Hohfelds rettigheter

Av [Johan Vorland Wibye](#)

Artikkelens formål er todelt. Den søker først å redegjøre for grunntrekkene i rettighetsanalysen til Wesley N. Hohfeld, og deretter å rette Hohfelds analytiske verktøy mot et utvalg rettsspørsmål. Anvendelsen demonstrerer verktøyets evne til å fange opp rettslige nyanser, avdekke verdivalg som skjules av språklig unøyaktighet og formulere mer presise problemstillinger. I sentrum for anvendelsen står en detaljert gjennomgang av ett rettsområde – barns grunnlovfestede rett til utdanning – og tre høyesterettsavgjørelser. Artikkelen kartlegger rettsposisjonene som ble aktualisert i Rt. 2005 s. 833 Uskyldspresumsjon, kritiserer flertallets begrunnelse i Rt. 2010 s. 612 Sårstell og forsvarer flertallets resonnement i Rt. 1959 s. 306 Politistreik.

Stikkord: rettighetsanalyse, rettsposisjoner, krav, frihet, kompetanse, immunitet, analytisk rettsfilosofi, korrelasjon, motsatsforhold

One of the greatest hindrances to the clear understanding, the incisive statement, and the true solution of legal problems frequently arises from the express or tacit assumption that all legal relations may be reduced to «rights» and «duties,» and that these latter categories are therefore adequate for the purpose of analyzing even the most complex legal interests (...). Even if the difficulty related merely to inadequacy and ambiguity of terminology, its seriousness would nevertheless be worthy of definite recognition and persistent effort toward improvement; for in any closely reasoned problem, whether legal or non-legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression. (*Wesley Newcomb Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, (Lawbook Exchange, 1964), 35.)

1 Innledning¹

Hohfelds to artikler *Fundamental Legal Conceptions* I og II svarer på et spørsmål som var like aktuelt i hans samtid som det er nå: Hvilke begreper er de best egnede for å håndtere rettigheter? Hans løsning var å observere at jurister bruker det samme ordet – «rettighet» – som en samlebetegnelse for fire distinkte rettslige posisjoner. Disse dømte han «krav», «frihet», «kompetanse» og «immunitet». Ved å navngi og beskrive de fire rettsposisjonene la han til rette for mer presise angivelser av rettens innhold, og ved å sette dem i system skapte han en virkelighetstro modell av hvordan rettighetsspørsmål blir håndtert.

Formålet med denne artikkelen er både å redegjøre for grunntrekkene i Hohfelds rettighetsanalyse og å undersøke om den har aktuell rettsvitenskapelig verdi. Jeg vil gå frem som følger: Punkt 2 plasserer analysen i et teoretisk landskap. Punkt 3 beskriver analysens grunntrekk. Punkt 4 er anvendelsesdelen, hvor jeg blant andre eksempler foretar en studie av barns rett til utdanning etter Grunnloven (GrL.) § 109 og tre høyesterettsavgjørelser. I den første avgjørelsen – Rt. 2005 s. 833 *Uskyldspresumsjon* – var Høyesterett bedt om å kartlegge innholdet i uskyldspresumsjonen i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 6 (2). I den andre – Rt. 2010 s. 612 *Sårstell* – måtte retten vurdere om en kommunal helseinstitusjon hadde adgang til å bruke tvang overfor en pasient som motsatte seg behandling. Og i den tredje – Rt. 1959 s. 306 *Politistreik* – tok retten stilling til om en

provisorisk anordning om streikeforbud etter Grl. § 17 var i strid med den daværende tjenestemannsloven. Punkt 5 evaluerer funnene fra anvendelsesdelen.

Formålet med anvendelsen er i hovedsak å kartlegge rettsstillinger med den graden av klarhet og presisjon som analysen tillater. Anvendelsen munner i tillegg ut i et forsvar av flertallets (omdiskuterte) resultat i *Politistreik* og et resonnement som støtter mindretallets (enda mer omdiskuterte) votum i *Sårstell*. Disse og andre eksempler demonstrerer hvordan analysen er i stand til å fange opp vesentlige nyanser i rettighetsspråket som ellers står i fare for å bli oversett, å avdekke skjulte verdivalg, å avkle tolkningsslutninger som ellers fremstår som nødvendige og å bøte på en av fagets største utfordringer: En manglende evne til å formulere presise problemstillinger.

2 Mottagelsen av Hohfeld

Fundamental Legal Conceptions I og II ble publisert i 1913 og 1917, og sikret Hohfeld en plass blant de mest sentrale rettsteoretikerne av det 20. århundre. Over hundre år senere er analysen fortsatt den vanligste inngangsporten til rettighetsteori.² At en så gammel analyse fremdeles er aktuell skyldes fire utviklingslinjer: Først, at rettens innhold har blitt gradvis skiftet ut og internasjonalisert trenger ikke nødvendigvis å ha röknet ved de grunnleggende *bestanddelene* i retten, som er nivået Hohfeld befattet seg med. To, det er få i dag som vil mene at utfordringene med å beskrive, sortere, anvende og utvikle rettigheter har blitt endelig løst. Tre, mer omfattende rettighetslovgivning og økt kompleksitet har også utvidet rommet for konflikt mellom konkurrerende interesser og rettighetsforståelser. Fire, samtidig med utviklingen i rett og rettstenking har det også pågått et omfattende og vedvarende arbeid med å videreutvikle Hohfelds analyse.³ Dette er min bakgrunn for å hevde at Hohfelds sentrale prosjekt – å finne de mest fruktbare omtaleformene for rettigheter – fortsatt er av interesse.

Interessen for Hohfeld har vært større internasjonalt enn i Norden. Det finnes for eksempel ingen oppdatert og norskspråklig redegjørelse for rettighetsanalysen (noe denne artikkelen søker å endre). Om man skulle forsøke å forklare denne asymmetrien er det enkleste svaret at nordisk rettsteori simpelthen klarte seg uten. Analysen er kun et valgfritt, praktisk verktøy. Det alternative svaret er at rettighetsanalysen, lik en vaksine, har blitt et offer for sin egen suksess. Inkorporeringen av Hohfelds tankegods skjedde gjennom tekster som nå er så velkjente og aksepterte at deres teoretiske røtter ikke lenger blir problematisert. Hans påvirkning er dermed skjult.

Den klareste ruten for stille import går gjennom tekstene til Alf Ross. Ross gis en sentral plass i nordisk rettstradisjon, men det vies lite eller ingen oppmerksomhet til at han la frem sin analyse av rettslige modaliteter «i tilslutning til et system utviklet af den amerikanske jurist Hohfeld», som han var «i høy grad inspireret av».⁴ I tråd med Ross' utsagn er det klare paralleller mellom de to forfatternes terminologi, fremgangsmåte og resultater. Sammenlign for eksempel Ross' berømte koblingsordperspektiv – hvor rettighetsbegrepet fungerer som et innholdsnøytralt knutepunkt mellom alternative rettsfakta og kumulative rettsfølger – med denne uttalelsen fra Hohfeld i 1913:

It now remains to observe that in many situations a single convenient term is employed to designate (generically) certain *miscellaneous groups of operative facts* which, though differing widely as to their individual «ingredients,» have, as regards a given matter, the *same net force and effect*. When employed with discrimination, the term «possession» is a word of this character; so also the term «capacity,» the term «domicile,» etc.⁵ (mine kursiveringer)

Også Torstein Eckhoff ble påvirket. Han omtaler flere ganger Hohfelds system direkte,⁶ men viktigst er den indirekte betydningen for verk som *Retten og samfunnet*, *Rettssystemer*, *Forvaltningsrett* og *Rettskildelære*.⁷ Carl Jacob Arnholm trakk frem Hohfeld som en av tre forfattere han hadde «lært meget av» (de to øvrige var Olivecrona og, igjen, Ross),⁸ i samme periode som Manfred Moritz publiserte sitt kommentarverk i Lund.⁹ Spredt omtale og mulige påvirkningslinjer kan også finnes hos Hagerup, Knoph, Sundby, Boe, Hov, Herrestad, Eng, Tranøy og Eriksen.¹⁰ Metodisk sett er det selvfølgelig vanskelig å skille den direkte påvirkningen fra mer eller mindre tilfeldige eksempler på parallelt tankegods. Henvisninger som dette kan derfor aldri tjene som endelig bevis på en innflytelse, men tegnene er mange nok til å spørre om mangelen på oppmerksomhet er mer tilsynelatende enn reell.

3 Grunntrekkene i Hohfelds system

3.1 Rettsposisjonene

Hohfeld beskrev rettens innhold som en serie av rettslige posisjoner. To statiske rettigheter – *krav* og *friheter* – gir et øyeblikksbilde av hvilke føringer som er lagt for handlinger. To dynamiske rettigheter – *kompetanser* og *immuniteter* – beskriver hvordan rettsposisjoner etableres og fjernes. Alle fire kan uttrykkes ved samme formel:

(1) A har en rett overfor B som går ut på X.

Formelen har kun tre variabler: A er *rettighetsbæreren*, altså den rettsordningen har tildelt rettigheten. B er *pliktsubjektet*,¹¹ altså den rettigheten gjelder overfor. X er den regulerte handlingen. At A har «en rett» er en språklig formulering som kan tjene fire ulike funksjoner i rettsordningen. Et betalingskrav, for eksempel, regulerer vederlagets innfrielse (X) mellom en kreditor (A) og en debitor (B). En offentlig ytringsfrihet regulerer ytring (X) mellom den som ytrer seg (A) og myndighetene (B). En lovgivningskompetanse gir lovgiveren (A) evnen til å endre rettsstillingen (X) til rettsordningens deltagere (B). Og tilbakevirkningsforbudet regulerer vern mot rettsendring (X) mellom borgeren (A) og lovgiver (B). Som eksemplene viser trenger verken rettighetsbæreren eller pliktsubjektet å være et fysisk individ. Fire former for rett og fire tilhørende rettsposisjoner, behørig navngitt og sortert, gir totalt åtte rettsposisjoner i det som her kalles Hohfelds system:

Det er kun fire måter å ha «rett til» noe, men åtte rettsposisjoner. Dette er fordi enhver rettighet kan ses fra to synsvinkler; fra perspektivet til den som tilgodeses og fra perspektivet til den retten binder. «Rettsposisjon» og «rettighet» er altså *ikke* synonymer; rettsposisjon er

en mer finkornet¹² betegnelse for individuelle plasseringer *innenfor* et rettighetsforhold. Den øverste raden i tabellen er rettighetsforhold beskrevet fra synsvinkelen til rettighetsbæreren, og de får merkelappen «rettighet» fordi de er rettslig fordelaktige.¹³ Den nederste raden er de samme rettighetsforholdene fra synsvinkelen til de som bindes, og de får merkelappen «plikt» fordi de normalt er rettslig ufordelaktige.¹⁴

Pilene i tabellen viser *korrelasjon*, som betyr at to rettsposisjoner inngår i det samme rettighetsforholdet. Setningen «Kreditor har et vederlags*krav* overfor debitor» kan omskrives til «Debitor har en vederlags*plikt* overfor kreditor» uten å endre meningsinnhold, fordi «krav» og «plikt» viser til en og samme relasjon mellom kreditor og debitor. De er to sider av samme mynt. For hver rettsposisjon finnes det i tillegg en *motsats*. At to plasseringer er motsatser betyr at de er logisk uforenlige; de kan ikke ligge hos samme person til samme tid. En person kan altså ikke mangle og besitte ett og samme betalingskrav til samme tid.¹⁵

Resten av oversikten redegjør først for posisjonene til venstre i tabellen, det vil si krav, frihet, plikt og ikke-krav. Deretter behandles posisjonene til høyre i tabellen, det vil si kompetanse, ikke-kompetanse, immunitet og utsatthet. Til slutt behandles samspillet mellom rettsposisjoner. Gjennomgangen er primært deskriptiv og ikke evaluerende.

Krav/plikt

Den første funksjonen til utsagnet «A har en rett overfor B» er å uttrykke et krav («claim»)¹⁶ Med «krav» menes en kontroll over et annet rettssubjekts adferd. Å si at A har et krav overfor B betyr at B er underlagt føringer for sine handlinger, i form av en plikt til å handle eller til å avstå fra å handle.

Kjøperen som har «rett til» oppfyllelse etter kjøpsloven § 23 (3) besitter et krav, i likhet med enhver annen fordringshaver. I dette tilfellet forutsetter oppfyllelsen av kravet en aktiv handling, det vil si levering av en vare, men krav kan også regulere unnlåtelseshandlinger. Vanlige eksempler er straffebud som krever avståelse fra en kriminalisert handling.

Alle krav er korrelert med plikter («duty»). Kjøperens oppfyllelseskrav i kjøpsloven § 23 (3) er korrelert med selgerens plikt til å gjennomføre oppfyllelseshandlingen, og korrelatet til straffebud om voldshandlinger er avståelsesplikter. Det går ikke noe språklig skille mellom handlings- og unnlåtelseskrav, men de tilhørende handlings- og unnlåtelsespliktene blir gjerne omtalt som «påbud» (som i et påbud om at selgeren oppfyller) og «forbud» (som i et strafferettslig forbud).

Krav og plikter er de mest intuitive rettsposisjonene i Hohfelds system, men de har likevel en snevrere rekkevidde enn deres gjenparter i dagligtalen. Et «krav» om å si sannheten eller en «plikt» til å være en flittig student er riktignok normer, men de er ikke *rettsnormer*, og de faller derfor utenfor analysens rekkevidde. Det var også en alternativ versjon av «plikt» som i det såkalte Klimasøksmålet tillot staten å hevde at Grl. § 112 skaper «plikter» for myndighetene uten å generere «rettigheter» for individer. Statens begrepsbruk, om fulgt, ville utvide pliktbegrepet til noe mer enn hva som følger av krav. Retten gikk imidlertid Hohfelds vei, ved å slå fast at «det foreligger en rettighet etter Grl. § 112 dersom plikten etter tredje ledd ikke er oppfylt».¹⁷ Enda mer presist hadde det vært å fastslå at rettigheten i Grl. § 112 er at staten oppfyller tiltaksplikten; virkningene av statens eventuelle pliktovertredelse kan skilles ut som et separat rettsspørsmål.

Frihet/ikke-krav

Den andre funksjonen til utsagnet «A har en rett overfor B» er å uttrykke en rettslig frihet. «Frihet» beskriver kun negasjonen av plikt («privilege (...) is the negation of a duty».¹⁸ Innehaveren av en frihet kan handle, eller avstå fra å handle, uten at handlingen strider med en rettsnorm.

Bruksretter inneholder friheter. Når Eva har frihet til å bruke en parkbenk så er det henne tillatt å sette seg på benken; ingen har et krav om at hun avstår. Evas høstingsrett i utmark er også en frihet. Strengt tatt inneholder høstingsretten to friheter: Til å bevege seg på en annens grunn og til å sanke det hun finner. Høstingsfriheten er spesielt interessant i denne sammenhengen, som et nylig eksempel på hvordan lovgiver behandler utsagn om frihet og om fravær av plikt som ombyttbare. Allmennhetens høstingsfrihet gikk i 2011 fra å være regulert som et fravær av (straffesanksjonert) plikt, jf. straffeloven 1902 § 400, til å bli en «høstingsrett», jf. frilufsloven § 5, uten at regelens innhold ble endret.¹⁹ En frihet og fravær av plikt går altså ut på det samme.

Friheter er, i likhet med krav, relasjonelle. En frihet er alltid korrelert med et «ikke-krav», som bare er en komprimert måte å si «fraværet av krav». At Eva har en allemannsrett eller en høstingsfrihet betyr at grunneieren mangler et krav om Eva avstår fra brukshandlinger. Kjøpsloven inneholder også et eksempel på relasjonen frihet/ikke-krav: Selgerens «rett til» å velge tidspunkt for levering etter kjøpsloven § 9 (2) er en frihet. Det er selgeren tillatt å velge leveringstidspunkt, og kjøperen har ikke noe krav i så måte.

Friheter og krav er begge sentrale for rettens virke. Med den påstanden menes at regler som tillater å handle eller avstå fra å handle er like juridisk meningsfulle som de som forbyr eller påbyr handling.²⁰ Like fullt tjener krav og friheter to distinkte funksjoner. Siden noen av de tyngste løftene i anvendelsesdelen gjøres av skillet mellom de to, trengs det en metode for å holde dem adskilt. Denne metoden går ut på å vurdere hvilken handlingsarena rettigheten gjelder. Frihetene er rettet *innover*, mot rettighetsbæreren. Evas bevegelses- og høstingsfrihet regulerer hennes *egen* aktivitet, og må utøves av henne selv. Selgerens «rett til» å velge leveringstidspunkt i kjøpsloven § 9 (2) var også en frihet, ettersom valget av tidspunkt er en handling som må foretas av selgeren selv. Krav, derimot, er rettet *utover*, mot pliktsubjektet, og oppfyllelse skjer gjennom handlinger av andre enn rettighetsbæreren selv. Kjøperens «rett til» oppfyllelse i kjøpsloven § 23 (3) innfris ikke gjennom kjøperens handling, men gjennom selgerens. Borgernes eventuelle krav om klimatiltak etter GrL § 112 må oppfylles av andre enn borgerne selv, fortrinnsvis myndighetene. Vi setter etter dette ned følgende regler for differensiering av krav og frihet, hvor «gjøre» dekker både handling og unnlatelse:

- Innholdet i et *krav* kan bare styre pliktsubjektets handling. Jeg kan aldri ha et Hohfeldiansk krav om å gjøre, bare et krav om at *andre* gjør.
- Innholdet i en *frihet* kan bare styre rettighetsbærerens handling. Jeg kan aldri ha en Hohfeldiansk frihet til at andre gjør, bare en frihet til å *selv* gjøre.²¹

Kompetanse/utsatthet

Krav og friheter er stillestående. For å forklare hvordan villede handlinger kan *skape og slukke* rettsposisjoner trenger vi to ytterligere rettighetstyper, med to tilhørende korrelater.²²

Den tredje funksjonen til utsagnet «A har en rett overfor B» er å uttrykke en *kompetanse* («power»). En kompetanse er evnen til å fremkalle endringer i rettsforhold. Innehaveren av en kompetanse kan gjennom en viljesakt utløse en rettsendring hos seg selv eller hos andre. Dette gir henne en positiv kontroll over en relasjon mellom rettssubjekter («an affirmative ‘control’ over a given legal relation as against another»).²³

Kompetanser assosieres gjerne med offentlig styring, i form av vedtaks- og lovgivningskompetanse, men dagligdagse handlinger som å inngå en avtale eller å overrekke en gave er like aktuelle eksempler. Kjøperens «rett til» å gjøre en mangel gjeldende etter kjøpsloven § 32 (1) har også en kompetanse. Reklamasjonen endrer rettighetsforholdet mellom kjøper og selger, og innebærer dermed en kompetanseutøvelse. Merk også at dette er den tredje forekomsten av uttrykket «rett til» i kjøpsloven med separat rettslig innhold. Selgerens «rett til» å velge leveringstidspunkt i kjøpsloven § 9 (2) var en frihet, kjøperens «rett til» oppfyllelse i kjøpsloven § 23 (3) et krav og kjøperens «rett til» å reklamere i kjøpsloven § 32 (1) inneholder altså en kompetanse. Med Hohfelds system er vi i stand til å skille klart mellom disse ulike betydningene av samme lovformulering.

Akkurat som friheter og krav er også kompetanser relasjonelle; de må gjelde *overfor* noen. En kompetanse er derfor alltid korrelert med en «utsatthet». Selgeren er «utsatt» for kjøperens reklamasjon ved at hans rettsstilling endres, hvilket bare er en annen måte å si at kjøperen har en kompetanse overfor selgeren. Utsagnet «Forvaltningsorganet har vedtakskompetanse» er bare en annen måte å si at rettssubjektene er utsatte for virkningene av organets vedtak.

Kompetansene er hovedmotoren for endring av retten, og det «noe» kompetansene endrer trenger ikke å være krav og frihet. Kompetansene kan også brukes til å fjerne og opprette andre kompetanser («kompetansetildelingskompetanse») og immuniteter. Ulike typer av kompetanse kan nyanseres gjennom hvilke rettsposisjoner kompetansene opptrer *i kombinasjon* med. En kompetanse kan være kombinert med en frihet til å la være å ta den i bruk («fri kompetanse»), som ved kjøperens reklamasjonsrett, eller med en anvendelsesplikt («bunden kompetanse»), som ved domstolenes kompetanse og plikt til å vurdere grunnlovsstrid, jf. Grl. § 89.

Immunitet/ikke-kompetanse

Den fjerde og siste funksjonen til utsagnet «A har en rett overfor B» er å uttrykke en immunitet («immunity»). Å være immun er å være skjermet fra rettsendring; overfor innehaveren av en immunitet vil ikke en forsøkt kompetanseutøvelse ha endringseffekt.

Overdragelse av et skjøte gir eiendomsrett. Tinglysning av et skjøte gir immunitet. Eierrettighetene kan ikke lenger slettes gjennom tredjeparts forhold. Normalforholdet mellom individer er et annet eksempel på immunitet: Uten særlig kompetansegrunnlag er det ikke mulig å endre andres rettsstilling. I forholdet mellom myndigheter og privatpersoner er visse immuniteter eksplisitt regulert. Kraften i legalitetsprinsippet ligger ikke i det formelle lovskravet, men i antitesen om immunitet mot en endring i rettsstilling *i fravær av hjemmel*. Tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 er en tilsvarende immunitet mot endringer i ens rettsstilling gjennom retroaktive lover.

Immunitetene er, som alle andre rettigheter, relasjonelle. For hver immunitet foreligger det derfor en ikke-kompetanse («disability»). Å si at borgere er immune overfor tilbakevirkende lover er bare en annen måte å si at Stortinget mangler kompetanse til å gi slike lover. Av de to

formuleringene er også den siste vanligst, ettersom det praktiske rettslivet mangler et begrep for det å være skjermet mot rettsendringer. Immunitetene blir i stedet håndtert som fravær av kompetanse eller ved å uttale at en kompetanseutøvelse mangler «virkning» eller «kraft». Immunitetene kamufleres ytterligere av at de, i likhet med friheter, er negativt definerte. De kommer til uttrykk gjennom rettsvirkningene som *ikke* inntreffer på grunn av dem. Terminologisk og intuitiv usikkerhet gjør trolig immunitetene til den rettsposisjonen vi er minst fortrolige med. Like fullt er de essensielle vernemekanismer og sentrale garantister for rettsstaten. Det er derfor verdt å bruke noe ekstra tid på immunitetene i anvendelsesdelen.

For å oppsummere: Utsagnet «A har en rett overfor B» har fire distinkte rettslige funksjoner. Den første er å angi at pliktsubjektet *B* må handle eller avstå fra å handle (et krav). Den andre er å angi at rettighetsbæreren *A* kan handle eller avstå fra å handle uten å bryte med en rettsnorm (en frihet). Den tredje funksjonen av utsagnet «A har en rett overfor B» er å angi at *A* er i stand til å endre *B*s rettsstilling (en kompetanse), og den fjerde og siste er at *A* er vernet mot *B*s endringsforsøk (en immunitet). Disse utsagnene illustrerer hver sin ulike betydning:

1. Krav: *A* har en rett til at selgeren *B* oppfyller kjøpet.
2. Frihet: *A* har en rett til å bruke en parkbenk.
3. Kompetanse: *A* har en rett til å inngå avtaler.
4. Immunitet: *A* har en rett til å ikke bli rammet av tilbakevirkende lover.

3.2 Samspillet mellom rettsposisjoner

Vi har nå identifisert fire distinkte rettighetstyper, med hvert sitt korrelat. Det er imidlertid få rettigheter som er helt enkle relasjoner mellom to parter, og ingen rettigheter som eksisterer i et vakuum. Det man i praksis finner i en moderne rettsordning er sammensatte bunter av rettsposisjoner som jobber sammen for å skape én rettighet.²⁴ Eksempel (3) over illustrerer dette: Utsagnet «*A* har en rett til å inngå avtaler» kan sikte til at *A* har en avtalekompetanse, en avtalefrihet og en immunitet mot å tape disse rettene. Det tidligere eksempelet om Evas høstingsrett er også sammensatt. Friheten i høstingsretten er beskyttet av krav mot hindringshandlinger, jf. frilufsloven § 13, og en kompetanse til å få stengsler eller hindringen fjernet, jf. § 13 (3). Anlegger vi et enda bredere perspektiv ser vi at *Eva* også har avståelseskrav mot bruk av tvang eller trusler for å hindre henne i å sanke sopp, jf. blant annet straffeloven §§251, 252, 263 og 271 flg., og tilhørende krav på beskyttelse. Evas eiendomsrett *etter* hun har plukket soppen er tilsvarende kompleks. Hennes faktiske og rettslige rådigheter, negative krav mot hindringshandlinger og immuniteter følger av bakenforliggende normer for eierrådighet og den alminnelige handle- og avtalefriheten.²⁵

Poenget her er ikke å gå i dybden om rettigheters kontekst, men å peke på at rettigheter kan være både enkle og komplekse, og at de gjerne ligger bak et beskyttende lag²⁶ av straffebud, prosessuelle garantier, offentlige registre, forsikrings- og erstatningsordninger, grunnlovsimmuniteter og videre. Det Hohfelds analyse tillater – men aldri krever – er å se på rettigheter isolert og å bryte ned komplekse rettsstillinger til enklere, mer lettfattelige posisjoner. Temaet nå er samspillet mellom disse posisjonene.

Korrelasjon

Den viktigste tesen om samspillet mellom rettsposisjoner er korrelasjonstesen («the jural correlative»). Med korrelasjon menes et nødvendig tilhørighetsforhold mellom to rettsposisjoner, som skyldes at de *beskriver det samme rettsforholdet fra to sider*. Setningen

«Kjøper A har krav på oppfyllelse overfor selger B» har nøyaktig samme meningsinnhold som «Selger B har plikt til å oppfylle overfor A». Grunnen til at de to formuleringene er ombyttbare er at «krav» og «plikt» viser til det samme rettsforholdet mellom A og B. Som Ross slo fast, «B's krav (mod A) er modstykket til A's plikt (overfor B). Det er to sider af samme sag», slik at «rettigheten alltid er modstykke til en pligt, d.v.s. en begrænsning i handlefriheden for andre».²⁷

At krav og plikt hører sammen er, innenfor Hohfelds system, en logisk sannhet om de to rettsposisjonene. Deres tilhørighet følger av måten de er definert og deres relative plassering. Utsagnet «Det foreligger et krav» er ekvivalent med utsagnet «Det foreligger en plikt», på samme måte som utsagnet «Jonas er høyere enn Eva» er ekvivalent med «Eva er lavere enn Jonas». Innenfor systemet gir det derfor ingen mening å hevde at det finnes et krav uten en tilhørende plikt.²⁸ Kravet *er* plikten, sett fra en annen side. Det ligger implisitt i dette oppsettet at rettighetsforhold er noe som går mellom to, og kun to, parter.²⁹

Frihet, kompetanse og immunitet har også korrelater. Evas høstingsfrihet *er* grunneierens mangel på avståelseskrav, beskrevet fra Evas ståsted. Kompetanse til å ilegge skatt *er* borgerens utsatthet mot ileggelse, beskrevet fra lovgivers ståsted. En immunitet mot retroaktiv lovgivning *er* en manglende kompetanse til å gi lover med tilbakevirkende kraft, beskrevet fra borgerens ståsted.

At korrelerte rettighetsposisjoner er to sider av samme mynt er ikke et helt enkelt konsept å få tak på. Resten av dette underkapittelet søker derfor å gjøre tesen mer tilgjengelig ved hjelp av tre analogier. De tar alle utgangspunkt i en karakteristisk egenskap ved rettigheter. Selv om analogienes hensikt er å kaste lys over korrelasjon, vil vi se at de også bidrar til vår forståelse av retten.

Den første egenskapen er at *rettigheter har en kostnadsside*. Å tildele noen en rettighet innebærer at en annen, altså det korrelerte pliktsubjektet, bindes av rettigheten. Korrelasjonens nødvendighet gjør den til rettens svar på dobbel bokføring: Føres et krav inn hos kreditor A må det også føres inn en plikt hos debitor B, og skapes det en velferdsrettighet må noen ha oppfylleelsesplikt. Slik også for friheter, kompetanser og immuniteter. Hver fordelaktige rettsposisjon har sin korresponderende byrde, og regnskapet mellom de to må alltid gå i balanse.³⁰ Dette er en side ved rettigheter som man nok kunne hatt et mer bevisst forhold til.

En ytterligere egenskap ved rettigheter er at *tilsynelatende enkle normative relasjoner skaper komplekse rettsstillinger*. Veien fra det enkle til det sammensatte kan visualiseres ved å se rettighetsforhold som *tråder* mellom rettens deltakere. Tråden er handlingen rettigheten regulerer, og de to partene holder i hver sin ende. Kjøperen og selgeren holder for eksempel i deres respektive oppfyllelseskrav og -plikt, men tråden mellom dem – kjøpsforholdet – er den samme. Andre tråder bestemmer hvor og når oppfyllelse skal skje, tildeler kompetanser og regulerer partenes forhold til andre. Sammen utgjør trådene et nett av relasjoner som bygger opp et rettsområde.

En tredje egenskap ved rettigheter er deres *normative asymmetri*. En persons fordel er en annens byrde. Asymmetrien kan visualiseres ved å se på rettighetsrelasjoner som en bakke. I krav/plikt-relasjonen, for eksempel, står kravsbæreren ved toppen av bakken og ser nedover mens pliktbæreren står ved bunnen og ser oppover. For kravsbæreren ligner rettsforholdet en nedoverbakke, mens det for pliktbæreren ligner en oppoverbakke. Bakken – rettsforholdet –

er imidlertid den samme.³¹ Tilsvarende ser innehaverne av frihet/ikke-krav, av kompetanse/utsatthet og av immunitet/ikke-kompetanse alle ut over den samme relasjonen. Deres normative opplevelse av rettsforholdet styres av deres relative plassering.

Til slutt nevnes korrelasjonstesens to mest sentrale metodiske virkninger. Den første og viktigste er å avkle slutninger mellom rettsposisjoner som ellers fremstår som unødvendige. Implisitt i tesen ligger det nemlig en påstand om at korrelasjon er *den eneste* nødvendige sammenhengen mellom rettsposisjoner. Det vanligste eksempelet på en unødvendig slutning er fra frihet til krav: Det kan være både hensiktsmessig og ønskelig at friheter beskyttes med krav, men slik beskyttelse må *begrunnes*, og kan ikke tas for gitt. Bak sammensmeltingen av frihet og krav ligger det altså skjulte verdivalg, og en legislativ rute mellom null og total rettighetsbeskyttelse. At overgangen fra frihet til krav ikke er nødvendig illustreres i Rt. 2011 s. 780, om grunneiers rett til å utnytte vindkraft på egen eiendom. Utnyttelsesretten kunne etter domstolens vurdering ikke være til hinder for bygging av vindmøller på naboeiendommen, selv der utbyggingen påvirket grunneierens vindforhold. Påvirkningen fra naboeiendommen ble ikke regnet som en «direkte krenkelse av hans eiendomsrett» (avsn. 62). Bak rettens nyansering av «krenkelse» skjuler det seg i realiteten en nyansering av hvilke rettsposisjoner grunneierens rett til å utnytte vindkraft inneholder: Grunneier hadde åpenbart en *frihet* til å utnytte vindkraft, men det kunne ikke sluttes derfra til at han hadde et tilhørende *krav* mot hindringshandlinger på nabotomten. Anvendelsesdelen har to ytterligere eksempler. En immunitet fører ikke alltid med seg en frihet (se om Rt. 1959 s. 306 *Politistreik* punkt 4.4.1) og et krav leder ikke ubønhørlig til en frihet (se om Rt. 2010 s. 612 *Sårstell* punkt 4.3.4).

Den andre metodiske konsekvensen av korrelasjonstesen er fleksibilitet. For å gjenta, setningen «Kjøperen har et oppfyllelseskrav overfor selgeren» har samme meningsinnhold som «Selgeren har en oppfyllelsesplikt overfor kjøperen», fordi ordene «krav» og «plikt» er dører inn til samme rom. Den som kartlegger innholdet i et krav vil sitte igjen med nøyaktig de samme rettslige opplysningene som etter en kartlegging av den tilhørende plikten. Å redegjøre for begge er dobbeltarbeid.

At man kan velge mellom å kartlegge en av to korrelerte rettsposisjoner gjennomsyrrer allerede rettslivet. Eksempelene i neste del vil vise hvordan domstolene behandler oppfyllelseskrav som oppfyllelsesplikter. For eksempel, etter reglene om partstilknytning i tvisteloven § 1-3 (2) er det en forutsetning for eksistensen av *rettskrav* at det finnes et pliktsubjekt å rette kravet mot – uten pliktsubjektet anerkjennes ikke rettighetsbæreren. Det går også ut på det samme om en part formulerer sin påstand som et krav *overfor* motparten eller som en plikt *hos* motparten – de rettslige konsekvensene av å få medhold i de to påstandene er identiske. Samme fleksibilitet gjelder for utformingen av rettsregler. Vi så tidligere at negasjonen av plikt etter straffeloven 1902 § 400 ble omformulert til en høstingsfrihet i friluftsløven § 5, uten å endre regelens innhold. Et annet eksempel er skadeserstatningsloven § 3-5 (1): Første ledd omtaler oppreisning som et pålegg og plikt («den som forsettlig eller grovt aktløst har [voldt skade] pålegges å betale den fornærmede»), mens andre ledd omtaler samme rett som rettighetsbærernes «krav om oppreisning» overfor de ansvarlige. Vi vil også se hvordan domstolene drøfter immunitetsspørsmål som et spørsmål om tilstedeværelse eller fravær av kompetanse.

Motsatser

At to rettsposisjoner er motsatser («the jural opposite») betyr at de er logisk uforenlige. De to posisjonene kan ikke stå side om side fordi den ene inneholder benektelsen av den andre. For eksempel, i påstanden «Kjøper har et krav om at selgeren overleverer tingen» ligger også benektelsen av påstanden «Kjøperen har *ikke* et krav om at selgeren overleverer tingen»; kravet kan ikke samtidig eksistere og ikke eksistere.³²

Friheter, kompetanser og immuniteter har også motsatser. I domstolens konklusjon om at det fantes en begrunnelsesplikt ved ankenektelse, jf. Rt. 2008 s. 1764, lå også benektelsen av at domstolene hadde *frihet* til å ikke begrunne ankenektelse. I konklusjonen om at det manglet *kompetanse* til å dømme siktede på grunnlag av objektive straffbarhetsvilkår, jf. Rt. 2005 s. 833, lå også stadfestelsen av en *ikke-kompetanse* (og en tilhørende immunitet på siktedes hånd). Og i plenumets konklusjon om at aksjonærer var *utsatte* for en innskjerping av bestemmelsesretten, jf. Rt. 1979 s. 572 *Bankdemokratisering*, lå benektelsen av at aksjonærene var *immune* mot innskjerpingen, hvilket er det samme som å fastslå at lovgiver hadde kompetanse til å beskjære aksjonærrettighetene.

Merk at reell uforenlighet bare kan forekomme ved regulering av *samme handling* mellom *samme rettssubjekter*. Uforenlighet er heller ikke til hinder for tolkningstil. Konsekvensen av tesen kan heller ses som at visse tolkningsalternativer utelukker hverandre. På spørsmålet om lovgiver kunne skjerpe aksjonærenes rettigheter i Rt. 1979 s. 572 sto retten overfor et valg, mellom å fastslå *enten* at kompetansen forelå *eller* at den manglet. Kompetansen kunne ikke både foreligge og mangle fordi svaralternativene er gjensidig utelukkende.

Dette er så langt det er mulig å gå i redegjørelsen hvis det skal være rom for en praktisk anvendelse. En rekke spørsmål gjenstår: Hva er rettighetsanalysens svakheter? Hva sier Hohfeld egentlig om rettigheters ontologi? Finnes det rettigheter uten plikter, og plikter uten rettigheter?³³ Ligger trivielle handlingsfriheter utenfor eller innenfor rettsordningen? Kan friheter eksistere uten følge av krav? Disse emnene må utsettes til en senere redegjørelse.

4 Anvendelsen

4.1 Innledning

Hohfelds målsetting var å løse utflytende begreper opp i mindre, enklere og mer veldefinerte enheter, og derved bidra til at juridiske resonnementer kunne formuleres mer eksakt. Selv har jeg aldri fått noe ut av det, men jeg forstår at andre har hatt glede av det. (...) Væpnet med denne rettsfilosofiske rustning går vi så løs på tolkingen av tvistemålsloven § 54. Det blir litt av et antiklimaks. (*Johs Andenæs, «Bokanmeldelse: Jo Hov: Rettsforlik,» Lov og Rett (1977): 329.*)

Det er et visst sprang fra optimismen i Hohfelds åpningssitat til dette utspillet fra Andenæs. For å unngå lignende skuffelse er det viktig å ha et bevisst forhold til hva Hohfelds analyse kan utrette og hva som ligger utenfor dens rekkevidde. Det mest sentrale forbeholdet er at analysen er et menneskeskapt verktøy, med et pragmatisk formål – «[to] aid in the understanding and in the solution of practical, everyday problems of the law».³⁴ Den er altså *ikke* ment å gi normativ veiledning, og den behøver *ikke* å ses som uttrykk for nødvendige sannheter om rettigheter.³⁵ Hohfeld forteller oss ikke hva rettigheter er, kun hvordan vi kan snakke om dem. Et videre forbehold er at analysen er *kontekstuavhengig*. Begrepsapparatet kan brukes til å beskrive tolkningsalternativer og rettsregler ferdig tolket, med alt av deres

kildetilfang, kontekst og historie, men det gir ingen føringer for overgangen fra tolkningsspørsmål til tolkningsresultat.

Eksemplene i det følgende er valgt for deres illustrasjonsverdi. De bør også være gjenkjennelige, for best å vurdere om analysen kan formidle noe nytt. Anvendelsen er delt i tre, og sortert etter spørsmål om navngivning og klassifisering av rettighetsposisjoner (4.1), differensiering av sammensmeltede rettigheter (4.2) og differensiering av rettighetsparter (4.3).

4.2 Navngivning av rettsposisjoner

4.2.1 Grl. § 109 og barns rett til utdanning

Når rettsstillinger skal angis brukes gjerne formuleringen «rett til», slik kjøpsloven viste, eller en handlingsbeskrivelse kombinert med modalverb som «kan», «skal», «bør» eller lignende. Begge teknikker er brukt i disse tre bestemmelsene om retten til utdanning:

Grl. § 109 (1):

«Enhver har rett til utdanning. Barn har en rett til å motta grunnleggende opplæring.»

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (oppl.) § 2-1 (1):

«Barn og unge har plikt til grunnskoleopplæring, og rett til ein offentleg grunnskoleopplæring i samsvar med denne lova og tilhøyrande forskrifter.»

Oppl. § 2-1 (5):

«[D]ersom ein elev utan å ha rett til det har fråvære frå den pliktige opplæringa, kan foreldra eller andre som har omsorg for eleven, straffast med bøter...»

Disse tre reglene er utsagn om innholdet i retten til utdanning, men deres termer alene gir ikke leseren nok informasjon til å vurdere om de involverte rettighetene er like eller innbyrdes forskjellige. For å kartlegge innholdet i reglene er det nødvendig å kjenne til konteksten. Dersom barn har plikt til grunnskoleopplæring, hvordan kan de ha en samtidig rett til utdanning? Har de to utgavene av «rett til» i Grl. §109 (1) første og annet punktum samme meningsinnhold? Er barns «rett til» grunnskoleopplæring i oppl. § 2-1 (1) av samme type som deres «rett til» fravær i oppl. § 2-1 (5)? Og dersom sanksjonen ved pliktbrudd er rettet mot andre enn barnet, er det egentlig barnet som er underlagt rettsplikten etter oppl. § 2-1 (5)?

Sammenlign de tre utsagnene om utdanningsrett med følgende rettsbeskrivelse, hvor «rett til» er erstattet med et Hohfeldiansk begrepsapparat: Barn har et *krav* på grunnleggende opplæring, og myndighetene en tilhørende *plikt* til å besørge opplæring. Barn har en tilhørende *frihet* til skolegang – ingen har et krav mot at de går i skolen – men de har også en *skoleplikt* – de kan ikke velge å la være. Myndighetene har *kompetanse* til å pålegge bøter ved overtredelse av skoleplikten, og det er barnets omsorgsperson som er *utsatt* for bøteleggingen. Hvis barnet har gyldig fravær foreligger ingen bøteleggingskompetanse, og omsorgspersonene er da *immune* mot bøteleggelse.

Hovedutfordringen med å erstatte «rett til» med fire distinkte rettighetsformer er økt kompleksitet, og dette er en ulempe som ikke kan ignoreres. Men det er også vesentlige fordeler med den nye rettsbeskrivelsen. Differensieringen av «rett til» gjør det mulig å sondre mellom de ulike rettsposisjonene på begrepsnivå, slik at vi nå kan svare på spørsmålene som ble stilt:

1. Dersom barn har plikt til grunnskoleopplæring, hvordan kan de ha en samtidig rett til utdanning?

Fordi Grl. § 109 (1) og oppl. gir barn et krav på et utdanningstilbud og en enkel frihet til å ta tilbudet i bruk. Dette er to rettigheter – et krav og en frihet – som begge har rettskravsbeskyttelse. Hvis det offentlige utdanningstilbudet er mangelfullt, eller hvis friheten trues, for eksempel ved at en jente blir forsøkt holdt hjemme på grunn av religiøs overbevisning, så kan barnet eller dets representant gå rettens vei for å sikre rettighetenes oppfyllelse.

Retten til utdanning er også begrenset. Hvordan? Ved at friheten til å gå i skolen er kombinert med skoleplikt. Implisitt i dette ligger at rettslige friheter kan være todelte. Termen «frihet» brukes både til å beskrive en adgang til å handle *og til å avstå fra å handle*, og ofte skiller vi ikke mellom de to. For eksempel, at Kari har en *frihet* til å bruke en parkbenk betyr både at hun har frihet til å ta benken i bruk *og til å velge å la være*, om det er det hun ønsker. Hennes bruk av parkbenken er verken påkrevd eller forbudt. Vi kaller Karis doble frihet en *valgfrihet*. Valgfriheter kan kontrasteres med *enkle friheter*, som kjennetegnes av at kun ett av de to elementene i en valgfrihet foreligger. En enkel frihet er altså til *enten* å handle, *eller* til å avstå. Den språklige nyanseringen av valgfriheter og enkle friheter er først nødvendig når det, som her, foreligger en enkel frihet til å handle (å gå i skolen) uten friheten til å avstå (skolegang er pliktig).³⁶

2. Har de to instansene av «rett til» i Grl. §109 (1) første og annet punktum likt innhold?

Nei, interessant nok har de to anvendelsene av «rett til» i Grl. § 109 (1) ulikt rettslig innhold. Retten i første punktum, såfremt den tilhører andre enn barn i skolealder, er ikke kombinert med utdanningsplikt. Voksne kan velge å utdanne seg, men de kan også velge å la være. Barn, derimot, er bundet av en skoleplikt. «Rett til» utdanning i første punktum av Grl. § 109 (1) sikter med dette til en *valgfrihet*, mens «rett til» utdanning i annet punktum er en *enkel frihet*.

At uttrykket «rett til» har forskjellig meningsinnhold innenfor samme ledd av en grunnlovsbestemmelse er oppsiktsvekkende. Asymmetrien ble forsøkt uttrykt av menneskerettighetsutvalget, som opprinnelig foreslo at barn skulle ha «rett og plikt» til utdanning etter Grl. § 109.³⁷ I den endelige ordlyden er asymmetrien forsøkt uttrykt ved at retten er til «å motta» opplæring. Av de to formuleringene fremstår utvalgets forslag som den klareste. Merk også at denne analysen ikke har ledet til noe revolusjonerende tolkningsresultat. Samme skjevhet i ordlyden har blitt påpekt av andre. Forskjellen ligger i at denne analysen inngår i et systematisk hele, altså i en modell som kan brukes på ethvert tolkningsspørsmål, og at nyansen i Grl. § 109 (1) er enklest å få tak på med et begrepsapparat som (1) på tydelig måte skiller frihet fra krav og (2) fastlegger innholdet i rettslige friheter ved hjelp av deres motsatsforhold til plikt.³⁸

3. Er barns rett til utdanning i oppl. § 2-1 (1) samme type rettighet som en rett til fravær i oppl. § 2-1 (5)?

Nei, fordi barns «rett til» utdanning etter oppl. § 2-1 (1) gir dem et krav om et utdanningstilbud og en enkel frihet til å dra nytte av tilbudet, mens deres «rett til» fravær er en valgfrihet – de kan velge å benytte fraværsretten eller ikke – hvor kravet er betinget av innvilget søknad. Skolemyndighetene har ikke plikt til å innvilge søknader om fravær, jf. opplæringslova § 2-11 (1), de har frihet til å avslå.

4. Dersom sanksjonen ved pliktbrudd er rettet mot andre enn barnet, er det egentlig barnet som er underlagt rettsplikten etter oppl. § 2-1 (5)?

Ja, det er barnet som er pliktsubjekt for skoleplikten. Å bære en handlingsplikt og å være utsatt for å bli bøtelagt er to forskjellige rettsposisjoner som kan fordeles på to ulike hender.

4.2.2 Rt. 2005 s. 833 P Uskyldspresumsjon

Fra krav og friheter rettes nå fokuset mot de dynamiske rettighetene kompetanse og immunitet, gjennom å fastlegge prejudikatsvirkningen av Rt. 2005 s. 833 *Uskyldspresumsjon*. Den tidligere straffeloven 1902 § 195 (3) bestemte at villfarelse om alder ikke utelukket straffeskyld ved seksuell omgang med barn under 14 år, hvilket medførte at siktede ikke ville ha anledning til å føre bevis om skyldspørsmålet. Den sentrale problemstillingen var om dette objektive straffbarhetsvilkåret stred med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2), som fastslår at «[e]nhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». For å oppnå samsvar med konvensjonen konkluderte retten at det i bestemmelsen måtte innfortolkes en tilsvarende aktsomhetsreservasjon som i § 196 tredje ledd, hvorefter villfarelse om alder ikke utelukker straffeskyld «med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte» (avsn. 88). To dommere dissenterte mot at objektive straffbarhetsvilkår rammes av EMK art. 6 (2), men tolket inn en lik aktsomhetsreservasjon ved å lese § 195 (3) som en kamouflert regel om omvendt bevisbyrde (avsn. 116). Jeg vil bruke Hohfelds rettighetsanalyse til å presisere hvilke rettsposisjoner saken aktualiserte, og starter i førstvoterendes innledende drøftelse av uskyldspresumsjonens rekkevidde:

Bestemmelsen [EMK art. 6 (2)] regulerer ulike spørsmål. Dels oppstiller den en bevisregel. Dels setter den grenser for utsagn om straffeskyld. (...) Den foreliggende sak knytter seg til bevisregelen. Som jeg vil komme tilbake til, mener jeg at den har et noe videre anvendelsesområde enn det rent prosessuelle. (avsn. 44)

Spørsmålet er, hva slags rettsposisjon er denne «bevisregelen» som førstvoterende sikter til, og hva betyr det at EMK art. 6 (2) har «et noe videre anvendelsesområde enn det rent prosessuelle»? Svaret er hintet til i rettens konklusjon om at «§ 195 tredje ledd ikke kan anvendes etter sin ordlyd som grunnlag for å domfelle A» (avsn. 87). At bestemmelsen ikke kunne anvendes etter sin ordlyd betyr at det ikke forelå *kompetanse* til å idømme siktede straff uten å modifisere den med en aktsomhetsreservasjon og gi ham anledning til å føre bevis om skyldspørsmålet. Et fravær av kompetanse er korrelert med en immunitet. Det «videre anvendelsesområdet» til EMK art. 6 (2) er altså en *immunitet* på siktedes hånd mot å idømmes straff uten bevisføring om skyldspørsmålet.

Navngivningen av siktedes rettsposisjon har tre umiddelbare fordeler. For det første, det er ingen tvil om at Høyesterett i *Uskyldspresumsjon* tolket konvensjonen på en måte som ga siktede en konkret og umiddelbar fordel. En slik fordel bør man kunne sette navn på direkte, uten å måtte beskrive siktedes rettsposisjon som en funksjon av myndighetens manglende

kompetanse. *Uskyldspresumsjon* føyer seg imidlertid inn i den nevnte tradisjonen for å unngå omtale av immuniteter og heller drøfte tilstedeværelse eller mangel på kompetanse.

For det andre, har man satt navn på siktedes rettsposisjon slipper man å peke ut hvem som bærer den korrelerte mangelen på kompetanse. Det følger av korrelasjonstesen at en immunitet og en tilhørende mangel på kompetanse er to alternative navn på samme rettsforhold. Har man beskrevet innholdet i siktedes immunitet, så har man også angitt innholdet i korrelatet – en manglende kompetanse til å påføre straff uten bevisføring om aktsomhetsspørsmålet. Mulige bærere av ikke-kompetansen i denne saken er påtalemyndigheten, domstolene eller (mest aktuelt) lovgiveren.

For det tredje kan navngivningen tjene til å kartlegge grensene mellom rettens to fraksjoner. Mindretallet anså prøvingen av materielle forutsetninger for straffansvar som en «markert utvidelse» av EMK art. 6 (2), ettersom denne kun regulerer omvendt bevisbyrde og ikke objektive straffbarhetsvilkår (avsn. 92, 97, 104). Merk at det i Hohfelds system ikke er noen stor avstand mellom de to regeltypene: En immunitet mot å idømmes straff etter mindre intens bevisføring (en omvendt bevisbyrde) er en kompetansebegrensning på lik linje som en immunitet mot å idømmes straff uten bevisføring overhodet (et objektivt straffbarhetsvilkår). Om man skal forklare forskjellen mellom de to regeltypene kan man altså ikke hevde at den ene begrenser kompetanse og den andre ikke begrenser kompetanse.³⁹

4.2.3 Andre eksempler på immuniteter

Førstvoterende i *Uskyldspresumsjon* skriver i avsnitt 67 at siktede hadde «beskyttelse mot» objektive straffbarhetsbetingelser. Om det var rettens hensikt å sette navn på siktedes rettsposisjon er «beskyttelse» et heldig valg av ord, og nok et eksempel på at Hohfelds begrepsapparat kan gjenfinnes i det praktiske rettsliv. Det finnes også spredde tilfeller av lignende terminologi i stats- og folkeretten, hvor «immunitet» fremdeles brukes aktivt,⁴⁰ og i straffe-, erstatnings- og forvaltningsretten. I Rt. 2002 s. 557 *Dobbeltstraff I* brukte mindretallet «immunitet» om siktedes vern mot ytterligere straffeforfølgning. Rt. 2001 s.1646 ble en utvidelse av arbeidstakers krav på erstatning til skader som lå innenfor den normale yrkesrisikoen omtalt som et tap av immunitet mot erstatningskrav på arbeidsgiverens hånd. I Rt. 1998 s. 937 *Almanakk* ble sykehusets manglende kompetanse til å hindre pasienten i å skrive seg ut fra frivillig innleggelse omtalt som en immunitet på pasientens hånd, jf. daværende lov om psykisk helsevern 28. april 1961 § 5 (3) annet punktum. Alle disse bruksmåtene svarer til den Hohfeldianske.

Det mest illustrerende eksempelet på parallell terminologi er likevel uttrykket «grunnlovsbeskyttelse». Grunnen er at det kaprer Grunnlovens sterke immunitetspreg, som tar flere former: Noen grunnlovsrettigheter har en immunitetskjerne, andre har sterke immunitetssider og all grunnlovfesting har en viss immunitetsvirkning. *Immunitetskjerner* finnes blant annet i tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 og vernet mot dødsstraff og slaveri i Grl. § 93 første og tredje ledd. Tilbakevirkningsforbudet kansellerer effekten av retroaktive regler, vernet mot dødsstraff er en materiell grense for strafferettens innhold og slaveriforbudet beskytter borgere mot å få deres rettslige status endret fra «fri» til «slave». Alle tre bestemmelser har en beskyttelse mot negative rettsendringer i sin kerne.⁴¹

Bestemmelser med *sterke immunitetssider* er blant annet reglene for statsmaktenes sammensetning og virke, jf. eksempelvis Grl. §§ 12, 25-32, 76-79, 91 eller 95. For en gjengs borger er det ikke så avgjørende nøyaktig hvilke formkrav som gjelder for statsmaktene. Det

sentrale er disse reglenes antitese, om at *uriktig* sammensetning eller fremgangsmåte kan gjøre den forsøkte kompetanseutøvelsen til et rettslig slag i luften. Maktfordelingsprinsippene fungerer etter samme forutsetning. At folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget, jf. § Grl. § 49, må leses med forutsetningen om en alminnelig immunitet mot andre kilder til lov. Vel så viktig som at Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grl. § 88, er at andre domstoler mangler slik kompetanse.

Til slutt, alle rettighetsbestemmelser i Grunnloven har *immunitetsvirkning*, og virkningen kommer særlig klart frem ved grunnlovfesting av eksisterende rettigheter. Ved å heve en regel opp på grunnlovs nivå, får de som nøt en rettighet tilleggsfordelen av at rettigheten er vanskeligere å frata dem. Fremfor å spørre om en grunnlovfesting av eksisterende rettigheter har materiell effekt, kan vi derfor spørre om endringen har materiell effekt utover tilføringen av et lag av immunitet.

4.3 Differensiering av rettigheter

4.3.1 Rt. 2010 s. 612 Sårstell

I den foregående delen ble rettighetsanalysen brukt til å pakke ut innholdet i utdanningsrettigheter og prejudikatsvirkningen av *Uskyldspresumsjon*. Denne delen bruker samme nyanseringsteknikk til å skille mellom rettigheter som står i fare for å smelte sammen.

Vi fokuserer på én avgjørelse, Rt. 2010 s. 612 *Sårstell*, fordi den er egnet til å belyse de sentrale poengene. Hovedspørsmålet retten sto overfor var om et kommunalt sykehjem hadde hjemmel til å gjennomføre pleie, vask og skifte av sengetøy og klær for en pasient, kalt A, som motsatte seg behandling. Kommunen var påbudt å yte medisinsk behandling, og behandling fordret som hovedregel pasientens samtykke.⁴² I det øyeblikket pasient A motsatte seg behandling ble sykehjemets oppfyllelse av behandlingsplikten i praksis betinget av å bruke tvang. Utgangspunktet i vår rettsordning er at rettsgrunnlaget for et pålegg – her et påbud om å ikke gjøre motstand mot sårstell – ikke uten videre kan tolkes til å inneholde hjemmelen for tvangsgjennomføring av pålegget – her ved å gjennomføre sårstell med tvang.⁴³ Tvang krever særlig hjemmel. Flertallet på tre dommere utledet det nødvendige hjemmelsgrunnlaget fra vilkårlæren. At A lot seg innlegge ble ansett som et stilltiende samtykke til pleie, og tvangsgjennomføringen ble ikke ansett som en urimelig byrde. Mindretallet på to dommere så også innleggelsen som en påbudshjemmel, men skilte seg fra flertallet ved å konkludere at det ikke var hjemmel for å anvende tvang.

Avgjørelsen har vært kontroversiell, med en hel del kritikk⁴⁴ og enkelte støtteerklæringer.⁴⁵ Formålet her er ikke å ta opp sakens materielle emner på nytt (selv om en viss befatning med dem er uunngåelig), men å bruke rettighetsanalysen til å kartlegge dens sentrale problemstillinger. Dette gjøres i tre trinn: Første trinn (4.3.2) er å påvise at pasienten A hadde *to* potensielle rettigheter, og at sykehjemmet dermed trengte *to* inngrepshjemler. Neste trinn (4.3.3) er å kontrollere om det todelte hjemmelskravet kan gjenfinnes i flertallets votum. Siste trinn (4.3.4) er å problematisere om utfallet av saken ble farget av en mulig kollisjon mellom sykehjemets behandlingsplikt og et tvangsforbud.

4.3.2 De to rettighetene i spill

Hadde pasienten A frihet til å nekte å få behandling? Dette var det første rettighetsspørsmålet i *Sårstell*. Et positivt svar ville være en frihet på As hånd og et negativt svar ville bety at A

manglet en slik frihet, hvilket er det samme som å si at det forelå et gyldig behandlingspåbud, hvilket er det samme som at A hadde plikt til å ikke yte motstand.

Det andre rettighetsspørsmålet i saken ble aktualisert i det øyeblikket A faktisk motsatte seg behandling, uavhengig av om han hadde frihet til en slik handling eller ikke. Motsettelsen innebar at sykehjemmet bare kunne oppfylle behandlingsplikten gjennom å bruke tvang.⁴⁶ Spørsmålet ble da, hadde A et *krav* om at sykehjemmet avsto fra å bruke tvang? Et positivt svar ville gi nok en rettighet på As hånd, og et negativt svar ville gi sykehjemmet en frihet til å bruke tvang overfor A. Grunnene til at As frihet og krav er to distinkte rettigheter er som følger:

1. *As krav og frihet angikk forskjellige handlingsarenaer*: I punkt 3.2 slo vi fast at ingen kan ha en frihet til at andre gjør, bare til å *selv* gjøre, og at ingen kan ha et krav om å selv gjøre, bare et krav om at *andre* gjør. *Sårstell* bekrefter denne regelen. Friheten til å motsette seg behandling kunne bare utnyttes gjennom pasientens egne handlinger, altså gjennom valget om å akseptere behandling eller ikke. Kravet mot tvangsbruk kunne bare oppfylles gjennom sykehjemmets handlinger, altså gjennom om å ty til tvang eller ikke. Friheten angår As handlinger, kravet angår sykehjemmets.
2. *As frihet og krav kunne foreligge uavhengig av hverandre*: Krav følger ikke friheter, og friheter følger ikke krav. Det er et vesentlig poeng her at *skillet mellom krav og frihet er en forutsetning for at mindretallets votum skal gi mening*. Dommer Webster mente at A gjennom innleggelsen hadde sagt fra seg friheten til å motsette seg behandling, men at sykehjemmet like fullt manglet hjemmel til å bruke tvang overfor ham. En konklusjon om at det forelå et krav, men ingen frihet, forutsetter at de to rettighetene kan skilles. Selv om mange har kommentert mindretallets løsning er det ingen som har beskyldt Webster for rettslig inkohrens, hvilket taler for at også leserne av mindretallets votum har internalisert et skille mellom frihet og krav.
3. *Sammenslåingen av As frihet og krav svekker skillet mellom hjemmel for normering og hjemmel for tvangsgjennomføring*: Som nevnt kan ikke rettsgrunnlaget for et rettslig pålegg – her et påbud om å ikke gjøre motstand mot *sårstell* – uten videre tolkes til å inneholde hjemmelen for tvangsgjennomføring av pålegget – her ved å gjennomføre *sårstell* med tvang. Dette prinsippet svekkes når retten i *Sårstell* slår sammen As frihet (negasjonen av påbud) med hans krav (negasjonen av tvangshjemmel). Hvis krav og frihet behandles samlet så er det ikke lenger eget rom for å vurdere påbudet og tvangshjemmelen særskilt.⁴⁷ Hohfelds skille mellom frihet og krav speiler her skillet mellom normeringshjemmel og tvangshjemmel.

Hver av de tre innfallsvinklene – fra handlingens beliggenhet, fra friheter og kravs uavhengighet og fra skillet mellom normeringshjemmel og tvangshjemmel – leder til samme resultat: Det var to potensielle rettigheter i spill for A, og disse var en *frihet* til å motsette seg behandling og et *krav* mot at sykehjemmet brukte tvang. To rettigheter betyr at sykehjemmet trengte to inngrepshjemler. Rettighetsanalysen muliggjør her et klart skille mellom to distinkte betydninger av utsagnet «har rett til»: As frihet til å motsette seg behandling kan uttrykkes som at «A hadde en rett til å ikke få utført *sårstell*», og hans krav mot at sykehjemmet brukte tvang kan også uttrykkes som at «A hadde en rett til å ikke få utført *sårstell*». Språklig nærhet ville normalt gjøre det vanskelig å holde dem adskilt.

Leseren som tviler på funnene så langt har trolig ett av følgende spørsmål. Først, er det ikke vel formalistisk å kreve en eksplisitt todeling av inngrepshjemmelen? Spørsmålet antar med rette at lovgiveren står fritt til å slå sammen inngrepshjemler, men det retts tekniske valget om

å kombinere hjemler forutsetter at det også er retts teknisk mulig å holde hjemlene adskilt. Muligheten for en todeling bør være tilstede når hjemlene skal tolkes. Det andre spørsmålet er, vil det ikke være urimelig å gi sykehjemmet en behandlingsplikt uten å tildele tvangshjemmelen som trengs for å oppfylle behandlingsplikten? Dette spørsmålet handler i realiteten om hvordan retten skal håndtere en plikt kollisjon, og tas opp i detalj under punkt 4.3.4. Først er det imidlertid nødvendig å kontrollere om det todelte hjemmelskravet fremgår av Høyesteretts vota.

4.3.3 Fremgår det todelte hjemmelskravet av votaene?

Flertallet la innledningsvis til grunn at det kreves hjemmel for «faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp» (avsn. 27). Dette er kun en stadfestelse av et hjemmelskrav som også omfatter faktiske handlinger, og skiller ikke mellom normerings- og tvangshjemmel. Bårdsen la videre til grunn at A hadde et rettskrav på heldøgns omsorgstilbud, men at dette ikke var til hinder for at samtykket til innleggelse dekket «vilkår med tvangselementer» (avsn. 31). Om kravene til et samtykke som dekker «vilkår med tvangselementer» skrev så retten følgende:

Det som kreves fra sykehjemmets side er ikke mer enn at A til en viss grad underlegger seg alminnelige og faglig funderte rutiner for personlig hygiene, altså forutsetninger direkte knyttet til selve det lovpålagte omsorgstilbudet som tilbys ham, og som det åpenbart ikke var grunn til å nevne særskilt i tilbudet om plass. (avsn. 32)

Merk hvordan avsnittet slår sammen pasientens og sykehjemmets handlinger. Hva som «kreves fra sykehjemmets side» er et spørsmål om As plikter som pasient. Tvangsspørsmålet går imidlertid andre veien: Det handler om *sykehjemmets* plikter. At A som pasient ikke har full handlingsfrihet kan ikke uten videre være avgjørende for rekkevidden av hans beskyttelse mot sykehjemmets handlinger. Hvis meningen er å begrunne «vilkår med tvangselementer» påligger det dermed retten å forklare hvorfor fastleggelsen av As plikter skal være styrende også for sykehjemmets plikter.

Tvangsspørsmålet ble heller ikke håndtert gjennom tilmålte tvangshjemler. Det ble lagt til grunn at tvangshjemlene i pasientrettighetsloven kap. 4A kun gjelder for pasienter uten samtykkekompetanse, jf. § 4A-2 første ledd, og at helsepersonelloven § 7 åpner kun for tvang når det er «påtrengende nødvendig».⁴⁸ Verken flertallet eller mindretallet drøftet om sistnevnte nødrettsbestemmelse kunne hjemle tvang i forebyggende øyemed.

Ved drøftelse av pasientens selvbestemmelse viste flertallet til at det nærmere innholdet i helsetilbudet beror på et fritt skjønn (avsn. 31). At kommunen har et skjønn ved utformingen av helsetjenester er på det rene.⁴⁹ Det som står uforklart er hvordan et slikt skjønn skal styre adgangen til å bruke tvang. Hensikten med å tilpasse et helsetilbud er å gjøre det bedre, og et krav om gode og effektive helsetjenester er ikke det samme som et krav mot at sykehjemmet bruker tvang; det første kravet er om et *aktivt* helsetilbud, det andre gir et passivt inngrepsvern. Det virker lite rimelig, eller i alle fall verdt en forklaring, om to så forskjellige krav skal avpasses etter samme skjønnsvurdering.

Det ble også vist til *Forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie* av 14. november 1988 nr. 932 § 4-4, hvor det fremgår at «[b]eboerne skal ha adgang til å dyrke sine interesser og forme sin tilværelse som de ønsker i den utstrekning det er forenlig med den medisinske behandling, drift av boformen og av hensynet til andre beboerne». Denne

bestemmelsen hadde utvilsomt betydning for As frihet som pasient. Problemet er nok en gang at den har liten innvirkning på tvangsspørsmålet. Et krav om å avstå fra bruk av tvang legger bånd på *sykehjemmets* handlinger av hensyn til *pasienten selv*, mens forskriften § 4-4 legger bånd på *pasientens* handlinger av hensyn til *sykehjemmets ansatte og tredjeparter*.

Sykehjemmets handlinger er regulert i en egen forskriftsbestemmelse, § 3-3, som slår fast at «det er ikke hjemmel for å bruke tvangstiltak i boformen» med mindre det er til å «beskytte beboerne mot å skade seg selv, og for å beskytte andre beboere». Denne bestemmelsen ble ikke nevnt av flertallet, mens mindretallet brukte den som argument mot at det forelå tvangshjemmel (avsn. 46). Etter disse punktene kommer konklusjonen:

Disse reglene sett i sammenheng gir etter mitt syn det nødvendige rettsgrunnlag, ikke bare for å kreve at A forholder seg til sykehjemmets krav om et minstemål av hygienetiltak, men også for at disse om nødvendig gjennomføres mot hans vilje. (avsn. 36)

Vi har undersøkt reglene som førstvoterende viser til. Om de ikke ga hjemmel for tvang hver for seg er det uklart hvorfor resultatet skal bli et annet når de ble sett i sammenheng.⁵⁰ Henvisningen til «gjennomføring mot hans vilje» i konklusjonen er også en av kun to eksplisitte omtaler av tvang – den andre er omtalen av vilkår med «tvangselementer» i avsnitt 31.

Ut fra denne gjennomgangen er det ikke mulig å se hvordan flertallet skilte tilstrekkelig klart mellom de to nødvendige inngrepshjemlene. Skillet fremgår verken av rettens vurderingstema eller av dens rettskildebruk. Flertallets begrunnelse er med dette beheftet med en svakhet. I en sak som *Sårstell*, som angår et sensitivt inngrep i en privatpersons liv, burde retten kommunisere at det kreves en rettslig basis både for å påby behandling og for å bruke tvang. Til sammenligning er mindretallets votum klart på disse sontringene:

Når jeg ikke går nærmere inn på om det er stillet krav til A som går utover det sykehjemmet er berettiget til, er det fordi det etter min mening [1] uansett ikke foreligger rettslig grunnlag for å bruke tvang for å sørge for at A opptrer i forhold til de underforståtte hygienekravene. [2] At det kan oppstilles vilkår for et opphold, gir ikke i seg selv grunnlag for tvang. Tvang krever en særlig hjemmel, og [3] det kan jeg ikke se at det i dette tilfellet. Tvert imot er det en rekke rettsregler som taler tydelig imot at det foreligger tvangsadgang. (avsn. 45, min nummerering)

Webster oppsummerer her på kyndig vis våre konklusjoner så langt. Viktigst er [1] det klare skillet mellom, på den ene hånd, rekkevidden av pasient As frihet og, på den annen hånd, det rettslige grunnlaget for å bruke tvang. Mindretallet understreker også [2] det separate hjemmelskravet for påbud og tvangsgjennomføring av påbud. Tolkningsresultatet [3] – at det ikke forelå en tvangshjemmel i dette tilfellet – er ikke avgjørende for våre formål.

Som videre støtte for at flertallets begrunnelse er beheftet med en svakhet kan man gjøre et tankeeksperiment, og forsøke å bruke votumet til å svare på følgende spørsmål: Hva, om noe, skilte de to hjemmelskravene? Var terskelen høyere for å bruke tvang enn for å påby behandling? Flertallet la også til grunn at A var samtykkekompetent ved innleggelsen, at hans mentale situasjon ikke endret seg under oppholdet, at samtykke til behandling kan trekkes tilbake, jf. pasientrettighetsloven § 4-1 (2), og at A faktisk motsatte seg behandling. Så hvorfor ble ikke As motstand regnet som en tilbaketrekning av samtykke, hvilket ville fjerne behandlingsgrunnlaget? Meningen er ikke å hevde at spørsmålene er til hinder for en tvangshjemmel, men det er oppsiktsvekkende at flertallets votum ikke har holdepunktene som

trengs for å besvare dem. Spørsmålene er heller ikke trivielle. I en sak som dette, om sentrale rettssikkerhetsgarantier for en sårbar person, burde de to rettighetene vært lagt frem og behandlet på en klar måte.

4.3.4 Plikt-kollisjonen i *Sårstell*

Konklusjonene så langt er at *Sårstell* aktualiserte to pasientrettigheter, med to tilhørende krav om inngrepshjemler, og at flertallets begrunnelse ikke skilte tydelig nok mellom dem. Andre kommentatorer har nådd lignende konklusjoner ved bruk av rettsdogmatisk metode, og beskrevet flertallets avgjørelse som «frirettslig»⁵¹ og «ukonvensjonell».⁵² Jeg vil nå bruke Hohfelds system til å undersøke *Sårstell* på en måte som ligger noe utenfor tidligere kommentarer. Spørsmålet er om utfallet av saken ble farget av at man her sto overfor en plikt-kollisjon. Nærmere bestemt, anså flertallet det som urimelig å gi sykehjemmet en behandlingsplikt uten å tildele tvangshjemmelen som trengtes for å *oppfylle* behandlingsplikten? Var det bedre å akseptere en rettslig usikker løsning enn å akseptere en plikt-kollisjon?

Det foreligger en plikt-kollisjon når retten oppstiller to plikter og den ene ikke kan oppfylles uten at den andre overtres. I punkt 4.3.2 stilte vi spørsmålet om mindretallets resultat var urimelig, fordi det ville sette sykehjemmet i en umulig stilling. Det er nettopp denne umulige stillingen som her utgjør plikt-kollisjonen: Hvis sykehjemmet hadde en behandlingsplikt, men manglet tvangshjemmelen som trengtes for å *oppfylle* behandlingsplikten, så ville ikke behandlingsplikten kunne oppfylles uten å bryte forbudet mot å bruke tvang, og motsatt. Pliktovertredelsen ville med andre ord være uunngåelig, og tvinge sykehjemmet til å velge mellom to onder. Vi kan illustrere dilemmaet ved å sette opp en uttømmende liste over tolkningsalternativene i *Sårstell*:

1. Sykehjemmet hadde ingen behandlingsplikt, og heller ikke tvangsforbud (utelukket).
2. Det forelå et tvangsforbud, men ingen behandlingsplikt (utelukket).
3. Det forelå en behandlingsplikt, men ikke et tvangsforbud (ingen kollisjon).
4. Det forelå både en behandlingsplikt og et tvangsforbud (plikt-kollisjon).

Begge fraksjonene i retten holdt behandlingsplikten som urokkelig. Utskrivelse av A ville bare lede til et mer akutt behov for behandling senere (avsn. 31, 35, 54), og alternativene 1 og 2 var dermed helt utelukket. Igjen sto kun 3 og 4. Flertallet valgte alternativ 3, og leser man avgjørelsen får man inntrykk av at dette var eneste alternativ. Men det fantes en fjerde løsning. At mindretallet valgte alternativ 4 fremstår som ett av de mest interessante trekkene ved *Sårstell*. Ved å opprettholde *både* sykehjemmets behandlingsplikt *og* forbudet mot tvang aksepterte Webster ikke bare at plikt-kollisjon er en reell mulighet i vår rettsordning, hun signaliserte også en villighet til å leve med dens konsekvenser:

Når jeg også kommer til at det ikke er grunnlag for å benytte tvang, er jeg fullt på de rene med at dette setter institusjonen i en vanskelig stilling. (avsn. 54)

Det er verdt å dvele ved denne formuleringen. Hvorfor så Webster seg nødt til å forsikre leseren om at hun kjente til de praktiske konsekvensene av hennes tolkning? Forklaringen kan ligge i *Sårstells* unike faktum. Dommen har detaljerte beskrivelser av den vanskelige situasjonen som A hadde skapt for de ansatte, for andre pasienter og for besøkende. Den etterlater ingen tvil om at luktplagene var betydelige og situasjonen nærmest uutholdelig. Sykehjemmet hadde et akutt behov for å behandle As sår. Til tross for dette var Websters

konklusjon at regelverket, slik det forelå på avgjørelsestidspunktet, ikke inneholdt den nødvendige tvangshjemmelen. Hennes fastholdelse av dette resultatet, tross dets urimelighet, er en påminnelse om at behov ikke skaper rett, uansett hvor sterkt det er. Hohfelds rettighetsanalyse avdekker her et verdivalg som er skjult i flertallets votum.

Urimelighet til side, var mindretallets løsning faktisk eller rettslig umulig? Neppe. At plikt-kollisjon var en *faktisk* mulighet var en premissleverandør for hele rettssaken. Kommunen og sykehjemmets ledelse var kjent med at hjemmelsgrunnlaget var beheftet med tvil, men valgte å ty til tvang likevel. Intuisjonen sier at de tok den rette avgjørelsen, men hvis tvangshjemmelen manglet ville sykehjemmets handlinger like fullt være en pliktvertredelse. Plikt-kollisjonen i alternativ 4 var også *rettslig* mulig, i den betydning at vår rettsordning har de nødvendige sanksjons-, erstatnings-, lempnings- og lovendringsmekanismene for å håndtere selv uunngåelige pliktvertredelser. Virkningen av mindretallets konklusjon var å sette sykehjemmet i en potensiell ansvarssituasjon og å synliggjøre et mulig behov for endring av regelverket.

Selv om *Sårstell* har blitt hyppig kommentert, har ikke disse spørsmålene blitt problematisert tidligere. En mulig forklaring kan være at plikt-kollisjonene befinner seg i en slags teoretisk blindsoner. I *Sårstell* forelå det to plikter der den ene ikke kunne oppfylles uten å bryte den andre, og slik kollisjon blir i Eckhoffs *Rettskildelære* omtalt som et tilfelle av at reglene «motsier hverandre logisk». ⁵³ For den som mener alternativ 1 og 2 var helt utelukket, og som følger Eckhoff i å regne alternativ 4 som en logisk motsigelse i regelverket, gjenstår kun flertallets løsning.

4.4 Differensiering av parter

4.4.1 Rt. 1959 s. 306 Politistreik

Fra å nyansere mellom rettighetstyper går nå analysen over i en nyansering mellom rettighetsparter. En provisorisk anordning av 20. desember 1957 forbød ingeniører i statens tjeneste og tjenestemenn ved Oslo Politikammer å gå til arbeidsstans frem til 1. april 1958. Kongens anordningskompetanse etter Grl. § 17 er som kjent betinget av at anordningen ikke strider mot «de lover som Stortinget har gitt». Spørsmålet for domstolen var om anordningen var i strid med daværende lov 15. februar 1918 nr. 1 om offentlige tjenestemænd (tjenestemannsloven) § 27 annet ledd, som lød:

Har offentlige tjenestemænd opsagt sine stillinger, kan ansættelsesmyndigheten, hvis (...) fratrædelsen vilde utsætte vigtige samfundsinteresser for fare, paalægge dem som tjenestepligt at bli staaende i tjenesten ogsaa, efterat opsigelsesfristen er løpet ut, men ikke utover tre maaneder.

Lovbestemmelsen ga arbeidsgiveren en kompetanse til å nedlegge streikeforbud i inntil tre måneder, og denne kompetansen hadde allerede blitt brukt 20. desember 1957. Flertallets vota (13:4) la til grunn at Kongen i regjering var å anse som øverste ansættelsesmyndighet, og at rollen som arbeidsgiver ikke i seg selv var til hinder for bruk av anordningskompetansen. Mindretallet var enig. Flertallet fant også at tidsbegrensningen på tre måneder bandt Kongen i rollen som *ansættelsesmyndighet*, men ikke Kongen som *lovgeber*. På dette punktet dissenterte fire dommere. Grunnen til å velge saken som eksempel tross dens alder, er at den fremdeles står sentralt i statslæren og, enda mer interessant, at det er store avvik i hvordan den har blitt tolket av henholdsvis Opsahl og Eckhoff. Jeg vil benytte Hohfelds analyse til å brette ut og

forsvare flertallets syn, forklare dissensen og forklare hvorfor den juridiske teoriens kritikk av *Politistreik* ikke taler til flertallets uttalte domsgrunner.

Vi begynner med kritikken. Torkel Opsahl mente i likhet med mindretallet at tjenestemannsloven § 27 (2) var en «uttømmende» regulering av streikefriheten. «Uttømmende» kan bety ulike ting avhengig av hvilke rettsposisjoner som er involvert, men den tiltenkte betydningen hos Opsahl var at tidsbegrensningen på tre måneder hindret *enhver* etterfølgende kompetanseutøvelse, inkludert av Kongen som lovgiver. Stortingets nøye vurdering av tremåneders-grensen ble tolket som en endelig stillingtagen til når og hvordan streikefriheten kunne begrenses. Tolket antitetisk måtte derfor tjenestemannsloven, ifølge Opsahl, gi arbeidstakerne en generell immunitet mot å tape streikefriheten etter utløpet av tremåneders-fristen. Flertallets løsning ble således et resultat «hvoretter neppe noen lov som forsøker, kan være trygg på å bli tolket antitetisk». ⁵⁴

Utfordringen med Opsahls kritikk er at flertallets løsning slettes ikke var i strid med en antitetisk tolkning av tjenestemannsloven § 27 (2). Leivestad og Gaarder la til grunn at Kongen som *øverste ansettelsesmyndighet* manglet kompetanse til å pålegge tjenestemennene å bli stående i tjenesten etter utløpet av tre måneder, i tråd med lovens antitese. At Kongen som lovgiver nedla et slikt streikeforbud direkte var derimot, som Leivestad påpekte, en partsstilling og en situasjon «som ikke dekkes av loven» (s. 310). Gaarders votum var ekstremt kortfattet, og slo fast at tjenestemannsloven § 27 (2) «ene og alene har adresse til de administrative myndigheter, som en bestemmelse om deres kompetanse under en lønnstvist, men at den ikke er til hinder for at Kongen griper inn ved provisorisk anordning» (s. 315). Poenget hos de to dommerne er det samme. Kompetansebegrensningene i tjenestemannsloven § 27 (2) og i Grl. § 17 var rettet mot to ulike parter. Tjenestemennene hadde en immunitet overfor arbeidsgiveren, men denne immuniteten strakk seg ikke til Kongen som lovgiver. ⁵⁵

Avstanden mellom flertallets og Opsahls rettssyn kan altså ikke spores til et brudd på lovens antitese, men til forskjellen mellom en henholdsvis partsbegrenset og generell tolkning av lovens immunitetsbestemmelse. Tolkningen ville først stride med antitesen om *arbeidsgiveren* ble gitt en kompetanse til å nedlegge streikeforbud direkte. Opsahls kritikk av Kongens dobbeltrolle som både arbeidsgiver og lovgiver er slikt sett et mer lovende spor, selv om rimelighetsbetraktninger ikke kan være det endelige ordet i tolkningsspørsmålet.

Det er med dette grunn til å spørre om *Politistreik* virkelig svekket grensene mellom endring og utfylling av loven etter Grl. § 17, slik juridisk teori fremdeles legger til grunn. ⁵⁶ Her er også en anledning til å formulere en generell problemstilling: Hvordan kan Grunnlovens vilkår om at anordninger ikke kan stride med lov uttrykkes rettslogisk? Som et fravær av kompetanse til å sette inn en regel ved siden av dens negasjon. Realiteten er at innholdet i Grl. § 17 overlapper med Hohfelds tese om motsatser. En provisorisk anordning kan ikke sette regler som Stortinget har gitt ut av spill, og anordning og lov må derfor kunne stå side om side. Motsats-tesen fastholder at to regler med gjensidig uforenlig innhold ikke kan stå side om side. Kombinerer man de to føringene, ser man at anordningsmyndigheten ikke kan brukes til å gi arbeidsgiveren en rettsposisjon – en kompetanse etter fristens utløp – som er negasjonen av lovens rettsposisjon – et fravær av kompetanse etter fristens utløp. Arbeidsgiveren kan ikke besitte og mangle en kompetanse til samme tid.

4.4.2 Politistreik som en uenighet om rettighetstyper

Analysen har så langt brukt en nyansering av partsstillingen i *Politistreik* til å forsvare flertallets resultat mot mindretallet og Opsahls kritikk. Avgjørelsen kan i tillegg illustrere hvordan rettsposisjoner kan navngis og sorteres. Både førstvoterende Leivestad og annenvoterende Holmboe reiste nemlig spørsmålet om den daværende tjenestemannsloven § 27 (2) «hjemler en streikerett». Navngivningsproblematikken var altså eksplisitt. Begge valgte også å la spørsmålet stå ubesvart (s. 309, 313). Deres varsomhet er forståelig, fordi uttrykket «streikerett» er så tvetydig. Jeg vil her bruke Hohfelds begrepsapparat til å skille mellom de ulike betydningene av en «streikerett» og fremheve de to versjonene som var avgjørende i *Politistreik*.

En «streikerett» kan for det første forstås som en *immunitet* mot tap av streikefrihet, korrelert med et fravær av kompetanse til å frata noen streikefrihet. En «streikerett» kan for det andre forstås som en *frihet* til å streike, som er korrelert med at arbeidsgiveren mangler krav om at arbeidstakere avstår fra å streike. Den andre forståelsen handler om at tjenestemennene hadde en frihet til å streike, mens den første forståelsen handler om at de var beskyttet mot å miste friheten.

Slik flertallet la til grunn var § 27 (2) primært en kompetanseregulering, hvis formål var å gi arbeidsgiveren en tidsbegrenset kompetanse til å erstatte streikefrihet med forbud. Syvendevoterende Gaarder traff derfor godt når han beskrev § 27 (2) som «en begrensning av tjenestemennenes rettigheter [begrensning av immunitet], ikke som en utvidelse av dem» (s. 314). Bildet blir noe mer sammensatt av at kompetansen var tidsbegrenset. Etter fristens utløp ble kompetansen erstattet med dens motsatt, altså en immunitet mot videre tap av streikefrihet. § 27 (2) fikk også en viss rettighetskarakter av å *hvile på en forutsetning* om streikefrihet – evnen til å erstatte streikefrihet med et streikeforbud forutsetter at friheten ligger der som et utgangspunkt. Denne streikefriheten beskrev Leivestad som tjenestemennenes «adgang til» å streike (s. 309). Ordvalget er nok en gang heldig, og harmonerer med Hohfelds begrepsapparat.

Ved å ha kartlagt rettsposisjonene er det også mulig å foreta en kritisk vurdering av etterfølgende teori. Ifølge Opsahl skulle tjenestemannsloven § 27 (2) ha blitt tolket som en generell immunitetsbestemmelse, og han fokuserer dermed på den første forståelsen av «streikerett». Eckhoff, derimot, leste dissensen annerledes. I hans øyne tolket mindretallet inn «en lovfestet *frihet* fra streikeforbud i lovens kompetansebegrensning». Han fokuserer med dette på den andre forståelsen av «streikerett». En frihetsnorm i § 27 (2) ville kunne kollidere direkte med forbudsnormen i anordningen, og det var dette som, ifølge Eckhoff, ledet mindretallet til å underkjenne den provisoriske anordningen.⁵⁷

Kontrasten mellom Eckhoffs og Opsahls tolkninger er interessant av flere årsaker. Den første observasjonen er at Eckhoffs løsning kan gi et noe skjevt inntrykk av flertallets beslutningsgrunnlag. Når han forklarer dissensen med at loven og anordningen ble lagt på *samme* plan – som to pliktregler med motstridende innhold – kan det være fristende å tro at flertallet kom til et annet resultat ved å legge reglene på *ulike* plan – som én kompetanseregulering og én pliktregel. Denne slutningen samsvarer imidlertid ikke med flertallets skrevne domsgrunner. Både tjenestemannsloven § 27 (2) og Grl. § 17 var og er kompetansebestemmelser, og begge kunne brukes til å skape plikter. At flertallet ikke fant en kollisjon skyldtes ikke at loven og anordningen lå på forskjellig plan, men at de to involverte kompetansereglene var rettet mot ulike parter.

Den andre observasjonen gjelder bruk av rettskilder. En immunitet og en frihet er to distinkte rettsposisjoner, og spranget mellom de to krever selvstendige holdepunkter. Det er derfor verdt å merke seg at det var svært lite i tjenestemannsloven § 27 (2) som talte for at den inneholdt selve streikefriheten.⁵⁸ Det er mulig at den subtile forskjellen mellom «streikerett» som frihet og immunitet ledet Eckhoff, og kanskje også mindretallet, til å foreta et tolkningssprang uten særlig støtte.

Den tredje observasjonen er at både Eckhoff og Opsahl finner støtte for deres respektive tolkning i Holmboes votum. Holmboe skriver først at «loven utvetydig fastslår at tjenestemennene kan fratre sine stillinger etter utløpet av de i § 27 fastsatte frister» (s. 311), og beskriver dermed en streikefrihet. Han skriver så videre at «Stortinget – med fullt overlegg – satte inn i loven en absolutt grense for statens adgang til å møte en streiketrussel med forbud mot arbeidsnedleggelse» (s. 313), og beskriver dermed en immunitet mot å tape streikefriheten. Til slutt spør Holmboe om «tjenestemannsloven har gitt de offentlige tjenestemenn et direkte rettskrav på å kunne streike» (s. 314), og beveger seg inn på et tredje, separat spørsmål. Hvorvidt § 27 (2) ga tjenestemennene et rettskrav avhenger av de tilgjengelige håndhevelsesmekanismene. Denne terminologiske uklarheten er uheldig, og har i *Politistreiks* tilfelle ledet til nettopp den typen vedvarende tvil og uenighet som Hohfelds begrepsapparat er ment å forebygge.

5 Evaluering

For å vende tilbake til vårt opprinnelige spørsmål, har Hohfelds rettighetsanalyse en aktuell rettsvitenskapelig verdi? Svaret beror på en induktiv slutning fra eksemplene. Tiltroen til resultatet vil stige med flere vellykkede anvendelser, men emnene gjennomgått så langt vitner allerede om et potensiale. Analysen har demonstrert en evne til å løfte frem rettslige nyanser, avdekke skjulte verdivalg og formulere mer presise problemstillinger. Den har gjort dette med klarhet og presisjon.

Ved å rette analysen mot utdanningsrettigheter ble det klart at identiske formuleringer innenfor samme lovbestemmelse – her Grl. § 109 (1) – kan ha vidt forskjellig meningsinnhold. Forskjellene ble navngitt og systematisert. Analysen ble så brukt til å forklare prejudikatsvirkningen av Rt. 2005 s. 833 *Uskyldspresumsjon*, og viste hvordan Høyesterett tolket EMK art. 6 (2) til å inneholde en immunitet for siktede mot objektive straffbarhetsvilkår. Analysen av Rt. 2010 s. 612 *Sårstell* påviste to potensielle rettigheter i spill for pasienten: En frihet til å motsette seg behandling og et krav mot at sykehjemmet brukte tvang. To rettigheter fordret to inngrepshjemler, og flertallets manglende nyansering av hjemmelsspørsmålet utgjør en mangel ved begrunnelsen. Mindretallet lyktes med å identifisere begge de sentrale rettsspørsmålene, ved å understreke skillet mellom en påbudshjemmel og en tvangshjemmel. Analysen endte med en drøftelse av om utfallet i *Sårstell* skyldtes den potensielle kollisjonen mellom en behandlingsplikt og et forbud mot å anvende tvang overfor A. Analysen av Rt. 1959 s. 306 *Politistreik* viste betydningen av å sondre mellom rettighetsparter. Saken tjente også som eksempel på en domstol som søkte aktivt etter egnet terminologi, men som ble tolket vidt forskjellig av etterfølgende kommentatorer. Det manglende funnet av konflikt mellom tjenestemannsloven § 27 (2) og vilkårene i Grl. § 17 viste seg å skyldes verken at flertallet unnlot å tolke loven antitetisk, slik Opsahl hevdet, eller at loven og anordningen lå på forskjellige plan, slik Eckhoff hevdet, men at kompetansebestemmelsen i de to reglene var rettet mot ulike parter.

Ved siden av enkeltresultatene vitner bredden i eksemplene om en allsidighet. Alle utsagn om retten, uansett kilde og form, vil møte på utfordringer når det skal skilles mellom ulike rettsposisjoner. Derfor vil det også være behov for et kontekstuavhengig verktøy som kan bryte ned komplekse rettsstillinger til enklere, mer lettfattelig størrelser.

- 1 Foruten mine veiledere Christoffer Eriksen og Alf Petter Høgberg, takk til Nils Gunnar Skretting, Olav Moen, Arne Johan Dahl og Nicolay Bondi, som har lest og kommentert teksten.
- 2 Se bl.a. Shyam Balganesh, Ted Sichelman, og Henry Smith, *The Legacy of Wesley Hohfeld: Edited Major Works, Select Personal Papers, and Original Commentaries*, (CUP, Forthcoming, 2018). «The beginning of wisdom (...) is widely agreed to be the classification of juridical positions developed by Wesley Newcomb Hohfeld», Hillel Steiner, *An Essay on Rights*, (Oxford: Blackwell, 1994), 59. Sml. Peter Jones, *Rights*, (London: Macmillan, 1994), 6; J. W. Harris, *Legal Philosophies*, 2nd ed. utg. (London: Butterworths, 1997), 84.
- 3 Tidlige kommentatorer som Corbin, Kocourek, Pound, Radin og Salmond ble senere avløst av forfattere som var mer villige til å ta analysen ut av dens opprinnelige faglige og geografiske kontekst, herunder Hart, Lyons, Moritz, Ross og Williams. En relativt uttømmende (og derfor lang) liste over bidrag frem til 1982 kan finnes i Singers «The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld», *Wis. L. Rev.* (1982): 989–991. Av senere bidrag er det verdt å trekke frem Joseph Raz, «Legal rights», i *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon, 1984); Carl Wellman, *A Theory of Rights*, (Totowa: Rowman and Allanheld, 1985), 1–60; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (Frankfurt: Suhrkamp, 1986), 171–224; Leonard W. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, (Oxford: Clarendon, 1987), 1–53; Judith J. Thomson, *The Realm of Rights*, (Cambridge, Mass.: HUP, 1990), 37–78; Leif Wenar, «The Nature of Rights», *Philosophy & Public Affairs* 33, nr. 3 (2005); Pierre Schlag, «How to do things with Hohfeld», *Law and Contemporary Problems* 78, nr. 185 (2015). Gode innføringer kan finnes i Kramer, Simmonds, og Steiner, *A Debate over Rights*, (Oxford: OUP, 1998), 7–112; Nigel E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence*, 3. utg. (London: Sweet & Maxwell, 2008), 275 flg.
- 4 Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, (København: Nyt Nordisk Forlag, 1953), 197, 205. Lignende formuleringer er tatt inn i *Directives and Norms*, (London: Routledge & Kegan Paul, 1968), 124, 135.
- 5 W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, (Lawbook Exchange, 1964), (FLC) 34. 1964-utgivelsen har et forord av Arthur L. Corbin og en introduksjon av Walter W. Cook.
- 6 Se *Rettsvesen og rettsvitenskap i U.S.A.*, (Oslo: Akademisk forlag, 1953), 288 flg; «Litt om det juridiske rettighetsspråk», i *Festskrift til Alf Ross*, red. Mogens Blegvad mfl. (København: 1969).
- 7 *Retten og samfunnet*, (Oslo: Tanum, 1976), 166–213; Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer*, 2. utg. (Oslo: Tano, 1991), se særlig 79–80; Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg. (Oslo: Universitetsforl., 2001), 56, 344 flg. Noen formuleringer ligger så tett opp mot FLC at en henvisning kunne vært på sin plass: «Motstykket til plikt er krav (eller rettighet). At A har et krav (en rettighet) overfor B, er ensbetydende med at B har en plikt overfor A», *Forvaltningsrett*, 8. utg. (Oslo: Universitetsforl., 2006), 32.
- 8 *Privatrett 1: Almindelig privatrett*, (Oslo: Tanum, 1964), 16, 39 flg.

- 9 *Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe*, (Lund: Gleerup, 1960).
- 10 Francis Hagerup, *Forelæsninger over retsencyclopaedi*, 3. utg. (Oslo: Aschehoug, 1931), 49–52. Hohfelds begrepsapparat går sammen med koblingsord-analysen i *Knophs oversikt over Norges rett*, red. Kåre Lilleholt, 12. utg. (Oslo: Universitetsforl., 2004), 28–31. Se videre Nils Kristian Sundby, *Om normer*, (Oslo: Universitetsforl., 1974); Jo Hov, *Rettsforlik*, (Oslo: Universitetsforl., 1976), 83–93; *Rettergang i sivile saker*, 3. utg. (Oslo: Papinian, 2017), 85–101; Henning Herrestad, *Formal Theories of Rights*, (Oslo: Karnovs, 1996), særlig 189–223; Knut Erik Tranøy, «Rettighetsbegrepet som venn og fiende», *Mennesker og Rettigheter* 19 (2001); Svein Eng, *Rettsfilosofi*, (Oslo: Universitetsforl., 2007), 148–149; Christoffer C. Eriksen, *Kritikk*, (Oslo: Universitetsforl., 2016), 74–77. Av øvrige nordiske behandlinger nevnes kun verk som bygger videre på Hohfelds analyse, se bl.a. Anders Wedberg, «Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science», *Theoria* 17, nr. 1-3 (1951); Stig Kanger og Helle Kanger, «Rights and Parliamentarism», *Theoria* 32, nr. 2 (1966); Lars Lindahl, *Position and Change: A Study in Law and Logic*, vol. 112 (Springer, 2012).
- 11 Prefikset «plik» må her forstås ikke bare som en plassering i krav/plikt-forholdet, men som en fellesbetegnelse for alle byrdefulle rettsposisjoner som er korrelert med rettigheter.
- 12 Det er ingen fasit for hvor finkornet en analyse må være. For Hohfeld var de åtte posisjonene rettens minste og fundamentale bestanddeler, hvis innhold fulgte *sui generis* av deres relative plassering, Hohfeld (1964), 36. Det er imidlertid fullt mulig å benytte seg av analysen uten å slutte seg til en ontologisk tese om et «rettighetsatom» i bunnen av rettsordningen. Fra et anvendelsesperspektiv er det heller ikke nødvendig å undersøke om rettsposisjonene kan reduseres til hverandre eller deles ytterligere.
- 13 Ross (1953), 212; Walter W. Cook, «Introduction», i *FLC* (1964), 10; John L. Mackie, «Can There be a Right-Based Moral Theory?», *Midwest Studies in Philosophy* 3, nr. 1 (1978): 352; Wellman (1985), 25. Dette er bare et utgangspunkt; noen rettigheter kan oppleves som byrder og noen plikter som goder, se Wellman (1985), 86–92; H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, (OUP, 1982), 191.
- 14 Ordvalget følger tidligere norske fremstillinger (se f.eks. Eng (2007) s. 146–147), med ett unntak: «Liability» er ikke lenger oversatt til «avhengighet» eller «underkastelse», men til «utsatthet». Dette er for å gi bedre uttrykk for begrepets meningsinnhold. Å være «liable» er å være i en rettslig stilling som kan bli endret, og det er mer treffende å være «utsatt» for et erstatningskrav eller «utsatt» for domstolsprøving enn «avhengig» av et erstatningskrav/domstolsprøving. Byttet er også motivert av å bevare sammenhengen i systemet. «Avhengighet» bærer bud om en umyndighet eller mangel på rettslig handleevne, mens en av Hohfelds innsikter nettopp var at utsatthet *ikke* impliserer fraværet av kompetanse. At man er utsatt for rettsendringer fra eksternt hold er ikke til hinder for at man selv har den autonome kompetansen til å utløse samme rettsendring. Til slutt, «utsatthet» passer bedre språklig sett. Den direkte oversettelsen – «exposure» – er, ved siden av å være brukt av den svenske logikeren og Hohfeld-kommentatoren Kanger, nært knyttet til «liability» gjennom uttrykket «exposure to liability», se Herrestad (1996) 74; John R. Commons, «The Problem of Correlating Law, Economics and Ethics», *Wis. L. Rev.* 8 (1932): 15.
- 15 Tabellen kan ommøbleres for å vise motsatsforhold uten at innholdet endres. De fire kolonnene viser da (1) krav ↔ ikke-krav, (2) frihet ↔ plikt, (3) kompetanse ↔ ikke-kompetanse og (4) immunitet ↔ utsatthet.

- [16](#) Den som vil lese originalartiklene bør være klar over noen terminologiske justeringer. Hohfeld brukte ordet «right» på to måter, både (1) som fellesbetegnelse for *alle* rettigheter («right in the loose and generic sense of that term») og (2) som enkeltbetegnelse for *én* type rettighet, nemlig *krav* («a right in the strictest sense»). I dag foretrekkes fellesbetegnelsen, slik opphavsmannen også foreslo, Hohfeld (1964), 35–36, 42, 51, 54, 71–72. «Right» i snever forstand har senere blitt erstattet med «claim», og «privilege» med «liberty». Oversikten over engelske termer ser med dette slik ut:
- [17](#) 16-166674TVI-OTIR/06, s. 16–17. Regjeringsadvokatens ordvalg kan forsvares, i den betydning at ingen har monopol på hvordan ordene «krav» og «plikt» skal brukes. I en sak om statens tiltaksplikt virker det likevel mest hensiktsmessig å koble «plikt» til et rettslig handlingsrom hvis grenser er diktert av krav. Separasjonen av plikt fra krav reiser også spørsmål om hva slags normativt fenomen en plikt alene er ment å være. Å hevde at Regjeringens plikter kun gjelder overfor andre statsmakter er ikke et godt svar. En slik påstand fremstiller borgerne som en tredjepart til rettighetsforholdet i Grl. § 112 – noen som står utenfor og ser inn – mens virkeligheten er at forholdet mellom statsmakter er predikert av relasjonen til borgere. Saken skal opp til lagmannsrettsbehandling i 2019.
- [18](#) Hohfeld (1964), 39. Sml. f.eks. Eckhoff (1976), 192; Hans Petter Graver, «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», *TfR* (2000): 454; Erik Boe, *Oversikt over forvaltningsretten*, (Oslo: NKS-forl., 1993), 40; Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, (Elibron, 2000), 103.
- [19](#) Lov 28. juni 1957 nr. 16 om friluftslivet. Tidligere strl. 1902 § 400, opphevet ved lov 16. september 2011 nr. 41: «Den, som paa uindhegnet Sted plukker vilde Nødder, som paa Stedet fortæres, eller vilde Bær, Sop eller Blomster eller optager Rødder af vilde Urter, bliver ikke at straffe.»
- [20](#) Eckhoff (1953), 295.
- [21](#) Sumner (1987), 25, 27. Sml. Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, (OUP, 1969), xlii; Jellinek (2000), 136 flg.; John Finnis, «Some Professorial Fallacies About Rights», *Adel. L. Rev.* 4 (1971): 380.
- [22](#) Ved siden av pliktnormer og kompetansenormer har normteorien regnet med en tredje gruppe, kvalifikasjonsnormer, som avgjør om et fenomen hører til en bestemt kategori eller ikke, se bl.a. Eckhoff og Sundby (1991), 100–107. Kvalifikasjonsnormene er ikke nødvendige i Hohfelds system, utover at enhver analyse, av ethvert fenomen, forutsetter visse begrepsreferanser.
- [23](#) Hohfeld (1964), 60.
- [24](#) (1964), 12; Eckhoff (1953), 289–292; Ross (1953), 197; Arnholm (1964), 54–57; Hov (1976), 91–92.
- [25](#) Rundskriv T-3/07 «Om lov om friluftslivet av 28. juni 1957 nr. 16» kap. 6.
- [26](#) Terminologien kan variere. Hart omtaler laget som en «protective perimeter» eller «penumbra», og Shue skriver om rettigheters «social guarantees», Hart (1982), 171–172; Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, (Princeton: PUP, 1996), 16.
- [27](#) Ross (1953), 191, 212.
- [28](#) Sml. Hagerup (1931), 51; Eckhoff (2006), 32; Sundby (1974), 310; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. utg. (Wien: Deuticke, 1960), 132, 135. I logisk form er korrelasjon en gjensidig implikasjon, altså ekvivalens, mellom et krav (K) og en plikt (P) til samme handling, slik at $K(rav)x \leftrightarrow P(lik)x$.

- [29](#) «[E]t retsforhold efter sit væsen er et forhold mellem personer», Hagerup (1931), 51. Sml. Kelsen (1960), 135–136; *Essays in legal and moral philosophy*, (Springer, 1973), 221; Alf Ross, «Virkelighed og gyldighed i retslæren» (Levin & Munksgaard, 1934), 287–288; Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, (New York: Oceana Publications, 1960), 85; Singer (1982), 987.
- [30](#) Analogien er hentet fra Pierre Schlag, «Hohfeldian Analysis, Liberalism and Adjudication (Some Tensions)», i *The Legacy of Wesley Hohfeld (Forthcoming)*, red. Shyam Balganes (CUP, 2018), 9.
- [31](#) Se Kramer mfl. (1998), 26, 39.
- [32](#) Sml. (1998), 8; Ross (1968), 170. I logisk form kan motsatser for krav (K) uttrykkes som $K(x) \vee \neg K(x)$. Å finne motsatser byr sjelden på problemer. Unntaket er motsatsforholdet mellom frihet og plikt, som krever en negasjon av modalitet på én side av ligningen. Det motsatte av en plikt (P) til å handle (x) er en frihet (F) til å *avstå* fra å handle ($\neg x$), altså en handling med omvendt valør, slik at $P(x) \vee F(\neg x)$, se Hohfeld (1964), 39.
- [33](#) Den vanligste innvendingen mot korrelasjon er at det finnes offentligrettslige plikter som ikke er koblet til krav, se f.eks. Eng (2007), 148. Hvis Eng har rett så dekker ikke korrelasjonstesen alle rettighetsforhold, slik at $\neg(Kx \leftrightarrow Px)$. Det er mulig å problematisere utformingen og holdbarheten av denne innvendingens premisser, dens logikk og også hva den bidrar til praktisk rettighetsanalyse.
- [34](#) Hohfeld (1964), 26.
- [35](#) Jonathan Gorman, *Rights and Reason*, (Queen's Press, 2003), 181; Kenneth Campbell, *The Concept of Rights*, (Dissertation, 1979), 55; Robert B. Louden, «Rights Infatuation and the Impoverishment of Moral Theory», *The Journal of Value Inquiry* 17, nr. 2 (1983): 92.
- [36](#) Hart kaller valgfriheter «bilateral liberties», jf. (1982), 166. Siden enkle friheter er kombinert med en plikt kan de også kalles «pliktlige rettigheter» («mandatory rights») jf. Sumner (1987), 36–37. Se også Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, (PUP, 2014), 157; Wellman (1985), 65–66. Rettferdiggjørelsen for å kombinere frihet med plikt, og skape enkle friheter, er typisk at de verner et retts gode som er for viktig til å velges bort. Dette kan f.eks. være plikten til å motta helsehjelp eller til å vaksineres. I logisk form uttrykkes valgfriheter og enkle friheter som konjunksjonen eller disjunksjonen av frihetene (F) til å gjøre (x) eller ikke gjøre en handling ($\neg x$), slik at valgfrihet = $F(x) \wedge F(\neg x)$ og enkel frihet = $F(x) \vee F(\neg x)$.
- [37](#) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, 19. desember 2011, 223–224.
- [38](#) Samme destinasjon kan nås via en annen rute, som når Høgberg skriver at «[Grl. § 109 (1)] første punktum gir individet en frihetsrettighet, men dette er ikke en frihetsrettighet for barn, som etter annet punktum kun har rettskrav på grunnleggende opplæring», se Benedikte M. Høgberg, «Rettighetsbegreper i Grunnloven», i *Rettigheter i velferdsstaten*, red. Ingunn Ikdahl og Vibeke B. Strand (2016), 122–123, 125–126. Etter våre termer blir det hetende at barn *også* har en «frihetsrettighet» – i form av en frihet til skolegang – og at denne friheten er *beskyttet av* rettskrav (akkurat som de voksnes valgfrihet). Fremfor å være en egen kategori av rettigheter, er det å være et «rettskrav» en egenskap som friheter, og alle andre rettigheter, kan ha dersom de er kombinert med håndhevelsesmekanismer. Slike mekanismer kan ta form av krav, friheter osv. Kontrasten mellom Grl. § 109 (1) første og annet punktum er altså ikke mellom tilstedeværelsen eller fraværet av en «frihetsrettighet», men mellom en valgfrihet i første punktum og en *enkel* frihet i annet punktum.

- [39](#) Mindretallets skille mellom materiell og prosessuell strafferett fikk støtte i det EMD unnlot å proporsjonalitetsteste en bestemmelse lik § 195 (3). EMD uttalte at det «ikke er rettens oppgave å diktere innholdet i nasjonal lovgivning», jf. *G mot Storbritannia (avvisningsavgjørelse)*, App.nr. 37334/08, avsn. 27, 29. Problemet med å ikke anvende EMK art. 6 (2) på objektive straffbarhetsvilkår er, som flertallet skriver, faren for å uthule konvensjonens beskyttelse. Rettsutviklingen er nærmere kommentert i Hans-Petter Jahre og Morten Holmboe, «Alderen som objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen?», *Lov og Rett* 51, nr. 10 (2012).
- [40](#) Eksempler er Kongens immunitet mot rettsforfølgelse etter Grl. § 5, parlamentarisk immunitet etter Grl. § 66, folkerettslige immunitetsbegrensninger i vitneplikten og diplomatisk immunitet etter Wien-konvensjonen 18. april 1961 om diplomatisk samkvem art. 31. Rt. 1990 s. 173 omhandlet immunitet mot mortifikasjon for flyhavarikommisjonen. Etterkrigstiden så også en rekke saker om immunitet for statsskip, jf. bl.a. Rt. 1949 s. 881, Rt. 1949 s. 149 og Rt. 1948 s. 706.
- [41](#) Det ligger også immuniteter i reglene om frihetsberøvelse i Grl. § 94, forskjellsbehandling i § 98 første ledd, innskjerping av ytringsfriheten i § 100 (2), bruk av militær makt i § 101 (3), eiendomsavståelse i § 105, inn- og utreiseforbud i § 106, inngrep ved rettsendring i § 113, fjerning av odels- og åsetesretten i § 117 og kanskje også endringer i strid med Grunnlovens ånd og prinsipper, jf. § 121.
- [42](#) Jf. lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene § 2-1, lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter § 4-1 (1).
- [43](#) Se, som representant for flere, Eckhoff (2006), 473. Dette er ikke bestridt og problematiseres ikke nærmere.
- [44](#) Njål W. Andersen og Karl O. Wallevik, ««Huleboerdommen» – riktig diagnose, feil medisin?», *LoR* 50, nr. 05 (2011); Alice Kjellevold og Henriette S. Aasen, «Huleboerdommen og bruk av tvang i sykehjem», *TfE* (2011); Bjørn H. Østenstad, «Sårstelldommen – prejudikat for kva?», *LoR* (2014); Jan F. Bernt, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving», i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, red. Karl H. Søvig (Bergen: Fagbokforl., 2015).
- [45](#) Aslak Syse, ««Huleboerdommen» – feil navn og uklart innhold?», *LoR* (2011); Erik Monsen, «En kommentar til Sårstelldommen», i *Festskrift til Jan Fridthjof Bernt* (Fagbokforl., 2013).
- [46](#) Monsen har stilt spørsmål om «små tvangselementer uten videre anses å aktualisere lov hjemmelskravet», jf. (2013), 428. *Sårstell* er etter min mening ikke rett sted for et slikt spørsmål. Pasienten A var i en svært sårbar situasjon, tvangen var gjentatt og sakkyndige vitnet om at sårstellet kunne være smertefullt (avsn. 44).
- [47](#) Sammenslåingen av hjemmelskrav er behandlet hos Østenstad (2014), 490–492.
- [48](#) Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv.
- [49](#) Ot.prp. nr. 66 (1981–82) s. 31.
- [50](#) Adgangen til kumulering av hjemmelsgrunnlag er kommentert hos Syse (2011), 632. For et relativt kritisk perspektiv, se Kjellevold og Aasen (2011), 59.
- [51](#) Syse (2011), 634.
- [52](#) Bernt (2015), 45; Kjellevold og Aasen (2011), 67.
- [53](#) Eckhoff og Helgesen (2001), 343; Eckhoff (1976), 189.
- [54](#) Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, (Oslo: Tanum, 1965), 318, 320, 322.

- [55](#) Partsstillingen i *Politistreik* minner om Rt. 1962 s. 530, om gyldigheten av Bygningsrådets avslag på en søknad om ombygging. Saksøkeren anførte at en tidligere tillatelse fra Kirkedepartementet ga ham en rett til ombygging, en rett Bygningsrådet ikke kunne frata ham. Høyesterett så saken annerledes. Akkurat som tjenestemannslovens regulering av arbeidsgiveren ikke var bestemmende for Kongens lovgivningskompetanse, var ikke Kirkedepartementets stilling bestemmende for Bygningsrådets kompetanse. En sak hvor linjene mellom parter kunne blitt trukket klarere var HR-2017-2352-A. En gruppe prostituerte hadde blitt utsatt for grove ran, og krevde erstatning av skadevolderne for tapt prostitusjonsinntekt. Kravet ble ikke ansett å ha erstatningsrettslig vern. Flertallet (3:2) viste til at lovgiver har vurdert prostitusjon som sterkt uønsket. De prostituerte inntekt er lovlig, men kjøp av seksuelle tjenester er straffbart, slik at erstatning for tapt prostitusjonsinntekt måtte hvile på en forutsetning om at straffbare handlinger ville bli begått. Det er grunn til å spørre, slik mindretallet gjorde, om hvorfor en straffesanksjonert avståelsesplikt på tredjeparts hånd (de som kjøper seksuelle tjenester) skulle være bestemmende for rettighetsforholdet mellom de prostituerte og skadevolderne (avsn. 71).
- [56](#) Se Johs Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg. (Oslo: Universitetsf., 2017), 310–311.
- [57](#) Eckhoff (1976), 206; Eckhoff og Helgesen (2001), 345.
- [58](#) Departementets opprinnelige forslag til § 28 regnet arbeidsstans som et pliktbrudd, men med justiskomiteens tilføyelse av ordet «ulovlig» foran «nedlagt arbeidet», jf. Innst. O. XXX (1917) s. 9, ble det klart at det kun var den ulovlige arbeidsstansen som ble rammet. Implikasjonen var at arbeid kunne nedlegges lovlig. Under hvilken hjemmel? Potensielt med hjemmel i ulovfestet rett. Tjenestetvistkomiteens gjennomgang i 1956 konkluderte at tjenestemenn «må antas å ha en rett til å streike såfremt det ikke med hjemme i lov kan utledes noe annet» (s. 26). Tjenestetvistloven 18. juli 1958 nr. 2, som trådte i kraft 5. september 1958, forutsatte også en alminnelig streikefrihet. Takk til Alexander Næss Skjønberg for innspill på dette punktet.