

DRI 2020 Rettskilder og informasjonssøking

Om rettskilder og publicatio legis prinsippet.

Husk: Det er problemstillingene som er det interessante å få frem på eksamen. Viktigheten av å stille gode problemstillinger.

Mulig standarddisposisjon av en eksamensbesvarelse: Den må tilpasses den enkelte oppgave, og den passer ikke på alle oppgaver –

A. Innledning:

1. Presisering av hovedproblemstillingen og de uttrykk som er benyttet i oppgaveteksten.
2. Plassering av temaet i det systemet det er en del av– temaets betydning
3. Avgrensning av besvarelsen –
4. Historikk
5. Oversikt over den videre fremstillingen

B. Hoveddelen:

1. Hensynene – normativ redegjørelse for de hensyn som er relevante å ta i betraktning
2. Innholdet i temaet

C. Avslutning: (vurderinger).

Mulig oppgavetekst: ”Redegjør for publicatio legis-prinsippet”

A. Innledning:

1. **Presisering av hovedproblemstillingen og de uttrykk som er benyttet i oppgaveteksten.**

Kort og upresist kan vi si at publicatio legis-prinsippet er et **ideal** om at - lover og andre rettskilder **bør** kommuniseres til borgerne (publiseres) slik at borgerne kan gjøre seg kjent med de lover/regler de skal forholde seg til. Hovedproblemstillingen nedenfor er om dette idealet også er gitt rettslige virkninger.

Hovedproblemstillingen kan igjen nyanseres: Er det rettslig nødvendig at originalteksten er publisert, eller er det tilstrekkelig at innholdet i loven er gjengitt på en korrekt og forståelig måte? (Hovedproblemstillingen blir altså to: Er det rettslig nødvendig at loven kommuniseres på en eller annen måte (ved gjengivelse)? Hvis svaret er nei på dette, så er ikke publicatio legis et rettslig prinsipp, men bare et ideal. Dersom svaret er ja, så er det et rettslig prinsipp, og da oppstår spørsmålet om det er så strengt at det også er nødvendig at loven publiseres i originalversjon?

2. Plassering i systemet eller plassering av temaet- tilgrensende temaer – og temaets betydning

- a. Forholdet til rettskildelære – rettskildefaktorer – rettskildeprinsipper – juridisk metode
- b. Rettsikkerhetsprinsipp – mulighet til å gjøre seg kjent med retten
 - i. Forutberegnelighet
 - ii. Likhetsprinsippet

- iii. Offentlighetsprinsippet – rett til å gjøre seg kjent med all offentlig virksomhet
- c. Forholdet til temaet hvordan lover og forskrifter blir til.

a. Rettskildelære – rettskildefaktorer – rettskildeprinsipper – juridisk metode

Publicatio legis-prinsippet står i en **relasjon** til rettskildelæren:

Kort om hva en rettskildefaktor ”er”, illustrert med rettskildefaktoren lov, og en forklaring av begrepet ’rettskildeprinsipp’.

En borger eller jurist kan ikke bygge på eget syn på hva norsk lov krever. Vi må bygge på de reglene som gjelder («gjeldende rett»). Hvordan må vi resonnerer for å finne gjeldende rett på et område? Alle rettsspørsmål kan i prinsippet ankes opp til Høyesterett som dømmer i siste instans, jf Grunnloven § 88. Derfor må andre følge Høyesteretts syn på hvordan man skal resonnerer.

-Høyesterett tar utgangspunkt i loven. Av det kan vi utlede at loven er **relevant**.

Lov er én av flere relevante **rettskildefaktorer**. Andre rettskildefaktorer er forarbeider, dommer, lovens formål, reelle hensyn. (rettskildefaktoren ”lov” omfatter ikke bare **formelle lover**, men også Grunnloven og forskrifter).

-Høyesterett tolker loven for å finne ut hva den sier. Dette kalles tolkning eller «**slutning**» (eksempel på et slutningsprinsipp: ordlyden skal tolkes ut i fra hva folk vanligvis forstår med ordlyden- ”den alminnelige språklige betydningen”)

Dersom flere rettskildefaktorer/argumenter trekker i hver sin retning, så må disse **veies** mot hverandre.

Disse tre spørsmålene om **relevans**, **slutning** og **vekt**, kalles **relevansspørsmål**, **slutningsspørsmål** og **vektsspørsmål**.

Relevansprinsippene sier noe om hvilke rettskilder som er relevante.

Rettskildeprinsipper om tolkning forstand kalles ”**slutningsprinsipper**”.

Prinsippene om vekting kalles «**vektprinsipper**» eller rettskildeprinsipper om vekt.

Når vi skal finne innholdet i en rettsregel må vi benytte juridisk metode. I henhold til korrekt juridisk metode må vi ta utgangspunkt i en **relevant** lovbestemmelse, **tolker** denne ved bruk av alminnelig språkbruk og deretter ser vi på andre **relevante** rettskildefaktorer for å finne ut hva de sier og endelig **veier** vi de forskjellige argumentene opp mot hverandre i henhold til gjeldende rettskildeprinsipper om **vekt**.

Forholdet mellom temaet ovenfor og publicatio legis-prinsippet, kan sies å være et **spørsmål** om en rettskildefaktor, og særlig en lov eller en forskrift kan være **relevant** dersom den ikke er publisert/kunngjort til borgerne

b. Rettssikkerhetsprinsipper – «informasjonsfrihet» - mulighet for å gjøre seg kjent med retten. tre hensyn.

- i. Forutberegnelighetstankegangen/hensynet**– Muligheten til å kunne forutberegne sin rettsstilling forutsetter at loven er gjort tilgjengelig. Forutberegnelighetshensynet taler

derfor for at rettskilder skal publiseres.. Forutberegnelighetshensynet er imidlertid **stort sett** godt ivaretatt ved at loven gjengis ved en tolkning, fremfor i originaltekst. Men i enkelte tilfeller, grensetilfellene, hvor man er på grensen av loven, så er ikke dette tilstrekkelig.

ii. Likhetsprinsippet –

Hensynet til likhet mellom borgerne tilsier at kildene gjøres tilgjengelig, slik at alle kan ivareta sine interesser/rettigheter.

Formell likhet: ”Alle har mulighet til å lære seg juridisk metode, hvordan man finner rettskildefaktorene og hvordan man finner innholdet i rettsreglene”.

Reell likhet: lik tilgang til innholdet i reglene – uavhengig av forutsetninger

iii. Offentlighetsprinsippet

Borgerne har rett til å gjøre seg kjent med all offentlig virksomhet

Hvilke elementer ligger i offentlighetsprinsippet?

-Rett til å gjøre seg kjent med faktum/bevis.

-Rett til å gjøre seg kjent med rettskildefaktorene/rettsreglene

-Rett til å gjøre seg kjent med saksbehandlingen.

Disse tre er **nødvendige** for å kunne ivareta egne interesser i en sak for forvaltningen og domstolene –og er derfor deler av den offentlighet en **part** har rett til.

-**Allmennhetens rett** til å gjøre seg kjent med lovgivningsprosessen, loven, avgjørelser i forvaltningen og domstolene. Denne siden av offentlighetsprinsippet angir en sentral del av publicatio legis-prinsippet.

c. Helt kort om hvordan lover og forskrifter blir til – forholdet til rettskildefaktorer og sammenhengen med publicatio legis/kommunikasjon av rettskildefaktorer.

Hvordan blir en lov til, altså lovgivningsprosessen – se Grunnloven § 76-79 – hvilke tekster/dokumenter blir utarbeidet i lovgivningsprosessen, er disse relevante rettskildefaktorer og hvor finner vi i så fall disse tekstene? (Disse tema behandles i en senere forelesning.)

Hvordan blir en forskrift til? Forvaltningsloven kap VII.

3. Avgrensning av besvarelsen:

Jeg går ikke nærmere inn på rettskildelæren eller hvordan lover blir til

4. Historikk

Publicatio legis-prinsippet er en overlevering fra romerretten

Ansett som et viktig rettssikkerhetsideal – for romere (som hadde rettigheter i motsetning til ikke-romere (”peregrini”) som ikke hadde samme (grad av) rettigheter.

I Norge: Tinglysning

5. Den videre fremstillingen

Ovenfor har jeg nevnt at publicatio legis-prinsippet er et **ideal**. I det følgende vil jeg drøfte spørsmålet om hvorvidt publicatio legis i tillegg kan anses som en **rettsregel** (eller bare et ideal).

Jeg vil **sondre** mellom forskrifter og lover.

Deretter vil jeg vise hvordan Publicatio legis er **gjennomført** i norsk rett.

Deretter vil jeg vise eksempler på de sentrale metoder som benyttes for å **kommunisere** lover og forskrifter (og andre rettskilder). (**rettslige kommunikasjonsprosesser**)
Men først vil jeg diskutere de **hensyn/argumenter** som taler mot og for et slikt prinsipp.

B. Hoveddelen:

1. Hensynene – normativ redegjørelse – noen argumenter for og mot.

Argumenter for:

Hensynet til muligheten for å **forutberegne** sin rettsstilling: Utgangspunktet er altså at hensynet til forutberegnelighet tilsier at en lov/forskrift må kunngjøres.

Diskusjon: Problemstilling: er det nødvendig å kjenne loven for å vite hva som er "rett"? – **forholdet til moralen** – kjenner vi på oss hva som er rett og hva som er galt? (Fyllekjøring: Rt 1937 side 42: den gamle motorvognloven; forbud mot subjektivt å føre motorvogn i beruset stand, endret til objektiv grense på 0,5 promille ved lovendring av 1936: En kar ble tatt med 1,58 i promille etter vedtakelse, men før kunngjøring, og spørsmålet var om han skulle gå fri på dette grunnlaget. HR: Tiltalte måtte forstå at dette ikke var akseptert (var nok også subjektivt beruset).

At vi kan vite hva som er rett og galt uten lover kan tilsa at kunngjøring ikke bør være noe absolutt krav – i hvert fall ikke for lover som gjennomfører samfunnsmoralen – eksempel forbud mot drap.

Men i enkelte tilfeller er begge løsningene i overensstemmelse med samfunnsmoralen og rettsfølelsen, eller rettsfølelsen kan variere fra person til person, eller løsningen angår et spørsmål vi ikke har noe moralsk forhold til – for eksempel: Det er høyst usikkert i hvilken grad vi "føler"/erkjenner at vi ikke skal drikke alkohol de første 6 timer etter at vi har vært innblandet i en trafikkulykke – jf vegtrafikkloven § 22.(søk i lovdata).

Derfor er ikke alltid den enkelte borgers (internaliserte) rettsfølelse tilstrekkelig til å skape forutberegnelighet. Dette viser derfor et behov for **kunngjøring og tilgjengeliggjøring** av rettskildene.

Moralfilosofiske undersøkelser viser også at loven kan ha stor innvirkning på folks moral.
Eksempel: alkohol vs narkotika.

Konklusjon på diskusjonen om forutberegnelighetshensynet tilsier at lover/rettskilder bør kommuniseres: Kommunikasjon av lover i en eller annen form er **i mange tilfeller** nødvendig for at de borgere som ønsker å opptre i overensstemmelse med loven (uansett hva den sier), skal ha reell mulighet til å gjøre dette.

Likhets hensynet:

Er publisering/kunngjøring av lover nødvendig for å tilfredsstille likhetsidealet?

Argumenter mot: kunngjøres i Norsk Lovtidend, jr loven, og de færreste har tilgang til denne, og nærmest ingen leser den. Dette tilsier at kunngjøringen ikke har noe å si for å skape likhet mellom ressurssterke og ressursvake.

Det som er viktig er altså at lover/forskrifter kommuniseres på en eller annen måte, og kommunikasjonen bør være effektiv. Vekten av dette kan nok variere fra område til område

2. Innholdet i publicatio legis – rettslige publiseringskrav?

a. Bing skriver at staten **plikter** å kommunisere loven, og at det derfor **er** en plikt.
Dette skal vi problematisere i det følgende:

MEN: dersom plikten ikke har noen **virksomheter** for borgerne/staten, er det ikke mye **realitet** i denne plikten. Dersom manglende kunngjøring får rettslige konsekvenser for staten, så er det

en rettsregel (og en rettslig plikt). Dersom det ikke får noen konsekvenser, så er prinsippet bare et ideal, og plikten bare en ideell plikt. Vi må derfor avgjøre om manglende kunngjøring kan få noen rettslige konsekvenser.

b. PUBLICATIO LEGIS: IDEAL ELLER RETTSREGEL?

Presisering av spørsmålet: Er det et vilkår at en lov eller forskrift er kunngjort for at borgerne skal få plikter og rettigheter i henhold til loven eller forskriften?

Drøftelse: (Sondrer mellom plikter pålagt i forskrift og plikter fastsatt i lov)

a. Forskrifter: Forvaltningsloven § 39, jf § 38.

Hovedregel: krav om kunngjøring.

To unntak –

§ 39. (virkning av forsømt kunngjøring).

En forskrift kan ikke påberopes overfor den enkelte før den er kunngjort som fastsatt i § 38, med mindre det påvises enten at forvaltningsorganet på annen forsvarlig måte har gjort forskriften kjent for offentligheten eller for vedkommende erverv, fag, interessegruppe eller for den forskriften påberopes overfor, eller at vedkommende har fått kjennskap til forskriften.

b. Lover:

Sondringen mellom lover som gjelder straff og lover som gjelder andre rettsvirkninger:

i. Andre rettsvirkninger enn straff:

Grunnloven § 79 sier intet om dette.

Lov om lovtidende av 1969 nr 53 sier intet om dette.

Grunnloven § 97: – se **Rt 2004 side 357** – intet absolutt krav om kunngjøring for å kunne ilegge et inngripende vedtak om straff.

Fra det mer til det mindre-betraktninger: Når det ikke er noe absolutt krav om at lover om straff må være kunngjort, så heller ikke noe slikt krav for de **mindre** inngripende vedtak.

Konklusjon:

Utgangspunkt intet absolutt kunngjøringskrav.

Mulig unntak: Krav om én eller annen form for ”bekjentgjøring” etter en **konkret vurdering**. Relevante momenter i denne konkrete vurderingen er nok:

-hvor **inngripende** lovens rettsvirkning er – jo mer inngripende, desto større grunn til å kunngjøre, (og motsatt)

-jo mer i motstrid med den alminnelige moral, desto større grunn til å kreve kjentgjøring, (og motsatt)

-jo mindre omtalt i offentligheten/media, desto større grunn til å kreve kjentgjøring på annen måte (og motsatt)

ii. Særlig om straff: Må straffebestemmelser være kunngjort for å kunne anvendes?

Grunnloven § 97 – se **Rt 2004 side 357** om dette. HR sier at kunngjøring ikke er nødvendig etter Grl. §97.

I **Rt. 2004 side 357** drøfter HR også EMK art 7 nr. 1, og konkluderer med at EMD-praksis krever at straffebestemmelser skal være **tilgjengelige og forutsigbare**, men at disse kravene som **utgangspunkt** krever at en lov er kunngjort (og at bestemmelsen derfor ikke kan anvendes ovenfor en person dersom disse vilkår ikke er oppfylt).

HR sier imidlertid at dette ikke gjelder dersom personen kjente straffebestemmelsen på annen måte, eller **burde** ha kjent den. (eksempel fiskeoppdrett- forurensende – stadig nye regler – må foreta jevnlige undersøkelser om forurensningskrav – fx i forhold til fór)

Oppsummering:

Det er klart at kravene om tilstrekkelig tilgjengelig og forutsigbar, og at unntak gjelder dersom gjerningsmannen burde ha kjent til loven, innebærer at dette er overlatt til domstolene å vurdere i det konkrete tilfellet – basert på skjønn. Det samme som ovenfor under i) om bestemmelser som ikke gjelder straff. Vi kan altså si at både for straffebestemmelser og andre bestemmelser, så er det ikke noe absolutt krav om kunngjøring, og at spørsmålet om en person kan dømmes til straff eller annen inngripende rettsvirkning beror på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor i hvert fall de tre momentene ovenfor er relevante.

Konklusjon: Publicatio legis er stort sett et ideal, men for forskrifter og straffebestemmelser er utgangspunktet at publicatio legis er en rettsregel, men at kravet også kan være oppfylt ved kommunikasjon på annen måte.

3. Hvordan er prinsippet/idealet gjennomført i norsk rett? Dette er besvart.
Poeng: Redegjørelsen ovenfor viser betydningen av rettslige kommunikasjonssystemer – altså viktigheten av at rettskilder kommuniseres til rettssubjektene –

Kommunikasjon av lover - Rettslige kommunikasjonsprosesser:

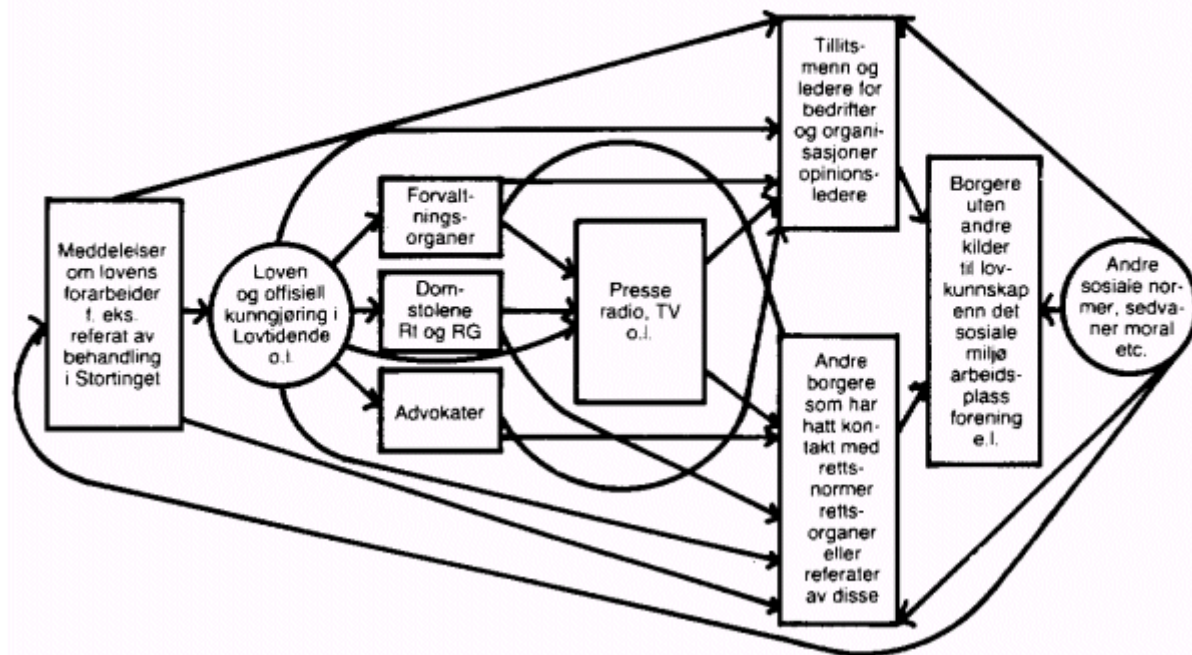
Fra professor dr.juris Jon Bings dr. juris-avhandling: Rettslige kommunikasjonsprosesser:

”En « **kommunikasjonsprosess** » er betegnelsen på **et system av aktiviteter** som fører til at **informasjon overføres** fra ett objekt (senderen) til et annet (mottageren). Denne overføringen gjennomføres ved hjelp av en eller annen **mekanisme** som kalles «informasjonssystem » (Goffman 1970:726).

Som elementer i prosessen finner man ikke bare aktiviteter, men også de **objekter som bærer informasjon** (f.eks. ark med trykt tekst) og de **hjelpemidler** som brukes til å sortere eller velge ut mulig relevant informasjon (f.eks. en katalog i et bibliotek).

Når den informasjon som overføres er **rettslig**, kan man kalle hele prosessen en « rettslig kommunikasjonsprosess ».

Figur 1/1/2 – Modell for meddelelse av lovers innhold
(Aubert 1976:129).



Side 16

Aubert 1976:129.

Denne modellen tar sikte på å beskrive hvordan lovers innhold meddeles i samfunnet, dels fra lovgiver til borger og jurist, dels borgere imellom. Modellen illustrerer en rekke forskjellige kommunikasjonsprosesser og antyder også en viss sammenheng mellom disse.

Ett eksempel på en rettslig kommunikasjonsprosess er kommunikasjonen fra Storting - via Lovtidends redaksjon – til advokat. Norsk Lovtidend vil være det informasjonssystem som fullfører kommunikasjonen.

Et annet eksempel vil være Storting - Lovtidends redaksjon – Lovdatas redaksjon – Lovdatas database – advokat. Lovdata er et eksempel på et datamaskinbasert informasjonssystem.

4. Eksempler på metoder som bidrar til å oppfylle idealet: rettslige kommunikasjonsprosesser – Den faktiske situasjonen – hvor lover og forskrifter kunngjøres og hvor Grunnloven, lover, forskrifter og rundskriv er tilgjengelige i dag:

Se her pensum: Praktisk rettskildelære - En innføring - av Pål A. Bertnes & Halvor Kongshavn.

Lover er tilgjengelige i:

- [Lovdata](#)
- [Norsk Lovkommentar](#)
- [Norsk Lovtidend](#)
- [Oversatte lover](#)
- [Andre gjenfinningsmetoder](#)
- [Spesiallovsamlinger](#)

- [Norges Lover](#)
- [Norsk Lovkommentar](#)
- [Særtrykk](#)
- [Tidligere utgaver](#)
- [Kommentarutgaver](#)

Forskrifter er tilgjengelige i:

- [Norsk Lovtidend](#)
- [Norges forskrifter](#)
- [Spesialsamlinger](#)

Disse kan vurderes/drøftes i følgende perspektiv: **grad av notoritet, publisitet og kvalitet.**

Auberts problemstilling er hvorvidt lover fungerer som et effektivt meddelsmiddel, og han er opptatt av hvorvidt og under hvilke omstendigheter dette kan skje. Interessen knytter seg altså til kommunikasjonsprosessene som kanaler for meddelelse av lovers innhold slik at senderens (lovgiverens) budskap oppfattes og får innflytelse over mottakerens adferd og holdninger.

I denne fremstillingen vil et annet perspektiv bli lagt til grunn. Det er først og fremst utformingen av kommunikasjonsprosessene som interesserer, hvordan de er strukturert og hvilke virkninger dette har på det som er kalt « funksjonell effektivitet » (sml. nedenfor under pkt. 2.2.3). Kommunikasjonsprosessen som en innflytelsesprosess trer i bakgrunnen. I den siste del av fremstillingen blir rettslige kommunikasjonsprosesser vurdert, men da i forhold til de krav som kan utledes av **rettsikkerhetsidealet**.

Senderen skal være *rettskildeprodusent*. Eksempel på rettskildeprodusenter er selvsagt lovgiver og domstoler. Men også en juridisk forfatter, som skriver en kommentar til en lov, vil være rettskildeprodusent. Senderen kan selvsagt bruke medhjelpere, f.eks redaksjonen i et tidsskrift, i kommunikasjonsprosessen.

Mottakeren skal være *rettskildebruker*. Som rettskildebruker regner jeg først og fremst jurister og andre som utnytter rettskildefaktorene i forbindelse med løsningen av juridiske problem (f.eks en saksbehandler i forvaltningen uten formell, juridisk utdanning).

C. Avslutning:

Bla bla bla....