelse og fengsling skal være særlig høy, og at behovet for fengsling av barn vil være begrenset til svært få tilfeller ved særlig alvorlig kriminalitet.³³ I forarbeidene til ny straffeprosesslov foreslås det heller ingen generell regel om høyere mistankekrav for barn, verken ved pågrepelse eller varetektsfengsling. Derimot legges det til grunn at det ved behov kan foretas konkrete tilpasninger av mistankekravet, særlig til mistenktes gunst.³⁴

Samtidig kan en pågripelsesbeslutning som tas mens et barn ennå er på frifot og har mulighet til å ødelegge bevis eller gjenta en straffbar handling, innebære et særlig hasteelement. Sammenlignet med varetektsfengsling må en pågripelsesbeslutning ofte tas raskere og på grunnlag av mindre informasjon. Dette kan redusere muligheten til å fremskaffe alternative tiltak, som for eksempel institusjonsplassering, eller til å gjennomføre etterforskningskritt for å styrke informasjonsgrunnlaget for mistanken. Videre har frihetsberøvelse på grunnlag av en pågripelsesbeslutning generelt kortere varighet enn varetektsfengsling.³⁵ Dette kan redusere inngrepsintensiteten og lettere oppfylle vilkåret om at frihetsberøvelsen skal ha et «kortest mulig tidsrom», jf. barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b. De hensynene som generelt kan begrunne et strengt mistankekrav, kan dermed få noe mindre utslag ved en pågrepelse som haster og har kort varighet, enn ved varetektsfengsling.

³³ Prop. 135 L (2010–2011) s. 58 flg. og s 171.

³⁴ NOU 2016:24 punkt 14.3.3.2.

³⁵ Den maksimale tiden for frihetsberøvelse ved pågrepelse følger av fristen for å fremstille barnet for varetektsfengsling og er «snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen», jf. straffeprosessloven 183 andre ledd. En varetektsfengsling kan vare i inntil to uker, jf. straffeprosessloven § 185 andre ledd.

3.4 Forholdets alvor, behovet for pågripelsen og varigheten av frihetsberøvelsen

Kravet om en skjerpet interesseovervekt som følger av kriteriene «særlig påkrevd», «siste utvei» og hensynet til barnets beste, kan stille særlige krav til forholdets alvor og til behovet for pågripelsen.

Strafferammekravet etter straffeprosessloven § 171 første ledd («høyere strafferamme på fengsel i 6 måneder») utelukker pågripelse for flere av de mindre alvorlige lovbruddskategoriene.³⁶ Videre påvirker den forventede straffen og faren for oversoning vurderingen av om pågripelsen er forholdsmessig, jf. straffeprosessloven § 170 a. Pågripelse og frihetsberøvelse for forhold som kan medføre frihetsstraff, kan kompenseres gjennom varetektsfradrag, jf. straffeprosessloven § 183. Ettersom det skal svært mye til for at barn idømmes frihetsstraff,³⁷ bortfaller også ofte muligheten for slik kompensasjon. I så fall innebærer pågripelsen en form for oversoning for barnet. Oversoningselementet kan øke inngrepsintensiteten, og dermed være til hinder for at kravet om skjerpet interesseovervekt er oppfylt, eller at hensynet til barnets beste utgjør et grunnleggende hensyn.

Oversoningselementet kan spille en større rolle for forholdsmessighetsvurderingen ved varetektsfengsling av lengre varighet enn ved pågripelse av kortere varighet. Samtidig kan også en pågripelse som innebærer at barnet holdes borte fra omgivelsene sine, for noen timer eller til påfølgende dag, være en stor belastning for barnet. Oversoningselementet og de særskilte kriteriene i straffeprosessloven § 183 og barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b om at pågripelsen skal vare kortest mulig, kan sette begrensninger for frihetsberøvelsen også frem til fremstillingsfristen, jf. straffeprosessloven § 185 («snarest mulig eller senest neste dag»). I

³⁶ Som for eksempel mindre vinningsforbrytelser (jf. blant annet straffeloven §§ 323 og 353) og ordensforbrytelser (jf. straffeloven §§ 156, 181 og 162).

³⁷ Jf. straffeloven § 33. Frihetsstraff forutsetter at slik reaksjon er «særlig påkrevd».

Sivilombudets inspeksjon ved Oslo sentralarrest ble det påpekt at etterforskningsskritt sjelden ble utført på kveldstid, og at barn som ble pågrepet på kvelden, ofte satt i arrest til neste dag, i påvente av at ledig politipersonell kunne utføre nødvendige etterforsknings-skritt.³⁸ En pågrepelse med lengre varighet enn tiden det tar å gjennomføre og administrere bevissikringen, kan bryte med forutsetningen om at tiltaket må ha et «kortest mulig tidsrom», jf. barnekonvensjonen artikkel 37 b,³⁹ og med forpliktelsen om å treffe alle egnede tiltak, som for eksempel å sikre tilstrekkelig personell, for å oppfylle konvensjonsforpliktelsene, jf. barnekonvensjonen artikkel 4.⁴⁰

Ved særlig alvorlige straffesaker, som for eksempel drap eller alvorlige voldssaker, kan barn idømmes frihetsstraff.⁴¹ Dette innebærer lavere fare for oversoning, og dermed lavere inngrepsintensitet. Samtidig kan effektive og tilgjengelige etterforskningsmetoder, som pågrepelse, inngå i statens plikt til å sikre sentrale rettigheter for andre borgere, jf. Grunnloven § 92 og EMK artikkel 2, 3 og 8.⁴² Ved særlig sterke pågripelsesbehov kan det skjerpede interesseovervektskravet og regelen om barnets beste som et grunnleggende hensyn videre anses oppfylt til tross for oversoningsfaren. Dette kan for eksempel gjelde dersom pågripelsen er nødvendig for å sikre bevis som kan være avgjørende for å oppklare en alvorlig straffesak, eller ved pågrepelse i påvente av en institusjonsplassering for å avverge en ny integritetskrenkelse.⁴³

³⁸ Sivilombudets besøksrapport fra inspeksjon i Oslo sentralarrest 11.–12. mai 2021 s. 20.

³⁹ Rt. 2015 s. 948 avsnitt 13 flg, med videre henvisning til Prop. 135 L (2010–2011) punkt 7.4.2.

⁴⁰ Se Generelle kommentarer nr. 24 (2019) avsnitt 88. Se også Havre (2014) s. 366.

⁴¹ Se blant annet Prop. 135 L (2010–2011) punkt 7.5.4. For en forsk avgjørelse om krav til konkret vurdering og begrunnelse av påtalemyndighetens behov se HR-2024-686-U avsnitt 17.

⁴² Se blant annet Kjelby (2023), s. 173 flg.

⁴³ Se blant annet Prop. 135 L (2010–2011) punkt 7.5.4.

4. Innbringelse av barn etter politiloven

4.1 Innbringelsestilfellene

Politiets tjenestehandlinger må skje innenfor rammene av politiloven § 6. Bestemmelsen angir at «sterkere midler» (som innbringelse) ikke kan anvendes uten at «svakere midler antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige» eller «forgjeves har vært forsøkt». Innbringelsen må være nødvendig og forholdsmessig i lys av «situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig». Som ved pågrepelse må også innbringelse av barn være «siste utvei», jf. barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b, og hensynet til barnets beste må utgjøre et grunnleggende hensyn, jf. politiloven § 6 femte ledd og barnekonvensjonen artikkel 3. Samtidig skal politiet anvende nødvendige tiltak for å ivareta borgernes «rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd», jf. politiloven § 1, og for å utføre de lovpålagte oppgavene, jf. politiloven § 2.

Politoloven §§ 8 og 9 gir lovgrunnlag for innbringelse når en person begår en ordensforstyrrelse, unnlater å etterkomme politiets pålegg (politoloven § 8 nr. 1 og 2) eller å oppgi identiteten sin (politoloven § 8 nr. 3), eller ved ordensforstyrrelse som følge av beruselse (politoloven § 9).⁴⁴ Innbringelse på disse rettsgrunnlagene kan dermed anses som frihetsberøvelse på «lovlig måte», jf. barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b.⁴⁵ Innbringelsesgrunnlagene retter seg mot et vidt spekter av ulike samfunns- og sikkerhetsbehov, som å hindre bråk nattestid, avverge personskader eller materielle skader ved en demonstrasjon, masseslagsmål eller gisseltaking eller

⁴⁴ For innholdet i de ulike grunnlagene for innbringelse se blant annet Ragnar L. Auglend og Henry John Mæland, *Politirett*, Gyldendal, 3. utg., 2019, s. 795 flg.

⁴⁵ Politiloven § 8 nr. 4 gir grunnlag for innbringelse av en person som påtreffes ved et mulig åsted for en forbrytelse. Bestemmelsen anses å kunne være i strid med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c, se blant annet Steinar Fredriksen, *Ro, orden og frihet*, Gyldendal, 2015, på s. 465 flg. I så fall oppfyller ikke innbringelsesgrunnlaget lovkravet i barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b.

lignende. Ved fare for alvorlige personskader kan innbringelse være en følge av politiets ansvar for å beskytte liv og privatliv, jf. blant annet EMK artikkel 2 og artikkel 8.⁴⁶ I så fall må hensynet til andres sikkerhet og helse veies mot barnets rett til frihet. Innbringelse av en person som ikke etterkommer politiets pålegg eller oppgir identiteten sin, kan være nødvendig for politiets kontroll og mulighet til å avverge at ordensforstyrrelser eskalerer. I så fall må hensynet til politiets ansvar for alminnelig ro og orden veies mot barnets rett til frihet. Interessene som innbringelsen skal beskytte kan dermed påvirke om interesseovervektskravet er oppfylt. Dersom innbringelsen har direkte betydning for å beskytte andres liv og helse, kan det være større sannsynlighet for at frihetsberøvelsen er «siste utvei», og at barnets beste utgjør et grunnleggende hensyn, enn ved en innbringelse som er begrunnet i alminnelige ordenshensyn.

For noen innbringelsestilfeller fremgår plikten til å så langt som mulig anvende mildere tiltak av instruksverk, jf. blant annet politiinstruksen § 9-1 andre ledd, som gjelder berusede personer med kjent bopel, og som så langt som mulig bør kjøres hjem. Overfor barn kan det gjelde en plikt til å kjøre barnet hjem, jf. politiloven § 13. Så lenge et mildere tiltak enn frihetsberøvelse er tilgjengelig og tilstrekkelig, er innbringelsen utelukket som «siste utvei». For øvrig kan det skjerpede interesseovervektskravet og «barnets beste»-regelen innebære at politiet må omdisponere politiresurser og akseptere at innbringelsesbehovet ikke dekkes fullt ut gjennom mildere tiltak, for eksempel ved bortvisning, jf. politiloven § 7.⁴⁷

⁴⁶ Jf. Kjelby (2023) s. 168, med henvisning til blant annet HR-2017-1679-U.

⁴⁷ Jf. også Havre (2014), s. 363 og s. 366 om barnekonvensjonen art. 4, og at ressurshensyn antakeligvis ikke godtas som begrunnelse for frihetsberøvelse.

4.2 Beslutningskompetanse og saksbehandlingskrav

Beslutningskompetansen for innbringelse ligger hos polititjenestepersonen som påtreffer barnet, jf. politiloven §§ 8 og 9. Politimyndigheten følger av politiloven § 4 jf. § 20. En innbrakt person skal fremstilles for vaktlederen, som avgjør om personen kan settes i arrest eller løslates, jf. politiinstruksen § 9-2 første ledd.

Vurderingen av tjenestebehovet for innbringelsen kan ligge nærmest polititjenestepersonen på stedet og vakt sjefen, som har oversikt over oppgavene som må løses, og ressursene som er tilgjengelige. Personer som frihetsberøves, skal fremstilles for vakt sjef, som skal «etterprøve beslutningen», jf. arrestinstruksen punkt 5.1 første avsnitt, tredje setning.⁴⁸ Dersom forutsetningene for innsettelse i arrest ikke er oppfylt, skal den innbrakte straks løslates, jf. arrestinstruksen punkt 5.1 annet avsnitt andre setning. Reglene sikrer at vakt sjefen vurderer grunnlaget for innbringelsesbeslutninger av barn.

De rettslige vurderingene som følger av kravet om skjerpet interesseovervekt og vektleggingen av hensynet til barnets beste, jf. barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b og artikkel 3 og politiloven § 6 femte ledd, kan være tilsvarende komplekse, ved innbringelse som ved pågrepelse. Vurderingene er videre sentrale for ivaretagelsen av barnets rettigheter. Påtalemyndighetens ansvar og kontroll med at tvangsmidler som pågrepelse anvendes «med riktig lovanvendelse og et forsvarlig skjønn», er blant annet begrunnet i styrken på inngrepet, og at rettsreglene som regulerer pågrepelsen utgjør viktige rettssikkerhetsgarantier.⁴⁹ Selv om de samme hensynene kan gjelde ved innbringelse, er lovbestemmelsene om påtalemyndighetens

⁴⁸ Arrestinstruks RPOD-2023-16 trådte i kraft 1. september 2024, og erstattet tidligere instruks RPOD-2018-11. Se også politiinstruksen § 9-2.

⁴⁹ Jf. Riksadvokatens rundskriv nr. 3/2018 (Kvalitetsrundskrivet) punkt 4.5.2.

ansvar for legalitetskontroll avgrenset til tiltak etter straffeprosessloven.⁵⁰ Belastningen en innbringelse kan ha for et barn, sammenholdt med betydningen som legalitetskontrollen kan ha for at barnets rettigheter ivaretas, kan tilsi at rettsreglene om påtalemyndighetens legalitetskontroll også burde omfatte innbringelse etter politiloven.

Foruten den løpende kontrollen fra vakt sjefen som foretas ved hver frihetsberøvelse, skal det gjennomføres interne og eksterne tilsyn, jf. arrestinstruksens punkt 2.1.2 bokstav d og del 4. Dette kan sikre en langsiktig styrking og kontroll av barnets rettssikkerhet.⁵¹ Styrkingen gjennom etterfølgende kontroll kan likevel ikke avverge at barn innbringes utover rammene som følger av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b og artikkel 3 og politiloven § 6 femte ledd.

Ved innbringelse gjelder det heller ingen tilsvarende skriftlighetskrav som ved pågrepelse, sml. straffeprosessloven § 175. Selv om det skal føres vaktjournal med relevant informasjon om hendelser i tjenesten, jf. politiinstruksens § 7-1, er journalen primært for politiets eget bruk.⁵² Oppføringene inneholder ikke nødvendigvis opplysninger om informasjonsgrunnlaget eller avveiningene til grunn for innbringelsen. Opplysningene som er sentrale for lovligheten av frihetsberøvelsen, er dermed ikke tilgjengelig for barnet på samme måte som en pågripelsesbeslutning. Strengere krav til skriftlighet og begrunnelser kunne ha styrket barnets rett til informasjon og muligheten for å overprøve lovligheten av frihetsberøvelsen,⁵³ jf. barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav c og d, og sikret et godt

⁵⁰ Jf. arrestinstruksens punkt 6.1 andre avsnitt og punkt 2.2 og påtaleinstruksens § 7-5 andre ledd.

⁵¹ Se Kjelby (2023) s. 162, med henvisning til Kvalitetsrundskrivet punkt 4.5.2.

⁵² Jf. politiregisterforskriften § 53-1.

⁵³ Se Kai Spurkland, «Har politiloven gått ut på dato?», *Tidsskrift for strafferett*, 2023, s. 288–307, på s. 304–305.

grunnlag for både intern og ekstern kontroll.⁵⁴ Videre kunne slike krav styrket polititjenestepersonens bevissthet og årvåkenhet om rettighetene og den nødvendige interesseovervekten som må foreligge ved innbringelse av barn, jf. barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b og artikkel 3 og politiloven § 6 femte ledd.⁵⁵

4.3 Sannsynlighetskrav og barnets alder

For inngrep etter politiloven gjelder det ingen krav om sannsynlighetsovervekt som tilsvarer kravet om «skjellig grunn til mistanke» etter straffeprosessloven § 171.⁵⁶ Kravene for inngrep etter politiloven beror på om det er rimelig og konkret grunn til at en alvorlig ordenssituasjon kan oppstå.⁵⁷ Kriteriene gir anvisning på en konkret vurdering av om det foreligger en fare, og om og hvordan faren må avverges.⁵⁸ Sannsynlighetsgraden som følger av disse kriteriene ligger generelt lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁵⁹ Politiet har behov for å kunne gripe inn tilstrekkelig tidlig og med tilstrekkelige midler for å ivareta ordens- og samfunnsoppgavene de har ansvar for. På dette punktet er terskelen lavere for innbringelse enn for pågripelse. Rimelighetsvurderingen beror også på hvor sterkt inngrepet er. Et frihetsberøvende tiltak som innbringelse kan dermed innebære krav om en sterkere sannsynlighetsgrad enn bortvisning etter politiloven § 7. Videre tilsier den skjerpede interesseovervekten som følger av reglene om «siste utvei» og «barnets beste»-regelen, strenge krav til sannsynlighetsgraden.⁶⁰

⁵⁴ Jf. blant annet arrestinstruksen del 4. Se også Kjelby (2023) s. 162.

⁵⁵ Sml. begrunnelsen politiloven § 6 nytt femte ledd i Prop. 45 L (2023–2024) s. 16.

⁵⁶ Politiloven § 8 nr. 2 fastsetter likevel at det må foreligge «skjellig grunn» for å frykte en ordensforstyrrelse. Se Fredriksen (2015) s. 456.

⁵⁷ Jf. politiloven § 6 flg. Se Spurkland (2023) s. 305.

⁵⁸ Se blant annet Fredriksen (2015) s. 402 og Johan Boucht, «Politirettslig fare», *Tidsskrift for strafferett*, 2018, s. 327–347.

⁵⁹ Med unntak for politiloven § 8 nr. 2, se note 55.

⁶⁰ Se Havre (2014) s. 362 med henvisning til *Idalov v. Russland*, GC (2012) avsnitt 133: Statens behov må overstige («outweigh») barnets interesse for fritid.

For innbringelse etter politiloven §§ 8 og 9 gjelder det ingen nedre aldersgrense. Dette innebærer at også barn under 15 år kan innbringes. Belastningen av frihetsberøvelsen kan påvirkes av barnets alder. Alderen kan dermed ha betydning i den alminnelige forholdsmessighetsvurderingen, jf. politiloven § 6 andre ledd, og i vurderingen av om innbringelsen er «siste utvei», og om barnets beste utgjør et grunnleggende hensyn, jf. barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b og artikkel 3 og politiloven § 6 femte ledd. Dette tilsier at det skal mye til for at de yngste barna kan innbringes etter politiloven §§ 8 og 9.

Som ved pågrepelse har den øvre aldersgrensen på 18 år betydning for om innbringelsen må skje innenfor rammene av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b og artikkel 3. Barnets alder kan ofte avklares gjennom identitetsplikten, jf. politiloven 10. Ellers beror aldersvurderingen på en konkret vurdering av personens oppgitte alder og andre tilgjengelige opplysninger. Den lavere sannsynlighetsgraden som følger av rimelighetskravet, kan innebære større rom for tvil om barnets alder ved innbringelse enn ved pågrepelse. En slik forståelse kan støttes av politiets behov for å kunne gripe inn raskt og ofte på bakgrunn av få opplysninger.⁶¹ I begrunnelsen for sannsynlighetsgraden som skulle legges til grunn i vurderingen av barnets alder i avgjørelsen i HR-2017-664-U, ble det blant annet vist til sannsynlighetskravet som gjelder i den underliggende forvaltningssaken.⁶² Dette kan tale for at aldersfastsettelsen ved innbringelser fastsettes etter den samme rimelighetsterskelen som gjelder ved tiltak etter politiloven, og som innebærer lavere sannsynlighetsgrad enn sannsynlighetsovervekt.⁶³ Rimelighetsterskelen innebærer større rom for tvil og tilsvarende

⁶¹ Se Prop. 45 L (2023–2024) punkt 3.4 s. 17.

⁶² Saken gjaldt pågrepelse etter utlendingsloven § 106 c. Den samme sannsynlighetsgraden (sannsynlighetsovervekt) gjaldt i spørsmålet om den pågripnes alder som i forvaltningssaken etter utlendingsloven.

⁶³ Se ovennevnte henvisning til Rt. 2004 s. 887 og Rt. 2012 s. 134.

større risiko for at en mindreårig frihetsberøves utover rammene av barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav b og artikkel 3 og politiloven § 6 femte ledd.⁶⁴ Etter arrestinstruksen punkt 5.9 a om innsettelse i politiarrest skal barnets oppgitte alder legges til grunn med mindre det foreligger klare holdepunkter for at personen er eldre enn 18 år.⁶⁵ FNs barnekomité gir føringer i samme retning.⁶⁶ Hensynet til at barn i minst mulig utstrekning frihetsberøves utover rammene som følger av kravene om «siste utvei» og «barnets beste»-regelen, kan tilsi at en persons oppgitte alder bør tillegges stor vekt i aldersvurderingen ved innbringelse.

5. Avslutning

En frihetsberøvelse kan oppleves like inngripende for et barn som innbringes etter politiloven, som for barn som pågripes etter straffeprosessloven. De grunnleggende kravene om skjerpet interesseovervekt og vektleggingen av hensynet til barnets beste, jf. barnekonvensjonen artikkel 37 og artikkel 3, gjelder likt for begge tiltakene. Det synes likevel som vilkårene og saksbehandlingskravene som gjelder for pågripelse, i større grad kan ivareta barnets behov og rettigheter. Dette gjelder særlig lovkravet om påtalemyndighetens legalitetskontroll.

Ved innbringelse etter politiloven måtte barnets rettigheter og garantier ved saksbehandlingen tidligere leses ut av barnekonvensjonen artikkel 37 og artikkel 3 eller av forskrifts- og instruksverk for politiet. Nå følger «barnets beste»-regelen direkte av politiloven § 6 femte ledd. Dette kan synliggjøre og øke bevisstheten om at regelen gjelder ved alle tjenestehandlinger overfor barn, og slik sikre bedre ivaretagelse av barns rettigheter ved inngripende tiltak

⁶⁴ Jf. også HR-2017-664-U.

⁶⁵ Jf. RPOD-2023-16 pkt. 5.9 a siste strekpunkt under «Ved innsettelse og vurdering av innsettelse».

⁶⁶ Se Generelle kommentarer nr. 24 (2019) avsnitt 33–34.

som innbringelse.

Videre kan innbringelse anvendes overfor barn under 15 år og ved lavere sannsynlighetsgrad enn det som følger av «skjellig grunn»-kravet for pågripelse. Dette kan tilsi et behov for lovbestemte saksbehandlingskrav om blant annet legalitetskontroll og begrunnelseskrav ved innbringelse av barn. «Barnets beste»-regelen og «siste utvei»-kriteriet kan også tilsi at det burde gjelde en nedre aldersgrense for innbringelse av barn.

Ivaretakelsen av barnets behov og sårbarhet beror videre på rettighetene og prosessreglene som gjelder under frihetsberøvelsen, og ved oppfølgingen av barnet etter frihetsberøvelsen. For ivaretakelsen av barnets beste kan forhold som plasseringen av barnet under frihetsberøvelsen, om barnet får ha kontakt med familien eller andre voksne, om barnet får advokatbistand, og hvordan barnet følges opp etter frihetsberøvelsen, ha stor betydning.

Rettskildevekten av Høyesteretts ankeutvalgs ankenektelser i straffesaker

*Magnus Matningsdal,
pensjonert høyesterettsdommer dr. jur.*

1. Innledning

To-instansreformen, som trådte i kraft 1. august 1995, er den viktigste lovreformen innen straffeprosessen etter andre verdenskrig. Mens Høyesterett tidligere hadde vært ankedomstol for dommer avsagt av herreds- og byrettene – med unntak for bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, hvor det var en sterkt begrenset adgang til fornyet behandling i lagmannsretten –, ble lagmannsrettene nå gjort til ankedomstol for dommer avsagt av herreds- og byrettene. Samtidig ble de alvorligste straffesakene, som tidligere hadde blitt behandlet av lagmannsretten som første instans, overført til behandling i tingretten, som nå overtok for herreds- og byrettene.

Denne endringen åpnet for en langt mer omfattende mulighet for overprøving av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Men for å unngå at lagmannsrettene skulle bli neddyngnet i ankesaker, ble det innført en tredeling av sakene: For de alvorligste sakene, saker om forbrytelse som «etter loven kan medføre fengsel i mer enn 6 år» – alminnelig kalt «seksårssakene» –, hadde siktede en ubegrenset rett til ankebehandling, jf. straffeprosessloven § 321 tredje ledd. Ved de

minst alvorlige sakene – bøtesakene mv. – forutsatte derimot ankebehandling at lagmannsretten samtykket i at saken skulle ankebehandles, jf. straffeprosessloven § 321 første ledd. For de øvrige sakene, som i antall utgjør den største kategorien, kan lagmannsretten nekte ankebehandling dersom den finner det «klart at anken ikke vil føre frem», jf. straffeprosessloven § 321 andre ledd. Fra 1. januar 2020 omfatter denne bestemmelsen også de såkalte seksårssakene, idet tredje ledd ble opphevet ved lov 21. juni 2019 nr. 51.

Da lagmannsrettene hadde blitt ankedomstol for tingrettens dommer, ble behovet for overprøving i Høyesterett redusert. Før to-instansreformen fastsatte den dagjeldende straffeprosessloven § 349 første ledd at en anke skulle nektes fremmet «når kjæremålsutvalget enstemmig finner det klart at den ikke vil føre frem». Denne bestemmelsen viste samtidig at dersom dette vilkåret ikke var oppfylt, hadde den ankende krav på ankebehandling i Høyesterett. Ved to-instansreformen ble regelen motsatt, ved at ankebehandling i Høyesterett krevde samtykke av Høyesterets kjæremålsutvalg (nå ankeutvalg), jf. straffeprosessloven § 323. Det er ikke nødvendig å begrunne hvorfor anken ikke blir henvist til ankebehandling i Høyesterett, og konklusjonen er at «[a]nken tillates ikke fremmet».

2. Utviklingen fram mot dagens ordning

Etter straffeprosessloven § 321 fjerde (opprinnelig femte) ledd skal lagmannsrettens nektelse av en anke tas ved beslutning. Dermed kommer straffeprosessloven § 53 til anvendelse. I motsetning til for kjennelser krever ikke loven noen begrunnelse for beslutninger, jf. straffeprosessloven § 52 første ledd. Etter straffeprosessloven § 321 femte (tidligere sjette) ledd kan lagmannsrettens saksbehandling overprøves av Høyesterets kjæremålsutvalg (nå ankeutvalg). Som hovedregel ble det fram til 2008 stilt små krav til beslutningen. Normalt var det tilstrekkelig at lagmannsretten hadde gitt en riktig

omtale av ankegjensstanden og ankegrunnene.

Ved Høyesteretts storkammerkjennelse 19. desember 2008, Rt. 2008 s. 1764, ble norsk rettspraksis med hensyn til lagmannsrettens begrunnelsesplikt ved ankenektelser dramatisk endret, under henvisning til SP¹ artikkel 14 nr. 5, jf. menneskerettsloven § 3. Sentralt i avgjørelsen stod en uttalelse fra FNs menneskerettskomité av 17. juli 2008² der komiteen i en konkret sak, «Restauratørsaken», hadde kommet til at SP artikkel 14 nr. 5 innebar at siktede hadde krav på begrunnelse for ankenektelsen. I storkammerdommen inntatt i Rt. 2008 s. 1764 ble det på denne bakgrunn fastslått at lagmannsrettens ankenektelser måtte inneholde «det som trengs for å vise at det har skjedd en reell overprøving» (avsnitt 104).

Den aktuelle konvensjonsbestemmelsen fastsetter i norsk oversettelse at «[e]nhver som er domfelt for en forbrytelse skal ha rett til å få domfellelsen og straffutmålingen overprøvd av en høyere instans i overensstemmelse med lov». Straks storkammerkjennelsen var avsagt, nedsatte justitarius Schei en intern arbeidsgruppe med mandat å undersøke om den praksis som så langt var fulgt om at anke til Høyesterett alltid krevde samtykke, var forenlig med SP artikkel 14 nr. 5. Arbeidsgruppens konklusjon var at tidligere praksis ikke kunne videreføres, idet den domfelte har ankerett dersom siktede i lagmannsretten er dømt for et forhold som hen var frifunnet for i tingretten. Den nye praksis som bygger på dette standpunktet, ble innledet allerede ved Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse 19. februar 2009 – Rt. 2009 s. 187. I avsnitt 12 uttales det at anken bare kan nektes fremmet «etter en reell overprøving av anken». Og i avsnitt 13 uttales det videre at de krav som i Rt. 2008 s. 1764 ble stilt til lagmannsrettens ankenektelser, gjelder tilsvarende for Høyesteretts ankeutvalg.

Lovgiver fulgte relativt raskt opp den praksis som Høyesterett

¹ FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter.

² Communication No. 1542/2007.

hadde innledet ved denne avgjørelsen. Ved lov 10. desember 2010 nr. 76 ble det i straffeprosessloven § 323 første ledd tilføyd følgende nytt tredje punktum:

Anke fra siktede eller fra påtalemyndigheten til siktedes gunst som gjelder forhold siktede er frifunnet for av tingretten, men domfelt for i lagmannsretten, kan bare nektes fremmet dersom Høyesteretts ankeutvalg finner det klart at anken ikke vil føre frem.

Videre ble det i andre ledd andre punktum fastsatt at «[b]eslutning om å nekte anke fremmet etter første ledd tredje punktum skal være begrunnet».

Etter hvert har det blitt truffet en rekke avgjørelser i saker av denne karakter – altså i saker hvor den domfelte har ankerett. Rettskildevekten av disse avgjørelsene har i praksis fått stor oppmerksomhet. Det er derfor naturlig å se nærmere på hvilken vekt slike avgjørelser har som rettskildefaktor.³

3. Standpunkt om anvendelsesområdet for bestemmelsen

Som første punkt må ankeutvalget avgjøre om den aktuelle saken omfattes av straffeprosessloven § 323 første ledd tredje punktum. Høyesterett har lagt til grunn at hva som regnes som samme «forhold», som utgangspunkt skal avgjøres på samme måte som etter straffeprosessloven § 38 om rettens forhold til tiltalebeslutningen og normalt ikke volder problem.

Høyesteretts ankeutvalgs praksis viser imidlertid at selv om det i henhold til straffeprosessloven § 38 ikke foreligger forskjellige forhold, kan løsningen bli motsatt etter straffeprosessloven § 323 første ledd tredje punktum, slik at det likevel er ankerett. Rt. 2012 s.

³ Generelle drøftelser av rettskildevekten av avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg er foretatt av Skoghøy i *Integritet og ære, Festskrift til Henry John Mæland*, Bergen 2019 s. 675–687 og av Aasbrenn i artikkelen «Hvilken rettskildemessig vekt har en avgjørelse fra Høyesteretts ankeutvalg?», publisert i *Advokatbladet* 28. februar 2024.

1857 er illustrerende for denne praksis. Tiltalen gjaldt her medvirkning til voldtekt til samleie, men i tingretten var tiltalte utelukkende funnet skyldig i kroppskrenkelse. Lagmannsretten fant ham derimot skyldig i medvirkning til voldtekt til samleie – noe som naturlig nok medførte en langt strengere straff. Høyesteretts ankeutvalg kom til at tingrettens nedsubsumering og lagmannsrettens senere domfellelse i relasjon til straffeprosessloven § 38 gjaldt samme forhold. I relasjon til straffeprosessloven § 323 første ledd tredje punktum var det derimot tale om forskjellige forhold, slik at den domfelte hadde ankerett. I den anledning uttales det i avsnitt 22:

... Og når man dessuten tar i betraktning de hensyn som begrunner domfeltes ankerett ved frifinnelse i tingretten og senere domfellelse i lagmannsretten, finner ankeutvalget at § 323 første ledd tredje punktum kommer til anvendelse.

Det foreligger etter hvert flere avgjørelser som bygger på samme standpunkt om at det kan foreligge forskjellige forhold etter straffeprosessloven § 323 selv om løsningen er motsatt etter straffeprosessloven § 38. Disse avgjørelsene har selvsagt prejudikatverdi for anvendelsesområdet av straffeprosessloven § 323 første ledd tredje punktum. I relasjon til straffeprosessloven § 38 har de derimot ingen prejudikatverdi, idet vurderingstemaet er noe forskjellig.⁴

4. Ankeutvalgets begrunnelse om ankens realitet

4.1 Generelt

Anken kan for det første reise lovanvendelses- og saksbehandlings-spørsmål. Da den domfelte har ankerett i disse sakene, må Høyesteretts ankeutvalg gi en begrunnelse for hvorfor anken om disse spørsmålene ikke kan føre fram. Hvis ikke må anken henvises til

⁴ For en mer inngående behandling av dette spørsmålet vises det til Erik Keiserud, Knut Erik Sæther, Morten Holmboe, Hans-Petter Jahre, Magnus Matningsdal og Jarle Golten Smørdaal i Juridika, Straffeprosessloven, Lovkommentar, § 323 note 5.

ankebehandling i Høyesterett.

De begrunnelsene som gis ved slike ankenektelser, har selvsagt rettskildeverdi, men i likhet med andre avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg har de ikke samme vekt som rettskilde som avgjørelser av Høyesterett i avdeling. Det skal altså generelt sett mindre til for å fravike dem.⁵

4.2 Særlig om straffutmålingen

Ofte er det også anket over lagmannsrettens straffutmåling. Når anken da nektes fremmet, oppstår spørsmålet om lagmannsrettens dom dermed får økt vekt som rettskilde.

I mitt mangeårige arbeid i Høyesterett har jeg opplevd en rekke tilfeller hvor både advokater, påtalemyndighet og underordnede domstoler har påberopt seg slike dommer, idet de angivelig har større vekt enn andre lagmannsrettsdommer. Ja, jeg har endatil opplevd at man har vist til lagmannsrettsdommer hvor straffutmålingen ikke engang var påanket – altså hvor det bare forelå anke over lovanvendelsen og/eller saksbehandlingen! Hvordan lagmannsrettens straffutmåling i et slikt tilfelle kan få økt rettskildevekt, har jeg ikke sett noe forsøk på å begrunne.

For rettskildevekten av slike avgjørelser er det viktig å minne om straffeprosessloven § 344, som fastsetter at dersom lovanvendelsen opprettholdes, skal ikke anke domstolen ved begrenset anke endre straffen med mindre den finner at det er et «åpenbart misforhold» mellom den straffbare handlingen og den utmålte straffen. Denne bestemmelsen kommer også til anvendelse ved ankeprøvingen etter § 323 første ledd tredje punktum. I HR-2016-1151-U har således Høyesteretts ankeutvalg uttalt at «spørsmålet om anken klart ikke kan føre frem skal altså besvares ut fra om det er et åpenbart misforhold mellom utmålt straff og den straffbare handling, jf. Rt.

⁵ For en langt grundigere behandling av dette spørsmålet vises det til Skoghøy i *Integritet og ære, Festskrift til Henry John Mæland*, Bergen 2019 s. 675–687.

2015 s. 1492 avsnitt 10» (avsnitt 17). Nærmest unntaksfritt viser ankeutvalget til denne bestemmelsen når anken over straffutmålingen nektes fremmet. Som ett av mange eksempler kan det vises til HR-2023-2417-U avsnitt 20.

Allerede i Rt. 2013 s. 848, hvor jeg for øvrig var rettsformann, ble det i avsnitt 21 gjort et mislykket forsøk på å fjerne den omtalte misforståelsen. Budskapet ble for generelt og noe skjult.

Etter dette tok det mange år før anledningen bød seg på ny. Dette var for øvrig min siste sak som rettsformann. Saken gjaldt en sak hvor en stefar hadde utsatt en stedatter for et alvorlig tilfelle av seksuell handling uten samtykke – jf. straffeloven § 297. Det var lite praksis fra Høyesterett om straffenivået ved overtredelse av dette straffebudet. Derimot forelå det flere lagmannsrettsdommer om bestemmelsen hvor anken var nektet fremmet. Disse stod sentralt i forsvarerens prosedyre – endatil avgjørelser hvor straffutmålingen ikke var påanket. Vi hadde dermed en god foranledning for å uttale oss om betydningen av disse avgjørelsene. I den anledning uttalte førstvoterende i HR-2021-1438-A avsnitt 31:

Ankeutvalgets drøftelse vil i slike tilfeller regelmessig kunne ut i en konklusjon om at det ikke er noe åpenbart misforhold mellom straffen og de straffbare handlingene som tiltalte er funnet skyldig i, jf. straffeprosessloven § 344. Ikke sjelden brukes også formuleringer som «straffen er i alle fall ikke for streng» eller lignende. Slike avgjørelser gir ikke nærmere veiledning for straffenivået i tilsvarende saker. Og de gir selvsagt ikke lagmannsrettens dom større rettskildevekt enn ellers. Dette stiller seg annerledes dersom ankeutvalget unntaksvis kommer til at det er grunnlag for å gi uttrykk for at lagmannsrettens straffutmåling er riktig. I så fall vil avgjørelsen ha samme betydning som andre avgjørelser der utvalget utvetydig tar stilling til et spørsmål i saken.

Etter denne avgjørelsen er det ikke grunnlag for å påberope at straffenivået i de aktuelle lagmannsrettsdommene har større rettskildevekt enn andre lagmannsrettsdommer. Men da jeg ble pensjonist kort tid etter at denne avgjørelsen ble avsagt, har jeg ikke

hatt mulighet til å følge med på i hvilken utstrekning dette avsnittet har blitt oppfattet og etterlevd. Høyesteretts standpunkt er uansett klart. Og etter min mening er ikke avgjørelsen fraveket når førstvoterende i HR-2022-1319-A avsnitt 39 uttaler at «[v]ekten av disse avgjørelsene er imidlertid begrenset, jf. HR-2021-1438-A avsnitt 29 følgende». Dommer Kallerud var førstvoterende i begge sakene, og den ene avgjørelsen han viser til, HR-2016-1149-U, var en sak hvor ankeutvalget hadde uttalt at den straffen lagmannsretten hadde fastsatt, var «i tråd med etablert straffenivå». Det er i samsvar med standpunktet i 2021-saken. Når det gjelder de to andre avgjørelsene som det vises til, HR-2017-994-U og HR-2018-578-U, hvor utvalget hadde uttalt at straffen ikke var for streng, brukes disse avgjørelsene utelukkende for å illustrere at tilsvarende saksforhold minst tilsvarte det nivået som lagmannsretten hadde anvendt i de nevnte sakene – med andre ord at også de hadde «begrenset» veiledning for straffenivået i den aktuelle saken.

I ankeutvalgets begrunnelse for å nekte en straffutmålingsanke fremmet er det ikke uvanlig at utvalget uttaler seg om betydningen av ett eller flere straffutmålingsmomenter. Slike utsagn vil selvsagt kunne ha vekt som rettskildefaktor – og omfattes ikke av det avsnittet som er sitert ovenfor.

Schrödingers katt

–absolutt tvetydighet og det
strafferettslige presisjonskravet

*Truls Ellingsæter, universitetslektor i rettsvitenskap, Universitetet i
Stavanger*

1. Problemstillingen

Utgjør lovkravet i strafferetten en skranke ved en absolutt tvetydig ordlyd, eller skal det for slike tilfeller foretas en presiserende tolkning etter alminnelig juridisk metode? Med «absolutt tvetydig ordlyd» menes at ordlydens kjerne rommer to gjensidig utelukkende tolkningsalternativer, som begge er like nærliggende etter en naturlig språklig forståelse. Lovkravet i strafferetten består av hjemmelskravet, presisjonskravet, tilbakevirkningsforbudet og forbudet mot utvidende tolkning og analogi.¹ Det er presisjonskravet som er aktuelt for oss.

2. Uklar ordlyd og forskjellen mellom flertydighet og vaghet

Betegnelsen «ordlyd» er tvetydig og kan brukes som et synonym for lovtekst i seg selv eller selve forståelsen av lovteksten.² Både flertydighet og vaghet gjør ordlyden uklar. Flertydighet og vaghet kan

¹ Jacobsen, Jørn i Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.) *Juridisk metode og tenkemåte* (2022) s. 531.

² Se Eivind Kolflaath *Ordlyd og resonnement*(2023) s. 39.

opptre samtidig, men for analysens del ser vi bare på tilfeller hvor det enten foreligger flertydighet *eller* vaghet. Lovteksten er enten entydig eller flertydig i seg selv, uavhengig av et konkret faktum, men knyttet til typetilfellet. Et entydig uttrykk har én betydning. Når lovteksten er flertydig, herunder tvetydig, dreier det seg om forholdet mellom *uttrykksdimensjonen* og *betydningsdimensjonen*, hvor samme uttrykk har flere betydninger.³ Lovteksten kan derimot i utgangspunktet ikke være vag i seg selv, uavhengig av faktum. Vaghet dreier seg på sin side om forholdet mellom *betydningsdimensjonen* og *virkelighetsdimensjonen*, der det er en uklar grense for hva som i virkeligheten svarer til betydningen.⁴

Både Tomas Midttun Tobiassen og Eivind Kolflaath slår fast at vaghet ofte er uunngåelig. Kolflaath påpeker også at vaghet ofte er *ønskelig*. Mens Tobiassen påpeker at flertydighet ofte vil være mulig å unngå, påpeker Kolflaath at flertydighet typisk er utilsiktet. Når det gjelder det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, finner likevel ikke Tobiassen grunnlag i rettspraksis for å skille mellom flertydighet og vaghet.⁵ Henrik Skar hevder på sin side at skillet mellom flertydighet og vaghet fremstår som lite veiledende i juridisk sammenheng.⁶ Hvorvidt det generelt er fruktbart å skille mellom de to, lar jeg her ligge.

Når det gjelder det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, foreligger det ikke et absolutt krav til lov som primær rettshjemmel, og klarhetskravet er relativt etter inngrepets art og grad. Man skulle likevel i utgangspunktet tro at skillet mellom absolutt tvetydighet og vaghet har betydning for presisjonskravet under det strafferettslige lovkravet, som er kvalifisert strengere.

³ Ibid, s. 56.

⁴ Ibid.

⁵ Se Tobiassen, Tomas Midttun *Når myndighetene griper inn – En studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis* (2019) s. 100–101 og Kolflaath, Eivind *Ordlyd og resonnement* (2023) s. 62.

⁶ Skar, Henrik. *Skillet mellom flertydighet og vaghet i jussen*. I: Lov og Rett Vol. 62 (2023), s. 682.

3. Generell og konkret eksponering av ordlydens legitimeringsgrunnlag – norm og subsumsjon

Formell lovtekst er den vedtatte normering autorisert av Stortinget etter Grunnloven § 75 bokstav a og §§ 76 til 79. Stortingets, og dermed lovtekstens, demokratiske legitimitet følger av Grunnloven § 49. Tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 er utslag av kravet til forutberegnelighet. Legitimeringsgrunnlagene *autoritet*, *demokratisk legitimitet* og (spesielt) *forutberegnelighet* står i en særstilling ved straff. Straff er det alvorligste myndighetsinngrepet, siden inngrepet har som hensikt å være et onde.

Ved en klar ordlyd er alle lovens legitimeringsgrunnlag godt eksponert. Det er klart hva som er autorativt vedtatt, det er klart hva som har demokratisk forankring, og en klar ordlyd fremmer forutberegneligheten best. Både vaghet og flertydighet gjør ordlyden uklar og påvirker eksponeringen av lovens legitimeringsgrunnlag. Da vaghet knytter seg til et konkret faktum i saken, kan vi si at den konkrete eksponeringen blir svakere. Ved flertydighet, som er uavhengig av et konkret faktum, men som knytter seg til typetilfellet, kan vi si at den generelle eksponeringen blir svakere.

Enhver rettsanvendelse bør skje i to trinn, hvor normen først utpenses, før den anvendes på et konkret tilfelle i subsumsjonsfasen, spesielt i strafferetten. Normeringen av typetilfellet – normformuleringen – må på plass før det tas stilling til det individuelle tilfellet – normanvendelsen.⁷ Ved flertydighet svekkes alle lovens legitimeringsgrunnlag ved at ordlyden er uklar på hva som er autorativt vedtatt, og hva som har demokratisk forankring, og forutberegneligheten svekkes. Ordlyden er i sin kjerne uklar ved flertydighet når det gjelder typetilfellet. Det er altså selve normen som er uklar etter ordlyden. Ved vaghet, derimot, står vi fremdeles

⁷ Se Jussi E. Pedersen og Roger Stelander Magnussen i Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.) Høgberg (2022) s. 703.

overfor en autorativt vedtatt og demokratisk forankret norm i ordlyden, med et entydig uttrykk som i sin kjerne er klar og forutberegnelig. Ved vag ordlyd er det selve den svakere grad av parallellitet mellom et entydig uttrykk og det konkrete faktum som gjør den vag. Når typetilfellet – selve normen – ikke lar seg bestemme på bakgrunn av ordlyden alene, er dette følgelig mer alvorlig enn når det blir usikkert om et individuelt tilfelle rammes av ordlyden, men hvor typetilfellet er klart. Ved et klart typetilfelle får man et varsel om at man i randsonen av et begrep står i fare for å overtre et straffebud. Når derimot typetilfellet ikke lar seg bestemme ut fra ordlyden alene, får man i mindre grad et slikt varsel. Man er mer i villrede om hva som er straffbart. Forutberegneligheten svekkes derfor i større grad ved flertydighet enn ved vaghet, spesielt ved absolutt tvetydighet, hvor to alternative, like naturlige betydninger ikke kan eksistere samtidig.

4. Schrödingers katt og superposisjon ved absolutt tvetydighet

I det berømte tankeeksperimentet kalt *Schrödingers katt* kritiseres et resultat som følger av den kvantefysiske teori om superposisjon i mikroverden, som er kvantemekanisk, som absurd for vår makroverden.⁸ Kort forklart dreier det seg om en katt i en lukket boks med et radioaktivt stoff. Før vi observerer om det radioaktive stoffet har sluppet ut dødelig stråling, vil stoffet, som befinner seg i den kvantemekaniske mikroverden, rent faktisk befinne seg i en såkalt superposisjon, hvor det samtidig både *har* og *ikke har* sluppet ut dødelig stråling. Dette må imidlertid samtidig innebære at katten, som befinner seg i vår makroverden, samtidig er både levende og død forut for observasjonen!

Ifølge den såkalte *many-worlds*-tolkningen er hele universet kvantemekanisk og det observerbare univers bare en bitte liten del av

⁸ Se om Schrödingers katt i *Store norske leksikon*.

en helhet som består av tilnærmet uendelig mange univers.⁹ Når observatøren åpner boksen og observerer katten, er katten faktisk både levende og død: Én versjon av observatøren vil se katten levende, og en annen versjon av observatøren vil se den død, i forskjellige universer.

Ved absolutt tvetydighet er ordlyden i en lovbestemmelse i en tilsvarende superposisjon, som sier at katten er både skyldig og uskyldig samtidig. Dette er ikke optimalt for katten. Katten vil på dette stadiet ikke vite hvilket rettslig univers den befinner seg i. Inne i boksen er ikke andre rettskilder tilgjengelige, og rettskildene vil være forskjellige i forskjellige univers!

5. Superposisjon eller tynn is. Nærmere om forskjellen, men også om visse likheter, mellom superposisjon og vaghet

Den amerikanske høyesterett uttalte i *Conally mot General Construction Co.* (1926) følgende om tvetydighet:

Penal statutes prohibiting the doing of certain things, and providing a punishment for their violation, should not admit of such a double meaning that the citizen may act upon the one conception of its requirements and the courts upon another.¹⁰

Angloamerikansk rett, *common law*, har operert med et såkalt «tynn is»-prinsipp når det gjelder vaghet. I amerikansk høyesteretts dom *Kneller mot DPP* (1973) ble det formulert slik:

Those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they may fall in.¹¹

Johs. Andenæs påpekte at tolkningstilstand på ordlydsnivå må være en tilstrekkelig advarsel, slik at man kan innrette seg og være på den

⁹ Se om *many-worlds interpretation* på Wikipedia.

¹⁰ Her sitert fra Jacobsen, Jørn R.T. *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten* (2009) s. 321.

¹¹ *Ibid.*, s. 322.

«sikre side».¹² Det er da sjelden beskyttelsesverdig å balansere på «lovens grense». Jeg forstår likevel Andenæs slik at han her begrenser seg til vaghet, og dermed randsonen av et begrep – et entydig uttrykk med én betydning –, når han snakker om å balansere på lovens grense og være på den sikre side. En superposisjon medfører derimot at *begge* betydninger havner i ordlydens kjerne og ikke på lovens grense.

I EMDs dom *S.W. mot Storbritannia* sies det at

[a]rticle 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.¹³

Det er likevel bare ved vaghet, som ofte er uunngåelig, at det er nødvendig – og forventet – med gradvise avklaringer i rettspraksis. En superposisjon er på sin side både mulig og ønskelig å unngå. Ved en superposisjon kan katten i boksen ikke forutberegne hva som er essensen av et eventuelt lovbrudd.

Vaghet kan deles i tre kategorier. I den første kategorien finner vi uttrykk som generelt sett for alle fakta vil være så vague at de vil bryte med klarhetskravet. En generell skurkeparagraf som lyder «Jeder Schurke wird bestraft», vil være for vagt for alle fakta.¹⁴

[T]he use of overly vague concepts and criteria in interpreting a legislative provision can render the provision itself incompatible with the requirements of clarity and foreseeability.¹⁵

Rettslige standarder havner i den andre kategorien. Her er bestemmelsen vag for de fleste fakta, men med en rettesnor i en samfunnsnorm på det aktuelle området. I *Frie Aktuell Rapport-*

¹² Johs. Andenæs, Magnus Matningsdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn *Alminnelig strafferett* (2004) s. 116.

¹³ 20116/92.

¹⁴ Baumbach, Trine *Det strafferetlige legalitetsprincipp – hjemmel og fortolkning* (2008) s. 157 med videre henvisninger.

¹⁵ EMDs Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights (30).

dommen ble usladdede bilder av seksuell aktivitet ikke ansett å være «støtende ut fra dagens moral- og rettsoppfatning».¹⁶ Her sier Høyesterett at slike bestemmelser «må tolkes med varsomhet», og at anvendelsen av slike standarder ikke er «uproblematisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnloven § 96».

I den tredje kategorien finnes en klar og entydig kjerne, hvor vaghet skyldes de konkrete fakta. Gradvise avklaringer i rettspraksis må her gå klar av lovkravet etter EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96, også når slik avklaring i rettspraksis ikke forelå på gjernings-tidspunktet. Gradvise avklaringer ville jo ellers ikke vært mulig.

I den tredje kategorien er vaghet å forvente på grunn av gitte fakta og at de fleste uttrykk har en uklar grense. Til sammenlikning er ikke en superposisjon å forvente, snarere tvert imot, og en superposisjon skyldes ikke fakta i seg selv. Andre kategori viser til en skjønnsmessig standard, hvor målestokken er den gjeldende samfunnsnorm. Til sammenlikning viser ikke en superposisjon til en slik standard. Den første kategorien er så vag at man etter ordlyden er i villrede om hva som er rett og galt for alle fakta. Til sammenlikning er man også ved en superposisjon i villrede om hva som er rett og galt etter ordlyden, men katten står riktignok bare overfor to alternativer.

6. EMD synes ikke å ha behandlet tilfeller av superposisjoner

Knut Bergo viser når det gjelder flertydighet og EMK artikkel 7, til EMDs avgjørelser i *Jorgic* og *Vasiliauskas*¹⁷ og siterer fra sistnevnte, som viser til førstnevnte, hvor det var «two possible interpretations» og ble bedømt som tilstrekkelig at den vide tolkningen var «reasonably predictable».¹⁸

¹⁶ Rt. 2005 s. 1628.

¹⁷ 74613/01 og 35343/05.

¹⁸ Knut Bergo, *Rett praksis – lærebok i norsk juridisk metode* (2022) s. 377.

Bergo hevder at

det ikke er tilstrekkelig for frifinnelse at lovbestemmelsen er flertydig – det holder at en rimelig forutsigbar tolkning dekker tilfellet. I det ligger at det ikke kun må være en *mulig* tolkning: Det må nok dreie seg om den mest nærliggende tolkningen av ordlyden, eller i det minste ikke en mindre nærliggende tolkning enn alternativet.¹⁹

Her jeg nesten helt på linje med Bergo, men jeg er ikke enig når han synes å mene at EMK artikkel 7 ikke inneholder en skranke ved en superposisjon.

I de to nevnte dommene var det ikke slik at begge tolkninger fremsto som like naturlige. I *Jorgic* var det spørsmål om tolkningen av «the genocidal ‘intent to destroy’».²⁰ Tyske domstoler hadde i denne saken lagt til grunn det vide tolkningsalternativet «destroying the group in question as a social unit» og ikke det snevre tolkningsalternativet «destroy that group in a physical or biological sense». EMD påpekte at tolkningen må være «consistent with the essence of the offence», og at tolkningen «could reasonably be foreseen». Tyske domstoler hadde i denne saken tolket straffebestemmelsen kontekstuellt ved å se på helheten og på andre alternativer i samme bestemmelse (artikkel 220a § 1), nærmere bestemt alternativ nr. 4, «imposition of measures which are intended to prevent births within the group», og alternativ nr. 5, «forcible transfer of children of the group into another group». Disse alternativene innebar ikke «a physical destruction of living members of the group». Det vide tolkningsalternativet, «destroying the group in question as a social unit», var følgelig «covered by the wording, read in its context» og fremsto derfor ikke som en tolkning som var «unreasonable». Tolkningen var også i harmoni med tolkningen av «Article II of the Genocide Convention» som «article 220 a» hadde inkorporert. Det er også alminnelig å foreta en slik kontekstuell tolkning innen norsk

¹⁹ Ibid, s. 378.

²⁰ 74613/01.

juridisk metode. En kontekstuell tolkning har sin fulle forankring i ordlyden og er derfor i tråd med lovkravet. Den ene tolkningen fremsto kontekstuellet som mer naturlig enn den andre, og ordlyden var altså ikke i en superposisjon.

I *Vasiliauskas* fant EMD at EMK artikkel 7 var brutt: En «political group» var ikke inkludert i definisjonen av «genocide», og det var «not immediately obvious that the ordinary meaning of the terms 'national' or 'ethnic' in the Genocide Convention can be extended to cover partisans». Ordlyden var altså ikke i en superposisjon i denne dommen heller.

7. Katten må kunne forutberegne hvilket univers den vil befinne seg i, men hva sier høyesterettspraksis?

I Haxi-dommen vises det til Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7.²¹ Her beskrives presisjonskravet som «et krav om at straffebudene utformes tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området». Forbudet mot utvidende tolkning beskrives på sin side som «en instruks om at domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker». Lovkravet «utelukker også straff per analogi».

En superposisjon oppfyller ikke «et krav om at straffebudene utformes tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området». En superposisjon sier jo at forholdet er rett og galt samtidig, og gir følgelig ikke nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt. Et valg av et tolkningsalternativ ved en superposisjon innebærer likevel ikke at straff «ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i

²¹ HR-2016-1458-A.

straffebudet dekker», da begge tolkningsalternativene havner i ordlydens kjerne.

I selvvaskingdommen, avsagt 23. februar 2012, ble følgende påpekt:²²

Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven.

En lovgiverintensjon kan ikke sies å komme tydelig til uttrykk i loven ved en superposisjon. Superposisjonen sier ikke hva lovgiverintensjonen er.

En og en halv uke etter selvvaskingdommen kom stedatterdommen (dissens 3–2), avsagt 5. mars 2012, hvor flertallet la til grunn at ordlyden var tvetydig.²³ Domfelte hadde hatt seksuell omgang med sin stedatter da hun var 18 og et halvt år gammel.

Den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt, straffes med fengsel inntil 5 år.

Det springende punkt er om attenårsgrensen bare knytter seg til «noen annen person» eller om den også gjelder for fosterbarn, pleiebarn eller stebarn.

Flertallet la til grunn at Grunnloven § 96 ikke sto i veien for domfellelse:

Som sagt er det ikke spørsmål om å gå utenfor ordlyden i denne saken, men – ut fra alminnelig rettskildebruk – å velge en av to tolkninger som ordlyden gir grunnlag for.

Ordlydens superposisjon påkalte altså etter flertallets syn bare en presiserende tolkning etter alminnelig juridisk metode.

Når ordlyden er i en superposisjon, vil man fremdeles ha en forankring i ordlyden for det tolkningsalternativ man velger. Det er ikke snakk om utvidende tolkning eller analogi. Problemet er at en superposisjon består av to gjensidig utelukkende betydninger: Katten

²² Rt. 2012 s. 313.

²³ Rt. 2012 s. 387.

kan ikke være både død og levende i samme univers.

To saker om mobiltelefonbruk under kjøring ble behandlet i sammenheng av Høyesterett (dissens 3–2).²⁴ I den første saken brukte føreren mobilen mens bilen sto helt stille i en periode under saktegående kø. Motoren var også avskrudd grunnet en automatisk start–stopp-funksjon. I den andre saken brukte føreren mobilen mens bilen hadde stoppet for rødt lys. I mindretallets dissens i den første dommen, som mindretallet også henviste til i den andre dommen, ble det lagt til grunn at ordlyden er tvetydig:

Helt intuitivt er det etter mitt syn mest naturlig å lese «under kjøring» som det å føre en bil som er i bevegelse. Man kjører ikke bilen når den står stille.²⁵

Men jeg er samtidig enig i at det er mulig å forstå «under kjøring» slik at mobilforbudet også gjelder der bilen er en del av trafikkbildet, selv om den står stille en kort periode.²⁶

Bergo mener at mindretallet fant den første, snevre tolkningen mest naturlig, på bakgrunn av mindretallets uttalelse om en «mulig» alternativ tolkning og følgende uttalelse fra mindretallet:

Når ordlyden i straffebudet passer dårlig – som i saken her – må man altså ha støtte i andre rettskilder for at det skal være hjemmel for straff. I vår sak er det sparsomt med slike rettskilder.²⁷

En slik eventuell støtte for det minst naturlige tolkningsalternativet, som ville vært den vide – og ufordelaktige –, ville da med Bergos ord vært en

særnorsk versjon av det materielle lovkravet [EMK artikkel 7], der man [uriktig] ser for seg at klarhet kan følge av andre rettskilder [enn lov og rettspraksis] ('alminnelig juridisk metode'), men hun er tross alt tettere på EMDs vurderingstema.²⁸

²⁴ HR-2020-2019-A og HR-2020-2020-A.

²⁵ HR-2020-2019-A.

²⁶ HR-2020-2020-A.

²⁷ Knut Bergo (2022) s. 389.

²⁸ Ibid, s. 390.

Jeg er enig i at dette ville medført feil metode dersom man valgte den minst naturlige tolkningen, men jeg er ikke enig i at mindretallet fant det første tolkningsalternativet mer naturlig enn det andre. Det første – snevre – alternativet lå etter mindretallets syn nærmere den naturlige språklige forståelsen, «[h]elt intuitivt», altså etter en umiddelbar erkjennelse uten hjelp av refleksjon eller erfaring.²⁹ Kontekstuellet bygger da det andre, videre alternativet på refleksjon og erfaring. Mindretallet erkjenner derfor også at det kan være mulig å forstå «under kjøring» slik at det inkluderer en normal midlertidig stans i et ordinært trafikkbilde.

Bestemmelsen er med andre ord uklar. Det er ikke mulig – ut fra ordlyden – å avgjøre om det er straffbart å bruke mobiltelefon når bilen står stille.

Hvis det ene alternativet utpekte seg som «mest naturlig», ville det vært mer nærliggende å legge til grunn at ordlyden var «relativt klar», som er det flertallet legger til grunn for sin vide forståelse av uttrykket.³⁰ Her forelå det altså etter mindretallets syn en superposisjon, med to uforenelige alternativer som var like nærliggende etter en naturlig språklig forståelse.

Mindretallet mente likevel at superposisjonen eventuelt kunne ha vært presisert av andre rettskildefaktorer enn lov og rettspraksis, men andre rettskildefaktorer enn lov og rettspraksis kan i utgangspunktet ikke medføre at en superposisjon går klar av klarhetskravet etter EMK artikkel 7.

Tolkningen må være «consistent with the essence of the offence», altså i «kernen av forbrytelsen».³¹

Når det gjaldt EMK, sa flertallet i steddatterdommen:

EMK artikkel 7 krever at det på det tidspunktet siktede foretok handlingen som er grunnlag for straffesaken, fantes et lovgrunnlag som gjorde handlingen straffbar. Det beror på en konkret vurdering av

²⁹ NAOB, «intuisjon».

³⁰ HR-2020-2019-A.

³¹ Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske menneskerettighedskonvention, 6. utg., s. 827. Se også ovennevnte 20116/92.

bestemmelsens ordlyd, formål, forarbeider og rettspraksis om det på gjerningstidspunktet var forutsigelig at man risikerte domfellelse for forholdet, jf. Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, side 580 med videre henvisning.

Det samme blir sagt i 6. utg., men det kommer frem av hele kapitlet uttalelsen her står i, at det er vaghet og ikke flertydighet som blir behandlet: Utgangspunktet er at «en forbrytelse skal være tilstrekkelig klart og præcist definert i den relevante lovbestemmelse».³² Dette utgangspunktet er brutt ved en superposisjon, men sjelden ved vaghet:

Artikkel 7 er ikke til hinder for en *gradvis utvikling af rettspraksis* ved domstolenes anvendelse af strafferegler, hvorved indholdet og omfanget af straffebestemmelserne gradvis præciseres. Det er midlertid en betingelse, at resultatet af en sådan gradvis udvikling i retspraksis er i overensstemmelse med kernen i forbrydelsen og med rimelighed kan forutses.

Å velge et tolkningsalternativ ved en superposisjon vil medføre en prinsipiell avklaring av hva uttrykket betyr. Det er lovgiver som skal avklare dette i loven. Det er både mulig og ønskelig at lovgiver unngår en superposisjon, da en superposisjon er en lovteknisk feil.

8. I kjernen av problemet – teknisk svikt og relativitet

Tolkningsresultatet må altså være i kjernen av forbrytelsen, slik at det med rimelighet kan forutses. Rent teknisk er begge tolkningsalternativer ved en superposisjon i kjernen av ordlyden, men når to tolkningsalternativer som er like naturlige, er gjensidig utelukkende, er det bare selve superposisjonen som er i kjernen av ordlyden. Det er på sin side umulig å si at det ene tolkningsalternativet er i kjernen

³² Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske menneskerettighedskonvention*, 6. utg, s. 825; Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske menneskerettighedskonvention*, 6. utg, s. 823–833.

av forbrytelsen, når selve superposisjonen sier at én og samme ting samtidig er forbudt og tillatt. At den tekniske svikten til lovgiver ikke anses som et brudd på presisjonskravet, er i seg selv en teknisk svikt fra Høyesteretts side.

Høyesterettsjustitiarius Øye påpeker at lovkravet er blitt strengere, og viser til Derivat-dommen som startskuddet:

I EMDs praksis er det fremholdt at generelle lovbestemmelser ikke alltid kan være like presise, og at det – for at rettsreglene skal kunne tilpasses samfunnsutviklingen – ofte også er nødvendig å benytte formuleringer som i større eller mindre grad er vage, og hvor det vil oppstå grensespørsmål. For at hjemmelskravet etter EMK artikkel 7 skal være oppfylt, må imidlertid beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen, se storkammerdom 15. november 1996 i saken *Cantoni mot Frankrike* avsnitt 32.³³

Vaghet er altså ikke til å unngå i grensetilfellene, mens det kreves en kjerne av klarhet for «de fleste tilfeller», altså typetilfellet. En superposisjon mangler en slik klarhet for typetilfellet. Normen fremkommer da ikke av ordlyden i seg selv.

Det må likevel påpekes at forutberegnelighet også ved en superposisjon må relativiseres.³⁴

The scope of the concept of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.

This is particularly true in the case of persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation.³⁵

I den første «mobiltelefon under kjøring»-dommen påpekte mindretallet at det dreide seg om «dagligdagse situasjoner som gjelder store

³³ *Lov, sannhet, rett: Norges Høyesterett 200 år*, s. 518; Rt. 2009 s. 780.

³⁴ Fysikere sliter på sin side med å få på plass en felles teori for relativitetsteorien og kvantefysikken.

³⁵ EMDs Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights (32).

delar av befolkningen – uavhengig av alder og bakgrunn». Dette krever større grad av forutberegnelighet enn en superposisjon kan tilby. Videre ble det av både mindretallet og flertallet foretatt en konsekvensorientert tolkning av hvor farlig mobiltelefonbruk i en bil som sto stille i trafikken, var. Mindretallet fant det ikke spesielt farlig sammenliknet med tilsvarende lovlige aktiviteter. Profesjonelle aktører kan på sin side i større grad forventes å både se og ta høyde for en superposisjon, ved å være ekstra påpasselige og eventuelt rådføre seg.

Mindretallet i steddatterdommen, som riktignok ikke fant ordlyden tvetydig, sa følgende:

Seksuell omgang mellom en omsorgsperson og et fosterbarn, pleiebarn eller stebarn som er over atten år, vil nok allment bli oppfattet som moralsk forkastelig. Men det fremstår ikke som opplagt at dette også skal være straffbart når det ikke foreligger en utnyttelse av et avhengighets- eller tillitsforhold.

9. Kattedrap må de fleste tilfeller unngås ved en superposisjon

Ved en superposisjon står spesielt rettssikkerhetsgarantien *forutberegnelighet* i fare. Dette er særlig problematisk på strafferettens område. Loven skal her være den fremste eksponent for forutberegnelighet; det skal autorativt vedtas en norm for hva som er straffbart, og normen skal ha den beste demokratiske forankring i lovs form. Når katten er i en superposisjon, kan den ikke vite hva som er straffbart, før boksen åpnes, og den eventuelt blir forsøkt drept av andre rettskilder. Ved en superposisjon har ikke lovgiver autorativt og demokratisk vedtatt en norm i lovs form for typetilfellet, og lovgiverintensjonen er fraværende på ordlydsnivå. Ved en superposisjon kan da i utgangspunktet ikke Høyesterett velge å drepe katten. Høyesterett mangler demokratisk forankring. Selv om Høyesterett har den høyeste autoritet i konkrete saker, kan i utgangspunktet ikke Høyesterett autorativt vedta at katten må dø,

ved en prinsipiell avgjørelse av et typetilfelle som etter sin ordlyd ikke er avklart av lovgiver i loven grunnet en superposisjon. En superposisjon er en direkte feil fra lovgivers side, som treffer i sentrum for det vern som Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 er ment å gi.

Det er også en fare for at katten ikke ser superposisjonen. Ingen av de to naturlige språklige forståelser vil i utgangspunktet være vage. Ser man bare det fordelaktige tolkningsalternativet, vil ordlyden dermed fremstå som klar i de fleste tilfeller. Man beveger seg da ikke på tynn is. Mindretallet i stedatterdommen mente at ordlyden tilsa at forholdet ikke var straffbart. Mindretallet har fått støtte i teorien.³⁶ Det er ikke katten som bør avkreves å se ordlydens superposisjon forårsaket av slett lovgivningsarbeid, men lovgiver og Høyesterett. Det foreligger også naturligvis en presumsjon fra kattens side om at ordlyden ikke er i en superposisjon. Lovgiver kan – og må – derfor unngå superposisjoner; hvis ikke må Høyesterett i utgangspunktet frifinne.

Ved vaghet, derimot, er katten ofte på tynn is. Det finnes ikke et skilt midt på isen som sier hvor grensen går etter ordlyden. Skiltet står derimot ved vannkanten og lyder: «Fare for tynn is». Og selv om det ikke står «All ferdsel forbudt!», står det tross alt i tillegg: «All ferdsel på eget ansvar».

Et tilsvarende ansvar kan i utgangspunktet ikke katten ha ved en superposisjon av vann i utelukkende fast og utelukkende flytende form samtidig. Det gir lite mening for katten.

Noen katter er likevel mer svømmedyktige enn andre.

³⁶ Se Monsen, Erik *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (2023) s. 145 og Knut Bergo (2022) s. 380.

Forbrukerkjøpsretten europeiseres

*Johan Giertsen, professor i rettsvitenskap,
Universitetet i Bergen*

1. Forbrukerkjøpsretten er direktivstyrt

Direktivene om forbrukerkjøp (2019/771) og forbrukerrettigheter (2011/83) er de grunnleggende europeiske kildene i kontraktsforholdet mellom næringsselegere og forbrukerkjøpere.¹ Begge direktivene er tatt inn i EØS-avtalen.²

Direktivet om forbrukerkjøp ble gjennomført i norsk rett da forbrukerkjøpsloven ble endret i 2023.³ Direktivet gjelder kjøpsrettslige spørsmål som at varen skal være i samsvar med avtalen og kjøperens sanksjoner ved kontraktsbrudd mv. Direktivet avløste det forrige forbrukerkjøpsdirektivet (1999/44), som ble gjennomført da vi fikk forbrukerkjøpsloven av 2002.⁴

Direktivet om forbrukerrettigheter pålegger de næringsdrivende

¹ Tusen takk til førsteamanuensis Roger Stelander Magnussen for instruktive merknader til tidligere utkast til denne artikkelen.

² EU-kilder vil bli sitert på dansk. 2019-direktivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/771 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om salg af varer.

³ Forbrukerkjøpsloven: LOV-2002-06-21-34. Endringen skjedde ved LOV-2023-06-16-60.

⁴ 1999-direktivet: Europa-parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed.

opplysningsplikter, og gir angrerett ved fjernsalg (nett- og telefonhandel mv.) og salg utenfor faste forretningslokaler (dør- og messe-salg mv).⁵ Direktivet avløste de tidligere direktivene om henholdsvis angrerett ved avtaler inngått utenfor det faste forretningsstedet (1985/577) og angrerett og opplysningsplikt ved fjernsalg (1997/7). Direktivet om forbrukerrettigheter gir også det europeiske regelverket om leveringstiden og risikoens overgang i forbrukerkjøp (artikkel 18 og 20).

Forbrukerrettighetsdirektivet gjelder ikke bare i kjøp, men også for tjenester. Kjøp – særlig netthandel både nasjonalt og grense-overskridende – er imidlertid den økonomisk viktigste avtaletypen som omfattes av direktivet. Opplysningsplikten er i norsk rett gjennomført dels i angrerettloven og dels i avtaleloven.⁶ Angreretten er gjennomført i angrerettloven.

EU vedtok i 2019 også et direktiv om digitale ytelser fra næringsdrivende til forbrukere (2019/770), for eksempel nedlasting og strømming.⁷ Dette direktivet er først og fremst gjennomført i den nye digitalytelsesloven,⁸ men forbrukerkjøpsloven vil gjelde for visse digitale ytelser.

Grensen mellom direktivene om forbrukerkjøp og digitale ytelser, og mellom forbrukerkjøps- og digitalytelseslovene, aktualiseres særlig når en digital ytelse er knyttet til et fysisk ting. Varekjøp der en digital ytelse er nødvendig for varens funksjoner dekkes av forbrukerkjøpsdirektivet og -loven (klokker, mobiltelefoner, biler og husholdningsapparater med programvare mv.). Kjøp av et fysisk medium som bare er bærer av en digital ytelse dekkes av

⁵ 2011-direktivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder.

⁶ Angrerettloven: LOV-2014-06-20-27. Avtaleloven: LOV-1918-05-31-4.

⁷ Digitalytelsesdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester.

⁸ LOV-2022-06-17-56.

digitalytelsesdirektivet og -loven (minnepinner mv.).⁹ Sverige og Danmark har gjennomført digitalytelses- og forbrukerkjøpsdirektivene i samme lov, for å unngå å avgrense mellom to nært beslektede regelverk.¹⁰

Tema for min hyllest til kollega Roald knytter seg til fire sider av europeiseringen – markedsintegrasjon og forbrukervern som det doble formålet med direktivene om forbrukerkjøp og forbrukerrettigheter (punkt 2), EU-domstolens prosessuelle aktivitetsplikt som effektiviserer dette doble formålet (punkt 3), forbrukerkjøpsdirektivets krav til varen (punkt 4), forbrukerrettighetsdirektivets opplysningsplikt (punkt 5) og forholdet mellom denne plikten og forbrukerkjøpslovens regler om opplysningssvikt (punkt 6).

2. Dobbel formål – markedsintegrasjon og forbrukervern

Fjernsalgsdirektivet fra 1997 hadde et varsomt formulert formål. Målet var å «tilnærme» medlemsstatenes lovgivning om fjernsalg mellom næringsdrivende og forbrukere (artikkel 1). Forbrukerkjøpsdirektivet fra 1999 hadde også et begrenset ambisjonsnivå. Det skulle «sikre, at der fastsettes et ensartet minimumsniveau for forbrugerbeskyttelse inden for rammerne af det indre marked» (artikkel 1). Begge var minimumsdirektiver. Landene kunne i sine lovverk gi forbrukerne et større vern enn direktivenes minimumskrav.¹¹

⁹ Forbrukerkjøpsloven § 2 første ledd bokstav e og forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 3 nr. 3 jf. fortalen avsnittene 14–16. Se forarbeidene ved gjennomføringen, Prop. 49 LS (2022–2023) s. 9 og s. 26–28 og s. 135.

¹⁰ Begge direktiver er i Sverige gjennomført i konsumentköplagen (forarbeid Regeringens proposition 2021/2022:85 s. 41–44) og i Danmark i købeloven (forarbeid Betænkning nr. 1576 s. 89–90).

¹¹ Fjernsalgsdirektivet (1997/7) artikkel 14: «Medlemsstaterne kan ... vedtage eller bevare strengere bestemmelser ... for at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau.»

Fjernsalgsdirektivet ble opphevet da direktivet om forbrukerrettigheter ble gitt. Formålet med dette direktivet fra 2011 var «ved at opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau at bidrage til et velfungerende indre marked gennem indbyrdes tilnærmelse af visse aspekter af medlemsstaternes love ... om aftaler indgået mellem forbrugere og erhvervsdrivende» (artikkel 1). EU-lovgiveren var nå mer offensiv, særlig ved å peke på markedsintegrasjon som et mål («et velfungerende indre marked»).

Forbrukerkjøpsdirektivet fra 2019 går ytterligere et skritt i retning av integrasjon (artikkel 1). Målet er «et velfungerende indre marked og ... et højt forbrugerbeskyttelsesniveau». Middelet for å nå disse målene er å «fastlægge fælles regler om visse krav til købsaftaler mellem sælgere og forbrugere» (artikkel 1). Fra 2011-direktivets «tilnærmelse» av landenes lovgivning, fremhever 2019-direktivet «fælles» regler som et middel for å oppnå markedsintegrasjon og et høyt nivå for forbrukervernet.

Direktivene om forbrukerrettigheter og forbrukerkjøp fastsatte en totalharmonisering. Landene må ikke «opretholde eller indføre bestemmelser, der fraviger dem, der er fastsat i dette direktiv, herunder strengere eller lempeligere bestemmelser, for at sikre et andet forbrugerbeskyttelsesniveau», med mindre direktivet selv åpner for dette (direktivene 2011/83 og 2019/771 begge artikkel 4).

I fortalene til henholdsvis 2011- og 2019-direktivene ble det pekt på at vekstmulighetene ved grenseoverskridende fjernsalg og e-handel ikke var utnyttet optimalt fordi minimumsharmoniseringen ledet til fragmenterte lovverk, slik at de næringsdrivende måtte undersøke hvert lands regler ved markedsføring i ulike land. Fragmenteringen kunne ifølge EU-lovgiverne føre til høye transaksjonskostnader og skade forbrukernes tillit til slik handel.¹²

Forbrukerkjøpsdirektivet (1999/44) artikkel 8 nr. 2 hadde en tilsvarende bestemmelse.

¹² Direktivene 2011/83 fortalens avsnitt 5–7 og 2019/771 fortalens avsnitt 6–10.

Totalharmoniseringen skal ideelt sett bidra til integrasjonen ved et felleseuropeisk og forutberegnelig regelverk som vil stimulere næringsdrivende og forbrukere til større handel over landegrensene.

3. Prosessuell aktivitetsplikt effektiviserer det doble formålet

EU-domstolen har slått fast at nasjonale domstoler i visse tilfeller skal anvende den europeiske forbrukerretten av eget tiltak, selv om forbrukeren ikke har anført EU-rett.

De fleste avgjørelsene om aktivitetsplikten gjelder direktivet om urimelige standardvilkår (1993/13), men den gjelder etter praksis også kjøp, se EU-domstolen i sak C-32/12 Duarte Hueros. En forbruker krevde heving av et bilkjøp, men vant ikke frem. Den spanske domstolen hadde da av eget tiltak plikt til å vurdere prisavslag etter det daværende forbrukerkjøpsdirektivet (1999/44).

Følges aktivitetsplikten opp nasjonalt, sikres forbrukerne vern på europeisk nivå, og markedet integreres ved bruk av fellesskapsretten. EU-rettens prosessuelle aktivitetsplikt illustrerer derfor det doble interessevernet – markedsintegrasjon og forbrukervern.

Fordi den prosessuelle aktivitetsplikten er etablert ved EU-domstolens tolkning av forbrukerrettslige instrumenter som omfattes av EØS-avtalen, er også norske domstoler folkerettslig bundet til å anvende denne. De fleste tvister mellom forbrukere og næringsdrivende behandles i nemnder, blant annet Forbrukerklageutvalget som dekker kjøp mv. Den prosessuelle aktivitetsplikten må også gjelde nemndene, som – der saksforholdet gjør det relevant – av eget tiltak må ta opp forbrukerens rettsstilling etter for eksempel direktivene om forbrukerrettigheter og forbrukerkjøp.

Den første EU-dommen som slo fast en slik plikt falt i år 2000.¹³ Til tross for at dommen falt fem år før dagens tvistelov ble vedtatt,

¹³ Dom 27. juni 2000 i forente saker C-240–244/98 Océano, særlig avsnitt 28.

ble det verken i loven eller forarbeidene vist til dommen.¹⁴ Denne tausheten kan ha bidratt til at EU-domstolens prosessuelle aktivitetsplikt har spilt en beskjeden rolle i norsk praksis. Det foreligger (pr. oktober 2024) ingen dommer der Høyesterett har anvendt aktivitetsplikten, og heller ingen kjente avgjørelser fra andre domstoler.

4. «Subjektive» og «objektive» krav til varene

Selgerne skulle etter det forrige forbrukerkjøpsdirektivet levere «i overensstemmelse med købsaftalen» (direktiv 1999/44 artikkel 2 nr. 1). Direktivet fastsatte også at dersom visse betingelser var innfridd – at varen var egnet til den bruk «som varer af samme type sædvanligvis anvendes til» eller til en særlig bruk som selgeren hadde akseptert – skulle varen «formodes at være i overensstemmelse med aftalen» (artikkel 2 nr. 2).

Da lovgiveren gjennomførte 1999-direktivet, ble det i forbrukerkjøpsloven § 15 første og andre ledd – slik disse ble vedtatt da loven ble gitt i 2002 – trukket et skille mellom (i) at varene skal være i samsvar med avtalen, og (ii) krav til varen hvis «det ikke følger noe annet av avtalen», blant annet at tingen kunne nyttes til sedvanlig eller særlig bruk som nevnt. Lovens redigering var marginalt forskjellig fra minimumsdirektivet fra 1999, men typisk for norsk kontraktslovgivning. Avtalen var det primære og lovens øvrige regler fravikelige slik at de bare gjaldt hvis avtalen var taus.

Totalharmoniseringsdirektivet fra 2019 utvider området for den felleseuropeiske retten. EU-lovgivernes mål var å gjøre det «klart» hva forbrukerne kan forvente og hva selgerne «er ansvarlig for» hvis varen ikke svarer til «hvad der forventes». Middelet for å nå målet var å «harmonisere reglene for, hvorvidt varene er i overensstemmelse, fuldt ud» (direktiv 2019/771 fortalens avsnitt 25). En slik harmonisering – «fuldt ud» – stiller strammere krav enn 1999-direktivets minimumsharmonisering.

¹⁴ Tvisteloven: LOV-2005-06-17-90.

Direktivet om forbrukerkjøp sier nå at selgerne skal levere i henhold til «subjektive» (artikkel 6) og «objektive» (artikkel 7) krav. Subjektive krav følger av avtalen. Hvis kjøperen har et særlig bruksformål som selgeren har akseptert, er det reelt en del av avtalen, og er derfor plassert blant direktivets subjektive krav.¹⁵ Det objektive beskrives i de norske forarbeidene som krav til varen som normalt må innfris «selv om det ikke er avtalt noe spesielt om det (så langt kravene er relevante for det aktuelle kjøpet)».¹⁶ Dette er ifølge direktivet blant annet at varen skal svare til sitt vanlige bruksformål, og ha holdbarhet som er sedvanlig for varetypen, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente.¹⁷ Den norske lovgiveren har ikke brukt terminologien subjektive og objektive krav, men ellers er direktivet på disse punktene gjennomført i forbrukerkjøpsloven § 15 slik den lyder etter endringen i 2023.

Selgerne skal levere i samsvar med både direktivets subjektive og objektive krav. Det er fulgt opp ved at forbrukerkjøpsloven § 15 første ledd svarer til direktivets (subjektive) krav om samsvar med avtalen når det gjelder varens art, mengde, kvalitet og annet, mens § 15 tredje og fjerde ledd svarer til direktivets øvrige (objektive) krav. Selgerne skal som hovedregel levere i henhold til alle disse bestemmelsene.

Forbrukerkjøpsloven § 15 første ledd innledes nå slik: «Tingen skal være i samsvar med de [subjektive, jf. direktivets artikkel 6] krav til art, mengde, kvalitet, funksjonalitet og andre egenskaper som følger av avtalen. ... », mens andre ledd innledes slik: «Tingen skal også være i samsvar med [de objektive, jf. direktivets artikkel 7] kravene som følger av tredje og fjerde ledd ... ».

Partene har som tidligere avtalefrihet om kravene til ytelsen. Hvis partene ikke har avtalt avvik fra direktivet og loven, skal selgeren levere i henhold til disse kravene. Det blir da ikke påkrevd å skille

¹⁵ Direktiv 2019/771 artikkel 6 bokstav b.

¹⁶ Prop. 49 LS (2022–2023) s. 10.

¹⁷ Direktiv 2019/771 artikkel 7 nr. 1 bokstavene a og d.

mellom det som følger av avtalen (subjektive krav, forbrukerkjøpsloven § 15 første ledd) og annet (objektive krav, forbrukerkjøpsloven § 15 tredje og fjerde ledd). Hvis avtalen styrker forbrukerens stilling sammenlignet med disse alminnelige reglene, vil det heller ikke bli påkrevd å skille mellom avtalen og andre krav i direktivet og loven som vil gjelde på punkter der disse ikke er fraveket til gunst for forbrukeren.

Problemet er så avvik fra direktivet til ugunst for forbrukeren. Direktivet skiller da mellom avtalte (subjektive) og andre krav (objektive) til varene. Avtalen vil definere ytelsen. For spørsmål som (i) ikke er regulert i avtalen, og (ii) er inntatt i direktivets objektive krav i artikkel 7, og (iii) som skal fravikes til ugunst for forbrukeren, må hun eller han gi en forsterket aksept for at avviket skal bli bindende. Kravene er at forbrukeren (1) er «gjort tydelig opmærksom på, at en bestemt egenskap ved varen afveg fra de objektive krav», og (2) «udtrykkeligt og særskilt har accepteret denne afvigelse» (direktiv 2019/771 artikkel 7 nr. 5).

Direktivets vilkår om en forsterket aksept fra forbrukeren for avvik fra objektive krav til salgsgjenstanden er gjennomført i forbrukerkjøpsloven § 15 andre ledd. Verken direktivet eller loven har formkrav, men av bevis hensyn blir skriftlighet trolig det normale. Om forbrukerens forsterkede aksept inntas i avtalen med øvrige avtalevilkår om prisen mv. eller i et særskilt dokument eller muntlig, har rettslig sett ingen betydning så lenge direktivets vilkår er innfridd.

EU-lovgiverne oppnår med dette et felleseuropeisk regelverk om kravene til varene, som blant annet vil gjelde ved forbrukeres nettkjøp over landegrensene. Denne harmoniseringen kan åpne for at foretak og bransjer standardiserer avtaletekster i lys av direktivets krav til varene, også avtaler der selgeren tar spesifiserte forbehold og forbrukeren gir sin forsterkede aksept digitalt, og der forskjellen bare er på hvilket språk avtalen inngås.

5. Næringssejleres opplysningsplikt

Direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83) regulerer de næringsdrivendes opplysningsplikt i kjøp og andre forbrukeravtaler. Direktivet gjelder avtaler mellom næringsdrivende og forbrukere, både standardavtaler og individuelt forhandlede avtaler, bortsett fra avtaletyper som er særskilt unntatt. Det er særlig finansavtaler mfl. der EU har særregulert opplysningsplikten.

Opplysningsplikten i avtaler med angrenerett – fjernsalg og salg utenfor faste forretningslokaler – er inntatt i direktivet om forbrukerrettigheter artikkel 6 (angrenerettloven § 8). Det omfatter blant annet nettkjøp og telefonkjøp (jernsalg) og dørsalg og messesalg (salg utenfor faste forretningslokaler). Opplysningsplikten i avtaler uten angrenerett – typisk kjøp over disk – er inntatt i direktivets artikkel 5 (avtaleloven §§ 38 a og 38 b). Opplysningsplikten i avtaler henholdsvis med og uten angrenerett er i grove trekk likelydende. Opplysningene skal gi forbrukerne et forsvarlig grunnlag for å inngå – eller ikke inngå – avtalen. Informasjonen skal derfor gis på en «klar og forståelig» måte, og før forbrukeren er avtalerettslig bundet.¹⁸

Seljernes opplysningsplikt gjelder varenes «viktigste egenskaper» (direktivets artikkel 5 og 6 begge nr. 1 bokstav a).¹⁹ Hvilke opplysninger som må gis, beror på hva som må til for å gi forbrukeren et forsvarlig beslutningsgrunnlag. Dreier det seg om standardiserte varer (husholdningsmaskiner, møbler, nye biler mv.), er kjerneegenskaper som regel kjent. Informasjonen kan da ofte avgrenses til egenskaper som avviker fra det forbrukerne normalt

¹⁸ Direktiv 2011/83 om forbrukerrettigheter artikkel 5 nr. 1 innledningen: «Inden forbrukeren er bundet af ... en aftale ..., skal den erhvervsdrivende, hvis oplysningerne ikke allerede fremgår af konteksten, orientere forbrukeren på klar og forståelig vis om følgende ... ».

¹⁹ Se forarbeidene ved gjennomføringen av direktiv 2011/83, Prop. 64 L (2013–2014) s. 22 og s. 85 flg.

kan forvente. Opplysningsplikten om varens viktigste egenskaper er gjennomført i angrerettloven § 8 første ledd bokstav a og avtaleloven § 38 b første ledd nr. 1.

Gjelder salget brukte biler eller andre ting med særtrekk, må informasjonen tilpasses det spesielle ved tingen. Selgeren skal dessuten opplyse om prisen, eventuelt prisberegningen hvis prisen ikke kan utregnes på forhånd, samt mulige kostnader til frakt mv. (direktiv 2011/83 artikkel 5 og 6 begge første ledd bokstav c). Opplysningsplikten om prisen er gjennomført i angrerettloven § 8 første ledd bokstav e og avtaleloven § 38 b første ledd nr. 3. Direktivet har videre en kasuistisk oppregning av informasjonsplikter om betaling og levering mv.

For avtaler med angrerett – fjernsalg og avtaler inngått utenfor faste forretningslokaler – fastsetter direktivet om forbrukerrettigheter at opplysningene selgerne har gitt, blant annet om varens viktigste egenskaper, skal inntas i avtalen (artikkel 6 nr. 5).²⁰ Dette er gjennomført i angrerettloven § 11 første ledd (salg utenfor faste forretningslokaler) og § 14 (fjernsalg).²¹

Hvis tingen ikke er i samsvar med forhåndsinformasjonen og dermed avtalen, kan forbrukeren normalt rette krav om for eksempel prisavslag eller heving, bortsett fra ved uvesentlige avvik. Et slikt krav vil i avtaler med angrerett ha særlig betydning etter at angrefristen

²⁰ Direktiv 2011/83 artikkel 6 nr. 5: «De opplysninger, der er omhandlet i stk. 1, udgør en integreret del af aftalen om fjernsalg eller aftalen indgået uden for fast forretningssted og må ikke ændres, medmindre andet udtrykkeligt aftales mellem de kontraherende parter.»

²¹ Angrerettloven § 11 første ledd: «Avtaler inngått utenom faste forretningslokaler skal inneholde opplysningene fastsatt i § 8 første ledd. Opplysningene skal regnes som en del av avtalen og skal ikke endres, med mindre partene uttrykkelig avtaler noe annet. Opplysningene skal være lett leselige og på et enkelt og forståelig språk. Er opplysningene gitt på norsk, skal avtalen utformes på norsk.» Angrerettloven § 14 om fjernsalg er i hovedsak likelydende. Flere andre EU-direktiver i forbrukerretten har samme regel, at den næringsdrivendes forhåndsinformasjon skal inntas i avtalen. Se *Giertsen: Kontrakter* (2019) s. 149–150.

på 14 dager er utløpt (angrerettloven § 21). Dette effektiviserer opplysningsplikten. Et kontraktsbrudd på grunn av manglende samsvar mellom avtalen og tingen er ikke betinget av at selgeren kan bebreides. Forbrukeren kan derfor i disse tilfellene reise krav om kontraktsbrudd uavhengig av om den næringsdrivende var uaktsom da informasjonen ble gitt.

At forhåndsinformasjon etter direktivet om forbrukerrettigheter er en del av avtalen, gjelder bare for avtaler med angrerett. Direktivet artikkel 5 om andre avtaler, typisk over disk, gjennomført i avtaleloven §§ 38 a og 38 b, har ingen slik bestemmelse. Forbrukeren kan da undersøke varen, i motsetning til nettkjøp og telefonkjøp (fjernsalg). Behovet for vern er da mindre. Inngås avtalen utenfor faste forretningslokaler, som dørsalg, har avtalesituasjonen ofte et preg av overrumpling som kan gi forbrukeren det behov for beskyttelse som ligger i at forhåndsinformasjonen er en del av avtalen.

Verken direktivet om forbrukerrettigheter, angrerettloven eller avtaleloven regulerer virkningen av at den næringsdrivende ikke informerte korrekt om ytelsens viktigste egenskaper. Spørsmålet er såvidt vites heller ikke reist i norsk rettspraksis. Forarbeidene til den norske gjennomføringen av direktivet peker her på alminnelig kontraktsrett.²² Reelle hensyn – å effektivisere direktivet – vil tilsi at ikke uvesentlige brudd på direktivets opplysningskrav må sanksjoneres. Det kan gi forbrukeren ulike virkemidler.

For det første kan unnlatt informasjon om for eksempel bruksmåte eller holdbarhet gi forbrukeren en berettiget forventning om at tingen har en bredere bruksmåte eller lengre holdbarhet enn den faktisk har. Forbrukerens brutte forventning kan da etablere en mangel som utgjør et kontraktsbrudd. Et mangelskrav kan bygge på forbrukerkjøpsdirektivet artikkel 7, se blant annet nr. 1 bokstav d om at varen skal «svare til den mengde og have de egenskaber og øvrige

²² Prop. 64 L (2013–2014) s. 95–96.

funktioner, herunder med hensyn til holdbarhet, funksjonalitet, kompatibilitet og sikkerhet, der er sædvanlige for varer af samme type, og som forbrugeren med rimelighet kan forvente» (gjennomført i forbrukerkjøpsloven § 15 tredje ledd bokstav b).

For det andre kan det reise seg spørsmål om ugyldighet etter avtaleloven § 33, særlig ved opplysningssvikt der selgeren var uaktsom slik at det blir uredelig å holde fast ved avtalen. For det tredje kan revisjon på grunn av urimelighet etter avtaleloven § 36 også være aktuelt ved opplysningssvikt. Det er da ikke et vilkår at selgeren kunne bebreides, men det kan ha vekt i vurderingen.

6. Opplysningsplikt – forbrukerrettighetsdirektivet vs. forbrukerkjøpsloven

Forbrukerkjøpsretten har nå to parallelle spor om selgerens plikt til å opplyse om varen. Angrerettloven (telefonkjøp og nettkjøp mv.) og avtaleloven (kjøp over disk) fastsetter i henhold til direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83) plikt til å opplyse om tingens viktigste egenskaper, uavhengig av selgerens kunnskap eller uaktsomhet. Denne plikten gjelder både næringsdrivendes salg av varer og ytelse av tjenester til forbrukere.

Forbrukerkjøpsloven fastsetter at tingen på visse vilkår har en mangel hvis selgeren ikke har gitt relevant informasjon, og var uaktsom. Loven sier også at uriktig informasjon kan være en mangel (forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstavene b og c). Denne lovstrukturen, at mangelfull eller uriktig informasjon om ytelsen på visse vilkår er et kontraktsbrudd, finner vi igjen i flere kontraktslover (avhendingslova §§ 3-7 og 3-8 mfl.). Spørsmålet er så hvordan plikten i avtaleloven og angrerettloven om å opplyse om ytelsens viktigste egenskaper kan kobles med forbrukerkjøpslovens regler om at opplysningssvikt kan lede til en mangel.

For det første vil en opplysningssvikt etter avtale- og angrerettlovene i noen tilfeller bli dekket av forbrukerkjøpsloven. Hvis en

selger gir mangelfull eller uriktig informasjon om tingens viktigste egenskaper, og opplysningssvikten etablerer en mangel etter forbrukerkjøpsloven § 16, kan kjøperen utvilsomt reise et mangelskrav.

Hvis opplysningssvikten etter avtale- eller angrerettlovene ikke dekkes av forbrukerkjøpslovens regler om opplysningssvikt, for eksempel mangelfull informasjon der selgeren ikke var uaktsom – slik at vilkårene i forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd bokstav b ikke er innfridd – kan et mangelskrav bare bygges på avtale- eller angrerettloven. Dette lovverket må da suppleres med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, som i hvert fall for ikke uvesentlige brudd på direktivets opplysningskrav må lede til et kontraktsbrudd.

Forbrukerkjøpsloven viser verken i lovteksten eller forarbeidene til opplysningsplikten i avtaleloven og angrerettloven. En påminnelse burde i det minste vært gitt i forarbeidene. Praktikerne ville da fått et varsel om at lovens § 16 første ledd bokstavene a og b om opplysningssvikt må kobles med opplysningsplikten i direktivet om forbrukerrettigheter som er gjennomført i avtaleloven og angrerettloven. Lovgiveren bør vurdere dette ved neste endring av forbrukerkjøpsloven.

EU's rett til reparasjon i norsk kontekst

– et skritt i retning av et mer bærekraftig forbruk?

*Lana Bubalo, førsteamanuensis i rettsvitenskap,
Universitetet i Stavanger*

1. Innledning

1.1 EU's juridiske rammeverk for bærekraftig forbruk

Europa har ambisjoner om å bli det første klimanøytrale kontinentet innen 2050.¹ Dette innebærer en forpliktelse til å bekjempe klimaendringer både på EU-nivå og i alle medlemsland. For å nå dette målet er det blant annet nødvendig å satse på sirkulær økonomi² og motvirke «bruk og kast»-mentaliteten som årlig innen EU resulterer i 35 millioner tonn avfall og 261 millioner tonn klimagassutslipp.³ Norge er blant de landene i verden med høyest økologisk fotavtrykk,⁴ samtidig som gjenbruksraten ligger på 2,4 prosent,

¹ The European Green Deal - European Commission (europa.eu).

² En sirkulær økonomi innebærer at vi utnytter naturressurser og produkter effektivt og så lenge som mulig i et kretsløp, slik at færrest mulig ressurser går tapt. Sirkulær økonomi – Miljødirektoratet (miljodirektoratet.no).

³ Right to repair: Making repair easier for consumers (europa.eu).

⁴ Økologisk fotavtrykk måler menneskers forbruk av naturressurser gjennom forbruk i snitt i hvert enkelt land (SNL, 2021). Økologiske fotavtrykk | Økologisk (okologisk.no). Se også Nordmenn blant verstingene på globalt klimaavtrykk – NRK

betydelig under det globale gjennomsnittet.⁵

En viktig forutsetning for å oppnå et bærekraftig forbruk er å utvikle og tilpasse det juridiske rammeverket, både på nasjonalt og internasjonalt nivå. Dette vil legge til rette for at hver enkelt person kan ta ansvar for å redusere miljøpåvirkningen og bidra til mer bærekraftig forbruk for å oppnå felles klimamål.

Andre februar 2024 ble EU-rådet og EU-parlamentet enige om innholdet i forslaget til et nytt EU-direktiv (direktiv om felles regler for å fremme reparasjon av varer – reparasjonsdirektivet, direktivet eller R2R-direktivet).⁶ Direktivet tredde i kraft 30. juli 2024, og skal bli gjennomført i medlemslandene i løpet av 24 måneder (senest 31. juli 2026).

Teksten som var ute på høring (det opprinnelige direktivforslaget) har blitt vesentlig endret i det konsoliderte forslaget, og endelig vedtatte direktivteksten. Direktivet har som formål å fastsette felles regler som fremmer reparasjon av varer. Det sikter mot full harmonisering av regelverket i EU, som betyr at medlemsstatene ikke kan opprettholde eller innføre bestemmelser i sin nasjonale lovgivning som avviker fra felles regler. Hensynet bak en slik tilnærming er å styrke det europeiske indre markedet og hindre at det innføres særregler på et rettsområde som begynner å bli veldig komplisert. Samtidig fører dette til innskrenking av medlemsstatenes muligheter til å tilby enda gunstigere løsninger enn dem direktivet legger opp til.

I tillegg til reparasjonsdirektivet,⁷ som er et nytt direktiv på

Urix – Utenriksnyheter og -dokumentarer.

⁵ Norway – Circularity Gap Reporting Initiative (circularity-gap.world).

⁶ Europakommisjonens forslag COM (2023) 155 til nytt direktiv om felles regler for å fremme reparasjon av varer.

⁷ Directive (EU) 2024/1799 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on common rules promoting the repair of goods and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directives (EU) 2019/771 and (EU) 2020/1828 (Text with EEA relevance), OJ L, 2024/1799, 10.7.2024.

forbrukerrettsområdet, har en rekke andre direktiver blitt endret,⁸ eller foreslått endret⁹ med formål om å fremme det grønne skiftet (*European Green Deal*). Dermed er reparasjonsdirektivet bare en del av et omfattende regelverk¹⁰ som samlet skal sikre forbrukerrettigheter og stimulere til bærekraftig produksjon og forbruk innenfor EU. Selv om disse rettsaktene er ment å utfylle hverandre, må det bemerkes at forbrukerlovgivningen i EU er omfattende og utgjør et lappeteppe av direktiver som skaper et uoversiktlig bilde. Dette står i motsetning til et av hovedprinsippene i forbrukerretten: klar og enkelt tilgjengelig informasjon for forbrukere.

1.2 Retten til reparasjon av varer

Retten til reparasjon av varer (*right to repair* eller R2R) innebærer at forbrukerne har rett til å kunne få reparert defekte produkter i stedet for å erstatte dem med nye. Hensikten med denne retten er å forlenge varers levetid og redusere mengden avfall samt spare ressurser som brukes i produksjon av nye varer.

Retten til reparasjon er ikke en ny rettighet. Den eksisterer allerede som en form for avhjelp i forbrukerkjøp i Norge¹¹ og andre

⁸ Regulation (EU) 2024/1781 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 establishing a framework for the setting of *ecodesign* requirements for sustainable products, amending *Directive* (EU) 2020/1828 and Regulation (EU) 2023/1542 and repealing *Directive* 2009/125/EC (Text with EEA relevance), *OJ L*, 2024/178; Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and *Directive* (EU) 2020/1828 (Data Act) (Text with EEA relevance), *OJ L*, 2023/2854.

⁹ Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council on liability for defective products, COM/2022/495.

¹⁰ «The Commission is pursuing the Green Deal objective of sustainable consumption in a comprehensive manner in various initiatives that tackle different aspects of premature disposal on both the supply and demand side.» EU-kommisjonen, *Explanatory memorandum to R2R directive*.

¹¹ Se forbrukerkjøpsloven § 23.

EU-land¹² samt i internasjonal rett.¹³ EU ønsker imidlertid å gjøre reparasjon til den foretrukne løsningen ved å styrke forbrukerrettigheter i perioden etter kjøpet,¹⁴ la forbrukere ta informerte valg og gjøre det enklere å få varer reparert i stedet for å erstatte dem med nye i eller etter utløpet av garantiperioden. Dette innebærer en balansering av individuelle forbrukerinteresser med bredere samfunnsinteresser, som beskyttelse av klima.

Med økt vekt på miljøhensyn i forbrukerkjøpsretten ønsker EU å sette et eksempel også for andre rettssystemer, samtidig som det siktes mot å utvide EU-rettens virkeområde utenfor EUs territorium, ved å innføre krav til alle som tilbyr og selger varer til forbrukere i EU. I direktivets fortale, som dog ikke er bindende, slås det fast at plikten til å reparere gjelder for både produsenter som er etablert i EU, og produsenter som er etablert utenfor EU, i forbindelse med varer solgt til forbrukere i EU, jf. reparasjonsdirektivet avsnitt 15.

Denne artikkelen vil redegjøre for retten til reparasjon av varer og betydningen av bestemmelsene i reparasjonsdirektivet for norsk forbrukerkjøpsrett. Da det forventes at direktivet vil bli inntatt i EØS-avtalen,¹⁵ vil dette føre til behov for visse endringer i norsk

¹² Se for eksempel § 439 i den tyske sivillovboken (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) og § 119 i den spanske forbrukerkjøpsloven (*Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica*).

¹³ Konvensjon om kontrakter for internasjonale løserekjøp (*Convention on International Sales of Goods, CISG*) art. 46 nr. 3.

¹⁴ «The combined effect of the Ecodesign for Sustainable Products Regulation (ESPR) and the Directive on Empowering Consumers for the Green Transition (ECGT) will improve product sustainability and promote sustainable purchases. However, they do not tackle the issues that dissuade consumers from repair in the after-sales phase. This initiative fills that gap focusing on the use phase of goods purchased by consumers. It promotes repair as a remedy in the legal guarantee framework of the Sales of Goods Directive and provides consumers and businesses with new tools that promote repair beyond the legal guarantee.» Se *Explanatory memorandum to proposal*.

¹⁵ EØS-landene støtter felles regler om rett til reparasjon av varer. Se EEA Standing Committee of EFTA states, EEA EFTA Comment on the proposal for a directive on

forbrukerkjøpslov. Spørsmålet som skal drøftes, og forsøkes besvares, i denne artikkelen, er dermed i hvilken grad norsk forbrukerkjøpslov samsvarer med det nylig vedtatte reparasjonsdirektivet, og hvilke regler som eventuelt vil måtte endres. En underproblemstilling er hvorvidt gjennomføring av de nye reglene om rett til reparasjon vil føre til en styrking eller svekkelse av norske forbrukerrettigheter.

Jeg vil først gjøre rede for de viktigste reglene om reparasjon i norsk rett *de lege lata*. Deretter skal jeg analysere reglene om rett til reparasjon i reparasjonsdirektivet, før jeg til slutt ser begge regelverk i sammenheng og prøver å identifisere de bestemmelsene i norsk forbrukerkjøpslov som vil måtte endres for å fremme en mer effektiv rett til reparasjon i henholdt til direktivet. Det har vært mange endringer på dette området i EU det siste året, og artikkelen er sist oppdatert i oktober 2024.

I teksten vil begrepene *retting*, *reparasjon* og *utbedring* brukes om hverandre. Det legges til grunn at disse kan betegnes som synonymer.

2. Norske regler om avhjelp – *de lege lata*

2.1 Rettskildebildet

Når kjøperen er en privatperson, og selgeren er en næringsdrivende, snakker vi om forbrukerkjøp. Forbrukerkjøp reguleres i norsk sammenheng av forbrukerkjøpsloven fra 2002.¹⁶ Tidligere var reglene om forbrukerkjøp en del av kjøpsloven, men av hensyn til forenkling av regelverket og styrking av forbrukervern ble reglene om forbrukerkjøp tatt ut i en egen lov. Da forbrukerkjøpsloven i stor grad viderefører tidligere regler på området, vil forarbeider og praksis knyttet til kjøpsloven imidlertid være relevant også for

common rules promoting the repair of goods, Ref. 23-2624 8 December 2023.

¹⁶ Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).

vurderinger i tilknytning til forbrukerkjøpsloven. Dette er særlig viktig, da rettspraksis om forbrukerkjøp i Norge er begrenset. De fleste saker som gjelder forbrukerkjøp, havner nemlig ikke i retten, siden tvistegjenstanden vanligvis er av forholdsvis lav verdi. Dermed får praksis fra Forbrukerklageutvalget, et spesialisert domstol-lignende organ som avgjør tvister mellom privatpersoner og næringsdrivende, en viss rettskildeverdi, særlig i tilfeller der praksisen er konsistent og langvarig.¹⁷

Lovregler innenfor forbrukerkjøp er sterkt påvirket av EU/EØS-regler. EØS-avtalen forplikter Norge til EU-konform tolkning av lovgivning som gjennomfører EU-rettsakter. EU-domstolen har for eksempel når det gjelder forbrukeravtaledirektivet, fremhevet at nasjonale domstoler «ved anvendelsen af nationale retsforrifter ... [er] forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål».¹⁸ Utsagnet er rettet til domstolene i EU, men gjelder tilsvarende for EØS og er ikke begrenset til forbrukeravtaledirektivet.¹⁹

Miljøhensyn har en viktig plass i norsk rett og er nå inntatt i Grunnloven § 112. Ifølge denne bestemmelsen har enhver rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Videre skal naturens ressurser disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne retten også for etterslekten.

Monsen slår, med henvisning til forarbeider og juridisk teori,²⁰ fast at denne bestemmelsen er mer enn en programmerklæring; den

¹⁷ NOU 1993: 27 s. 106.

¹⁸ Forente saker C-240/98–244/98 (Océano) avsnitt 32.

¹⁹ Johan Giertsen, «Forbrukerretten europeiseres», *Festskrift til Mads Bryde Andersen*, 2018 s. 433.

²⁰ Erik Monsen, «Om miljøhensyn på formuerettens område – særlig om bruken av miljøhensyn i Støvlettdommen i Rt. 2006 s. 179», *Lov og Rett*, vol. 46, nr. 10, 2008, s. 614, med henvisning til Innst. S nr. 207 (1975–76) og Inge Lorange Backer, *Imføring i naturressurs- og miljørett*, 4. utg., Oslo, 2002, s. 54.

skal innarbeides i offentlige myndigheters beslutningsprosesser og utgjøre «viktig moment ved tolkningen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for».²¹ I tillegg skal det ifølge forarbeidene legges særlig vekt på «hensynet til en miljøvennlig praktisering av forbrukerkjøpsloven».²² At miljøhensyn brukes som juridisk argument, betyr at miljømessige konsekvenser tas i betraktning i rettsanvendelsesprosessen.²³ Selv om vektlegging av mer allmenne perspektiv, som miljøhensyn, ikke har vært vanlig på formuerettens område, hvor interesseavveininger tradisjonelt har fokusert på mer snevre partsinteresser,²⁴ eksisterer det altså en hjemmel for dette i selve Grunnloven.

Høyesterett har vurdert miljøhensyn i forbindelse med avhjelp. Rt. 2006 s. 179 (støvlettdommen) gjaldt tolkning av forbrukerkjøpsloven § 29. Høyesterett skulle ta stilling til om kjøperen kunne kreve levering av et nytt par støvletter der hælen hadde falt av seks uker etter kjøpet, eller om selgeren kunne avskjære omleveringskravet ved å tilby retting. Førstvoterende trakk frem at en «utstrakt plikt til omlevering vil innebære at det med loven i hånd etableres en 'bruk og kast'-ordning som det generelt kan være grunn til å ta avstand fra», jf. premiss 38. Han påpeker videre at det er «vanskelig for å se noe nevneverdig innslag av forbrukerbeskyttelse i en regel som skulle gi rett til omlevering i et tilfelle som dette. Slik jeg ser det, vil en retting i tilstrekkelig grad tilgodese forbrukernes interesse», jf. premiss 42.

Selv om denne saken gjaldt varer (sko) som ikke omfattes av reparasjonsdirektivet, kan hensyn som retten her trekker frem, sies å ha betydning for tolkning av adgang til retting i norsk forbrukerkjøp generelt. Dermed har Høyesteretts vurderinger om miljøhensyn overføringsverdi til og betydning for reparasjon av varer som

²¹ Monsen 2008 s. 614, med henvisning til Lunner Pukkverk-dommen i Rt. 1993 s. 528.

²² Innst. O. nr. 69 (2001–2002) s. 19.

²³ Monsen 2008 s. 614.

²⁴ Monsen 2008 s. 614.

omfattes av direktivet

Ut fra redegjørelsen ovenfor kan det konkluderes med at reparasjonsdirektivet samsvarer godt med hensyn og prinsipper fastsatt i norsk grunnlov, rettspraksis, forarbeider og syn uttrykt i juridisk teori.

Forbrukerkjøpsloven ble nylig endret,²⁵ og flere av dens bestemmelser har direkte betydning for retten til reparasjon. Disse vil bli gjennomgått videre i artikkelen.

2.2 Avhjelp

Ifølge forbrukerkjøpsloven har kjøperen rett til å få en vare uten mangler, jf. kravene oppstilt i forbrukerkjøpsloven § 15 tredje ledd.²⁶ Om varen har en mangel, har kjøper rett til å foreta avhjelp. *Avhjelp* er et samlebegrep for rett til reparasjon og rett til omlevering av varer. Dette anses i norsk rett som primære rettigheter, mens retten til prisavslag eller heving dermed er subsidiære beføyelser.²⁷ Det eksisterer følgelig allerede et beføyelseshierarki i norsk rett, der retting og omlevering er favorisert som mindre inngripende for selgeren.

Avhjelp er alternativt formulert i loven, det vil si at forbrukeren

²⁵ Endringene i forbrukerkjøpsloven tredde i kraft i januar 2024.

²⁶ For at varen skal anses å være uten mangel, må den passe for de formål som tilsvarende ting vanligvis brukes til; svare til den mengde og ha de egenskaper og funksjoner, blant annet med hensyn til holdbarhet, funksjonalitet og sikkerhet, som er vanlige for ting av samme type, og som forbrukeren med rimelighet kan forvente ved kjøp av en slik ting; være av samme kvalitet som, og tilsvare beskrivelsen av, en prøve eller modell som selgeren har gjort tilgjengelig for forbrukeren før inngåelsen av avtalen; leveres med relevant tilbehør, slik som innpakning, installasjonsveiledning, bruksanvisning eller annen veiledning, som forbrukeren med rimelighet kan forvente å få; være i samsvar med offentligrettslige krav som stilles i lovgivningen eller offentlig vedtak i medhold av lov på den tid kjøpet inngås, hvis ikke forbrukeren har til hensikt å anvende tingen på en slik måte at kravet er uten betydning.

²⁷ Arnulf Tverberg, *Forbrukerkjøpsloven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk, 2008, s. 407.

står fritt til å velge mellom å få varen reparert eller å få utlevert et tilsvarende produkt, jf. forbrukerkjøpsloven § 16. Hensynet bak valgmuligheten er å kompensere for forbrukerens manglende forhandlingsstyrke.²⁸ Valget er imidlertid ikke helt fritt: Når det er umulig å reparere varen, kan selger ikke pålegges reparasjon. Det samme gjelder om varen ikke lenger produseres, og det ikke finnes tilsvarende ting å omlevere med. *Impossibilum nulla obligatio est* («ingen er forpliktet til å gjøre det umulige») er et viktig prinsipp i obligasjonsretten. Det er imidlertid vanskelig for en forbruker å vite om reparasjon er umulig eller ei, så denne bestemmelsen gir selgeren et visst spillerom for å omgå reparasjonsplikten. For å hindre at bestemmelsen misbrukes i tilfeller hvor det er vanskelig, men ikke umulig å reparere et produkt, burde det i loven vært mer tydelig definert når det kan anses som umulig å reparere en vare. Dette ville sikret hensynet til rettssikkerhet og forutberegnelighet.

I tillegg til tilfeller når det er objektivt umulig å rette mangelen, begrenses forbrukerens valg også når kravet om retting eller omlevering medfører uforholdsmessige kostnader for selgeren, jf. forbrukerkjøpsloven § 29 første ledd.²⁹ Bestemmelsen må dermed forstås slik at forbrukerbeskyttelsen i visse tilfeller må vike av hensyn til selger.³⁰ Ved avgjørelsen av om kostnadene er urimelige, skal det blant annet legges vekt på verdien av en mangelfri vare, mangelens betydning og om den andre beføyelsen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for forbrukeren, jf. § 29 første ledd. Ordet «blant annet» betyr at listen over momenter som det skal legges vekt på i vurderingen, ikke er uttømmende. Begrepet «blant annet» har i endringene av forbrukerkjøpsloven fra 2024 erstattet det tidligere brukte ordet «særlig», som kunne tolkes som at elementene som ramses opp, ikke nødvendigvis må forstås som mer viktige enn andre

²⁸ Erling Eide, *Retting eller omlevering – hva er mest forbrukervennlig?* Lov og Rett, vol. 46, nr. 5, 2007, s. 289.

²⁹ Denne bestemmelsen svarer innholdsmessig fullt ut til kjøpsloven § 34 første ledd.

³⁰ Eide 2007 s. 284.

momenter som kan være relevante, men som loven ikke uttrykkelig nevner.

I den tidligere omtalte stovlettdommen (Rt. 2006 s. 179) var spørsmålet om omlevering av støvletter var å påføre selgeren urimelige kostnader når alternativet var å reparere varen til en brøkdel av prisen. Retten vurderte forholdet mellom kostnadene ved omlevering og retting og kom, under dissens, frem til at kjøpers omleveringskrav var uforholdsmessig, og at kjøperen ikke kunne gjøre krav på omlevering. Dette var blant annet hjemlet i miljøhensyn.

I forbrukerkjøp har selgeren såkalt defensiv avhjelpsrett, det vil si at selgeren kan avskjære kjøperens rett til å kreve prisavslag eller heving ved å tilby retting eller omlevering, jf. forbrukerkjøpsloven § 29 tredje ledd. Til forskjell fra kjøp etter kjøpsloven § 34 kan selgeren i forbrukerkjøp ikke avskjære krav om retting ved å tilby omlevering eller omvendt.

Avhjelp skal skje uten kostnader og «vesentlig ulempe» for forbrukeren, jf. forbrukerkjøpsloven § 30. Hva som utgjør «vesentlig ulempe», må vurderes i hvert enkelt tilfelle. Begrepet kan tolkes som at ulempen må oppfylle en viss terskel for å være relevant, jf. ordet «vesentlig». Ifølge forarbeidene kan forbrukeren når avhjelp ville påføre ham eller henne vesentlig ulempe, på forhånd avvise avhjelp og kreve prisavslag eller heving. Dette gjelder særlig når tingen er av stor betydning for forbrukeren i det daglige. Det vil for eksempel være en vesentlig ulempe om produktet har en sikkerhetsfunksjon (brannalarm, elektronisk lås og lignende). Det at varen må repareres flere ganger, eller at reparasjonene tar lengre tid, kan ikke ifølge forarbeidene anses som vesentlig ulempe.³¹

Et ytterligere lovkrav er at avhjelp må skje innen rimelig tid.

³¹ NOU 1993: 27 s. 131 første spalte: «Vesentlig ulempe kan også foreligge dersom avhjelp tar så lang tid at det oppstår en så langvarig forsinkelse at vilkårene for å heve kjøpet er oppfylt».

Forbrukerklageutvalget legger i sin praksis³² til grunn at reparasjonstid på seks uker ikke kan anses som rimelig tid, selv når forbrukeren får en lånegjenstand. I endringene fra januar 2024 har man gått bort fra forbrukerens rett på å få et erstatningsprodukt når reparasjonen tar mer enn en uke. Tilgang til erstatningsgjenstand er nå bare et ledd i vurderingen av om avhjelp skjer i samsvar med vilkårene i § 30 første ledd første punktum, det vil si kostnadsfritt, uten ulempe og innen rimelig tid. Det at forbrukeren har fått et erstatningsprodukt, skal imidlertid ikke tolkes som at selgeren får adgang til å bruke lengre tid på å reparere varen.

Det presiseres videre i forbrukerkjøpsloven § 30 fjerde ledd at forbrukeren kan avvise ytterligere avhjelp om en mangel viser seg etter retting eller omlevering, med mindre det er rimelig at selgeren får et nytt forsøk. Dette er en endring i loven fra januar 2024; selgeren hadde tidligere rett til to avhjelpsforsøk for samme mangel. Lovens gjeldende ordlyd forutsetter at selger har ett avhjelpsforsøk, og at forbrukeren dersom «samme mangel» oppstår igjen, som hovedregel kan avvise ytterligere avhjelp. Selgeren skal få ett ytterligere forsøk når dette er rimelig, men dette må tolkes som et snevert unntak.

Av hensyn til beskyttelse av forbrukeren har det i praksis knyttet til reglene som gjaldt før 2024, blitt lagt til grunn at terskelen for å tillate flere forsøk enn lovregulert skal være høy. Ekstra avhjelpsforsøk er særlig aktuelt ved mindre mangler på dyre ting, jf. Forbrukerklagenemndas praksis.³³ En slik forståelse bør dermed legges til grunn også ved tolkning av den nye regelen.

Den absolutte reklamasjonsfristen er to år etter at kjøperen overtok tingen. Dette betyr at kravet som utgangspunkt tapes etter to

³² I sak FTU-2008-1177 mente Forbrukerklageutvalget at en reparasjonstid på seks uker var for lenge – selv med låne-PC. I FKU-2018-280 ble utbedring av en mobiltelefon som tok seks uker, ikke ansett å være innen rimelig tid. I FTU-2008-1177 ble det også lagt til grunn at seks uker ikke var innen rimelig tid, selv om forbrukeren fikk en erstatningsgjenstand i utbedringsperioden.

³³ Sak FKU-2019-736.

år selv om mangelen på dette tidspunktet verken er eller burde vært oppdaget, jf. forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd. Om tingen er ment å vare vesentlig lenger enn to år ved vanlig bruk, er fristen fem år, jf. § 27. Hva «vesentlig lenger» betyr, beror på en konkret vurdering. Det fremgår av forarbeidene til forbrukerkjøpsloven § 27 annet ledd³⁴ at vurderingen av hvor lenge en ting er ment å vare, er knyttet opp til vurderingen av hva kjøperen har en berettiget grunn til å forvente ved kjøp av en slik vare. I Rt. 2007 s. 1274 (mobiltelefondommen) slo Høyesterett fast, med henvisning til bransjestandarder, at den normale levetiden for mobiltelefoner er tre til fire år, jf. premiss 33. Dette er informasjon kunden får ved kjøp av varen, og kan ha innvirkning på forventningene til forbrukeren. Ifølge Forbrukerrådet har blant annet biler, båter, små elektriske kjøretøy, hvitevarer, mobiltelefoner og klokker fem års reklamasjonsfrist.³⁵ Dersom det er tvil om hvor lenge varen er ment å vare, bør denne tvilen falle ut til fordel for femårsfristen.³⁶

2.3 Generell rett til reparasjon i norsk rett

EUs nye reparasjonsdirektiv fokuserer på reparasjoner utenfor reparasjonsperioden. Det medfører et spørsmål om hvorvidt man har krav på reparasjon ikke bare når en vare har en mangel, men også når varer har blitt ødelagt som følge av slit og elde eller skader på grunn av skyldløs behandling. Her vil vareprodusentene ha liten interesse for å legge til rette for reparasjon, fordi de ønsker å selge flere nye varer istedenfor å reparere varer som de allerede har fått betalt for.

En slik generell rett til reparasjon eksisterer foreløpig ikke i norsk rett. Forbrukeren har ikke noe krav på å få varen reparert hverken i garantiperioden eller etter utløpet av garantien når forbrukeren kan klandres for skaden. Det foreligger heller ikke lovregulerte incentiver

³⁴ Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 181.

³⁵ Elektronikk – Forbrukerrådet (forbrukerradet.no).

³⁶ Ot.prp. nr. 44 (2001–2002) s. 182.

til dette hverken for forbrukere eller vareprodusenter. For å oppnå målet om å få flere varer reparert kan løsningen være innføring av en generell rett til reparasjon også for varer som er skadet som følge av forbrukerens egen handling. Spørsmålet er hvor lenge denne retten skulle vare, det vil si om den skulle være en begrenset periode, eller om det skulle være opp til forbrukeren selv å bestemme hvor lenge han eller hun ville bruke/reparere varen før den ble erstattet.

Det er lite rettspraksis i Norge som tar opp denne problematikken. HR-2020-1142-A gjaldt import av forfalskede skjermer tenkt for reparasjon av Apple-mobiler. Saksøkte fremhevet at «Apples marknadsposisjon og konkurranse på reservedelsmarknaden er viktig i eit bærekraftperspektiv», jf. avsnitt 39. Ifølge Høyesterett falt dette spørsmålet på siden av saken, da tema var bruk av varemerket på skjermene. Retten har dermed ikke avklart om åpning for konkurranse på reparasjonsmarkedet kunne bidra til mer bærekraftig forbruk.

Etter denne korte oversikten over sentrale norske forbrukerregler som regulerer retting, skal vi videre gjennomgå retten til reparasjon i reparasjonsdirektivet, for så med utgangspunkt i dette å vurdere forholdet til de norske forbrukerkjøpsreglene både *de lege lata* og *de lege ferenda*. Jeg vil deretter forsøke å identifisere hvilke regler som harmonerer med retten til reparasjon, og hvilke som eventuelt må endres.

3. Rett til reparasjon av varer i reparasjonsdirektivet

3.1 Innledning

Reparasjon eller retting innebærer at tingen settes i kontraktsmessig stand.³⁷ Målet er å oppnå en mangelfri vare som forbrukeren kan benytte i henhold til dens formål. Direktivet har som formål å gjøre det enklere å kreve reparasjon. Forbrukere opplever i dag mange hindringer som gjør reparasjoner vanskelige og krevende: manglende informasjon om reparasjoner, høye priser, dårlig tilgjengelighet av reparasjonstjenester, manglende tillit til reparerte varer, tilgang til reservedeler,³⁸ produsenter som hindrer reparasjoner, innbygging av sårbarheter i produkter, osv.

EUs nye reparasjonsdirektiv omfatter bare rett til reparasjon for forbrukerkjøp (B2C-kontrakter). Dette kritiseres som for snevert, da forbrukerkjøp utgjør bare en del av kontrakter som inngås i det moderne samfunn. Om en skal oppnå målet om et bærekraftig samfunn, bør samme regler om rett til reparasjon også utvides til kjøp mellom næringsdrivende (B2B-kontrakter).³⁹

Foreløpig er retten til reparasjon begrenset til ti spesifikke produktkategorier som er oppført i direktivets vedlegg II. Dette inkluderer varer som er mest egnet for reparasjon, blant annet elektronikk, hvitevarer og IT-utstyr.⁴⁰ Flere organisasjoner har

³⁷ Markus Hoel Lie, *Forbrukerkjopsloven. Lovkommentar*, Universitetsforlaget, 2024, § 16. Mangel.

³⁸ Apple er kjent for å begrense tilgang til reparasjonsdeler for sine produkter. Frem til 2022 kunne forbrukere bare reparere Apple-produkter på autoriserte Apple-verksteder. Fra 2022 har Apple åpnet for selvreparasjon, som gir forbrukere muligheten til å kjøpe originale reservedeler direkte fra Apple. Prisen er imidlertid den samme som hos en Apple-autorisert produsent for reparasjon, så en kan ikke snakke om noen reell utvidelse av retten til reparasjon.

³⁹ Feedback of European Law Institute, European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods, 2023, p.18.

⁴⁰ Europakommisjonens forslag COM (2023) 155 til nytt direktiv om felles regler for å

argumentert for behovet for å utvide retten til reparasjon til andre typer produkter,⁴¹ for eksempel sykler og klær, og trekker frem som en svakhet at direktivet begrenses til et fåtall forbrukervarer. Da direktivet i selve teksten åpner for mulighet for slik utvidelse, vil jeg anta at dette er planlagt i nærmere fremtid.⁴²

Direktivet legger ansvaret for reparasjon til produsenten av varen.⁴³ Dette avviker fra reglene i forbrukerkjøpsdirektivet (direktivet om visse aspekter ved avtaler om salg av varer), jf. § 10 første ledd, som legger ansvaret for en vares mangler på selgeren.⁴⁴ Det er uheldig at forbrukerkjøpsretten i EU ikke er harmonisert på tvers, og at ulike regler gjelder i de enkelte direktiver.

Å legge ansvaret for reparasjon på produsentene begrunnes med at produsentene har de beste forutsetninger for å reparere produktet, fordi de har tilgang til reservedeler og kan påvirke produksjonen på en måte som legger til rette for reparasjon i en senere fase. Produsentene kan også oppfylle sin reparasjonsplikt via underleverandører, for eksempel hvis produsenten selv ikke har nødvendig infrastruktur, eller reparasjon kan bli utført av en reparatør nærmere forbrukeren, særlig når produsenten har sete utenfor EU, jf. artikkel 5 paraf. 1. Direktivet tar imidlertid ikke i betraktning miljømessige spørsmål forbundet med reparasjoner, særlig da varene må sendes til

fremme reparasjon av varer, Annex 2, EUR-Lex – 52023PC0155 – EN – EUR-Lex (europa.eu).

⁴¹ Feedback of European Law Institute, European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods, 2023 s. 23. Dette var også foreslått av den europeiske forbrukerorganisasjonen BEUC, se «How to deliver a right to repair to European consumers – BEUC Recommendations for the trilogue negotiations».

⁴² Forbrukerdirektivets fortale avsnitt 17.

⁴³ Art. 5 (1) reparasjonsdirektivet.

⁴⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/771 av 20. mai 2019 om visse aspekter ved avtaler om salg av varer, om endring av forordning (EU) 2017/2394 og direktiv 2009/22/EF, og om oppheving av direktiv 1999/44/EF.

reparasjon, selv om det i fortalen,⁴⁵ som dog ikke er bindende, det oppfordres til reparasjon nærmere forbrukeren.

«Reparatør» defineres i reparasjonsdirektivet som enhver fysisk eller juridisk person som tilbyr en reparasjonstjeneste i kommersielt øyemed, herunder uavhengige leverandører av reparasjonstjenester samt produsenter og selgere som tilbyr reparasjonstjenester.⁴⁶ Produsenten kan ikke nekte reparasjon bare fordi reparasjon tidligere har blitt gjennomført av en annen reparatør.⁴⁷

En forutsetning for utvidelse av retten til reparasjon til uavhengige reparatører er at produsenter er villige til å tilby reservedeler til en rimelig pris samt info om hvordan produktet skal repareres, jf. artikkel 5 punkt 3. Immaterielle rettigheter og forretningshemmeligheter brukes ofte som grunn til å nekte andre reparatører adgang til reservedeler og digitale tilganger til trådløs teknologi. Dermed bør unntak fra og begrensninger i slike rettigheter vurderes for å omgå denne begrensningen og avvikle barrierer som står i veien for reparasjon.⁴⁸

Da direktivet innfører en omfattende reparasjonsplikt for produsenten, vil gjennomføring av dette regelverket kunne gi økte kostnader for enkelte virksomheter i Norge. Det vil også kunne påvirke deres inntekter fra salg av nye produkter og reservedeler. Det kan tenkes at produsenter som en reaksjon på innføring av

⁴⁵ Fortalen til reparasjonsdirektivet punkt 17: «It would be beneficial if the repair could be carried out as close as possible to the consumer to prevent unnecessary shipping costs and emissions. Manufacturers and, where applicable, authorised representatives, importers and distributors, should be able to fulfil their obligation to repair by subcontracting repair, for instance, if they do not have the repair infrastructure or if repair can be carried out by a repairer located closer to the consumer. However, they should remain liable for the obligation to repair.»

⁴⁶ Reparasjonsdirektivet art. 2 nr. 1 punkt 1, som viser til art. 2, punkt (2) av forbrukerkjøpsdirektivet.

⁴⁷ Reparasjonsdirektiv art.5 punkt 7.

⁴⁸ BEUC, Protecting European consumers in the world of connected devices – Position paper, 2021 s. 18.

reparasjonsplikten vil skyve denne kostnaden over på forbrukerne ved å heve prisen på varer. Det bør derfor forsøkes å oppnå en balanse, slik at retten til reparasjon ikke blir en for stor belastning for produsenter, samtidig som man oppnår direktivets formål om at flere varer blir reparert.

3.2 Hvordan skal retten til reparasjon gjennomføres i praksis?

Den sentrale bestemmelsen som regulerer rett til reparasjon i reparasjonsdirektivet, er artikkel 5, som fastlegger produsentens reparasjonsplikt for visse typer varer. Denne plikten gjelder uavhengig av produsentens kontraktrettslige ansvar etter forbrukerkjøpsretten. Dermed vil direktivet gjelde for reparasjoner utenfor garantiperioden, mens direktiv (EU) 2019/771 om visse aspekter av avtaler om salg av varer (forbrukerkjøpsdirektivet) gjelder for reparasjoner i garantiperioden. Den vedtatte bestemmelsen i reparasjonsdirektivet har gått bort fra det opprinnelig tenkte skillet mellom reparasjon *i* og *utenfor* garantiperioden. Forslaget var at produsenter skulle bli pålagt å reparere defekte varer i løpet av garantiperioden hvis det er billigere eller koster det samme som å erstatte produktet.⁴⁹ Direktivet nevner ikke eksplisitt om retten til reparasjon bare gjelder for varer med mangler, eller om det også skal utvides til reparasjon av varer som forbrukeren selv har ødelagt. Jeg mener at dette burde vært uttrykkelig avklart.

Reparasjon vil gjennomføres enten gratis eller til en rimelig pris, og innen rimelig tid fra tidspunktet produsenten kommer i fysisk besittelse av varen.⁵⁰ Direktivet gjør dermed et forsøk på å balansere forbrukerens og produsentenes interesser. Om forbrukeren selv må dekke kostnadene til reparasjon utenfor garantiperioden, vil effekten

⁴⁹ Europakommisjonens forslag COM (2023) 155 til nytt direktiv om felles regler for å fremme reparasjon av varer, art. 12. EUR-Lex - 52023PC0155 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

⁵⁰ Reparasjonsdirektivet art. 5 para 2 (a).

av retten til reparasjon bli svekket, da forbrukeren ikke vil stå i en annen stilling enn i dag – hen kan velge om han ønsker å reparere varen eller kjøpe en ny. Dermed er det viktig at direktivet innfører krav om rimelig pris, som innebærer en begrensning for produsentene og sikter mot å hindre at de kan øke reparasjonsprisen og motvirke reparasjon. Om retten til reparasjon skal fungere i praksis, må det være billigere for forbrukere å reparere enn å kjøpe nytt. Ved å holde prisen nede vil ikke produsenten ha incentiver til å produsere ikke-holdbare produkter og prøve å tjene på hyppige reparasjoner. Dermed er denne løsningen, om forbruker først må betale selv, i tråd med både forbrukerhensyn og miljøhensyn. Bortsett fra en presisering om at reparasjon må gjennomføres innen rimelig tid,⁵¹ inneholder ikke direktivet en frist varen må bli reparert innen. Dette ville etter min mening gitt forbrukeren mer forutberegnelighet og gjort reparasjon enda mer tilgjengelig, da varighet av en reparasjon ofte er en viktig vurdering når bestemmelsen om retting eller omlevering fattes.

Spørsmålet blir hvordan «rimelig pris» og «rimelig tid» skal vurderes, kontrolleres og eventuelle mislighold sanksjoneres, for direktivet inneholder ingen føringer om dette. Ifølge artikkel 11 i direktivet skal medlemsstatene sørge for sanksjonering og implementering av bestemmelsene, så dette vil måtte bli avklart i rettspraksis.

Produsenten må mens reparasjonen pågår, tilby forbruker en lånevare, enten gratis eller til en rimelig pris. I tilfellet der reparasjon ikke er mulig, kan produsenten istedenfor reparasjon tilby forbruker et restaurert eller overhaldt produkt, slik at forbrukeren ikke vil måtte vente på reparasjon, jf. reparasjonsdirektivet artikkel 5 para 2 (c) og (d). Denne løsningen kan bidra til å styrke gjenbruksmarkedet, men vil avhenge av at forbrukere faktisk har tillit til reparerte produkter og er villige til å bytte ut sitt produkt med mangel for en tilsvarende

⁵¹ Reparasjonsdirektivet art. 5 para. 2 (b).

brukt vare. En løsning kunne være å utvide garantiperioden ytterligere for disse varene.

Det vedtatte direktivet inneholder ikke en forlengelse av selve garantiperioden utover to år fastsatt i forbrukerkjøpsdirektivet.⁵² Selv om denne løsningen ble foreslått av flere organisasjoner i høringsrunden,⁵³ kom den ikke med i den endelige teksten. Til tross for at den grunnleggende garantiperioden i forbrukerkjøpsdirektivet ikke ble forlenget, gir reparasjonsdirektivet imidlertid forbrukeren ytterligere tolv måneders garanti for produkter reparert i garantiperioden.⁵⁴

Da forbrukerkjøpsdirektivet, er et minimumharmoniseringsdirektiv, får medlemsstatene mulighet til å ha lengre garantiperioder, noe som er til gunst for forbrukere. Formålet er å styrke forbrukerens tillit til reparerte varer og kompensere for ulempene reparasjonen medfører, samt å beskytte forbrukerne hvis det oppstår nye problemer med de reparerte varene. En annen løsning som ble diskutert, og som kunne gjort reparasjon enda mer attraktivt for forbrukeren, er at reparasjon skulle medføre starten på en ny garantiperiode, samt en utvidelse av garantiperioden i tilfelle produsenten har handlet forsettlig.⁵⁵ Dette ble det imidlertid ikke enighet om, så disse løsningene kom ikke med i den endelige teksten.

Et viktig aspekt av retten til reparasjon er å sikre større tilgang til reservedeler, som vil gjøre reparasjoner mer tilgjengelig og billigere for forbruker. Spørsmålet er dermed om produsentene bør ha mulighet, i henhold til sine immaterielle rettigheter, til selv å

⁵² Forbrukerkjøpsdirektivet art. 10 punkt 1.

⁵³ European Law Institute foreslo for eksempel at forbrukere i det tredje og fjerde året av garantiperioden utelukkende skulle ha rett til reparasjon – som i praksis ville ha beskyttet produsenter mot forbrukerens krav til prisreduksjon og heving. Se *Feedback of European Law Institute, European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods*, 2023 s. 18.

⁵⁴ Art. 16 i reparasjonsdirektivet og forbrukerkjøpsdirektivet art. 10 para. 3.

⁵⁵ Commission Staff Working Document Impact Assessment Report, SWD (2023) 59 final ('IA-Report') s. 41.

bestemme prisen på reservedeler. Høye priser på originaldeler kan ha en avskrekkende effekt på reparasjoner. Det følger av direktivets art. 5 para. 4 at produsenter av reservedeler (for varer listet i direktives vedlegg II) tilby dem til rimelig pris. Det at denne bestemmelsen er begrenset til varene listet i vedlegget, dvs. at den ikke gjelder generelt, svekker dens effektivitet og reduserer dens evne til å beskytte forbrukere i bredere forstand.

En svakhet med direktivet er at den ikke regulerer *tilgang* til reservedeler. Apple har vært sterkt kritisert for en praksis kjent som «parts pairing» eller «serialisering»: Det har ikke vært mulig å ta for eksempel et originalt iPhone 15-batteri fra én telefon og installere det i en annen uten å miste noen funksjoner. Etter kritikken besluttet Apple nylig å endre denne praksisen for visse produkter.⁵⁶ Jeg mener at dette ikke bør være opp til selskapene, men bør reguleres slik at monopolet avskaffes og for å støtte om rett til reparasjon.

I EU-kommisjonens opprinnelige direktivforslag kunne ikke forbruker fritt velge mellom reparasjon og omlevering – reparasjon ble nemlig prioritert. Det kan tenkes at om forbrukeren ble tvunget til å velge reparasjon, ville dette i praksis ført til at flere varer ble reparert, som er i tråd med miljøhensynet. Samtidig ville dette innebære en innskrenking av forbrukerrettighetene. Som det ganske riktig påpekes i høringssvarene, hadde konsekvensen av en slik innskrenking vært at retten til reparasjon ble en *plikt* for forbrukeren.⁵⁷ I den endelige teksten ble det dermed vedtatt at forbrukeren skal ha rett til å velge mellom reparasjon og omlevering, og direktivet tilrettelegger for reparasjon ved å gjøre reparasjon mer gunstig for forbruker. Med andre ord: Selv om forbrukere er

⁵⁶ Apple Reverses Controversial iPhone 15 Repair Policy (forbes.com).

⁵⁷ ELL, European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods, s. 12: «As long as repair is cheaper than replacement, the consumer does not have a right to object to the repair, even if it results in significant inconvenience. Proposal seems to be more about introducing a 'duty to accept' repair rather than a 'right' to repair.».

oppfordret til å reparere, kan de likevel velge omlevering.⁵⁸ EU gikk dermed bort fra prioritering av retting (beføelsehierarki), da reparasjon ikke alltid er den beste løsningen for forbrukere. De skal nemlig ha rett til et velfungerende produkt de har betalt for, istedenfor å være henvist til produsentens nåde.⁵⁹

Vi kan dermed konkludere at direktivforslaget ikke innfører noen drastiske endringer i forhold til gjeldende rettstilstand. Spørsmålet blir dermed om reparasjonsdirektivet i praksis vil ha større innvirkning på antall utførte reparasjoner, da dens bestemmelser heller kan anses som anbefalinger som baseres på produsentens frivillighet, enn som strenge krav.

For å gjøre reparasjonen enklere for forbruker, forutsetter direktivet at det opprettes en nettbasert reparasjonsplattform i hvert EU-land.⁶⁰ Plattformen har til hensikt å koble forbrukere som trenger reparasjoner på sine produkter, med pålitelige tjenesteleverandører og reparatører som er kvalifisert til å utføre jobben. Dermed vil den potensielt også styrke konkurransen mellom reparatørene, hvilket i sin tur vil drive prisen ned og kvaliteten på tjenestene opp. Siden det er forbrukere som vanligvis bærer kostnadene for reparasjon utover garantiperioden, er det ønskelig å skape konkurransedyktige reparasjonspriser. Selv om tanken er god, kritiseres forslaget om reparasjonsplattform som altfor dyrt å administrere, særlig da mye av den samme effekten kan oppnås med en vanlig søkemotor.⁶¹

⁵⁸ Undersøkelser viser at forbrukere foretrekker omlevering og vil vurdere reparasjon bare i tilfeller der reparasjonskostnadene ligger på mellom 30 og 40 prosent av produktverdien. Se Deloitte, *Expert workshop towards increased repair of household EEE*, Brussels, 2017 s. 48–49.

⁵⁹ BEUC, How to deliver a right to repair to European consumers – Recommendations for the trilogue negotiations, BEUC-X-2023-161_Right_to_Repair_BEUC_recommendations_for_the_trilogue_negotiations.pdf s. 2.

⁶⁰ Reparasjonsdirektivet, art. 7.

⁶¹ European Law Institute s. 26.

Ytterligere et problem er at forbrukerkjøp ofte skjer over landegrenser, som gjør nasjonale plattformer lite egnet til å dekke slike tilfeller

I henhold til forslaget til artikkel 4 i det nye reparasjonsdirektivet må reparatører i tillegg gi forbrukere tilgang til et standardisert informasjonsskjema om reparasjonstjenester. Dette skjemaet skal inneholde relevant informasjon om reparasjonstilbudet og må være tilgjengelig for forbrukeren på forespørsel, og gratis, før forbruker og reparatør inngår avtale om reparasjon. Innholdet er regulert i direktivforslaget, jf. artikkel 5 punkt 4. Reparatøren kan ikke uten forbrukerens samtykke endre reparasjonstilbudet slik det fremgår av skjemaet, innen 30 dager etter at det ble formidlet til forbrukeren.⁶² Dette skaper forutberegnelighet, samtidig som tilgangen til reparasjon forenkles.

I tillegg til forslaget om å opprette en reparasjonsplattform pålegges medlemslandene å innføre minst ett tiltak som vil gi insentiver til reparasjon.⁶³ Dette kan eksempelvis være reparasjonskuponger eller skatte- og avgiftslettelser. Fritak for merverdiavgift på reparasjoner og reservedeler vil blant annet kunne gjøre det mer lønnsomt å reparere fremfor å kjøpe nytt, mens fritak for merverdiavgift på utleie kan gjøre det mer lønnsomt å leie fremfor å eie. Forbrukerrådet mener at skatter og avgifter i større grad må tas i bruk for å korrigere markedssvikt og fremme en mer effektiv ressursbruk.⁶⁴

⁶² Art. 4 punkt 5.

⁶³ Art. 9 a punkt 1.

⁶⁴ Høringssvar fra Forbrukerrådet, tilgjengelig på Microsoft Word – Høringssvar fra Forbrukerrådet om rett til reparasjon.docx (forbrukerradet.no). Det grønne skiftet, Forbruker; Har du fått beskjed om at det er billigere å kjøpe nytt enn å reparere? Nå kreves det store endringer (nettavisen.no).

4. Konsekvenser av gjennomføring av retten til reparasjon i norsk rett

Reparasjonsdirektivet er foreslått som et fullharmoniseringsdirektiv, jf. artikkel 3 reparasjonsdirektivet. Det betyr at det ikke er adgang til å opprettholde eller innføre regler i nasjonal rett som fraviker regler i direktivforslaget. EU begrunner valget om fullharmonisering med at det er viktig for å sikre det samme nivået for forbrukervern på tvers av det indre marked, og med behovet for forutberegnelighet for både forbrukere og bedrifter. I sitt hørings svar til direktivforslaget uttrykte Advokatforeningen at forslagene ville føre til en svekkelse av forbrukerrettigheter i Norge, blant annet fordi norske forbrukere allerede er godt beskyttet – over minimumsstandardene i Europa.⁶⁵ Det hadde dermed vært bedre om direktivet var et minimumsharmoniseringsdirektiv, noe som ville gitt Norge mer rom til å innføre egne regler som overstiger den beskyttelsen som er lagt til grunn i EU. Vi er enig i at et minimumsharmoniseringsdirektiv hadde gitt medlemsstatene mer fleksibilitet og mulighet til å innføre gunstigere regler som ville fremme reparasjon, og som var tilpasset det høyere nivået av miljøbevissthet i det enkelte land.

Norsk rett oppstiller ikke i dag en generell reparasjonsplikt for produsenter av forbrukervarer uavhengig av produsentens kontraktsrettslige ansvar etter forbrukerlovgivningen. Dermed styrker direktivet forbrukerrettigheter i den forstand at reparasjon utvides til å gjelde også for produsenter som ikke står i et kontraktsforhold til forbruker, og etter at garantifristen har gått ut.

EU har som nevnt gått bort fra stadfesting av en to års garantifrist. Dermed vil forslaget etter vår oppfatning ikke innebære vesentlige forskjeller sammenlignet med dagens tilstand. Medlemsstatene beholder muligheten til å beholde eller innføre lengre garanti-perioder enn det som er lagt til grunn i forbrukerkjøpsdirektivet,

⁶⁵ Hørings svar fra Advokatforeningen, Forslag til direktiv om rett til reparasjon av varer.

som er et minimumsharmoniseringsdirektiv. I Norge har man valgt å gjøre dette ved å innføre en femårsfrist for varer som er ment å vare lenger, i tillegg til den ordinære toårsfristen. I tillegg har EU valgt å gå bort fra prioritering av reparasjon, som også samsvarer med de gjeldende reglene i norsk rett.

Direktivforslaget legger til grunn at ansvaret for reparasjon utenfor kontakt legges på produsenten. Dette vil muligens gjøre det lettere å kreve reparasjon, da produsentene i Norge i stor grad allerede tilbyr reparasjonstjenester. Innføring av et produsentansvar vil heller ikke være helt nytt for Norge.⁶⁶ Det eksisterer nemlig et produsentansvar for elektronikk og elektroniske produkter i avfallsforskriften kapittel 1, som innebærer at produsenten eller importøren som setter en vare på markedet, er ansvarlig for å finansiere returordningen gjennom et miljøgebyr (prinsippet om at forurenser betaler). Denne regelen kan brukes som et erfaringsgrunnlag ved gjennomføring produsentenes av retten til reparasjon.

Definisjonen av «reparatør» i direktivforslaget, som enhver fysisk eller juridisk person som tilbyr en reparasjonstjeneste i kommersielt øyemed, har blitt kritisert i de norske høringsvarene til direktivforslaget. Det ble av flere høringsinstanser påpekt at denne definisjonen ikke samsvarer med gjeldende norsk rett, da det i Norge stilles krav om en kvalifisert person med fagbrev for å gjennomføre reparasjoner på for eksempel elektroniske produkter.⁶⁷ Norge stiller dermed strengere krav til reparatører enn det direktivet legger opp til. Krav om fagbrev kan ses som et krav som er til gunst for forbrukerne, da kvaliteten på reparasjonen sikres, selv om konkurransen innskrenkes. Om reparasjon skal være en foretrukket beføyelse, er det essensielt å opprettholde kvalitet og tillit til reparasjonstjenester. Dermed kan det konkluderes med at den

⁶⁶ Høringssvar fra Advokatforeningen, Forslag til direktiv om rett til reparasjon av varer | Advokatforeningen.

⁶⁷ Se høringssvar fra Miele AS og Stiftelsen Elektronikkbransjen, Høring – forslag til direktiv om rett til reparasjon av varer – regjeringen.no.

norske løsningen ivaretar forbrukerinteresser, men er i strid med hensynet til mer tilgjengelig og konkurransepreget reparasjon.

I norske forbrukerkjøp har selgeren såkalt defensiv avhjelpsrett, det vil si at selgeren kan avskjære kjøperens rett til å kreve prisavslag eller heving ved å tilby retting eller omlevering, jf. Forbrukerkjøpsloven § 29 tredje ledd. Dette er i tråd med reparasjonsdirektivet, da retting prioriteres fremfor heving og prisavslag. Til forskjell fra kjøpsloven § 34 kan selgeren i forbrukerkjøp ikke avskjære krav om retting ved å tilby omlevering eller omvendt. For at lovgiver skal signalisere at retting er en foretrukket beføyelse, bør man vurdere å innføre en lignende løsning i forbrukerkjøpsretten som i kjøpsloven – at selger kan avskjære krav om omlevering ved å tilby retting.

I loven om endringer av forbrukerkjøpsloven fra januar 2024 ble selgerens adgang til å rette mangler i norsk rett innskrenket fra tidligere to til ett forsøk. Ifølge den endrede regelen skal forbruker kunne avvise ytterligere avhjelpstilbud om produktet fortsatt har en mangel etter at avhjelp er forsøkt, med mindre det er rimelig at selgeren får et nytt forsøk, jf. § 30 fjerde ledd.

Selv om den nevnte regelen gjelder både retting og omlevering, skjer det ikke så ofte at et nytt produkt som er omlevert, fortsatt er mangelfullt. Denne bestemmelsen blir dermed mer relevant for retting enn for omlevering. Ordlyden kan tolkes slik at forbruker kan kreve sekundære beføyelser – prisavslag og heving – dersom det første forsøket på retting ikke fører frem. Innskrenkningen fra to til ett forsøk kan dermed ikke sies å være i tråd med direktivets formål og miljøhensyn og vil måtte endres ved gjennomføring av direktivet i norsk rett. En løsning hadde vært å innskrenke omleveringsadgang i norsk rett ved å regulere at forsøk skal kunne kreves så mange ganger som forbruker ønsker det, frem til varen er utbedret. Miljøhensyn kunne eventuelt uttrykkelig angis i forbrukerkjøpsloven § 29.

Som nevnt inneholder direktivet en plikt for produsenten til å gjøre tilgjengelig et låneprodukt i løpet av reparasjonsperioden.

Dette er viktig for at forbruker skal akseptere reparasjoner. Dette skal i tillegg være et gratis tilbud. I Norge har man imidlertid gått bort fra dette, og forbrukeren har ikke lenger et krav på et låneprodukt. Ved gjennomføringen av reparasjonsdirektivet i norsk rett vil man dermed måtte gå tilbake til løsningen som eksisterte før lovendringene av 2024.

I tillegg skal avhjelp innenfor garantiperioden i Norge skje uten kostnad. I direktivet fastsettes det at reparasjon som skjer innenfor garantiperioden, kan gjennomføres enten *gratis* eller mot *et rimelig vederlag*. Dette kan tolkes som at direktivet innfører en regel som er mindre gunstig for forbruker enn reparasjon som skjer innenfor garantiperioden. Vi kan forvente at produsentene i de fleste tilfeller vil kreve betaling for å dekke kostnadene forbundet med den pålagte plikten til reparasjon, siden loven åpner for det.

En annen bestemmelse som er tatt inn i direktivet, men ikke i norsk rett, er muligheten for en produsent til å oppfylle sin forpliktelse overfor forbruker ved å levere et ettersett produkt som oppfyller kontraktens formål. Denne beføyelsen vil dermed være en ny måte for produsenter å oppfylle sin forpliktelse på i norsk rett og vil bidra til å styrke det nasjonale gjenbruksmarkedet.

I Norge eksisterer det i dag ikke en spesialisert, offentlig drevet digital plattform som kobler forbrukere med reparatører. Staten vil måtte opprette og drifte denne plattformen for å legge til rette for at forbrukere kan finne kvalifiserte reparatører til en konkurransedyktig pris. I tillegg vil en måtte innføre et standardisert reparasjonsskjema i henhold til artikkel 4 i forslaget og en plikt til å informere kunder om reparasjonsplikten etter artikkel 5. Dette vil være helt nye bestemmelser i norsk kontekst, som vil innebære en viss kostnad for samfunnet.

Den norske forbrukerkjøpsloven samsvarer med reparasjonsdirektivet i den forstand at om retting er umulig å gjennomføre, kan man ikke pålegge selger/produsent reparasjon. Etter norsk rett kan selger avvise retting om det vil påføre ham eller henne

uforholdsmessig store kostnader. Denne delen av bestemmelsen er ikke i tråd med den ønskede utvidelsen av tilgang til reparasjon og vil antagelig måtte skrotes.

Gjennomgangen ovenfor viser at det vil kreves visse endringer i norsk forbrukerkjøpslov, men samtidig er flere av bestemmelsene i samsvar med norske forbrukerregler. Direktivet vil føre til en styrking av forbrukerrettigheter, blant annet produsentens plikt til reparasjon utover garantiperioden, rett til lånegjenstand og tolv måneders utvidelse av frist for reparerte produkter. De sentrale bestemmelsene i direktivet er i samsvar med norske regler. Rett til reparasjon utenfor kontrakt eksisterer per dags dato ikke i Norge og vil være en ny forbrukerrettighet. Det samme gjelder produsentens plikt å informere forbruker om rett til reparasjon og mulighet for forbruker til å få overhald et produkt uten å vente på reparasjon, og å få utlevert reparasjonsskjema med 30 dagers fast reparasjonspris.

EU har i det endelige forslaget gått bort fra prioritering av retting (innskrenking av forbrukerens rett å velge mellom reparasjon og omlevering) og opprettholdt en to-års garanti i forbrukerkjøpsdirektivet. Dermed vil ikke direktivet innebære vesentlige innskrenkninger av norske forbrukerrettigheter.

5. Konklusjon

For å begrense klimaendringer er det viktig at det juridiske rammeverket nasjonalt og internasjonalt legger til rette for en mer ansvarlig tilnærming til forbruk som samtidig påvirker forbrukeradferden i ønsket retning.⁶⁸ Det innebærer innføring av insentiver for å minske

⁶⁸ For å oppnå dette har det vært forslag om å innføre en reparasjonsindeks som informerer forbrukere om hvorvidt, og i hvilken grad, produkter de kjøper, kan repareres (BEUC, *Protecting European consumers in the world of connected devices* s. 18). Skift – Næringslivets klimaledere foreslo i sitt høringssvar til direktivet å kreve inkludering av informasjon om miljøkostnader ved å velge nytt produkt fremfor reparasjon. Se: Høring – forslag til direktiv om rett til reparasjon av varer – regjeringen.no.

ressursbruk og klimautslipp samt sanksjonere miljøødeleggelser.⁶⁹

I dagens samfunn har prisen på arbeid gått opp, mens prisen på masseproduserte varer har gått ned. Masseproduksjon av varer har gjort at det ofte er billigere å kjøpe en ny vare enn å reparere, og dette skaper forutsetninger for et «bruk og kast»-samfunn. På lengre sikt er ikke dette bærekraftig, og en endring av mentalitet og kultur må til om fremtidige generasjoner skal kunne arve planeten vi lever på.

Å innføre en rett til reparasjon av varer kan ha flere fordeler både for miljøet og for forbrukere. Når muligheter for reparasjoner av varer forenkles, kan det blir mer attraktivt for forbrukere å velge retting istedenfor omlevering. Konsekvensen blir at flere varer repareres og brukes lenger. Dette vil redusere mengden avfall som genereres i Europa, og i verden for øvrig, samtidig som det vil minske miljøbelastningen forbundet med produksjon og avfallshåndtering.

Gjennomføringen av reparasjonsdirektivet i norsk rett vil forutsette endring av en rekke bestemmelser i forbrukerkjøpsretten. Som gjennomgangen i denne artikkelen viser, vil noen av bestemmelsene måtte endres eller suppleres, mens andre regler må lovfestes, da tilsvarende bestemmelser ikke eksisterer i norsk rett. Noen av bestemmelsene i direktivet er allerede i samsvar med gjeldende rett. For eksempel opprettholder direktivet forbrukerens rett til å velge mellom retting og omlevering i garantiperioden, så her vil direktivet ikke føre til større realitetsendring for norske forbrukere. For å kompensere forbrukere som velger reparasjon, innføres det en tolv måneders forlengelse av garantiperioden for reparerte varer. Dette er *de facto* en innføring av flere forsøk på utbedring, som norsk rett ikke legger opp til *de lege lata*. For å styrke muligheten for reparasjon ytterligere skulle direktivet ha åpnet for en mulighet for utvidelse av denne perioden i de enkelte medlemsstatene, og presisert at retten til reparasjon gjelder generelt, ikke bare som en form for avhjelp ved

⁶⁹ Fairness perceptions of the green transition – oktober 2022 – Eurobarometer survey (europa.eu).

mangel på varer.

For å bevisstgjøre forbrukere om retten til reparasjon plikter produsenten å informere forbrukeren om retten til reparasjon og utvidelsen av garantiperioden for reparerte varer og tilby et reparasjonsskjema med 30 dagers fast reparasjonspris. Dette er nye bestemmelser som per i dag ikke eksisterer i norsk rett.

Direktivet innfører en plikt for produsenten til å reparere varer utenfor garantiperioden, enten gratis eller mot rimelig vederlag. Under gjeldende forbrukerkjøpslov kan forbrukeren henvende seg til selgeren, ikke direkte til produsenten. Produsenten oppleves ofte som den som har ansvaret for defekte produkter, så direkte ansvar virker rimelig. Dette kan gi produsentene incentiver til å produsere mer varige varer av høyere kvalitet. Direktivet sier ingenting om hvor lenge denne reparasjonplikten varer, selv om det opprinnelige forslaget satte en grense på ti år. Denne plikten, som tilsvarende forbrukerens rett til reparasjon, eksisterer foreløpig ikke i norsk rett. Når produsentene tilbyr reparasjon gratis, vil det kunne brukes som et slags kvalitetsstempel på at varer er ment å vare lenger. Det vil også kunne brukes i produsentens markedsføring – for å vise produsentenes miljøvennlighet. Produsenten plikter å tilby forbruker en lånegjenstand, enten gratis eller mot vederlag –, som innebærer en styrking av forbrukerrettighetene i Norge sammenlignet med dagens tilstand, der forbruker ikke har krav på dette.

For staten forutsetter direktivet en plikt til å gjennomføre tiltak for å fremme reparasjon samt opprette en nasjonal plattform for reparasjonstjenester og informere forbrukere om denne.

En viktig bestemmelse som er ment å bidra til enklere reparasjoner, er forbudet mot antireparasjonspraksis. Det blir med dette uttrykkelig forbudt å ha innebygde begrensninger for reparasjoner utført av tredjeparter, for eksempel ved at deler sveises sammen slik at de ikke kan byttes ut. Per i dag er det ikke ulovlig å lage produkter som det er umulig eller vanskelig å reparere, og bedrifter tjener mye på at produkter skiftes ut hyppig, eller at de har

monopol på reservedeler. Direktivet tar sikte på å sette en stopper for slik praksis og tvinge selskaper i en grønnere retning.

Reparasjonsdirektivet er kort – det inneholder bare 21 artikler. Det er dermed flere spørsmål som er uavklart, og som eventuelt vil måtte løses gjennom anvendelsen av bestemmelser gjennom rettspraksis – for eksempel hva er rimelig vederlag, og hva som er rimelig tid.

Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs

– utviklingen av likebehandlingsprinsippet i norsk konkursrett

Marie Larsen Gellein, universitetslektor i regnskap og revisjon, Handelshøgskolen, Universitetet i Stavanger¹

1. Innledning og aktualitet

Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs er både et sentralt element i konkurslovgivningen og har praktisk betydning ved skifte av konkursboer. Konkurs kan åpnes dersom en skyldner er insolvent. De nærmere reglene om dette følger av lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) og lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavers dekningsrett (dekningsloven).

Likebehandlingsprinsippet er et rettslig utgangspunkt for enhver konkursbehandling, men også ved andre former for felles gjeldsforfølgning: Alle kreditorer skal likebehandles.² Prinsippet om likebehandling av kreditorer er aktuelt for hele gjeldsforfølgningsretten, men temaet for denne artikkelen er begrenset til konkurs.

Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs utgjør en kjerneverdi for konkursinstituttet. Prinsippet har kommet til uttrykk

¹ Jeg har tidligere behandlet emnet i masteroppgaven *Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs*, avlagt ved Handelshøgskolen ved Universitetet i Stavanger i 2020. Magnus Roald Martinussen var min veileder.

² Se for eksempel NOU 1993: 16 *Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v* s. 118.

gjennom en rekke enkeltregler i konkurslovgivningen som har blitt utformet for å ivareta likebehandling av kreditorene, for eksempel de viktige bestemmelsene i dekningsloven om henholdsvis beslagsretten (§ 2-2) og frisdagen i konkurs (§ 1-2), prioritetsreglene i kapittel 9 og omstøtelsesreglene i kapittel 5 samt reglene i konkursloven § 77 om konkursboets bostyrer. Disse reglene bidrar til å sikre et effektivt og rettferdig konkursoppgjør og å sikre forutberegnelighet for kreditorene.

Prinsippet om likebehandling har lange røtter i lovgivningen og har eksistert som et grunnleggende rettferdighetsideal for retten så langt tilbake i tid som det er mulig å spore rettshistorien. Det finnes også tegn til dette rettferdighetsidealet i norsk middelalderrett, hvor det var enkeltregler som krevde likebehandling ved arve- og skyldoppgjør.

Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs ble trolig først lovfestet i romerrettens eksekusjonsrett og ble hovedsakelig innført i norsk rett gjennom kodifikasjonen av romerrett på slutten av 1800-tallet. På 1800-tallet foregikk det omfattende arbeid med å samle fragmenterte enkeltregler til mer systematiserte lover. Dette gjaldt også arbeidet med en norsk konkurslov, som endelig kom i 1863, og som var den første egne konkursloven i norsk rett.³ Et av de viktigste formålene med konkursloven var å forandre konkursbehandlingen fra å være mest fordelaktig for skyldneren, herav et *beneficium juris* i skyldnerens favør, til en rett til gode for fordringshaverne.⁴

Etter at likebehandlingsprinsippet ble innført i norsk rett, har det verken blitt problematisert i lovforarbeider eller i juridisk litteratur. Dette er interessant av flere grunner: For det første finnes det en

³ Lov 6. juni 1863 om Conkurs og Conkursboers Behandling (konkursloven – opphevet), som erstattet reglene i NL 5-13-38 til 5-13-43, samt en rekke forordninger fra 1679 til 1790 og lov 22. april 1824 om Afskaffelse af Boers Behandling ved Opbudsmænd.

⁴ O. No. 7 (1859) Kgl. Prp. Til Lov om Konkurs og Konkursboers Behandling s. 20.

rekke unntak fra likebehandlingsprinsippet, for eksempel fortrinnsretten i dekningsloven kapittel 9. Unntakene begrenser likebehandlingsprinsippet rekkevidde ved å kreve forskjellsbehandling av kreditorer og gjør i praksis at kreditorer med uprioriterte fordringer sjelden kan oppnå dekning for sine krav i debitors bo. Dette kan ses på som et tegn på at likebehandlingsprinsipper egentlig ikke har særlig gjennomslag i norsk rett. Dette synspunktet har vært forfektet i utenlandsk litteratur.⁵

For det andre kan en undre seg over hva som er årsaken til at likebehandlingsprinsippet vies så lite oppmerksomhet i norske lovforarbeider og litteratur. Kan det være sterke rettstradisjoner som man av respekt ikke utfordrer? Eller tenker man at likebehandlingsprinsippet i konkurs er så selvforklarende at det ikke behøver å diskuteres?

Prinsippet om likebehandling av kreditorer har fått fornyet aktualitet i forbindelse med revisjonen av konkurslovgivningen og den midlertidige rekonstruksjonsloven som trådte i kraft 7. mai 2020.⁶ Den midlertidige loven er per i dag forlenget til 1. juli 2025, mens det pågår arbeid med å utarbeide og innføre et permanent regelverk som baserer seg på de nye reglene i rekonstruksjonsloven.⁷ Denne revisjonen av konkurslovgivningen reiser flere problemstillinger. Den kanskje viktigste er diskusjonen om å fjerne kravet om likebehandling ved frivillig rekonstruksjon.⁸ Begrunnelsen for å fjerne kravet om likebehandling er at man ønsker å beholde

⁵ Se Gellein (2020) s. 53–54, som særlig viser til Storbritannia og britisk juridisk litteratur. Følgelig burde også flere amerikanske kilder nevnes. Et hyppig sitert eksempel er David A. Skeel Jr., «The empty idea of ‘Equality of Creditors’», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166 (2018) nr. 3, s. 699–744 på s. 700–701.

⁶ Midlertidig lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven). Loven erstatter reglene konkurslovens første del (§§ 1–59) om gjeldsforhandling så lenge den er i kraft.

⁷ Prop. 51 L (2022–2023) *Endringar i rekonstruksjonslova* s. 1–2.

⁸ Prop. 75 L (2019–2020) s. 5–6 og 36.

fleksibilitet i hvilke løsninger som kan benyttes for å sørge for best dekning til kreditorene, da særlig med hensyn til *særlige grupper* av kreditorene som bør ivaretas uten at andre kreditorer kan motsette seg oppgjøret (til tross for at de gjennom slike disposisjoner vil kunne få dårligere dekning). Lovrevisjonen vektlegger dessuten andre hensyn enn de som blir ansett som de mest tungtveiende i tidligere gjeldende rett. Denne utviklingen kan få betydelige konsekvenser for de grunnleggende hensyn konkursinstituttet baserer seg på.

Rettsutviklingen i gjeldsforfølgingsretten går i retning av lovendring for frivillig gjeldsordning og tvangsakkord, jf. rekonstruksjonsloven. Denne utviklingen vil trolig også ha implikasjoner for konkurslovgivningen og videre utvikling av gjeldende rett. Andre hensyn legges til grunn i nåværende lovrevisjon enn de sentrale hensyn som ligger til grunn for gjeldende rett. Det er derfor aktuelt å ta opp diskusjonen om hvilken betydning likebehandlingsprinsippet reelt sett har i gjeldende rett, og hvilken betydning det bør ha fremover.

Behandlingen av likebehandlingsprinsippet i dagens rettskilder er tynn. Det finnes heldigvis mer å hente i de rettshistoriske kildene. Rettshistorien kan gi et bedre fundament for å forstå gjeldende rett. Eldre rettsoppfatninger om «likebehandlingsprinsippet» viser hvordan det har vært forstått tidligere, og påvirker rollen det bør spille i utformingen, eller fastleggelsen, av nåtidens rett. Noen eldre rettsoppfatninger om likebehandlingsprinsippet presenteres i punkt 5. Å se hen til rettshistorien og eldre rettskilder var, tross alt, metodikken til flere av de store og anerkjente personene som banet vei for juridisk teori i Norge.⁹

⁹ Det gjelder for eksempel Francis Hagerup, Bernhard Getz, Marcus P. Ingstad, Oscar Platou og Nikolaus Gjelsvik, som hadde for vane å starte sine fremstillinger med et historisk perspektiv.

2. Terminologisk opphav

Det juridiske tolkningslæren legger vekt på ords avstamming, opprinnelige betydning og bruk i dagliglivet. På samme måte som rettshistorie kan etymologien, ordhistorien, bidra til forståelsen av likebehandlingsprinsippet. Konkursretten og den tilhørende juridiske teorien særpreges av bestemte betegnelser og uttrykk som har vært nær forbundet med rettsområdets historikk og utvikling.

Uttrykket *konkurs* var verken kjent eller anvendt i eldre norsk rett før 1800-tallet. Derimot var *fallitt* og *skifte* de første uttrykkene som ble tatt i bruk i rettsregler om konkurs.¹⁰ Termen *konkurs* ble en gang på 1800-tallet innført fra tysk.¹¹ Det tyske ordet *konkurs* ble avledet fra, og har sitt opphav i, det latinske *concurrere*. Uttrykket kjente man fra de romerrettslige betegnelse for pant og panthavere.¹² *Concurrere* oversatt til norsk betyr «løpe sammen» og «støte sammen» og har blitt tolket synonymt med uttrykkene *sammenløp*, *sammenstimling* og *sammenstøt*.¹³ Det velkjente uttrykket for konkurs, *concursum creditorum*, er trolig avledet fra det romerrettslige prinsippet *concursum partes finit*.¹⁴ Prinsippet ble i eldre juridisk teori tolket som et allment prinsipp og ble gjort gjeldende i tilfeller hvor det oppsto en kollisjon av flere rettigheter i ett og samme formuesgode, og rettighetene måtte avkortes.¹⁵

¹⁰ Francis Hagerup, *Konkurs og akkordforhandling*, 4. utg., Aschehoug 1932, s. 21, som for øvrig viser til Grunnloven av 1814 § 52 bokstav c: «ved Opbud eller Fallit, indtil Creditorerne have erholdt fuld Betaling: medmindre Fallitten er forarsaget ved Ildsvaade, eller andet utilregneligt og bevisligt Uheld».

¹¹ Angivelig ble denne nye terminologien grunnlagt av Schweigaard, ifølge Hagerup (1932) s. 22.

¹² Anton Martin Schweigaard, *Om Concursum og om Skifte og Arvebehandling: nittende og tyvende Afsnit af Den Norske Proces*, Johan Dahl 1871, s. 11–12 sml. Hagerup (1932) s. 21.

¹³ Yann de Caprona, *Norsk etymologisk ordbok*, Kagge 2013, s. 1199 om ordhistorien til *concurrere*. Se også Marcus Ingstad og Carl Platou (red.), *Den romerske privatrets almindelige del*, Aschehoug 1924, s. 324.

¹⁴ Ingstad og Platou (1924) s. 324.

¹⁵ Ingstad og Platou (1924) s. 324. Et konkret eksempel finnes hos Andreas Aagesen,

Verken betegnelsen *conkurs*, *concursum* eller *concursum creditorum* eksisterte i romerrettslig lovspråk. En kan dermed utlede at ordet *konkurs* antakelig ble tatt i bruk fordi ordets betydning anskueliggjorde kjernen ved konkursens vesen. Det hadde den fordel at enhver fagperson som hørte ordet, umiddelbart ville forstå hvilken situasjon det dreide seg om.

Et annet interessant uttrykk er *eksekusjon*. *Eksekusjon* ble i eldre juridisk teori benyttet flittig som et uttrykk for å forklare konkursens vesen.¹⁶ Det kan imidlertid nevnes at den eldste formen for eksekusjon i norsk rett lød navnene *adferð* eller *atfør*.¹⁷ Utviklingen i norsk rett ble blant annet påvirket av romersk og annen utenlandsk rett og medførte at man tok i bruk andre betegnelser som i større grad harmoniserte med den internasjonale rettens terminologi.¹⁸ De latinske ordene *exsequi*, som betyr fullbyrdelse av straff og henrettelse, og *executio*, som viser til en *tvungen* fullbyrdelse, er opphavet til det norske ordet *eksekusjon*.¹⁹

Utgangspunktet for eksekusjonen etter de romerrettslige prinsipper var den barbariske *personaleksekusjonen*, som i sin tidligste fase straffet den uheldige skyldner som ikke kunne betale for seg, med at kreditor kunne ta skyldnerens liv.²⁰ Var skyldneren så uheldig at han hadde flere kreditorer, fikk kreditorene, etter henrettelsen, rett til å hugge ham i stykker og ta hver sin del av liket. Over tid utviklet personaleksekusjonens straff seg til slaveri og gjeldsfengsel, for så senere å rette seg mot skyldnerens formue i

Anders C. Evaldsen (red.) og Carl Goos (red.), *Forelesninger over den romerske privatret*, Bind 1, Gyldendalske Boghandels Forlag 1882, s. 432–433.

¹⁶ Se for eksempel Ingstad og Platou og Jon Skeies serie *Den norske Civilproces*, særlig tredje bind.

¹⁷ Jon Skeie, *Den norske Civilproces: Bind 3*, Olaf Norlis forlag 1935, s. 389.

¹⁸ Skeie (1935) s. 379.

¹⁹ Caprona (2013) s. 984 og Ingstad og Platou (1924) s. 317–327.

²⁰ Skeie (1935) s. 384, sml. Ingstad og Platou (1924) s. 317.

stedet for skylderens person.²¹ Man talte da om en *realeksekusjon* og *generaleksekusjon*. Poenget med betegnelsen *eksekusjon* var å tilkjennegi at det var tale om et tvungent oppgjør, eksempelvis slik Schweigaard tolket uttrykket: «En Doms Execution er efter Ordbetydningen dens tvungne Fuldbyrkelse.»²²

For den lærde mann på 1800-tallet, som naturligvis var bevandret i romerretten og behersket det latinske språket, var det en selvskrevent å benytte ordet *eksekusjon* når man talte om tilfeller hvor rettsforhold eller en rettsavgjørelse ble fullbyrdet med tvang.²³ *Execution* var den første varianten av ordet som ble utledet fra de latinske betegnelse *exsequi* og *executio*, og ble særlig anvendt av Schweigaard og Hagerup. I takt med språkutviklingen for øvrig foregikk en gradvis fornorsking av ordet, som senere på 1900-tallet utviklet seg via *eksekution* til *eksekusjon*. Det er interessant at Jon Skeie til tross for innføringen av uttrykket *tvangsfullbyrdelse* ved tvangsfullbyrdelsesloven i 1915 insisterte på å fortsette med betegnelsen *eksekusjon* i sine lærebøker.²⁴ Ifølge Skeie var det *eksekusjon* som best reflekterte organet som fullbyrdelsesorganet utgjør.

I nyere juridisk teori blir betegnelsen *generaleksekusjon* fremdeles benyttet, eksempelvis av Sjur Brækhus i sin serie *Omsetning og kreditt*. Det er imidlertid vanligere i nyere tid å benytte uttrykket *kreditorbeslag*, som harmonerer med ordlyden i dekningsloven § 2-1 første ledd.²⁵

Disse kortfattede etymologiske redegjørelsene er både forvitnelige og engasjerende, samtidig som historikken disker opp med

²¹ Skeie (1935) s. 386 flg.

²² Anton Martin Schweigaard, *Den norske Process*, Bind 2, Aschehoug, 1893, s. 203. Se også Jon Skeie, *Den norske Civilproces*, Bind 1, Olaf Norlis forlag, 1939, s. 497–498.

²³ Ingstad og Platou (1924) s. 315–317.

²⁴ Skeie (1935) s. 109. Det er verdt å legge merke til at Skeie går så langt at han omtaler loven som *eksekusjonsloven* i bind 1 og 2 av serien.

²⁵ Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, bind 2, Juristinformasjon 1988, s. 26.

en verdifull innsikt og forståelse av rettsutviklingen. Etymologien gir et kikkhull til fremgangsmåten til juristene på 1800-tallet som arbeidet med resepsjonen og kodifikasjonen av romerretten i Norge. Romerretten var gjenstand for inspirasjon, tolkning og tilpasning. Terminologien var viktig og veloverveid og ikke minst et resultat av de meget språkkyndige juristene som i sin tur var preget av ulike impulser fra utenlandsk rett.

3. Likebehandlingsprinsippet i antikken

Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs hevdes gjerne å ha sitt opphav i helt grunnleggende rettferdighetsforestillinger som ligger til grunn i moderne norsk rett.²⁶

Menneskets grunnleggende rettferdighetsforestillinger kan – iallfall – spores helt tilbake til tiden da menneskene levde i ættesamfunn. Omkring år 2100 fvt. eksisterte det en slags forsoningsrett, også kjent som hevnrett. Denne forsoningsretten ble praktisert i tidlige samfunn særlig i Europa hos germanske stammer og i norrøne samfunn, men i andre deler av verden som i Midtøsten, Afrika og Asia. I henhold til forsoningsretten skulle enhver urett som ble begått, gjengjeldes med en likeverdig mothandling (en slags motytelse for uretten).²⁷

I oldtidens Egypt oppsto ekvivalensprinsippet, også kjent som likevektsprinsippet, omkring 1500 fvt., som et rettferdighetsideal. Dette rettferdighetsidealet var en viktig begrunnelse for utforming av rettsreglene.²⁸ Særlig betydningsfullt ble idealet i avtalerettslig forstand, hvor man søkte å oppnå likevekt i avtaler, som ble til et vilkår for at en avtale skulle være gyldig.²⁹

En finner tilsvarende tenkning og idealer fra oldtidsbyen

²⁶ Hans Fredrik Marthinussen, *Internasjonale konkurser: med særlig fordypning i bankinsolvens*, Cappelen Damm, 2014, s. 27.

²⁷ Dag Michalsen, *Rett: En internasjonal historie*, Pax 2011, s. 64–66.

²⁸ Erik Anners, *Den europeiske rettens historie*, 4. opplag, Oslo 1991 s. 24–25.

²⁹ Anners (1991) s. 24–25.

Babylon, i Hammurabis lov. Her fantes rettsregler for oppgjør av gjeld som bar preg av et talionsprinsipp. Talionsprinsippet, også kjent som gjengjeldelsesprinsippet, innebar at rettferdighet ville oppnås ved en likevekt mellom handling og oppgjør.³⁰ Talionsprinsippet er imidlertid mest kjent for sitt utslag i tidens regler om forbrytelser og straff. Det velkjente uttrykket «øye for øye, tann for tann» fra Det gamle testamentet har også sitt utspring fra talionsprinsippet.

Med hensyn til utviklingen av et prinsipp om likebehandling av kreditorer er særlig bestemmelsen i § 117 i Hammurabis lov er interessant:

Sett at et gjeldskrav har tatt overhånd over en mann og han så har solgt sin hustru, sin sønn, og sin datter for sølv eller overgitt dem til tvangsarbeide, da skal de arbeide i 3 år i kjøperens eller kreditorens hus. I det 4. året skal de settes i frihet.³¹

I det antikke Hellas (600–300 fvt.) dannet de greske filosofene grunnlaget for mye av den moderne tenkning, blant annet om statslære og rettergang.³² Aristoteles spilte en sentral rolle i utviklingen av den greske retten og de grunnleggende prinsippene om rimelighet og rettferdighet, i dag kjent som prinsippet om det rimelige (*aequitas*).³³ Andre filosofer, som Platon og Perikles, med sine utpregede samfunnsinteresser, spilte også en betydningsfull rolle i grunnleggelsen av det athenske demokratiet. Den viktigste grunntanken forbundet med det athenske demokratiet var *isonomia*, som har blitt tolket med betydningen «likhet for loven».³⁴

Omtrent i samme periode vokste Romerriket frem, og med det romerretten, som utviklet seg i perioden fra 500 fvt. til 500 evt.³⁵ Den

³⁰ Michalsen (2011) s. 66–67.

³¹ Hammurabis lov, sitert etter Arvid S. Kapelrud, *Hammurapis lov*, Tanum 1943 s. 45.

³² Michalsen (2011) s. 73–77.

³³ Anners (1991) s. 34.

³⁴ Anners (1991) s. 34–35.

³⁵ Michalsen (2011) s. 86–87.

greske retten ble, etter Romerrikets invasjon og erobring av greske bystater, et viktig forbilde for videre utvikling av romersk rett. Allerede på 200-tallet fvt., begynte den romerske pretor arbeidet med en modernisering av de romerrettslige prosessformularene (prosedyre-reglene). Den tradisjonelle romerske retten, *jus civile*, krevde en bokstavelig tolkning og utøvelse av rettsreglene. De nye formularene ga de romerske domstolene større handlingsrom, da prinsippet om god tro (*ex bona fide*) også skulle anvendes ved rettsavgjørelser. Innføringen av nye formularer medførte at rettergangs skulle utøves i tråd med rettferdighet og rimelighet – også kjent som *judicia bonae fidei* og *bona* – og har blitt opphavet til det vi i dag kjenner som *god tro* og *godtroerverv*.

4. Likebehandlingsprinsippet i norsk middelalderrett

Den eldste norske retten i middelalderen var sedvanerett fra ættesamfunnene og germansk rett.³⁶ Retten ble bevart av lovkyndige om ble konferert ved behov, og i liten grad dokumentert ved skriftlige rettskilder. Norsk middelalderrett var på mange måter primitiv og hadde ingen direkte regulering av konkurs.

Det finnes imidlertid rettsregler i de eldre norske lovene som er interessante med hensyn til likebehandlingsprinsippet. Disse reglene illustrerer at likevektsprinsippet var et sentralt rettferdighetsideal som lå til grunn for utformingene av enkeltregler.

Både Den eldre Gulatingsloven, Frostatingsloven og den yngre Gulatingslov var preget av likevektsprinsippet.³⁷ Den eldre Gulatingsloven har flere bestemmelser hvor både likevektsprinsippet og prinsippet om det rimelige trolig har vært utslagsgivende.³⁸ Disse lovene hadde, som nevnt, ikke regler om konkurs. De mest nærliggende reglene handlet

³⁶ Anners (1991) s. 151–152.

³⁷ Jørn Øyrehagen Sunde, *Speculum legale: rettspegele: ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv*, Fagbokforlaget 2005 s. 139.

³⁸ Sunde (2005) s. 139–142.

om arveoppgjør og skyldoppgjør.

I den yngre Gulatingslov kapittel 14 i avsnitt 115 heter det i nr. 2:

«No er der ikkje så mykje gods, då skal alle tarna (tola nedsetjing) etter det utrekningi syner (sem tala rennr til), den skal tarna mest som hadde mest til gode.»³⁹

Altså skulle arvingene til den avdøde sørge for at den avdødes kravsmenn (kreditor) fikk innfridd sin gjeld hos den avdøde, men dersom det ikke var nok til å dekke alle krav, måtte kravsmennene nøye seg ned en avkortning av sine krav. Avkortningen skulle baseres på en utregning, hvor den kravsmann som hadde høyest utestående, måtte tåle størst avkortning og bære det største tapet. En ytterligere presisering finner man i en etterfølgende bestemmelse: «7. No er det ikkje så mykje gods, då skal kvar mista etter storleiken på kravet.» Bestemmelsene er sammenfallende med det utgangspunktet prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs stiller.

I senere rett, herunder Magnus Lagabøtes Landslov og Magnus Lagabøtes Bylov, fra 1274, er prinsippet om det rimelige og rettferdige sitt utslag anerkjent i både prosessuelle og materielle regler.⁴⁰ Særlig bestemmelsen i Landslovens IV. Mannhelgebolken, kapittel 18 (17) trekkes gjerne frem som et eksempel.

I løpet av 1200-tallet og fremover spredte romerretten seg i Europa og Norge gjennom den tidlige internasjonaliseringen, misjoneringen av kristendommen, gjenoppdagelsen av den romerske lovsamlingen *Corpus Juris Civilis* og ikke minst glossatorenes arbeid ved Universitetet i Bologna.⁴¹ Det kristne misjonsarbeidet brakte med seg lese- og skrivekunsten, mens internasjonaliseringen førte til større utveksling av kunnskap og innflytelser av utenlandsk rett. *Corpus Juris Civilis* var en omfattende lovsamling

³⁹ Knut Robberstad, *Gulatingslovi: Umsett frå gamalnorsk av Knut Robberstad*, Samlaget 1937, s. 125.

⁴⁰ Sunde (2005) s. 171.

⁴¹ Fredrik Stang, *Historisk innledning til formueretten: Kapittel 1 Formuerettens utvikling*, 2. opplag, Universitetsforlaget 1972, s. 35.

som ble utarbeidet under keiser Justinian, og på mange måter gikk tapt etter Vestromerrikets fall i 476 evt.

På 1000-tallet ble *Corpus Juris Civilis* gjenoppdaget i Europa. Glossatorene, juridiske lærde menn med sterk tilknytning til det anerkjente universitet i Bologna, hadde sitt viktigste arbeid i å forklare, og tolke lovsamlingen. Glossatorene arbeid med *Corpus Juris Civilis* anses for å være et sentralt vendepunkt for den videre utviklingen av rettsvitenskapen i Europa. Det tok imidlertid tid før man opplevde en fremvekst av den konstruktive rettsvitenskap og begrepsjurisprudens, som foregikk særlig mot slutten av 1800-tallet.⁴²

Det var også i denne perioden at etableringen av norsk formuerett som juridisk disiplin kom i gang, med Anton Martin Schweigaard i spissen. Det var naturligvis også av betydning at Norge fikk sin første konkurslov i 1863, og at loven ble gjenstand for tolkning, analyse og debatt blant juridiske forfattere i den etterfølgende perioden.

5. Likebehandlingsprinsippet i norsk konkursrett

Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs har, som nevnt innledningsvis, i liten grad blitt behandlet av rettskildene.

Verken de primære rettskildene eller den juridiske teorien har redegjort for prinsippet nærmere innhold eller diskutert ulike aspekter ved prinsippet, som for eksempel prinsippet betydning, rekkevidde, utslag i lovgivningen samt de mange unntak og avvik fra prinsippet.⁴³

Tendensen er at likebehandlingsprinsippet i de fleste tilfeller blir anvendt som et utgangspunkt eller en hovedregel.⁴⁴ Prinsippet benyttes ofte som begrunnelsen for selve konkursinstituttet, i den

⁴² Anners (1991) s. 372–373 sml. Stang (1973) s. 34–35.

⁴³ Her kan det vises til oversikten over omtaler av prinsippet i rettskildene i Gellein (2020) s. 44–55 og særlig tabellene på s. 56–62.

⁴⁴ Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Universitet i Oslo, 2013, s. 108–109.

forstand at likebehandling av kreditorene er konkursens formål, eksempelvis i Rt. 1993 s. 289, Rt. 2003 s. 619 og Rt. 2013 s. 556.⁴⁵ I andre tilfeller er det vanlig å anvende prinsippet som begrunnelse for rettslige slutninger, særlig der prinsippet er utgangspunktet, og hvor unntak fra prinsippet må begrunnes saklig.

I forarbeidene til konkursloven av 1863 er det tydelig at et viktig formål med loven var å sikre fordringshavernes rett fremfor at skyldneren skulle ha størst fordel av konkursen, men noen direkte henvisning til et likebehandlingsprinsipp av kreditorene er vanskelig å finne.⁴⁶ Dermed er det aktuelt å se hen til den juridiske teorien.

Anton Martin Schweigaard var blant de første som skrev analytisk og vitenskapelig om norsk juss.⁴⁷ Schweigaard tok avstand fra den tyske rettsvitenskapens filosofi og begrepsdiskusjoner, som etter hans mening ikke hadde særlig verdi.⁴⁸ Schweigaard foretrakk derimot å fokusere sine analyser og forklaringer av enkeltregler ut fra gjeldende rett og praksis, uten at diskusjonen tok utgangspunkt i alminnelige prinsipper. Han var dermed en forkjemper for en realistisk pragmatisme gjennom problemanalyse.⁴⁹

Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs var et slikt alminnelig prinsipp som Schweigaard var skeptisk til, og det spilte

⁴⁵ Se også Ot.prp. nr. 4 (1908) s. 6, *Innstilling fra Konkurs- og akkordlovutvalget 1961, Utkast til lov om fordringshavernes prioritet i konkurs m.v. (prioritetsloven)* s. 5 og Ot.prp. nr. 26 (1998–99) s. 92.

⁴⁶ O. No. 7 (1859) s. 17 og 20. Jeg har heller ikke funnet at likebehandling av kreditorene nevnes i Indst. O. No. 54 (1859–1860) *Innstilling fra Justiskomiteen No. 1 angaaende den Kongelige Proposition til Lov om Konkurs og Konkursboers behandling* eller O. No. 9 (1862) *Angaaende naadigst Proposition til Norges Riges Storthing betræffende Udfærdigelse af en Lov om Concurs og Concursboers Behandling*.

⁴⁷ Johs. Andenæs mfl., *Store navn i rettsvitenskapen*, Universitetsforlaget, 1973, s. 14–15.

⁴⁸ Se for eksempel oversettelsen av hans avhandling *De la philosophie allemande*, som ble publisert i det franske tidsskriftet *La France litteraire*, av Oskar Jæger og Fredrik Stang, Anton Martin Schweigaard – «Om den tyske Filosofi», *Ungdomsarbeider*, Aschehoug, 1904, s. 239–300. Sluttsitatet på s. 300 oppsummerer tydelig hans standpunkt.

⁴⁹ Anners (1991) s. 353–355.

ingen rolle i hans bøker, til tross for at prinsippet tilsynelatende var anerkjent som en bærebjelke for konkursretten i Norge.

I sin introduksjon til konkursbehandlingen i 1871 forklarer Schweigaard at i tilfeller hvor skyldneren er insolvent («uvederhæftig»), vil de alminnelige reglene for gjeldsavleggelse føre til ulikhet i kreditorenes stilling. Under disse reglene vil en enkeltforfølgende kreditor kunne oppnå en tilfeldig fordel med å være først ute i tid, til ulempe for de etterfølgende kreditorene som risikerer liten eller ingen oppfyllelse av sin gjeld. For å unngå slike tilfeldige og urimelige fortrinn har man konkurs

[t]il at afhjælpe denne Ubillighed anvises der Creditorerne et Middel i Concursbehandlingen, der er en Fremgangsmaade, ved hvilken Alle, der have Fordringer paa samme Skyldner, sættes i Stand til at vinde lige Fyldestgjørelse.⁵⁰

Altså anså Schweigaard konkurs som et virkemiddel, og en fremgangsmåte, for fellesforfølgende kreditorer til å oppnå en lik oppfyllelse av deres krav mot skyldneren. Schweigaard går ikke særlig lenger for å forklare innholdet i konkursens grunnsetning, utover å påpeke at man taler om en «forholdsmæssig Afkortning, naar der ei var nok til Gjældens fulde Dækkelse»⁵¹. I sin fremstilling vektlegger han tilsynelatende i større grad betydningen av enkeltreglene knyttet til konkursgrunner gjennom en sammenligning av gjeldende rett med den eldre norske retten.

Med hensyn til omstendighetene i Schweigaards tid, herunder den nye konkurslovgivningen, og den pågående tilegnelsen av romerrettslige prinsipper i norsk rett, er det kuriøst at han valgte å ikke utdype innholdet i den formulerte konkursens grunnsetning. En slik øvelse rimte dårlig med hans pragmatisme. Schweigaard tok først og fremst sikte på å besvare spørsmål av praktisk betydning. Denne ubevisste eller bevisste utelatelsen reiser imidlertid følgende

⁵⁰ Schweigaard (1871) s. 1.

⁵¹ Schweigaard (1871) s. 38.

spørsmål: Skapte Schweigaard på denne måten en presedens for ikke å diskutere konkursens grunnsetning, eller likebehandlingsprinsippet, nærmere?

Marcus P. Ingstad var en norsk jusprofessor og jurist som også hadde et nevneverdig bidrag til konkurslitteraturen samt likebehandlingsprinsippet. Ingstad hadde romerretten som sitt fagfelt, og hans verk, *Den romerske privatrets almindelige del*, ble først utgitt etter hans død i 1921 av Oscar Platou (1845–1929). I fremstillingen skildres konkursens begrep, deriblant med støtte av «Konkursprinsippet», og «Konkursmaksimen», med klare referanser til romerretten.⁵² Ingstads og Platous forståelse av konkurs baserer seg på, og begrunnes i, romerretten slik den hadde blitt forstått i tysk rettsvitenskap.

Ingstad og Platou beskriver konkurs som en form for rettergang hvor man søker å «have Debtors Midler retfærdig og ligelig fordelt mellem samtlige hans Kreditorer» gjennom et fellesskap og en forening av kreditorer «til fælles Bedste og Udbytte».⁵³ Ifølge Ingstad og Platou kan man utlede *Konkursmaksimen*, eller *Konkursprinsippet*, fra målet om *par conditio omnium creditorum*. Grunnlaget for maksimen er utledet fra den romerske juristen Ulpian sine ytringer i Digestene, og innebærer at kreditorene får like betingelser. Ulpian var en av de største bidragsyterne til Digestene, som i sin tur utgjorde en av hoveddelene i lovsamlingen *Corpus Juris Civilis*. Beskrivelsen av konkursmaksimen støtter seg også på Diokletian og hans kodeks, «aequale portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli», som Ingstad og Platou oversetter til: «gjennom 'Beslaglæggelsen og Salget af Boet [vil man] skaffe samtlige Kreditorer en ligelig Dividende'».⁵⁴ Bruken av ordet *aequale* i denne sammenheng er interessant og har trolig en forbindelse med det

⁵² Ingstad og Platou (1924) s. 324–326.

⁵³ Ingstad og Platou (1924) s. 325.

⁵⁴ Ingstad og Platou (1924) s. 325.

ovennevnte *aequitas* (prinsippet om det rimelige). Ingstad og Platou presiserer konkurstmaksimens virkning etter at konkurs er åpnet hos skyldneren:

Hvad Debitor eier, skal deles ligelig mellem hans Kreditorer; ingen enkelt Kreditor kan nu længer gjennem en separat Eksekution tilrive sig Fyldestgjørelse af Boet paa de øvrige Kreditorers Bekostning.⁵⁵

Francis Hagerup var, i motsetning til Schweigaard, en stor tilhenger av den tyske rettsvitenskapen, med sin begrepsdiskusjon og systematikk.⁵⁶ I sine omfattende bidrag til den juridiske teori og litteratur fremsto Hagerups konstruktive metodikk som kontroversiell for mange av Schweigaards tilhengere.⁵⁷ Hagerup var imidlertid, i likhet med Schweigaard, en sentral bidragsyter til den juridiske konkurslitteraturen i perioden da den første ordentlige konkursloven trådte i kraft i 1863.

Hagerup innleder sin fremstilling av konkurs med å beskrive konkursens vesen. Ifølge Hagerup er konkurs først og fremst et prosessuelt rettshåndhevelsesmiddel for å beskytte skyldnerens kreditorer mot adgang til dekning og mulig økonomisk tap som følge av tilfeldige tidsfortrinn ved enkeltforfølging.⁵⁸ Utgangspunktet er at konkurs skal gi kreditorene «ligelig dækkelse», men Hagerup understreker at disse momentene bare beskriver konkursens prinsipielle tendens og ikke nødvendigvis er begrepsvesentlige for konkurs.⁵⁹ Poenget understrekes i forbindelse med redegjørelsen av prioriterte konkursfordringer:

Hvad der ved konkursen skal hindres, er den ulighed i kreditorernes stilling, som kan frembringes ved en tilfældig tids-prioritet, ikke den ulighed, som kan være begrundet i fordringernes

⁵⁵ Ingstad og Platou (1924) s. 331.

⁵⁶ Andenæs (1973) s. 38–39.

⁵⁷ Andenæs (1973) s. 38–40.

⁵⁸ Hagerup (1932) s. 1–2.

⁵⁹ Hagerup (1932) s. 1 jf. fotnote 2.

eget innhold.⁶⁰

En iøynefallende tendens i Hagerups redegjørelser av konkurs og dens prinsipielle tendenser er at han ikke nevner «Lighedens Grundsætning» eller «Concursens Grundsætning», som ble formulert av Schweigaard.⁶¹ Det nærmeste Hagerup kommer en omtale av likebehandlingsprinsippet er «lighed i kreditorernes stilling» og «lighed i kreditorernes rettsstilling», som benyttes for å begrunne enkeltregler.⁶² En kunne forvente at Hagerup, med innslag av begrepsjursprudens i sin konstruktive metode, gjerne ville ha påtatt seg å redegjøre for denne grunnsetningen.

Høyesterettsadvokat Stian Bech utga i 1906 det innflytelsesrike verket *Konkurslovgivningen med kommentarer*.⁶³ I merknadene til konkursloven § 9 om retten til utsettelse i forbindelse med konkursbegjæringen beskriver Bech at konkursens formål er å skaffe alle skyldnerens kreditorer lik dekning.⁶⁴ Likebehandlingsprinsippet benyttes for å begrunne reglene om konkursbegjæring. En annen interessant kommentar finnes til § 79, hvor Bech understreker at formålet med konkursen er å skaffe skyldneres samtlige kreditorer lik dekning i den grad det er mulig, og at den reviderte konkursloven på ingen måte kunne tenkes å rokke ved eller uttrykke et ønske om å forandre dette prinsippet.⁶⁵

Denne presiseringen av likebehandlingsprinsippet er spesielt interessant fordi Bech tydeliggjør at lovrevisjonen av konkursloven 1863 ikke utfordret likebehandlingsprinsippet i norsk konkursrett.

En av de få som har forsøkt å gjøre prinsipielle vurderinger om likebehandlingsprinsippet, er juristen og bankmannen Sjur

⁶⁰ Hagerup (1932) s. 79.

⁶¹ Schweigaard (1871) s. 14–15, 30 og 37–38.

⁶² Hagerup (1932) s. 71, 202 og 389.

⁶³ Se Stian Bech, *Konkurslovgivningen med kommentar og domsuddrag samt skrivelser og sirkulærer*, J.M. Stenersen & Co Forlag 1906.

⁶⁴ Bech (1906) s. 31.

⁶⁵ Bech (1906) s. 211.

Lindebrække (1909–98). I sin doktoravhandling *Eiendomsrett og konkursbeslag* viet Lindebrække et helt kapittel til likhetsprinsippet.⁶⁶ Lindebrække omtaler likebehandlingsprinsippet som et *krav* i sin beskrivelse:

Dette krav om likestilling gjør front mot alle slags konkursprivilegier ved å etablere et kreditorfellesskap hvor samtlige deltakere må respektere de andres like rett til dekning av debtors ubehftede aktiva.⁶⁷

Lindebrække gir ellers et unikt perspektiv på likebehandlingsprinsippetets betydning for personalkreditten. Ifølge Lindebrække har prinsippet en preventiv virkning særlig for å regulere personalkreditten fordi

[l]ikestillingen innebærer et offer som den enkelte kreditor må påta seg i egen og andres interesse, og fører derfor med seg en oppfordring til å vise forsiktighet når han skal ta standpunkt til kredittgivingen.⁶⁸

Lindebrække uttrykker også skepsis mot de mange konkursprivilegiene, som på motsatt side utgjør en vesentlig fare for den personlige kreditt som fort kan «by kredittgiverne mange og ubehagelige overraskelser».⁶⁹

Sist, men ikke minst, fremmer Lindebrække et poeng som til nå ikke har blitt viet særlig mye oppmerksomhet, men som absolutt er tankevekkende med hensyn til pågående lovrevisjon av reglene for gjeldsforhandling og den midlertidige rekonstruksjonsloven, samt de spørsmål som diskuteres i den forbindelse:

Jeg er således tilbøyelig til å tro at de hensyn som munner ut i kravet om likestilling mellom kreditorene er mer sammensatt enn man hittil har vært oppmerksom på, og at dette krav bør sette sitt preg på utformingen av rettsreglene i større utstrekning enn tilfellet er i dag.⁷⁰

⁶⁶ Sjur Lindebrække, *Eiendomsrett og konkursbeslag. Prinsipielle synspunkter i løseomsetningen*, F. Beyers Bok- og papirhandel 1946, s. 63–73.

⁶⁷ Lindebrække (1946) s. 63.

⁶⁸ Lindebrække (1946) s. 66–67.

⁶⁹ Lindebrække (1946) s. 65.

⁷⁰ Lindebrække (1946) s. 73.

6. Oppsummering og konklusjon

Prinsippet om likebehandling av kreditorer er et fundamentalt prinsipp i konkurslovgivningen og ble i hovedsak innført i norsk konkursrett ved konkursloven av 1863. Det finnes få prinsipielle vurderinger av likebehandlingsprinsippet og dets betydning i norske rettskilder, til tross for at loven tillater mange unntak fra prinsippet.

Den pågående lovrevisjonen om reglene for gjeldsforhandling som følger av den midlertidige rekonstruksjonsloven, bringer på bane spørsmål om vektning av hensyn i gjeldsforfølgingsretten, deriblant likebehandling av kreditorer. Denne rettsutviklingen taler for et behov for mer omfattende diskusjoner om likebehandlingsprinsippet og dets betydning i gjeldsforfølgingsretten og konkurs.

Terminologien har siden 1800-tallet hatt stor betydning i konkursretten. Sentrale termer som *konkurs* og *eksekusjon* viser til selve kjernen av hva konkurs innebærer. Uttrykkene har blitt utledet fra fremmede språk og utenlandske rettslige prinsipper, særlig det latinske språket og romerrett gjennom tysk rett.

Likebehandling, eller likevekt, har eksistert som et rettferdighetsideal i menneskets rett iallfall siden ættesamfunnenes tid. Siden da har likebehandling vært en rettesnor for utforming av lovgivning og enkeltregler. Eldre norsk rett bar også preg av rettferdighetsidealet om likebehandling som er reflektert i enkeltregler.

Den klassiske konkursliteraturen, fortrinnsvis Schweigaard, kan hevdes å ha utledet et prinsipp, eller en grunnsetning, om likebehandling av kreditorer i konkurs fra konkursloven av 1863 og de tilhørende forarbeider.⁷¹ Konkursens grunnsetning var et middel

⁷¹ Se for eksempel lovforslaget av lovkommissjonen bestående av Motzfeldt, Thomle og Dunker, herunder «Revideret Udkast til Lov for Fallit og Fallitboers Behandling med yderligere Motiver» fra 1852, særlig bestemmelsene i §§ 31–33 og § 42, hvor en sentral begrunnelse for bestemmelsene er å beskytte kreditorfellesskapet mot svikaktige transaksjoner som tilgodeser én enkelt kreditor på bekostning av fellesskapet på s. 12–13 og 15–16.

og en måte å unngå usaklig forskjellsbehandling på, og dens røtter i romerrettslige prinsipper ble illustrert av Platou og Ingstad. Så langt finnes det ikke kilder som diskuterer det nærmere innholdet i likebehandlingsprinsippet eller konkursens grunnsetning, for eksempel hvordan man kom frem til fortrinnsretten som unntak fra prinsippet, og hva man la til grunn for bestemmelser som ivaretok prinsippet.

Et ubesvart spørsmål gjenstår derfor: Hvilke sosiale og samfunns-messige forhold var det som førte til at likebehandling av kreditorene ved konkurs ble viktig i slutten av 1800-tallet? Og er det forhold som er aktuelle også for dagens samfunn, eller kan det være at vårt moderne samfunn i større grad har behov for å vektlegge andre hensyn?

Ekstinksjon eller reklamasjon

Forholdet mellom kjøper, selger og andre rettighetshavere ved rettsmangler

*Per Våland Mauritzen, advokat,
Harbour Energy, Stavanger*

1. Innledning og problemstilling

Utenom fysiske mangler ved et kjøp kan det være rettslige begrensninger ved varen som gjør at kjøper ikke får den ytelsen han eller hun var forespeilet. For eksempel ble det ved kjøp av en bil ikke opplyst om et utleggspant i bilen, eller en eiendom har blitt solgt uten at det opplyses om naboens veirett. Selv om dette ikke gir noen fysiske utslag, kan konsekvensene for kjøper bli betydelige.

Kjøper kan ved slike mangler fremme stort sett de samme typer mangelskrav som ved fysiske avvik. Dersom kjøper var aktsomt uvitende, kan han eller hun alternativt ek스팅vere den eldre rettigheten etter reglene i blant annet lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysningsloven) og lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre (godtroervervloven), slik at det mangelsbetingende forholdet opphører. Selger vil i begge tilfeller risikere et krav fra enten kjøper eller den eldre rettighetshaver. Et eventuelt straffansvar vil ikke kommenteres nærmere her.¹

Kjøp som lider av en rettsmangel, har både en kontraktsrettslig og

¹ Se blant annet lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 324 flg. (underslag), § 345 (besittelseskrenkelse) og § 371 flg. (bedrageri).

en tingsrettslig side, som supplerer og utfyller hverandre. I krysningspunktet mellom regelsettene oppstår spørsmål som kjøpers valg mellom å reklamere mot selger eller å ekstingvere den eldre retten, kjøpers direktekrav, kjøpers posisjon når eldre rettighetshaver kan vindisere eller tilbakeføre, og selgers rette- og intervensjonsadgang.

Formålet med denne artikkelen er ikke å gi en utførlig beskrivelse av hva som kvalifiserer til en rettsmangel, og hvilke beføyelser den gir rett til. For slike vurderinger henvises leseren til standardverkene. Fremstillingen vil i stedet forsøke å vise samspillet mellom de tingsrettslige og kontraktsrettslige virkemidlene partene råder over. Først vil rettsmangelsbegrepet forklares nærmere, før problemstillingene vurderes fra henholdsvis kjøpers, rettighetshavers og selgers perspektiv.

2. Den kontraktsrettslige læren om rettsmangler

2.1 Historisk utvikling

Allerede Gulatingsloven og Magnus Lagabøtes Landslov av 1272 inneholdt flere regler om rettsmangler. Typisk for disse bestemmelsene, som har en kasuistisk tilnærming til problemstillingen, er at den første kjøperen beholder sin rett til gjenstanden eller eiendommen. Kjøper nummer to, som ikke vinner rett etter kjøpet, skal kompenseres med en tilsvarende gjenstand eller eiendom hvis det finnes, og selger må i noen tilfeller betale bøter til kjøper nummer to og til kongen.² For eksempel sier Gulatingslovens landsleigebolk kapittel 7:

No avhender nokon ei jord til to menn, den som leigde fyrst skal ha [jordi]. Alltid når nokon avhender same tingen til to menn, skal den ha

² Relevante bestemmelser i landsloven er landsleiebolken kapittel 5 og kjøpebolken kapittel 10 og 13, i versjonen inntatt i Jo Rune Ugulen Kristiansen, *Magnus Lagabøtes Landslov*, Nasjonalbiblioteket, 2024, s. 118 og 150–151.

tingen som fyrst kjøper eller leiger. Han skal halde skiladom fyre og føra vitni sine, at han leigde fyrst; ei onnor jord skal han (utleigaren) lata hin få, um han har det, eller svara 6 øyrar i brotpengar. Men um han berre har den jordi han sjølv bur på, då skal hin ha den, og ikkje han sjølv.³

Tilsvarende bestemmelser om at første kjøper skal ha formuesgodet ved dobbeltsalg, og om omlevering og/eller erstatning til siste kjøper, ble også fastsatt i Norske Lov artikkel 5-3-26 og artikkel 5-3-42,⁴ som er likelydende med Danske Lov artikkel 5-3-11 og artikkel 5-3-31.⁵ Ekstinksjon ved rettsmangler var ikke kjent i datidens lovgivning, og fullverdige ekstinksjonshjemler kom først på 1900-tallet.⁶

Ved lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb (kjøpsloven 1907) § 59 ble det innført et objektivt ansvar for opprinnelige, totale rettsmangler i norsk rett:⁷

Oplyses det, at salgsgjenstanden ved kjøpets afslutning tilhørte en anden end sælgeren, kan kjøberen, selv om sælgeren var i undskyldelig vildfarelse om sin adkomst, kræve skadeserstatning hos denne. Dette gjelder dog ikke, hvis kjøberen ved kjøpets afslutning ikke var i god tro.

For partielle opprinnelige rettsmangler, og partielle og totale etterfølgende rettsmangler, var det ellers antatt at et ansvar fulgte i det vesentlige samme regler som fysiske mangler,⁸ som forutsatte subjektiv skyld på selgersiden i speciekjøp og objektivt ansvar med force majeure-unntak ved genuskjøp, i den grad rettsmangler er praktisk i slike kjøp (se punkt 3.1.2 nedenfor).⁹

³ Knut Robberstad, *Gulatingslovi*, 3. utg., Samlaget, Oslo 1969.

⁴ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687.

⁵ Se Jul. Lassen, *Haandbog i Obligationsrettens Almindelige Del*, Græbes Bogtrykkeri, København 1908 s. 412–414 med videre henvisninger til relevante bestemmelser i Danske Lov for de ulike kollisjonstypene.

⁶ Om rettsstilstanden før tinglysingsloven se N. Gjelsvik, *Norsk Tingsret*, Nicolai Olsens Boktrykkeri, 2. utg., Oslo 1926, s. 325 flg.

⁷ Regelen var antatt å gjelde også for fast eiendom, jf. Carl Jacob Arnholm, *Privatrett III*, Johan Grundt Tanum forlag, Oslo 1966, s. 277.

⁸ Kristen Andersen, *Kjøpsrett*, Johan Grundt Tanum Forlag 1965, s. 215 flg.

⁹ Se Per Augdahl, *Den norske obligasjonsrett almindelige del*, Aschehoug, 5. utg., 1984,

Kjøpsloven 1907 var et fellesprosjekt for Norge, Sverige og Danmark. For dansk retts del ble det i den danske lov 6. april 1906 om kjøp § 59 vedtatt en likelydende regel som i den norske loven, med objektivt ansvar for opprinnelige, totale rettsmangler.¹⁰ Reglene har utviklet seg noe ulikt: Det objektive ansvaret etter danske regler gjelder også partielle rettsmangler, og mens norske regler fritok selger fra sitt ansvar dersom kjøper burde visst om rettsmangelen, vil selger etter danske regler gå klar bare dersom kjøper har kunnskap om rettsmangelen.¹¹ Dette er også gjeldende rett i Danmark i dag:¹²

Lider en salgsgenstand af retlige mangler, f.eks. hvis sælger ikke har ejendomsretten til genstanden (fuldstændig vanhjemmel), eller hvor der er uoplyst pant i salgsgenstanden (partiel vanhjemmel), er køber erstatningsansvarlig på objektivt grundlag såvel i genus som specieskøb, jf. henholdsvis KBL § 59 og analogien heraf. Der gælder ikke umiddelbart andre begrænsninger i ansvaret end købers faktiske kendskab til den retlige mangel, jf. KBL § 59, 2. pkt. 5.

Ved innføringen av lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) ble det objektive ansvaret for opprinnelige rettsmangler videreført i § 41, og det ble samtidig utvidet til også å omfatte opprinnelige partielle rettsmangler:

(1) Har tredjemann eiendomsrett, panterett eller annen rett i tingen (rettsmangel), gjelder reglene om mangler tilsvarende dersom det ikke følger av avtalen at kjøperen skal overta tingen med den begrensning tredjemanns rett medfører. Toårsfristen for reklamasjon i § 32 (2) gjelder likevel ikke.

s. 273 flg om innholdet i regelen.

¹⁰ Se Jul. Lassen, *Haandbog i Obligationsrettens Almindelige Del* s. 414–416, og L.A. Grundtvig og Alf Ross, *Lov om Køb med Forklaringer og alfabetisk Register*, J.H. Schultz Forlagsboghandel, København 1922.

¹¹ Henry Ussing og A. Vinding Kruse, *Obligationsretten: Almindelig Del*, Juristforbundets Forlag, København 1967 s. 130.

¹² Kromann Reumert, *Erstatning og kontrakt, kompendium, Del 3: Køberet*, 3. utg., 2022, punkt 7.4.2.5.

(2) Kjøperen kan i alle høve kreve erstatning for tap som følge av rettsmangel som forelå ved kjøpet og som han verken kjente eller burde ha kjent til.

(3) Gjør tredjemann krav på å ha rett i tingen og dette bestrides, gjelder reglene i første og andre ledd tilsvarende når kravet ikke er klart ugrunnet

(4) For tredjemannskrav som bygger på immaterialrett gjelder reglene i første ledd tilsvarende.

Lovgiver har fulgt opp med lignende bestemmelser om rettsmangler i lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven) § 4-17, lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringsloven) § 39, og lov 21. juni 2002 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 15.

Med kjøpsloven av 1988 ble det samtidig innført en ny ansvarsregulering gjennom kontrollansvaret og unntak for indirekte tap, og skillet mellom genuskjøp og speciekjøp ble avvirket, med betydning også for bestemmelsene om rettsmangler slik det gjennomgås i punkt 3.1. Den norsk-danske rettsenheten fra 1687 ble dermed svekket på dette området. Til gjengjeld har Sverige, som vedtok samme regulering som i norsk kjøpslov 1907 ved köplagen 1905:38 § 59, vedtatt en omtrent liklydende lovtekst om rettsmangler som i den gjeldende norske kjøpsloven § 41 ved köplagen 6. september 1990:931 § 41, og viderefører dermed en norsk-svensk rettsenhet på dette området. Innholdsmessig er de svenske reglene om rettsmangler stort sett sammenfallende med de norske:

Rättsliga fel föreligger om man säljer en vara som man inte äger och inte förfogar över till fullo. Om köparen har tagit över varan med de begränsningar som följer av att inte säljaren äger varan fullt ut så kan köparen inte hävda något felansvar. Om köparen inte visste eller borde ha vetat att det förelåg ett rättsligt fel så har han rätt till ersättning för den skada han lidit. Här har säljaren ett strikt skadeståndsansvar och

måste ersätta både direkta skador (67 § 1 st) och indirekta skador (67 § 2 st).¹³

Fra tysk side er det oppstilt regler om rettsmangler i Bürgerliches Gesetzbuch av 18. august 1896 (BGB) § 435:

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.¹⁴

Bestemmelsen gjelder likt for løsøre, fast eiendom og andre formuesgoder og for både fysiske mangler og rettsmangler. Kjøper kan etter nærmere bestemmelser kreve retting (*Nacherfüllung*) etter § 439, prisavslag (*Minderung*) etter § 441, heving (*Rücktritt*) etter § 323 eller erstatning (*Schadensersatz*) etter § 280 flg. som er et i utgangspunktet objektivt ansvar for selger ved både fysiske mangler og rettsmangler.¹⁵

2.2 Terminolog: rettsmangel og vanhjemmel

I Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 41 er «rettsmangel» definert som følger:

Rettsmangel (vanhjemmel) foreligger når kjøperen ikke oppnår den rådighet over tingen som kontrakten forutsetter, fordi selgeren ikke eier tingen eller fordi den er beheftet med en begrenset rett som tredjemann kan gjøre gjeldende overfor kjøperen.

Begrepene «vanhjemmel» og «rettsmangel» er brukt dels om hverandre i lovgivningen og i juridisk litteratur. I nyere lovgivning brukes begrepet «rettsmangel», for eksempel i kjøpsloven § 40, mens

¹³ <https://lagen.nu/1990:931#R28>.

¹⁴ Uoffisiell oversettelse: «Varen er fri for rettslige mangler dersom tredjeperson ikke kan gjøre noen rettigheter gjeldende overfor kjøper i varen eller kun kan gjøre gjeldende de rettigheter som er oppgitt i kjøpekontrakten. Det tilsvarer rettsmangel at det er innført en rettighet i grunnboken som ikke eksisterer.»

¹⁵ Se nærmere i for eksempel Brox / Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 48. Auflage, C.H. Beck 2024.

begrepet «vanhjemmel» kommer fra eldre lovgivning, som i kjøpsloven 1907, og forsvant fra lovverket i 1992 ved opphevelsen av lov 13. august 1915 nr. 7 om tvangsfuldbyrdelse.¹⁶ Felles er at begrepene beskriver mangler ved tingen som ikke knytter seg til fysiske defekter, men mangler ved retten til å bruke eller råde over gjenstanden. Dette forutsetter at mangelen er til fortrensel for det avtalte erverv, og flere rettigheter i samme formuesgode innebærer ikke nødvendigvis en rettsmangel. Å leie en leilighet uten å vite at den er pantsatt, er ikke uten videre en mangel ved leietagers rett i eiendommen.¹⁷

I eldre lære er vanhjemmelbegrepet også brukt om offentlig-rettslige rådighetsbegrensninger som gjør at varen ikke kan brukes som forutsatt. Slike situasjoner er regulert i egne bestemmelser i nyere lovgivning, som i avhendingsloven § 4-18 og bustadoppføringsloven § 40. Kjøpsloven har ikke noe slikt motstykke, men ifølge forarbeidene faller slike tilfeller inn under den ordinære vurderingen av fysiske mangler.¹⁸ Eksempelet som brukes, er at levering hindres av at varen rekvireres av myndighetene, eller rammes av eksport- eller importforbud. Derimot vil bruk av tvangsmidler i straffeprosessen, for eksempel heftelse, inndragning og beslag, ramme den bestemte gjenstanden og gjennomføres på samme måte som et utleggspant med virkning for eiers legitimasjon. Det er da mer nærliggende å likestille slike tvangsmidler med formuesrettigheter ellers hva gjelder rettsmangler.¹⁹

At offentligrettslige påbud og forbud faller utenfor rettsmangelsbegrepet har fra et tingsrettslig perspektiv betydning for muligheten til ekstinksjon, ved at bare formuesrettigheter kan ekstingveres.

¹⁶ Til sammenligning bruker den tyske BGB § 435 uttrykket «Rechtsmangel».

¹⁷ Arnholm, *Privatrett III*, s. 239.

¹⁸ Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 94. Se ellers Viggo Hagstrøm, Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger B. Ørstavik, *Obligasjonsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2021, s. 559, som bruker begrepet «rådighetsmangler».

¹⁹ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Papinian 2017, s. 172.

Rådighetsbegrensninger som allemannsretter etter friluftsløven, byggeforbud etter plan- og bygningsloven, frednings- og jaktbestemmelser, vernepålegg m.m., kan ikke tinglyses eller gjøres til gjenstand for annen rettsvernssakt. Kjøper kan dessuten ha like gode forutsetninger for å kjenne til slike offentligrettslige reguleringer som selger. Like fullt kan disse forholdene utgjøre en mangel ved et kjøp, men da som en formålssvikt fremfor en rettsmangel.²⁰

2.3 Bestemmelser om rettsmangler i lovgivningen

Som kontraktsrettslige regler ellers er reglene om rettsmangler spredt over de ulike kontraktslovene, som kjøpsloven § 41 og forbrukerkjøpsloven § 15 for løsørekjøp, og avhendingsloven § 4-17 og bustadoppføringsloven § 39 for fast eiendom. For håndverker-tjenester ble rettsmangler ansett såpass upraktisk at en tilsvarende regel ble sløyfet,²¹ mens i entreprisetilfellene er det mer nærliggende at en entreprenør bruker stjålne materialer i byggeprosjektet.²² Med en så bred forankring i lovgivningen vil det ifølge Giertsen være grunnlag for å anvende rettsmangelsreglene også på ulovfestet grunnlag.²³

Det finnes ikke lovgivning om rettsmangler ved leie av løsøre, ved materialer som en entreprenør har brukt i en kommersiell entreprise, eller som en håndverker har brukt i forbrukerforhold eller en kommersiell tjeneste, men de samme prinsippene må gjelde.

På samme måte som kontraktslovgivningen er også den tingsrettslige lovgivningen inndelt etter type formuesgode. Tinglysningsloven regulerer rettsstiftelser i fast eiendom, mens lov om godtroerverv av løsøre (godtroervervloven) gjelder løsøre. Motstykkene i kontraktslovgivningen blir primært henholdsvis avhendingsloven og kjøpsloven.

²⁰ Se Roald Martinussen, *Kjøpsrett*, 6. utg. Cappelen Damm, 2012, s. 202–203, Kai Krüger, *Norsk kjøpsrett*, 4. utg., Alma Mater 1999 s. 224.

²¹ NOU 1979: 42 s. 121.

²² Kåre Lilleholt, *Avtale om ny bustad*, Universitetsforlaget, 2001, s. 170.

²³ Johan Giertsen, *Kontrakter, Ytelse og Pris*, Universitetsforlaget, 2019, s. 182.

For gjeldsbrev og pengekrav inneholder lov 26. mars 1939 nr. 9 om gjeldsbrev (gjeldsbrevloven) både kontraktsrettslige og tingsrettslige bestemmelser, mens verdipapirer som aksjer følger bestemmelsene i kjøpsloven hva gjelder det kjøpsrettslige og lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv. for det tingsrettslige. For denne fremstillingens del vil tyngden ligge på fast eiendom og løsøre.

Når en rettsmangel oppstår som følge av kolliderende rettigheter i samme formuesgode, suppleres det kontraktsrettslige rettsmangelsansvaret med kollisjonsreglene i blant annet tinglysingsloven og godtroervervloven. Det skilles i tingsretten mellom dobbeltsuksesjonskonflikter (A–S–B), hvor to suksessorer, S og B, utleder kolliderende retter fra eieren A, og hjemmelsmannskonflikter (H–A–B), hvor B har ervervet en rett fra A, og hvor det er en mangel ved As adkomst i formuesgodet A har overtatt fra hjemmelsmannen H. I begge tilfeller pretenderer B å overta As rett, som kolliderer med Hs eller S' eldre rett.

Ved et kjøp beheftet med rettsmangler har B kjøpt en gjenstand fra A, og et krav fra H eller S fører til rettsmangelen. Denne tingsrettslige benevnelsen av partene brukes for enkelthets skyld også i kjøpsrettslig sammenheng fremover, slik at kjøper beskrives som B, selger som A, og eldre rettighetshaver som H eller S hver for seg, eller H/S som rettighetshavere generelt.

2.4 Total eller partiell rettsmangel

En rettsmangel kan være partiell eller total. Den er total dersom kjøpers erverv blir hindret fullstendig fordi selger ikke hadde noen rett i formuesgodet, for eksempel fordi selger allerede har overdratt sin rett til en tredjeperson, eller dersom det er mangler ved selgers rett i gjenstanden, som ved tyveri eller underslag. I disse tilfellene er selger uten noen rett i formuesgodet. Dersom kjøpers erverv ikke hindres fullstendig av tredjepersons rett, men hans rett blir mindre attraktiv, foreligger det en partiell rettsmangel. For eksempel

unnlater selger å opplyse om en nabos fiskerett ved salg av en fritidseiendom.²⁴

En total rettsmangel fører normalt automatisk til mislighold.²⁵ Her foreligger det ingen reell ytelse fra selger. Hvis selger har stjålet en klokke og selger den videre, mangler det helt grunnleggende ved selgers ytelse – en eiendomsrett å overføre. Det samme gjelder ved overdragelse av rettigheter som ikke finnes, for eksempel fordi de er bortfalt ved foreldelse eller stiftelsesgrunnlaget er ugyldig.²⁶

For at partielle rettsmangler skal gi kjøper et mangelskrav, har det tidligere vært stilt krav om vesentlighet for at partielle rettsmangler kan gi grunnlag for beføyelser.²⁷ Sivillovbokutvalet skriver i Rådsegn 12, NOU 1979: 48 s. 48:

Også ved partiell eller delvis vanheimel kan kjøperen seie seg løyst frå avtala dersom vilkåra etter § 20 ligg føre – det vil seie at vanheimelen anten må vere vesentleg eller at seljaren har fare med svik eller bore seg særleg klanderverdig åt.

Bakgrunnen var et forslag fra Sivillovbokutvalet om en egen bestemmelse for partielle rettsmangler, som departementet avviste i Ot.prp. nr. 21 (1996–97) s. 71:

Etter departementets syn er det ved avhending av fast eigedom ikkje nokon reell grunn til å handsame dei delvise rettsmanglane annleis enn faktiske manglar.

Et krav om vesentlighet ved partielle rettsmangler er ikke noe som fremgår i lovteksten i dag, og ovennevnte forarbeider og juridisk teori går i retning av å likestille slike partielle rettsmangler med mangler ellers.²⁸ Samtidig kan det som ved fysiske mangler ellers ha gode grunner for seg med en avgrensning mot bagatellmessige

²⁴ Mer om dette i Augdahl *Obligasjonsrett* (1984) s. 268.

²⁵ Augdahl *Obligasjonsrett* (1984) s. 268.

²⁶ Augdahl, *Obligasjonsrett* (1984) s. 276, Hagstrøm mfl., *Obligasjonsrett* (2021) s. 557.

²⁷ Augdahl, *Obligasjonsrett* (1984) s. 270, Arnholm, *Privatrett III* s. 239.

²⁸ Giertsen, *Kontrakter, ytelse og pris* s. 182, Martinussen, *Kjøpsrett* (2012) s. 202.

forhold ved rettsmangler, blant annet slik det følger av forventningen om «vanlig god vare» for mangler generelt i Rt. 1998 s. 774. Sivillovbokutvalget trekker i så henseende opp grensen i utkastet til avhendingslov, Rådsegn 12 s. 14, på en beskrivende måte:

Nokre gonger vil ein slik delvis vanheimel vere så lite å leggje vekt på at den ikkje gjev kjøparen nokon sanksjon overfor seljaren. Det kan t.d. vere ein rett for ein granne til å bruke ein gangsti gjennom skogen. Frå rettspraksis kan nemnast Rt. 1932 s. 835 der kjøparen av eit hotell ikkje fekk prisavslag sjølv om han berre fekk varig bruksrett i staden for eigedomsrett til ein bilparkeringsplass. I same domen uttala Høgsterett at det var utenkjeleg at det hadde spela noka rolle for kjøparen då det viste seg at det berre kunne seljast Freia sjokolade frå ein kiosk på eigedomen. I Rt. 1932 s. 53 er omhandla ein oppdemningsrett som var «en byrde av saa bagatellmessig art at den ingen betydning kunde ha for kjøperen».

2.5 Opprinnelige og etterfølgende rettsmangler

I lovgivningen er tidspunktet for inntreden av rettsmangelen tillagt betydning, ved at både kjøpsloven § 41 og avhendingsloven § 4-17 skiller mellom rettsmangler som forelå ved avtaleinngåelsen, og rettsmangler som inntreer etterpå, men før levering. Dette kan for eksempel være at selger overdrar gjenstanden på nytt etter avtaleinngåelse, eller at det tas utleggspant i eiendommen før levering. Skillet har betydning for erstatningsreglene, slik det følger nedenfor i punkt 3.1.5.

Forhold som inntreffer etter risikoovergang, er kjøpers risiko og utgjør ingen kjøpsrettslig mangel dersom ikke rettsmangelen «beror på» selgeren, jf. kjøpsloven § 12 og tilsvarende regel i avhendingsloven § 4-8. Hvis A overdrar en eiendom og leverer skjøtet til S, for deretter å overdra samme eiendom én gang til ved å utstede et nytt skjøte til B etter at S har overtatt bruken, men før skjøtet er tinglyst, er det like fullt en rettsmangel ved begge kjøp selv om Bs rett oppstår etter levering. Tidspunktet for levering i kjøpsrettslig forstand og sikringsakt i tingsrettslig forstand er, slik det gjennomgås under

punkt 4.3, ikke alltid sammenfallende.

2.6 Rettsmangel og fysisk mangel

Rettsmangler kan ta form av fysiske mangler: S kan ha fått en rett til å ta ut sand på As eiendom. As eiendom blir deretter solgt til B uten opplysninger om servitutten. Uttaket skjer i tiden fra avtaleinngåelse til overtagelse. Eller en ukjent hugstrett forpurrer kjøpers plan om egen hugst, da skogen er hugget før overtagelse. Arealsvikt etter avhendingsloven § 3-3 og manglende andel i realsameie som tilhører etter avhendingsloven § 3-4 annet ledd bokstav d kan også skyldes tredjepersons kolliderende rettigheter, men er plassert under avhendingslovens regler om tilstand og tilhør. Flere forhold som tidligere ville blitt ansett som en del av vanhjemmelsansvaret, blir i dag ansett som fysiske mangler, og opplysningssviktreglene vil konsumere mye av læren om rettsmangler.²⁹

Skillet har en praktisk betydning gjennom ulike reklamasjonsregler, ulikt ansvarsgrunnlag ved erstatning og ulike krav til kjøpers forkunnskap og aktsomhet før kjøpet. Disse forskjellene gjennomgås under punkt 4.

2.7 Bevisregler

Utgangspunktet er at hver part har bevisbyrden for egne påstander, og B har dermed bevisbyrden for at varen er mangelfull. Dersom B blir kjent med en innsigelse fra H eller S om rettsmangler, risikerer han å bli involvert i en krevende konflikt som B egentlig ikke er part i. En særlig bevisregel som avviker fra fysiske mangler, er derfor gitt i kjøpsloven § 41 tredje ledd, med tilsvarende regler i avhendingsloven § 4-17, for å komme B til hjelp. Det følger av disse bestemmelsene at omtvistede krav fra tredjeperson likestilles med

²⁹ Krüger *Norsk kjøpsrett* (1999) s. 222. Til sammenligning følger det av BGB § 435 siste punktum at det tilsvarende rettsmangel dersom det er innført en rettighet i grunnboken som ikke eksisterer.

erkjente rettigheter, med mindre kravet er «klart ugrunnet»:

Kjøperen kan likevel ikke gjøre gjeldende krav etter første eller andre ledd dersom tredjemanns krav er klart ugrunnet. En ren påstand fra tredjemanns side kan ikke være nok til å utløse misligholdskrav for kjøperen. Det samme må gjelde dersom den begrunnelse tredjemann anfører er åpenbart uholdbar. Det må likevel ikke stilles for strenge krav her, fordi det kan ta tid å få klarlagt at kravet ikke er holdtbart, selv om de grunner som anføres er uklare og tilsynelatende svake.³⁰

3. Bs beføyelser ved rettsmangler

3.1 Mangelsbeføyelser: forholdet mellom A og B

3.1.1 *Utgangspunkt*

Utgangspunktet er at de lovfestede mangelsbeføyelsene skal gjelde likt for rettsmangler, slik det fremgår av blant annet Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 94:

Foreligger rettsmangel, gjelder reglene om mangler tilsvarende. Det tas her først og fremst sikte på reglene i §§ 30 til 40 om kjøperens krav ved mangelfull levering. Bestemmelsene i kapittel IV om varens egenskaper m m vil det som regel ikke være like naturlig å anvende på rettsmangler. Men som nevnt ovenfor må man ved vurderingen av om rettsmangel foreligger legge til grunn det tidspunkt som følger av § 21.

De enkelte beføyelsene gjennomgås i det følgende, hvor erstatning er rettsmanglenes særtrekk. Rettsmangler som grunnlag for uvirksomhet etter læren om uriktige eller bristende forutsetninger, eller revisjon etter avtaleloven § 36, behandles ikke.

3.1.2 *Retting og omlevering*

Retting er selgers primære beføyelse, som en plikt, ubetinget rett eller på kjøpers oppfordring, slik det følger av blant annet kjøpsloven §§ 34 til 36. Dette gjelder også ved rettsmangler. Forutsetningen er

³⁰ Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 95. Se også Rt. 2005 s. 480.

at retting ikke fører til «urimelig kostnad eller ulempe» for selger. Særlig ved speciekjøp kan retting være utenfor As rådighet, hvis H eller S ikke vil oppgi sin rettighet i gjenstanden. Ved genuskjøp kan A lettere være i posisjon til å rette eller omlevere med heftelsesfri vare, med mindre rettsmangelen gjelder hele varepartiet, for eksempel gjennom et varelagerpant som selges til B i strid med vilkårene i lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven) § 3-13.

I avhendingsloven § 4-17 er det angitt at «[k]jøparens rett til å krevje retting etter § 4-10 gjeld likevel ikkje», og en tilsvarende regel er inntatt i bustadoppføringsloven § 39. Kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven har ikke slike unntak. Regelen i avhendingsloven er begrunnet som følger i Ot.prp. nr. 66 (1990–91) s. 114:

Bakgrunnen for rettingsregelen er mellom anna at det er rimeleg at seljaren har ei plikt til å rette manglar når han eller ho har ført opp hus for sal. Dette vil ikkje alltid vere tilfelle i forhold til rettsmanglar. I høve til rettsmanglar står ikkje ein slik seljar i ei anna stilling enn andre seljarar. Men sjølv sagt vil det ikkje vere upraktisk særleg når det gjeld delvise rettsmanglar at problema vert løyste ved at seljaren rettar, t d ved å nedbetale og få avlyst eit pantehefte.

Selgers rett til å gjennomføre retting etter avhendingsloven § 4-10 første ledd og bustadoppføringsloven § 32 annet ledd vil allikevel gjelde for rettsmangler i slike kjøp, slik det gjennomgås i punkt 7.4 nedenfor.³¹

3.1.3 *Prisavslag*

Prisavslag kan passe ved visse rettsmangler. Av Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 95 følger:

Prisavslag vil utvilsomt ikke passe særlig godt hvis rettsmangelen f eks består i en påhvilende panterrett. I andre tilfelle kan prisavslag imidlertid være en hensiktsmessig reaksjon, ikke minst hvor rettsmangelen gjelder en del av det solgte. Som eks kan nevnes at dekkene på en solgt bil viser

³¹ Mer om dette i Arnholm, *Privatrett III* s. 245 og Augdahl, *Obligasjonsrett* (1984) s. 273.

seg å være stjålet. Med sikte på bl a slike tilfelle har departementet kommet til at det i prinsippet bør opprettholdes en adgang til å kreve prisavslag på grunn av rettsmangel. De nødvendige forbehold anses å følge av uttrykket «tilsvarende» i lovteksten. Det forutsettes at en prisreduksjon som følge av rettsmangelen vil kunne bereknes etter reglene i § 38.

Prisavslag kan også være anvendelig ved rettsmangel i fast eiendom, slik det fremgår av Rådsegn 12 s. 15:

Om prisavslag kan det visast til Rt. 1915 s. 796 der kjøparen fekk prisavslag p.g.a. uopplyst servitutt. I Rt. 1929 s. 723 var uopplyst servitutt nok til å gje krav på prisavslag, men ikkje nok til heving.

3.1.4 Heving

Heving kan ved rettsmangler som ellers gjennomføres dersom rettsmangelen er vesentlig. Ved total og opprinnelig vanhjemmel vil selgers ytelse mangle fullstendig, og det foreligger dermed en hevingsgrunn. I tilfeller med partiell og/eller etterfølgende vanhjemmel må vesentlighetsvurderingen gjøres mer konkret, langs de linjer som ellers inngår i hevingsvurderingen.³²

Ved restitusjonsoppgjøret skal B i utgangspunktet levere gjenstanden tilbake til selger, slik det følger av blant annet kjøpsloven § 66. A vil ved total vanhjemmel ikke kunne kreve tilbakelevering av noe han ikke er eier av, slik at om B overgir eiendelen til H eller S, er ikke hevingsretten overfor A avskåret.³³ Dersom varen i mellomtiden har gått til grunne, og B ikke kan restituere kjøpet, er utgangspunktet etter kjøpsloven § 66 at han ikke kan heve overfor A, selv ikke ved partielle rettsmangler. På den annen side vil ikke B ha noe ansvar overfor H eller S i slike tilfeller, slik det er beskrevet under punkt 5.3, forutsatt at han var i god tro om rettsmangelen.³⁴ B vil da ikke stilles annerledes enn om det var en vare med en fysisk mangel som var gått

³² NOU 1979: 48 s. 15.

³³ Augdahl, *Obligasjonsrett* (1984) s. 273.

³⁴ Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 & 4*, s. 233.

til grunne.

3.1.5 Erstatning

I någjeldende erstatningsregler er det trukket et skille mellom opprinnelige og etterfølgende rettsmangler, ved at kjøpsloven § 41 annet ledd og avhendingsloven § 4-17 annet ledd har etablert et objektivt ansvar for opprinnelige rettsmangler.³⁵

Andre ledd inneholder en særskilt erstatningsregel for tap som følge av opprinnelige rettsmangler som kjøperen verken kjente eller burde ha kjent til. For slikt tap blir selgeren objektivt ansvarlig, enten tapet er direkte eller indirekte. Dette svarer for så vidt til gjeldende lov § 59, som imidlertid direkte bare gjelder totale rettsmangler.

I kjøpsloven gjelder dette både totale og partielle opprinnelige rettsmangler, mens etter avhendingsloven § 4-17 er det objektive ansvaret begrenset til opprinnelige, totale rettsmangler. Begrunnelsen er at i tilfeller med etterfølgende rettsmangler kan selgeren ofte ikke være nærmere å lastes for tilfellet enn kjøperen,³⁶ for eksempel ved ekspropriasjon. Unntak kan naturlig nok tenkes, som i dobbeltsalgstilfellene, som uansett fanges opp av culpareglene. Objektivt ansvar kan også statueres på grunnlag av alminnelige obligasjonsrettslige regler, som et kolliderende utlegg som er tatt på grunn av pengemangel.³⁷

For rettsmangler ellers følger erstatningskravet av de alminnelige reglene om kontrollansvar og culpaansvar, både hvor det objektive ansvaret i kjøpsloven og avhendingsloven ikke gjelder, og i øvrig lovgivning. Dette må også gjelde for utmålingen, inkludert avgrensninger mot indirekte tap hvor det er relevant, unntatt hvor ansvaret er objektivt, da det fremgår av lovens system og sitatet fra forarbeidene ovenfor at ansvaret omfatter også indirekte tap.

I forbrukerkjøpsloven er det derimot ikke behov for noen særskilt

³⁵ Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 95.

³⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990–91) s. 114.

³⁷ NOU 1979: 48 s. 15.

regulering av erstatningskrav ved rettsmangel, da ansvaret for både rettsmangler og mangler generelt er gjort objektivt i § 33.³⁸ Loven avgrenser mot næringskjøp, og et kontrollansvar er lite praktisk i forbrukerforhold.

3.2 Tingsrettslige beføyelser: forholdet mellom B og H/S

3.2.1 Utgangspunkt

Når kjøper B har fått et formuesgode beheftet med rettsmangler, er han eller hun i posisjon til å fremme et mangelskrav mot selger A, slik det er gjennomgått ovenfor.

Det tingsrettslige alternativet for kjøper er å gjennomføre et godtroerverv overfor hjemmelsmann H eller suksessor S. Bs rett vil da fortrenge de eldre rettighetene så langt de kommer i konflikt med ervervet, slik det følger av blant annet godtroervervloven §§ 1 og 2 og tinglysingsloven §§ 20, 21 og 27. Dette forutsetter at A var legitimert som rette eier – gjennom grunnbokshjemmel for fast eiendom eller besittelse for løsøre – at B var i aktsom god tro, og at B har gjennomført en sikringsakt i form av tinglysing av skjøte eller overtagelse av løsøret. Innholdet i sikringsakten varierer etter type formuesgoder og er ikke nødvendigvis sammenfallende med den kjøpsrettslige leveringen og risikoovergangen, som gjennomgås under punkt 4.3.

Mens de kontraktsrettslige misligholdsreglene begrunnes i hensyn som balanse og reparasjon, bæres de tingsrettslige reglene av hensynet til omsetningslivets interesse – at erverver skal kunne stole på og innrette seg etter den retten avhender utgir seg for å ha. Noen motsetning trenger det ikke å være, og de kontraktsrettslige virkemidlene kan også ses som utslag av en omsetningsinteresse, ved at de skal sikre kjøper å få den varen han eller hun er forespeilet. Prevensjonshensynet står sentralt i begge regelsett: i kjøpsretten ved at selger har en oppfordring til å levere mangelfritt så lenge han eller

³⁸ Martinussen, *Kjøpsrett* (2012) s. 186.

hun må stå ansvarlig for mangler, og det har en oppdragende effekt i tingsretten ved at rettighetshaver må sikre og beskytte sin rett mot kolliderende rettigheter. Selv om klander hos rettighetshaver ikke er et vilkår i ekstinksjonsvurderingen, kan det allikevel begrunne unntak fra ekstinksjon i situasjoner hvor rettighetshaver er uforskyldt i det inntrufne, som ved tyveri og falsk (se punkt 3.2.3).

3.2.2 B gjennomfører en ekstinksjon

Dersom vilkårene for et godtroerverv er til stede, vil B fortrenge Hs eller S' rett så langt de er i konflikt med Bs erverv. Det innebærer ikke nødvendigvis en fullstendig utslettelse av de eldre rettighetene. Hvis B kjøper en eiendom heftelsesfritt, vil utinglyste heftelser B var i aktsom uvitenhet om, falle bort. Overtar B en begrenset rett, som en panterett, vil han fortrenge andre retter så langt de er i konflikt med egen rett, ved at disse gis prioritet etter Bs rett. Etter ekstinksjonen foreligger det ikke lenger noen rettsmangel ved kjøpet. Enten var B i aktsom god tro og kan ekstingvere, eller så var han ikke i aktsom god tro om rettsmangelen, og da kan B bare i begrenset grad fremme et rettsmangelskrav, slik det gjennomgås under punkt 4.4.

Siden ekstinksjonen er et godtroerverv, vil B være uvitende om at han eller hun gjennomfører en ekstinksjon idet sikringsakten gjennomføres. Sett fra Bs side vil rettighetsoverføringen fremstå som et ordinært, derivativt erverv. Først når eller hvis H eller S melder seg med sitt krav, vil B måtte ta stilling til å enten opprettholde ekstinksjonen eller å fremme et rettsmangelskrav mot A og dermed vekke den eldre retten til live igjen. Etter ekstinksjonen, som er et punkterverv ved sikringsakten, er dermed Hs/S' stilling uavklart i to faser: først ved at B ikke er kjent med deres kolliderende rett, og deretter ved at B kan områ seg og eventuelt respektere den kolliderende retten. Hvis B unnlater å gjøre noe, og rettigheten ikke kan vindiseres eller tilbakeføres, vil ekstinksjonen bli stående.

3.2.3 H eller S kan kreve tilbakeføring av sin rett

Dersom vilkårene for et godtroerverv ikke er til stede, ved at A ikke var legitimert, B ikke var i aktsom god tro, eller B ikke fikk gjennomført en sikringsakt, er B ikke i posisjon til å ekstingvere de eldre rettighetene og må respektere disse. B representerer i disse tilfellene ingen beskyttelsesverdig omsetningsinteresse. H eller S kan da kreve tilbakeføring – vindisering – av formuesgodet.

For noen formuesgoder er det stilt opp særlige unntak for situasjoner hvor A har bemektiget seg legitimasjonen uten Hs/S' medvirkning. Ifølge godtroervervloven § 2 går Hs rett foran godtroende Bs dersom gjenstanden er fravendt H ved tyveri, brukstyveri, ran og lignende. Her må omsetningsinteresse vike. Også kunstverk og antikviteter er i gitte tilfeller beskyttet mot ekstinksjon. For fast eiendom bestemmer tinglysningsloven § 27 at hvis et skjøte eller lignende er utstedt til fordel for A ved blant annet falsk, forfalskninger og grov tvang, kan H kreve sin rett tilbakeført. Omsetningsgjeldsbrev har ikke tilsvarende unntak i gjeldsbrevloven § 14, selv hvor de er fratatt H ved tyveri eller ran.

Vindikasjon og ekstinksjon er motsetninger, men begrepene er ikke helt sammenfallende, og motstykket til en ekstinksjon kan ikke alltid kalles en vindikasjon.³⁹ Vindikasjonsbegrepet passer best i H–A–B-konflikten, og det er ikke naturlig å si at S vindiserer der B ikke kan gjennomføre et godtroerverv. Også dersom den rett som krenkes, er en begrenset rett, for eksempel en servitutt og ikke en eiendomsrett, passer ikke begrepet, og man snakker da om en tilbakeføring til H og ikke vindikasjon.

³⁹ Se nærmere Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* (2022) s. 595.

4. Bs valgrete mellom ekstinksjon og mangelskrav

4.1 B må ha en valgmulighet

I det følgende gjennomgås Bs mulige valg mellom å fastholde ekstinksjonen av den eldre retten eller å respektere denne og samtidig fremme et rettsmangelskrav mot A. Mellomløsninger kan tenkes ved at B inngår et kompromiss med H/S under trussel om ekstinksjon, som i så fall blir et derivativt erverv og ikke et ekstinktivt.

Bs motiver for å foretrekke den ene eller andre løsningen kan skyldes personlige relasjoner til partene, hvorvidt A er søkegod for et mangelskrav, og om B anser gjenstanden eller en erstatning som viktigst. Det kan også tenkes at B anser den eldre retten som akseptabel eller ønsket, og derfor beholder den, for eksempel at S har fått en veirett og skal opparbeide en vei som B også vil bruke.

Utgangspunktet er som nevnt ovenfor at den eldre rettigheten blir ekstingvert ved Bs erverv. Spørsmålet om en valgmulighet forutsetter at B allikevel vil tåle den eldre retten, og videre at begge typer regelsett står åpne for B. Valgmuligheten kan være begrenset av flere typer regler, som gjennomgås i det følgende.

4.2 Begrensninger på grunn av ulike reklamasjonsregler

For det første kan reklamasjonsreglene begrense valgmuligheten. Ifølge kjøpsloven § 41 gjelder reklamasjonsfristen på to år ikke for rettsmangler. Tilsvarende unntak er etablert i forbrukerkjøpsloven § 15. Derimot har både avhendingsloven § 4-19 og bustadoppføringsloven § 39 samme femårsfrist som for vanlige mangler. Et unntak for rettsmangler ble her ansett unødvendig på grunn av fristens lengde.⁴⁰ Den relative fristen gjelder derimot også for rettsmangler i de nevnte lovene, og B må da reklamere innen rimelig tid for å opprettholde rettsmangelskravet.

⁴⁰ NOU 1979: 48 s. 53.

Reklamasjonskrav knyttet til rettsmangler kan gå tapt på grunn av foreldelse, også i de tilfeller hvor det ikke løper noen absolutt reklamasjonsfrist.

4.3 Begrensninger på grunn av ulike overføringstidspunkt

For det andre kan de ulike tidspunktene for når de to regelsettene om ekstinksjon og reklamasjon oppstår, ha betydning for B. Reklamasjonskravet oppstår ved levering, som kan være nærmere bestemt i den enkelte avtalen, og hvor loven gir anvisninger på leveringshandlingen. For løsøre skal varen som et utgangspunkt hentes hos selger, jf. kjøpsloven § 7, med mindre annet er avtalt, mens ved fast eiendom anses levering gjennomført etter avhendingsloven § 2-3 og § 2-4 ved at kjøper får skjøte og overtar bruken.⁴¹ Før levering kan mangelskravet i høyden baseres på antesipert mislighold.

Gjennomføringen av sikringsakten som et vilkår for ekstinksjon er tinglysing for fast eiendom og overtagelse av løsøre.⁴² Tidspunktene i disse to regelsettene er ikke nødvendigvis sammenfallende – for eksempel overtas en eiendom i kjøpsrettslig forstand ved overlevering av skjøte og nøkler, mens en eventuell ekstinksjon gjennomføres først ved tinglysing av skjøtet. Dersom B var i aktsom god tro ved risikoens overgang, for eksempel om en servitutt da skjøtet ble mottatt, men han ble kjent med servitutten innen skjøtet ble tinglyst, vil han være avskåret fra å ek스팅vere og er henvist til å fremme rettsmangelskrav mot A.

⁴¹ Nærmere i Martinussen, *Kjøpsrett* (2012) s. 52 flg.

⁴² I teorien er det diskutert om det er tilstrekkelig for å gjennomføre sikringsakten at gjenstanden fratras A eller om B må få den i hende, som kommer på spissen ved sendekjøp etter kjøpsloven § 7. Se nærmere Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 230.

4.4 Begrensninger på grunn av ulike krav til aktsomhet

Videre kan nyanser i kravet til Bs aktsomhet påvirke valgmulighetene. Ifølge kjøpsloven § 20 første ledd og avhendingsloven § 3-10 første ledd kan B i utgangspunktet ikke påberope som mangel noe han «måtte kjenne til» ved avtaleinngåelsen. I Ot.prp. nr. 66 (1990–91) fremgår på s. 114 om regelen i avhendingsloven:

Når det i lovframlegget heiter at føresegnene om manglar gjeld tilsvarende, inneber dette at ikkje berre føresegnene i kapittel 4 om kjøparens krav ved avtalebrot på seljarens side skal brukast, men også dei andre føresegnene om manglar. Dette gjeld t d føresegnene om tidspunktet for om egedomen har mangel, jf § 3-1 andre ledd, om seljaren si opplysningsplikt og vidare om kjøparen si undersøkingsplikt, jf §§ 3-8, 3-9 og 3-11.

Det samme følger av forarbeidene til kjøpsloven, Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 94:

Kjøperen må også ha en generell plikt til forundersøkelse, jf § 20. At kjøperen kjente til en heftelse på avtaletiden, avskjærer likevel ikke senere krav på grunn av rettsmangel dersom kjøperen hadde grunn til å rekne med at heftelsen ville bli slettet før levering, se nærmere nedenfor.

Uttrykket «måtte kjenne til» gir uttrykk for en større bebreidelse og stiller strengere krav til Bs aktsomhet enn alminnelig aktsom god tro.⁴³ Dersom B ved et kjøp var aktsomt uvitende om en rettsmangel, kan han i utgangspunktet fremme krav etter begge regelsett. Hadde han kunnskap om mangelen, er begge muligheter i utgangspunktet stengt, med mindre kjøper slik det fremgår av forarbeidene kunne regne med at heftelsen ville bli slettet før levering. Dersom han burde kjenne til rettsmangelen, men forventningen mot B er ikke så streng at han også «måtte kjenne til» den, vil han være avskåret fra å ekstingvere, men kan fremdeles fremme et mangelskrav dersom

⁴³ Se blant annet Martinussen, *Kjøpsrett* (2012) s. 157, Hagstrøm mfl., *Obligasjonsrett* (2021) s. 163 flg. med videre henvisninger.

vilkårene ellers er innfridd. Samtidig kan kravene til Bs aktsomhet skjerpes ved at mangler han «burde oppdaget» ikke kan påberopes, dersom han har «undersøkt tingen eller uten rimelig grunn unnlatt å etterkomme selgers oppfordring om å undersøke den», jf. kjøpsloven § 20 annet ledd. Det kjøpsrettslige aktsomhetskravet blir i så fall sammenfallende med det tingsrettslige.

4.5 Vurdering

Spørsmålet om B kan velge fritt mellom ekstinksjon eller reklamasjon, var i romerretten besvart med at B ikke kunne fremme krav mot A før H eller S hadde fått sin rett tilbakeført. Bakgrunnen var svært korte hevdsfrister.⁴⁴

I lovgivningen er det ingen bestemmelser om rekkefølgen for Bs krav mot A og H/S. Sivillovbokutvalget gir i Rådsegn 12 s. 49 kjøper B valgfrihet i spørsmålet:

Synsmåten er at ein ikkje bør tvinge kjøparen til å velje ei løysing som i røynda kan føre til rettstap for tredjemann, og som i alle fall verkar slik at det vert tredjemann som får bryet med å gjere ansvar gjeldande mot seljaren. Om kjøparen ynskjer det, bør han kunne velje å respektere tredjemann sin rett og sjølv bruke mishaldsreaksjonar mot seljaren. For seljaren vert det som regel det same anten kjøparen vel det eine eller det andre – han er ansvarleg i begge tilfelle.

Forarbeidene til kjøpsloven tar samme utgangspunkt i Ot.prp. nr. 80 (1986–87) s. 94:

Reglene om godtroerverv av løsøre (jf lov 2 juni 1978 nr. 37) kan føre til at kjøperen tross rettsmangelen vinner rett til tingen i samsvar med kontrakten. Dette hindrer ikke uten videre kjøperen i å gjøre rettsmangelen gjeldende. Selv om kjøperen var i god tro, kan han altså ikke tvinges til å gjøre bruk av reglene om godtroerverv når han får vite at tredjemann har rett i tingen. Det gjelder i alle fall dersom selgeren ikke har vært i god tro ved kjøpet, men trolig må kjøperen også ellers kunne velge å holde seg til selgeren.

⁴⁴ Augdahl, *Obligasjonsrett* (1984) s. 269.

As gode eller onde tro antydes avslutningsvis i sitatet som et moment i en eventuell vurdering av om B må gå på H eller S før han går mot A. Samtidig forutsetter problemstillingen hele tiden at B var i aktsom god tro, og A er normalt mer å bebreide eller er mer delaktig i hendelsesforløpet som førte til rettighetskollisjonen enn den intetanende B. Tilsvarende vil eventuell bebreidelse hos den eldre rettighetshaver ikke være et argument for å innskrenke Bs valgfrihet, snarere tvert imot, og i de mer graverende tilfellene er det uansett adgang til vindikasjon eller tilbakeføring. Å gi B valgfrihet ivaretar i størst grad omsetningslivets interesser og opprettholder status quo ved at gjenstanden blir værende der den er – hos B. Den kontraktsrettslige balansen ivaretas ved at A må kompensere H, S eller B, avhengig av utfallet, og kan også være mest preventivt ved at det ikke spekuleres fra noen av de øvrige partenes side i at B må velge en bestemt løsning foran en annen dersom det oppstår en rettighetskollisjon. B må på dette grunnlaget få stå fritt i sitt valg av å rette krav mot selger eller rettighetshaver, noe som også har støtte i teorien.⁴⁵

5. H eller S vil vindisere eller tilbakeføre sin rett

5.1 H eller S må være i posisjon til å vindisere eller tilbakeføre

Ved vindikasjonen eller tilbakeføringen – se punkt 3.2.3 om terminlogien – kreves gjenstanden tilbake fra B. Dette kan skyldes at de alminnelige vilkårene om legitimasjon, sikringsakt og god tro ikke er innfridd, slik at B ikke kan gjennomføre et godtroerverv, eller at det er gjort unntak fra ekstinksjonsadgangen ved lov, som i

⁴⁵ Martinussen, *Kjøpsrett* (2012) s. 202. Tilsvarende i Brækhus, *Omsetning og kreditt* 3 & 4, s. 306, Kåre Lilleholt, *Avtale om ny bustad* s. 172. I dansk rett gis kjøper en tilsvarende valgfrihet, se Ussing og Kruse, *Obligationsretten: almindelig del* (1967) s. 40.

godtroervervloven § 2 og tinglysningsloven § 27. Sistnevnte unntak knytter seg til omstendigheter hvor H eller S ikke kan lastes for det inntrådte, for eksempel gjennom tyveri og falsk.

For å vindisere må rettigheten faktisk kunne tilbakeføres. Har den i mellomtiden gått til grunne ved ødeleggelse er vindikasjonskravet gjenstandsløst. Eventuelt kan det videreføres i surrogater til formuesgodet, for eksempel et erstatningskrav eller en forsikringssum.⁴⁶ På samme måte kan en ny ekstinksjon ved Bs suksessor stenge for kravet.

Beslektede tilfeller kan tenkes hvor eiendomsretten går tapt ved sammenblanding, eller gjenstanden som tilhører H/S, er inkorporert i Bs eiendom, for eksempel dersom A støper Hs armeringsjern inn i Bs mur. I entreprisetilfellene er dette regulert i blant annet NS 8405 punkt 40.1, og det kan ellers følge av lov om hendelege eiendomshøve § 8 flg. I disse tilfellene vil gjenstanden bli Bs eiendom selv om han kjente til den kolliderende rettigheten, og rette eier kan i høyden kreve erstatning av B eller A. Salgspant kan på samme måte falle bort ved sammenføyning etter panteloven § 3-19.

For å fremme et krav om tilbakeføring av løsøre må kravet fremmes «uten ugrunnet opphold» etter at H/S fikk eller burde fått kunnskap om denne retten, jf. godtroervervloven § 3. Ved fast eiendom er det ingen tilsvarende bestemmelse i tinglysningsloven, og Falkanger skriver om fristene:⁴⁷

Den alminnelige lojalitetsplikt tilsier at den berettigede varsler om sin rett når forholdene har endret seg slik at han mener at retten er blitt aktualisert – helt klart er dette der han ser at den annen part er i gang med investeringer i arealet eller på annet vis innretter seg som om hans rett til arealet vil bestå. ... Sterkest står den berettigede hvis vi legger til grunn at hans rett er «tinglig» (jf. nedenfor). Her kan imidlertid tilbakeføringsretten gå tapt etter reglene om hevd, f.eks. der B's

⁴⁶ Se mer om surrogater i Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2018) s. 270-272.

⁴⁷ Falkanger, Thor, «Fast eiendom – tilbakeføring når en ervervsforutsetning faller bort», *Tidsskrift for eiendomsrett* vol. 15 nr. 1 2019, s. 70-71.

suksessor i god tro i hevdstid bruker eiendommen i strid med formålsangivelsen. Men også før så lang tid er gått, kan tilbakeføringsretten være tapt etter ulovfestede passivitetsregler.

Det følger av Rt. 2012 s. 506 at vindikasjonskravet ikke anses som en fordring og foreldes derfor ikke.

5.2 Gjennomføring av tilbakeføringen

Dersom vilkårene for vindikasjon er til stede, har B plikt til å levere fra seg formuesgodet som skal tilbakeføres til H eller S, om nødvendig gjennom reglene i tvangsfullbyrdelsesloven.⁴⁸ For eksempel kan B pålegges tvangsmulkt frem til utlevering av gjenstanden eller utstedelse av et nytt skjøte i medhold av tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14. Forutsetningen er hele tiden at H eller S har et tvangsgrunnlag for kravet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1, om nødvendig i form av en dom. Eventuelle beboere i en eiendom kan fravikes etter tvangsfullbyrdelsesloven § 13-11 flg., men det forutsetter at det enten foreligger en dom for fravikelse, eller at det er «åpenbart» at de ikke kan besitte den tilbakeførte eiendommen, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav e. Denne bestemmelsen passer best for de rene okkupasjonstilfellene, noe som ikke er like opplagt i et vindikasjonsoppgjør.

Bare unntaksvis kan tilbakeføringen gjennomføres på egen hånd, ved selvtakt, som er definert i straffeloven § 19:

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den som har retten, handler for å gjenopprette en ulovlig endret tilstand, og det ville være urimelig å måtte vente på myndighetenes bistand. Makt mot en person kan bare brukes når rettskrenkelsen er åpenbar, og må ikke gå lenger enn forsvarlig.

I forarbeidene til straffeloven kommer det frem at selvtakt kan være særlig relevant ved tyverier.⁴⁹ Bestemmelsen retter seg først og fremst

⁴⁸ Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

⁴⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 422–432.

mot selvtækt mellom eier og tyven: Hvis A stjeler Hs sykkel og selger den til B, vil selvtækten ramme B og ikke tyven. Var kjøper B aktsomt uvitende om tyveriet (i motsatt fall kan B straffes for uaktsomt heleri etter straffeloven § 335 eller forsettlig heleri etter straffeloven § 332 flg.) er det større grunn til å vise varsomhet med å godta en slik selvtækt som ikke rammer tyven selv.

5.3 Vindikasjons- og tilbakeføringsoppgjøret

Ved tilbakeføringen må B gi fra seg formuesgodet uten vederlag. Det er allikevel flere mekanismer som kommer til anvendelse i oppgjøret mellom B og H/S og mellom B og A.

Avkastning, for eksempel leieinntekter, skal ifølge lov om hendelege eieendomshøve § 15 tilfalle B så lenge han er aktsomt uvitende om den kolliderende retten:

Den som sit med annan manns ting, får retten til avling, avdrått og anna som tingen kastar av seg. Dette gjeld ikkje om han veit om at han er utan rett til avkastinga eller burde ha visst det om han hadde vore så aktsam som det er rimeleg å krevja etter tilhøva.

Vert han dømd til å gjeva tingen ifrå seg til rette eigar, skal han svara vederlag for avkasting og nytte han har hatt av tingen etter at søksmålet var reist, med frådrag for kostnad til vanleg stell og vedlikehald. For tida før søksmålet svarar han berre for vinning som ikkje høyrer til den årlege avkastinga eller nytta.

Dersom gjenstanden har blitt skadet eller ødelagt mens B hadde den i sin besittelse, for eksempel at en bolig på eiendommen er rammet av brann eller skadeverk, eller B setter i gang et større rivings- og oppussingsprosjekt, vil H/S ikke kunne kreve erstatning av B så lenge B var aktsomt uvitende om rettsmangelen. Dette gjelder selv om B ved uaktsomhet forårsaket ødeleggelsen (av det han trodde var sin egen gjenstand).⁵⁰ Her som ovenfor i punkt 5.1 kan det allikevel bli

⁵⁰ Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 & 4. Omsetningskollisjoner I og II*, Universitetsforlaget, 1998, s. 233.

et spørsmål om H/S kan gjøre krav på eventuelle surrogater, som et forsikringsoppgjør, og videre om H/S kan tre inn i et erstatningskrav mot en utenforstående skadevolder, som en brannstifter.

Hvis H/S kan lastes for at gjenstanden kom på avveie, kan B kreve erstatning for sitt tap, jf. godtroervervloven § 3 nr. 2, men ikke for mer enn hva gjenstanden er verdt. Bestemmelsen inneholder også en lempingsregel dersom Hs/S' skyld er liten. Direkte gjelder godtroervervloven § 3 nr. 2 bare løsøre, men Brækhus⁵¹ åpner for en videre anvendelse basert på alminnelige erstatningsregler. Motsatt, ved sterk klander hos H/S, åpner forarbeidene til godtroervervloven for at slik uaktsomhet kan «føre til tap av vindikasjonsretten hvor hans handlemåte må karakteriseres som meget klanderverdig eller direkte uredelig».⁵²

Mellom A og B kan vindikasjonen føre til en heving av kjøpsavtalen, særlig ved totale rettsmangler, slik det er beskrevet i punkt 3.1.4. I så fall har B rett til å få tilbakebetalt kjøpesummen fra A. B kan videre kreve erstatning fra A etter reglene som er gjengitt i punkt 3.1.5. At A ikke får tilbake sin ytelse fra B i restitusjonsoppgjøret, er som nevnt i punkt 3.1.4 uten betydning for hevingskravet. I utgangspunktet kan A kreve avkastning og vederlag for bruken etter kjøpsloven § 65, men en slik regel passer dårlig i et vindikasjonsoppgjør, og regelen må helst være at lov om hendelege eigedomshøve § 15 går foran kjøpsloven § 65 i slike tilfeller.

5.4 Vurdering

Vindikasjons- og tilbakeføringsreglene er basert på en interesseavveining, hvor konflikter som skyldes at A har blitt legitimert som rettighetshaver gjennom falsk, forfalskning og tyveri – forhold som rettighetshaver normalt er uforskyldt i – gir H/S rett til å kreve sin rett tilbakeført. I andre tilfeller har H gjort A legitimert gjennom en

⁵¹ Brækhus, *Omsetning og kreditt* 3 & 4 s. 305.

⁵² Ot.prp. nr. 56 (1976–77) s. 45.

villet handling, for eksempel ved utlån, betroelse, pantsettelse eller proformaoverdragelser. H har dermed i større grad påvirket hendelsesforløpet og må da også i større grad ta risikoen for at retten faller bort ved ekstinksjon. Motstykket er at når eldre rettighetshaver først er i posisjon til å kreve sin rett tilbakeført, kan ikke B motsette seg denne retten og må tåle kravet uten vederlag. Begge kravene virker dermed i hver sin retning og blir like rimelige eller urimelige for hver av partene. Urimeligheten repareres ved at A holdes ansvarlig for tapet, enten overfor B dersom han eller hun taper sin rett, eller overfor H/S på kontraktuelt grunnlag eller culpagrunnlag. Det kan også i Hs/S' tilfelle tenkes at han eller hun foretrekker et oppgjør fra A i stedet for å få gjenstanden tilbake, for eksempel dersom den allikevel skulle selges.

6. B fremmer direktekrav mot H

6.1 Utgangspunkt

Dersom misligholdet ved rettsmangelen er forårsaket av H selv, oppstår spørsmålet om B kan rette et mangelskrav mot H i stedet for A etter reglene om direktekrav eller springende regress.⁵³ Rettsmangelen kan skyldes en rettighet som tilligger Hs hjemmelsmann, at H selv er rettighetshaver gjennom en for A ukjent servitutt, eller at H har overdratt en eiendom før han igjen overdrar den til A, som selger videre til B.

S er ikke part i denne direktekravsproblematikken og holdes derfor utenfor.

Hvor H selv har misligholdt, må hensynet til H i større grad vike for Bs interesse i å gjenopprette balansen i avtaleforholdet. Samtidig er det ikke alltid gitt at B har et mangelskrav overfor A, og da står

⁵³ Se mer om emnet i Stephan Jervell, «Misligholdskrav mot tidligere salgsledd», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1994, s. 905–1007, og Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav*, Universitetsforlaget, 2007.

ikke hensynet til B like sterkt.

6.2 Regressmodell og subrogasjonsmodell

Av lovgivningen kan det utledes to modeller i reguleringen av direktekravene – subrogasjonsmodellen og regressmodellen – hvor forskjellen knytter seg til forholdet mellom B og A.⁵⁴

I subrogasjonsmodellen, som kommer til uttrykk i blant annet kjøpsloven § 84 og avhendingsloven § 4-16, forutsettes det at A har et mangelskrav mot H, men det er ikke en betingelse at B har et mangelskrav mot A. Ved kjøpet trer B inn i As krav mot H og kan forfølge det videre, selv i tilfeller hvor B er kjent med mangelen og har fått redusert vederlaget til A på det grunnlaget. For eksempel hvor grunneier H har solgt til A en festerett med tilhørende veirett, uten at veiretten har blitt noe av, og festeretten deretter er solgt til B uten veirett. Å gi B et direktekrav mot H i tilfeller hvor B har fått mangelfri vare av A, fremstår som en tilfeldig fordel for B. Regelen er derfor kritisert, blant annet i Tørum, *Direktekrav*, på s. 209–226.

Etter regressmodellen forutsettes det derimot at B har et krav mot A, som kan fremme det videre mot H. Regelen om at B på denne måten kan gjøre «sitt» krav gjeldende bakover i kontraktskjeden, følger av blant annet bustadoppføringsloven § 37 og forbrukerkjøpsloven § 35, og er typisk brukt i forbrukerlovene. H kan i slike tilfeller ha solgt en sykkel til A, som overtar og selger videre til B, og etter overtagelse viser det seg at H allerede hadde solgt sykkel til en annen. I slike tilfeller har B et rettsmangelskrav mot i første rekke A og dernest H etter reglene om direktekrav.

6.3 Bs beføyelser mot H

I prinsippet kan de samme typer mangelsbeføyelser fremmes mot H ved rettsmangler som ved fysiske mangler, da lovgivningen likestiller de to mangelstypene ved misligholdsbeføelsene. Felles for begge

⁵⁴ Se Tørum *Direktekrav* s. 37 om begrepsbruken og innholdet.

typer mangler, og ved både regressmodell og subrogasjonsmodell, er at A ifølge blant annet kjøpsloven § 84 må ha et «tilsvarende» krav mot H. Dette gir en begrensning i både art og omfang på mangelskravet: B får ikke fremme andre typer mangelsbeføyelser mot H eller med et større beløp enn det A kan rette mot H. Kan A ikke heve kjøpet overfor H, kan heller ikke B gjøre det, og Bs prisavslagskrav mot H kan ikke bli høyere enn det A kunne krevd.

Særreglene som gjelder rettsmangler, vil også gjelde i direktekravet. Når kjøpers krav på retting er uttrykkelig unntatt ved rettsmangler etter avhendingsloven § 4-17 og bustadoppføringsloven § 39,⁵⁵ slik det er behandlet ovenfor under punkt 3.1.2, vil disse begrensningene også gjelde for B i direktekravet mot H, forutsatt at avtalen mellom H og A er omfattet av avhendingsloven eller bustadoppføringsloven. Dersom A videreselger en fast eiendom han har kjøpt av H, kan B i sitt direktekrav mot H ikke fremme et retteskrav ved rettsmangler, da A ikke har et retteskrav etter avhendingsloven. Har derimot H levert løsøre med rettsmangler til A, som A inkorporerer i sin eiendom, som selges til B, vil avtalen mellom H og A reguleres av kjøpsloven eller forbrukerkjøpsloven, som ikke har tilsvarende unntak for kjøpers krav på retting.⁵⁶

6.4 Må Bs krav først rettes mot A?

Reglene om direktekrav gjør at B kan velge mellom A og H når mangelskravet skal fremmes. Samtidig vil B etter subrogasjonsmodellen ikke nødvendigvis ha et mangelskrav mot A, og B kan i så fall bare rette kravet mot H.

Så langt det gjelder reklamasjonsfrister i kjøpet, kan de stenge kravet mot H. Etter kjøpsloven § 85 og avhendingsloven § 4-16 annet ledd må Bs reklamasjon overfor H fremmes innen fristene som gjelder i forholdet mellom H og A. Som gjennomgått i punkt 4.2

⁵⁵ Mer om reglene i Martinussen, *Kjøpsrett* (2012) s. 197 flg.

⁵⁶ Se mer om retting i Jervell, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1994 s. 911.

gjelder toårsfristene for reklamasjon i kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven ikke ved rettsmangler, slik at de doble reklamasjonsfristene etter henholdsvis kjøpsloven § 84 og forbrukerkjøpsloven § 35 ikke er anvendelige ved denne typen problemstilling. På den annen side gjelder femårsfristene for rettsmangler etter avhendingsloven og bustadoppføringsloven også mot bakenforliggende salgsledd, som kan begrense Bs adgang til å fremme krav mot H ved rettsmangler i fast eiendom.

Dersom B har sine krav mot både A og H i behold, oppstår spørsmålet om B må gå på A først eller kan velge fritt. Spørsmålet ble drøftet i forarbeidene til avhendingsloven, Rådsegn 12, hvor det ble foreslått en bestemmelse i utkastet § 25 om at direktekrav ved rettsmangler først måtte rettes mot A:

Er det på det reine at seljaren ikkje kan svare skyldnaden sin etter § 23 eller § 24, kan kjøparen reise kravet mot heimelsmennene lenger tilbake – i den mon seljaren kunne gjort tilsvarende krav gjeldande mot dei.

I redegjørelsen for regelen på s. 49 fremstår begrunnelsen heller som et ønske om å åpne for krav mot bakenforliggende ledd, som ble lovfestet først ved kjøpsloven 1907 § 49 a i 1974, fremfor som et ønske om å begrense den:

Paragrafen gjeld berre krav om skadebot for full eller delvis vanheimel, sjå § 23 andre stykket og § 24 andre stykket. Etter framlegget får kjøparen høve til å gjere slike skadebotkrav gjeldande mot heimelsmennene til seljaren i tilfelle då seljaren sjølv ikkje kan betale. Det er altså meininga at kjøparen først må gå på seljaren. Andre mellomlekkar må kjøparen derimot kunne hoppe over.

I Ot.prp. nr. 66 (1990–91) s. 112–113 ble reglene om direktekrav utvidet til alle typer mangler, og ikke bare rettsmangler, men uten å drøfte rekkefølgen for kravet noe nærmere. Den vedtatte § 4-16 inneholder ikke noe om rekkefølgen for kravet, slik at etter både avhendingsloven og øvrig lovgivning står B fritt, og det er anerkjent

i teorien at B kan velge om han vil først gå på A eller H.⁵⁷

6.5 Kan H møte Bs direktekrav med vindikasjon?

Det kan spørres om H kan møte Bs direktekrav med et vindikasjonskrav, og hvilket krav som i så fall får forrang. Problemstillingen forutsetter at H er i mislighold overfor A, slik at B kan fremme et direktekrav. Samtidig må H kunne vindisere, enten gjennom de lovfestede reglene som i godtroervervloven § 2 eller tinglysningsloven § 27, eller fordi B ikke oppfyller ekstinksjonsvilkårene. Ekstinksjons- og vindikasjonsreglene forutsetter at det er mangler ved As adkomst til formuesgodet, ved at A utad fremstår som å ha en større rett enn det han egentlig har, for eksempel etter å ha forfalsket et skjøte. I slike tilfeller er det ikke noe mangelskrav mellom H og A som B kan tre inn i. Ved direktekrav for rettsmangler er situasjonen heller den motsatte: Her har A fått en mindre rett enn den han egentlig skulle ha, og manglene ved As adkomst går andre veien, mot H. Så lenge A ikke har fått overført en større rett fra H enn det som følger av avtalen – heller en mindre rett i disse tilfellene – vil ikke Hs rett bli krenket av at A overfører retten til B, i det som blir et derivativt og ikke ekstinktvt erverv.

7. As intervensjonsadgang

7.1 Utgangspunkt

Ved rettsmangler vil A fort holdes ansvarlig overfor den tapende part, på kontraktuelt grunnlag eller på culpagrunnlag, avhengig av om utfallet blir at den eldre retten går tapt ved ekstinksjon eller blir opprettholdt ved vindikasjon, tilbakeføring eller Bs aksept.⁵⁸

Spørsmålet her er i hvilken grad A kan påvirke utfallet i den ene eller andre retningen. Som forklart ovenfor i punkt 4.5 og 6.4 kan A

⁵⁷ Se blant annet Hov og Høgberg, *Obligasjonsrett* (2017) s. 355 flg. og Tørum, *Direktekrav* s. 194–198.

⁵⁸ Se blant annet Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2018) s. 264.

ikke forlange at kravene fremmes i en bestemt rekkefølge. Samtidig har også A visse muligheter til å påvirke utfallet i blant annet misligholdsbestemmelsene.

7.2 As rett til å tilby avhjelp

Selv om Bs rett til å kreve avhjelp er begrenset, som nevnt i punkt 3.1.2, har A under gitte vilkår rett til å gjennomføre avhjelp ved å rette eller omlevere, slik det følger av kjøpsloven § 36, avhendingsloven § 4-10 første ledd, bustadoppføringsloven § 32 annet ledd og forbrukerkjøpsloven § 29 tredje ledd. Hovedtrekket i lovgivningen er at avhjelp gjennomføres uten urimelig ulempe og (utenom i kjøpsloven) at kjøper ikke har særlig grunn til å motsette seg avhjelp. En slik avhjelp kan A gjennomføre uoppfordret, og A kan også sette frister overfor B for å fremskynde avhjelpen.

Avhjelp kan gjennomføres fra As side ved for eksempel omlevering med mangelfri gjenstand. Dersom A kontrollerer S' rett, for eksempel ved også å eie eiendommen S som innehar heftelsen som utgjør rettsmangelen, kan A alternativt slette denne heftelsen. Retting i form av en pengeytelse til B vil derimot ikke B måtte godta, da dette i realiteten utgjør et prisavslag eller erstatning og ikke er en fullgod retting.

7.3 Må B godta As tilbud om avhjelp?

Dersom A tilbyr avhjelp etter lovens vilkår, er spørsmålet om B må godta denne, eller om B kan fastholde ekstinksjonen.

Ved ekstinksjonen har B utslettet eldre rettigheter. En konsekvens er som nevnt under punkt 4.5 at B i utgangspunktet kan holde seg til hvem han vil av A og eldre rettighetshaver. Å pålegge B å tåle avhjelp innebærer en form for gjenopprettelse av den eldre retten, som avhjelpen springer ut fra. På den annen side er det i motsetning til unntakene for kjøpers krav på avhjelp ved rettsmangler ikke gjort tilsvarende begrensninger i selgers rett til avhjelp ved rettsmangler, slik at retten til avhjelp her, som ved øvrige mangler, følger direkte av

loven. I forarbeidene til avhendingsloven er det forutsatt at selgers krav på avhjelp også gjelder ved rettsmangler.⁵⁹

Når det i lovframlegget heiter at føresegnene om manglar gjeld tilsvarende, inneber dette at ikkje berre føresegnene i kapittel 4 om kjøparens krav ved avtalebrot på seljarens side skal brukast, men også dei andre føresegnene om manglar.

Dersom As avhjelp stiller B i en like god situasjon som ved en ekstinksjon, har ikke B noen klar interesse i å sette A på sidelinjen. Det gjelder særlig dersom As tap blir mindre ved å avhjelpe mangelen fremfor å erstatte Hs/S' tap etter ekstinksjonen. Det kan som et eksempel tenkes at A i samme kontrakt selger en hyttetomt og en separat båt plass til S og deretter selger den samme båt plassen til B, som har en hytte lenger unna. B tinglyser ervervet av båt plassen i god tro, og S truer med å heve kjøpet av hyttetomten på grunn av den manglende båt plassen, alternativt å kreve erstattet verditapet på eiendommen når båt plassen mangler. A kan levere en alternativ båt plass til begge parter, som for Bs del er like god og like nær som den B fikk tinglyst, men den er samtidig for langt unna til å utgjøre en god erstatning for S. Forutsatt at en slik omlevering ikke er til «urimeleg ulempe» for B, og B ikke har «særlig grunn til å motsetje seg rettinga», kan B ikke avslå tilbudet om retting, jf. avhendingsloven § 4-10, da han ikke stilles dårligere med den nye båt plassen. Riktignok kan A, som forårsaket problemet, i mindre grad søke beskyttelse bak prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold, men regelen bør kunne gis anvendelse også for tilfeller uten klander. Særlig hvis A selv er i god tro om rettsmangelen og møtes av et objektivt ansvar (se punkt 3.1.5), vil hensynet til A stå sterkt.

As lovfestede rett til å tilby retting gjelder også ved rettsmangler, og hvis denne og andre mangelsbeføyelser skulle bortfalle ved Bs ekstinksjon, vil det være i strid med både lovtekst og uttalelser i forarbeidene. På det grunnlaget må Bs rett etter ekstinksjonen vike

⁵⁹ Ot.prp. nr. 66 (1990–91) s. 114.

for et tilbud om retting.⁶⁰ Riktignok vil B ikke ha reklamert i slike situasjoner, noe som heller ikke vil være naturlig å kreve, da en slik regel ville gitt B en vetorett mot As avhjelp i strid med lovens system. Reklamasjonsreglene er gitt for å beskytte A, og da bør A kunne velge å la være å påberope seg dem i slike tilfeller.

7.4 As mulighet til å avverge mangelsansvar ved å innfri Hs/S' krav

Som et alternativ til å gi avhjelp til B kan A tilby oppgjør til H eller S. Motivet til A kan være å spare renteutgifter på et krav som A til sist vil bli holdt ansvarlig for, både ved å unngå renter ved tidlig innfrielse av heftelsen og ved å hindre de høyere misligholdsrentene i å løpe.

Dersom A ikke oppnår enighet med H/S, kan A fremtvinge en løsning gjennom den ulovfestede læren om intervensjonsbetaling. Det følger av denne at kreditor ikke kan avvise et oppgjør der den som betaler, har en beskyttelsesverdig interesse i å betale.⁶¹ I tilfellet hvor A har interesse av å gjøre opp et pantelikret pengekrav med H/S dersom han med det kan unngå et mer omfattende krav fra B, vil A fort anses å ha en slik beskyttelsesverdig interesse. H/S kan i så fall ikke nekte å ta imot betaling fra A. Dersom A også er debitor etter et lån som er sikret med pant i eiendommen som B har overtatt, kan retten til innfrielse følge direkte av låneforholdet.

7.5 Kan A ekstingvere med virkning for B?

Forutsatt at A selv er aktsomt uvitende om rettsmangelen, kan A i noen tilfeller være i posisjon til å ekstingvere med virkning for B også etter overføring av retten fra A til B. For eksempel har A inngått avtale med H om kjøp av Hs verktøy, men som Hs kreditorer allerede

⁶⁰ Kristen Andersen, *Kjøpsrett* s. 216, synes å ville gi selgers rettekraft forrang foran kjøpers rett etter ekstinksjonen.

⁶¹ Se Hov og Høgberg, *Obligasjonsrett* (2017) s. 326–329, Trygve Bergsåker, *Pengekravsrett*, 3. utg., Gyldendal 2015 s. 314 flg, Hagstrøm mfl., *Obligasjonsrett* (2021) s. 757 flg.

har tatt utleggspant i gjennom registrering etter panteloven § 5-6. A var aktsomt uvitende om pantet, og etter overlevering pantsetter A verktøyet til B ved registrering av et driftstilbehørs pant etter panteloven § 3-4. Både A og B forutsetter at verktøyet er fritt for heftelser, og er ukjent med utleggspantet, som vil være en rettsmangel i avtalene mellom både H og A og A og B. Ved henholdsvis besittelse og registrering har A og B gjennomført sitt erverv og kan ekstingvere utleggspantet. Selv om B av hensyn til en relasjon med S ikke ønsker å fastholde ekstingsjonen og heller vil fremme et misligholdskrav mot A, kan A gjennom sin besittelse ekstingvere den eldre retten, med bestemmende virkning også for B.

Moby-Dick og besittelse

Anders Parmann, førstelektor i rettsvitenskap
ved Nord Universitet

Innledning

I denne artikkelen ser jeg på muligheten for å bruke litteraturen til å hjelpe oss med å forstå juridiske konsepter, ved at litteraturen både kan fungere som pedagogisk hjelpemiddel og som hjelpemiddel for tankeprosesser.¹ For å belyse dette vil jeg undersøke om det er mulig å bruke Herman Melvilles bok *Moby-Dick* for å forstå besittelsesbegrepet og debatten om besittelse. Kan litteraturen hjelpe oss med å forstå debatter om juridiske konsepter, slik som debatten om besittelse?

I Herman Melvilles bok *Moby-Dick* følger vi gjennom fortelleren Ishmaels øyne kaptein Ahabs ustoppelige jakt på hvalen Moby-Dick.² Ahab er besatt av å hevne seg på Moby-Dick, som tidligere har revet av ham et ben. Ahabs jakt ender med at han selv blir dratt ned i dypet av hvalen. I løpet av boken får vi grundige beskrivelser av hvalfangerlivet og utallige beskrivelser av hvalanatomi.³ Men mer

¹ Artikkelen er basert på et innlegg jeg holdt på American Studies Association of Norway 2022 Conference i Bodø 1. oktober 2022. Takk til Jessica Allen Hanssen for å ha overbevist meg om at også en jurist kunne ha noen perspektiver å bidra med på en litteraturkonferanse, og til Asbjørn Eidhammer og Roger Stelander Magnussen for nyttige kommentarer på artikkelen.

² I denne artikkelen har jeg brukt Bjørn Alex Herrmans oversettelse av *Moby-Dick* (Aschehoug 2018). Romanen ble først utgitt i 1851.

³ Se Herman Melville, *Moby-Dick*, Aschehoug 2018 s. 474 for eksempler på utførlig

interessant enn dette, i vår kontekst, er at boken også tar opp en del av de juridiske problemene knyttet til hvalfangst. I dag ville problematiseringen kanskje dreid seg mer om de etiske og miljømessige sidene av hvalfangsten. I Melvilles bok er ikke dette temaet, men tingsrettslige spørsmål som: Hvem eier hvalen, og når oppstår eierskapet over hvalen? Og hva skjer hvis du fanger en hval, og den så stikker av igjen? Hvis man harpunerer en hval, og den klarer å stikke av, hvem er da eier av harpunen som sitter igjen i hvalen?⁴ Disse spørsmålene spiller rett inn i en av attenhundretallets store juridiske debatter – debatten om besittelseslæren.⁵

Jus og litteratur-bevegelsen

Jus og litteratur-bevegelsen har sin bakgrunn i USA, men har også skapt debatt i Norge.⁶ Bevegelsen kan deles inn i to hovedgrener: de som ser på jus i litteraturen, og de som bruker litteraturvitenskapelige metoder for å studere jussen.⁷

Det har vært den sistnevnte grenen som har dominert i Norge.⁸

diskusjon om hvalanatomi.

⁴ For en mer utdypende analyse av reglene presentert i *Moby-Dick* opp mot reglene i hvalfastens glansperiode, se Robert S. Ellickson, «A hypothesis of wealth-maximizing norms: Evidence from the whaling industry», *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 5, nr. 1, 1989, s. 83–97.

⁵ Se Anders Parmann, «Besittelseslærens historie i skandinavisk rettsvitenskap», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 136, nr. 5, 2023, s. 557–585.

⁶ Se Ian Ward, *Law and literature*, Cambridge University Press, 1995 for et innblikk i den amerikanske debatten og Silje Warberg, «Rett og litteratur. Fortellinger om forfall og fornyelse», *Norsk litteraturvitenskapelig tidsskrift*, vol. 20, nr. 2, 2017 for en beskrivelse av sammenhengen mellom den amerikanske og den norske debatten.

⁷ Se Warberg 2017 for en drøftelse av disse to retningene og av hva som er en egnet betegnelse på norsk. Se også Bjarne Markussen, «Rett og litteratur – En introduksjon og et bidrag», *Edda*, vol. 92, 2005.

⁸ Se Warberg 2017 for en grundig gjennomgang av denne debatten. Se også Eivind Kolflaath, «Replikk om lov og litteratur», *Norsk litteraturvitenskapelig tidsskrift*, vol. 21, nr. 1, 2018.

Prosjektet *Justismordets dramaturgi. Om konstruksjonen av falske eller fiktive fortellinger i retten* er et eksempel på dette. Prosjektet var et tverrfaglig forskningsprosjekt som varte fra 2009 til 2013 og fikk støtte av Norges forskningsråd.⁹ I norsk sammenheng har dette prosjektet vært viktig, blant annet gjennom utgivelsen av boken *Justismordets retorikk*.¹⁰ I boken gikk forfatterne Johan Dragvoll, Bjørn C. Ekeland og Arild Linneberg inn i høyt profilerte saker som allerede var godt kjent i mediene, herunder Fritz Moen-saken og Torgersen-saken. De satte seg fore å se på retten som et teater og ved litteraturvitenskapelige dekonstruksjonsmetoder avsløre justismord. Lite overraskende fant de justismord der de lette. Prosjektet ble sterkt kritisert, og hvis målet med forskningen var å sette i gang en juridisk selvrefleksjon, har det i liten grad lyktes med det.¹¹ Et av problemene med prosjektet var at konklusjonen i stor grad var gitt på forhånd ved valg av studieobjekt. Ved å velge noen av Norges mest kjente og kontroversielle kriminalsaker stakk de hånden inn i et vepsebol. Og den som velger å studere vepsebol, må regne med noen stikk.

Det var ikke bare valget av enkeltsaker som var problemet, men også valget av juridisk fagfelt: Strafferetten er nok den delen av rettssystemet allmennheten tenker på når de hører ordet jus, men den utgjør bare en liten del av rettssystemet. Å skulle si noe meningsfullt eller forsøke å forstå rettssystemet gjennom bare å se på strafferetten er som å forsøke å forstå USA gjennom å se på reality-programmet *The Kardashians*. Serien gir et innblikk i noen amerikaneres liv, men bildet er ganske skjevt.

Spørsmålet blir da om det er mulig å kombinere jus og litteratur på en mer meningsfylt måte. En som har forsøkt dette, er Gary D. Finley. I 2011 publiserte han en artikkel der han undersøkte hvordan

⁹ Johan Dragvoll, Bjørn C. Ekeland og Arild Linneberg, *Justismordets retorikk*, Vidarforlaget 2013 s. 13.

¹⁰ Dragvoll mfl. 2013.

¹¹ Kolflaath 2018.

man kan bruke nettopp *Moby-Dick* i undervisningen av førsteårsstudenter.¹² Jeg tror måten han bruker litteraturen på her, kan være nyttig, spesielt i en pedagogisk kontekst. Lars Skjold Wilhelmsen beskriver i boken *Juridisk fagdidaktikk* på sin side hvordan en innledende historie kan være med på å danne et mentalt rammeverk som kan forbedre studentenes læring.¹³

Jeg vil her prøve å bruke *Moby-Dick* til å synliggjøre enkelte perspektiver i debatten om besittelse. Kanskje kan litteraturen bidra med å synliggjøre noen aspekter av besittelsesbegrepet, og debatten rundt dette, som ellers ville vært vanskeligere å trenge inn i.

Da besittelseslæren var på moten

Da Herman Melville ga ut *Moby-Dick* i 1851, var debatten om besittelse på sitt heftigste.¹⁴ Besittelse har hatt en funksjon i ulike rettssystemer siden romerretten, men debatten om hva besittelse er, og hvilke konsekvenser besittelse skulle få, eksploderte virkelig på begynnelsen av attenhundretallet. Da den tyske rettsteoretikeren Carl von Savigny kom ut med sin avhandling *Das Recht des Besitzes* i 1803, fikk det ringvirkninger i den juridiske debatten over hele Europa.¹⁵ Diskusjonen om besittelsesbegrepet var med på å prege den juridiske debatten på attenhundretallet, og Melvilles bok kom ut

¹² Gary D. Finley, «Langdell and the Leviathan: Improving the First Year Law School Curriculum by Incorporating Moby-Dick», *Cornell Law Review*, 2011 vol. 97, s. 159–189.

¹³ Lars Skjold Wilhelmsen, *Juridisk fagdidaktikk*. Fagbokforlaget 2014.

¹⁴ Se Parmann 2023 for en oppsummering av den skandinaviske debatten.

¹⁵ Se Carl von Savigny, *Treatise on possession*, 1848 (engelsk oversettelse), Elsa Olava Kristina Eschelsson, *Bidrag til läran om besittning enligt svensk rätt: besittningsberegnet*, 1904, Absalon Taranger, *Den norske Besiddelsesret: indtil Christian V's Norske Lov*, 1897, Edward Isak Hambro, *Bidrag til Læren om Besiddelse*, 1889, Isak Sven Landtmanson, *Om Commodum Possessionis och Besittningsskydd*, 1863, Carl Torp, *Besiddelsen og dens Betydning i retlig Henseende*, 1884 og Rudolf von Jhering, *Der Besitzwille*, 1889 for eksempler på denne debatten.

midt i denne striden. Det som i stor grad var en debatt som hadde sitt utspring i den tyske rettstenkningen, fikk også konsekvenser i Norden. Besittelsesdebatten ble etter hvert også viktig i Skandinavia, og temaet fikk relativt stor plass i det som var et lite rettslig miljø i Norden.¹⁶

Savigny la vekt på at besittelse besto av to elementer, som han kalte for *corpus* og *annus*. *Corpus* er den materielle siden av besittelsesbegrepet, altså det å fysisk kontrollere eller holde en gjenstand. Men for Savigny holdt det ikke å fysisk være i besittelse av et objekt for å være besitter; man måtte også ha en *vilje* til å besitte objektet, en «besittelsesvilje», som han kalte for *annus*. For å være i besittelse av noe måtte man altså etter Savigny ha både en fysisk besittelse, *corpus*, og en vilje til å besitte, *annus*.¹⁷

I *Moby-Dick* kommer spørsmålet om besittelse opp i flere situasjoner.¹⁸ Viktig er diskusjonen om løs og fast hval. Hvaljakten i *Moby-Dick* foregår ved at man forfølger hvalen i småbåter og harpunerer den med håndholdte harpuner. Harpunen er koblet til båten med et tau. En hval som er harpunert og festet til en båt blir kalt en fast hval. Melville beskriver det slik i *Moby-Dick*:

For det første: Hva er en fastfisk? Levende eller død er en fisk teknisk sett fast når den er forbundet med en bemannet skute eller båt gjennom et hvilket som helst medium som kan kontrolleres av den eller de som bemanner den — om det er en mast, en åre, en nitoms trosse, en telegrafråd eller en tråd fra et spindelvev er ett fett. Likeledes er en fisk teknisk sett fast når den bærer en merkevimpel eller et annet gjenkjennelig eiendomsmerke, så lenge den merkende part tydelig

¹⁶ Se blant annet Eschelsson 1904, Taranger 1897, Hambro 1889, Landtmanson 1863 og Torp 1884.

¹⁷ Savigny 1848 s. 142.

¹⁸ Se Robert Deal, «The judicial invention of property norms: Ellickson's whalermen revisited», *The University of Toronto Law Journal*, vol. 63, nr. 1, 2013, s. 73–96 for en analyse om hvorvidt Melvilles fremstilling av hvalrettens utvikling var korrekt.

legger for dagen evne til når som helst å bringe den langs siden samt at han har til hensikt å gjøre dette.¹⁹

Vi ser her at det avgjørende er to ting: for det første kontroll over hvalen i form av en fysisk forbindelse til den; for det andre viljen til å ha kontroll, som vises ved at man har merket hvalen. Denne viljen kan være avgjørende så lenge den er koblet til en form for kontroll over hvalen. Hvis vi bruker Savignys perspektiv på besittelse, hvor både fysisk kontroll (*corpus*) og viljen til å besitte (*annus*) må være til stede for å bli regnet som besitter, ser vi at *corpus* vises ved en fysisk forbindelse til eller kontroll over hvalen. *Annus* blir derimot vist til omverdenen ved å ha merket hvalen eller ha en fysisk forbindelse med hvalen.

Besittelse som sosialt og rettslig fenomen

Besittelse har både en sosial og en rettslig side.²⁰ Når en turist på en kafé legger jakken sin ved et bord før han eller hun går for å bestille, har turisten tatt bordet i sin besittelse. Dette er en handling som skaper en forventning om at andre ikke vil sette seg ved bordet. De fleste vil nok vegre seg for å sette seg ved et bord hvor noen har lagt jakken sin. Dette er ikke en form for besittelse som er juridisk relevant, men heller et sosialt fenomen.

I ulike samfunn har man ulike krav eller vilkår for når noe er tatt i besittelse. Det kan være en jakke ved et bord, en fisk i et garn eller et bær i en bøtte. Eller i *Moby-Dicks* tilfelle: en harpunert hval. Ulike rettigheter etableres på ulike måter, og etableringen får ulike konsekvenser.

Abraham Bell deler besittelsens sivilrettslige virkninger inn i tre hovedgrupper: For det første som et grunnlag for å danne nye

¹⁹ Melville 2018 s. 498.

²⁰ For å lese mer om besittelse som sosialt fenomen se Henry E. Smith «The elements of possession», i Yun-Chien Chang (red.), *Law and economics of possession*, Cambridge University Press, 2015 s. 68.

rettigheter, som etablering av eiendomsrett gjennom okkupasjon eller hevd. For det andre som en ytre manifestasjon av en rett: Den som er i besittelse, er mest sannsynlig legitim eier. For det tredje som en rett i seg selv. Den som er i besittelse, kan ha en rett til å fortsette å være i besittelse. En leietaker kan for eksempel ha rett til å bruke en bolig til det kommer en dom på at hen må flytte.²¹

Elsa Eschelsson

En av dem som viet spørsmålet om besittelse stor plass, var Elsa Eschelsson. Eschelsson var Nordens første kvinnelige dr. juris og avla doktorgraden nettopp om temaet besittelse.²² Hennes arbeider imponerte jurister også utenfor Sverige gjennom dyptgående analyser av begrepet «besittelse».²³ Men hun møtte også betydelig motstand.²⁴ Hun tok utgangspunkt i den tyske debatten om begrepet.²⁵ For henne var det ikke vesentlig om man kunne stadfeste en besittelsesvilje; det hun spurte om, er hvem som har kontroll over tingen. For Eschelsson er kriteriet for å være besitter altså at man har makt over objektet.²⁶ Hun var kritisk til Savignys *annus*-begrep fordi

²¹ Abraham Bell, «Title in the shadow of possession», i Yun-Chien Chang (red.), *Law and economics of possession*, Cambridge University Press, 2015, s. 320–334.

²² Lars Björne, *Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia del III 1871–1910*, 2002 s. 122.

²³ Francis Hagerup skrev følgende om Eschelssons avhandling i sin anmeldelse av den i 1905: «Forfs interessante Arbeide viser en usædvanlig Evne til med logisk Styrke at forfølge en abstrakt Tankegang.» Francis Hagerup, *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1905, s. 225–229.

²⁴ Se Maud Ekeberg, «Elsa Eschelsson – vår första kvinnliga rättsvetenskapare», *Svensk Juristtidning*, 1962 s. 669, Björne 2002 s. 132, Wilhelm Sjögren, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1911 s. 256 og Inger Dübeck, «Kvinder i nordisk retsvidenskab», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1987 s. 40–67.

²⁵ Se Eschelsson 1904 s. 20.

²⁶ Elsa Eschelsson, *Om fullbordandet af gåfva af lös egendom enligt svensk rättspraxis*, Stockholm, 1906.

det var for uskarpt, og ville ha en klarere og enklere definisjon.²⁷ Eschelsson oppnår et mer presist konsept av besittelse enn sine forgjengere ved å fokusere utelukkende på det spesifikke maktforholdet over objektet og sette til side andre faktorer. Dette bringer henne nærmere kjernen av et av de fundamentale problemene med besittelse som juridisk institusjon: ideen om at besittelsen i seg selv skal etablere en rettighet, at makt gir rett. For å trekke linjene tilbake til *Moby-Dick* er det nettopp kontrollen over hvalen som i bokens tilfelle skaper retten til den.

Besittelse som grunnlag for eiendomsrett

På samme måte som Eschelsson trekker Melville i sitatet ovenfor frem selve maktaspektet ved besittelse: Ved å harpunere og få kontroll over hvalen blir man eier av hvalen.²⁸ Eierskapet opparbeider man seg gjennom kontrollen. Da blir spørsmålet hva som skjer hvis rollene blir snudd. Kan hvalen få eierskap til hvalfangerens redskaper ved å få kontroll over dem? Melville presenterer leseren for en lignende situasjon, der spørsmålet til syvende og sist er om hvalen kan erverve rettigheten til de fangstredskapene som den er forsøkt fanget med:

For en femti års tid siden kom en eiendommelig sak om hvalvindikasjon opp for retten i England, der saksøkerne anførte at etter en hard jakt på en hval i nordlige farvann, hadde de (saksøkerne) lyktes i å harpunere fisken, men ble til slutt, av fare for sine liv, tvunget til ikke bare å oppgi linen, men selve båten.²⁹ Deretter hadde de saksøkte (mannskapet på en annen skute) innhentet hvalen, harpunert, drept,

²⁷ «Så angifver jag det sålunda, att besittningen är 'ett maktförhållande öfver en sak, men ett maktförhållande, som dels alltid blott innebär en stark sannolikhet af makt, dels ... vanligen är ett relativt förhållande'», Eschelsson 1906 s. xi. Se også Björne 2002 s. 131.

²⁸ Se Ellickson 1989 for mer om de faktiske rettslige normene som regulerte hvalfangst.

²⁹ Saken minner om «ankerdommen» i Rt. 1924 s. 170, der det ble lagt vekt på at et skip som mistet sitt anker utenfor Bergen, ikke hadde mistet det frivillig.

sikret og endelig satt seg i besittelse av den rett foran øynene på saksøkerne. Men da de saksøkte ble møtt med protester, bare knipset kapteinen deres med fingrene rett opp i fieset på saksøkerne og forsikret dem om at han nå like sikkert som amen i kjerka ville beholde linen, harpunene og båten deres, som fremdeles hadde hengt fast ved hvalen da den ble sikret. Derfor krevde saksøkerne nå erstatning for verdien av hval, line, harpuner og båt.³⁰

Han skriver videre:

Etter at alle innlegg og motinnlegg var hørt, avsa den meget lærde dommer sin kjennelse, nemlig — At hva båten angikk, tilkjente han saksøkerne den siden de bare hadde forlatt den for å berge livet, men når det gjaldt den omstridte hvalen, harpunene og linen, tilhørte disse de saksøkte; hvalen fordi den var løsfisk på det tidspunkt da den til slutt ble tatt, og harpunene og linen fordi fisken da den (altså fisken) stakk av med disse tingene, fikk eiendomsretten til dem, og følgelig ville den som senere fanget fisken få retten til dem. Nå var det de saksøkte som senere tok fisken, ergo var de nevnte tingene deres.³¹

En parallell til dette ser man i avslutningen av *Moby-Dick*, da kapteinen blir dratt med i dypet av hvalen:

Harpunen ble kastet og traff hvalen som fór fremover; linen løp lynraskt gjennom skåret og floket seg. Akab bøyd seg for greie den ut, og han greide den ut, men en løs tørn la seg om halsen på ham, og like lydløst som tyrkiske evnukker kveler sine ofre med en buestreng, ble han revet ut av båten før mannskapet skjønte at han var vekk. I neste nå fór den tunge øyespleisen i enden av linen ut av den tomme baljen, slo ned en roer, traff sjøen og forsvant i dypet.³²

I *Moby-Dick* blir eierskapet definert av hvem som har kontroll over hvem. Når boken avsluttes med at Ahab blir dratt med ned i dypet av *Moby-Dick*, går *Moby-Dick* over fra å være objektet som skal fanges, til å bli subjektet som fanger.

³⁰ Melville 2018, s. 498.

³¹ Melville 2018, s. 499.

³² Melville 2018, s. 702.

Da Melville utga *Moby-Dick*, eksisterte det slaveri i flere deler av verden. Bokens avslutning kan også leses som en kommentar til slaveriet. Denne parallellen trekker Melville også selv i *Moby-Dick*.³³

Konklusjon

Hvilken nytte kan vi ha av bøker som *Moby-Dick*? Finley skriver at *Moby-Dick* kan være godt egnet for såkalt sosiokratisk undervisning, en pedagogisk tilnærming hvor målet er å legge til rette for samtaler mellom foreleser og studenter, der foreleserne oppmuntrer studentene til å reflektere over ulike spørsmål, med mål om å gi studentene en dypere forståelse av fagstoffet. Ifølge Finley kan spørsmålene og konfliktene som reises i *Moby-Dick*, gjøre den spesielt egnet for slik undervisning. For eksempel kan kapitlene om løs og fast hval brukes til å gi studentene en dypere forståelse av eiendomsrett.³⁴ Jeg tror også at litteraturen, som her i *Moby-Dick*, kan hjelpe oss med å utkrystallisere noen skillelinjer og skape noen mentale bilder.³⁵ Spørsmålet om hvem det er som har kontroll, og hvor mye kontroll man må ha, blir så tydelig når man ser for seg hvalen med harpunen i kjøttet. Hvem er det egentlig som har kontroll over hvem, og hvor mye kontroll må man ha for at det skal utløse en rettslig virkning? Her kan kanskje litteraturen komme med gode eksempler – eksempler som bare kan bli slått av virkeligheten.

³³ Melville 2018, s. 500.

³⁴ Gary D. Finley, «Langdell and the Leviathan: Improving the First Year Law School Curriculum by Incorporating Moby-Dick», *Cornell Law Review*, 2011 vol. 97, s. 159–189.

³⁵ Se Carol M. Rose, «Possession as the Origin of Property», *The University of Chicago Law Review*, 1985, vol. 52, s. 88 for en slik bruk av Moby-Dick.

Tålt bruk (*precario*) (i hevdslæren) forstått som «godviljesbruk»

Gunnar Eriksen, professor i rettsvitenskap,
Universitetet i Tromsø

Innledende bemerkninger

I hevdslæren kan uhjemlet bruk av en ting føre til at brukeren som følge av lang tids bruk i god tro vinner eiendomsrett eller bruksrett til tingen. Hevd er mest praktisk som ervervsgrunnlag for eiendoms- eller bruksrett i fast eiendom og løsøre, men har også en del spesialanvendelser.¹ Forutsetningen er at bruken skjer i aktsom god tro som utøvelse av en rett i hevdstid. Hevden kan i tillegg til at ett av disse grunnvilkårene ikke er oppfylt, hindres av flere andre grunner. En av disse finner vi i hevdsloven § 5, som sier at hevd ikke er aktuelt hvis hevdspretendenten sitter med tingen med annen hjemmel, for eksempel «forvaring, leige, lån eller pant». Det samme gjelder der bruken av tingen skjer med samtykke fra eieren. Dette samtykket kan både være eksplisitt og stilltiende. Disse tilfellene kaller vi *tålt bruk* eller *precario*. I denne fremstillingen brukes *precario* og *tålt bruk* som synonymer.²

I denne artikkelen skal vi se nærmere på grensene for hva slags

¹ For mer detaljer om hevdsinstituttets ulike sider se Gunnar Eriksen, *Hevdsloven. Lovkommentar*, Juridika 2023. Deler av denne artikkelen baserer seg på fremstillingen der.

² For en mer grundig og detaljert gjennomgang av *tålt bruk*, se Miriam Skag, «Tålt bruk», *Lov og Rett*, 2004, s. 553–570.

bruk en grunneier kan finne seg i eller tolerere uten å miste eller få innskrenket sin rett. Denne offergrensen forklares ofte med «velvillighet» eller «god vilje» fra grunneierens side. Denne «godviljen» er ofte svært vanskelig å påvise, slik at det i praksis ofte opereres med erfaringssetninger eller rene antakelser for hvor «snill» en eiendomsbesitter kan og bør være. Det er derfor mye som taler for at det er mer klargjørende å skille mellom avtaleprecario og passivitetsprecario enn å operere med en fiksjon om at tålt bruk skjer som slags velvillighet eller «godviljesbruk».

Nærmere om precariobegrepet og skillet mellom avtaleprecario og passivitetsprecario

Precario stammer fra romerretten og var fra først av et slags brukslån, deretter en form for avtale om jordleie:³ Den som brukte jorda, måtte til enhver tid rette seg etter jordeierens bestemmelse. Gjennom dette utviklet romerretten hevdslignende regler, hvor besitteren av jord måtte bevise at han ikke hadde skaffet seg hånd om eiendommen ved vold, bruk i skjul eller *precario*. I utviklingen av moderne hevdsregler var *precario* en del av vurderingen av kravet om besittelsen var skjedd i den tro at man hadde rettmessig adkomst. På 1840-tallet innfortolket domstolene kravet om at bruken ikke må ha vært tålt, i hevdsreglene. Platou skrev om dette:

Det synes ogsaa at være vore Domstolers Mening, at hævd ikke kan vindes på en Brug, som Udøveren efter de tilveiebragte Oplysninger kan skjønnes paa egen haand at have tilegnet sig med stilltiende Indrømmelse (indtil videre) af Modparten.⁴

Hjemmelen for at det finnes en *precario*-begrensning ved hevd (og

³ Max Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt, Das Altrömische, das Vor-klassische und Klassische Recht* (München 1971), s. 141 og s. 388–389.

⁴ Ch. [Fredrik Christian Stoud] Platou, *Om Besiddelse efter norsk Ret* (Christiania 1863), s. 160. Avgjørelsene Platou har i tankene, er Rt. 1845 s. 689, Rt. 1847 s. 113 og Rt. 1853 s. 747.

alders tids bruk), er i dag dels å finne i hevdsløven § 5, dels i ulovfestet rett. Tålt bruk er altså en hevdshindring og et negativt utformet hevdsvilkår – bruken må ikke ha vært tålt. Et spørsmål for seg er om en bruk som opprinnelig var tålt, kan bli til en «virkelig» rett. Utgangspunktet er her at det ikke kan skje. Sivilløvbokutvalet sier om dette: «Endå om tilhøvet varer i alders tid misser ikkje eigaren retten sin til å seia nei seinare.»⁵ Dette er likevel ikke til hinder for at forholdene kan endre seg. Hvis det opprinnelige grunnlaget for bruken fravikes, kan en rett oppstå. Sivilløvbokutvalet sier om dette i tilknytning til hevdsløva § 5: «Går rådeveldet derimot tydeleg og openbert ut på noko anna eller meir enn særheimelen gjev høve til, stengjer han i prinsippet ikkje for hevd.»⁶ I Rt. 1963 s. 370 (Lågen), hvor grunnlaget riktignok var alders tids bruk eller festnede rettsforhold, skjedde nettopp en slik differansevurdering.⁷

Tålt bruk i hevdslæren kan som nevnt splittes i to typetilfeller – *avtaleprecario* og *passivitetsprecario*.⁸ Avtaleprecario har sitt grunnlag i hevdsløven § 5.⁹ Sjur Brækhus og Axel Hærem uttalte om disse tilfellene:

Denne regel [hevdsløva § 5] utelukker hevd i mange praktisk viktige tilfelle. (1) Man kan for det første ikke hevde hvor man har eierens tillatelse til å sitte med tingen, så lenge ens rådighetsutøvelse faller innenfor de tillatte grenser. Dette gjelder selv om eieren når som helst kan trekke sin tillatelse tilbake (rådigheten er *precario*).¹⁰

Avtaleprecario vil, som det ligger i begrepet, ha et depositivt element

⁵ Rådsegn 6 s. 13.

⁶ Rådsegn 6 s. 12.

⁷ Se nærmere hos, Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk* (Bergen 2008) s. 164–166, og Falkanger og Falkanger (2022), s. 379. Se også Rt. 1971 s. 171 (Store Åkrevann).

⁸ Erling Osvald Hagerup, *Precariosynspunktet i læra om hevd og alders tids bruk* (særavhandling, Universitetet i Oslo 1972).

⁹ Hevdsløven § 5 lyder: «Den som har tingen til forvaring, leige, lån eller pant, kan ikkje hevda eigedomsrett. Det same gjeld den som har ein annan rett til å sitja med tingen.»

¹⁰ Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett* (Oslo 1964) s. 581.

i seg. Dette kan være avtale, samtykke eller andre dispositive eller avtalelignende omstendigheter. I sin ytterste konsekvens kan vurderingen av om et dispositivt element foreligger, bli en ren bevisvurdering. Det vanligste typetilfellet i rettspraksis er likevel at det er gitt samtykke – uttrykkelig eller stilltiende. Mindretallet i LF-1998-00745 (Leira) er et treffende eksempel på nettopp dette da de formulerte vurderingstemaet på følgende vis:

Tålt bruk må forutsette at man er klar over at man tillater noe man strengt tatt ikke er forpliktet til, eller av at man av andre årsaker ikke griper inn.

Passivitetsprecarioregelen er på sin side et utslag av den generelle passivitetsstandard. ¹¹ Her vil tilfellet normalt være at bruken er så ikke-inngripende eller «uskyldig» at den egentlig berettigede klart ikke har noen oppfordring til å gripe inn mot den. Kai Krüger sa om disse tilfellene:

Passivitet i en etablert rettighetsposisjon må balanseres mot potensielt rettsskapende kontrær offensiv aktivitet utenom de tilfelle som dekkes av hevdsreglene. «Precario»-synspunktet bunner slik sett kanskje i at presumsjoner, formuleringer av bevisetema og prosesstaktiske forhold i tvilstilfelle ved synspunktet «tålt bruk» har harmonisert overskridende offensiv bruksutøvelse med grader av toleranse utvist av den som sitter i posisjonen «eiendomsrett». Moralene etter rettspraksis synes å være at kontrær «snillisme» i slike posisjoner kan tøyes, men bare til et gitt punkt hvor dispositive passivitetsvirkninger overstyrer de rettslige vurderinger. ¹²

For at passivitetsgrunnsetningen skal komme til anvendelse i andre tilfeller enn de lovfestede, kreves det etter den herskende lære «noe mer» enn bare at det har vært utøvd passivitet. ¹³ Den egentlig

¹¹ Borgar Høgetveit Berg, *Hevd* (Oslo 2005) s. 316.

¹² Kai Krüger, «De lange tidsakers juss», *Kart og Plan*, utg. for Torgeir Austenå 70 år Hefte 1998 s. 161–169.

¹³ Fremstillingen hos Berg s. 62–71 er et eksempel på utlegningen av den tradisjonelle læren.

berettigedes passivitet må være ledsaget av argumenter som støtter hevderens sak, for å slå igjennom overfor grunneierens eller den egentlig berettigedes rett. Bruken av passivitetsgrunnsetningen gjennom konstruksjonen «ulovfestet ekstinksjon» i Norske Fjellhus- og Sigdal-sakene har vist at det kreves «sterke grunner» for at slike synspunkter skal slå gjennom.¹⁴

Skillet mellom avtaleprecario og passivitetsprecario fremgår ikke direkte verken av loven eller forarbeidene, men er et skille som er oppstilt i teorien.¹⁵ Skillet er likevel naturlig og kan være et nyttig verktøy for å få oversikt over – og løse – tvister hvor tålt bruk-problematikken kommer på spissen. Det er likevel klart at det i mange tilfeller kan være snakk om at et forhold både har elementer av avtale eller avtalelignende omstendigheter og passivitet. Konstruksjonen av tålt bruk som godviljesbruk, eller synonymt formulert som bruk som skjer i ly av den egentlig berettigedes velvilje, kan ofte ha elementer av både avtale og passivitet.

«Godviljesbruk» – en fiksjon?

I Rådsegn 6 beskrives *precario* på følgende måte:

I somme høve kan eigaren ha funne seg i at andre har bruka tingen hans til så lenge, men uten å ha gjeve avkall på retten sin til å gjera slutt på tilhøvet når han vil. Slik godviljesbruk gjev ikkje grunnlag for hevd.

¹⁴ Rt. 1986 s. 1210 og Rt. 1992 s. 352.

¹⁵ Se nærmere i de ovenfor refererte arbeidene til Hagerup og Berg. I tillegg brukes skillet i Eriksen, *Alders tids bruk* s. 160 ff. Falkanger og Falkanger s. 377 er også inne på dette skillet når de snakker om at «eieren tolerer eller tillater bruken». Miriam Skag, «Tålt bruk», *Lov og Rett*, 2004, s. 553–570, spør på sin side om tålt bruk er en sikkerhetsventil i tilfelle der hensynene bak reglene om hevd ikke slår til, eller om det i realiteten er tale om en ren bevisvurdering av hvorvidt bruken faktisk er blitt tålt av grunneieren. Når det gjelder «godviljesbruk», påpeker Skag at dette er ett av mange begreper som brukes om tålt bruk, og at de ulike begrepene neppe innebærer noen realitetsforskjell (s. 556).

Endå om tilhøvet varer i alders tid misser ikkje eigaren retten sin til å seia nei seinare.¹⁶

Hos mange forfattere, og i mange saker i rettspraksis, har man holdt fast på denne «godviljesforklaringen» av tålt bruk. Både hos Sjur Brækhus og Axel Hærem og hos Thor og Aage Thor Falkanger understrekes det at tålt bruk bygger på godvilje, eller i mer konservativ språkbruk: en «villighet».¹⁷ Falkanger og Falkanger understreker villighetsmomentet som helt sentralt i precario-vurderingen, da

bruken skjer som en villighet fra eierens side (eieren tolererer eller tillater bruken); eieren kan når som helst bestemme at bruken skal opphøre (*precario*-bruk).¹⁸

Her ser vi at vekten ligger tungt på subjektive forhold hos den egentlig berettigede, og videre at den egentlig berettigedes ensidige prioriteringer vil gå foran prekaristens («tåltbrukerens») ønsker. Hvordan skal man avgjøre at det bare dreier seg om et forhold basert på god vilje mellom den egentlig berettigede og prekaristen («tåltbrukeren») og ikke er snakk om en formodet rettighetsutøvelse basert på en glemte avtale eller rettighetskapende bruk? Der det er tale om beviselig villighet eller godvilje, vil den normalt være oppe i dagen som en forståelse mellom partene og ikke som en fiksjon som brukes som en tilbakeskuende karakteristikk av forholdet når konflikt oppstår. Slik sett kan vi oppleve at den rettslige bedømmelsen av forholdet kan bli stående i skarp motsetning til realitetene.

Dette medfører at «tålt bruk»-vurderingen kan by på vanskelige vurderinger med et uklart bevisbilde, hvor det noen ganger kan være svært vanskelig å si noe sikkert om hvorvidt bruken bare har vært tolerert, eller om den har vært utøvd som en rett. I noen av sakene

¹⁶ *Rådsegn 6 fra Sivillovbokutvalet. Om hevd* (NUT 1961:1) s. 13.

¹⁷ Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett* (Oslo 1964) s. 238 og på s. 581–586.

¹⁸ Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett* (9. utg. Oslo 2022), s. 377.

om tålt bruk fremstår villigheten som både kunstig og hypotetisk, da forholdet mellom partene ikke tilsier at det verken er sannsynlig eller naturlig med godvilje eller velvilje, selv om det burde ha vært slik.¹⁹ Det er mest vanlig å fortolke denne anomalien mellom god og ond vilje slik at «snikbruk» er uønsket fra enhver grunneiers eller materielt berettigedes side. Når denne bruken forklares som et utslag av godvilje, viskes faren for at bruken skal føre til rettstap, ut.

Vi må også ha i mente at det i tålt bruk-vurderingen har liten betydning hva brukeren trodde eller tenkte om saken når den først har havnet i dette sporet. Dette er en konsekvens av at brukerens stilling er utsatt, fordi hans hjemmel er mangelfull eller ikke-eksisterende, og bruken ofte har skjedd i en kontekst hvor det er vanskelig å påvise at brukeren har vært i aktsom god tro.

God- eller velviljen det snakkes om i mange avgjørelser, trenger absolutt ikke å være av rent hypotetisk karakter. Som en slags erfaringssetning er den både etisk tiltalende og kan virke konfliktforhindrende og prosessbesparende. I eldre tider var det langt større sosiale forskjeller, og opp gjennom tidene har store deler av landets befolkning levd i nød og sult. Da er det ikke usannsynlig at i alle fall noen bedrestilte bønder har sett gjennom fingrene med at allmuen innenfor visse grenser har fisket, drevet småviltjakt eller tatt skog til brensel. Som eksempel kan nevnes en sunnhordalandbondes (f. 1800, d. 1884) svar da han ble fortalt at en småkårsmann hadde hogd en furu i skogen hans – «Da vekse ei fura tilbakers isjå meg.»²⁰ I Rt. 1983 s. 569 (Vansjø) fant førstvoterende det «forståelig» at grunneierne ikke reagerte på fisket som skjedde «i de vanskelige årene i mellomkrigstiden».

Videre er godviljesbruk et rettslig argument med en forsonende

¹⁹ Se i denne retning Hagerup s. 17.

²⁰ Knut Robberstad, «Alders tids bruk og lokal sedvanerett um fiske i vassdrag. Serleg um retten til fisket i Gudbrandsdalslågen i Fäberg», i Robberstad, Rogstad og Nygaard, *Retts-utferd* s. 90–111, (Oslo 1969), her på s. 104–105.

karakter. I Rt. 1934 s. 304 ble eierne av to sjøeiendommer ved Puddefjorden i Bergen ansett for å være sameiere i en mellomliggende del, «smittet». I fortsettelsen av dette smittet var det også et omtvistet stykke sjøgrunn, «hopen», som den ankende part mente å ha bruksrett til. Denne bruken fant Høyesterett i likhet med Bergen byrett at hadde vært tålt. I byrettens dom uttales det at eieren av stykket hadde latt den ankende parts hyppige grenseoverskridelser foregå upåtalet «i elskverdig passivitet».

Andre ganger står godvilje i klar motsetning til motvilje. Dette kommer særlig godt frem i Rt. 1951 s. 217 (Solberg). Her førte verken hevd eller alders tids bruk frem for et krav om rett til bruk av gangsti og klopp over eiendommen Solberg. Beboerne på de nærmeste gårdene og andre bygdefolk hadde benyttet gangstien og snarveien over elven. Høyesterett trakk frem at bruken av gangstien og elveovergangen ikke var nødvendig for å sikre noen av nabogårdene nødvendig adkomst til riksveien, og Høyesterett kom til at ferdselen måtte betegnes som tålt bruk. Det som er mest påfallende, er forskjellen mellom den faktiske beskrivelsen og den rettslige vurderingen av forholdet. Av faktum fremgår det at eierne av gården Solberg var lite begeistret for ferdselen over eiendommen. Det var tydelig at forholdet manglet preg av gjensidighet. Grunneierne hadde flere ganger pløyd opp gangstien, revet kloppen og «lagt for dagen» overfor skolebarn at de ikke hadde rett til å gå over eiendommen. Som kontrast til grunneiernes resolute opptreden uttalte førstvoterende på s. 219:

Det eneste naturlige er å oppfatte forholdet slik at de ankende parter og andre for hvem det var bekvemt, har gått over gården Solberg på den måten som det er vanlig på landet, i tillit til eierens imøtekommenhet når det gjelder gående som ikke volder skade av noen art og som ikke legger for dagen at de mener å gjøre en rett gjeldende.

I denne saken kan man trygt si at eierens faktiske «imøtekommenhet» var forsvinnende liten, selv om man rettslig sett katalogiserer tilfellet under merkelappen «imøtekommenhet». Når

bruken så fortsetter tross motstand, kan det grunne seg på en overbevisning fra bygdefolkets side om at man på tross av grunneierens motstand hadde rett til å ferdes over eiendommen. Hvorfor gjør domstolen slike grep? Det er vel slik at man her sto overfor en konflikt, der dommernes skjønn og sakens natur tilsa at hensynet til grunneierretten, eller eiendomsnyttelsen, måtte gå foran interessen til dem som krevde ferdselsrett. Begrunnelsen for å nekte rettservert i dette tilfellet antar tilsynelatende karakter av å være en god og holdbar løsning når konflikten «avvæpnes» gjennom *precario*-synspunktet, uten at begrunnelsen nødvendigvis verken blir god eller presis. Denne saken viser også at forholdet mellom tålt bruk og kravet til aktsom god tro kommer i spill. Sivilløvbokutvalet trakk frem nettopp denne dommen som et eksempel på at det ikke alltid er så lett å skille mellom tålt bruk og godtrovilkåret, men konkluderte med at kravet til aktsom god tro og vurderingen av om bruken er tålt var prinsipielt forskjellige vurderinger. Uansett var dette bare en ekstra grunn til å nekte hevd når «brukaren ikkje ein gong reknar med å ha ein verkeleg rett».²¹

Den egentlig berettigedes passivitet blir ofte svært sentral i disse sakene. Dette er her ikke bare tale om en mekanisk vurdering av hans unnlåtelse – her må man balansere både subjektive og objektive momenter for å avveie om den egentlig berettigede kan sies å ha manglet tilstrekkelig motvilje mot bruken og dermed har eller ikke har hatt sterk nok oppfordring til å gripe inn mot den. Førstvoterendes karakteristikk av *precario* i Rt. 1926 s. 760 (Ormevigen) som et «tolerert overgrep» kan ses på som et utslag av denne vanskelige balansegangen. Den egentlig berettigede kan ha mange gode grunner til å la bruken passere, og domstolen vil normalt være på hans side. Dette kommer frem i byrettens dom i Rt. 1910 s. 200 (Kristinegaard). Her ble «Almenheden» kjent berettiget til å bruke en vei over en privat eiendom til gående ferdsel. Byretten

²¹ Rådsegn 6 s. 13.

kom, i motsetning til Høyesterett, til at verken hevd eller alders tids bruk kunne begrunne noen ferdselsrett, idet

det efter forholdets natur findes i overveiende grad sandsynlig, at veiens benyttelse i det store og hele taget har været precario, og at det har sin grund i, at eieren af Kristinegaard ikke har fundet sig opfordret til at protestere mod, at veien, der er forbindelsesvei mellem Kristinegaard og de nordenfor liggende gaarde, benyttedes ogsaa af andre end dem, for hvem den egentlig var bestemt. (Rt. 1910 s. 200 på s. 204)

Domstolene bygger som nevnt ofte på antakelser om at den egentlig berettigede har tolerert bruken, og bygger opp presumsjoner om velvillighet og god vilje med støtte i bevisbildet. Avgjørelsen i Rt. 1957 s. 350 (Lestestad) er egnet til å illustrere dette poenget: En del oppsittere hadde rett til å bruke en gårdsvei som gangvei, men det var omtvistet om de var berettiget til å bruke den som kjørevei – også med motorkjøretøyer. Eierne av veien fikk medhold i at oppsitterne ikke hadde rett til kjørevei. Vilkårene for rettserverv ved hevd eller alders tids bruk ble ikke funnet å være til stede, og hovedårsaken til dette var at bruken av veien etter Høyesteretts vurdering måtte være tålt:

Med hensyn til bruken av den veien som tvisten gjelder – nemlig veien fra Søndre Langemyr over Lestestad-gårdene – er det for Høyesterett et fyldigere bevismateriale enn for lagmannsretten. Det er imidlertid atskillige uoverensstemmelser i de forklaringer som er gitt av parter og vitner. Etter de opplysninger som foreligger, går jeg ut fra at denne veien er blitt tatt i bruk som gangvei omkring 1870. Videre finner jeg å kunne legge til grunn at oppsitterne må ha begynt å bruke veien som kjørevei i årene 1900–1910. Jeg bygger på at dette i begynnelsen har foregått temmelig spredt og tilfeldig. Senere har bruken av veien som kjørevei med hest og vogn tiltatt, slik at veien etter hvert er blitt brukt på denne måten i den utstrekning som det var behov for. Etter bevisførselen anser jeg det imidlertid godtgjort at denne bruken av veien frem til 1932 skyldtes en inøtekommenhet eller villighet fra eierne av Lestestad-gårdene. (Rt. 1957 s. 350 på s. 352).

Domstolene synes etter dette overveiende å være «grunneiervennlige». Selv om det i utgangspunktet er den egentlig berettigede som sitter med tvilsrisikoen for om bruken har vært tålt eller ikke, ser vi ofte at han får en lett jobb med å bevise det i lys av godviljespresumsjonen som domstolene legger til grunn.

Oppsummering og konklusjon

Oppsummert ser vi merkelappen «godviljesbruk» brukt i avgjørelser hvor partenes adferd og den stedfunne bruken tolkes i lys av bevis- og passivitetsvurderinger. Fiksjonen om den berettigedes god- eller velvilje fremstår i disse tilfellene som en konstruert «hjelpenorm», der man normalt lander på at den egentlig berettigede ikke mister eller må tåle innskrenkninger i sin rett.²² «Tåltbrukeren» (prekaristen) sitter derfor ikke på en tinglig rett, men på en oppsigelig rett, der han etter den egentlig berettigedes ønske må avslutte bruken og trekke seg tilbake.

Konstruksjonen «godviljesbruk» er etter min mening et pragmatisk uttrykk for eiendomsrettens beskyttelse. Hvis en grunneier ser gjennom fingrene med mindre, forbigående eller over tid ikke-inngripende bruk av sin grunn eller sine rettigheter, skal han kunne gjøre det i visshet om at hans rettsposisjon ikke blir truet. Her kan vi ha i mente Krügers observasjon gjengitt innledningsvis om at «[m]oralen etter rettspraksis synes å være at kontrær 'snillisme' i slike posisjoner kan tøyas».

Spørsmålet er om det ikke for fremtiden er mer hensiktsmessig å sondre mellom avtaleprecario og passivitetsprecario enn å fortsette å

²² Miriam Skag, Tålt bruk, Lov og Rett 2004 s. 553-570 påpeker på s. 562 at det ikke kan være noe vilkår for tålt bruk at grunneieren kjenner til eller godtar bruken. Dette kommer sjelden på spissen, da domstolene i disse tilfellene, som redegjort for ovenfor, kan stille generelle og «hypotetiske» spørsmål om hvorvidt bruken kan eller bør godtas uten inngripen fra den egentlig berettigede.

operere med det praktisk-pragmatiske og langt mer uklare hjelpebegrepet «godviljesbruk».

Roald Martinussens bibliografi

*Bård Sverre Tuseth, førsteamanuensis i rettsvitenskap ved
Universitetet i Stavanger*

1980-tallet

«To spørsmål i forbindelse med politiets innbringelsesmyndighet»,
Lov og rett, vol. 20 nr. 3 (1981) s. 139–145.

Innføring i kjøpsretten, Arbeidspapirer fra høgskolesenteret i
Rogaland, nr. 34, 1985.

Innbringelse til politistasjon – straffeprosessloven § 191,
Arbeidspapirer fra høgskolesenteret i Rogaland, nr. 35, 1985.

«Retten til juridisk bistand ved innbringelser og pågripelser», *Lov
og rett*, vol. 24 nr. 10 (1985) s. 578–581.

Mangler ved salgsgjenstanden, Arbeidspapirer fra høgskolesenteret i
Rogaland, nr. 73, 1987.

Forsinket levering i kjøp, Arbeidspapirer fra høgskolesenteret i
Rogaland, nr. 78, 1987.

Kjøpsrett – etter kjøpsloven 1988, Bedriftsøkonomens forlag, 1988.

1990-tallet

Kjøpsrett, 2. utg., Bedriftsøkonomens forlag, 1992.

Kjøpsrett, 3. utg., Cappelen akademisk forlag, 1996.

Kirkerett – utvalgte emner, Cappelen akademisk forlag, 1999.

Den norske kirke som trossamfunn, *Lov og rett*, vol. 38 nr. 10 (1999) s. 595-598.

2000-tallet

Anmeldelse av: Erling Selvig, *Kjøpsrett til studiebruk*, Universitetsforlaget, Oslo 1999, *Lov og Rett*, vol. 39 nr. 2 (2000) s. 118–121.

Anmeldelse av: Preben Espersen: *Kirkeret. Almindelig del*, 2. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 113 nr. 5 (2000) s. 1083–1094.

Kjøpsrett, 4. utg., Cappelen akademisk forlag, 2001.

Forbrukerkjøp – etter forbrukerkjøpsloven av 2002, Cappelen akademisk forlag, 2002.

Anmeldelse av: Jan Ramberg & Johnny Herre: *Internationella köplagen (CISG). En kommentar*, Norstedts Gula Bibliotek, 2000, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 116 nr. 2 (2000) s. 314–320.

Kjøpsrett, 5. utg., Cappelen akademisk forlag, 2004.

Overview of international CISG sales law – basic contract law according to the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Roald Martinussen, 2006.

Avhendingsrett – innføring i eiendomskjøpsrett, Cappelen akademisk forlag, 2007.

2010-tallet

Forbrukerkjøp, 2. utg., Cappelen akademisk forlag, 2010.

Kjøpsrett, 6. utg., Cappelen Damm akademisk forlag, 2012.

Forbrukerkjøp, 3. utg., Cappelen Damm akademisk forlag, 2016.

Kilderegister

Norske lover og forskrifter

Kong Christian Den Femtis Norske Lov, 15. april 1687 (Norske Lov).

Lov 22. april 1824 om Afskaffelse af Boers Behandling ved Opbudsmænd.

Lov 28. juli 1824 indeholdende Fundats for det Kongelige Norske Frederiks Universitet i Christiania (universitetsfundatsen).

Lov 16. juni 1848 angaaende practisk-theologisk Examen.

Lov 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling (konkursloven 1863).

Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Straffeprosessloven 1887).

Lov 31. mai 1900 nr. 5 om Løsgjængerer, Betleri og Drukkenkab (løsgjengerloven).

Lov 14. mai 1902 nr. 1 om det praktisk-teologiske Seminar.

Lov 22. mai 1902 nr. 11 om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttredelse.

Kongelig resolusjon 23. januar 1905.

Lov 24. mai 1907 nr. 2 om kjøb (kjøpsloven).

Lov 16. mai 1913 nr. 3 om eksamensret for det Teologiske Menighetsfakultet.

Lov 13. august 1915 nr. 7 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avtaler (avtaleloven).

Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysningsloven).

- Lov 13. mars 1936 nr. 3 om politiet (politiloven 1936).
- Lov 26. mars 1939 nr. 9 om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova).
- Lov 29. april 1953 nr. 1 om Den norske kirkes ordning (kirkeordningsloven).
- Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova).
- Lov 10. april 1969 nr. 17 om hendelege eidegdomshøve.
- Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven).
- Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre (godtroervervloven).
- Lov 16. juni 1978 nr. 66 om endringer i lov om svangerskapsavbrudd.
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
- Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).
- Lov 11. juli 1986 nr. 53 om private høgskoler (privathøgskoleloven).
- Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven).
- Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (1990) (politiinstruksen).
- Lov 3. august 1992 nr. 93 om avhending av fast eidegdom (avhendingslova).
- Lov 8. april 1995 nr. 53 om politiet (politiloven).
- Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke (kirkeloven).
- Forskrift 26. juni 1998 nr. 607 om Det praktisk-teologiske seminar.
- Lov 31. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- Lov 11. august 2000 nr. 76 om endringer i straffeloven (seksuallovbrudd).
- Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven).
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Forskrift 1. august 2006 nr. 749 om bruk av politiarrest (politarrestforskriften).

Forskrift 30. juni 2006 nr. 749 om bruk av politiarrest.

Rundskriv fra Riksadvokaten 1/2010 - mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i politiet.

Forskrift 20. september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterforskriften).

Lov 20. juni 2014 nr. 37 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerektloven).

Lov 19. juni 2015 nr. 65 om ikraftsetting av straffeloven 2005.

Lov 27. mai 2016 nr. 17 om endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m).

Nasjonal straffesaksinstruks (RA-2017-12-I) (straffesaksinstruksen).

Rundskriv fra Riksadvokaten 3/2018 - kvalitetskrav til straffesaksbehandlingen i politiet og ved statsadvokatembetene mv. (kvalitetsrundskrivet).

Forskrift 30. mars 2019 nr. 2307 om kirkeordning for Den norske kirke.

Lov 15. mars 2019 nr. 6 om verdipapirsentraler og verdipapiroppgjør mv (verdipapirsentralloven).

Lov 7. mai 2020 nr. 38 om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

Lov 24. april 2020 nr. 31 om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven).

Lov 23. juni 2020 nr. 98 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova).

Lov 21. mai 2021 nr. 42 om språk (språkloven).

Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven).

Forskrift 27. januar 2023 nr. 100 om oppheving av forskrifter om Den norske kyrkja.

Lov 16. juni 2023 nr. 60 om endringer i forbrukerkjøpsloven.

Forarbeider

Indst.O. no. 54 (1859) Indstilling fra Justiskomiteen no. 1 angaaende den Kongelige Proposition til Lov om Konkurs og Konkursboers behandling 1859–1860.

Indst.O. no. 85. (1859) Indstilling fra Justitskomiteen No. 1 angaaende den Kongelige Proposition betræffende Udfærdigelse af en Lov om Konkurs og Konkursboers Behandling. (Aftryk O. No. 7.).

O.nr. 7 (1859) Kongelig proposisjon til lov om konkurs og konkursboers behandling.

O.no. 9 (1862) Angaaende naadigst Proposition til Norges Riges Storting betræffende Udfærdigelse af en Lov om Concurs og Concursboers Behandling 1862.

Ot.prp. nr. 4 (1908).

Kirkekommissjonen av 1908 - Indstilling ang den norske kirkes organisation.

Innstilling fra Konkurs og akkordlovutvalget 1961.

Rådsegn 6 (1961) Om hevd. (Sivillovbokutvalet).

Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteén, avgitt i juni 1969.

Innst. O. nr. XI. (1970–1971) om visse brigde i rettergangslovgevinga m.m.

Ot.prp. nr. 31 (1970–1971).

Innst, s. nr. 207 (1975–1976) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteén om forslag til endring i Grunnlovens § 110.

NOU 1975: 30 Stat og kirke.

Ot.prp. nr. 56 (1976-1977).

NOU 1979: 42 Forbrukertjenester.

Rådsegn 12 (1979) Avhending av fast eigedom. (Sivillovbokutvalet).

NOU 1980: 28 Varetektsfengsling.

St.meld. nr. 40 (1980-1981) Om stat og kirke.

NOU 1981: 35 Politiets rolle i samfunnet. Delutredning I.

NOU 1987: 27 Politiets rolle og oppgaver i samfunnet. Delutredning 2.

Ot.prp. nr. 53 (1983–1984) Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m m.

Ot.prp. nr. 80 (1986–1987).

Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet med motiver. Utarbeidet av byrettsdommer Ragnar L. Auglend etter oppdrag fra Justisdepartementet. Avgitt mars 1988.

Ot.prp. nr. 66 (1990-1991).

Utkast til ny lov om politiet med motiver, avgitt april 1991. Utarbeidet av byrettsdommer Ragnar L. Auglend, politiadjutant Per Gammelgard og politiadjutant Lars Stoltenberg etter oppdrag fra Justisdepartementet.

NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.

NOU 1993: 27 Forbrukerkjøpslov.

Ot.prp. nr. 22 (1994–1995).

Ot.prp. nr. 64 (1994-1995).

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002).

Innst.S. nr. 270 (2003-2004) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om endring av Grunnloven § 100.

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004).

NOU 2006: 2 Staten og Den norske kirke.

Innst.S. nr. 287 (2007-2008) Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om staten og Den norske kirke.

St.meld. nr. 17 (2007-2008) Staten og Den norske kirke.

Dok.nr. 12:10 (2007–2008) Grunnlovsforslag ...

Prop. 135 L (2010–2011).

Innst. 233 S (2011–2012) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag ...

Innst. 292 L (2011–2012) Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om endringer i kirkeloven m.m.

Prop. 64 LS (2013-2014).

Innst. 256 L (2015–2016) Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.).

Prop. 55 L (2015-2016) Endringer i kirkeloven (omdanning av Den norske kirke til eget rettssubjekt m.m.).

Prop. L (2015-2016).

NOU 2016: 24 - Ny straffeprosesslov.

Prop.117 L (2017–2018) Endringer i utlendingsloven (tilbakeholdelse og innbringelse m.m.).

Prop. 130 L (2018-2019) Lov om tros- og livssynssamfunn (trossamfunnsloven).

Prop. 75 L (2019–2020) Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven).

Proposition 2021/2022:85.

Konsumentköplag (2022:260).

NOU 2022: 2 Akademisk yringsfrihet.

Prop. 49 LS (2022-2023).

Prop. 51 L (2022–2023) Endringer i rekonstruksjonslova (forlenging av tida lova skal gjelde).

NOU 2023: 29 Abort i Norge.

Prop. 45 L (2023–2024) Endringer i politiloven og vaktvirksomhetsloven (virkeområde mv.).

Prop. 117 L (2023-2024) Lov om abort.

Skriftlig fremsættelse (27. oktober 2023) - L 65.

Forvaltningspraksis

SOM-2006-13, Uttalelse fra Sivilombudet.

FTU-2008-1177, Forbrukerklageutvalgets vedtak.

FKU-2018-280, Forbrukerklageutvalgets vedtak.

FKU-2019-736, Forbrukerklageutvalgets vedtak.

SOM-2021-123, Uttalelse fra Sivilombudet.

SOM-2021-742, Uttalelse fra Sivilombudet.

Norsk rettspraksis

Rt. 1845 s. 689.

Rt. 1847 s. 113.

Rt. 1853 s. 747.

Rt. 1910 s. 200 (Kristinegaard).

Rt. 1924 s. 170.

Rt. 1926 s. 760 (Ormevigen).

Rt. 1934 s. 304.

Rt. 1951 s. 217 (Solberg).

Rt. 1957 s. 350 (Lestestad).

Rt. 1971 s. 171 (Store Åkrevann).

Rt. 1978 s. 1259.

Rt. 1979 s. 727.

Rt. 1981 s. 679 (Alta).

Rt. 1982 s. 1729.

Rt. 1983 s. 1004 (Børre Knudsen).

Rt. 1986 s. 1210.

Rt. 1987 s. 473 (liturgisaken).

Rt. 1991 s. 1069.

Rt. 1992 s. 352.

Rt. 1993 s. 528.

Rt. 1995 s. 1578.

LF-1998-745 (Leira), Frostating lagmannsrett.

Rt. 2004 s. 887.

Rt. 2005 s. 480.

Rt. 2005 s. 1628.

Rt. 2006 s. 179.

Rt. 2008 s. 1764.

Rt. 2009 s. 780.

Rt. 2009 s. 1261.

LB-2010-69877, Borgarting lagmannsrett.

Rt. 2011 s. 1011.

Rt. 2012 s. 134.

Rt. 2012 s. 313.

Rt. 2012 s. 506.

Rt. 2012 s. 1285.

Rt. 2012 s. 1857.

Rt. 2013 s. 848.

Rt. 2015 s. 948.

HR-2016-1149-U.

HR-2016-1151-U.

HR-2016-1458-A.

HR-2017-663-U.

HR-2017-664-U.

HR-2017-994-U.

HR-2017-1677-A.

HR-2017-1679-U.

LB-2017-35146, Borgarting lagmannsrett.

HR-2018-578-U.

HR-2020-2019-A.

HR-2020-2020-A.

HR-2020-2133-A.

HR-2021-1438-A.

HR-2022-1319-A.

HR-2023-604-A (Extinction Rebellion II).

HR-2024-144-U.

HR-2024-686-U.

Traktater og tolkningsuttalelser

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966 (SP).

FN-konvensjonen om avtaler om internasjonale kjøp (CISG).

FN-konvensjonen om barns rettigheter, 20. november 1989 (BK).

General comment no. 24 (2019) on children's rights in the child justice system.

EU/EØS-dokumenter

Rådets direktiv 85/577/EØF af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted, Dokument 31985L0577, Europaparlamentet (1985)
<http://data.europa.eu/eli/dir/1985/577/oj>

Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler, Dokument 31993L0013, Europaparlamentet (1993)
<http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj>

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF af 20. maj 1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg, Dokument 31997L0007, Europaparlamentet (1997)
<http://data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj>

Europa-parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier, Dokument 31999L0044, Europaparlamentet (1999) <http://data.europa.eu/eli/dir/1999/44/oj>

Recommendation 1762 30. June 2006 on academic freedom and university autonomy, Europarådet (2006) <https://pace.coe.int/en/files/17469>

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder, Dokument 32011L0083, Europaparlamentet (2011) <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj>

Recommendation CM/Rec(2012)7 of the Committee of Ministers to member States on the responsibility of public authorities for academic freedom and institutional autonomy, Europarådet (2012)
<https://www.refworld.org/legal/resolution/coeministers/2012/en/88988>

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/2394 af 12. december 2017 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse, Document 32017R2394, Europaparlamentet (2017)
<http://data.europa.eu/eli/reg/2017/2394/oj>

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2023/2854 af 13. december 2023 om harmoniserede regler om fair adgang til og anvendelse af data, Dokument 32023R2854, Europaparlamentet (2017) <http://data.europa.eu/eli/reg/2023/2854/oj>

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om produktansvar COM/2022/495 final, Dokument 52022PC0495, Europaparlamentet (2017) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:52022PC0495>

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/125/EF af 21. oktober 2009 om rammerne for fastlæggelse af krav til miljøvenligt design af energirelaterede produkter (omarbejdning), Document 32009L0125, Europaparlamentet (2017) <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/125/oj>*
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2020/1828 af 25. november 2020 om adgang til anlæggelse af gruppesøgsmål til beskyttelse af forbrugernes kollektive interesser, Dokument 32020L1828, Europaparlamentet (2017) <http://data.europa.eu/eli/dir/2020/1828/oj>*
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester, Dokument 32019L0770, Europaparlamentet (2019) <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>*
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/771 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om salg af varer, Dokument 32019L0771, Europaparlamentet (2019) <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj>*
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/771 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om salg af varer, Dokument 32019L0771, Europaparlamentet (2019) <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj>*
- EEA EFTA Comment on the proposal for a directive on common rules promoting the repair of goods, EFTA-komiteen (2023) <https://www.efta.int/sites/default/files/images/23-2624%20EEA%20EFTA%20Comment%20on%20the%20proposal%20for%20a%20directive%20on%20common%20rules%20promoting%20the%20repair%20of%20goods.pdf>*
- Commission staff working document impact assessment report SWD(2023) 59 final, Dokument 32011L0083, Europakommisjonen (2023) https://commission.europa.eu/document/download/512cb8de-3dc0-49ca-a711-b2beb768e531_en?filename=SWD_2023_59_1_EN_impact_assessment_part1_v5.pdf*
- Explanatory memorandum: Directive of the European Parliament and of the Council on common rules promoting the repair of goods, Europakommisjonen (2023) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0155>*
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules promoting the repair of goods, COM(2023)155, Europakommisjonen (2023) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0155>*

Internasjonal rettspraksis

Domstolens Dom af 27. juni 2000. - Océano Grupo Editorial SA mod Roció Murciano Quintero (C-240/98) og Salvat Editores SA mod José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) og Emilio Viñas Feliú (C-244/98), EU-domstolen (2000).

Lunde mot Noreg, EMD, nr. 38318/97 (2001).

İ.A. mot Tyrkia, EMD, nr. 42571/98 (2005).

Selçuk mot Tyrkia, EMD, nr. 21768/02 (2006).

Jorgic mot Tyskland, EMD, nr. 74613/01 (2007).

Kula mot Tyrkia, EMD, nr. 20233/06 (2008).

Nart mot Turkey, EMD, nr. 20817/04 (2008).

TV Vest AS og Rogaland Pensjonistparti mot Norge, EMD, nr. 21132/05 (2008).

Lombardi Vallauri mot Italia, EMD, nr. 39128/05 (2009).

Sorguc mot Tyrkia, EMD, nr. 17089/03 (2009).

Palomo Sánchez mfl. mot Spania, EMD, nr. 28955/06 (2011).

Idalov mot Russland, EMD, nr. 5826/03 (2012).

Korneykova mot Ukraina EMD, nr. 39884/05 (2012).

Océano Grupo Editorial SA mod Roció Murciano Quintero ... (C-240/98 — C-244/98), EU-domstolen, Case 240/98 — 244/98 (2012).

Soledad Duarte Hueros v Autociba SA and Automóviles Citroën España SA (C32/12), EU-domstolen, Case 32/12 (2012).

S., V. og A. mot Danmark, EMD, 15598/08 (2013).

Fernández Martínez mot Spania, EMD, nr. 56030/07 (2014).

Hasan Yazici mot Tyrkia, EMD, nr. 40877/07 (2014).

Mustafa Erdogan mfl. mot Tyrkia, EMD, nr. 39779/04 (2014).

Aksu mot Tyrkia, EMD, nr. 4149/04 (2015).

Kharlamov mot Russland, EMD, nr. 27447/07 (2015).

Perincek mot Sveits, EMD, nr. 27510/08 (2015).

Rubins mot Latvia, EMD, nr. 79040/15 (2015).

Vasiliauskas mot Litauen, EMD, nr. 35343/05 (2015).

E.S. mot Østerrike, EMD, nr. 38450/12 (2018).

NIX mot Tyskland, EMD, nr. 35285/16 (2018).

Utenlandske lover og forarbeider

Kong Christian Den Femtis Danske Lov, 15. april 1683 (Danske Lov).

Bürgerliches Gesetzbuch, 1. januar 1900 (BGB).

Lov 6. april 1906 om køb (købsloven).

Köplag (1990:931).

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Den spanske forbrukerkjøpsloven).

Straffelovrådet 2014 [DK] «Udtalelse om de juridiske konsekvenser af en ophævelse af straffelovens § 140 om blasfemi». Betænkning nr. 1548.

Betænkning nr. 1576/2021 om gennemførelse af varedirektivet og direktivet om digitalt indhold.

Lov om køb nr. 1853 af 24/09/2021.

Forslag til Lov om ændring af straffeloven 25. august 2023.

Litteraturliste

Aschehoug og Gyldendals store norske leksikon - 6 - Gb-Her, 6, 4. utg., Kunnskapsforl., Oslo, 2005.

Andenæs, Johs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg., Universitetsforl., Oslo, 2017.

Andenæs, Johs mfl., *Alminnelig strafferett*, 5. utg., Universitetsforl., Oslo, 2004.

Andersen, Kristen, *Kjøpsrett*, 2. utg., Tanum, Oslo, 1965.

- Andreassen, Jens Edvin, «State and church in Norway», *Scandinavian studies in law* 1993, s. S.11-36.
- Anklagemyndigheden «Tiltalt for afbrænding af Koranen» (2017)
<https://anklagemyndigheden.dk/da/tiltalt-for-afbraending-af-koranen>
 [Sitert 29.10.2024].
- Anners, Erik mfl., *Den europeiske rettens historie*, Universitetsforl., Oslo, 1983.
- Arnholt, Carl Jacob, *Privatrett bind III - almindelig obligasjonsrett*, Tanum, Oslo, 1966.
- Aubert, L. M. B., *Historiske oplysninger om Det juridiske Fakultet ved det Norske Fredriks-Universitet*, Tønsbergs Boktrykkeri, Christiania, 1870.
- Aubert, L. M. B., *Den norske Privatrets almindelige Del 1 - De norske Retskilder og deres Anvendelse*, Mallings boghandel, Christiania, 1877.
- Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utg., Aschehoug, Oslo, 1978.
- Auglend, Ragnar L., *Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid*, Gyldendal juridisk, Oslo, 2016.
- Auglend, Ragnar L. og Henry John Mæland, *Politirett*, 3. utg., Gyldendal juridisk, Oslo, 2016.
- Backer, Inge Lorange, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 4. utg., Gyldendal akademisk, Oslo, 2002.
- Bastiansen, Hard Olav, «Du bør ikke mene noe om Hadias nyfødene hår som UiS-ansatt», *Stavanger Aftenblad*, 29. oktober 2020.
- Baumbach, Trine, *Det strafferetlige legalitetsprincipp - hjemmel og fortolkning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2008.
- Bech, Stian, *Konkurslovgivningen med kommentar og domsuddrag samt skrivelser og sirkulærer*, s.n., Kristiania, 1906.
- Begtrup, Julius, *Ny-Kirkehistorie*, Zernichow, Aalesund, 1857.
- Bell, Abraham, «Title in the shadow of possession», i *Law and economics of possession*, Chien Chang (red.), Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- Berg, Borgar Høgetveit, *Hevd - lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentarer*, Cappelen akademisk forl., Oslo, 2005.
- Berggrav, Eivind, *Contra Castberg - om kirkens grunn*, Land og kirke, Oslo, 1954.
- Bergo, Knut, *Rett praksis - lærebok i norsk juridisk metode*, Fagbokforlaget,

- Bergen, 2022.
- Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utg., Gyldendal juridisk, Oslo, 2015.
- Birkeland, K.B., *Det kirkelige uføre og veien ut*, Tvedtes forlag, Kristiania, 1911.
- Birkeli, Fridtjov, *Hva vet vi om kristningen av Norge? utforskningen av norsk kristendoms- og kirkehistorie fra 900- til 1200-tallet*, Universitetsforlaget, Oslo, 1982.
- Björne, Lars, *Den nordiska rättsvetenskapens historia - D. 3 - Den konstruktiva riktningen - 1871-1910*, Skrifter (Instituttet för rättshistorisk forskning), b. 60, Nerenius & Santérus förlag distributør, Lund; Stockholm, 2002.
- Borgen, Peder og Brynjar Haraldsø, *Kristne kirker og trossamfunn*, Tapir, Trondheim, 1993.
- Boucht, Johan, «Politirettslig fare: særlig ved ordensforstyrrelser», *Tidsskrift for strafferett* vol. 18 nr. 4 2019, s. 327-347.
- Bratholm, Anders, *Pågrepelse og varetektsfengsel*, 1, Universitetsforlaget, Oslo, 1957.
- Bratholm, Anders, «Politiet og personlighetsvernet», *Lov og rett* vol. 7 nr. 7 1968, s. 289-308.
- Bratholm, Anders, «Politiet og legalitetsprinsippet», i *Festskrift til Folketingets ombudsmand Stephan Hurwitz*, Juristforbundet, København, 1971, s. 87-112.
- Brorson, Christian, *Forsøg til den siette Bogs Fortolkning i Christian den femtes danske og norske Lov samt Straffene efter de ældre Love*, Gyldendal, Sorøe, 1797.
- Brox, Hans og Wolf-Dietrich Walker, *Besonderes Schuldrecht*, Grundrisse des Rechts, 48. utg., Beck, München, 2024.
- Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 & 4 – Omsetningskollisjoner I og II*, Universitetsforlaget, Oslo, 1998.
- Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Universitetsforlaget, Oslo, 1964.
- Caprona, Yann C. de, *Norsk etymologisk ordbok - tematisk ordnet*, Kagge, Oslo, 2013.
- Castberg, Frede, *Statsreligion og kirkestyre*, Land og Kirke, Oslo, 1953.
- CGRi «The Circularity Gap Report» (2024) <https://www.circularity-gap.world/norway> [Sitert 17.02.2024].
- Collett, John Peter og universitetshistorie Forum for, *Historien om*

Universitetet i Oslo, Universitetsforl., Oslo, 1999.

- Deal, Robert, «The judicial invention of property norms: Ellickson's whalemens revisited», *The University of Toronto law journal* vol. 63 nr. 1 2013, s. 73-96.
- Den europeiske forbrukerorganisasjonen «Protecting European consumers in the world of connected devices - position paper» (2021)
https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-091_protecting_european_consumers_in_the_world_of_connected_devices.pdf [Sisert 29.10.2024].
- Den europeiske forbrukerorganisasjonen «How to deliver a right to repair to European Consumers - BEUC recommendations for the trilogue negotiations» (2024)
https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-161_Right_to_Repair_BEUC_recommendations_for_the_trilogue_negotiations.pdf [Sisert 17.03.2024].
- Den europeiske union «Fairness perceptions of the green transition» (2023)
<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2672> [Sisert 14.03.2024].
- Det norske akademis ordbok «Intuisjon» (2024)
<https://naob.no/ordbok/intuisjon> [Sisert 29.10.2024].
- Dragvoll, Johan mfl., *Justismordets retorikk - stemoren, Tengs, Treholt, Torgersen, Liland og Moen*, Vidarforl., Oslo, 2013.
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977.
- Dübeck, Inger, «Kvinder i nordisk rettsvitenskap», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1987, s. 40-67.
- Eide, Erling, «Retting eller omlevering – hva er mest forbrukervennlig?», *Lov og rett* vol. 46 nr. 5 2007, s. 283-300.
- Ekeberg, Maud, «Elsa Eschelsson - Vår första kvinnliga rättsvetenskapare», *Svensk Juristtidning* 1962.
- Elgesem, Elg, «Fyller straffeprosessloven politiets behov for arrestasjonsfullmakter», *Politiembetsmennesenes Blad* 1963.
- Elgesem, Elg, «Det rettslige grunnlag for politiets myndighetsutøvelse», *Nordisk Kriminalteknisk tidsskrift* 1967, s. 41-50.
- Elgesem, Elg, «Det rettslige grunnlag for politiets myndighetsutøvelse», i *Politirettslige tekster - en utvikling fra fag til vitenskap*, Gert Johan Kjelby og Tor-Geir Myhrer (red.), Universitetsforlaget, Oslo, 2023, s. 77-87.
- Ellickson, Robert C., «A Hypothesis of Wealth-Maximizing Norms: Evidence from the Whaling Industry», *Journal of law, economics, & organization*

vol. 5 nr. 1 1989, s. 83-97.

Ellingsen, Terje, *Kirkestyre i historisk lys*, Varde bøkene, Nomi, Stavanger, 1969.

Ellingsen, Terje, *Fri folkekirke - den norske kirkes forfatning under debatt 1906-1916*, Universitetsforl., Oslo, 1973.

Elstad, Hallgeir, "*en Kraft og et Salt i Menigheden*" - ein studie av presteskapat i Norge i siste halvpart av 1800-talet, dei såkalla "johnsonske prestane", Universitetet i Oslo, Oslo, 1997.

Elstad, Hallgeir, «Den praktiske teologien i endring - Det praktisk-teologiske seminar i det 20. hundreåret», i *Teologi og modernitet*, Hallgeir Elstad og Tarald Rasmussen (red.), Unipub, Oslo, 2011, s. 133-152.

Eriksen, Gunnar, «Kommentar til hevdsloven», i *Juridika*, Universitetsforlaget, Oslo, 2023.

Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*. Bergen, 2008.

Eschelsson, Elsa, *Bidrag till läran om besittning enligt svensk rätt - besittningsbegreppet - en rättsencyklopedisk studie*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1904.

Eschelsson, Elsa, *Om fullbordandet af gåfva af lös egendom enligt svensk rättspraxis*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1906.

Europakommisjonen, «Right to repair: Commission introduces new consumer rights for easy and attractive repairs», 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1794.

Europakommisjonen, *Right to repair: Commission introduces new consumer rights for easy and attractive repairs*, 2023 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1794

Europakommisjonen «The European Green Deal - Striving to be the first climate-neutral continent» (2024) https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en [Sitert 13.03.2024].

European Court of Human Rights, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights* 2024.

European Law Institute «Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods» (2023) https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf [Sitert 29.10.2024].

Falkanger, Thor, «Fast eiendom – tilbakeføring når en ervervsforutsetning

- faller bort», *Tidsskrift for eiendomsrett* vol. 15 nr. 1 2019, s. 50-77.
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 9. utg., Universitetsforlaget, Oslo, 2022.
- Finley, Gary D., «Langdell and the Leviathan: improving the first-year law school curriculum by incorporating Moby-Dick», *Cornell law review* vol. 97 nr. 1 2011, s. 159.
- Forbes «Apple Reverses iPhone 15 Policy After Heavy Criticism» (2023) <https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2024/04/11/apple-urn-parts-pairing-iphone-15-right-to-repair/> [Sisert 12.04.2024].
- Forbrukerrådet «Høringssvar til EU-kommisjonens forslag til direktiv om rett til reparasjon av varer (R2R: Right to repair)» (2023) <https://storage02.forbrukerradet.no/media/2023/09/horingssvar-fra-forbrukerradet-om-rett-til-reparasjon.pdf> [Sisert 17.03.2024].
- Forbrukerrådet «Høringssvar: Forslag til direktiv om rett til reparasjon av varer» (2023) <https://www.advokatforeningen.no/horingsuttalelser/2023/september/for-slag-til-direktiv-om-rett-til-reparasjon-av-varer/> [Sisert 18.03.2024].
- Forbrukerrådet «Elektronikk» (2024) <https://www.forbrukerradet.no/forside/varer-og-tjenester/elektronikk/> [Sisert 02.03.2024].
- Fornes, Ingun, «Varetektsfengsling av barn», *Kritisk juss* vol. 32 nr. 2 2017, s. 87-107.
- Forskerforum «Danske politikere vil ha slutt på «overdreven aktivisme i visse forskningsmiljøer»» (2021) <https://www.forskerforum.no/danske-politikere-vil-har-slutt-pa-overdreven-aktivisme-i-visse-forskningsmiljoer/> [Sisert 23.09.2024].
- Forskerforum «Danske politikere vil ha slutt på «overdreven aktivisme i visse forskningsmiljøer»» (2021) <https://www.forskerforum.no/danske-politikere-vil-har-slutt-pa-overdreven-aktivisme-i-visse-forskningsmiljoer/> [Sisert 23.09.2024].
- Forskning.no «Kalt inn på instituttlederens kontor etter intervju med Resett» (2018) <https://www.forskning.no/innvandring-barn-og-ungdom-forskningsetikk/kalt-inn-pa-instituttlederens-kontor-etter-intervju-med-resett/1243222> [Sisert 23.09.2024].
- Foundation for Individual Rights in Education «Georgetown Law provokes backlash by suspending lecturer over tweets» (2022) <https://www.thefire.org/news/georgetown-law-provokes-backlash-suspending-lecturer-over-tweets> [Sisert 23.09.2024].
- Fredriksen, Steinar, *Ro, orden og frihet - en fremstilling av politiets adgang til å*

- gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste*, Gyldendal juridisk, Oslo, 2015.
- Fredriksen, Steinar, *Ro, orden og frihet - en fremstilling av politiets adgang til å gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste*, Gyldendal juridisk, Oslo, 2015.
- Fredriksen, Steinar, «Innbringelse for ordensforstyrrelse i et EMK-rettslig perspektiv», *Tidsskrift for strafferett* vol. 22 nr. 1 2022, s. 2-24.
- Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendal juridisk, Oslo, 2014.
- Gellein, Marie Larsen, *Prinsippet om likebehandling av kreditorer i konkurs*, Masteravhandling (Universitetet i Stavanger), Stavanger, 2020.
- Giertsen, Johan, «Forbrukerretten europeiseres», i *Festskrift til Mads Bryde Andersen*, Henrik Udsen mfl. (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2018, s. 433-446.
- Giertsen, Johan, *Kontrakter - ytelse og pris*, Universitetsforlaget, Oslo, 2019.
- Gjelsvik, Nikolaus, *Norsk tingsret - forelæsnings*, 2. utg., Nikolai Olsens boktrykkeri, Oslo, 1926.
- Greve, Ingvild og Gert Johan Kjelby, «I politi- og påtalerettens grenseland: Lovregulering av enkelte gråsoner mellom politioppgaver og påtaleoppgaver?», *Tidsskrift for strafferett* vol. 22 nr. 4 2023, s. 355-373.
- Grimstad, Frank mfl., *Kirkelig organisering*, H. nr. 1, Diakonhjemmets høgskolesenter, Etter- og videreutdanningsavdelingen, Diavett i samarbeid med Kommunal opplæring, Oslo, 1994.
- Grimstad, Frank mfl., *Personalledelse og administrasjon*, H. nr. 5, Diakonhjemmets høgskolesenter, Etter- og videreutdanningsavdelingen, Diavett i samarbeid med Kommunal opplæring, Oslo, 1994.
- Gruntvig, L.A. og Alf Ross, *Lov om Køb af 6. April 1906*, 2. utg., J. H. Schultz Forlags boghandel, København, 1922.
- Gullaksen, Per-Otto, «Rettsteologi – teologiske perspektiver på samfunnets og kirkens rett», *Norsk teologisk tidsskrift* vol. 109 nr. 3 2008, s. 227-242.
- Gullaksen, Per Otto, *Stat og kirke i Norge - kirkerett mellom teologi og politikk*, Verbum, Oslo, 2000.
- Hagerup, Erling Osvald, *Precariosynspunktet i læra om hevd og alders bruk*, E.O. Hagerup, Oslo, 1972.
- Hagerup, Francis, «Anmeldelse av Eschelsson: "Bidrag till läran om besittning enligt svensk rätt"», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1905, s. 225-229.

- Hagerup, Francis og P. I. Paulsen, *Konkurs og akkordforhandling*, 4. utg., Aschehoug, Oslo, 1932.
- Hagstrøm, Viggo mfl., *Obligasjonsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo, 2021.
- Hambro, Edward, *Bidrag til læren om besiddelse*, Aschehoug, Kristiania, 1889.
- Hansson, Kristian, *Norsk kirkerett*, Aschehoug, Oslo, 1935.
- Hansson, Kristian, «Retten til kirkegodset», *Kirke og kultur (trykt utg.)* vol. Årg. 46 (1939) 1939, s. 257-286.
- Hansson, Kristian, *Norsk kirkerett*, 2. utg., Aschehoug, Oslo, 1957.
- Hansson, Kristian og institutt Chr. Michelsens, *Stat og kirke - fredstider og kampår i Norge*, 2, Grieg, Bergen, 1945.
- Havre, Merete, «Varetektsfengsling av barn - statens plikt til å løslate i påvente av hovedforhandling», *Tidsskrift for strafferett* 2014, s. 360–377.
- Hjorthaug, Torbjørn Backer, *Frede Castbergs statskirkeoppfatning*, nr. 4, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, Oslo, 1998.
- Holstein-Holsteinborg, Ludvig, «Tanker til Nordmændenes Overveielse», i *Riksforsamlingens forhandlinger 3die del – grundlovsutkast*, Tycho C. Jæger (red.), Grøndahl & Søns Boktrykkeri, Kristiania, 1916, s. 97–147.
- Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Papinian, Oslo, 2017.
- Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs - 2*, Juristinformasjon, Bergen, 1988.
- Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Statsrett - kort forklart*, 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo, 2020.
- Høstmælingen, Njål, «Forfatningsmessige konsekvenser ved et skille mellom kirke og stat», *Kirke og kultur* vol. 110 nr. 1 2005, s. 21-35.
- Imsen, Steinar, *Senmiddelalderen - emner fra Europas historie 1300-1550*, Cappelen, Oslo, 1984.
- Ingstad, M. og Carl Platou, *Den romerske privatrets almindelige del*, Aschehoug, Kristiania, 1924.
- Jacobs, Francis G. mfl., *The European Convention on Human Rights*, 8. utg., Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Jacobsen, Jørn, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Universitetet i Bergen, Bergen, 2008.
- Jacobsen, Jørn, «Det strafferettslege lovskravet i eit metodeperpektiv», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen

- Sunde (red.), Universitetsforlaget, Oslo, 2019, s. 527-561.
- Jakhelln, Henning, «Kirkeasyl - misericordia ecclesiae - kirkeasylets rettslige status, og om adgangen til å sette uttredelse av kirkeasyl som vilkår for behandling av søknad om oppholdstillatelse», *Kritisk juss (trykt utg.)*. vol. nr.1(1994) 1994, s. 59-73.
- Jervell, Stephan, «Misligholdskrav mot tidligere salgsledd», *Tidsskrift for rettsvitenskap* vol. 107 nr. 5 1994, s. 905-1010.
- Jhering, Rudolf von, *Der Besitzwille - zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889.
- Kapelrud, Arvid S. og Arvid S. Kapelrud, *Hammurapis lov*, Tanum, Oslo, 1943.
- Kaser, Max mfl., *Das römische Privatrecht. 1er Abschnitt - Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 3:3:1, 2. utg., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971.
- Keyser, R., *Den norske Kirkes Historie under Catholicismen*, Christiania: Chr. Tonsberg, Christiania, 1856.
- Kjelby, Gert Johan, «Politi- og påtalerett som akademiske fag ved Det juridiske fakultet i Bergen», i *Rett i vest*, Johan Giertsen m.fl. (red.), Fagbokforlaget, Bergen, 2019, s. 379-393.
- Kjelby, Gert Johan, *Påtalerett*, 3. utg., Cappelen Damm akademisk, Oslo, 2023.
- Kjølbros, Jon Fridrik og Jon Fridrik Kjølbros, *Den Europæiske menneskerettighedskonvention - for praktikere*, 6. utg., Djøf Forlag, København, 2023.
- Kolflaath, Eivind, «Replikk om lov og litteratur», *Norsk litteraturvitenskapelig tidsskrift* vol. 21 nr. 1 2018, s. 107-109.
- Kolflaath, Eivind og Eivind Kolflaath, *Ordlyd og resonnement - språk- og argumentasjonsteori i samspill med juss*, Fagbokforlaget, Bergen, 2023.
- Kolnes, Ralph Ditlef mfl., *I kirkens rom*, H. nr. 3, Diakonhjemmets høgskolesenter, Etter- og videreutdanningsavdelingen, Diavett i samarbeid med Kommunal opplæring, Oslo, 1994.
- Kolsrud, Oluf, *Kirke og folk i middelalderen*, Kristiania, 1913.
- Kolsrud, Oluf, *Noregs kyrkjesoga - 1 - Millomalderen*, 1, Aschehoug, Oslo, 1958.
- Kristiansen, Jo Rune Ugulen, *Magnus Lagabøtes landslov*, Nasjonalbiblioteket, Oslo, 2024.

- Kromann, Reumert, *Erstatning og kontrakt, kompendium del 3: Køberet*, 3, København, 2022.
- Krüger, Kai, «De lange tidsaksers juss - litt om induktiv pluralistisk argumentasjon i den historisk/dynamiske tingsrett om fast eiendom», *Kart og plan (trykt utg.)* vol. B. 58, årg. 91, nr. 3 (1998) 1998, s. 161-169.
- Krüger, Kai, *Norsk kjøpsrett*, 4. utg., Alma mater, Bergen, 1999.
- Landro, Torgeir, *Kristenrett og kyrkjerett - borgartingskristenretten i eit komparativt perspektiv*, Universitetet i Bergen, Bergen, 2010.
- Landtmanson, Isak Sven, *Om Commodum Possesionis och besittningsskydd*, 1863, Upsala, 1863.
- Lassen, Jul, *Haandbog i obligationsretten - almindelig del*, 2. utg., Kjøbenhavn, 1908.
- Lie, Markus Hoel, «Kommentar til forbrukerkjøpsloven», i *Juridika*, Universitetsforlaget, Oslo, 2024
- Lilleholt, Kåre, *Avtale om ny bustad*, Universitetsforl., Oslo, 2001.
- Lindebrække, Sjur, *Eiendomsrett og konkursbeslag - prinsipielle synspunkter i løsøreomsetningen*, Beyer, Bergen, 1946.
- Løvlie, Birger, *Kirke, stat og folk i en etterkrigstid - kirkeordningsarbeid i Den norske kirke 1945-1984 i et strategisk perspektiv*, Luther, Oslo, 1996.
- Markussen, Bjarne, «Rett og litteratur – En introduksjon og et bidrag», *Edda* vol. 92 nr. 3 2005, s. 226-243.
- Marthinussen, Hans Fredrik, *Internasjonale konkurser - med særlig fordypning i bankinsolvens*, Cappelen Damm, Oslo, 2014.
- Martinussen, Magnus Roald, «To spørsmål i forbindelse med politiets innbringelsesmyndighet», *Lov og rett* vol. 20 nr. 3 1981, s. 139-145.
- Martinussen, Roald, «Retten til juridisk bistand ved innbringelser og pågripelser», *Lov og rett* vol. 24 nr. 10 1985, s. 578-581.
- Martinussen, Roald, «Den norske kirke som trossamfunn», *Lov og rett* vol. 38 nr. 10 1999, s. 595-598.
- Martinussen, Roald, *Kirkerett - utvalgte emner*, Cappelen akademisk forl., Oslo, 1999.
- Martinussen, Roald, *Kjøpsrett*, 6. utg., Cappelen Damm akademisk, Oslo, 2012.
- Mchangama, Jacob og Frederik Stjernfelt, *Men - yringsfrihedens historie i Danmark*, Gyldendal, København, 2016.

- Melville, Herman og Bjørn Alex Herrman, *Moby-Dick, eller Hvalen*, Aschehoug, Oslo, 2018.
- Menighetsfakultetet, *Veiledning for det teologiske studium ved Menighetsfakultetet*, Menighetsfakultetet, Oslo, 1964.
- Mestad, Ola, «Knut Robberstad», i *Norsk biografisk leksikon - 7 - Njøs-Samuelsen*, 7, Kunnskapsforl., Oslo, 2003
- Michalsen, Dag, *Rett - en internasjonal historie*, Pax, Oslo, 2011.
- Miele A, s. «Høringssvar: Forslag til direktiv om rett til reparasjon av varer» (2023) <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-direktiv-om-rett-til-reparasjon-av-varer/id2986466/?uid=f4101a89-e47c-47af-b5b2-92e81979db79> [Sitert 14.03.2024].
- Miljødirektoratet «Nettside om sirkulær økonomi» (2023) <https://www.miljodirektoratet.no/ansvarsomrader/avfall/sirkular-ekonomi/> [Sitert 29.10.2024].
- Miljødirektoratet «Sirkulær økonomi» (2024) <https://www.miljodirektoratet.no/ansvarsomrader/avfall/sirkular-ekonomi/> [Sitert 29.10.2024].
- Molland, Einar, *Statskirke og Jesu Kristi kirke*, Land og Kirke, Oslo, 1954.
- Molland, Einar, *Kristenhetens kirker og trossamfunn*, Gyldendal, Oslo, 1976.
- Molland, Einar, *Norges kirkehistorie i det 19. århundre - 1*, Gyldendal, Oslo, 1979.
- Molland, Einar, *Norges kirkehistorie i det 19. århundre - 2*, Gyldendal, Oslo, 1979.
- Monsen, Erik, «Om miljøsensyn på formuerettens område – særlig om bruken av miljøsensyn i Støvlettdommen i Rt. 2006 s. 179», *Lov og rett* vol. 46 nr. 10 2008, s. 613-630.
- Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm akademisk, Oslo, 2012.
- Morgenstjerne, Bredo, *Lærebok i den norske statsforfatningsret - 2, 2, 3. utg.*, O. Christiansen, Oslo, 1927.
- Motzfeldt, U. A., *Den norske Kirkeret tilligemed den øvrige Geistligheden især vedkommende Lovgivning*, Forlagt af Johan Dahl, Christiania, 1844.
- Myhrer, Tor-Geir og Norge, *Politi-loven - lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet - lovkommentar*, Universitetsforlaget, Oslo, 2022.
- Myking, Marit, *Vart Noreg kristna frå England? ein gjennomgang av norsk forskning med utgangspunkt i Absalon Tarangers avhandling Den*

- angelsaksiske kirkes indflydelse paa den norske (1890)*, 1, Senter for studier i vikingtid og nordisk middelalder Unipub, Oslo, 2001.
- Müller, Sigurd, «Om politimyndighet», i *Rett og rettsal : et festskrift til Rolv Ryssdal*, Hans M. Michelsen mfl. (red.), Aschehoug, Oslo, 1984, s. 347–370.
- Müller, Sigurd, «Om politimyndighet», i *Politirettslige tekster - en utvikling fra fag til vitenskap*, Gert Johan Kjelby og Tor-Geir Myhrer (red.), Universitetsforlaget, Oslo, 2023, s. 114–131.
- Nettavisen «Forbrukerrådet, Fremskrittspartiet og en rekke organisasjoner vil gjøre det billigere å reparere varer i stedet for å kjøpe nytt» (2022) <https://www.nettavisen.no/okonomi/har-du-fatt-beskjed-om-at-det-er-billigere-a-kjope-nytt-enn-a-reparere-na-kreves-det-store-endringer/s/5-95-460927> [Sitert 18.03.2024].
- Nilsen, John Reidar, *Politirett og rettsstat - sentrale menneskerettslige skranke for den polisiære myndighetsutøvelsen*, Gyldendal, Oslo, 2022.
- Norge «A European Green Deal - Norwegian perspectives and contributions» (2021) <https://www.regjeringen.no/contentassets/38453d5f5f5d42779aaa3059b200a25f/a-european-green-deal-norwegian-perspectives-and-contributions-20.04.2021.pdf> [Sitert 13.04.2024].
- Norge, *Grunnloven - historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget, Oslo, 2021.
- nrk.no «Nordmenn blant verstingene på globalt klimaavtrykk» (2018) <https://www.nrk.no/urix/nordmenn-blant-verstingene-pa-globalt-klimaavtrykk-1.14147490> [Sitert 01.02.2024].
- Oftestad, Bernt T., *Norsk kirkehistorie*, 3. utg., Universitetsforl., Oslo, 2005.
- Parmann, Anders, «Besittelseslærens historie i skandinavisk rettsvitenskap», *Tidsskrift for rettsvitenskap* vol. 136 nr. 5 2023, s. 557-585.
- Pedersen, Jussi E. og Roger Stelander Magnussen, «Norm- og subsumsjonslæren - behovet for et supplement til den tradisjonelle rettskilde- og metodelæren», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget, Oslo, 2019, s. 702-720.
- Platou, Ch, *Om Besiddelse - efter norsk Ret*, Chr. Tønsbergs Forlag, Christiania, 1863.
- Politidirektoratet «Årsrapport Arrestforhold 2022, 19. juli 2023» (2023) <https://www.politiet.no/globalassets/tall-og-fakta/arrest-og-varetekt/arsrapport-arrestforhold-2022.pdf> [Sitert 15.03.2024].

- Pontoppidan, Erik og Gottman Friderich Kiesel, *Collegium pastorale practicum - indeholdende en fornøden Underviisning, Advarsel, Raad-førelse og Opmuntring for dennem som, enten berede sig til at tiene Gud og Næsten i det hellige Præste-Embede*, Udi det Kongelige Waysenhuus trykt af Gottmann Friderich Kiesel, Kjøbenhavn, 1757.
- Robberstad, Knut, *Gulatingslovi*, Samlaget, Oslo, 1937.
- Knut Robberstad, *Lærebok i kyrkjerett: Fyrelesninger på Det praktisk-teologiske seminaret til Menighetsfakultetet I*, Oslo 1963.
- Knut Robberstad, *Lærebok i kyrkjerett: Fyrelesninger på Det praktisk-teologiske seminaret til Menighetsfakultetet II*, Oslo 1963.
- Robberstad, Knut, *Gulatingslovi*, 3. utg., Samlaget, Oslo, 1969.
- Robberstad, Knut, «Alders tids bruk og lokal sedvanerett um fiske i vassdrag. Serleg um retten til fisket i Gudbrandsdalslågen i Fåberg», i *Retts-utferd*, Knut Robberstad mfl. (red.), Samlaget, Oslo, 1969, s. 90-111.
- Robberstad, Knut, *Mostratinget 1024 og Sankt Olavs kristenrett*, Moster, 1974.
- Rose, Carol M., «Possession as the Origin of Property», *The University of Chicago law review* vol. 52 nr. 1 1985, s. 73-88.
- Rune Dahl, Fitjar, «Universitetet er et uenighetsfellesskap», *Stavanger Aftenblad*, 2. november 2020.
- Rune Todnem By «Universitetet i Stavanger er et dysfunksjonelt universitet» (2021) <https://www.khrono.no/universitetet-i-stavanger-er-et-dysfunksjonelt-universitet/904644> [Sitert 23.09.2024].
- Salomonsen, Hans, *Collegium pastorale practikum - Pontoppidans pastoralteologi*, Luther i samarbeid med Det Evangelisk-Lutherske kirkesanfunn, Oslo, 1986.
- Sandvik, Gudmund, *Prestegard og prestelønn - studiar kring problemet eigeomsretten til dei norske prestegardane*, Universitetsforlaget, Oslo, 1965.
- Sandvik, Gudmund, «Europeisk rettshistorie i mellomalderen Førelesingar», *Jussens venner* vol. 24 nr. 6-7 1989, s. 203-309.
- Sandvik, Gudmund, «Rettshistorie: Førelesingar», *Jussens venner* vol. 25 nr. 5 1990, s. 229-315.
- Savigny, Friedrich Karl von, *Von Savigny's Treatise on possession - or, the Jus possessionis of the civil law / translated from the German by Sir Erskine Perry*, England: S. Sweet, 1848.
- Schweigaard, Anton Martin, *Om Conkurs og om Skifte og Arvebehandling - nittende og tyvende Afsnit af Den norske Proces*, I Commission hos Johan

- Dahl, Christiania, 1871.
- Schweigaard, Anton Martin, *Den norske Proces - B. 2, 2. utg.*, Johan Dahl, Christiania, 1872.
- Schweigaard, Anton Martin mfl., *Ungdomsarbeider*, Forlagt af Aschehoug & Co W. Nygaard. Det Mallingske Bogtrykkeri A/S, Kristiania, 1904.
- Schwerhoff, Gerd, «Horror Crime or Bad Habit? Blasphemy in Premodern Europe, 1200-1650», *Journal of religious history* vol. 32 nr. 4 2008, s. 398-408.
- Sebbelow, Wincents, «Svar paa det fremsatte spøragsmaal om Norges tilkommende regjeringsform», i *Riksforsamlingens forhandlinger 3die del - grundlovsutkast*, Tycho C. Jæger (red.), Grøndahl & Søns Boktrykkeri, Kristiania, 1916, s. 162-199.
- Settem, Ola Johan, «Religious Communities and Their Employees», *Oslo law review* vol. 9 nr. 3 2023, s. 165-189.
- Sivilombudet, *Barn i arrest Besøk til Oslo politidistrikt og begrenset undersøkelse av landets politidistrikter 11. - 12. mai 2021*, 2001.
- Sjögren, Wilhelm, «Nekrolog Elsa Eschelsson», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1911, s. 255-257.
- Skag, Miriam, «Tålt bruk», *Lov og rett* vol. 43 nr. 9 2004, s. 553-570.
- Skagestad, Gabriel, *Pastorallære - 1 - Kirken og menigheten*, Lutherstiftelsen, Oslo, 1928.
- Skar, Henrik, «Skillet mellom flertydighet og vaghet i jussen», *Lov og rett* vol. 62 nr. 10 2023, s. 674-682.
- Skeel, David A., «The empty idea of "equality of creditors"», *University of Pennsylvania law review* vol. 166 nr. 3 2018, s. 699-744.
- Skeel, David A., «The Empty Idea of "Equality of Creditors"», *University of Pennsylvania law review* vol. 166 nr. 3 2018, s. 699-744.
- Skeie, Jon, *Den norske civilproces bind 1*, Norli, Oslo, 1935.
- Skeie, Jon, *Den norske civilproces bind 3*, Norli, Oslo, 1935.
- Skift «Høringsinnspill - Sirkulærskiftet - Rett til reparasjon av varer» (2023) <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-til-direktiv-om-rett-til-reparasjon-av-varer/id2986466/?uid=c461cc4d-0bde-4a4a-9f11-090844522d67> [Sitert 14.03.2024].
- Skjevesland, Olav, *Invitasjon til praktisk teologi - en faginnføring*, Luther, Oslo, 1999.
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Konge, rikskirke og lokalmenighet - om Kongens*

- forfatningsrettslige stilling innenfor Den norske kirke - særlig i konfesjonelle og rituelle spørsmål*, Universitetsforlaget, Oslo, 1989.
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Avgjørelser av Høyesteretts ankeutvalg som rettskilder», i *Integritet og ære*, Matningsdal Magnus Arvid og Strandbakken Asbjørn (red.), Gyldendal, Oslo, 2019
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, 2. utg., Universitetsforlaget, Oslo, 2023.
- Smith, Eivind, «"Statskirke"?», i *Stat, kirke og menneskerettigheter*, Njål Høstmælingen mfl. (red.), Abstrakt forl., Oslo, 2006
- Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati - statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 6. utg., Fagbokforlaget, Bergen, 2024.
- Smith, Henry E., «The elements of possession», i *Law and economics of possession*, Chien Chang (red.), Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- Sohm, Rudolph, *Kirkehistorie i Grundrids*, Kirchengeschichte im Grundriss, 2. utg., Lutherstiftelsens Boghandel, Kristiania, 1891.
- Spurkland, Kai, «"Vi kjører han inn for en sjekk" – Når skal politiets maktbruk i ordenstjeneste hjemles i straffeprosessloven og når skal den hjemles i politiloven?», *Tidsskrift for strafferett* vol. 14 nr. 1 2014, s. 61-84.
- Stang, Frederik, *Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovsbestemte Ret*, P.J. Hoppes forlag, Christiania, 1833.
- Stang, Fredrik, *Historisk innledning til formueretten - Kap. 1 - Formuerettens utvikling*, Kap. 1, Universitetsforlaget, Oslo, 1972.
- Store navn i norsk rettsvitenskap*, Universitetsforlaget, Oslo, 1973.
- Store Norske Leksikon «Schrödingers katt» (2019)
https://snl.no/Schr%C3%B6dingers_katt [Sitert 29.10.2024].
- Store Norske Leksikon «økologisk fotavtrykk» (2021)
https://snl.no/%C3%B8kologisk_fotavtrykk [Sitert 29.10.2024].
- Straffeprosessloven: lovkommentar*, Redigert av Keiserud, Erik mfl., 5. utg., Universitetsforl., Oslo, 2020.
- Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse - hvor langt rekker individvernet?*, Gyldendal juridisk, Oslo, 2012.
- Stranden, John Kristian mfl., *Kirke- og arbeidslivsjus*, 2, Diakonhjemmets høgskolesenter, Etter- og videreutdanningsavdelingen, Diavett i samarbeid med Kommunal opplæring, Oslo, 1994.
- Støkken, Anne Marie, *Politiet i det norske samfunn*, Universitetsforlaget,

- Oslo, 1974.
- Sunde, Jørn Øyrehagen, *Speculum legale - rettspegelen - ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv*, Fagbokforl., Bergen, 2005.
- Sunde, Jørn Øyrehagen, «Det andre bodordet - Dialog, orden og samkvem», i *Dekalogen: 13 essay om menneske og samfunn i skjeringspunktet mellom rett og religion*, Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Fagbokforlaget, Bergen, 2008, s. 55–79.
- Sverre, Tønnesen, *Forulempelse av politimann (Straffeloven §§ 127, 128 og 326)*, Upublisert, 1975.
- Sverre, Tønnesen, *Kompendium beregnet på studium av spesialfaget politirett, hefte 1–6*, Institutt for offentlig rett, Bergen, 1978.
- Sverre, Tønnesen, *Regelsett av betydning for studiet av politirett*, Institutt for offentlig rett, Bergen, 1978.
- Sæther, Arne E. mfl., *Grunnoppplæring for kirkelig ansatte i kommunen - H. nr. 4 - Kirke- og kirkegårdsdrift*, H. nr. 4, Diakonhjemmets høgskolesenter, Etter- og videreutdanningsavdelingen, Diavett i samarbeid med Kommunal opplæring, Oslo, 1994.
- Taranger, Absalon, *Den angelsaksiske kirkes indflydelse paa den norske*, Grøndahl & søns bogtrykkeri, Kristiania, 1890.
- Taranger, Absalon, *Om eiendomsretten til de norske præstegaarde*, Kristiania, 1896.
- Taranger, Absalon, *Den norske Besiddelsesret - indtil Christian V's Norske Lov - Første Halvdel, Første Halvdel*, Kristiania, 1897.
- Taranger, Absalon, *Ret og moral*, Cammermeyer, Kristiania, 1898.
- Taranger, Absalon, *Kirkegodsets Retsforhold - kritiske Anmærkninger til Ebbe Hertzberg: Om Eiendomsretten til det norske Kirkegods - en retshistorisk Betænkning*, Kristiania, 1902.
- Taranger, Absalon, *Statsreligion eller fri Folkekirke?*, Cammermeyer, Kristiania, 1906.
- Taranger, Absalon, *Norsk kirkeret - forelæsninger ved det praktisk-teologiske seminar - 1 - Kirkerettens og kirkeforfatningens historie*, Cammermeyer, Kristiania, 1910.
- Taranger, Absalon, *Prestenes bekjennelsesplikt i Den Norske kirke - betenkning avgitt til Det Kgl. Kirke- og Undervisnings-Departement*, Steenske Forlag, Oslo, 1927.
- Thomas Aquinas, *Summa theologica*, 1460.

- Tobiassen, Tomas Midttun, *Når myndighetene griper inn - en studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis*, Fagbokforlaget, Bergen, 2019.
- Torp, Carl, *Besiddelsen og dens Betydning i retlig Henseende*, Giese, Kjøbenhavn, 1884.
- Treschow, Niels, «Forsøg til et forslag om en constitution for Norges rige», i *Riksforsamlingens forhandlinger 3die del – grundlovsutkast*, Tycho C. Jæger (red.), Grøndahl & Søns Boktrykkeri, Kristiania, 1916, s. 162–199.
- Tuseth, Bård Sverre, *Trykkefrihed bør finde sted - Grunnloven § 100 fra 1814 til 1905*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, Oslo, 2022.
- Tv2.dk «Koranaforbrænding skal forbydes, mener flertal af danskere» (2023) <https://nyheder.tv2.dk/politik/2023-08-10-koranaforbraending-skal-forbydes-mener-flertal-af-danskere> [Sitert 29.10.2024].
- Tverberg, Arnulf, *Forbrukerkjøpsloven - med kommentarer*, Gyldendal akademisk, Oslo, 2008.
- Tønnesen, Sverre, «Saker om rettsstridig adferd fra polititjenestemenn», *Lov og rett* vol. 15 nr. 6 1976, s. 340-366.
- Ussing, Henrich, *Kirkeforfatningen i de kongelige danske Stater, fire deler i seks bind.*, H. Ussing, Sorøe, 1786-89.
- Ussing, Henry, *Obligationsretten - almindelig del*, 4. utg., Juristforbundets Forlag, København, 1967.
- Vadum, Kristoffer, *Bruk av kanonistisk litteratur i Nidarosprovinsen ca 1250-1340*, Det humanistiske fakultet, Universitetet i Oslo, Oslo, 2015.
- Warberg, Silje, «Rett og litteratur. Fortellinger om forfall og fornyelse», *Norsk litteraturvitenskapelig tidsskrift* vol. 20 nr. 2 2017, s. 108-134.
- Ward, Ian, *Law and literature - possibilities and perspectives*, Law & Literature, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- Welle, Ivar, *Kirkens historie - 1 - Til år 1600*, Lutherstiftelsens forl., Oslo, 1929.
- Welle, Ivar, *Kirkens historie - 2 - Efter år 1600*, Lutherstiftelsens forl., Oslo, 1931.
- Welle, Ivar, *Kirkens historie - 3 - Norges kirkehistorie*, Lutherstiftelsens forl., Oslo, 1948.
- Wexels, W. A., *Foredrag over Pastoraltheologien*, Chr. Grøndahl, Christiania, 1853.
- Wigum, Tor Aamodt, *Religionsutøvelse i det offentlige rom - restriksjoner i religiøs bekleddning og symbolbruk*, UiT Norges arktiske universitet, Det

- juridiske fakultet, Tromsø, 2018.
- Wikipedia «Many-worlds interpretation» (2024)
https://en.wikipedia.org/wiki/Many-worlds_interpretation [Sisert 29.10.2024].
- Wilhelmsen, Lars Skjold, *Juridisk fagdidaktikk - med vekt på studentenes læring*, Fagbokforl., Bergen, 2014.
- Wisløff, Carl Fr, *Norsk kirkehistorie - 3, 3*, Lutherstiftelsen, Oslo, 1971.
- Wisløff, Carl Fr, *Norsk kirkehistorie gjennom 100 år*, Lunde, Oslo, 1979.
- Wisløff, Carl Fr og Andreas Aarflot, *Norsk kirkehistorie - 1, 1*, Lutherstiftelsen, Oslo, 1966.
- Wisløff, Carl Fr og Andreas Aarflot, *Norsk kirkehistorie - 2, 2*, Lutherstiftelsen, Oslo, 1967.
- Øie, Toril M., «Høyesterett som straffedomstol», i *Lov, sannhet, rett : Norges Høyesterett 200 år*, Tore Schei mfl. (red.), Universitetsforl., Oslo, 2015
- Økologisk Stiftelsen Norsk Mat «Økologiske fotavtrykk» (2024)
<https://www.okologisk.no/artikler/okologiske-fotavtrykk/> [Sisert 29.10.2024].
- Aadland, Einar, *Kirkens møte med mennesker*, H. nr. 6, Diakonhjemmets høgskolesenter, Etter- og videreutdanningsavdelingen, Diavett i samarbeid med Kommunal opplæring, Oslo, 1994.
- Aagesen, Andreas, *Forelæsninger over den romerske privatret - 1*, Gyldendalske, København, 1882.
- Aall, Anathon, *St. Sunniva og biskop Sigurd, Hellig-Olaf og biskop Grimkel - nye bidrag til spørsmålet om forbindelser og slægtskab mellem den angelsaksiske kirke og den norske*, Christiania, 1897.
- Aarflot, Andreas, *Kirke og stat i Norge - fra reformasjonen til våre dager*, Nomi, Stavanger, 1969.
- Aarflot, Andreas, *Norsk kirke i tusen år*, Universitetsforlaget, Oslo, 1978.
- Aarflot, Andreas, «Trossamfunn og statskirke: Om den norske kirkes rettsstatus etter de siste femti års reformer», *Lov og rett* vol. 38 nr. 10 1999, s. 579-594.
- Aarflot, Andreas, «Religionsfrihet og kirkerett i et menneskerettsperspektiv», *Lov og rett* vol. 40 nr. 8 2001, s. 474-489.
- Aarflot, Andreas, «Rettslig handleevne lokalt og sentralt i Den norske kirke - Refleksjoner over retts situasjonen etter den siste revisjon av kirkeloven», *Lov og rett* vol. 56 nr. 4 2017, s. 195-214.

Årsheim, Helge, «Giving Up the Ghost - On the Decline and Fall of Norwegian Anti-Blasphemy Legislation», i *Blasphemy and freedom of expression*, Jeroen Temperman og Andras Koltay (red.), Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 553–575.

