

Kritikken mot Eckhoffs rettskildelære.

En presentasjon av hovedtrekk i den nyere kritikken av den etablerte rettskildelære i norsk rettsvitenskap.

Kandidatnr: 220

Veileder: Hans Petter Graver

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17985 ord

24.11.2004

Innholdsfortegnelse

FORORD.	IV
<u>1 INNLEDNING.</u>	<u>1</u>
1.1 HOVEDPROBLEMSTILLING.	1
1.2 TEMATISK PLASSERING.	1
1.2.1 INNLEDNING.	1
1.2.2 SPRIKENDE KRITIKK.	3
1.2.3 HOVEDTEMATIKK.	3
1.2.3.1 Rettskildenormer.	3
1.2.3.2 Reelle hensyn.	5
1.2.3.3 Rettsfaktorlæren.	5
1.3 AVGRENSNINGER.	6
1.4 FREMSTILLING VIDERE.	6
<u>2 KONSTITUSJONALISMEN. GRUNNLOVEN OG REELLE HENSYN.</u>	<u>9</u>
2.1 DET KONSTITUSJONELLE SYNET.	9
2.1.1 INNLEDNING.	9
2.2 RETTSKILDENORMER ELLER KONSTITUSJONELLE PRINSIPPER?	9
2.3 REELLE HENSYN.	10
2.3.1 KAN HØYESTERETT SKAPE NY RETT?	10
2.3.2 HENSYNENES KARAKTER OG RETTSKILDEMESSIGE RELEVANS OG VEKT.	11
2.3.2.1 Hensynene kan uttrykkes gjennom andre rettskildefaktorer.	12
2.3.2.2 Hensynene som selvstendig rettskildefaktor og som tolkingsredskap.	12
2.3.3 REELLE HENSYNS RELEVANSGRENSE.	13
2.4 RETTSFAKTORLÆREN.	13
2.4.1 AVVEINING.	13
2.4.2 NYGAARDS FUNKSJONSINNDELING.	14
<u>3 BERGENSVARIANTEN OG HERMENEUTIKKEN. RETTSREALISMENS INDRE OPPLØSNING.</u>	<u>16</u>

3.1	INNLEDNING.	16
3.2	REELLE HENSYN.	17
3.2.1	HVEM SKAPER RETTEN?	17
3.2.2	RETSSKAPELSE GJENNOM RETTSANVENDELSE.	17
3.2.3	VURDERINGENES Plass I RETTSANVENDELSEN.	19
3.3	RETTSKILDENORMENE OG PRODUKTET "GJELDENDE RETT".	20
3.4	ALTERNATIVET TIL RETTSFAKTORLÆREN: EN HERMENEUTISK TILNÆRMING.	22
4	<u>KNUT BERGO OG DEN NYE REALISMEN. MELLOM POSTMODERNISME OG POSITIVISME.</u>	25
4.1	INNLEDNING.	25
4.2	RETTSKILDENORMER OG KAMUFLASJETESER.	26
4.2.1	KAMUFLERING AV RETTSKILDEBRUKEN.	26
4.2.1.1	Begrunnelsen for kamuflasjetesen.	27
4.2.1.2	Tesen selv.	28
4.2.2	KAMUFLERING AV RETTSKILDEPRINSIPPENE.	29
4.3	REELLE HENSYN OG AVVEININGSMODELLEN.	29
4.3.1	MANGLENDE KLARHET PÅ HVORDAN ECKHOFF TREKKER SINE SLUTNINGER.	30
4.4	RETTSFAKTORLÆREN OG DEN NYE REALISMEN.	31
5	<u>POSTMODERNISMEN. "ANYTHING GOES"-TEORIEN.</u>	34
5.1	INNLEDNING.	34
5.2	RETTLIGE VURDERINGER.	35
5.2.1	RETTSANVENDERENS FRIHET?	36
5.3	RETTSKILDENORMER.	37
5.4	FRA RETTSFAKTORLÆREN TIL DEN UDEFINERBARE POSTMODERNE DEKONSTRUKSJON.	39
6	<u>SAMMENFATNING OG AVSLUTNING.</u>	40
6.1	RETTSKILDENORMER.	40
6.1.1	PRINSIPPENES GRUNNLAG.	40
6.1.2	PRINSIPPENES NORMATIVE KRAFT.	44
6.1.2.1	Er juristfellesskapets binding et alternativ?	45
6.1.3	PRINSIPPENES INNHOLD.	46

6.2	RETTSKILDEFAKTOREN REELLE HENSYN.	47
6.2.1	ULIKE PERSPEKTIVER.	47
6.2.2	ER DET ROM FOR EN ANALYSE AV INNHOLDET I HENSYNENE?	51
6.3	RETTSFAKTORLÆREN.	52
6.3.1	GENERELT.	52
6.3.2	FAKTORFOKUSERINGEN.	52
6.3.3	SKILLET TOLKNINGSGJENSTAND OG TOLKNINGSREDSKAP.	53
6.3.4	FRA FAKTORER TIL FAKTORGRUPPER.	54
6.4	AVSLUTNING.	55
7	LITTERATURLISTE	57

Forord.

I mitt første Stud.Jur i 1999 var tema Jus og Akademia.¹ Den første teksten var bygget opp som en omtale av Eckhoffs rettskildelære og enkelte teoretikers motforestillinger. Blant annet var det et bilde av professor Hans Petter Graver med bildeteksten: ”Gjeldende rett finnes ikke, mener Graver.” Jeg leste ikke hele artikkelen, men uttalelsen ble liggende og verke i bakhodet. Hvordan kunne noen hevde noe slikt? Eller viktigere: Hvordan kunne en jurist hevde noe slikt? Som jusstudent leser en jo hver dag for å komme nærmere et helhetsbilde av jungelen vi kaller retten. Er hele studiet bare en fiksjon? Det tok en stund før jeg hadde nok faglig innsikt til å tørre å forstå artikkelen. Men problemstillingen var der hver dag.

Senere kom det indikasjoner på at flere mente at Eckhoffs fremstilling av rettskildelæren ikke var noe de kunne si seg enig i. Jeg registrerte at nytenkningen til å med ble antydnet i Helgesens forord til *Rettskildelære* 5. utgave i 2001. Nå var det ikke i seg selv enkelte akademikers uenighet som fanget interessen min. Det var heller det at noen våget å kritisere den etablerte rettskildelære. Den offisielle metodeundervisningen ga nemlig den helt klare instruksjonen at vi skulle følge Eckhoff, for han hadde kommet fram til den riktige beskrivelsen.

Det var likevel en hjemsøkende faktor i faget rettskildelære, at materien ofte ikke ga svar. I mine øyne var det et fag det var umulig å komme til bunns i, uansett hvor mye en leste.

Arbeidet med denne avhandlingen har vist at det var ikke mitt intellekt det var noe i veien med. De svarene jeg lette etter i metodepensum, fant jeg ikke nettopp fordi de ikke var der. Flere teoretikere som er gjenstand for presentasjon her, legger velbegrunnet frem et slikt syn.

¹ Stud.Jur nr. 7 (1999).

Holdningen at det ikke er så mye å diskutere synes likevel å leve i beste velgående. Når jeg til medstudenter har fortalt hva tema for spesialoppgaven er, har jeg blitt møtt med forundring over at det kan være noe å skrive om. Illustrerende var det da Knut Bergo ble møtt med lett humring gjennom salen da han, på et foredrag i forbindelse med Justivalen 2003, mente at vi ikke trenger betegnelsen reelle hensyn i det hele tatt.

Det har blitt klart for meg at Torstein Eckhoff, foruten å være jurist, hadde en fot innenfor samfunnsvitenskapen, sosiologien, psykologien og filosofien. Det er blitt påpekt at hans rettskildelære bærer preg av ønsket om sterkere integrasjon mellom juss og samfunnsvitenskap, som kanskje er kjernen i rettsrealismen. Dette er sider av debatten jeg ikke har inkludert i min oppgave. For meg har det hele tiden vært et mål å skrive om en debatt i juristenes rekke. En debatt om hvordan vår teoretiske konstruksjon av metoden skal se ut.

1 Innledning.

1.1 Hovedproblemstilling.

Hovedproblemstillingen for oppgaven er å vise at det eksisterer alternative måter å konstruere en teoretisk juridisk metodelære. I denne oppgaven vil jeg presentere tre ulike hovedretninger innenfor norsk rettsfilosofi som avviker fra rettskildelæren til Torstein Eckhoff. Perspektivet rettes naturlig nok mot holdninger til Eckhoffs teori grunnet hans ledende stilling som rettskildeteoretiker i Norge.

1.2 Tematisk plassering.

1.2.1 Innledning.

Eckhoff mente ikke selv å skrive noe revolusjonerende ved sin fremstilling fra 1971.² Han bygget i stor grad på den allerede eksisterende fremstillingen til Augdahl.³ *Rettskildelære* er likevel blitt retningsgivende for rettsvitenskapens forståelse av den juridiske metoden. Tradisjonen har i stor grad gjort Eckhoffs fremstilling til ”den rette lære”, i den betydningen at det ikke har eksistert noen betydelig motsetningsfylt debatt om rettskildeteorien i de siste tiår. Med ”tradisjonen” mener jeg nye fremstillinger som er uenige om visse detaljer i rettskildelæren, men som holder fast ved Eckhoffs utgangspunkter. Det er eksempelvis diskusjoner om etterarbeider er en egen rettskildefaktor eller ikke, eller om den subjektive, objektive eller teleologiske tolkningsteorien skal være utgangspunktet. Men det er grunnleggende enighet om vi har 7 til 10 rettskildefaktorer som må gjennom et relevans- slutnings- og et vekt-stadium, hvorpå vi kommer til en regel, mellomstasjonen for tanken, som skal anvendes på faktum. Tradisjonen etter Eckhoff betyr eksempelvis Erik Boe⁴, Mads Henry⁵ og Johs.

² Bygger på uttalelse i video-intervju gjort med Ola Mestad, 1989.

³ Per Augdahl. *Rettskilder* (1961). Det finnes en 3. utgave fra 1973, men det blir mest korrekt her å henvise til den utgaven som forelå da Eckhoff skrev sin fremstilling.

⁴ Erik Boe. *Innføring i juss* (1996).

⁵ Mads Henry Andenæs. *Rettskildelære* (1997).

Andenæs⁶, Olav Torvund⁷ og øvrig rettsdogmatisk litteratur som har adoptert Eckhoffs begreper. Dette gjelder det aller meste av rettsdogmatisk litteratur i Norge.

Eckhoffs rettskildemodell virket udiskutabel til rundt midten av 1990-tallet. Vi finner i dag enkelte rettsvitenskapelige arbeider som ikke legger Eckhoffs modell til grunn uten videre. Det er disse tekstene som er gjenstand for drøftelse i denne oppgaven. Vi skal se at det for det meste dreier seg om rettsteoretisk og rettsfilosofisk litteratur. Men også enkelte rettsdogmatiske arbeider gir oss små avsnitt i begynnelsen der det sies noen ord om metodisk tilnærming, og at forfatteren vil legge til grunn en forståelse av metodelæren som er avvikende fra Eckhoffs. Det gjelder eksempelvis avhandlingene *Erstatningsrettslig identifikasjon*⁸ og *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*⁹ som er inspirert av den rettsfilosofiske forskningen som har foregått ved det juridiske fakultet i Bergen.¹⁰ Videre, foreligger et empirisk studiearbeid av Høyesteretts bruk av lovforarbeider.¹¹ Studiet er blitt vesentlig lengre enn hva som er vanlig ved et empirisk arbeid, ettersom forfatteren, før han går i gang med selve undersøkelsen, velger å rydde av veien det han mener er rettskildeteoretiske dogmer som virker tilslørende på en ren beskrivelse av juridisk metode.¹² Grunnen til at flere arbeider i norsk rettsvitenskap på 1990-tallet og framover er blitt mer bevisst og nytenkende i forhold til rettskildelæren kan forklares i at det har dannet seg flere rettsfilosofiske skoler, som er avvikende fra Eckhoffs rettsrealistiske syn på retten.

Eckhoff velger en rettsrealistisk tilnærming ved å fokusere på den praktiske rettsanvendelse slik den foregår hos domstolene. Rettsrealismens hovedmål er å beskrive rettsanvenderens tankeprosess mest mulig verdifritt og deskriptivt. Eckhoff velger en nesten ren domstolssentrert tilnærming.¹³ Han nevner unntaksvis at rettsanvendelsen kan ha en annen form i forvaltningen, men utelater å problematisere dette i sin fremstilling. Det mønsteret han mener å finne, er at domstolene veier rettskildedefaktorene, inkludert rimelighetshensyn, mot hverandre for å komme fram til

⁶ Johs Andenæs. Innføring rettstudiet (2002).

⁷ Olav Torvund. Å studere juss (1996).

⁸ Bjarte Askeland (2004).

⁹ Henriette Sinding Aasen (2000).

¹⁰ Se kapittel 3 om den såkalte Bergensvarianten.

¹¹ Knut Berge. Høyesteretts forarbeidsbruk (2000).

¹² Knut Bergos nye realisme blir presentert i kapittel 4.

¹³ Torstein Eckhoff og Jan Helgesen. Rettskildelære (2001) s 17.

konklusjonen i et konkret rettsspørsmål. Denne metoden bør også jurister som ikke er dommere, ta i bruk for at rettssystemet skal være mest mulig forutberegnelig. Hvis faktorene ikke gir klare nok svar, eller er for motstridende, kan vi alltid ha som ledetråd at vi bør komme fram til det som alt i alt er det materielt mest rimelige resultatet.

1.2.2 Sprikende kritikk.

Et viktig aspekt som må nevnes på dette stadium, er at skolene som er avvikende eller kritiske til Eckhoffs norske rettsrealisme ikke er blitt fremført på noen ordnet ensartet måte. Nytenkning innenfor rettskildelæren er et relativt fragmentarisk tema. Det finnes en del artikler og passasjer i ulike rettsfilosofisk og rettsdogmatisk litteratur som stiller seg tvilende til Eckhoffs rettskildemodell, med varierende grad av skarphet i kritikken. Dessuten er det betydelig uenighet mellom skolene om hvordan den teoretiske metodelæren bør se ut.

1.2.3 Hovedtematikk.

Mange av de kritiske synspunktene mot den etablerte rettskildelære fører ofte tilbake til felles temaer. Jeg mener det har vært grunn til å samle oppgavens tematikk i tre hovedtemaer og forsøke å sammenligne de ulike retningenes syn på disse. Det er her tale om synet på rettskildепrinsipper, synet på reelle hensyn, herunder oppfatninger om domstolenes rettsskapende virksomhet, og synet på læren om rettskildedefaktorer.

1.2.3.1 Rettskildenorner.

Retningene i rettsvitenskapen som tar avstand fra Eckhoffs realisme er uenige om retten overhodet har noen normativ overbygning, og hva den eventuelt består i. Eckhoffs teori gikk ut på at det eksisterer et sett normer som eksisterer i et nivå over rettskildedefaktorene, og at rettsanvenderen er bundet av disse. I *Rettsystemer*¹⁴ får vi det fulle bildet av hva Eckhoff mener med binding. Han mener ikke at prinsippene utgjør et sett oversanselige normer utledet av naturen eller fornuften. Men de er internalisert, slik at de ikke lett kan fravikes. På denne måten er juristene psykologisk bundet til å følge

¹⁴ Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby. *Rettsystemer* (1991).

normene. Eckhoff blir av flere kritisert for ikke å være klar nok på hva han mener. Det eneste vi kan sikkert utlede, er at han ikke er naturretsteoretiker. Hva psykologisk binding vil si og hvor Eckhoff mener prinsippene har sitt opphav, er det vanskelig å få noe grep om.

Bernt og Doublet ved Universitetet i Bergen mener normer for korrekt rettsanvendelse eksisterer, men de vil endre analysen og forståelsen av dem. Primært må vi ha klart for oss at normene eksisterer som en del av rettssystemet selv, og ikke i noe nivå over. Kinander fortsetter i det samme rettsfilosofiske sporet, men legger større vekt på at hvis ikke normene er undergitt en god nok analyse, får juristene et legitimitetsproblem i forhold til samfunnet for øvrig. Vi må ha utviklet et begrepsapparat som forklarer vår forståelse av hvordan rettsanvendelse foregår, og hvorfor det eksisterer en metode som de fleste enes om, slik at rettsvitenskapen skal kunne analysere, etterprøve og kritisere enhver juridisk tekst. Enten det er en avgjørelse eller er hentet fra teorien.

En annen skole velger jeg å kalle konstitusjonalismen.¹⁵ Fleischer og Nygaard inntar nærmest et positivistisk utgangspunkt. Det virker som om det foreligger et sterkt behov for å artikulere og kategorisere alle argumenter i rettsanvendelsen. Fleischer holder fast på at rettskildennormene styrer rettanvendelsen, men de kan kun utledes av Grunnloven og den sedvanen som fortjener å kalles konstitusjonell, og ingenting annet. Nygaard er enig i at normene kan identifiseres og at de viktigste følger av Grunnloven eller konstitusjonell sedvanerett. Men normene kan også ha andre grunnlag.

Det finnes også de som mener at det ikke er grunn til å operere med noen teori om rettskildennormer, enten de er uskrevne, positive eller følger av systemet selv. Graver vil fjerne rettskildelæren for all mystifisering. Blant annet begrepet om rettskildennormer, fordi de lar seg ikke vitenskapelig begrunne. Å postulere noe verdifundament blir meningsløst, selv om det høres bra ut. Fæhn mener rettskildepriinsippene var en del av at Eckhoffs lære bygde opp under en lydighetsideologi til staten, for å redusere privates bestemmelseskompetanse. Vi bør altså legge bak oss forståelsen av styrende normer, som ledd i en demokratiseringsprosess. Bergo vil bare beskrive rettsanvendelsen på en mest mulig virkelighetsnær måte.

¹⁵ Etter mønster fra Bergos fremstilling. Se kapittel 2.

1.2.3.2 Reelle hensyn.

Det er stort sett enighet om at rettsanvenderens egne vurderinger er en del av rettsanvendelsen. Debatten i dag har forlatt det synet at retten er et avgrensbart, ferdig produkt som dommeren kan ta i bruk. Uenigheten dreier seg om hvilken plass vurderingene skal ha i den teoretiske metodelæren. Eckhoffs rettskildefaktor reelle hensyn og forståelsen av at rettslige vurderinger kan komme inn som et supplement til de øvrige rettskildefaktorene, var hans forsøk på en beskrivelse av vurderingenes plass.

Konstitusjonalistene reagerer med å vise til at demokratihensyn taler mot at vurderingene gis en for stor plass i metodelæren. Rettsoppfatninger og hensyn bør heller beskrives som rettskilder som juristene må forholde seg til. Det kreves en sedvanebasert notorisk orden av rettsoppfatninger. Det er ikke opp til hver enkelt jurist å avgjøre hva de relevante reelle hensyn skal være. Den hermeneutiske skolen i Bergen er enig i at demokratiet setter skranker for rettsanvenderen. Men skrankene er en integrert del av juridisk tenkning og ingen rammer som begrenser juristenes vurderingsfrihet. Graver ser helt bort fra at det eksisterer noen form for skranker: Vurderinger er ikke en del av rettsanvendelsen. Rettsanvendelse er vurderinger. På dette punkt er ikke Berge enig. Han mener jurister oftest er styrt av lovfestet rett og at begrepet reelle hensyn er en forenklet konstruksjon med det formål å simplifisere en metode som i virkeligheten er mer kompleks.

1.2.3.3 Rettsfaktorlæren.

Læren før Augdahl og Eckhoff bestod av de to rettskildene lov og sedvane. Juridiske studenter lærer nå at rettskildefaktor er et bedre begrep for å beskrive rettsanvendelsen på en mest mulig korrekt måte. Fleischer og Nygaard beholder faktorlæren i sin fremstilling. Rettsforskerne i Bergen mener faktorlæren klart nyanserer rettskildebildet og at begrepet er et bedre verktøy enn en abstrakt liste over kilder. Faktorlæren beholder imidlertid det formalistiske bildet på rettsanvendelsen som en metode der en kommer fram til det korrekte svaret bare en holder seg til de korrekte faktorene. Læren gir fortsatt det misvisende inntrykk av at svaret vil komme frem, bare vi leter hardt nok i listen over 7 faktorer.

1.3 Avgrensninger.

Rettsdogmatikk vil si det jurister bedriver når de tar stilling til rettslige spørsmål. Det er imidlertid både en ekstern og en intern side av rettsdogmatikken. Den interne tilhører operative jurister som tar stilling til de rettslige spørsmål i faktiske konflikter. Den eksterne dogmatikk bedrives i juridisk litteratur, der det redegjøres for større deler av et rettsområde. Motsetningen til rettsdogmatikk, slik jeg ser det, er rettsteori. Rettsteorien er en samlebetegnelse for alle disiplinene i rettsvitenskapen, deriblant rettsfilosofien og rettskildelæren. I oppgaven kommer jeg til å holde meg utenfor rettsdogmatikken, ettersom det er dens forutsetninger, rettskildelæren, som er gjenstand for drøftelse.

Debatten om rettskildelæren er kun en side av en større debatt, nemlig den rettsfilosofiske. Synet på rettskildelæren er en direkte konsekvens av hvilket rettsfilosofiske ståsted en har. Jeg vil i oppgaven, så langt det er mulig, holde meg innenfor faget rettskildelære og utenfor den rettsfilosofiske debatten. For å beskrive ulike syn på læren blir det imidlertid nødvendig å unntaksvis dykke ned i ulike rettsfilosofiske diskusjoner for å gi et korrekt perspektiv. En utfordring har vært å identifisere rettsfilosofisk kritikk som retter seg mot Eckhoffs rettskildelære, i motsetning til rene anti-realistiske betraktninger. Jeg har forsøkt å utelate noen drøftelse av Eckhoffs bakgrunn i rettsrealismen, eller beskrive realismen som filosofisk og internasjonalt fenomen. Den allmenne filosofien eller vitenskapsfilosofien vil jeg for alle tilfeller ikke gå inn i, selv om de har vært viktige for utviklingen av rettsfilosofien.

Jeg referer hele veien til *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan Helgesen. Jeg kommer imidlertid konsekvent ikke til å inkludere Helgesens oppdateringer i oppgaven. Kritikk mot Helgesens tilføyelser er noe jeg ikke har sett noe særlig til. Kritiske innlegg som Helgesen har skrevet i andre sammenhenger vil heller ikke bli inkludert her.

1.4 Fremstilling videre.

Jeg kommer ikke til å gi noen gjengivelse av Eckhoffs rettskildelære i den oppgaven. Det ville i denne sammenheng bli uinteressant og upraktisk. I kapittel 2 begynner jeg med å presentere konstitusjonalismen, i form av fremstillingene til Carl August

Fleischer og Nils Nygaard. Fleischers rettskildesyn har lenge vært ansett som konkurrerende til Eckhoffs. Han legger sterkere vekt på rettskildelærens konstitusjonelle karakter.

I kapittel 3 kommer jeg inn på en rettsfilosofisk skole som har rot i Universitetet i Bergen. Jan Fridthof Bernt og David Roland Doublet har produsert flere verker som helhetlig sett kan sies å representere en hermeneutisk tilnærming til rettskildelæren. Bernt og Doublet legger større vekt på å utarbeide en forståelse av rettssystemets karakter, hvilken plass juristene har i samfunnet og hvilken legitimitet juristene har for å foreta de sentrale samfunnsmessige oppgavene de er pålagt. Morten Kinander har også bidratt en del til forskningen i Bergen, men vil bli omtalt først i avslutningskapittelet.

I kapittel 4 presenteres den nylig utgitte doktorgradsavhandlingen til Knut Bergo. Bergos prosjekt er å synliggjøre at vi som jurister bør analysere juridiske tekster slik de framgår direkte, og ikke la en teoretisk metode styre vårt syn på rettskildene og hvordan de skal tolkes. Han er først og fremst kritisk til rettskildelærens kategorisering og fokusering på å skille de ulike avgjørelsesprosessene.

I kapittel 5 skal jeg presentere den såkalte postmoderne dekonstruksjon¹⁶ som blant andre Hans Petter Graver og Erik Friis Fæhn bygger på. Postmodernistene kritiserer også avveiningsmodellen og fremhever at jurister resonnerer konkret i hvert enkelt tilfelle. En kan ikke stille opp prinsipper for rettskildefaktorenes relevans, tolkingsregler eller avveiningsregler.

I kapittel 6 forsøker jeg å foreta en sammenfatning hvor jeg drøfter retningenes ulikheter og sammenfall i synet på de tre hovedtemaene rettskildenorner, reelle hensyn og rettsfaktorlæren.

Jeg erkjenner at den kategoriske inndelingen av de ulike retningene innenfor rettsfilosofien gir uttrykk for en overforenkling. Som den foreløpige presentasjonen

¹⁶ Dekonstruktiv tolkning er et begrep brukt blant annet av filosofen Jacques Derrida. Dekonstruksjon vil si at en deler opp en tekst i svært mange mindre deler for å lete etter uklarheter og motsetninger. Postmodernistene mener jurister i dag bedriver en så utstrakt bruk av dekonstruksjon at det ikke kan sies lenger å eksistere noe ”riktig” eller ”galt”. Alt kan godtas og alt kan forkastes. I kapittel 5 skal jeg kun ta dette som et utgangspunkt og utelater ytterligere drøftelse av dekonstruksjon.

viser er det mye som er sammenfallende for de ulike syn. Men enkelte grunnelementer i de ulike retningene har så ulikt utgangspunkt at det ville blitt uryddig å presentere de sammen. For det andre fremfører enkelte teoretikere, som Knut Bergo, sitt syn på en så særegen måte at de fortjener å bli omtalt for seg.

2 Konstitusjonalismen. Grunnloven og reelle hensyn.

2.1 Det konstitusjonelle synet.

2.1.1 Innledning.

Knut Bergo er den første jeg kan se, i rettsfilosofisk litteratur, som gir retningen dette kapittelet er ment å omhandle, navnet konstitusjonalismen.¹⁷ Professor Carl August Fleischer og professor Nils Nygaard er satt opp som representanter for denne retningen. Deres syn på rettskildelæren kommer til uttrykk i henholdsvis *Rettskilder og juridisk metode*¹⁸ og *Rettsgrunnlag og standpunkt*¹⁹. Det må nok føyes til her at ingen av de to ser på sine syn som en egen retning. Det er med stor overbevisning de gjør rede for hvordan rettskildelæren, etter deres mening, er å forstå. Totalt sett er fremstillingene ment som lærebøker til faget juridisk metode. Kritikkk mot andre syn på rettskildelæren er ikke siktemålet for noen av forfatterne.²⁰ De to utviser tilsynelatende heller ikke noen artikulert bevissthet om hverandre eller at deres fremstillinger har mange likheter. Men jeg presenterer likevel de to forfatterne som tilhørende kritikerne av Eckhoff. Jeg mener plasseringen av de to som konstitusjonalister innebærer at de ikke tilhører Eckhoffs tradisjon. Dermed utgjør de til dels et alternativt syn på rettskildelæren, som det også er mitt formål med oppgaven å beskrive.

2.2 Rettskildenormer eller konstitusjonelle prinsipper?

Fleischer bygger i stor grad på det konstitusjonelle trinnhøydesystem i statsretten når han skal beskrive den juridiske metodelæren. Det hierarkiske system for ulike rettsgrunnlag slik det er bestemt ved Lex Superior blir bestemmende for rettskildelæren. Men heri ligger ingen grunnleggende uenighet i at det eksisterer 7 til 10 rettskildefaktorer og at de må gjennom et relevans- slutning og vekt- stadium. Fleischer

¹⁷ Knut Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 654.

¹⁸ Carl August Fleischer. *Rettskilder og juridisk metode* (1998).

¹⁹ Nils Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004).

²⁰ At Fleischer har tendenser til personangrep på meningsmotfeller får vi vel heller ta som en del av hans språk. Se eksempelvis s 24.

legger sterkere vekt på det hierarkiske systemets determinerende effekt overfor relevans- slutning- og vekstspørsmål. De to viktigste rettskildedefaktorene er lov og reelle hensyn, når de kommer fra lovgiver. Det kommer av at vårt konstitusjonelle system bygger på ”det demokratiske prinsipp”.

Bergo trekker fram lovgiverlojalitet som et eksempel på et slikt prinsipp Fleischer mener kan utledes av Grunnloven. Rettsanvenderens plikt til å følge loven er en direkte følge av det ”demokratiske prinsipp” i rettskildelæren.²¹ Lovteksten er den viktigste rettskildedefaktoren, sier Fleischer på s 90 i innledningen til kapittelet om lovteksten, med forbehold om at den er en av flere faktorer. Juristers lovgiverlojalitet er en plikt, ikke noen veiledning. Det er det som også forklarer hvorfor lovforarbeider er sentrale. De hjelper å finne fram til hva det er vi er forpliktet å ta i betraktning, nemlig lovgivers vilje. Men det forutsetter at lovgivers vilje ikke har latt seg avdekke uten vanskeligheter i lovtekstens ordlyd. Lovteksten er i utgangspunktet viktigere enn forarbeidene.²² En annen måte Fleischer formulerer det, er at forarbeidene ikke er ”formelt bindende”.²³ Men det er lovteksten. Forarbeidene kan bare benyttes for å fremheve meningen i loven. De har sterk vekt ved motstrid mot andre rettskildedefaktorer. Men det er bare fordi de har lovteksten i ryggen. Skal vi ut fra dette kunne tolke Fleischer dit hen at han vil sette opp et forrangsprinsipp til fordel for loven, der lov og forarbeider ikke lar seg forene? Han omtaler ikke disse tilfellene. Det vil være nærliggende å anta at Fleischer mener slike tilfeller kun er resultat av feiltolkninger av loven. Lovgiver har jo bare en mening. Motstridstilfeller er i så fall konstruksjoner gjort av rettsanvenderen.

2.3 Reelle hensyn.

2.3.1 Kan Høyesterett skape ny rett?

HR skaper ikke rett, etter Fleischers mening. Det blir også et naturlig standpunkt for han å ta, med hans konstitusjonelle syn. HR som lovgiver ville skapt for store problemer for rettens demokratiske legitimitet. Og rettskildelæren utgår jo direkte fra Grunnloven og

²¹ Bergo. Tekst og virkelighet i rettskildelæren (2002) s 688.

²² Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 98.

²³ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 109.

konstitusjonen. Å gi HR, juridiske forfattere eller andre jurister endringskompetanse til retten eller rettskildelæren, ville nærmest bety oppløsning av demokratiet.²⁴

Kompetanse til å skape rett har kun Stortinget eller de Stortinget delegerer kompetansen til. Grl.§49 stenger for at den dømmende myndighet kan utvikle retten uten Stortingets samtykke.²⁵ Han erkjenner at rettsendringer kan skje, og at de ikke nødvendigvis følger av lov. Han vil også være enig i at HR i enkelte tilfeller er først til å artikulere endringen, da i form av domsavsigelser som avviker fra tidligere rettsoppfatning. Men det som endret seg var i så fall de reelle hensyn. Endringen var allerede skjedd da dommerne satte seg ned for å diskutere. Således kan en trekke den slutning at Fleischer ikke har noen tro på at det eksisterer noe som kan kalles ”rettstomme rom”. Den materielle retten vil alltid gi svar på spørsmål som kan oppstå, i form av lov eller reelle hensyn.

Nygaard skriver om at HR kan ”byggja” ny rett.²⁶ Men dette er nok bare ulikheter i terminologien. Nygaard mener, som Fleischer at HR ikke skaper ny rett. Han bruker Sykejournaldommen og dommen om To Mistenkelige Personer²⁷ som eksempler på at HR brukte rettsprinsipper som eksisterte på forhånd.²⁸ Det Eckhoff omtaler som domstolens rettskapende virksomhet er for Nygaard bruk av reelle hensyn, eller rettsgrunnsetninger, der det ikke finnes annet positivt rettskildemateriale. Strengt tatt var det tale om legislative hensyn som eksisterte før saken kom opp.

2.3.2 Hensynenes karakter og rettskildemessige relevans og vekt.

De to hovedpilarer i Fleischers rettskildelære er på den ene side betydningen av de konstitusjonelle prinsipper, og på den andre siden fremhevelsen av reelle hensyn. Reelle hensyn, slik Fleischer forstår det, er en sentral rettskildefaktor og like gammel som det norske rettssystem. I øvrig metodeteori, blant annet fra Erik Boe²⁹, er reelle hensyn fremstilt som et teoretisk grep i Eckhoffs beskrivelse av rettsanvendelsen som tidligere ikke var kjent i rettskildelæren. Fleischer anser dette for å være en levende myte og

²⁴ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 80.

²⁵ Dette sies på s 163 om legalitetsprinsippet som skranke, og blir utdypet på s 169-170.

²⁶ Nygaard. Rettsgrunnlag og standpunkt. (2004) s 60.

²⁷ Rt. 1977.1053 og Rt. 1952.1217.

²⁸ Nygaard. Rettsgrunnlag og standpunkt (2004) s 262-268.

bruger mye plass på å tilbakevise det.³⁰ Han mener at tidligere rettskildefremstillinger ikke var fremmed for bruk av hensyn og at vektlegging av hensyn har vært fremtredende i rettspraksis, helt tilbake til Nitroglyserindommen.³¹

Før man tar standpunkt til om Fleischer er enig eller uenig med Eckhoff, må en avklare hva Fleischer legger i begrepet reelle hensyn. Han legger nemlig til grunn en svært vid forståelse.³² Reelle hensyn kan komme til uttrykk gjennom andre rettskildefaktorer, de kan fungere som selvstendig rettskildefaktor og de kan fungere som tolkingsredskap for andre faktorer.

2.3.2.1 Hensynene kan uttrykkes gjennom andre rettskildefaktorer.

For Fleischer er hensyn som lovgiver har lagt vekt på som formål for lovens anvendelse, ganske enkelt også reelle hensyn. Bakenforliggende verdivurderinger i jussen omtales konsekvent som reelle hensyn. Hvem det er som har brukt hensynene, er imidlertid ikke irrelevant. Lovgivers befatning med et hensyn gjør det svært viktig. I motsetning til når en som rettsanvender, eksempelvis en advokat, ser hensynet og mener det bør avveies mot andre faktorer. Denne begrepsbruken tror jeg Fleischer er alene om. Realiteten er jo ikke langt fra hva de andre mener. Nemlig at lovgivers vurderinger er svært sentrale.

2.3.2.2 Hensynene som selvstendig rettskildefaktor og som tolkingsredskap.

Skillet mellom reelle hensyn som selvstendig og hjelpende rettskildefaktor mener jeg har mange likheter med Nygaards skille mellom rettskildefaktoren som ”primær rettsheimel”, som bidrag til å bygge opp en ”rettsheimel”, eller som bidrag eller støtte til konklusjonen på drøftelsen.³³ Fleischer opererer kun med et slikt skille for de reelle hensyn, mens Nygaard mener juristers argumentasjonsmønster er slik at hver av de syv rettskildefaktorene kan plasseres i en av de tre kategoriene. Fleischers snevre syn på inndelingen er kanskje ikke så forskjellig fra Nygaards, med tanke på den vide forståelsen av hva reelle hensyn er. For Fleischer virker det nærmest som om reelle

²⁹ Erik Boe. Innføring i jus (1996).

³⁰ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 362-364.

³¹ Rt. 1875.330.

³² Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 392.

³³ Nygaard. Rettsgrunnlag og standpunkt (2004) s 101 flg. og 107 flg. Se mer om dette nedenfor.

hensyn gjennomsyrrer alle rettskildefaktorene. Det er bare juristenes oppgave å ivareta de slik at rettsanvendelsen er mest mulig hensiktsmessig og i tråd med lovgivers intensjoner.³⁴

2.3.3 Reelle hensyns relevansgrense.

Når vi kommer til relevansspørsmålet for de reelle hensyn, avhenger svaret av en konkret vurdering. På den ene siden har vi de vektige reelle hensyn som er vurdert av lovgiver. Kun hvis det ikke finnes lov som sier noe om det foreliggende spørsmål, eller det finnes andre hensyn som gjør seg særlig gjeldende, at vi kan ta de andre hensyn i betraktning.³⁵

Hvis det er tilfellet at de reelle hensyn vi vurderer å trekke inn i drøftelsen ikke kan knyttes til en lovbestemmelse, må vi se hen til hensynene bak regelen som spørsmålet gjelder.³⁶

Det første er greit, hvis vi skal følge Fleischers syn. De reelle hensyn som er vurdert av lovgiver og som ligger til grunn bak en lov, finner vi i lovgivers uttalelser og formålbetraktninger eller ved en fortolkning av lovens ordlyd. Hva han mener med de grunnleggende hensyn bak rettsregelen ”spørsmålet gjelder” synes jeg er mer uklart. Jeg forstår han slik at vi må ha et foreløpig bilde av hvordan rettsregelen ser ut. Deretter må vi vurdere om de hensynene vi vil trekke inn i vurderingen kan begrunnes i den rettsregelen vi allerede har dannet oss et bilde av.

2.4 Rettsfaktorlæren.

2.4.1 Avveining.

Når det gjelder synet på avveiningsmodellen avviker Fleischer noe fra Eckhoff, ved at han mener lovteksten og de reelle hensyn, som er vurdert av lovgiver, er de viktigste faktorene. De øvrige faktorene kan bare komme inn der de to ikke gir tilstrekkelig grunnlag for en avgjørelse. Bergo påpeker at det blir således vanskelig å snakke om en

³⁴ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 64.

³⁵ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 125.

³⁶ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 78.

avveiningsmodell hos Fleischer.³⁷ For Eckhoff gjelder et overordnet prinsipp om å komme frem til et materielt godt resultat. Hvis de relevante rettskildefaktorene ikke gir noen god veiledning, er det mest å foretrekke å veie foreliggende interesser konkret mot hverandre. For Fleischer er det det demokratiske prinsipp som avgjør og ikke en konkret rimelighetsstandard. For eksempel setter han opp en hypotetisk motstrid mellom forvaltningspraksis og noe han kaller Stortingets praksis. Det er en praksis vi kan lese ut av det system av lover som Stortinget har gitt. I Strandlovdommen³⁸ var vurderingstemaet at forvaltningspraksis stod mot ”Stortingspraksis”. Parten som ønsket bygging prosederte på at forvaltningen hadde en praksis som tilsa analogisk tolkning av Grl.§105 og at byggetillatelse kunne gis. HR tolket lovgivningen som omhandlet byggetillatelser samlet til å tale mot en analogisk anvendelse av Grl.§105. Resultatet ble at byggetillatelse ikke ble gitt. Lojaliteten til ”det demokratiske system” tilsa at svaret nærmet ga seg selv, skal vi tro Fleischer.³⁹

2.4.2 Nygaards funksjonsinndeling.

Nygaard utformer et alternativ til relevans-slutning-vekt-modellen i sin fremstilling. Han mener spørsmålet om en faktor skal inkluderes i den juridiske drøftelsen, det Eckhoff kaller relevans, må deles opp i et spørsmål om kvalifisering av rettskildefaktoren og deretter en plassering av rettskildefaktoren i juristens argumentasjonsmønster.⁴⁰ Rettskildefaktor blir kun de argumenter som har tilstrekkelig opphav et av rettssamfunnets legitimerings- eller autoriserings-system. Det kanskje enkleste eksempelet på slik autorisering er lovtekster, som må vedtas slik Grunnloven foreskriver i §§76-79.

Dersom faktoren kvalifiserer seg som en rettskildefaktor, kan den plasseres innenfor en juridisk drøftelse på tre måter. (1) Rettskildefaktoren fungerer selvstendig som en ”primær rettsheimel”, i det følgende omtalt som primær rettshjemmel, (2) rettskildefaktoren kan være med å bidra til å danne en primær rettshjemmel, og (3) rettskildefaktoren kan gi støtte til resultatet vi kommer fram til.

³⁷ Bergo. Tekst og virkelighet i rettskildelæren (2002) s 684.

³⁸ Rt. 1970.67.

³⁹ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 131.

Juristens oppgave er deretter å foreta en harmoniseringsvurdering, hvor den primære rettshjemmelen blir vurdert opp mot øvrige rettskildefaktorer. Jeg tolker Nygaard slik at han mener rettshjemmelen kan stå imot eller bukke under for rettskildefaktorer som trekker i motsatt retning. Harmoniseringen består i å vurdere om rettshjemmelen holder eller ikke. I Sykejournaldommen utgjorde flere reelle hensyn et rettsgrunnlag som tilsa at pasienten skulle få innsynsrett. Forvaltningspraksis talte mot, men ikke sterkt nok til å ”felle” den primære rettshjemmelen.

⁴⁰ Nygaard. Rettsgrunnlag og standpunkt (2004) s 34-36.

3 Bergensvarianten og hermeneutikken. Rettsrealismens indre oppløsning.⁴¹

3.1 Innledning.

Jussprofessor Jan Fridthjof Bernt og vitenskapsfilosofen David Roland Doublet ved Universitetet i Bergen står som hovedkreftene bak faget rettsfilosofi i Bergen. Deres nytenkning innenfor rettskildelæren er derfor blitt omtalt som det Bernt-Doubletske prosjekt.⁴²

Det Bernt-Doubletske prosjekt, i det følgende omtalt som Bergensvarianten, har tilsynelatende ingen agenda om å revolusjonere rettskildelæren. Deres litteratur bærer preg av et ønske om å forske på rettsteorien og dens grenser mot vitenskapsfilosofien og den allmenne filosofien. I pensum for den juridiske varianten av Examen Philosophicum⁴³, er perspektivet rettet like mye mot de vitenskapsfilosofiske problemstillingene som reises i rettskildeteorien, som rettskildelæren selv og hva det vil si å argumentere juridisk.

At den såkalte Bergensvarianten er et av de kritiske perspektivene på den etablerte rettskildelære er ikke like klart som hos enkelte andre kritikere. Bergensvarianten av rettskildelæren framgår av et antall av juridiske og rettsfilosofiske bøker, doktorgradsavhandlinger og tidsskriftartikler skrevet av Bernt og Doublet hver for seg eller sammen, og av andre bidragsytere ved fakultetet i Bergen. Ikke i noen av disse tekstene foretas det noe oppgjør med Eckhoff. *Retten og Vitenskapen*⁴⁴ og *Rett, vitenskap og fornuft*⁴⁵ og *Vitenskapsfilosofi for jurister*⁴⁶ er strengt tatt bare rettsfilosofiske fremstillinger. Eckhoffs rettskildelære trekkes enkelte steder frem som

⁴¹ Doublet. *Rett vitenskap og fornuft* (1995) s 193. Doublet mener rettsrealismen er så inkonsistent at den inneholder kimen til sin egen oppløsning.

⁴² Bjarte Askeland i KJ (1999).

⁴³ Jan Fridthjof Bernt og David Roland Doublet. *Juss, samfunn og rettsanvendelse* (1999).

⁴⁴ Bernt og Doublet (1993).

⁴⁵ Doublet (1995).

eksempel for å belyse visse rettsfilosofiske poenger Bernt og Doublet måtte ha. Men det kommer altså frem at de ikke forstår sitt eget ståsted som rettsrealistisk.

3.2 Reelle hensyn.

3.2.1 Hvem skaper retten?

Essensen i retningen rettspositivismen er at gjeldende rett er det samme som positiv rett. Det vil si at retten kun framgår av de positivt gitte kilder. Dette synet henger sammen med Montesquieus maktfordelingsprinsipp. Kun de folkevalgte forsamlinger skal kunne skape rett, og dommeren skal kun være munnen som uttaler lovgivers vilje. Som vi skal se i avsnittet om begrepet gjeldende rett, er dette synet svært slitt, særlig i skandinavisk rettsvitenskap i dag. Samfunnet og rettssystemet består av så mange prosesser at det blir en fiksjon å tale om at domstolen kun anvender en på forhånd skapt rett. Det var på denne bakgrunn at realistene la til grunn et funksjonelt syn på retten, i motsetning til positivismens substansielle syn. Med det menes at en anerkjenner flere prosesser som rettsskapende, og ikke kun lovgivning. Tre problemer kan oppstå når vi nærmer oss et funksjonelt syn og lar rettsskapelse skje gjennom rettsanvendelse. (1) Hva er rettens demokratiske legitimitet dersom den er skapt gjennom ikke-folkevalgte rettsanvendere? (2) Hensynet til forutberegnelighet taler mot å la retten skapes i andre mer uoversiktlige fora enn ved vedtakelse i Stortinget og den publisitet som det medfører. (3) Får det innvirkning på borgernes tillit til rettssystemet om andre enn de folkevalgte lager rettsregler? Jeg vil i det følgende presentere innholdet i den rettsfilosofiske tesen om rettsskapelse gjennom anvendelse og forsøke å trekke forbindelseslinjer mot de tre nevnte utfordringene.

3.2.2 Rettsskapelse gjennom rettsanvendelse.

Rettsskapelse gjennom rettsanvendelse skjer ikke ved like frie tøyler som politikernes vedtakelse av lover. Bergensvarianten stiller opp tre rammer som rettssystemet setter for rettsanvenderen.

⁴⁶ Bernt og Doublet (1998).

Den første begrensningen av rettsanvenderens mulighet for å skape rett er den demokratiske ramme satt av lovgiver. Evnen til å skape ny rett vil ikke si at det er fritt frem. Juristenes fullmakt må utøves med lojalitet til lovgiver. Ydmykhetstanken hos juristene er en nødvendighet ettersom vårt samfunn er bygget på demokratiet. Den demokratiske rammen er samfunnets forventning til juristene. Eckhoff omtaler kun denne ramme i sin fremstilling.⁴⁷ Blant annet gjelder det grader av et legalitetsprinsipp i offentlig rett.⁴⁸ Jan Fridthjof Bernt mener at Eckhoffs presentasjon av rammene for domstolenes kompetanse til å skape rett blir for enkel. Det må utvikles en dypere analyse av hvordan lovgiverlojaliteten arter seg hos dommerne. Rettsanvenderens lojalitet har flere aspekter i seg. Videre setter Bernt tvil ved størrelsen og fastheten til den demokratiske rammen. Bernt viser til den tyske sosiologen Niklas Luhmann, som sier at den demokratiske lovgiverlojalitet kun er kognitiv, ikke normativ: Juristene forholder seg lojale fordi de føler seg bundet.⁴⁹ Men det eksisterer ikke noen binding som lovgiver har gitt. Den er mer å regne som rettssystemets selvbinding. Hvor sterk bindingen er, beror på systemet selv.

En kan ikke begrense rammene til kun hva Stortinget har ment om et spørsmål.⁵⁰ Den andre rammen juristene må holde seg innenfor, er direkte gitt av juristene selv. Bernt⁵¹ og Doublet angir visse krav til materiell legitimitet og setter de inn i et system de kaller det juridisk kommunikative fellesskap kvalifikasjonsnorm. Den utgjør grenser for hvor langt jurister kan gå i å skape rett. Hos alle jurister ligger den forutsetningen at et juridisk resultat må bygge på grundige og forstandige drøftelser. Og en rettsanvender vil alltid bygge opp sine argumenter slik at de kan aksepteres av andre jurister. Professor Kai Krüger kaller denne rammen for juristenes nedre profesjonskvalitative grense.⁵² Den går mot de åpenbart uholdbare argumenter.

⁴⁷ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 195-196.

⁴⁸ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 202.

⁴⁹ Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 265.

⁵⁰ Bernt. Hvorfor rettsfilosofi? Erkjennelse og engasjement (2002) s 22.

⁵¹ Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 266.

⁵² Kai Krüger i JV (1996) s 285.

Ramme nummer tre er noe Bernt kaller troen på den opplyste diskurs som middel til sikker erkjennelse.⁵³ Dette kan sammenlignes med Doublets tese om evalueringsgrunnlaget for gjeldende rett.⁵⁴ Dette er den felles verdiplattform som fortsatt eksisterer i jussen. Den består av grunnleggende verdier nedfelt i rettssystemet selv. Evalueringsgrunnlaget kan identifiseres og brukes ved en fortolkningsorientert analyse av det positivt gitte rettsmaterialet sammenholdt med den verdimeslige og historiske kontekst materialet ble gitt i.⁵⁵ Denne rammen følger av en målestokk som alle jurister vurderer rettsspørsmål ut fra. Den står stødigere enn kun å vise til at de fleste jurister vil være enige (ramme nr. to).

Bergensvarianten legger opp til en bredere analyse av hva rettsanvenderens kompetanse til å skape ny rett vil si. Forhold til demokratisk legitimitet er blant annet med på å forme rammene for kompetansen. Som vi har sett er begrepet rettsanvenderens lojalitet betydelig videre enn kun lovgiverlojalitet.

3.2.3 Vurderingenes plass i rettsanvendelsen.

En sentral del av Eckhoffs rettskildelære er forsøket på å skille strengt mellom en ren deskriptiv rettskildelære og en subjektiv vurderingsdisiplin (rettspolitikken). Det framgår på side 22:

”Hovedformålet med fremstillingen er (...) å gi et bilde av rettskildelæren slik den fungerer i praksis – først og fremst i domstolenes praksis (...) Fremstillingen er forøvrig ikke rent beskrivende. Enkelte steder finnes også vurderinger av hvilken vekt forskjellige rettskildefaktorer etter mitt skjønn bør tillegges (...) Stort sett har jeg forsøkt å gjøre klart hva som er vurdering og hva som er beskrivelse, men det kan være at jeg ikke har lykket helt i det.”⁵⁶

⁵³ Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 271.

⁵⁴ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 363 flg.

⁵⁵ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 450.

⁵⁶ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 22.

Ifølge Bernt blir det en indre spenning i Eckhoffs rettskildelære.⁵⁷ På den ene siden står Eckhoffs rettskildelære som en motsetning til naturretten, ved at en i rettsvitenskapen skal betrakte retten som et faktisk fenomen. Læren skal kun beskrive rettsanvendelsen, ved å forske på rettsanvendelse slik det foregår hos domstolene. Et rettsvitenskapelig utsagn om hvordan gjeldende rett er å forstå, kan kun ha grunnlag i en analyse av hva en regner med kommer til å bli resultatet hvis spørsmålet skulle bli forelagt for domstolen. De vitenskapelige verdifrihetskrav som Eckhoff ønsker å følge skulle i utgangspunktet medført at vurderinger ikke har noen plass i rettsanvendelsen.

På den andre siden ser vi Eckhoffs motsetning til positivismen. I Eckhoffs fremstilling er den positivt gitte retten kun et bidrag til forståelsen av hva som er gjeldende rett. Rettsanvenderen dikteres ikke av lovgiver om hva retten skal være, men er aktivt med, om ikke i skape retten til fulle, så i hvert fall å forme den. Rettsanvenderen skaper ny rett ved å anvende reelle hensyn. Det har skjedd i dommen om To mistenkelige personer og Sykejournaldommen.⁵⁸

Det er ved rettskildedefaktoren reelle hensyn Eckhoff forsøker å løse motsigelsen. Men det hersker betydelige svakheter ved konstruksjonen som Eckhoff legger opp til. Det deskriptive utgangspunkt gjør at reelle hensyn kun blir en kategori og ingen teoretisk analyse av hvordan verdivurderingene virker inn på resultatet. Jeg går dypere inn i drøftelsen av reelle hensyn i avsnitt 6.2 nedenfor.

3.3 Rettskildenormene og produktet "gjeldende rett".

Et aspekt ved rettskildelæren som Bergensvarianten er sterkt opptatt av er karakteren av begrepet "gjeldende rett". Når HR skaper ny rett, (la oss anta for et øyeblikk at det er konsensus om det) har de da forandret litt på et bilde som ellers er fast og som alle andre jurister må forholde seg til? Når en som jurist tar stilling til rettsspørsmål, er det da den korrekte bruk av metoden som leder til et resultat som allerede lå der? Var utfordringen bare å finne den? Det kan bli vanskelig å kombinere troen på en fast gjeldende rett med ønsket om å beskrive det dynamiske og verdimeslige element i

⁵⁷ Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 267.

⁵⁸ Rt. 1952.1217 og Rt. 1977.1053.

rettsanvendelsen. Men møter vi ikke på vanskeligheter hvis vi skal kombinere dette synet med en fortsatt tro på at systemet er bygget på forutberegnelighet, demokrati og rettssikkerhet? Spørsmålet er hvilket fundament vårt resultat i en juridisk drøftelse har som gjør at vi kan sette merkelappen ”gjeldende rett” på det? Eckhoff drøftet ikke dette spørsmålet i sin lærebok.

For Bergensvarianten er det ene uønskkelige ytterpunkt en relativistisk tilnærming. Vi må opprettholde rettsstatens krav om oversikt og forutberegnelighet. Det andre uønskede ytterpunkt er det Montesquieske synet på retten som en gitt statisk størrelse.

Syntesen Bergensvarianten tilbyr er at gjeldende rett er en ubestemt størrelse. Gjeldende rett er kun diskusjonsteamet innenfor det juridisk kommunikative fellesskap.⁵⁹

Doublet foretar ingen ytterliggående forsøk på å imøtegå utfordringen å unngå relativisme, men konstaterer at all rettsanvendelse suksesserer i et situasjonsbestemt tolkningsresultat.⁶⁰ Men det er tale om en situasjonsrelativisme som er normbundet. Rettsanvenderen holdes i tømmene av det juridisk kommunikative fellesskaps kvalifikasjonsnorm.⁶¹ Eckhoff peker på at rettskildeprinsippene gir relativt vide rammer. Grunnen til at han ender opp med at rettsanvendelsen ikke er vilkårlig er det såkalte ”forbausende gode samsvaret” mellom juristers standpunkter.⁶² Andenæs taler om hvordan gode jurister argumenterer.⁶³

Motsetningen mellom en tro på at juristen skal komme fram til det ”riktige” standpunktet eller et forsvarlig standpunkt blir drøftet av Bernt som peker på to problemet som er utslag av denne motsetningen.⁶⁴ For det første at jurister er vant med å argumentere som om deres resultat er det eneste rette å komme fram til. Dommere og advokater gir uttrykk for at deres resultat er det eneste rette å falle ned på. Vurderingen har i høyden ”budt på tvil”. Dette er en holdning vi som jurister bør legge av oss, skal vi forstå Bernt rett. Krav til vitenskapelighet medfører at vi alltid må ha i bakhodet at et

⁵⁹ Bernt og Doublet. Juss samfunn og rettsanvendelse (1999) s 478-481.

⁶⁰ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 316.

⁶¹ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 317.

⁶² Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 29.

⁶³ Johs. Andenæs. Innføring i rettsstudiet (2002) s 163.

juridisk spørsmål kan ha flere ”riktige” svar. Forskjellen ligger i kvaliteten på drøftelsen. Heri ligger ingen artikulert uenighet med Eckhoff, men heller en misnøye med at han ikke er bevisst på spørsmålet.⁶⁵

Ifølge Doublet er det juridiske fellesskapet pålagt oppgaven å opprettholde samfunnets grunnlag og struktur.⁶⁶ Kvalifikasjonsnormen, bestemt av fellesskapet, er noe som jurister følger og føler seg forpliktet til.⁶⁷ Det er det at rettslig anvendelse er underlagt kvalifikasjonsnormen som gjør at den ikke blir vilkårlig.

3.4 Alternativet til rettsfaktorlæren: en hermeneutisk tilnærming.

Den hermeneutiske grunnerkjennelse vil si at all fortolkning er preget av ens eget syn. Ved betraktningen av et objekt som skal tolkes vil tolkingsresultatet alltid være tilsatt elementer fra fortolkeren selv. Doublet bruker denne grunnerkjennelsen for å konstatere at det prinsipielt er umulig å garantere mot relativisme⁶⁸. Å sikre seg mot relativisme ved å se på kun den positivt gitte rett, slik positivistene forsøker, blir en fiksjon. Her går altså Bernt og Doublet et skritt videre fra å påpeke hva som er utilstrekkelig med en ren beskrivende tilnærming. Det er enighet mellom Bergensvarianten og Eckhoff i at det rettslige problemkompleks perspektiveres ut fra den juridiske virkelighet. Men det må også perspektiveres ut fra virkeligheten sett i en meningsmessig sammenheng med verdier, moral og rasjonalitet.⁶⁹ Bergensvarianten sentrerer seg mot hermeneutikken ved å hevde at hermeneutikken som vitenskapsteoretisk retning er et svært godt redskap til å beskrive rettsanvendelsen. For det første er det likheter mellom rettsvitenskapens og hermeneutikkens problemstilling. I jussen er det alltid tale om å trekke ut en mening av tekster ved fortolkning og forståelse. For det andre er hermeneutikken egnet til å belyse forholdet mellom teori og praksis i jussen. Vekselvirkningen mellom rettsvitenskap og rettspraksis synliggjøres bedre ved en hermeneutisk tilnærming, ettersom det er et av hermeneutikkens viktigste aspekter. For det tredje er fortolkning ut fra kontekst svært

⁶⁴ Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 269-271.

⁶⁵ Bernt og Doublet. Retten og vitenskapen (1993) s 24 note 1.

⁶⁶ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 32.

⁶⁷ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 404.

⁶⁸ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 317.

⁶⁹ Bernt og Doublet. Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme. Retlig polycentri (1993) s 139.

viktig i jussen. Og hermeneutikken er bedre egnet til å beskrive også det. Tolkning av en lovbestemmelse forutsetter kjennskap til bestemmelsen, dens forhold til systematikken i loven for øvrig, hvordan den er anvendt i rettspraksis, forarbeider og forhistorie. Bernt introduserer tesen om rettsanvenderens fordommer. Fordommene vil si en type mental bagasje⁷⁰ juristen bringer med seg for å forstå motpartens forståelses- fornufts- og verdi-plattform.⁷¹ Dette er en underforstått kontekst som all juridisk tolkning inneholder. Hvilke fordommer juristen tar med seg inn i rettsanvendelsen bestemmes av det juridisk kommunikative fellesskaps kvalifikasjonsnorm. Dette kan ikke kontrolleres av noen folkevalgt forsamling. Hvorvidt juristenes fordommer er noe legitimt i samfunnet er opp til juristene selv. Juristenes oppgave er gjennom det kommunikative fellesskap å opprettholde kvalifikasjonsnormens legitimitet i samfunnet.

Bergensvarianten presenterer for de nye studentene allerede i Ex.phil-pensumet at juss er diskusjonen og ikke resultatet.⁷² Krüger bruker ordet prosess-orientert om jussen.⁷³ I disse synspunktene ligger ikke noen direkte motstrid med Eckhoffs syn. For det første framhever Eckhoff selv at juss er diskusjon og vurderinger, ikke noe en kan lese seg til.⁷⁴ For det andre påpeker Bernt og Doublet at den rettsfilosofiske bakgrunnen til Eckhoff, systemteorien⁷⁵, ikke ligger langt fra hermeneutikken. Men forskjellen ligger i at hermeneutikken ønsker å beskrive vitenskapelig aktivitet ut fra en samfunnsmessig helhetsramme.⁷⁶ Hermeneutikken er den tilnæringsmetoden som bedre kan danne grunnlag for en vitenskapelig bevisstgjøring av hva som skjer rettsanvendelsen.⁷⁷ For Bergensvarianten er det et viktigere aspekt, enn det synes å være hos Eckhoff, å plassere juristen i det samfunnsmessige landskapet og belyse hvilket ansvar som hviler på hver enkelt som utdannes det profesjonsfellesskapet som bedriver rettsanvendelse. Juss er en profesjon med rettsstatlige konsekvenser. Vi har alle et ansvar som jurister å ivareta og å følge juristfellesskapets kvalifikasjonsnorm og gjennom den opprettholde rettstatens grunnverdier.

⁷⁰ Mitt bilde.

⁷¹ Bernt. Hvorfor rettsfilosofi? Erkjennelse og engasjement (2002) s 23.

⁷² Bernt og Doublet. Juss samfunn og rettsanvendelse (1999) s 486.

⁷³ Krüger i JV (1996) s 283.

⁷⁴ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 399.

⁷⁵ Eckhoff og Sundby. Rettssystemer (1991).

⁷⁶ Bernt og Doublet. Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme. Retlig Polycentri (1993) s 143.

Hva som er nytt og avvikende fra den etablerte rettskildelæren i Bergensvarianten kan kanskje være vanskelig å se med det første, hvis en ser bort fra rene begrepsendringer som at Bergensvarianten ikke er realistisk, men mer hermeneutisk eller pragmatisk. Førsteamanuensis ved Universitetet i Bergen Bjarte Askeland har påpekt at varianten produserer en god vitenskapsteoretisk bakgrunn for rettskildelæren, men gir flere spørsmål enn svar.⁷⁸ Bergensvarianten er interessant i en rettsfilosofisk sammenheng, men ikke like anvendelig for jurister som vil kjenne den juridiske metode bedre. Bernt og Doublet selv sier at Eckhoff og den realistiske tradisjonen er et grunnlag Bergensvarianten bygger videre på.⁷⁹ Det er ikke tale om noe brudd med den gjeldende rettstradisjonen. Forsiktig oppsummerer Doublet overgangen han ønsker det Bernt-Doubletske prosjekt skal resultere i, som det ”ublodige kupp” i rettskildelæren.⁸⁰

⁷⁷ Doublet i TfR (1989) s 602.

⁷⁸ Bjarte Askeland i KJ (1999) s 123.

⁷⁹ Bernt og Doublet. Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme. Retlig Polycentri (1993) s 143.

⁸⁰ Doublet. Rett vitenskap og fornuft (1995) s 193.

4 Knut Bergo og den nye realismen. Mellom postmodernisme og positivisme.

4.1 Innledning.

Knut Bergo publiserte *Høyesteretts forarbeidsbruk* i 2000. Verket inngår i et større prosjekt som ble avsluttet i 2002 ved Bergos doktorgradsavhandling til dr. juris ved Universitetet i Oslo i form av verket *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*. *Høyesteretts forarbeidsbruk* er et empirisk studiearbeid av Norges Høyesteretts bruk av rettskildefaktoren lovforarbeider i alle høyesterettsavgjørelser publisert i Norsk Rettstidende, hvor forarbeidsbruk var aktuelt, i perioden 1967-1999. Det er sjelden man ved en empirisk studie velger å sette tvil ved om man skal bygge på Eckhoffs avveiningsmodell. Bergo velger imidlertid å rokke ved grunnpremissene i den etablerte rettskildelære. I de innledende kapitlene presenterer Bergo den rådende realistiske avveiningsmodellen og det han mener er svakheter ved denne. Boken er videre en presentasjon av ulike type forarbeidsdokumenter og ulike måter forarbeidsargumentasjon har gjort seg gjeldende i HRs praksis.

I sin avhandling, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, kan Bergo foreta den teoretiske analysen han bare delvis kan gjennomføre i empiri-studiet fra 2000. På over 1070 sider gjennomgår Bergo kanskje alt som er skrevet om rettskildelære i Norge, i hvert fall siden 1950-tallet.

Bergos verk tilbyr ikke et system av nye svar på hvordan rettskildelæren bør være. Han forbereder også leseren på det på side 18. Bergo er mer ute etter en bevisstgjøring av hvilke dogmer vi i rettskildelæren tar for gitt, men som egentlig har et ganske tynt grunnlag, og som har overlevd på grunn av vanens makt. Ikke fordi de er vitenskapelig grundige og gode. Dette massive kritiske verket rommer for mye til at jeg kan presentere alt her. Eksempelvis er store deler av kritikken mot avveiningsmodellen bygget opp som en kritikk mot Sundbys retningslinje- og avveiningsbegrep. I forhold til min problemstilling og tittelen på avhandlingen, vil jeg holde meg til Bergos analyse av

Eckhoffs rettskildelære slik den fremgikk i 4. utgave fra 1997 da *Tekst og virkelighet*(...) ble skrevet.

Høgberg plasserer Bergo som en postmodernist, fordi hans prosjekt ikke er å bygge opp et nytt alternativ, men peke på svakheter ved de eksisterende verkene.⁸¹ Bergo selv presenterer de svarene han har å gi i *Høyesteretts forarbeidsbruk* som ledd i den nye realismen. Hva dette innebærer kommer jeg til i siste avsnitt i dette kapitlet.

De innledende kapitlene i *Tekst og virkelighet* (...) er mye filosofisk drøftelse for å skape et bakteppe for hva avhandlingen skal dreie seg om. Internasjonal rettsfilosofi, men også vitenskapsfilosofier og erkjennelsesteoretikere blir behandlet. I kapittel 3 begynner presentasjonen av etablerte retninger innenfor faget rettskildelære og rettsfilosofi med en presentasjon av den danske realisten Alf Ross. Videre tar boken for seg ulike teoretikere som har ment noe om norsk rettskildelære. Betegnende er det da at Bergo analyserer også de som i de senere år har vært kritiske til den etablerte rettskildelæren. Han imøtegår også de som ønsker nytenkning med den samme skepsis som han har overfor den etablerte rettskildelæren⁸².

4.2 Rettskildenormer og kamuflasjeteser.

Eckhoffs rettskildelære må, for å analysere rettskildebruken i dommer, bygge på det Bergo døper som "kamuflasjetesene". En kan trekke to kamuflasjeteser ut av Eckhoffs fremstilling. Den første går ut på at dommerne skjuler rettskildebruken. Den andre hevder at også rettskildeprinsippenes anvendelse blir kamouflert.

4.2.1 Kamuflering av rettskildebruken.

Eckhoff framholder at høyesterettsdommere ikke alltid er like åpne med å vise hvordan de har resonnet i et juridisk spørsmål, når de skriver sine vota.⁸³ Det er derfor nødvendig å innfortolke en del normative valg man må anta at dommerne hadde i bakhodet da de vurderte de juridiske spørsmålene. Bergo mener både at Eckhoff ikke

⁸¹ Alf Petter Høgberg i LoR (2004) s 119.

⁸² Eksempelvis hermeneutikken i kap. 9.

⁸³ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 396-399.

overbeviser i begrunnelsen av hvorfor dommerne velger å tilsløre sine vurderinger, og at selve kamuflasjetesen er for tynn.

4.2.1.1 Begrunnelsen for kamuflasjetesen.

Hvilke rettskildedefaktorer som er brukt gjøres det ofte rede for. Men bruken av verdivurderinger eller tanken bak avveiningen av de ulike rettskildedefaktorene kommer sjelden frem. Bergo forsøker ikke å tilbakevise begrunnelsesforsøkene til Eckhoff, men mener de ikke tjener som gode nok begrunnelser når de ikke er understøttet ved noen form for empiri eller underliggende analyse.⁸⁴

Eckhoffs begrunnelse for kamuflasjetesen er for det første et behov hos rettsanvenderen å påberope seg støtte hos autoriteter. Dommerne kan få en egen skjønnsvurdering til å se ut som en fremhevelse av lovgivers vilje. Bergo setter tvil ved tesen om at så kunnskaps- og erfaringsrike mennesker som rikets øverste dommere skulle la seg tyngre av allmenn psykologi og redsel for å bygge opp selvstendige vurderinger, og føle behov for å fraskrive seg ansvaret for de valgene de tar.

For det andre kan kamufleringen skyldes en tradisjon fra tidene der maktfordelingslæren stod sterkere. Da var det for dommeren illegitimt å legge vekt på egne vurderinger. Til dette innvender Bergo at det er for lenge siden Montesquieus maktfordelingsprinsipp hadde noen fundamental betydning for rettsystemet i Norge. Det tjener i dag mest som et pedagogisk hjelpemiddel i undervisning i statsvitenskap og forfatningsrett. Hvorfor skulle prinsippet virke hemmende på dagens Høyesteretts formuleringer?

Så hvorfor holder Eckhoff på tesen om kamuflering av rettsanvenderens vurderinger? Svaret ligger i hans syn på rettskildeprinsippene og deres styringsevne. Eckhoff har nærmest allerede bestemt seg for at teorien hans holder. Da gjøres det ikke noe forsøk på å moderere rettskildeteorien når han ser at vurderinger ikke kommer til uttrykk i domspremissene.⁸⁵ Ved hjelp av kamuflasjetesen forklarer han hvorfor den rettsrealistiske avveiningsmodellen og den juridiske virkeligheten i HR tilsynelatende ikke samsvarer. For Bergo er kamuflasjetesen en nødvendighet for at Eckhoffs

⁸⁴ Bergo. Tekst og virkelighet i rettskildelæren (2002) s 359-362.

avveiningsmodell skal overleve. Hvis rettsvitenskapen leser dommer mer bokstavelig og godtar at dommene er bygget opp slik det framgår av teksten, vil en av avveiningsmodellens grunnsteiner, at rettsanvendelse i svært mange tilfeller kun er avveininger av reelle hensyn, falle sammen.

4.2.1.2 Tesen selv.

Bergo går delvis tesen i møte. Domstolen ønsker naturlig nok å unngå dissenser. Avgjørelsene i HR kan få store konsekvenser for de som er involvert i sakene, og retten bør virke sikker og samstemt i sitt resultat. Det kan medføre at dommere som kommer til det samme resultat er preget av ulik grad av tvil eller har lagt avgjørende vekt på ulike hensyn eller rettskildefaktorer.⁸⁶ Likevel gis det sjelden uttrykk for dette i de forskjellige vota, hvis i det hele tatt blir skrevet flere.⁸⁷ For det andre innrømmer Bergo at det kan foregå en bevisst skjevhet i argumentasjonen. Argumentene til parten som får medhold blir gjerne drøftet mer utførlig enn den tapende parts argumenter. Tilsvarende kan mindretallets drøftelse virke ubalansert, der det foreligger dissens⁸⁸. Men dette er bare naturlige følger av at tekstene skrives i Norges høyeste domstol. Å tale om noen kamuflering av egne begrunnelser er å gå for langt, sier Bergo.

Bergos alternativ til kamuflasjetesen er grunnlagt på en oppfatning om at Eckhoff leter etter bakenforliggende verdivurderinger som kanskje ikke ligger der. Jamfør tilbakevisningen av begrunnelsen for kamuflasjetesen. Bør vi ikke tro at HR mener det de skriver? Det er tekstene som står i sentrum i den juridiske profesjon. Er tekstene ikke i overensstemmelse med noen teoretiske størrelser, er det vel tekstene vi må jobbe videre med, og ikke de konstruerte størrelsene.⁸⁹ Det er jo det som er realismens ideal, å beskrive de juridiske virkeligheten på dens egne premisser.

⁸⁵ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 365.

⁸⁶ Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 39.

⁸⁷ "(...) i det vesentlige og i resultatet enig (...)" kan jo bety at vedkommende dommer ville lagt helt andre hensyn til grunn og formulert seg på en annen måte, selv om han er enig i resultatet.

⁸⁸ Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 42.

⁸⁹ Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 46.

4.2.2 Kamouflering av rettskildeprinsippene.

Eckhoff presenterer ikke denne tesen like oversiktlig som den første. Men tesen framgår ved Eckhoffs presentasjonen av rettskildeprinsippene. Som Bergo påpeker er den ganske svevende og ukonkret. Hadde HR vært åpne i forhold til hva prinsippene inneholdt og når de benyttet de, ville kapittelet om rettskildeprinsippene vært klarere.

Bergo spør forsiktig om ikke det er vanskelig å avdekke dommerens vurderinger fordi HR faktisk ikke lar seg styre av noen overordnede prinsipper.⁹⁰ Det kan også være, om vi forutsetter en bevissthet om noen rettskildeprinsipper, at dommeren anser rettskildelærens utgangspunkter så banale at det blir overflødig å henviser til de.⁹¹

4.3 Reelle hensyn og avveiningsmodellen.

I Eckhoffs liste over de syv rettskildefaktorene står de positive kildene øverst. Med lovtekstene på øverste plass. Rangeringen innebærer ikke et deterministisk forrangssystem. De er ment å gi veiledning på hvilke rettskildefaktorer som i mange tilfeller har større vekt enn andre. Eckhoff har altså et positivistisk utgangspunkt. Han forfekter en rettskildelære der respekt for lovteksten, av hensyn til rettssikkerhet og forutberegnelighet, og respekt for forarbeider, av hensyn til lovgiver og demokratiet, står sentralt. Men i presentasjonen av rettskildelæren er det likevel gjennomgående at rettsanvendelse stort sett koker ned til en vurdering av reelle hensyn. På side 28 sies det at det beror på en vurdering om en skal legge avgjørende vekt på ordlyden i loven, det gis en reservasjon på side 73 om at reelle hensyn kan gå foran forarbeidene, og på side 85 har vurderingene stor betydning der det er motstrid mellom lov og forarbeider. En må altså se bort ifra reelle hensyns sisteplass på listen. Hensynene skulle strengt tatt stått ved siden av den øvrige listen, hvis en skulle illustrere Eckhoffs lære. Reelle hensyn blir avgjørende når lovgiver har vært uklar. Når en ikke kan tvinge svaret ut av ordlyden, og lovgivers vilje eller formål ikke lar seg avdekke, må svaret følge av dommerens eget verdisyn.⁹² Dette er grunnen til at Eckhoff er tilbakeholden med å inkludere de tre tolkingsteoriene⁹³ direkte i rettskildelæren, sier Bergo. Tolkingsteoriene er velegnet for illustrasjon av ulike måter å tolke på, men en kan ikke henviser til de som

⁹⁰ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 359 og *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 45.

⁹¹ Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 45.

⁹² Eckhoff og Helgesen. *Rettskildelære* (2001) s 378-380.

rettskildenormer. På denne måten nærmer vi oss en relativistisk modell der vi som jurister har lite å navigere med foruten den moralen vi forhåpentligvis har som mennesker. Men er det ikke nettopp ved uklare signaler fra lovgiver at vi har behov for et rettssystem som ivaretar rettssikkerheten? Slik relativisme mener Bergo også følger av Eckhoffs begreper utvidende, analogiske og innskrenkende tolkningsresultater. Bergo tolker Eckhoff slik at dette i virkeligheten er et resultat av dommerens vurderinger. Hvis dommeren mener at loven ikke gir et tilfredsstillende svar, velger han å innskrenke lovens virkeområde. Og han velger en utvidende tolkning hvis han ønsker å benytte loven der ordlyden i utgangspunktet ikke passer inn i saksforholdet. Skal vi forstå Eckhoff på denne måten var det altså reelle hensyn som avgjorde Telefonsjikane-dommen og Passbåt-dommene.⁹⁴ At HR presenterer det som tolkningsresultater er en kamuflering av egne vurderinger og en ufortjent ære tilskrevet lovgiver. Bergo oppsummerer med at hos Eckhoff gjelder det et rettskildemessig strengt hierarki for de tilfellene der lovens ordlyd klart omfatter saksforholdet vi står overfor. Utenfor de tilfellene gjelder et evaluerende dommerskjønn, tilsynelatende uten retningslinjer. På side 370 prøver Eckhoff å innskrenke evalueringen ved å peke på at rettskildeprinsippene setter grenser for vurderingene. Men det gis lite veiledning om hvordan de gjør det, eller hvilke prinsipper det dreier seg om. Det ender med at vi er overlatt til det ”forbausende gode samsvaret” mellom jurister.⁹⁵

På den ene siden står altså den lojalitetsorienterte og demokratiske Eckhoff og på den andre siden den vurderingsforkjempende, farlig nærme relativistiske, realisten Eckhoff. Dette blir en motsetning som han er lite flink til å gjøre leseren oppmerksom på og som han ikke klarer helt å forene i sin presentasjon av rettskildelæren.⁹⁶

4.3.1 Manglende klarhet på hvordan Eckhoff trekker sine slutninger.

Et hovedproblem ved avveiningsmodellen er at Eckhoff ikke er klar nok på hvilket grunnlag han bygger opp sin teori om rettskildelæren. Han legger inn et ”generalforbehold” på side 22 der han forbereder leseren på at enkelte steder i boken kan være hans egne teoretiske spekulasjoner på normativt grunnlag. Dette blir et

⁹³ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) kapittel 6.

⁹⁴ Rt. 1952.989 og Rt. 1973.433 som den mest kjente av Passbåt-dommene.

⁹⁵ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 29.

forvarsel om en svakhet ved boka, og ikke bare en akademisk reservasjon.⁹⁷ Men problemet er også at Eckhoff blander deskriptive og normative utsagn med prognoseringer på bakgrunn av empiri. Han kan slutte på bakgrunn av praksis at det eksisterer en norm. Eksempelvis ser Bergo på tesen om at reelle hensyn ikke kan få gjennomslag hvis både lovteksten og forarbeider trekker i motsatt retning.⁹⁸ Det er vanskelig å her avgjøre om Eckhoff har sluttet fra et mønster i rettspraksis, om han mener praksis danner grunnlag for en norm å anvende i fremtiden, eller om han mener det bør være slik i et demokrati og lovgiverens stemme bør veie tyngre enn dommerens.⁹⁹ Leseren lurer på om han, etter en påstand, har vært deskriptiv, prognoserende eller normativ.

4.4 Rettsfaktorlæren og den nye realismen.

Vi har sett at Bergo er skeptisk til tre hovedaspekter ved den etablerte rettskildelæren. Disse er (1) at det eksisterer et sett prinsipper som styrer rettskildebruken, og som er å regne som en ontologisk størrelse, (2) at HRs handlingsmønster er det som skaper denne ontologien, og er rettskildelærens undersøkelsesobjekt og (3) at det ligger en vurdering av reelle hensyn bak HRs argumentasjon og tolkning av de positiverte rettskildefaktorene.

Bergos materiale er svært omfattende. Det er vanskelig å få den fulle oversikt over hva han mener er en bedre utforming av rettskildelæren. Visse temaer går likevel igjen hos Bergo. Han presenterer tre setninger som han mener han kan utlede av gjennomgangen av praksis i *Høyesteretts forarbeidsbruk*: (1) HRs avgjørelser treffes ved subsumsjon av et saksforhold under normerende tekster eller andre størrelser. (2) Intensjonale tolkingsmodeller blir ofte brukt. En kan si at disse to hovedpunktene ikke representerer noe nevneverdige avvik fra Eckhoffs rettskildelære, i forhold til hva vi som lesere venter oss når vi leser innledningen med Bergos ganske krasse angrep på etablert rettskildetenkning i Norge.¹⁰⁰ (3) Det tredje aspektet er at ved mer kompliserte

⁹⁶ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 397-398.

⁹⁷ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 364-365.

⁹⁸ Eckhoff og Helgesen. *Rettskildelære* (2001) s 86.

⁹⁹ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 397.

¹⁰⁰ Høgberg i *KJ* (2001) s 352.

lovanvendelser benyttes en sammenlignende metode.¹⁰¹ Konkrete eksempler fra rettskildefaktorene og bruk av disse blir gjenstand for en sammenligning, og ikke nødvendigvis en avveining. Bergo kaller dette en systemorientert metode. I avsnittet om systematiserende forarbeidsbruk klargjør han noe hva han mener. HR kan i visse tilfeller benytte forarbeidsuttalelser eller legislative hensyn tolket ut av arbeid med enkelte lovbestemmelser, for å tolke andre lovbestemmelser.¹⁰² Denne metoden er i den etablerte rettskildelære blitt fortrent til fordel for en tro på at det ikke foregår en sammenligning, men en avveining av reelle hensyn (s 321). Jeg skal ikke drøfte disse tre tesene i dybden.

Bergo sier at hans alternative syn på rettskildelæren fremgår av hans studium av rettspraksis. De store linjene kommer til syne ved å ha detaljene på plass. Vi bør altså ha pløyd oss gjennom hans presentasjon av 32 år med praksis for å ha noen formening om hans rettskildeteori.¹⁰³ For Bergo er det flere momenter ved HRs argumentasjon enn hva som kan identifiseres til å tilhøre en av de syv rettskildefaktorene.¹⁰⁴ For å forstå hvorfor utfallet ble som det ble, må en kjenne alle aspektene ved saken. Det er kanskje derfor Bergos fremstilling av HRs forarbeidsbruk er blitt 955 sider, i motsetning til Eckhoffs fremstilling i kapittel 3 og 4 på 53 sider. Bergo vil ikke la seg overbevise av at enkelttilfellene i HR kan summeres til å uttrykke noen generelle normer. Avgjørelsene må forstås ut fra sakens karakter. Bergo ønsker å ta et oppgjør med Eckhoffs rettskildelære i *Høyesteretts forarbeidsbruk*'s innledende kapitler. Men hans oppgjør blir ikke å utforme en ny rettskildelære. Han gjentar i avslutningen, som i innledningen, at hans mål med de to verkene ikke er å gi en ny løsning.¹⁰⁵

Den nye realismen¹⁰⁶ bærer preg av langt flere detaljer og færre generaliseringer. Visse grunnleggende veivalgregler for forsvarlig juridisk drøftelse ser imidlertid Bergo ikke bort fra. De tilhører bare ikke noen metodelære som bygger på hvordan domstolene

¹⁰¹ Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 945-947.

¹⁰² Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 289 flg.

¹⁰³ Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 15.

¹⁰⁴ En kan se for seg at slike momenter er aspekter ved faktum, aspekter ved loven som ikke er klassifisert som rettskildefaktorer, eksempelvis lovens forhistorie. Bergo selv gir ikke noe systematisk svar på hvilke andre momenter og detaljer som kan avgjøre sakene som ikke hører til rettskildefaktorene.

¹⁰⁵ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 1045-1046.

¹⁰⁶ Han gir selv det navnet til sitt alternativ, *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 38 og 46.

pleier å gå fram. En presentasjon av disse veivalgsreglene¹⁰⁷ skulle kunne uttrykkes på 10-15 sider.¹⁰⁸

Det blir derfor kanskje misvisende å henvise til Bergo som en positivist, slik Askeland gjør.¹⁰⁹ Bakgrunnen for en slik klassifisering er nok Bergos sterke vektlegging av lovtekst og forarbeider, og mindre sans for reelle hensyn.¹¹⁰ Han antyder sin sans for større tekstorientering og at konkrete, kontekstorienterte metoder ikke alltid er mest betegnende for rettsanvendelsen.¹¹¹ Han gir ikke lovteksten tyngde fordi noe rettskildeprinsipp sier det. Men hva som da er begrunnelsen for å være lovorientert, er vanskelig å få et klart bilde av. Er oppfattelsen av lovens vekt et resultat av at han samler trådene fra empirien? Og setter Bergo opp en norm eller prognose for hvordan HR kommer til å gå fram i senere saker? I så fall står vi vel bare overfor en ny ontologisering. Kinander heller mot et slikt syn.¹¹²

¹⁰⁷ Mitt begrep. "Regler" eller "retningslinjer" ville gitt for uriktige assosiasjoner.

¹⁰⁸ Uttalt på et foredrag i forbindelse med Justivalen 2003, UiO.

¹⁰⁹ Askeland i JV (2003).

¹¹⁰ Bergo. Høyesteretts forarbeidsbruk (2000) s 13.

¹¹¹ Bergo. Tekst og virkelighet i rettskildelæren (2002) s 1045-1046.

¹¹² Kinander. The view from within (2004) s 330.

5 Postmodernismen. "Anything goes"-teorien.¹¹³

5.1 Innledning.

Det postmodernistiske synet på retten er ganske fragmentarisk. Noe postmodernistisk alternativ til rettskildelæren eksisterer ikke, ettersom den postmodernistiske grunnidé er at det ikke kan konstrueres teoretiske regler for hva som er rett eller galt. De tre teoretikerne jeg kan se inntar et postmodernistisk standpunkt er Hans Petter Graver, Erik Friis Fæhn og Knut Bergo. Bergo har jeg allerede utførlig presentert. Grunnen til at han plasseres i et annet kapittel, er at han har et så klart filosofisk orientert språk at han distanserer seg fra de fleste andre som har hatt noe å si om rettskildelære. Gravers syn kommer først og fremst til uttrykk i artiklene *Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap*¹¹⁴ og *Keiserens garderobe*¹¹⁵. Graver og Fæhn omtaler ikke hverandres verker.

Et interessant aspekt ved Graver og Fæhn er at de har relativt sammenfallende oppfatninger om den etablerte rettskildelæren, men de nærmer seg en analyse av Eckhoff med totalt ulikt fortolkningsmessig utgangspunkt. Fæhn legger til grunn at Eckhoff har føttene solid plantet i rettspositivismen. Eckhoffs rettskildelære tilkjenner klart en politisk agenda der lovgiverlojalitet og anerkjennelse av offentlig praksis som rettskildefaktor er ledd i den sosialdemokratiske styringsideologien der statens bestemmelsesrett som regel går foran individenes selvbestemmelse, ifølge Fæhn.¹¹⁶

Graver begynner imidlertid med en fremstilling av Eckhoff som den ubeviste stifinneren for postmodernistisk tenkning. Ved fremhevelsen av rettsanvenderens

¹¹³ "Anything goes" står som et av slagordene til Critical Legal Studies-bevegelsen i USA, som postmodernismen springer ut fra. Se Askeland i JV (2003) s 12.

¹¹⁴ LoR (1998).

¹¹⁵ TfR (2000).

¹¹⁶ Fæhn. Ingen plikt til lydighet (2002) s 44. Sverre Blandhol, som påviste sammenhengen mellom Ross' kritikk av naturretten og hans sosialdemokratiske ståsted (1999), mener Fæhn går altfor langt i å fremstille Eckhoff som en forkjemper for en lydighetsideologi for statsmakten, TfR (2003) s 429.

vurderinger foregriper han den postmodernistiske dekonstruksjon.¹¹⁷ *Keiserens garderobe* begynner med en analyse av de subjektive vurderingenes betydning i Eckhoffs lære, som rene tolkninger av Eckhoffs tekster. For Eckhoff er retten et produkt av rettanvenderens vurderinger.¹¹⁸ Eckhoffs normative budskap er således noe Graver bruker som fundament for å bygge videre det postmodernistiske synet.

Hva som samler de tre teoretikerne er for det første at de ser på Eckhoffs teser om rettens objektive grunnlag, i form av rettskildeprinsippene, som utroverdige og uvitenskapelige. Det andre er deres syn på den teoretiske metodelærens funksjon. En tro på at en teoretisk metode skal kunne løse ethvert spørsmål vi kommer opp i som jurister er en ren fiksjon, i et postmodernistisk perspektiv. Begge disse aspektene er med å utgjøre mystifiseringen eller ontologiseringen i retten. Hovedmålet i postmodernistisk tenkning er å rense rettsteorien for dette.

5.2 Rettslige vurderinger.

For Graver innebærer Eckhoffs fremstilling av rettskildelæren to hovedaspekter som var nye i 1971. Det første gjelder Eckhoffs avmaterialisering av begreper. Det andre er fremhevelsen av rettsanvenderens egne vurderinger i rettsanvendelsen.

Avmaterialiseringen består i at Eckhoff enten deler opp de juridiske begrepenes mening i mindre komponenter slik at det lett kan beskrives, men hvor begrepets kjerne av mening forsvinner, eller begrepet blir stående som et innholdsløst koblingsord mellom vilkår og rettsfølger. Et eksempel er Eckhoffs nye negative forståelse av legalitetsprinsippet.¹¹⁹ For Eckhoff blir begrepet et spørsmål om hvorvidt det eksisterer tilstrekkelige alternative grunnlag som er egnet til å gi rettslig bindende beslutninger. Selve begrepet blir stående igjen uten noe materielt innhold. Krav om hjemmel i lov følger altså ikke lenger av legalitetsprinsippet.¹²⁰ Fæhn har en lignende argumentasjon,

¹¹⁷ Uttalt i intervju i Stud. Jur nr. 7 (1999) s 18.

¹¹⁸ Hans Petter Graver i TfR (2000) s 445. Berge advarer mot å bli for relativistisk. Tekst og virkelighet i rettskildelæren (2002) s 340. Det er tross alt en kjensgjerning at jurister føler seg forpliktet av lovteksten.

¹¹⁹ Se Eckhoff og Smith. Forvaltningsrett (1997) s 235 flg.

¹²⁰ Graver i TfR (2000) s 438.

men legger mest vekt på at Eckhoffs begrep gir lovgiver monopol på kompetanse til å gi bindende beslutninger.¹²¹

Graver bruker ikke så mye plass på å drøfte de to aspektene hver for seg, ettersom han mener de står i en helt klar sammenheng. Avmaterialiseringen er noe Eckhoff gjør for å kunne fremheve rettsanvenderens egne vurderinger.¹²²

5.2.1 Rettsanvenderens frihet?

Fæhn trekker frem skillet i Eckhoffs fremstilling mellom forsvarlighets- og godhetsvurderinger.¹²³ Normene for forsvarlig juridisk argumentasjon forstår jeg som det vi ellers kaller prinsippene for rettskildefaktorenes relevans, slutning og vekt, rettskildeprinsippene. Disse fremstilles av Fæhn som normer rettsanvenderen har en lydighetsplikt ovenfor. Rettsanvenderen må ha internalisert rettskildeprinsippene for å få til en drøftelse som stemmer overens med rettskildelæren. Godhetsvurderingene (de reelle hensyn) kommer senere, hvis det er rom for de. Godhetsvurderingene har form av rettferdighetsoppfatninger, konsekvensorientering, interesseavveininger eller samfunnsnyttens, slik Eckhoff deler inn typene av rettslige vurderinger i kap. 14. Fæhn viser til *Rettsystemer* og Eckhoff og Sundbys tese om internalisering normer, og internalisering av rettferdighetsprinsipper i *Rettferdighet*¹²⁴. Her kommer det fram at Eckhoff viser til at rettsanvenderen har internalisert de oppfatninger han eller hun bruker som reelle hensyn. Det holder altså å vise til internaliseringstenen. Noen analyse av hvilke verdier som kan være relevante gjøres ikke. Det er imidlertid en klar grunn til det, sier Fæhn. Eckhoffs moralsyn er pliktorientert. Dommeren har klart for seg hvilke muligheter han har, men vet at "et visst rettsgrunnlag" er det han må være lojal mot. Derfor velger han det. Og grunnen er Eckhoffs forståelse av at dommeren har internalisert visse lojalitetsnormer mot rettssystemet. Hans valg følger av psykologisk nødvendighet. I følge Fæhn er det beklagelig at godhetsvurderingene ikke blir grundigere analysert. En analyse ville vist at rettsanvenderens mulighet til å foreta selvstendige resultatorienterte vurderinger var tilstede i større grad enn han mener

¹²¹ Fæhn i JV (1999) s 151 flg.

¹²² Graver i TfR (2000) s 440-441.

¹²³ Fæhn. Ingen plikt til lydighet (2002) s 847.

¹²⁴ Eckhoff. Rettferdighet (1971) s 41.

Eckhoff åpner for.¹²⁵ Etter å ha fastslått denne analysen av Eckhoff, framfører Fæhn sin kritikk. For det første er tesen om de psykologiske internaliserte normene ikke vitenskapelig begrunnet.¹²⁶ For det andre, blir det en feilvurdering av Eckhoff å ikke ta utgangspunkt i den konkrete situasjon partene i det juridiske spørsmål står ovenfor.¹²⁷ Videre er det et problem at Eckhoff kun underlegger dommerens vurderinger en analyse. Han ser ikke på perspektivet til de involverte aktørene i konflikten dommeren er satt ovenfor.

Her skiller Graver og Fæhn lag. Graver følger ikke tesen om rettskildelærens politiske implikasjoner. Han tolker Eckhoff slik at rettsanvenderens vurdering er essensiell for å komme fram til et resultat. Det holder ikke å lete i rettskildefaktorene som finnes i skrevne dokumenter. Rettslige vurderinger hører med, enten rettsanvenderen er seg det bevisst eller ikke.¹²⁸ Således er det opp til juristen selv hvilke verdier han vil legge vekt på. Normene for hva som er den gode rettslige vurdering er ikke bare unndratt mulighet for formulering. De er ufattbare.¹²⁹ Derfor er det et valg om juristen vil holde seg til de normer fastsatt av et juridisk fellesskap, som er Doublets tese, hvis i det hele tatt et slikt fellesskap eksisterer. Men det eksisterer ingen plikt til å følge noe evalueringsgrunnlag, slik Doublet later til å mene.

5.3 Rettskildenormer.

Eckhoff flytter fokus fra å beskrive juristens metode for å komme fram til gjeldende rett, som var analyseobjekt i den eldre lære, og over til hvordan rettsanvenderens vurderinger leder fram til et resultat.¹³⁰ Dette bidrar også til oppløsning av forestillingen om gjeldende rett, sier Graver. For Eckhoff er retten kun en mellomstasjon for tanken. Regelen er noe rettsanvenderen skaper for seg selv før han anvender den på faktum. Når regelen er ferdig anvendt, oppløses den. Rettskildefaktorene kan tas i bruk av senere rettsanvendere, men rettsregelen må skapes i hvert tilfelle.

¹²⁵ Fæhn. Ingen plikt til lydighet (2002) s 848.

¹²⁶ Fæhn i JV (1999) s 149. En kan spørre om ikke det samme gjelder for Fæhns egen tese.

¹²⁷ Fæhn. Ingen plikt til lydighet (2002) s 850.

¹²⁸ Graver i TfR (2000) s 448.

¹²⁹ Graver i TfR (2000) s 464.

¹³⁰ Graver i TfR (2000) s 441.

Dette kommer til uttrykk allerede på side 1 i *Rettskildelære* der det sies at tema for fremstillingen er hvordan ”man resonnerer når man tar standpunkt til rettsspørsmål de lege lata”. Gravers tolkning er at standpunktet utgjør et valg. Et valg av hvilken retning rettsanvenderen ønsker vurderingen skal ta. Tradisjonen i rettsvitenskapen etter Eckhoff er bevisst på at dette er en side av hans teori, men har nedtonet denne siden av frykt for kaos. Så langt har Graver kun gitt sin tolkning av Eckhoff. Men på side 444 i *Keiserens garderobe* kommer han med sin tese om hva han mener er inkonsekvent i den etablerte metodelære: Det at vurderingene ikke leder mot en ”gjeldene rett” må nødvendigvis også implisere at rettsanvendelsen ikke er styrt av overordnede normer.

”Gjeldende rett” er bare en konstruksjon dommere og jurister bruker for å skape aksept for sine drøftelser og resultater.¹³¹ Som praktisk jurist er det bare å erkjenne at det hersker betydelig tvil ved de fleste rettsspørsmål. Begrunnelsen for at en del rettsspørsmål fremstilles som klare, er en kombinasjon av at visse dommere og teoretikere har sterk autoritet, og at flertallet i det juridiske miljøet verken har vilje eller evne til å sette tvil ved de tolkningsresultatene autoritetene står for.¹³²

Så oppstår spørsmålet: Er det mulig å kritisere dommer og andre rettsavgjørelser på et faglig grunnlag, hvis en følger Gravers tankerekke? ”Kritikk” betyr i denne sammenhengen noe mer enn en konstatering av at et resultat avviker fra noe en autoritet har uttalt. Svaret blir ja. Gravers syn på retten er ikke fullt så snevert. Men faglig kritikk betyr ikke det samme hos Graver som i den etablerte rettskildelæren. En kan vurdere om en avgjørelse utvikler retten eller er konform med det ”som er vanlig innenfor gruppen”.¹³³ Og det er selvsagt mulig å kritisere en avgjørelse for å være svakt begrunnet. Men det å mene at en ikke kan kritisere avgjørelser for å være gale, betyr ikke at vi er på vei inn i anarkiet. Graver sier selv:

”at ”alt er lov” betyr ikke at alt blir kaos. Respekten for autoriteter og frykten for å skille seg ut, og ikke minst likegyldighet, er ofte like sterke konformitetsfremmende faktorer som forbud mot avvik.”¹³⁴

¹³¹ Uttalt i et intervju i Stud. Jur nr. 7 (1999) s 17.

¹³² Graver. Alminnelig forvaltningsrett (1999) s 40, og TfR (2000) s 464.

¹³³ Graver i TfR (2000) s 445.

¹³⁴ Graver i TfR (2000) s 464.

Grunnen til at vi ofte holder oss til en likeartet tolkningspraksis, er altså ikke fordi noen metodelære styrer våre vurderinger mot den allerede forut bestemte rettsregelen. Det eksisterer ikke noen metodelære som gir svar på hvordan en skal gå fram for å finne det ”riktige” rettsgrunnlaget.¹³⁵ På samme måte blir lovgiverlojalitet også kun en veiledning, en frihet for juristen. Lovgiverlojalitet betyr lojalitet til lovens relevans. Noen plikt til å la loven få gjennomslag eksisterer ikke.¹³⁶

5.4 Fra rettsfaktorlæren til den udefinerbare postmoderne dekonstruksjon.

Fæhns alternativ til å bygge på en ”spekulativ” ide om psykologisk internaliserte normer, er å se på rettsanvendelse som selvstendige valg av hvordan det rettslige resonnement skal bygges opp. Og faglig kritikk bør bestå i om drøftelsen en konsekvent og grundig.¹³⁷

Graver viser til hva han mener rettsvitenskapens oppgave bør være, for å synliggjøre det postmoderne utgangspunktet. Han er uenig i Bergensvariantens syn på rettsvitenskapens som en del av det juridiske fellesskap, og derfor en avgjørende faktor for rettens innhold. Fleischer ser ikke bort fra juridisk teori som praktisk anvendelig, som oppslagsverk og lignende, men er kategorisk avvisende til å se på teorien som en rettskildefaktor.¹³⁸ Graver ser bort fra den gamle diskusjonen om juridisk teori er en rettskildefaktor eller ikke. Rettsvitenskapen er sentral for juristen. Men i likhet med rettssosiologien og øvrig rettsteori, er dens oppgave å kartlegge verdiholdninger.¹³⁹ Rettsanvenderens standpunkt bygger på en selvstendig drøftelse, men teorien kan være til hjelp for å finne ut hvilke vurderinger som er gjennomgående i teori og praksis. Og hvilke hensyn det er lagt mest vekt på, slik at ethvert standpunkt ikke må bygges opp fra bunnen.

¹³⁵ Graver i LoR (1999) s 572.

¹³⁶ Graver i TfR (2000) s 454-455.

¹³⁷ Fæhn i JV (1999) s 147.

¹³⁸ Fleischer. Rettskilder og juridisk metode (1998) s 226.

¹³⁹ Graver i TfR (2000) s 473.

6 Sammenfatning og avslutning.

6.1 Rettskildenormer.

Eckhoff mente at det foreligger en normativ styring bak rettsanvendelsen som ikke alltid kommer til uttrykk i domstekstene. Styringen skjer i form av visse normer overordnet retten som han kalte rettskildeprinsippene.

6.1.1 Prinsippenes grunnlag.

Ifølge Eckhoff har prinsippene opphav i langvarig bruk og en anerkjennelse blant jurister. Prinsippene har gradvis grodd frem som en del av juristers kulturarv, først og fremst ved mønsterdannende praksis i HR.¹⁴⁰ HRs praksis er i denne forstand mønsterdannende på to måter. For det første eksisterer den materielle rettspraksis. Det vil si når HR modererer eller skaper ny rett. Denne praksisen får status som rettskildefaktoren rettspraksis, som HR ikke er bundet av hvis de mener prejudikatene ikke burde opprettholdes. Den andre er den som danner grunnlag for rettskildeprinsippene. Det er den siste type praksis som skal omtales i det følgende.

Fleischer bruker ikke begrepene rettskildeprinsipp eller rettskildenormer. I hvert fall om vi skal tro stikkordslista. Han har ikke den samme forståelsen av overordnede normer som styrer juristenes argumentasjon, utover de som følger av Grunnloven eller konstitusjonell sedvanerett. Lov og forarbeider er relevante ut fra at det demokratiske prinsipp styrer rettskildebruken, og rettspraksis er relevant ut fra et forutberegnelighetssynspunkt.¹⁴¹ Og det beror på en konkret vurdering hvorvidt reelle hensyn hører med i drøftelsen. Relevansgrensene, etter Fleischer syn, beror da på hensynene selv: "Demokratiske hensyn", de som er framsatt av lovgiver, er åpenbart relevante. Øvrige hensyn må gjennomgås en konkret vurdering om de hører hjemme i

¹⁴⁰ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 20-21.

drøftelsen eller ikke. Det er ikke tillat for dommeren å ta i bruk personlige preferanser. Men i eksempelvis miljøraker må visse miljøhensyn inkluderes.¹⁴² Poenget i denne sammenheng er at Fleischer ikke har noen tro på at et selvoppholdende system av normer bestemmer relevansgrensene.

I sin fremstilling utformer Nygaard svært konkrete definisjoner av visse prinsipper som er bestemmende for rettskildebruken, og han kaller de "rettskjeldeprinsipp". Nedenfor gjøres det rede for at Nygaard setter klare navn på prinsippene. Spørsmålet her er hvilket grunnlag Nygaard mener prinsippene har. Er de en direkte følge av Konstitusjonen, slik Fleischer hevder, eller har de karakter av oversanselige retningslinjer, slik Eckhoff er blitt anklaget for å mene?

Det er primært domstolens oppgave å utvikle en praksis som kan danne grunnlaget for den juridiske metoden, sier Nygaard. Praksis er da med på å bygge opp vår rettskultur.¹⁴³ Prinsippene kan også framtre i form av legislative hensyn.¹⁴⁴ Nygaard bruker Bergos omtale av lovgivers mening som gjenstand for noe mer enn forarbeidstekstene.¹⁴⁵ Dette er hensyn som styrer hvordan loven bør tolkes. Å kalle dette for rettskildeprinsipper må vi nok tilskrive Nygaard alene, ettersom Bergo er sterk motstander av en forståelse av styrende rettskildenormer. For det tredje finnes visse prinsipper som er grunnleggende for vårt rettssystem. Nygaard nevner som eksempel grunnkravet om rettsgrunnlag som et prinsipp som har oppnådd status som konstitusjonell sedvanerett. Det er en del av vårt rettssystem og kan ikke endres av domstolene eller lovgiver.¹⁴⁶ Nygaard ender opp med en beskrivelse av rettskildeprinsippene som er like rettsrealistisk som Eckhoffs, selv om den kanskje gir noe flere nyanser i forklaringen av hvordan prinsippene dannes. Noen av prinsippene følger av Grunnloven. Men helhetlig sett er det tale om en sedvane som er utviklet over tid, mest av rettspraksis.¹⁴⁷ Bergo påpeker at Nygaard her kun erstatter et mystisk

¹⁴¹ Fleischer. *Rettskilder og juridisk metode* (1998) s 77.

¹⁴² Fleischer. *Rettskilder og juridisk metode* (1998) s 22. En kan rette kritikk mot at Fleischer ikke forsvarer og begrunner de relativt kompromissløse standpunktene han har. For eksempel, hva er den rettskildemessige begrunnelsen for å legge vekt på miljøhensyn i miljøraker?

¹⁴³ Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s 60 og 77.

¹⁴⁴ Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s 73-74.

¹⁴⁵ Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s 944 flg.

¹⁴⁶ Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s 65.

¹⁴⁷ Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s 85.

begrep med et annet når han bruker begrepet rettskultur.¹⁴⁸ I sin annen utgave virker Nygaard noe mer bevisst på problemstillingen framsatt av Bergo og Kinander om at den tradisjonelle fremstillingen av prinsippene taper rettens normative karakter.¹⁴⁹ Men han velger å kun notere seg problemstillingen, og holde på den deskriptive, etter min oppfattelse, realistiske fremstillingen.

Gjennom sitt prosjekt så David Doublet at debatten om rettskildenormer, gjennom det tyvende århundre, stod mellom naturretten og rettspositivismen. Han mente imidlertid at begge retningene var vitenskapelig foreldet, og ønsket å knytte den filosofisk baserte læren om tolkninger, hermeneutikken, til rettsteorien. Bernt og Doublets alternativ til rettskildeprinsippene er det juridisk kommunikative fellesskaps kvalifikasjonsnorm. Kvalifikasjonsnormen er Bergensvariantens forsøk på en syntese mellom den metafysiske naturretten som ville beholde rimelighetsbetraktninger i rettsteorien, og realistenes avmystifisering og rene deskriptive fremstilling. Kvalifikasjonsnormen bygger på to ting. For det første det Doublet kaller uniformerende juristskolering.¹⁵⁰ Dette ligner langt på vei på Eckhoffs ” gode samsvar” mellom hvordan jurister argumenterer, eller Andenæs’ begrep om ”den gode jurist”. Det andre elementet kvalifikasjonsnormen bygger på er gjeldende retts evalueringsgrunnlag. Evalueringsgrunnlaget er rettstatens grunnleggende verdier, så som demokrati, rettsikkerhet og forutberegnelighet. Det kommunikative felleskap har en enighet om at rettssystemet må bygge på dette evalueringsgrunnlaget.¹⁵¹ Og de er nedfelt i systemet selv. Systemets binding er en selvbinding.¹⁵² De er altså ikke et metafysisk sett av verdier som styrer rettssystemet ovenfra. Bergensvarianten vil inkludere verdivurderinger i rettsanvendelsen, for den mener de har en helt sentral plass der. Ross’ og Uppsala-skolens manglende skille mellom makt og rett¹⁵³ vil den ikke være med på, men den vil samtidig distansere seg fra Eckhoffs forståelse av styrende prinsipper. Hans ”rettskildeprinsipper” gir for dårlig veiledning om hva rettskildenormene inneholder, og hvordan de kommer styrende inn i forståelsen av rettskildefaktorenes relevans, slutning og vekt.

¹⁴⁸ Bergo. Tekst og virkelighet i rettskildelæren (2002) s 720.

¹⁴⁹ Nygaard. Rettsgrunnlag og standpunkt (2004) s 88-89.

¹⁵⁰ Doublet. Rett, vitenskap og fornuft (1995) s 318.

¹⁵¹ Doublet. Rett, vitenskap og fornuft (1995) s 407-408.

¹⁵² Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 265.

Bergo og Graver mener Eckhoff bygger opp et for svakt forsvar for sin teori om rettskildепrinsippene.¹⁵⁴ I TfR 1987 blander han sammen prinsippenes grunnlag og normative kraft, og synes å mene at domstolen er bundet av prinsippene, fordi de eksisterer.¹⁵⁵ I *Rettskildelære* er prinsippenes eksistens forutsatt uten noen begrunnelse. Friis Fæhn er enig og mener Eckhoffs teori om at noen uobserverbare prinsipper styrer rettskildebruken ikke har noen vitenskapelig begrunnelse.¹⁵⁶

Bergo går så langt som til å beskrive Eckhoffs rettskildепrinsipper som en normativ sfære over jussen.¹⁵⁷ Hans forsøk på å inkludere normativitet i retten gjør bare at det blir lett å gli tilbake i metafysikken, ettersom prinsippene står så uforklart og uanalysert. En av hjørnesteinene i Bergos kritikk går på motstand mot læren om bindene normer om hvordan rettsanvendelse foregår. Han kaller synet for ontologisering, eller ontologiseringsprosessen.¹⁵⁸ Prosessen består i at rettsvitenskapen ser visse gjentakende temaer i HRs tekster og gir de gjentakende temaene en karakter av psykologiske og sedvanebaserte normer. Bergo er uenig i denne ontologiseringen. Det ligger i det hele tatt en negativ karakteristik bak begrepet ontologi, slik Bergo bruker det. Grunnlaget for å sette HRs tekster i sammenheng med en normativ overbygning er for tynt. Det er for få eksempler fra praksis på at dommerne bruker overordnede normer som veiledning i rettskildebruken, og at de kan lese slike normer ut fra sin egen praksis, hvis en i det hele tatt finner noen.¹⁵⁹ Nå nevner ikke Bergo at Eckhoff heller ikke mente å finne klare eksempler i domstekstene.¹⁶⁰ Eng har påpekt dette, men han kommer også til at det vanskelig lar seg gjennomføre å trekke noen prinsipper som styrer rettskildebruken, ut av rettspraksis.¹⁶¹

Bergo mener at ingen forfattere bidrar med noe nytt i sine alternative syn. Nygaards "rettskultur", Bergensvariantens "kvalifikasjonsnorm" er bare nye begreper på den

¹⁵³ Se blant annet Sverre Blandhol. *Juridisk ideologi* (1999).

¹⁵⁴ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 346-347 og Graver i TfR (2000) s 456.

¹⁵⁵ Eckhoff i TfR (1987) s 201.

¹⁵⁶ Fæhn. *Ingen plikt til lydighet* (2002) s 845.

¹⁵⁷ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 357.

¹⁵⁸ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 32-33.

¹⁵⁹ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 35.

¹⁶⁰ Eckhoff og Helgesen. *Rettskildelære* (2001) s 21.

¹⁶¹ Svein Eng i TfR (1997).

samme ontologiseringen som Eckhoff stod for.¹⁶² Fleischers ”konstitusjonelle normer” som baserer seg på Grunnlovens tekst og tradisjonen, blir også bare et nytt navn på det samme fenomenet, nemlig en forståelse av styrende rettskildenormer. Fleischer er mer konsekvent enn sin med-konstitusjonalist, Nygaard som i dette spørsmålet snur og kommer med det ”rettskulturelle handlemønster” som svaret på hvorfor rettsanvendelsen ikke er subjektiv. Men jeg vil tro at Fleischer er for tradisjonell for å dele Bergos nye syn. Ideen om en konstitusjon som styrer rettssystemet ligner for mye på ontologiseringen den øvrige tradisjonen står for, og som Bergo ikke vil være en del av.

Graver påpeker at Doublets tese om evalueringsgrunnlaget bare er et forsøk på rematerialisering. En kommer ikke unna at den menneskelige vurdering er det bestemmende ledd i rettsanvendelsen uansett.¹⁶³ Verdioppfatninger er ikke ensartede. Heller ikke Eckhoff mente det. Han erkjente at det ikke finnes noen metode for å avklare hvordan ikke overensstemmende verdioppfatninger skal bestemme rettens grunnlag.¹⁶⁴ Doublets tese om evalueringsgrunnlaget tar ikke denne problemstillingen i betraktning og blir derfor bare en ny mystifisering.

6.1.2 Prinsippenes normative kraft.

Rettskildeprinsippene er ment å styre HR i sin argumentasjon, ifølge Eckhoff. Men hva mener han med ”styre”? Kan HR skape normene de skal være bundet av? Dette er et paradoks i Eckhoffs fremstilling, ifølge Bergo. HR kan ikke ha et så tvetydig forhold til rettskildeprinsippene. Han stiller opp to alternative tolkninger av Eckhoff, som han mener må skilles fra hverandre. (1) I det første alternativet har HR kompetanse til å endre prinsippene. I så fall har prinsippene bindende kraft kun for andre enn HR. Forutsatt at vi kun taler om HR blir det altså vanskelig å tale om prinsipper som styrer rettskildebruken, når dommerne selv kan endre de. (2) Det andre alternativet er at HR burde følge normene fordi de har legitimerende effekt. I så fall er vi tilbake til en metafysisk forståelse av prinsippene.¹⁶⁵

¹⁶² Bergo i Retfærd nr. 4 (2002) s 26.

¹⁶³ Graver i TfR (2000) s 467.

¹⁶⁴ Graver i LoR (1998) s 598.

Eckhoff kritiserer Alf Ross for å avvise alt som kan ligne på rettens overempiriske gyldighet.¹⁶⁶ At retten har et normativt grunnlag er for Eckhoff et utgangspunkt. Han ikke finner støtte for det hos Ross. Men støtter seg da heller til systemteorien¹⁶⁷ utviklet i samarbeid med Sundby. Gjennom systemteorien utformer han blant annet tesen om systemets tilbakekoblingsmekanismer. Tilbakekobling skjer når en praksis hos enkelte deltakere i systemet aksepteres og festes hos andre deltakere. Denne tesen løser ikke motsetningen, sier Bergo.¹⁶⁸ Hvis vi legger til grunn at praksisen følges av de som ønsker å følge den, er det ikke tale om noen normerende kraft. På den annen side, hvis vi anser praksisen for å gjelde også for de som ikke ønsker å følge den, er vi tilbake i syn på de bakenforliggende normene som noe oversanselig og metafysisk.

Vi blir stående igjen uten svar på hvordan rettskildedeprinsippene binder rettsanvendelsen hvis vi utelukkende skal bruke Eckhoff som kilde. Det er langt enklere å kritisere enkelte av Eckhoffs suksessorer som synes tolke Eckhoff klarere mot at prinsippene ansees som ontologiske størrelser. Bergo går derfor hardere til angrep på Erik Boes forståelse av rettskildedeprinsippene i kapittel 6 i *Tekst og virkelighet*. Jeg går ikke inn på denne kritikken her.

Graver anerkjenner at visse positive normer styrer rettskildebruken, i form av Grunnlov og lov, eksempelvis EØS-loven § 2¹⁶⁹. Men ideen om bindende normer vi ikke kan observere i form av positive kilder er kun psykologisk.¹⁷⁰ Rettsanvenderen er ikke styrt av normer, han bare oppfører seg som om han var det.

6.1.2.1 Er juristfelleskapets binding et alternativ?

Fleischer har ikke noe begrep om rettskildedeprinsipper som nevnt ovenfor. På s 57 kommer det imidlertid frem til at resonneringsmetodene til jurister faktisk har en kjerne av fasthet. Fastheten følger av en enighet mellom jurister. Likheten til Eckhoffs ”gode samsvar mellom jurister” er påfallende. Fleischers svar på hvorfor den juridiske metode ikke er relativistisk, er altså en ide om konsensus mellom jurister, kombinert med at vi

¹⁶⁵ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 349-350.

¹⁶⁶ Eckhoff i TfR (1987) s 202.

¹⁶⁷ Eckhoff og Sundby. *Rettsystemer* (1991).

¹⁶⁸ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 352.

¹⁶⁹ Lov 27. november 1992 nr. 109.

ut av Grunnloven og konstitusjonell sedvanerett, kan utlede de prinsipper som danner en rettskildelære.

Vi så at hos Bergensvarianten er diskursen i det juridiske fellesskapet (dommeres, forvaltningstjenestemenns, advokater og teoretikers praksis) med på å skape gjeldende rett. Graver anerkjenner betydningen av sosialiseringen juristene går igjennom, for de avgjørelsene som tas. Men fellesskapets diskurs kan ikke benyttes som målestokk for om avgjørelsene er korrekte. En side er at det ikke finnes ”korrekte” og ”gale” svar. Det er dessuten vanskelig å påpeke hva det materielle innholdet i fellesskapets diskurs skulle være. Hvem er eksempelvis autorisert til å sammenfatte hvilke normer fellesskapets praksis har bidratt med?¹⁷¹ At det er enighet i fellesskapet betyr ikke at svarene er riktige.¹⁷²

6.1.3 Prinsippenes innhold.

Eckhoff er unnvikende på å gi noen forklaring på hva rettskildeprinsippene går ut på. Han oppgir at de kun gir en viss veiledning.¹⁷³ Normene for hvilke rettslige vurderinger som er relevante unndrar seg til og med formulering.¹⁷⁴

Nygaard ser annerledes på prinsippene. I motsetning til både Fleischer og Eckhoff ser Nygaard ingen vanskeligheter med å utforme konkret hva rettskildeprinsippenes innhold er. Hans forståelse av rettskildeprinsippene er ikke at de er et ubestemmelig sett med normer som styrer rettsanvendelsen. De kan for eksempel eksistere i form av læren om rettskildefaktorenes tre funksjoner.¹⁷⁵ Det samme gjelder for lojalitetsplikten ovenfor lov og rettsystem (s 60), grunnkravet om rettsgrunnlag (s 62) og at en kan tolke rettsetninger ut av dommer på tre ulike måter (s 77-83). Prinsippene kan altså artikuleres. Noe mer mystisk enn dette er ikke rettskildeprinsippene, i Nygaards verden.

Rettskildeprinsippene skal ha funksjonen å si noe om rettskildefaktorenes relevans og vekt. Berge savner en presentasjon av prinsippene og en klargjøring av hva de

¹⁷⁰ Graver i TfR (2000) s 463.

¹⁷¹ Graver i TfR (2000) s 468.

¹⁷² Graver i LoR (1998) s 600-601.

¹⁷³ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 19.

¹⁷⁴ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 371.

inneholder. Vi får hos Eckhoff vite at det gjelder et krav for all rettsanvendelse om å komme fram til materielt gode resultater. Det er vanskelig å være uenig at noe slikt bør gjelde, men hvilket grunnlag har Eckhoff for å hevde det?¹⁷⁶ På den annen side blir prinsipper som er klarere identifisert som rettledeende i norsk rettsvitenskap gitt svært lite autoritet. Eksempelvis blir legalitetsprinsippet avmaterialisert i Eckhoffs *Forvaltningsrett*.¹⁷⁷ Også *lex superior* relativiseres. Det som gjelder er dommerens avveining om den trinnhøyere normen skal vike på grunn av noe en kan trekke ut av en trinnlavere norm. Prinsippet gjøres kun til et navn på de tilfellene der dommeren velger å legge vekt på den trinnhøyere normen.¹⁷⁸

Ved å eksplisitt savne en redegjørelse for rettskildefrinsippenes innhold kan vi ane en mistro til deres eksistens hos Bergo.

6.2 Rettskildefaktoren reelle hensyn.

6.2.1 Ulike perspektiver.

Eckhoffs forståelse av de reelle hensyn er at de er en beskrivelse av vurderinger uten forankring i det positive rettskildematerialet. Morten Kinander mener de vurderinger av resultatets godhet, som Eckhoff kaller reelle hensyn,¹⁷⁹ er en del av det å selvstendig argumentere rettsdogmatisk, og ikke bare et sted å henvende seg til for å finne argumenter.¹⁸⁰ Det som har fått navnet reelle hensyn er en egenskap, hvorved samspillet mellom de øvrige rettskildefaktorene formes.¹⁸¹

Et alternativ til denne måten å betrakte rettskildefaktoren reelle hensyn på, er at hensynene ikke er rettsanvenderens egne, men at de allerede eksisterer som en del av retten. Utfordringen er bare å finne dem. Kinander trekker frem Nils Nygaard som en representant for et slikt syn, ved at Nygaard ikke så på Sykejournaldommen som

¹⁷⁵ Se avsnitt 2.6.

¹⁷⁶ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 361.

¹⁷⁷ Eckhoff og Smith. *Forvaltningsrett* (1997) s 235 flg.

¹⁷⁸ Bergo. *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s 368-369.

¹⁷⁹ Eckhoff og Helgesen. *Rettskildelære* (2001) s 371.

¹⁸⁰ Morten Kinander. *Skaper Høyesterett ny rett? Nybrott og Odling*, *Festskrift til Nils Nygaard* (2002) s 290.

¹⁸¹ Kinander i *TfR* (2000) s 339.

rettsskapelse. De reelle hensyn som ble brukt var allerede fastlagt på forhånd.¹⁸² Kåre Lilleholt støtter opp om en slik forståelse av begrepet reelle hensyn.¹⁸³

Kinander er enig i Eckhoffs forståelse av hva rettslige vurderinger er og hvilken plass de har i rettsanvendelsen, men har betydelige motforestillinger mot hvordan vurderingene presenteres som kategorien reelle hensyn, og plasseres nederst på faktorlisten. Primært eksisterer det en distinksjon mellom en ekstern og intern forståelse av reelle hensyn som ikke blir presentert i Eckhoffs fremstilling. Den eksterne betydningen vil si den rettsvitenskapen bruker når den skal beskrive prosessene i rettsanvendelsen. Dette kan også kalles rettsvitenskapens operasjonaliserte begrep.

Den interne betydningen, er når rettsanvenderen selv tar i bruk vurderinger som ikke kan knyttes til noe positivt rettskildemateriale. Både rettsvitenskapen og operative jurister har adoptert begrepet reelle hensyn. Jeg skal nedenfor gjøre rede for hvordan Kinander mener at det hos juriststanden i dag eksisterer for lite bevissthet om skillet.

Fæhn og Graver kritiserer Eckhoff for å være for lite orientert mot analysen av verdivurderingene. Eckhoffs begrep reelle hensyn (den eksterne betydningen) er kun en kategori av hensyn domstolene ofte bruker. Det er ingen analyse av verdier som kan eller bør trekkes inn drøftelsen. Eckhoffs empiriske, deskriptive utgangspunkt medfører at han kun presenterer de vurderinger det finnes et mønster av i praksis, og de hensyn som det legges ofte vekt på. Redegjørelsen for rettsanvenderens vurderinger kun blir holdningsfakta og ikke noen verdianalyse.¹⁸⁴ De reelle hensyn blir kun en omtale av rettsanvenderens mulighet til å vurdere selv. Hvilke verdier som er relevante blir det vanskelig å finne noen veiledning om, bortsett fra klare grensedragninger mot personlige eller politiske preferanser.¹⁸⁵ Fæhn har en ganske likeartet analyse. Han peker på at Eckhoff kun operer med en tese om menneskelige verdier som psykologiske fakta. Han utvikler ingen verditeori.¹⁸⁶ Kinander er enig og mener det oppstår alvorlige problemer når jurister som skal ta avgjørelser i rettspleien ikke holder den eksterne og

¹⁸² Kinander. Skaper Høyesterett ny rett? Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 284-285. Og Nygaard Rettsgrunnlag og standpunkt (2004) s 267.

¹⁸³ Kåre Lilleholt i JV (2000). I følge Kinander er det kun disse to som har denne strenge positivistiske forståelsen av reelle hensyn. Se Kinander i LoR (2002) s 229 note 9.

¹⁸⁴ Graver i TfR (2000) s 438.

¹⁸⁵ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 372 og 374.

interne betydningen av reelle hensyn fra hverandre. Reelle hensyn som argument i rettsanvendelsen kan medføre et potensial for meningsløs referansebruk, hvis dommeren bruker den eksterne forståelsen. Dommerens begrunnelse kan da reduseres til: ”På bakgrunn av reelle hensyn er jeg kommet til...”. Han viser også til tilfeller i norsk rettspraksis hvor dette faktisk er tilfellet.¹⁸⁷ Dette betyr for det første at rettsvitenskapen i ettertid har vanskeligheter med å analysere hva som faktisk var utslagsgivende for avgjørelsen. Dette kaller Kinander potensialet for demokratisk underskudd i retten.¹⁸⁸ Det er det at domstolen kan hoppe over å forklare hvilke verdivurderinger som er foretatt som er uheldig for demokratiet, ikke i seg selv at domstolen kan skape rett. For det andre kan domstolen skjule om den har lagt vekt på hensyn det ikke er adgang til å legge vekt på. De kan være rettskildemessig irrelevante eller eksempelvis ulovlige etter forvaltningsretten. Risikoen for at domstolen gjør dette er selvsagt svært liten. Men det er potensialet som er uheldig, ifølge Kinander.¹⁸⁹

Bildet av rettskildedefaktoren reelle hensyn i rettsanvendelsen medfører også at det blir vanskeligere å se skillet mellom deskriptivitet og normativitet i rettskildelæren.¹⁹⁰ Synet på Eckhoff som positivistisk realist blir vanskelig å opprettholde. For Kinander er dette heller ikke noe ønskelig skille, ettersom han mener en ren deskriptiv rettskildelære ikke er særlig fruktbar. Synspunktet til Kinander er at vi heller burde si rett ut at inkluderingen av reelle hensyn som rettskildedefaktor, er en innrømmelse av at rettsanvendelse er en rettspolitisk vurdering.¹⁹¹ En jurists fremstilling av retten er normativ. Men i den etablerte forståelse av juridisk metode har rettspolitikken tatt strupetak på rettsvitenskapen.¹⁹² Og realismens egne idealer som legitimitet og

¹⁸⁶ Fæhn i JV (1999) s 157.

¹⁸⁷ Kinander i LoR (2002) s 234 flg.

¹⁸⁸ Kinander i LoR (2002) s 236.

¹⁸⁹ Synet deles av Bjarne Askeland i KJ (1999) s 121. Det må også nevnes her at jusstudenter, til langt opp på profesjonsstudiet, må forklares at navnet reelle hensyn alene ikke kvalifiserer som et relevant argument i en de lege lata-drøftelse i en praktikum. Flere gjør seg skyldige i å henvise til reelle hensyn uten å peke på hvilke hensyn det er eller hvorfor de er relevante i akkurat den sammenhengen. Undertegnede kjenner dette faktum, ettersom jeg selv ikke er uskyldig i denslags. Dette er selvsagt en uholdbar rettskildelærehenvisning. Men kan det være at faktor-inndelingen, slik den nå eksisterer, til en viss grad legger til rette for denne type feil? Kinander kan tas til inntekt for en slik synsvinkel. Jeg begrenser meg til å stille spørsmålet i denne fotnoten.

¹⁹⁰ Kinander i TfR (2000) s 344.

¹⁹¹ Kinander i LoR (2002) s 241.

¹⁹² Kinander. *The view from within* (2004) s 295. Ordbruken er kanskje ikke helt treffende. Jeg tolker Kinander slik at han mener at det er det vanntette skillet mellom rettspolitikken og rettsanvendelsen som tar strupetak.

akademisk åpenhet hindres i å gjøre seg gjeldende. Disse synspunktene er i utgangspunktet ikke Eckhoff fremmed for. Han sier selv, i sin fremstillings siste side:

”Den som begynner å studere jus, får lett et feilaktig inntrykk av hva juridiske problemer består i, når vurderingsspmåls spørsmål stadig blir formulert som kunnskapsspørsmål.”¹⁹³

Eckhoff sitt grunnleggende syn er at juss er argumentasjon på bakgrunn av kildene og ikke kildene selv. Kinanders poeng er at juridisk argumentasjon i rettsvitenskapen har en tendens til å bli nettopp kunnskapsspørsmål når fremstillingen av rettskildelæren ikke redegjør for skillet mellom intern og ekstern forståelse av rettslige vurderinger, og at de dessuten gis et så formalistisk navn som reelle hensyn. Rettsanvendere ender opp med å henvise til retten som noe som eksisterer utenfor dem selv, som de ikke trenger å begrunne. Det deskriptive idealet er nettopp det som skaper denne effekten. Realiteten er at våre egne vurderinger styrer rettskildebbruken. En kan ikke fraskrive seg ansvaret ved å hevde at gjeldende rett er slik, og det er noe det er opp til lovgiver å eventuelt endre.¹⁹⁴ Bernt har også påpekt at tolking og harmonisering av rettskildefaktorer ikke er mulig uten å trekke på egne forestillinger og verdier.¹⁹⁵ Det er den logiske positivismens grep om rettsteorien, gjennom realismen, som gjør at juridisk metode mister sitt dynamiske og verdimesse element.¹⁹⁶ De strenge verdifrihetskrav blokkerer vurderingsaspektet.

Fæhn er enig, men mener det at vurderinger framstilles som faktiske forhold er en klar del av lydighetskulturen Eckhoff bygger opp i sin lære. Det deskriptive ideal gjør at det ikke er rom for vurderinger som ikke stemmer med den kollektive bevissthet (normstrukturen).¹⁹⁷ Dermed blir oppfattelser som ikke bygger på internalisering neglisjert. I motsetning til Kinander mener Fæhn altså at denne siden av Eckhoffs teori ikke er en svakhet, men en bevisst kvalifisering av hvilke argumenter som skal være gyldige.

¹⁹³ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 399.

¹⁹⁴ Kinander i Retfærd nr. 4 (2003) s 22.

¹⁹⁵ Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 270.

¹⁹⁶ Bernt. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s 261.

6.2.2 Er det rom for en analyse av innholdet i hensynene?

Bernt savner et analyseverktøy i rettsteorien som kan analysere hva det er som skaper rettsproduksjon. Eckhoff og de som følger hans lære, har ikke vært uoppmerksomme på denne manglende analysen. Alle hensyn som kan tas med i en juridisk vurdering representerer et så komplekst system at det ikke lar seg beskrive i en metodelære, sies det. Dette er normer som unndrar seg formulering.¹⁹⁸ Bernt er ikke enig. Skal en rekapitulere det skjønnsmessige aspekt i rettsanvendelsen i teorien, må en være artikulert på hva skjønnnet består i. Verdivurderinger kan ikke fremstilles som objektivt, etterprøvbare, vitenskapelige argumenter.¹⁹⁹ Også Kinander skriver om den manglende problematiseringen av de reelle hensyns innhold, og karakteriserer den etablerte rettskildelæres holdning til spørsmålet som prinsipløst.²⁰⁰ Konsekvensene av den manglende analysen trekkes så langt som til å gjøre rettsanvendernes normative valg vanskelig tilgjengelig og dermed vanskeligere å kritisere.²⁰¹ Dermed står også fundamentale rettsstatlige hensyn i fare for å bli neglisjert.²⁰² Vi må unngå at juristene beveger seg bort fra grunnleggende rettstatlige idealer. Skal juristenes aktiviteter ha noen legitimitet i samfunnet for øvrig, må grunnlaget for deres verdivurderinger analyseres grundigere enn at det er ”ganske godt samsvar mellom juristers holdinger”.²⁰³

Vi ser altså at det er en del sammenfall mellom Bergensvarianten og postmodernistenes syn på de rettslige vurderingene. Forskjellen ligger i at Bergensvarianten ser på den manglende analysen som et mer alvorlig problem, ettersom den mener juristenes legitimitet står i fare hvis det ikke finnes et artikulert grunnlag for verdivurderingene. Et slikt grunnlag eksisterer eksempelvis i form av gjeldende retts evalueringsgrunnlag som Doublet tilbyr. Graver mener, på sin side at et forsøk på å bygge opp et felles grunnlag ikke engang bør forsøkes. Det leder kun til en ny mystifisering og uavklart rettsteori.

¹⁹⁷ Fæhn i JV (1999) s 146-147.

¹⁹⁸ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 371.

¹⁹⁹ Bernt. Hvorfor rettsfilosofi? Erkjennelse og engasjement (2002) s 16.

²⁰⁰ Kinander i LoR (2000) s 367.

²⁰¹ Kinander i LoR (1999) s 123.

²⁰² Kinander i TfR (2000) s 367.

²⁰³ Eckhoff og Helgesen. Rettskildelære (2001) s 371. Eller som Kinander sier: ”kun det faktum at jurister har studert sammen”. TfR (2000) s 367.

Bergo og Fæhn mener et felles verdigrunnlag blir en fiksjon som bare vil bygge opp under en lydighetskultur mot staten som allerede står for sterkt.

6.3 Rettsfaktorlæren.

6.3.1 Generelt.

I Eckhoffs lære framgår materialet rettsanvenderen har til rådighet i form av rettskildedefaktorer. Ifølge Bergensvarianten er listen over de syv faktorene et rettspositivistisk utslag hos Eckhoff.²⁰⁴ De seks første faktorene stiller krav om at rettsanvenderen tar i betraktning noe som er positivt gitt. Retten blir definert ved hjelp av faktorer som eksisterer i rom og tid. Reelle hensyn blir stående alene tilslutt som en forsvarer av rettens dynamiske karakter.

Erik Friis Fæhn mener Eckhoff har et poeng når han vil nyansere bildet slik at det blir klarere å se hvor rettsanvenderen henter argumentene fra. Han stiller imidlertid spørsmål ved grunnlaget for akkurat den listen Eckhoff kommer fram til. Den kan vanskelig vitenskapelig verifiseres. Det antydes også at listen ikke har noe empirisk grunnlag.²⁰⁵

6.3.2 Faktorfokuseringen.

Askeland mener konsekvensen av Eckhoffs faktorliste blir en unødvendig faktorfokusering.²⁰⁶ For det første kan fokuseringen på å finne svaret i en eller flere av faktorene, ta oppmerksomheten bort fra å bygge opp den rettslige argumentasjonen. For det andre legitimerer faktorfokuseringen at det legges uforholdsmessig mye vekt på enkelte rettskildedefaktorer. Eksempelet Askeland bruker, er å legge vekt på lovens forarbeider ut fra en demokratisk begrunnelse, selv om forarbeidene strengt tatt ikke sier så mye om spørsmålet man står overfor. For det tredje kan faktorfokuseringen gi faktorer vekt kun i egenskap av at en personlig autoritet i det juridiske miljøet står bak de. Et eksempel er domstolens henvisning til Johs. Andenæs' forståelse av

²⁰⁴ Bernt og Doublet. Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme. Retlig Polycentri (1993) s 135.

²⁰⁵ Fæhn i JV (1999) s 138.

²⁰⁶ Askeland i KJ (1999) s 118 flg.

straffeloven. Askeland bruker eksempelet med at den personlige autoriteten til lederen for en forarbeidskommisjon alene gir utredningene fra kommisjonen vekt.

6.3.3 Skillet tolkningsgjenstand og tolkningsredskap.

Skillet mellom tolkningsgjenstand og tolkningsredskap synes visket ut ved introduksjonen av begrepet rettskildedefaktor.²⁰⁷ Ifølge Eckhoff er tema for hans rettskildelære ”hva man bygger på (...) når man tar standpunkt til rettsspørsmål (...)”.²⁰⁸ Bergensvariantens tolking av dette blir at rettskildedefaktoren skal både uttrykke materialet dommeren tar i bruk for å finne retten, og argumentene som brukes for å fortolke materialet. Doublet mener dette gjør rettskildeteorien mindre oversiktlig. Det gir kun et falskt skinn av systematikk å blande disse momentene.²⁰⁹ Eckhoffs mål var å gjøre beskrivelsen klarere. Men å utviske skillet får bare den motsatte effekt. Det kan ikke være lengden på listen over argumentkilder som er avgjørende.²¹⁰ Målet burde være å legge til rette for en klarere forståelse av hva det vil si å argumentere juridisk.

Kinander omtaler også dette aspektet ved Eckhoffs rettskildelære. Han framholder at Eckhoffs manglende skille medfører at vi vanskelig kan få øye på hva som er dommerens vurderinger og hva som er kildematerialet.²¹¹ I den tidligere lære eksisterte det kun en liste over kildene. Rettslige vurderinger var en del også av den gamle lære, men stod ikke på kildelisten. Dette var forenkende, men i hvert fall oversiktlig. Eckhoff har lagt til en beskrivelse av rettsanvenderens redskaper, deriblant vurderingene som brukes, men han har latt alt stå oppført på den samme listen. Og det får konsekvensen at utredning og analysering av juridisk skjønnsmessige vurderinger blir vanskeliggjort. Eckhoffs teori tilbyr ikke noe apparat for å analysere hvordan dommeren har gått frem ved skjønnsmessige avveininger. Kinander bruker Kjuus-saken²¹² som eksempel. Poenget til Kinander er at ved en tradisjonell rettskildedefaktor-tilnærming er det vanskelig å få innsyn i hvordan HR drøftet spørsmålet om konstitusjonelt forankret ytringsfrihet mot lovfestet straff for visse ytringer. Avveiningsmodellen tilbyr her kun det svaret at det var en skjønnsmessig avveining. Og det medfører at rettskildelæren

²⁰⁷ Doublet. *Rett vitenskap og fornuft* (1995) s 270 flg.

²⁰⁸ Eckhoff og Helgesen. *Rettskildelære* (2001) s 15.

²⁰⁹ Doublet i *TfR* (1989) s 595.

²¹⁰ Bernt og Doublet. *Vitenskapsfilosofi for jurister* (1998) s 208.

²¹¹ Kinander. *The view from within* (2004) s 200.

ikke kan beskrive et rettssystem som ivaretar åpenhet og forutsigelighet. Våre rettsprinsipper kan ikke ha den plass i vårt rettssystem at de kun reduseres til å bli løselig brukt i konkrete helhetsavveininger.²¹³ Jeg går ikke ytterligere inn i drøftelsen her.

Vi har sett at Nygaards teori om rettskildefaktorenes funksjonsinndeling bidrar til en ny måte å se på rettsanvendelsen.²¹⁴ Funksjonsinndelingen utgjør klart et nytt element i rettskildelæren som er mer nyansert enn Eckhoffs relevans-slutning-vekt-modell der avveiningen tilslutt består av alle faktorenes kamp mot alle. Nygaard skriver selv at tilnærmingen med å først søke en primær rettshjemmel, medfører et skille mellom tolkingsgjenstand og tolkingsredskap.²¹⁵ Nygaard nevner ingenting om at dette skillet er etterlyst av Bernt og Doublet. Men å påstå at Nygaard har hatt som formål å utforme en beskrivelse av juridisk metode som gir svar på dette spørsmålet fra Bergensvarianten, tror jeg ikke ville være for langt fra sannheten. Rettskildefaktoren eller faktorene, som utgjør en primær rettshjemmel, blir tolkingsgjenstanden. Og øvrige faktorer som støtter eller strider mot hjemmelen blir tolkingsredskaper.

6.3.4 Fra faktorer til faktorgrupper.

Bergensvarianten tar ikke i bruk den tradisjonelle listen over rettskildefaktorer, men mener det vesentlige i rettskildelæren er at rettsanvenderen har tre retninger å forholde seg til som kan gi bidrag til løsningen av et rettsspørsmål. I Ex.phil-pensumet²¹⁶ presenteres en generalisering ned til en liste over tre rettsfaktorgrupper. Den første gruppen er positivt gitte legalitetsdokumenter, tekster, eller faktorer som bidrar til en klargjøring av disse, eksempelvis forarbeider, forhistorie og formålsbetraktninger. Den andre gruppen inneholder dokumenterbar, praksisdannende rettsproduksjon. Altså handlingsmønstre vi kan observere i ettertid og som vi som jurister mener vi kan trekke inn i vår drøftelse av foreliggende rettsspørsmål. Her samles altså rettspraksis, privat praksis og andre myndigheters praksis i en gruppe hvor deres funksjon som bidragsytere til rettsanvendelsen fremheves snarere enn hvilket opphav de har, eksempelvis om det

²¹² Rt. 1997.1821.

²¹³ Kinander. *The view from within* (2004) s 349.

²¹⁴ Se avsnitt 2.6.

²¹⁵ Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s 36.

²¹⁶ Bernt og Doublet. *Juss samfunn og rettsanvendelse* (1999) s 209.

foreligger personell kompetanse bak praksisen. I den siste gruppen er det gitt plass til det skjønnsmessige aspektet i jussen. Oversatt til Eckhoffs begrepsverden, er det bare de rettslige vurderinger det er plass til i denne gruppen. Krüger opererer med den samme inndelingen med en litt avvikende ordbruk.²¹⁷ Han fremhever at tredelingen belyser hvor sentral rettsanvenderens vurderinger er ved at skjønnsaspektet visuelt i modellen gis en like stor plass som lovtekster. Skoghøy har også foretatt en lignende inndeling.²¹⁸

Tredelingen representerer muligens et tilbakeskritt til den tidligere kildelæren, med vurderingsgruppen som en tredje kilde. Hva en kaller det nye synet er kanskje ikke så viktig. Tredelingen gjør i hvert fall at rettsanvendelsen ikke beskrives så formalistisk. Det vesentlige er at bidragene til løsningen kan forekomme i tre hovedformer.

Graver peker på at tredelingen ikke gir tre grupper med lik vekt, ettersom de begrunnes ulikt. Legalitetsdokumentene har politisk legitimitet, praksis bygger opp under forutberegnelighetshensynet og vurderingsgruppen begrunnes i rettferdighet og rimelighet.²¹⁹ Tredelingen blir således et forsøk på en ny deskriptiv rettskildelære, som debatten på 90-tallet har vist ikke er ønskelig. Vi bør beholde de progressive sidene av rettsrealismen, at rettskildene kan beskrives mer nyansert, og ikke stå for en utvikling som går ”tilbake”. Bergho er enig, og ser ikke hva nytt en slik tredeling skulle medføre.²²⁰

En annen side ved tredelingen bør sees i sammenheng med Bergensvariantens etterlysning av et skille mellom tolkningsgjenstand og tolkningsredskap. Det at faktorene reduseres til tre grupper, gjør at synet på hvilke argumenter som skal være relevante blir friere. Og rettskildelæren blir bedre egnet til å beskrive hvordan argumentene tolkes og harmoniseres.

6.4 Avslutning.

Gjennomgangen har, i mine øyne, vist to ting. Det første er at kritikken varierer med tanke på styrke. Nils Nygaard vil jeg tro ikke er enig i å bli fremstilt som en kritiker av

²¹⁷ Krüger i JV (1996) s 286 flg.

²¹⁸ Jens Edvin Skoghøy i Tfr (1994) s 840 flg.

²¹⁹ Graver i LoR (1998) s 597.

Eckhoff. Han er likevel blitt inkludert i denne fremstillingen fordi jeg har hatt et ønske om å favne om hele det alternative rettskildeteoretiske landskap.

Det andre er at kritikerne er langt fra enig i hva som bør kritiseres og hvordan den nye metodelæren bør se ut. Bernt og Kinander driver mest med teoretisk forskning. Nygaard og Fleischer har sine respektive fremstillinger hvor de presenterer sitt syn på metodelæren systematisk. Mens postmodernismens kjerne er at det ikke kan gis noen autorisert metodelære. Dette spriket resulterer, som vi har sett, i at kritikerne også er kritiske til hverandre.

Det sentrale, for jurister som står på sidelinjen og lurert på hva de skal følge, er at det nå eksisterer en levende debatt som ikke var der for ti år siden. Mangfoldet av rettskildeteoretiske skoler innebærer ikke noen krise, men heller en sunn diskusjon om metodens forutsetninger. Den holdning at Eckhoff ga de riktige svarene og derved stanset grunnlaget for debatten, er nå blitt kraftig utfordret. En voksende debatt vil forhåpentligvis bare være fruktbar i en juridisk virkelighet som stadig blir mer kompleks og internasjonalsert.

²²⁰ Bergo. Tekst og virkelighet i rettskildelæren (2002) s 114-115.

7 Litteraturliste

Aasen, Henriette Sinding. Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. Fagbokforlaget, Bergen. 2000. ISBN-82-7674-531-8

Andenæs, Johs. Innføring i rettsstudiet. 6. utgave. Cappelen Akademisk Forlag., Oslo. 2002. ISBN-82-02-21838-1

Andenæs, Mads Henry. Rettskildelære. Oslo. 1997. ISBN-82-91064-11-3

Askeland, Bjarte. Eckhoffs rettskildelære under press. Kritisk Juss. 1999, s 115-128.

Askeland, Bjarte. Erstatningsrettslig identifikasjon. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo. 2002. ISBN-82-0219854-2

Askeland, Bjarte. Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning. Jussens Venner. 2003, s 8-24.

Augdahl, Per. Rettskilder. 2.utgave. Aschehoug, Oslo. 1961.

Bergo, Knut. Høyesteretts forarbeidsbruk. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo. 2000. ISBN-82-02-19826-7

Bergo, Knut. Tekst og virkelighet i rettskildelæren. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo. 2002. ISBN-82-02-19822-4

Bergo, Knut. En realistisk rettskildelære – et urealistisk prosjekt? Retfærd nr 4. 2002, s 19-32.

Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David Roland. Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme. Artikkel i Retlig Polycentri. Peter Blume og Hanne Petersen (red.) s 115-147. Akademisk Forlag, København, 1993. ISBN-87-500-3132-5

Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David Roland. Retten og vitenskapen. Alma Ater, Bergen. 1993. ISBN-82-419-0137-2

Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David Roland. Vitenskapsfilosofi for jurister. Fagbokforlaget, Bergen. 1998. ISBN-82-7674-389-7

Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David Roland. Juss, samfunn og rettsanvendelse: En introduksjon til rettsvitenskapen. 2. utgave. Ad Notam Gyldendal, Oslo. 1999. ISBN-82-417-0915-3

Bernt, Jan Fridthjof. Hvorfor rettsfilosofi? Davids prosjekt, arven og arvingene. Artikkel i Erkjennelse og engasjement: Minneseminar for David Roland Doublet. Jan Fridthjof Bernt og Bjarte Askeland (red.) s 11-26. Fagbokforlaget, Bergen. 2002. ISBN-82-7674-890-2

Bernt, Jan Fridthjof. Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren. Artikkel i Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard. Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.) s 259-273. Fagbokforlaget, Bergen. 2002. ISBN-82-7674-827-1

Blandhol, Sverre. Juridisk ideologi: Alf Ross' kritikk av naturretten. København. 1999. ISBN-87-574-0155-1

Blandhol, Sverre. Norsk rettspositivisme? Tidsskrift for rettsvitenskap. 2003, s 419-433.

Boe, Erik. Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære. Tano Aschehoug, Oslo. 1996. ISBN-82-518-3453-8

Doublet, David Roland. Hermeneutikken og rettsvitenskapen. Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1989, s 589-612.

Doublet, David Roland. Rett, vitenskap og fornuft. Alma Ater, Bergen. 1995. ISBN-82-419-0170-4

Eckhoff, Torstein. Rettferdighet ved utveksling og fordeling av verdier. Universitetsforlaget, Oslo. 1971. ISBN-82-00-06138-8

Eckhoff, Torstein. Ross om rettskilder og rett. Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1987, s 197-213.

Eckhoff, Torstein. Video-intervju på Institutt for Offentlig rett, UiO. Gjort med Ola Mestad i 1989.

Eckhoff, Torstein og Sundby, Nils Kristian. Rettssystemer. 2.utgave. Tano Forlag, Oslo. 1991. ISBN-82-518-2930-5

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. Forvaltningsrett. 6. utgave. Universitetsforlaget, Oslo. 1997. ISBN-82-518-3522-4

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan Helgesen. Universitetsforlaget, Oslo. 2001. ISBN-82-518-3988-2

Eng, Svein. Får prejudikatlæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren? Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1997, s 21-44.

Fleischer, Carl August. Rettskilder og juridisk metode. 2.utgave. Ad Notam Gyldendal, Oslo. 1998. ISBN-82-417-0954-4

Fæhn, Erik Friis. Verdimessige forutsetninger for Torstein Eckhoffs rettskildelære. Jussens Venner. 1999, s 129-162.

Fæhn, Erik Friis. Ingen plikt til lydighet: En avhandling om jurisprudens – rettsvitenskapens normative karakter. Jacob Jarøy Forlag, Skien. 2002. ISBN-82-991672-1-3

Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett. 2.utgave. Universitetsforlaget, Oslo. 1999. ISBN-82-00-45237-9

Graver, Hans Petter. Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap. Lov og Rett. 1998, s 579-603.

Graver, Hans Petter. Bokanmeldelse: Nils Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt. Lov og Rett. 1999, s 570-573.

Graver, Hans Petter. Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover. Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2000, s 429-476.

Høgberg, Alf Petter. Bokanmeldelse: Knut Bergo: Høyesteretts forarbeidsbruk. Kritisk Juss. 2001, s 345-353.

Kinander, Morten. Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori? Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2000, s 324-368.

Kinander, Morten. Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen. Kritisk Juss. 2000, s 109-128.

Kinander, Morten. Trenger man egentlig ”reelle hensyn”? To betydninger, noen problemer. Lov og Rett. 2002, s 224-241.

Kinander, Morten. Skaper Høyesterett ny rett? Spenninger i norsk rettskildelære. Artikkel i Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard. Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.) s 281-297. Fagbokforlaget, Bergen. 2002. ISBN-82-7674-827-1

Kinander, Morten. En kritisk vurdering av moderne hermeneutisk rettsteori. Retfærd nr. 4. 2003, s 14-22.

Kinander, Morten. The view from within: An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence. Fagbokforlaget, Bergen. 2004. ISBN-82-450-0195-3

Krüger, Kai. Komparativ metode – observasjoner vedrørende prinsipper for rettsanvendelse i Europa nord og sør – illustrert ved tilfellet Norge og Italia. Jussens Venner. 1996, s 281-312.

Lilleholt, Kåre. Bruk av reelle omsyn i formueretten. Jussens Venner. 2000, s 49-60.

Nygaard, Nils. Rettsgrunnlag og standpunkt. 2.utgave. Universitetsforlaget, Bergen. 2004. ISBN-82-15-00632-9

Skoghøy, Jens Edvin. Rett, politikk og moral: Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning. Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1994, s 837-881.

Sørensen, Christian B. og Blikrud, Henrik N. Fra rettsrealisme til postmodernisme? Et skarpt blikk på juridisk metode. Stud. Jur. nr. 7. 1999, s 10-22.

Torvund, Olav. Å studere jus: Innføring i privatrett grunnfag. 2.utgave. Tano Aschehoug, Oslo. 1996. ISBN-82-518-3464-3

