

# Rettsforskernes medvirkning i lovgivningsarbeidet

Av ekspedisjonssjef dr. jur. INGE LORANGE BACKER

## 1. Innledning

Rettsforskernes medvirkning i lovgivningsarbeidet er et tema som i seg selv kan være gjenstand for forskning. Både omfanget av og betingelsene for rettsforskernes deltakelse, og deres innflytelse på lovgivningens form og innhold, er spørsmål som det har interesse å få belyst. Min tilnærming i dette innlegget vil være mer impresjonistisk enn forskningsbasert, med utgangspunkt i erfaringer med lovgivningsarbeid som professor ved Universitetet i Oslo og som sjef for Lovavdelingen i det norske Justisdepartementet. Formålet er først og fremst å bidra til diskusjonen om hvorvidt rettsforskere *bør* medvirke i lovgivningsarbeidet.

Spørsmålet kan komme i forskjellig lys ettersom man ser det fra rettsforskernes side eller fra det lovforberedende departementet. Jeg skiller ikke skarpt mellom rettsforskernes deltakelse og bruk av rettsforskningens resultater. Jeg legger hovedvekten på betydningen for å få til en bedre lovgivning, men skal avslutningsvis også komme litt inn på hensynet til rettsforskningen og hvilke motiver rettsforskerne kan ha for å delta eller la være.<sup>1</sup>

En problemstilling legger jeg til side, enda den er mer aktuell nå enn før: de forskerutdannedes overgang til lovforberedende stillinger, f.eks. i et justisdepartement. Forskningskompetanse kan bli tatt inn i departementets rekrutteringspolitikk som et kvalifikasjonskrav for tilsetting. Fra rettsforskernes synspunkt er overgang til andre stillinger blitt mer aktuelt ettersom doktorgradsprogrammene utdanner flere rettsforskere med doktorgrad enn det er universitetsstillinger til.

Medvirkning i lovgivningsprosessen kan skje på forskjellige stadier. Det kan være grunn til å skille iallfall mellom tre stadier:

- Initiativfasen
- Utredningsfasen
- Beslutningsfasen

Jeg konsentrerer meg om utredningsfasen, som nok er den mest interessante fra lovgivningsarbeidets ståsted. Mangen rettsforsker vil vel også være opptatt av initiativfasen, iallfall den som ønsker å se sine rettspolitiske konklusjoner fra et forskningsprosjekt omsatt i

<sup>1</sup> Når jeg snakker om "rettsforskere", sikter jeg til *aktive* forskere. Trass i min forskningsbakgrunn er jeg altså ikke lenger noe eksempel på rettsforskernes deltakelse i lovgivningsarbeidet.

lovgivning. Erfaringen i Norge er for tiden at initiativet til ny lovgivning mer enn tidligere kommer fra Stortinget og fra internasjonale forpliktelser som vi påtar oss, og rettsforskeren har ikke noen direkte vei til lovforberedelsen.<sup>2</sup>

Beslutningsfasen står i dag som underordnet når det gjelder rettsforskernes medvirkning. Men historisk har vi både i Norge og i Norden ellers fremtredende eksempler på at det var annerledes.<sup>3</sup>

I Norge er to navn nok til å illustrere dette: Anton Martin Schweigaard og Francis Hagerup. Schweigaard (1808–70) kan ses som grunnleggeren av den moderne, realistiske rettsvitenskap i Norge og var en av de mest fremtredende stortingspolitikere i sin tid — en av dem som virkelig fortjener betegnelsen ”nasjonale strateger” blant alle dem Rune Slagstad skriver om.<sup>4</sup> Francis Hagerup, grunnleggeren av Tidsskrift for rettsvitenskap, var en metodisk fornyer og polyhistor innen rettsvitenskapen, justisminister og statsminister i to omganger, inntil han i 1905 gikk av fordi unionsoppløsningen fulgte en annen vei enn han fant god. Hans politiske standpunkt her hang sammen med hans rettsvitenskapelige holdning.<sup>5</sup> Ved siden av disse to hører to blad Frederik Stang med — den eldre (1808–84), som var Schweigaards samtidige, forlot en akademisk karriere etter å ha gitt ut den første fremstilling av norsk statsforfatningsrett i 1833 og ble senere statsråd og statsminister; den yngre (1867–1941) var leder for Høyre og justisminister i 1912–13, men holdt seg senere til sin vitenskapelige løpebane, der han fornyet privatretten med en sosiologisk og teleologisk tilnærming og understreket rettsvitenskapens behov for kontakt med kulturvitenskapene.

## **2. Hva kan rettsforskningens resultater gi til lovgivningsarbeidet, og hva trengs i lovforberedelsen?**

2.1 Hva rettsforskningen kan gi, beror naturligvis på hva slags type rettsforskning det er tale om.<sup>6</sup> Ut over den rettsdogmatiske forskning — som iallfall historisk kan ses som rettsvitenskapens kjerne — er det i dag naturlig å regne med både rettspolitisk, rettshistorisk, rettsfilosofisk, retts sosiologisk og rettsøkonomisk forskning, der andre enn jurister kan gjøre seg gjeldende.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> En eldre oversikt over initiativet til ny norsk lovgivning finnes hos Vilhelm Aubert: *Rettens sosiale funksjon* (Oslo 1976) s. 106–110.

<sup>3</sup> Se nærmere Lars Bjørnes innlegg.

<sup>4</sup> Se Rune Slagstad: *De nasjonale strateger* (Oslo 1998) s. 12–17. Slagstad gir uttrykk for at Schweigaards maktposisjon berodde på dobbeltrollen som professor og stortingspolitiker, og beskriver ham som den fremste lovgivningspolitiker i sin tid. I en tid hvor Stortinget bare møttes hvert tredje år, hadde Schweigaard også tid til å lede en serie utredningsutvalg ved siden av sitt vitenskapelige og politiske arbeid.

<sup>5</sup> Jf. Carsten Smith: *Det juridiske fakultet gjennom 175 år, Lov og Rett 1987 s. 3 (8)*, også trykt i Carsten Smith: *Loven og livet* (Oslo 1996) s. 13 (18).

<sup>6</sup> Jf. om forskjellige typer rettsforskning f.eks. Stig Strömholm: *Hur många rättsvetenskaper finns det?* TFR 1978 s. 621–654, Matti Mikkola: *Teser om rättsvetenskaplig forskning*, TFR 1981 s. 273–313 og Hans Petter Graver: *Hva er rettsvitenskap?* TFR 1994 s. 561–583.

<sup>7</sup> Oppregningen er ikke nødvendigvis uttømmende. I tillegg kan man særlig peke på rettsantropologi, jf. Gaute Skirbekk i TFR 1991 s. 449–479, jf. også merknadene under 2.5 om bruk av sosialantropologisk forskning.

Noen forskningsresultater kan være umiddelbart anvendelige i forberedelsen av nye lover. Andre kan gjøre seg gjeldende indirekte ved å påvirke verdier og tankemønstre som har lovgivningspolitisk relevans, eller ved å gi nye redskaper til en lovgivningspolitisk analyse. Noen forskningsresultater knytter seg direkte til lovgivningens innhold, mens andre kan bekrefte eller avkrefte argumenter som fremføres i den rettspolitiske debatt. En klarlegging av det eksisterende straffenivået kan f.eks. ha betydning for en diskusjon om det er grunn til å endre lovens strafferammer for en forbrytelse, og undersøkelser av hvor godt offentlighetsloven blir etterlevd, kan ha betydning for en rettspolitisk vurdering av reglene om åpenhet i forvaltningen.

2.2 Den *rettsdogmatiske forskningen* som klargjør gjeldende rett, kan komme til nytte i lovgivningsarbeidet på flere måter:

– ved å vise at gjeldende rett medfører løsninger på rettsspørsmål som lovgiverne i sin tid ikke tok sikte på, eller som de iallfall nå ikke finner tilfredsstillende. Allerede det at rettsdogmatisk forskning viser at gjeldende rettsstilstand gir opphav til kompliserte og vanskelige rettsspørsmål, kan i seg selv initiere lovreform for å klargjøre og forenkle rettsstilstanden.

– ved å påvise inkonsistens eller mangelfull tilpasning til regelverket eller rettssystemet for øvrig. Slike mangler ved lovgivningen kan som kjent både gi rettsusikkerhet, redusert måloppnåelse, og høyere transaksjons- eller administrasjonskostnader.

– ved å påvise at internasjonale forpliktelser ikke er korrekt gjennomført i nasjonal rett. Rettsforskernes innsikt i rammer som følger av praksis i internasjonale domstoler og tvisteløsningsorganer kan her ha særskilt verdi. Men det er nok grunn for lovgiverne til å innta en kritisk holdning til de slutninger som noen ganger søkes trukket av internasjonal praksis med den konsekvens at den nasjonale lovgiver får begrenset sitt handlingsrom.

– en systematisk fremstilling av gjeldende rett innenfor et visst område vil lette den rettspolitiske vurdering ved å vise hvilke rettslige spørsmål som kan oppstå på området.

Men blir rettsdogmatikerens spørsmålsstillinger irrelevante hvis lovgiverne vil gå radikalt til verks og forkaste de grunnleggende premisser for den eksisterende rettsstilstand på området?

Jeg tror det vil være forhastet å svare ja på det spørsmålet. Den faktiske virkelighet som gir opphav til rettslige problemer, er jo den samme enten man skal fortsette med gjeldende retts løsninger eller introdusere nye regler. En virkelighetsnær rettdogmatisk forskning,

som knytter an til faktiske problemstillinger, kan ha verdi også for radikale rettsreformatorer. Til dette kommer at selv en radikal rettsreform vil hos oss bare gjelde for et begrenset område, og både de gamle og de nye reglene vil fungere i et samspill med rettssystemet for øvrig. En rettsdogmatisk analyse kan kaste lys over dette samspillet på en måte som fortsatt har sin interesse ved en grunnleggende reform av reglene på det aktuelle området.

En viktig side ved rettsdogmatisk forskning består i å oppstille rettssetninger på grunnlag av spredt materiale, f.eks. praksis i enkeltstående avgjørelser. En variant av dette er såkalte "restatements of law", som kan ta form av en modellov basert på gjeldende rett. Slike forskningsresultater kan lette kodifiseringsarbeid på området. Den begrepsanalyse eller begrepsdannelse som også er et sentralt element i mange rettsdogmatiske forskningsarbeider, kan være verdifull i lovgivningsarbeidet ved å klargjøre begrepsbruken og legge til rette for mer konsistente og forståelige lovregler.

Jeg anser det altså på det rene at den rent rettsdogmatiske forskning kan ha mye å gi lovgivningsarbeidet. Likevel er det neppe rent rettsdogmatisk forskning som lovforberederne etterspør mest eller har mest behov for — iallfall hvis de selv har rimelig høy juridisk kompetanse.

2.3 I våre dager er *den komparative rettsforskning* av sterkt stigende interesse for lovgivningsarbeidet.

Det er flere årsaker til det. For det første har komparativ rettsforskning informasjonsverdi ved at den kan fortelle om alternative rettspolitiske løsninger som er prøvd ut i forskjellige land. Ved en nærmere analyse av samfunnsforhold og rettssystem i vedkommende land kan den også — på sitt beste — være i stand til å angi nærmere betingelsene for at en viss løsning på rettsspørsmål skal fungere optimalt eller iallfall tilfredsstillende i forhold til bestemte verdier. Den kunnskap som komparativ rettsforskning kan gi, er kunnskap som lovforberedere ofte mangler. Samtidig har informasjonsteknologien gitt interesserte et middel til å skaffe seg slik kunnskap, eller bruddstykker av den, på en enkel måte. Mer enn før må lovforberederne være forberedt på at særskilte interessegrupper påberoper seg modeller fra utenlandsk rett — fortrinnsvis de modeller som stemmer best med interessegruppens egne interesser. Kvalitet i lovgivningsarbeidet vil fordre at lovforberederne kan sette slike innspill inn i en større sammenheng og kanskje holde dem opp mot andre mulige modeller som kan hentes fra utenlandsk lovgivning.

Utenlandske forbilder har i mange år spilt en viktig rolle ved forberedelsen av ny lovgivning i de nordiske land, iallfall når det er tale om grunnleggende reformer på sentrale rettsområder. Men økende rettslig harmonisering på tvers av landegrensene skaper et

nytt behov for kunnskap som komparativ rettsforskning. Den kommer til nytte både som grunnlag for å forberede nye internasjonale eller overnasjonale regler, og når den nasjonale gjennomføring skal finne sted på grunnlag av en internasjonal enighet.

Komparativ rettsforskning går tradisjonelt på tvers av de viktigste rettsfamiliene. Men komparativ forskning kan også skje mellom rettssystemer som står hverandre nær, f.eks. de nordiske. For tiden forestår professorene Anders Agell, Peter Lødrup og Linda Nielsen etter oppdrag fra Nordisk ministerråds embetsmannskomiteé for lovgivningsspørsmål et omfattende nordisk komparativt prosjekt i familie- og arverett.<sup>8</sup> Prosjektet, som ventes fullført våren 2002, kan komme til å gi støtet til reform og harmonisering av nordisk lovgivning på området, noe som også kan ha til formål å styrke nordisk rettstradisjon her i møtet med europeisk rett.

*2.4 Rettspolitisk forskning* kan ta utgangspunkt i verdier og mål som lovgiverne har lagt til grunn, eller i andre verdier som grupper i samfunnet eller forskeren selv står for. Iblant er det uklart hvilke verdier eller mål som ligger under gjeldende lovgivning, og ikke sjelden forekommer det at sentrale mål bak en lov harmonerer dårlig med samfunnsmessige verdier som ellers blir lagt til grunn. Lovreguleringen på et område kan også la seg diskutere ut fra alternative mål. Jo mer den rettspolitiske forskning legger til grunn verdier og mål som lovgiverne har anerkjent — i samband med den aktuelle lov eller for øvrig — desto mer sannsynlig er det at det kan komme til nytte i lovgivningsarbeidet. Umiddelbart anvendelig for lovgiverne — eventuelt i samband med etterkontroll av en lov — er rettsforskerens påvisning av at loven (eventuelt en ulovfestet regel) er utilstrekkelig til å ivareta de verdier eller mål som lovgiverne har på området. Den rettspolitiske analyse kan her ta utgangspunkt i at endrete samfunnsforhold gjør at lovgivernes opprinnelige forutsetninger svikter, og den kan være kombinert med samfunnsforskning som viser at den gjeldende lov har andre virkninger enn tilsiktet.

Den rent rettspolitiske kritikk angår ofte enkeltspørsmål, men kan også være av meget prinsipiell karakter. Det man finner sjeldnere innenfor nordisk rettsforskning, er utarbeiding av fullstendige, alternative regelsett.<sup>9</sup> Til den rettspolitiske forskning hører også

<sup>8</sup> Se om prosjektet Anders Agell i Lakimies 2001 s. 1002–1030 (med hovedvekten på ekteskapsretten).

<sup>9</sup> Det store eksempel i nordisk rettsvitenskap på at en rettsforskers fullstendige lovforslag ble grunnlaget for ny lovgivning, er Fr. Vinding Kruses forslag (1923) til dansk tinglysingslov. Et mer begrenset eksempel er Ken Uggerud: Erstatning etter strafforfølgelse (Oslo 1998), som fremsetter et alternativ til Straffelovrådets forslag (NOU 1996:18 Erstatning i anledning strafforfølgning) om reform av reglene i den norske straffeprosessloven kapittel 31. I den pågående oppfølging i det norske Justisdepartementet er Uggeruds forslag og synspunkter behandlet på linje med høringsuttalelser til Straffelovrådets utredning.

kritikk av verdier som gjeldende lovgivningen bygger på. Men her kan skillet mellom forskning og politisk "tyckande" noen ganger være vanskelig å trekke. Under enhver omstendighet vil slik kritikk ha vanskelig for å føre til konkrete resultater hvis den ikke treffer en ny rådende politisk strømning. I praksis vil nok rettspolitisk forskning lettest komme til nytte hvis den er kombinert med rettsdogmatisk eller samfunnsvitenskapelig forskning.

2.5 I stor utstrekning er det forskning av mer utpreget *samfunnsvitenskapelig karakter* som vil ha størst interesse for lovgivningsarbeidet. Det kan dreie seg om å klarlegge både årsaker til samfunnsforhold og hvilke virkninger bestemte regler kan ha på forhold i samfunnet. Forskningen kan tjene både til å dokumentere behov for ny lovgivning, og til å gi bedre grunnlag for informerte valg om hvilke nye regler som bør foreslås. Ved etterkontroll (evaluering) av vedtatt lovgivning søker man å finne ut hvordan lovgivningen har virket, for så å holde det opp mot lovgivernes intensjoner eller verdier og på den måten avdekke om det er ønskelig med endringer. Da kan det bl.a. være aktuelt å undersøke systematisk og empirisk den faktisk praktiserte rett — hvordan den vedtatte loven er anvendt av underordnede domstoler eller forvaltningsorganer, og hvordan den har virket inn på andre aktører.

Norske undersøkelser om praktisering av offentlighetsloven springer mer ut av kritikk mot regjeringsapparatet for ikke å være åpent nok, enn av et ønske om systematisk etterkontroll med lovens virkninger. Da Stortinget i 1995 ba regjeringen legge frem en stortingsmelding om praktiseringen av offentlighetsprinsippet, måtte Justisdepartementet konstatere at det forelå lite empirisk materiale om graden av etterlevelse og tjenestemennenes holdninger til loven. Også fordi enkelte journalister publiserte sine egne undersøkelser, ble det behov for mer uavhengig forskning. Det lot seg imidlertid ikke gjennomføre innenfor tidsrammen for arbeidet med stortingsmeldingen.<sup>10</sup> Undersøkelser om faktisk etterlevelse av lovgivning er for øvrig ikke av rent samfunnsvitenskapelig karakter, siden definisjonen av "etterlevelse" må bygge på en rettsdogmatisk fortolkning av gjeldende lov. Ikke minst offentlighetsloven kan vise at uenighet om lovforståelsen kan være en kilde til uenighet om den faktiske etterlevelse.

Innen strafferetten er det en lang tradisjon for at samfunnsvitenskapelig forskning kan ha betydning for lovgivningsarbeidet, særlig når det gjelder reglene om

<sup>10</sup> Noe tallmateriale ble innhentet av Justisdepartementet og presentert i St. meld. nr. 32 (1997–98) kap. 6. Siden meldingen er det kommet flere forskningsrapporter om holdninger og praksis ved offentlighetsloven, delvis med finansiering fra Justisdepartementet. Se således Rannveig Nina Myklebust og Marit Sissel Skivenes: *Forvaltning og offentlighet I–III* (LOS-senteret, Bergen 2001) og Finn Sjøe: *Hemmelighold og innsyn i den norske stat* (Høgskolen i Oslo, 2001).

straffesanksjoner og deres innhold. Analyser av tilbakefall etter ulike former for straffereaksjoner kan fortelle noe om hva slags reaksjoner som egner seg best med sikte på tilbakeføring til samfunnet. En annen velkjent problemstilling, også den i prinsippet av samfunnsvitenskapelig karakter, er virkningen av ulike straffebestemmelser og straffereaksjoner på den alminnelige lovlidighet (den allmennpreventive virkning). Samtidig må det trolig innrømmes at i praksis kan viljen til å utnytte samfunnsvitenskapelig forskning i strafferettslig sammenheng henge sammen med de herskende kriminalpolitiske strømninger, og også med hvilket perspektiv som legges til grunn i samfunnsforskningen. I norsk samfunnsforskning har man til dels anlagt et "nedenfra"-perspektiv, der virkeligheten ses fra de styrtes side, og det kan være et viktig korrektiv til de styrendes perspektiv. Men det kan samtidig føre til temavalg og tilnærminger som gjør forskningen mindre interessant i lovgivningsarbeidet.

Nytten av samfunnsvitenskapelig forskning er ikke noe særtrekk for strafferetten. Innenfor privatretten gir arbeidet med revisjon av den norske pante- og konkurslovgivningen et eksempel. Det ble etter hvert klart at den norske panteloven av 1980 ga så store muligheter for kredittsikring i debtors aktiva at det ved konkurs var lite eller intet å hente for kreditorer uten pantesikkerhet, og ofte dårlig med midler til å gjennomføre en konkursbehandling. Konkurslovutvalget foreslo derfor i sin utredning to tiltak som kunne være egnet til å tilføre midler til konkursboene: å begrense adgangen til å pantsette varelager og fordringer (som panteloven av 1980 hadde gjort nærmest ubegrenset), og å avskaffe fortrinnsretten i konkurs for skatter og avgifter.<sup>11</sup> Ingen av disse forslagene ble fulgt opp i proposisjonen.<sup>12</sup> Hovedårsaken til at forslagene ble lagt til side, var at det ikke var mulig å vise at forslagene ikke ville medføre større ulemper for næringslivet (iallfall i visse næringer, som fiskeoppdrett) eller redusere skatteinngangen. Man savnet simpelthen kunnskap som kunne si noe nærmere om virkningene av de foreslåtte reglene på næringsstrukturen og skatteinngangen.

Generelt kan man utvilsomt si at lovforberederne og lovgiverne vil ha nytte av kunnskap om økonomiske aktørers tilpasning til lovgivningen og om fordelingsvirkninger av lovbestemmelser, noe samfunnsvitenskapelig forskning kan være med på å belyse. Dette kan vise behov for lovendringer, og ikke minst kan det ha betydning for valget mellom forskjellige lovendringsforslag.

<sup>11</sup> Se panteloven 8. februar 1980 nr. 2 § 3–11 (pant i varelager) og § 4–10 (sikkerhet i fordringer), og om fortrinnsretten for skatter og avgifter lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett § 9–4. Konkurslovutvalgets forslag ble fremsatt i NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen s. 118–120, 134–137 og 144–154.

<sup>12</sup> Se Ot. prp. nr. 26 (1998–99) s. 151 og 167–169.

Et eksempel på at sosialantropologisk (og historisk) forskning kommer til nytte, er arbeidet med lovgivning for å ivareta naturgrunnlaget for samisk kultur. Dette skjer i Norge på grunnlag av Samerettsutvalgets utredninger.<sup>13</sup> Det var forutsatt i utvalgets mandat at det skulle foretas en kartlegging av samiske sedvaner, og på samisk hold la man stor vekt på dette. Da dette ikke skjedde som en del av Samerettsutvalgets arbeid, ble det organisert og finansiert som et særskilt forskningsprosjekt.<sup>14</sup>

2.6 Lovgivernes forskningsbehov er ikke begrenset til samfunnsvitenskapelig forskning. Når lovgivning skal brukes til å råde bot på faktiske problemer, er det behov for kunnskap om hva disse problemene består i, hva som er årsaken til dem, og hva de reelle skadevirkningene er. Miljøretten er et godt eksempel på at det kan kreve mer enn samfunnsvitenskapelig forskning. Sur nedbørforskningen — som har bidradd til å klarlegge både årsakene til forsuring og virkningene av den — og klimaforskningen har vært avgjørende for utviklingen av internasjonale konvensjoner på området, som i sin tur er eller vil bli gjennomført i nordisk rett.<sup>15</sup>

### 3. Hvordan kommer rettsforskerne inn i lovgivningsprosessen?

Vi har nå sett at både rettsvitenskapelig forskning i ulike former og annen forskning kan komme til god nytte i lovgivningsarbeidet. Men hvordan kan forskerne og deres forskningsresultater bli trukket inn i dette arbeidet?

3.1 Med tanke på *initiativfasen* i lovarbeidet er spørsmålet om forskerne kan påvirke lovforberedernes dagsorden i en travel hverdag. God forskning ville fortjene at det var slik, men virkeligheten stemmer sannsynligvis dårlig med dette idealet.

Lykkes forskeren med sitt tema eller sitt budskap i å slå an en streng av tidsånden, kan det gå bedre. Den norske rettsforsker Anne Robberstad foretar i sin doktoravhandling Mellom tvekamp og inkvisisjon en gjennomgripende analyse av fornærmedes stilling i straffeprosessen.<sup>16</sup> Hennes avhandling har bragt nytt momentum inn i debatten om offerets stilling i straffesaker og spesielt om kvinners stilling som fornærmede, særlig ved voldsforbrytelser, og den førte til at den tidligere norske justisminister, Hanne Harlem, ga Robberstad i oppdrag å foreta en utredning om fornærmedes stilling i et

<sup>13</sup> Se særlig NOU 1997:4 Naturgrunnlaget for samisk kultur.

<sup>14</sup> Forskningsrapportene er publisert i NOU 2001:34 Samiske sedvaner og rettsoppfatninger. En del av bidragene er også trykt i Kirsti Strøm Bull, Nils Oskal og Mikkel Nils Sara: Reindriften i Finnmark (Oslo 2001).

<sup>15</sup> Jf. Patricia W. Birnie og Alan Boyle: International Law and the Environment (Oxford 1992) s. 387 flg.

<sup>16</sup> Anne Robberstad: Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling (Oslo 1999). Avhandlingen er grundig anmeldt og diskutert av Per Henrik Lindblom i SyJT 1999 s. 617–665, Peter Garde i TfR 2000 s. 865–880 og Jon T. Johnsen i TfR 2001 s. 464–532.

lovgivningspolitisk perspektiv. Utredningen, som forelå tidlig i 2002, vil også gi grunnlag for å vurdere en oppfølging i bredere nordisk samarbeid.

Treffer ikke forskeren så godt, kan det se ut som om sjansen til gjennomslag er best dersom forskeren går veien via media og parlamentarikere. I en mediepåvirket mindretallsparlamentarisme, som det norske politiske system kan betraktes som, later det til å være den sikreste veien til å rydde plass på en trang lovgiverdagsorden. Iallfall er det sjelden nok at forskeren i et fagtidsskrift gir uttrykk for sin klare mening om et lovendringsbehov.<sup>17</sup>

3.2 Er det av andre grunner satt i gang et lovreformarbeid, er det lettere å forestille seg at rettsforskningens resultater kan få innflytelse.

Publisert, foreliggende forskning kan i prinsippet utnyttes uten at man behøver å trekke inn rettsforskerne selv i prosessen. Men erfaringsmessig er det et problem at lovforberedere har dårlig med tid. Det kan hindre dem i å sette seg inn i omfangsrike vitenskapelige verker, og kanskje har de ikke en gang hatt tid til å gjøre seg kjent med at det foreligger relevant forskning på området. Denne ugunstige situasjonen kan bøtes på ved bedre kommunikasjon mellom rettsforskerne og lovforberederne (f.eks. med en "rettsforskningsdag" med korte forskningspresentasjoner) eller med studiedager som middel til kompetanseoppbygging/etterutdanning for lovforberederne.

Den forsker som klarer å henge med, kan ha en spesiell sjanse til å innvirke på et pågående lovgivningsarbeid. Den norske reformen om gjenopptakelse i straffesaker, som går ut på at begjæringer om gjenopptakelse skal avgjøres av en egen kommisjon etter engelsk mønster, skyldes iallfall delvis at Ulf Stridbeck trakk frem den engelske modellen for det norske fagmiljøet og offentligheten, etter at han og Anders Bratholm i tidligere arbeider hadde vært med på å legge grunnen for reformarbeidet.<sup>18</sup> Det kan neppe være tvil om at Stridbeck her øvet innflytelse på valget av ny modell når en reform først var satt på dagsordenen.

<sup>17</sup> La meg her bruke et eksempel fra egen erfaring. Jeg skrev i 1982 en leder i tidsskriftet *Lov og Rett* om at vergemålsloven (dvs. den norske formynderskapslagen) bør revideres (*Lov og Rett* 1982 s. 65–66). Det tok nesten 20 år før jeg som sjef for Justisdepartementets lovavdeling hadde gleden av å være med på å få oppnevnt et utvalg til å utrede en revisjon av loven. Viggo Hagstrøm har også ventet lenge etter at han i TfR 1991 s. 640 og 1995 s. 568–569 gjorde gjeldende at erstatningsregelen i den norske kjøpsloven (lov 13. mai 1988 nr. 27) § 27 annet ledd ikke samsvarer med konvensjonen om internasjonale løsørekjøp IHI (CISG). I proposisjonen om egen forbrukerkjøpslov er dette nå foreslått endret gjennom en ny § 99 i kjøpsloven, jf Ot. prp. nr 44 (2001–2002) s. 202–203.

<sup>18</sup> Se f.eks. Bratholm og Stridbeck i *Lov og Rett* 1998 s. 323–363. Lov 15. juni 2001 nr. 63 om endringer i straffeprosessloven mv. ventes ikke å tre i kraft før 1. januar 2003.

3.3 Kommer forskningsresultatene frem etter et forskningsoppdrag fra departementet, har man større grunn til å vente at de vil påvirke lovgivningsarbeidet. Hvis forskerens resultater underbygger departementets antakelse om behovet for lovendringer, øker det utvilsomt sjansen for at et reformarbeid blir satt i gang. Forskningen her kan sies å tjene som dokumentasjon som legitimerer politisk handling.

Spørsmålet er imidlertid om departementet er forutseende nok, om det har forskningsmidler nok, og om det finner interesserte forskere. Alle tre faktorer kan etter norsk erfaring være problematiske.<sup>19</sup>

Er lovgivningsarbeidet kommet så langt som til utredningsfasen, kan det med de frister som blir satt for utredningsoppdrag og proposisjon, ofte bli for knapp tid til å sette i gang større forskningsprosjekter. I eksemplet med revisjon av den norske pante- og konkurslovgivningen var tidspresset en grunn til at det ikke ble tatt initiativ til forskning selv etter at forskningsbehovet var avdekket. Rent rettsdogmatiske undersøkelser — i grenselandet mellom utredning og forskning — kan det lettere bli tid til.

3.4 Er det grunner til å bringe rettsforskere med i lovgivningsarbeidet uavhengig av aktuelle forskningsresultater? Iallfall er det nærliggende å gjøre det hvis man ser på lovgivning som *rasjonell* virksomhet.

For det første er den høye faglige kompetanse som en dyktig rettsforsker besitter, av stor verdi for et lovgivningsarbeid. Det gjelder både den kompetansen som knytter seg spesielt til det området som skal lovgis, og rettsforskerens mer generelle kompetanse som kan bidra til at lovforslaget blir godt tilpasset rettssystemet for øvrig. Å ta med en rettsforsker i et utredningsutvalg kan være et middel til å sikre at relevant rettsforskning blir trukket inn. Riktignok er det slik at høy fagjuridisk kompetanse i mange tilfelle kan skaffes på annet hold. Men særlig advokater kan falle vesentlig dyrere, og ofte vil rettsforskeren ha lettere for å sette av tilstrekkelig tid til lovgivningsarbeidet enn andre som er sterkere involvert i sine respektive stillinger.

En særskilt grunn til å trekke inn rettsforskere kan være et behov for uavhengig, ubunden fagkompetanse. Det kan gi økt legitimitet for et utredningsarbeid, både når det gjelder faglig kvalitet og med hensyn til uavhengighet av interessegrupper. Den som har dokumentert rettsvitenskapelig forskningskompetanse, har vist evne til å gjennomføre et større arbeid og til å foreta en inngående analyse,

<sup>19</sup> Den norske justisdepartementet disponerer forskningsmidler i samlet størrelsesorden 15 mill. NOK pr. år, vesentlig mindre enn de fleste andre departementene. Av dette beløpet er det dessuten bare en mindre del som går til lovgivningsrelatert forskning. Når det gjelder å sikre tilgjengelige forskere, kan en modell som det finske Rättspolitiska forskningsinstitutet by på fordeler.

og har vist problem- og løsningsfantasi og evne til allsidig og presis argumentasjon. Av disse grunner er det ofte fristende å engasjere rettsforskere som ledere av utredningsutvalg.

Dette må likevel vurderes individuelt. Noen forskere kan ha mer en abstrakt legning enn en praktisk innsikt som kan være nødvendig for å finne gode lovgivningspolitiske løsninger. Noen kan nok være ivrigere til å ri egne kjepphester enn til å mobilisere andre medlemmer av utvalget eller finne samlende kompromisser. Fordi jusen og det juridiske språk er så verdiladet, kan det også utnyttes på ledende vis av en forsker som har sin egen agenda.

For forskere er faglig uavhengighet en sentral verdi, og det er dem som driver uavhengighetsprinsippet langt. Det finnes rettsforskere som mener at høyt kvalifiserte jurister som er sentralt plassert i lovarbeidet i et departement, ikke er uavhengige nok til å drive faglig utviklingsarbeid. Det finnes også rettsforskere som synes å mene at å gi seg inn på et begrenset mandat, er å oppgi sin uavhengighet som rettsforsker.<sup>20</sup> Begge posisjoner kan gjøre det vanskelig med et fruktbart samarbeid mellom rettsvitenskap og lovforberedelse. I tillegg er det forskere som — kanskje med god grunn føler at tiden ikke strekker til, og at deltakelse i lovgivningsarbeidet går på bekostning av den tid de har til rådighet for undervisning og forskning.

Andre rettsforskere inntar en annen holdning til å delta i lovgivningsarbeidet. Jus er mer et redskap for å treffe beslutninger enn et kunnskapsfag, noe som i seg selv kan friste den høyt kompetente til å delta i beslutningsprosessen. Og møtet med andre fagfolk og interesserepresentanter i et lovgivningsarbeid kan gi forskeren ny informasjon og nye stimulanser til sin forskning — ikke minst når det gjelder å vurdere rettsreglenes samfunnsmessige funksjon på området. Mange fremtredende rettsforskere har nok sett det som en samfunnsplikt å bidra i lovreformarbeid når de er blitt kallet til det. Slike holdninger øker den felles interesse som rettsforskere og lovforberedere kan ha i å møtes i lovgivningsarbeid.

<sup>20</sup> Se Jens Petter Berg i *Kritisk Juss* 2001 s. 7–8, med tilsvarende av Jon T. Johnsen s. 313–318, i anledning av professor Johnsens enpersonsutredning NOU 2000:33 Erstatning til ofrene hvor tiltalte frifinnes for straff. Der var mandatet begrenset slik at utrederen skulle legge til grunn den rettsoppfatning som følger av Høyesteretts dom i Rt. 1999 s. 1363 når det gjaldt forholdet til den europeiske menneskerettskonvensjon.