

RETTSKILDELÆREN OG DE REELLE HENSYN

Kandidatnummer: 612

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17967 ord

18/11/2008

INNHOLDSFORTEGNELSE

1.	Innledning.	4
2.	Tidligere syn på rettskildelæren og de reelle hensyn.	7
2.1	Oversikt	7
2.2	Platous bruk av sakens natur.	9
3.	Dagens norske rettskildelære.	12
3.1	Eckhoff.	12
3.1.1	Noen utgangspunkter	12
3.1.2	Temaet for Eckhoffs rettskildelære	13
3.1.3	Rettskildeprinsippene	14
3.1.4	Vurderinger av resultatets godhet – reelle hensyn	16
3.2	Boe.	21
3.2.1	Hovedtrekk i Boes rettskildesyn	21
3.2.2	Rettsanvenderens vurderinger	23
3.3	Fleischer.	25
3.3.1	Hovedtrekk i Fleischers rettskildesyn	25
3.3.2	Nærmere om Fleischers syn på de reelle hensyn	29
4.	Hvilke reelle hensyn kan det legges vekt på.	32
4.1	Eckhoff.	32
4.2	Boe.	35
4.3	Fleischer.	37
5.	Hvilken vekt har de reelle hensyn.	40
5.1	Eckhoff.	40
5.1.1	Klar lovtekst	40
5.1.2	Uklar lovtekst	43
5.2	Boe.	46
5.3	Fleischer.	49
6.	Formålsbetraktninger og interesseavveininger.	52

6.1	Formålsbetraktninger.	52
6.2	Interesseavveininger.	55
7.	Alminnelige rettsgrunnsetninger.	58
8.	Rettsrealismen.	62
8.1	Noen utgangspunkter	62
8.2	Ulike retninger innenfor rettsrealismen	63
9.	Avslutning.	67
10.	Litteraturliste	69

1. INNLEDNING

Denne oppgaven skal dreie seg om bruken av reelle hensyn i dagens norske rettskildelære. Torstein Eckhoff definerer begrepet reelle hensyn på følgende måte: ”Med reelle hensyn menes vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig e.l.”.¹

Blant de spørsmålene som vil bli behandlet er hva dagens forfattere av lærebøker i rettskildelære mener om rettslige vurderinger generelt og om de reelle hensyn spesielt. Står de alle for det samme synet eller den samme læren, eller er det forskjeller mellom dem? Hva er det egentlig de mener når de snakker om de reelle hensyn og hvorledes mener de at disse hensynene skal brukes i den juridiske argumentasjonen?

Siden dette skal være en gjennomgang av forfatterens eget syn på disse spørsmålene og ikke en kritikk av det de står for, kan deler av fremstillingen få et noe refererende preg. Dette anser jeg nødvendig for å unngå at de finere nyansene i deres argumentasjon skal bli borte. Men jeg vil også komme inn med mine egne betraktninger og refleksjoner.

Tradisjonelt har det gått et hovedskille innenfor norsk juridisk argumentasjon mellom formalisme og pragmatisme. Hans Petter Graver har formulert det slik: ”Den formalistiske legger vekt på regler, begreper og form og løser enkeltspørsmål med utgangspunkt i systemet. Den pragmatiske legger vekt på konsekvenser og rimelighet og løser spørsmål med utgangspunkt i det aktuelle problemet”.²

En dom som er illustrerende for dette skillet er Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1816. Saken gjaldt en skiltmaker som hadde drevet sin virksomhet som aksjeselskap hvor han selv var hovedeier og nøkkelmedarbeider. Han ble skadet i en trafikkulykke. Spørsmålet var om

¹ Eckhoff s. 24.

² Graver, Tidsskrift for erstatningsrett 2005 s. 165-166.

skiltmakeren kunne kreve at erstatningen også skulle omfatte den tapte eierinntekten – aksjeutbyttet – fra selskapet, fordi skaden hadde som følge at verdiskapningen og nettoinntekten i selskapet ble redusert. Høyesterett kom frem til at erstatningen ikke kunne omfatte fremtidig tapt eierinntekt i form av aksjeutbytte fra selskapet.

Dommen ble avsagt med dissens 3-2.

Førstvoterende som talsmann for flertallet sier i avsnitt 28 at en direkte skadeliden ikke kan ”krevje bøtt ... det tapet som rammar andre. ... Eit aksjeselskap er eit sjølvstendig rettssubjekt, forskjellig frå aksjeeigarane.” Han fortsetter i avsnitt 29:”... Etablering av eit aksjeselskap har ein realitet. ... Ein hovudaksjeeigar eller eventuelt ein eineaksjeeigar kan ikkje då krevje at ein skal sjå bort frå selskapsforma når det oppstår ein konkret situasjon der han kan vere tent med det.”

Førstvoterende argumenterer her ut i fra et formaljuridisk tankesett. Den valgte selskapsformen får ikke bare betydning når selskapsrettslige spørsmål skal avgjøres, men også innenfor erstatningsretten. Dette er et rettsområde hvor pragmatismen inntil nå har rådet grunnen med vekt på dommerskjønn og de reelle hensyn.

Annenvoterende, som talsmann for mindretallet, argumenterer langt mindre prinsipielt. Hans tilnærming er utpreget pragmatisk og legger avgjørende vekt på de økonomiske realitetene og andre reelle hensyn. I avsnitt 45 siterer annenvoterende fra lagmannsrettens dom hvor det vises til den nære sammenhengen mellom A's personlige innsats – hans ”arbeidstid, kreativitet og personlige engasjement” - og resultatene i selskapet. ”... utbyttet har nærmest karakter av avkastning på utnyttningen av A's personlige ressurser. Forskjellen mellom lønn og utbytte fortoner seg derfor ... som svært liten.”

Mindretallet sier videre i avsnitt 50 at ” ... en formell betraktning ... ikke uten videre kan være bestemmende i en erstatningsrettslig sammenheng. Det avgjørende må være karakteren av den interessetilknytning det er tale om mellom skadelidte og selskapet.” Annenvoterende har vanskelig for å se at de grunner som gjør at man ” ... velger å drive som

aksjeselskap, bør være utslagsgivende for den erstatningsrettslige bedømmelsen”.

Graver mener at denne dommen kan varsle en kursendring og at pendelen nå er i ferd med å svinge tilbake fra en pragmatisk tilnærming, mot en mer formell måte å begrunne rettslige avgjørelser på.³ Et relevant spørsmål blir etter dette hva vi eventuelt er på vei tilbake til. Før jeg nedenfor i kapittel 3 flg. går nærmere inn på nåtidens norske jurister og deres fremstilling av rettskildelæren og de reelle hensyn, vil jeg derfor i kapittel 2 nedenfor, kort se på hvordan disse hensynene ble oppfattet av de ledende norske juristene i første halvdel av forrige århundre.

³ Graver, Tidsskrift for erstatningsrett 2005 s. 166.

2. TIDLIGERE SYN PÅ RETTSKILDELÆREN OG DE REELLE HENSYN

2.1 Oversikt

Erik M. Nesland har skrevet doktoravhandlingen Norsk rettskildelære 1884-1939, Tromsø 2006. Her tar han blant annet opp de juridiske forfatternes holdning til de reelle hensyn, eller sakens natur, som det den gang het.

Med sakens natur forsto disse juristene blant annet: Rettslige vurderinger av liberale verdier som hensynet til forutberegnelighet og likhet for loven. Men også nytten, nærmere bestemt hensynet til samfunnet, kunne anvendes som rettsgrunnlag.

Rettslige vurderinger via sakens natur ble drøftet på forskjellige måter. Men de fleste juristene la betydelig vekt på betydningen av sakens natur som grunnlag for rettsstandpunkt. Den kunne virke som en selvstendig rettskilde, men ble også brukt som et moment ved tolkingen av lov, sedvanerett og rettspraksis.

Oscar Platou og Francis Hagerup erkjente åpent betydningen av sakens natur i juridiske resonnementer.⁴

Fredrik Stang var i utgangspunktet kritisk og mente at sakens natur startet der den juridiske tanke endte.⁵ Også Ragnar Knoph var forsiktig med å åpent erkjenne betydningen av sakens natur som grunnlag for rettsstandpunkt.⁶

Men både Knoph og Stang ønsket å vise hvordan samfunnsutviklingen også sto i sentrum for rettsanvendelsen. Begge satte derfor søkelyset på den dynamiske rettsanvendelsen. Det

⁴ Nesland s. 310.

⁵ Nesland s. 310.

⁶ Nesland s. 311 .

følger implisitt av dette at de dermed hadde praktiske redskaper som de kunne bruke til å fortolke rettstoffet med og som var i tråd med Platous oppfatning av sakens natur.⁷

Gunnar Astrup Hoel skilte mellom verdibaserte og kunnskapsbaserte vurderinger og fremholdt at vurderinger var avgjørende for ethvert rettsstandpunkt, men han ville ikke bruke begrepet sakens natur om disse vurderingene. Astrup Hoels juridiske metode var en teori om hvordan rettslige beslutninger var basert på et sett av rettslige vurderinger.⁸

Frede Castberg avviste sakens natur på prinsipielt grunnlag. Dette fulgte av hans rettspositivistiske grunnsyn.⁹

Det var en utbredt oppfatning blant forfatterne at rettsutviklingen var dynamisk. At den skjedde i brytningen mellom motstridende menneskelige interesser og verdier. Noe som spredde seg til deres syn på samtidrettens anvendelse. Et rettsstandpunkt kunne ikke bare begrunnes ved bruk av tekniske begreper og mekaniske, logiske eller språklige slutninger fra rettslige normer. Det var like viktig å få frem at juridiske avgjørelser ble dannet på bakgrunn av den aktualitet og betydning det konkrete rettsspørsmålet hadde i samfunnet. Frem til den annen verdenskrig var altså den norske rettskildelæren historisk orientert, med sin vekt på rettens dynamiske karakter og vurderinger av sakens natur. Men det er viktig å presisere at alle forfatterne mente at det var behov for å anvende rettsprinsipper innenfor rettskildelæren.

Nesland konklusjon er at: ”norsk rettskildeteori 1884-1939 i ikke ubetydelig grad åpnet opp for anvendelsen av rettslige vurderinger i konkrete rettslige resonnementer. Bortsett fra Castbergs rettssyn, viser undersøkelsen følgelig at sakens natur som bærer av ofte standardiserte likhetsgrunnsetninger, konkrete vurderinger av samfunnets nytteverdi og

⁷ Nesland s. 311.

⁸ Nesland s. 311.

⁹ Nesland s. 312.

andre vurderinger av resultatets antatte godhet ble forutsatt som legitime grunner for rettstandpunkt i eldre norsk rettskildeteori. Dette bekrefter videre at norsk rettskildelære fra årene omkring 1900 inntil utbruddet for den andre verdenskrigen hadde klare frirettslige trekk.”¹⁰

Blant disse eldre forfatterne har jeg valgt ut Platou og vil se litt nærmere på hans bruk av sakens natur.

2.2 Platous bruk av sakens natur

For Platou var de sentrale rettskildene lov og sedvanerett, herunder rettspraksis og sakens natur. Rettvitenskapen ble ikke anerkjent som rettkilde, men den hadde likevel en viktig funksjon på grunn av sin ordnende, systematiserende og konkretiserende rolle. Platou mente spørsmålet om rettens gyldighet måtte besvares på historisk grunn og gjorde gjeldende et dynamisk grunnsyn på rettsendringsprosessen. Retten ble utviklet i et samspill mellom sedvanerett, rettspraksis og sakens natur på en side og rettsvitenskap og lovgivning på den annen side.

Platou var påvirket av Savignys¹¹ rettsmetode. Savigny – og Platou - legitimerte vurderinger av resultatets godhet ved å vise til rettens billighet. Retten var et system av rettsprinsipper. Saken natur var systemets grunn. Mellom dem var det en indre forbindelse. Sakens natur ble et praktisk uttrykk for hvordan samtidsretten var å forstå i lys av læren om retten som et system av prinsipper. Den var det element i rettsanvendelsen som tjente en funksjon i å tyde samtidens rett i lys av den tradisjonsbundne rett. I følge Savigny viser sakens natur både til en abstrakt rettside som refererer til rettens grunnfunksjon i å regulere samfunnet og som et uttrykk for systemets progressive kraft ved å vise til at rettens

¹⁰ Nesland s. 312.

¹¹ Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Tysk jurist og grunnlegger av den historiske skolen innen rettsvitenskapen.

billighet samsvarer med samtidens normative krav.¹²

Sakens natur hadde altså en funksjon som en rettskilde i samtiden og kunne sammen med sedvanerett bidra til rettsutviklingen ved at lover ble tolket innskrenkende. Platou mente at sakens natur lå til grunn for sedvaneretten. Og det var den samme sakens natur dommeren måtte se hen til når han skulle tolke loven eller befant seg på lovtomt område. Det innebar at sakens natur for dommeren var bestemt av ”de gjældende almindelige Retsprinciper” som ”Samfundet oppfattet den”, som et uttrykk for ”Samfundets Retsfølelse”: Den ble bestemt av de ”reale Forhold” som ”røber sig i Folkets daglige Praxis”, fordi ”Retsregelen er Produktet av de i Livet forhaandenværende Interesser, som den skal beskytte”.¹³ Sakens natur uttrykte altså visse trekk ved rettens praktiske funksjon i samfunnet.¹⁴

Jeg vil nå se litt nærmere på hvordan de rettslige vurderingene ble anvendt som rettskilde av Platou. Vurderinger av resultatets godhet kunne være en selvstendig rettskilde når det dreide seg om ulovfestet rett. Platou snakket om ”Resultatets Værd”. Med dette mente han rettslige vurderinger de lege ferenda av et konkret saksforhold. Men det var ikke snakk om en konkret rimelighet, men hva som var rimelig og hensiktsmessig for samfunnet. Dette stemte godt med velkjente prinsipper for dannelsen av rettstandpunkt ute i Europa. Sveitserlovboken §1 er et eksempel. Kort fortalt sier den at i mangel av andre rettskilder skal dommeren opptre som lovgiver. Da er det praktisk å kunne trekke slutninger fra retten som et system av normer.

I følge Platou ble den rettslige vurderingen gjennomgående foretatt på bakgrunn av ”almindelige Retsprinciper og Sakens natur” for å ”søge en Løsning, der staar i Harmoni med det gjældende Retssystem.” Ved å benytte en slik fremgangsmåte ville vurderingen avspeile den alminnelige rettsfølelsen i samfunnet og føre til at dommeren fulgte en regel

¹² Nesland s. 89-90.

¹³ Platou 1915 s. 57-60.

¹⁴ Nesland s. 53-58.

som i det store og hele ga det rimeligste og mest rettferdige resultatet.¹⁵

De lege ferenda vurderinger av resultatets godhet lå også ofte til grunn for tolkingen av lovfestede rettsregler. Hvis det var ”tvivl om Lovstedet skal fortolkes innskrenkende eller utvidende – er Lovstedet overhovedet flertydig, da vil Dommeren have at spørge om, hvilken Retsregel vil etter ”Sagens Natur” være den for Livet hensiktsmessigste”.¹⁶

Platou er inne på det hensiktsmessige som mulig lovtolkningsgrunnlag. Han betoner også den store forskjellen det her er på dommerens og lovgivers kompetanse. Dommeren er bundet av de gjeldende positive rettsregler og kan bare la seg lede av godhetsvurderinger innenfor denne snevre rammen. Lovgiver står derimot fritt og kan gjerne gi en ny regel som bryter med systemet bare fordi det virker hensiktsmessig.

Dommerens avgjørelser måtte derimot la seg innpasse i det bestående rettssystemet. Han måtte ikke komme frem til en regel som brøt med rettssystemets harmoni. Det var viktig at systemets prinsipper ble anvendt på en slik måte at det førte til en jevn rettsutvikling og ikke til store sprang.

Platou avgrenset sakens natur mot konkret billighet. Han ønsket med dette å markere avstand til den nye frirettsbevegelsen ute i Europa og dens subjektive vilkårlighet. Istedenfor å treffe beslutninger på grunnlag av vurderinger av konkret billighet skulle det legges vekt på den anerkjente lære og overlevering. Med dette mente han den rettsoppfatningen som hadde utviklet seg i praksis og som var i overenstemmelse med hensynet til samfunnet.¹⁷

¹⁵ Platou 1915 s. 232.

¹⁶ Platou 1915 s. 230.

¹⁷ ”Nesland s. 87-89.

3. DAGENS NORSKE RETTSKILDELÆRE

I dette avsnittet vil jeg se nærmere på de tre mest sentrale forfatterne innenfor den norske rettskildelæren de siste tiårene. Disse er slik jeg ser det Torstein Eckhoff, Erik Boe og Carl August Fleischer. Alle tre presenterer en pragmatisk rettskildelære, men det er forskjeller mellom dem. Dette gjelder ikke bare i synet på de reelle hensyn spesielt, men også i synet på rettskildelæren mer generelt.

Å legge vekt på de reelle hensyn åpner opp for et vidt dommerskjønn og gir rom for en omfattende rettskapende virksomhet. En tenkning som gir stor plass til den enkeltes subjektive vurderinger og kreativitet kalles gjerne frirettslig. Spørsmålet er om disse tre forfatterne virkelig har et så frirettslig syn på rettskildelæren eller om en slik påstand bare er basert på en myte. Men før jeg går inn på forfatterens syn på de reelle hensyn vil jeg trekke frem noen andre momenter hos dem, for å prøve å gi en litt nærmere karakteristikk av den rettskildelæren de gjør seg til talsmenn for.

3.1 Eckhoff

3.1.1 Noen utgangspunkter

Eckhoff var ikke særlig opptatt av rettsfilosofi. Han må vel heller betegnes som en praksisorientert pragmatiker. Hans bok Rettskildelære, som kom ut første gang i 1971, inneholder ingen filosofiske betraktninger. Det avgjørende for emnevalget har vært "... hensynet til hva som kan ha praktisk betydning for jurister..."¹⁸

Eckhoff var i utgangspunktet rettsrealist. Hans store læremester var Alf Ross. Ross tilbød en rettskildelære som var rent deskriptiv og hvor det var dommerideologien som ble satt i fokus. Hans prognoseteori var en teori om hvordan rettsvitenskapen kunne forhånds-

¹⁸ Eckhoff s. 19.

beregne denne dommerideologien. Ross skilte skarpt mellom deskriptive og normative utsagn.¹⁹ Normer og verdier var ikke noe objektivt eksisterende. De riktige moralske og rettslige normene kunne med andre ord ikke konstateres ved hjelp av objektive metoder. Dette i motsetning til objektivt eksisterende empiriske fakta. Ross aviste dermed verdi-realismen innen rettskildelæren.

Like avvisende var han mot de teoriene som bygget på naturretten og hvor de moralske og juridiske normene ble utledet ved fornuftens hjelp. Normer var for Ross ikke noe annet enn de faktiske psykologiske størrelsene vi finne innenfor en større eller mindre gruppe av personer med samme ideologi. Ross så retten i et demokratisk perspektiv, satte fokus på rettsanvenderens skapende bidrag og fremhevet betydningen av de pragmatiske faktorene – de reelle hensyn – når juridiske spørsmål skulle løses.

At Eckhoff følger Ross får vi et eksempel på allerede i bokens første kapittel, ”... det (er) dommerens rettsanvendelse jeg fortrinnsvis har for øye. For det er den man må gjøre seg fortrolig med for å bli ansett som en kompetent jurist”.²⁰

3.1.2 Temaet for Eckhoffs rettskildelære

Eckhoff definerer faget rettskildelære slik: ” I rettskildelæren gjøres det rede for hva man bygger på og hvordan man resonnerer når man tar standpunkt til rettsspørsmål de lege lata. (...) Juridisk virksomhet består for en vesentlig del i å ta standpunkt til rettsspørsmål og gi grunner for standpunktene.”²¹

Å ta standpunkt til rettsspørsmål dreier seg om den forutgående begrunnelsen, den som leder frem til resultatet. En bedre betegnelse er kanskje den indre begrunnelsen. Det vi snakker om er de overveielsene eller vurderingene som rettsanvenderen foretar på veien

¹⁹ Ross, Tidsskrift for Retsvitenskap 1931 s. 241flg.

²⁰ Eckhoff s. 17.

²¹ Eckhoff s. 15.

frem mot det endelige resultatet. Dette er det sentrale for Eckhoff som rettsrealist for det er på dette stadiet den egentlige metodebruken foregår. Den etterfølgende begrunnelsen er bare kamuflasje. ”Premissene skrives som regel etter at dommerne har tatt standpunkt og med sikte på at avgjørelsen er juridisk holdbar. Hensikten er ikke å gi noe referat av de overveielser som har ledet frem til standpunktet.”²² Han mener at dommerne i Høyesterett til en viss grad skjuler sine vurderinger –de reelle hensyn - bak mer formelle begrunnelser.

3.1.3 Rettskildeprinsippene

Disse overveielsene og vurderingene er ifølge Eckhoff styrt av rettskildeprinsippene. Han sier blant annet: ”holdninger til rettskildespørsmål (kan)varierte fra person til person. Men meget er likevel felles for dem som har fått sin opplæring i samme rettssystem. Blant annet føler de fleste seg bundet av visse normer som kalles rettskildeprinsipper Disse gir anvisning på hvilke kilder det er tillatt, og eventuelt nødvendig å hente argumenter fra når man skal løse rettsspørsmål. ... Dessuten gir rettskildeprinsippene en viss veiledning om hvilke argumenter som kan utledes av rettskildefaktorene, og om samordningen av dem.”²³

Eckhoff fremhever videre at rettskildeprinsippene i hovedsak er uskrevne og at de ligger på et annet plan enn de vanlige rettsreglene, eller i ”rommet” over eller bak rettsreglene. Det er rettskildeprinsippene som veileder oss når vi skal finne frem til rettsreglene og hva de går ut på. De styrer våre juridiske betraktninger og er altså normer av et helt annen slag enn de vanlige materielle normene.

Rettskildeprinsippene er ifølge Eckhoff en del av den juridiske kulturarven. Selv om hele juriststanden kan sies å ha deltatt i denne utviklingen så er det Høyesterett som har ledet an. For det er Høyesterett som endelig avgjør rettsspørsmål og den måten Høyesterett går frem på blir fulgt av andre jurister. Og han fortsetter: ”Av disse grunnene er det viktig å skaffe seg kjennskap til hvordan domstolene håndterer rettskildespørsmål. Bl.a. har det interesse å

²² Eckhoff s. 21.

²³ Eckhoff s. 19.

finne ut hvilke rettskildeprinsipper de anser seg bundet av, hvilke valg og spillerom prinsippene gir, om det kan spores bestemte tendenser i domstolenes verdiprioritering og vurderingsmåte etc.”²⁴

Det blir viktig å lese Høyesteretts domsbegrunnelser for å finne frem til de rettskildes prinsippene domstolen anser seg bundet av. Ut i fra dette må en vel kunne si at Eckhoff er en psykologisk realist. Rettskildeprinsippene er de faktorene som motiverer dommerne og er derfor å anse som psykologisk virkende størrelser.

Dette ligner på Ross. Hans dommerideologi var en psykologisk virkende faktor som en fant frem til ved å studere Høyesteretts tekster. Som Ross har Eckhoff et normdeskriptivt utgangspunkt.

Det neste spørsmålet som må stilles er hva disse prinsippene går ut på. De fleste rettskildeprinsippene er retningslinjer. De er normer som ikke gir direkte svar på de rettsspørsmål som skal løses, men anviser momenter som kan, eller skal, tas i betraktning ved løsningen. De kan sies å ha en ”luftig” karakter.²⁵

Eckhoffs har stilt opp en liste over relevante rettskildefaktorer hvor lovens ordlyd står øverst og de reelle hensyn nederst. Denne listen sier oss hvilke rettskildefaktorer som er relevante. Når loven står øverst så må vel det bety at det er den som teller mest? Men så enkelt er det ikke. ”Den rekkefølge faktorene er oppført på i listen foran er ikke bestemmende for vekten. ... Lovteksten er f.eks. plassert først fordi det er naturlig å ta utgangspunkt i den. Vanligvis må man nok også legge stor vekt på det man ved vanlig lese måte får ut av teksten” (mine understrekninger).²⁶

Her angis en norm, men den er svært vag og setter egentlig ingen grenser. Forbeholdene,

²⁴ Eckhoff s. 21.

²⁵ Eckhoff s. 20 og 32.

²⁶ Eckhoff s. 28.

som jeg har understreket, gjør at det meste er mulig uten å komme i konflikt med normen. Når Eckhoff i det videre uttaler at dersom ”Høyesterett har tolket loven annerledes, veier det normalt tyngre”, er det derimot ikke uten videre gitt at dette er en angivelse av en norm, eller om det bare er en beskrivelse av praksis.

Rettskildeprinsippene sier noe om hvilken vekt de forskjellige momentene skal tillegges.²⁷ Så hører vi ikke mer om disse normenes innhold utover at rettskildefaktorene ikke har faste vekter.²⁸ Argumenter som skriver seg fra samme rettskildefaktor kan tvert i mot ha forskjellig vekt.²⁹ Når han sier at vekten av en faktor kan variere, og at dette avhenger av faktorens alder, enstemmighet, klarhet og de reelle hensyn, er dette forhold som ytterligere understreker at det dreier seg om vage og upresise normer.

Eckhoff fremholder at han har forsøkt å være klar på hva som er vurderinger og hva som er beskrivelser og at han muligens ikke har lyktes helt med det.³⁰ Jeg vil vel si at han ikke har lyktes så godt. For når jeg leter hos Eckhoff etter disse retningslinjene finner jeg bare referater av dommer, hans generelle inntrykk av praksis og formodninger om hva som vanligvis teller mest i de mer kompliserte rettskildesituasjonene. Konklusjonen må bli at Eckhoff faktisk ikke legger så mye vekt på styring via åpne rettskildenormer som han gir inntrykk av i innledningskapittelet. Men som vi snart skal se finnes det andre mekanismer som holder rettsanvendelsen på plass.

3.1.4 Vurderinger av resultatets godhet – reelle hensyn

Det er særlig en rettskildefaktor som får stor betydning hos Eckhoff når det oppstår motstrid mellom faktorene. En faktor som kommer inn når vi skal avgjøre hvilke faktorer som er relevante, hvordan de skal tolkes og hvilken vekt de skal ha. Det er faktoren som i vid betydning omtales som vurderinger og som når den kommer inn som en selvstendig faktor

²⁷ Eckhoff s. 20.

²⁸ Eckhoff s. 28.

²⁹ Eckhoff s. 28.

³⁰ Eckhoff s. 22.

under den siste avveiningen, av Eckhoff gis betegnelsen dommerens vurderinger av resultatets godhet eller kort og godt de reelle hensyn.

Eckhoff har gitt kapittel 14 i sin rettskildelære overskriften rettslige vurderinger.

Med begrepet vurderinger mener han helt generelt: ”..... standpunkter til verdispørsmål, og de overveielser som ligger til grunn for dem. Med verdispørsmål sikter jeg til spørsmål om noe er godt eller dårlig, riktig eller galt, forsvarlig eller uforsvarlig, pent eller stygt etc. For at det skal dreie seg om en vurdering, må standpunktet til et slikt spørsmål i noen grad være skjønnspreget. Jeg holder altså utenfor tilfeller hvor man kan bygge på helt sikre og eksakte kriterier. Om svaret på et regnestykke er riktig eller galt, anser jeg f.eks. ikke som noe vurderings spørsmål.”³¹

Vurderinger som munner ut i standpunkter til kunnskapsspørsmål holdes altså utenfor. Hva som ellers skiller den ”verdiladete” og ”verdinøytrale” språkbruken fra hverandre sier han ikke noe mer om.

Innenfor jussen er det to typer vurderinger. For det første er det spørsmål om noe er holdbart eller forvarlig. Dette er en vurdering som må foretas på alle stadiene i rettsanvendelsesprosessen. For det andre er det spørsmål om noe er godt. Dels vurderes godheten av det enkelte argument, både når det gjelder om vi vil bruke det og når vi skal avgjøre hvilken vekt det skal ha. Dels vurderes godheten av sluttresultatet både med hensyn på den generelle rettsregelen og i det konkrete tilfellet. Mellom dem er det et nært samspill. Godheten kan få betydning for om resultatet skal anses for holdbart og forsvarlighetsbetraktninger kan sette grenser for godhetsvurderingen.³²

³¹ Eckhoff s. 366.

³² Eckhoff s. 366-367.

Vurderingene kommer inn på flere stadier i rettsanvendelsesprosessen. Hva som generelt sett er relevant gir rettskildeprensippene svar på. Men disse prinsippene er ikke eksakte og uttømmende. Hva som skal tas med er derfor et vurderingsspørsmål og det gjør seg gjeldende i forhold til alle rettskildefaktorene.

Hva som er relevant ved avgjørelsen av det enkelte retts spørsmål kan bero på en vurdering.

Kan spørsmålet løses ved å anvende en lov på et annet rettsområde analogisk?

Hvilke argumenter en kan trekke ut av de forskjellige rettskildefaktorene vil også avhenge av vurderinger. Spørsmålet om hva som er en lovs formål kan f.eks. bli påvirket av rettsanvenderens egne vurderinger av hva som bør være formålet. Det vil også være et vurderingsspørsmål hvilke argumenter en skal ta med – både når en skal foreta sine egne overveielser og når en skal begrunne det resultatet en har kommet til overfor andre.³³

Vurderinger får altså betydning ved anvendelsen av alle slags rettskildefaktorer. Eckhoff skriver mye om den rettslige argumentasjonens godhet, men bruker ikke mye plass på den juridiske argumentasjonens forsvarlighet.³⁴ Det burde vært en standard, men er knapt mer enn en retningslinje. Eckhoff henviser riktignok til rettskildenormene, men som vi har sett, er disse vage og de retningslinjene vi finner der er ikke til stor hjelp. Hvor grensene for den forsvarlige juridiske argumentasjonen skal trekkes overlater Eckhoff i stor grad til rettsanvenderen selv å avgjøre.

Og sist men ikke minst kommer vurderinger inn når sluttresultatet skal fastsettes.

Vurderinger av resultatets godhet spiller her en særlig stor rolle. Dette er de egentlige reelle hensyn. Om dette sier Eckhoff:

”Det er vurderinger av resultatets godhet jeg kaller reelle hensyn. Med resultatets godhet sikter jeg dels til om den generelle regel man kommer frem til er innholdsmessig og rettsteknisk god, og dels – hvis det er et individuelt rettsspørsmål man skal ta standpunkt til

³³ Eckhoff s. 367-369.

³⁴ Eckhoff s. 366-367.

– om løsningen er god i dette spesielle tilfellet. Vurderingene av generell og individuell godhet trenger ikke falle sammen, for det kan tenkes å gjøre seg gjeldende særlige hensyn i det individuelle tilfelle – altså hensyn som ikke er typiske for alle de forhold regelen har anvendelse på.”³⁵

Eckhoff peker videre på at de reelle hensyn skiller seg fra de øvrige rettskildefaktorene:

”Mens de øvrige faktorer er slikt som man skaffer seg kjennskap til ved lesning eller ved å innhente opplysninger på annen måte, er reelle hensyn for en stor del produkter av rettsanvenderens egne overveielser. Men skillet mellom det vi henter utenfra og det vi tar fra oss selv, er ikke skarp. Våre juridiske resonnementer og vurderinger er for en stor del produkter av den påvirkning fra andre jurister som vi har vært utsatt for i studietiden og senere. Og omvendt har våre egne vurderinger en tendens til å prege vår tolking av det vi leser eller hører.”³⁶

Godhetsvurderinger (reelle hensyn) kan imidlertid også virke inn på bedømmelsen av de andre rettskildefaktorene og ikke bare komme inn når sluttresultatet skal bestemmes. De reelle hensyn kommer altså inn som momenter under de avveiningene som må foretas på alle de fire nivåene jeg tidligere har beskrevet. Syntesen av det han så sier, og som igjen bærer mer preg av antagelser enn av normer, blir at et arguments relevans og vekt ikke bare blir bestemt av om det står på listen over rettskildefaktorer, men at dette også vil avhenge av hvordan en vurderer argumentets kvalitet.³⁷

Resultatet av dette blir at det egentlig ikke lenger er de skrevne tekstene som bestemmer hva som er gjeldende rett. Det blir det på en måte dommeren som gjør. Gjeldende rett blir det som dommeren selv bestemmer seg for er en forvarlig juridisk argumentasjon etter at

³⁵ Eckhoff s. 371.

³⁶ Eckhoff s. 24.

³⁷ Eckhoff s. 370.

han har veid alle momenter som taler for og imot og særlig tatt hensyn til hva som vil gi et godt resultat.

Selv om rettskildeprinsippene både er vage og uskrevne, setter de imidlertid visse grenser for vurderingsfriheten. Eller som Eckhoff uttrykker det: ”..Men selv om man ikke har formulerte regler å gå etter, vil den trenede jurist ha en ganske god føling med hvor stor vekt det er forsvarlig å gi de forskjellige argumenter. Og det er ganske god samsvar mellom forskjellige juristers holdninger til dette. Man kan kanskje se det slik at forsvarlighetsvurderinger langt på vei styres av normer som unndrar seg formulering.”³⁸

Så alt er likevel ikke bare ren vilkårlighet. Det foreligger en større grad av enighet og orden i rettsystemet enn det en ved første øyekast skulle tro. Den forutberegneligheten som før kunne finnes i de offisielle tekstene og de formelle rettskildennormene finnes i dag hos den norske juristen, som under sin utdanning og senere sosialisering har fått inkorporert de rette følelsene for hva som vil være det juridisk riktige og forsvarlige.

Det er imidlertid et problem at disse skjulte normene ikke lar seg beskrive utover at de skriver seg fra det likeartede i våre verdier og tenkemåte. Det kan selvfølgelig komme av at vi her har å gjøre med det som kalles ”det juridiske skjønn”. Nærmere bestemt den juridiske intuisjon eller forståelse. Med denne er det som med gehøret i musikken. Noen har det bare sånn helt uten videre, nærmest medfødt. Men det kan læres akkurat som juristen ved sin utdanning og senere sosialisering oppøver evnen til å vurdere hva som er en forsvarlig juridisk argumentasjon.

En vel så nærliggende forklaring kan være at både verdiorienteringen og tenkemåten i de mer maktvennlige kretsene og i det politiske Norge er forholdsvis ensartet uavhengig av hvilket politisk grunnsyn den enkelte har.

³⁸ Eckhoff s. 371.

3.2 Boe

3.2.1 Hovedtrekk i Boes rettskildesyn

Erik Boe har skrevet boken *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo 1996. Boe vil beskrive ”den rette” normbaserte rettskildelæren og han mener det eksisterer et finmasket nett av rettskildenormer.

I rettskildelæren er det rettskildereglene som står i ”brennpunktet”. Det er disse reglene som ”avgrenser, peker ut og styrer” bruken av de rettskildedefaktorene det kan eller skal legges vekt på for å finne frem til hva rettsregelen går ut på.³⁹ Videre fremhever han forskjellene mellom sin egen og Eckhoffs rettskildelære: ”Jeg skiller meg også fra Eckhoff ved at søkelyset i min bok blir satt på normene for holdbar rettskildebruk, mens han setter det på de enkelt faktorene.”⁴⁰ Boe har også et eget underkapittel som heter: ”Hovedperspektiv på normene istedenfor på de enkelte faktorene.”⁴¹

I kapittelet om rettskildelærens egenart fremhever han – i forbindelse med lovtolkningen – at retts tolking skiller seg fra annen tolking og peker på at hovedforskjellen ”er at det finnes rettsregler for denne prosessen, nemlig rettskildeprinsippene.”⁴² Han uttaler også:

”I Norge er det domstolene som har utviklet rettskildereglene. Ikke slik å forstå at den enkelte høyesterettsdommer har stått fritt til å finne på rettskilderegler. Reglene har vokst fram gradvis som en del av den norske retts- og kulturtradisjonen. (...) De er sedvane-relaterte. Nettopp derfor er rettskildereglene såpass vage som de er (derfor ordet rettskildeprinsipper). Vagheten er både en fordel og en ulempe. Det gjør at reglene lettere lar seg tilpasse endrede retts- og samfunnsforhold enn om de hadde stått i lov eller Grunnlov. På

³⁹ Boe s. 133.

⁴⁰ Boe s. 134.

⁴¹ Boe s. 135.

⁴² Boe s. 142.

den annen side kan savnet av faste og skarpe regler gjøre at avstanden mellom liv og lære blir større enn den ellers ville ha blitt.”⁴³

For Boe består rettskulturen ikke bare av Høyesterett men inkluderer også lovgiver, underordnede domstoler og forvaltningen. Men ”... skal nydannelser få gjennomslag og bli akseptert som gjeldende rett, må Høyesterett legge dem til grunn.”⁴⁴ Her viser Boe seg som en psykologisk realist hvor Høyesterett får hovedansvaret for å videreføre – kanskje justere er et bedre ord – rettskildetradisjonen.

Men det er ikke ”...rettskildebruken i hver enkelt dom som avgjør om jeg vil si at rettskildebruken stemmer overens med eller strider mot gjeldende rett. Det er de bakenforliggende rettskildereglene som avgjør det.”⁴⁵ Fordi rettskildene er basert på sedvane blir de også retningsgivende for dommerne. De står på en måte over Høyesterett og kan dermed brukes til å bedømme rettens enkeltavgjørelser. En dom fra Høyesterett kan derfor være gal eller uriktig i sin rettskildebruk.

Hvordan kan da Høyesterett lede an i utviklingen av rettskildelæren, når det ikke er retten selv som avgjør hva som er den riktige rettskildebruken? Og hvem er det i så fall som skal avgjøre den rette lære? Følgen av Boes lære må bli at dersom Høyesterett endrer rettskildebruken så vil de første dommene være uriktige. Før eller senere vil den nye rettskildebruken bli gyldig, men inntil dette skjer vil Høyesterett fortsette å avsi dommer basert på en uriktig metode. Dette passer vel ikke helt med rettsrealismens syn på Høyesterett som den øverste fortolkeren av den norske rettstradisjonen? Jeg ville tro at for en ekte realist så må alltid Høyesteretts siste praksis være et uttrykk for den riktige rettskildelæren. Dette er et i alle fall et tankekors.

⁴³ Boe s. 146.

⁴⁴ Boe s. 147.

⁴⁵ Boe s. 135.

Jeg skal imidlertid ikke forfølge dette emnet nærmere, men slår fast at for Boe blir rettskildereglene av en slags fundamental karakter og at det må være riktig å karakterisere Boes rettskildelære som normativ og ikke normdeskriptiv.

3.2.2 Rettsanvenderens vurderinger

Erik Boe har også et eget kapittel om vurderinger - kallet Rettsanvenderens vurderinger. Han fremhever at rettslige vurderinger må ikke forveksles med de konkrete rimelighetsbedømmelsene som følger direkte av loven, f.eks. avtaleloven § 36. Rettsanvenderens vurdering dreier seg om å bestemme innholdet av rettsregelen. Og han presiserer at ”Rettsanvenderens vurdering er en mer subjektiv og individuell rettskildefaktor enn de andre rettskildefaktorene. Derfor reiser faktoren flere særspørsmål.”⁴⁶

Boe mener at rettsanvenderens vurderinger er det samme som rettsanvenderens eget retts-syn. Han velger denne betegnelsen isteden for reelle hensyn fordi han mener den er mindre kryptisk og mystifiserende, selv om en slik betegnelse isolert sett kan oppfattes som om rettsanvenderen har en større frihet enn det som er tilfelle. Ved å bruke en slik betegnelse unngår en spørsmålet om hva de reelle hensyn egentlig er for noe. For reelle hensyn kan språklig stå i motsetning til formelle, fiktive eller tilsynelatende hensyn, men dette passer ikke ”... for reelle hensyn er det som blir anført av rettsanvenderen, ikke de dypere liggende motivene eller beveggrunnene”.⁴⁷

Boe poengterer at rettslige vurderinger ikke er å betrakte som ren synsing. De bygger alltid på et faktagrunnlag og krever derfor gode kunnskaper om virkeligheten.⁴⁸

Det er viktig å skille mellom rettsanvenderens vurderinger og andres vurderinger. Men

⁴⁶ Boe s. 290.

⁴⁷ Boe s. 158-159.

⁴⁸ Boe s. 292.

enda viktigere er det å skille mellom vurderinger de lege lata og rettspolitiske vurderinger. Rettsanvenderen står langt friere i sine vurderinger i det siste tilfellet enn når han skal bestemme hva som er gjeldende rett.⁴⁹

Rettsanvenderens vurderinger er det samme som det Eckhoff beskriver som de reelle hensyn, dvs, ”... å argumentere med rimelighet, rettferdighet, hva som er nyttig, effektivt og godt”⁵⁰ Og som Eckhoff påpeker han at en ikke kan trekke inn hvilke som helst vurderinger i regelanvendelsen. Det er en grense, men hvor den går kan diskuteres.

Boe mener at vurderinger kan komme inn på tre måter i rettsanvendelsesprosessen.

For det første kan vurderinger komme inn som en uselvstendig faktor når vi tolker de andre rettskildedefaktorene. Vi tolker ikke abstrakt og filologisk. Når vi spør hva som rimeligvis menes med en lovtekst eller en dom bruker vi vår sunne fornuft og vurderer de forskjellige alternativene. Som oftest er det i denne betydningen vurderinger får anvendelse. De påvirker tolkingen av de andre rettskildedefaktorene.

For det annet får vurderinger betydning når de andre faktorene skal veies mot hverandre. Vektprinsippene er ikke faste og entydige. Rettsanvenderens egne vurderinger av hva som er rimelig kan derfor få betydning når de andre rettskildedefaktorene skal veies.

For det tredje kan rettsanvenderens vurderinger komme inn som en selvstendig faktor og ikke bare via dem eller i forholdet mellom dem. Ett eksempel på at vurderinger kom inn på flere måter er Selvmordsdommen i Rt. 1984 s. 1425.⁵¹

⁴⁹ Boe s. 291.

⁵⁰ Boe s. 291.

⁵¹ Boe s. 295-296.

3.3 Fleischer

3.3.1 Hovedtrekk i Fleischers rettskildesyn

Det finnes også en annen norsk rettskildetradisjon enn den deskriptive linjen som særlig Eckhoff og i noen grad Boe står for. Denne ser retten i et *desententia ferenda* perspektiv. Den rette rettskildelæren er den som egner seg best, ”alle forhold tatt i betraktning”.⁵² Noe som gir god plass for en moderat normativisme. Dette er altså en retning som er mer normativ enn deskriptiv. Dens fremste talsmann i dag er Carl August Fleischer.

Fleischer polemiserer mot de som ”...har manglende sans for realitetene og for reelle hensyn – inklusive hensynet til vårt demokratiske styresett”.⁵³ Ved å henvise til realitetene og de reelle hensyn fremstår ikke Fleischer som en kritiker av realismen. Han vil vel snarere bare ha mer av det samme. Ved sin sterke betoning av lovgiver og vårt demokratiske styresett kan vi kanskje si at Fleischer er en demokratisk realist?

Fleischers rettskildelære er pragmatisk. Han har litt av alt. For det første inneholder den psykologiske forestillinger på linje med de andre psykologiske realistene. Som når han konstaterer at de dømmende og utøvende myndighetene samt private opererer som om det skulle finnes gyldige rettsnormer i oversanselig forstand. Men ”... uansett om gyldige normer virkelig skulle eksistere eller ei, ligger deres betydning utelukkende i at en rekke personer opptrer som om det gjorde det – hva enten dette skyldes en virkelig tro på normene eller andre motiver”.⁵⁴

For det andre finner vi elementer av en konsensusteori. I forbindelse med rettskildedefaktorene fremhever han blant annet den ”betydelige enighet” som finnes når det

⁵² Fleischer s. 56.

⁵³ Fleischer s. 267.

⁵⁴ Fleischer s. 53.

gjelder den fremgangsmåten som skal benyttes for å finne frem til gjeldende rett.⁵⁵ Her må han sikte til utøverne innen rettssystemet med lovgiver i spissen, etterfulgt av andre myndigheter, Høyesterett og av fremstående jurister med den rette forståelsen.

For det tredje finner vi rettskildeprinsipper med sedvanegrunnlag. Fleischer skriver om ”grunnprinsippene for juridisk metode”.⁵⁶ Men disse prinsippene ikke er regulert i noen lov, de er uskreven rett. Deres aksept er - i likhet med Grunnloven og den formelle lovgivningen på bakgrunn av denne - basert på sedvane.⁵⁷ Rettskildelæren har altså sitt grunnlag i de sedvanebaserte rettskildeprinsippene.

For det fjerde finner vi konstitusjonelle prinsipper og hensyn. For Fleischer er Grunnloven den høyeste rettskilden og han viser i denne forbindelse til et lex superior prinsipp.⁵⁸ Men i praksis er det den formelle loven som står øverst når viktige samfunnsmessige spørsmål skal reguleres. Og når loven er uklar må andre faktorer trekkes inn. I denne prosessen er plikten til å respektere loven og lovgiver meget viktig.⁵⁹ Han er altså langt mer bastant her enn Eckhoff, som så lojaliteten til lovgiver som en viktig rettesnor for norske dommere. Det er stor forskjell på en plikt og en rettesnor.

De konstitusjonelle prinsippene blir hos Fleischer normer som dommeren har en plikt til å følge, ikke bare hensyn som må veies mot andre hensyn. Dette gjelder ikke minst den omtalte lojalitetsplikten overfor lovgiver. Det demokratiske prinsippet i Grunnloven legger altså føringer på hva som kreves av den juridiske metoden og det er dette trekket ved Fleischers rettskildelære som gjør at han kan betegnes som konstitusjonalist.

⁵⁵ Fleischer s. 57.

⁵⁶ Fleischer s. 22.

⁵⁷ Fleischer s. 157.

⁵⁸ Fleischer s. 69.

⁵⁹ Fleischer s. 106.

Fleischer argumenterer ut i fra konstitusjonelle prinsipper med en særlig vekt på det demokratiske prinsipp. Dette medfører at de materielle skrankene for lovgiver smuldrer bort der dette ikke passer med det demokratiske systemet.

Lex-superior prinsippet får f.eks. ingen sentral rolle på lovgivernivå. Her må ifølge Fleischer Stortingets syn på lovens grunnlovmessighet stort sett aksepteres av Høyesterett, særlig når det gjelder økonomiske saker.⁶⁰

Legalitetsprinsippet blir for Fleischer et viktig demokratisk prinsipp. Det gir Stortinget makt som øverste regelgiver samtidig som det er en rettssikkerhetsgaranti for borgernes frihet og sikkerhet.⁶¹ Fleischer anser også at det gjelder et legalitetsprinsipp på privatrettens område.⁶² Et synspunkt som er blitt sterkt imøtegått av Aasland.⁶³

Han legger med andre ord stor vekt på lovgivers forrang, men det er alltid en mulighet til å fremme andre samfunnsinteresser. For retten kan endres, endog mot lovgivers vilje, dersom sterke samfunnsinteresser tilsier det og lovgiver har oversett noe. I denne sammenhengen får de reelle hensyn stor betydning.

Fleischer ser på retten som et middel til å fremme de reelle hensyn. Han uttaler blant annet: ”De reelle hensyn er alle rettskilders og rettsreglers mor.”⁶⁴ For de reelle hensyn er nettopp ”... hensynene til hva som er en rimelig og hensiktsmessig regulering gjennom rettsreglene. Når Stortinget gir en lov, er det for å oppnå gunstige virkninger”.⁶⁵

⁶⁰ Fleischer s. 201-204.

⁶¹ Fleischer s. 162-165.

⁶² Fleischer s. 162-176.

⁶³ Aasland, Jussens Venner 2000 s. 167-169.

⁶⁴ Fleischer s. 26.

⁶⁵ Fleischer s. 23.

Rettsreglenes hovedoppgave blir å fremme de samfunnsmessige virkninger og formål lovgiver har ønsket å legge vekt på. For Fleischer blir de viktigste reelle hensynene de som ligger til grunn for rettsreglene og de reelle hensyn inkluderer derfor lovens formål. Denne begrepsbruken er Fleischer alene om, men i virkeligheten er ikke forskjellen så stor fra Eckhoff og Boe. Begge mener jo at lovgivers vurderinger er svært sentrale.

Instrumentalismen er en filosofisk teori som går ut på at all tenkning har et praktisk siktemål i menneskets kamp for å tilpasse seg og beherske naturen og sine omgivelser. En slik praktisk bruk av rettsreglene i samfunnsstyringen som Fleischer forfekter kan derfor kalles for rettsinstrumentalisme.

Selv om Fleischer er en talsmann for de kollektive hensyn og verdier så er han også opptatt av at rettsreglene skal føre til rimelige og hensiktsmessige løsninger for borgerne. For det finnes også andre viktige reelle hensyn. Med dette mener han andre relevante hensyn enn de som er lovens egne formål og som lovgiver kanskje ikke har tenkt på.⁶⁶ Dette er nettopp ulike hensyn til hva som er rimelig eller hensiktsmessig.⁶⁷

Avgjørelsen i Rt. 1993 s. 528 (Lunner Pukkverk) viser flere sider av Fleischers syn på de reelle hensyn. Det ble hevdet at trafikkstøy ikke kunne brukes som argument for å nekte et pukkverk konsesjon ut fra bestemmelsene i forurensningsloven av 13. 3. 1981 § 11. Veitrafikk er nemlig i stor grad unntatt fra lovens saklige virkeområde. Det kreves ikke konsesjon for å kjøre bil på veiene.

Høyesterett var ikke enig i at det reelle hensynet å spare naboene for trafikkstøy falt utenfor lovens formål. Hensynet kunne tillegges vekt. Dette hensynet var en del av loven overordnede mål.⁶⁸ Dessuten antok retten at konsesjon kunne nektes ut i fra andre

⁶⁶ Fleischer s. 70-71.

⁶⁷ Fleischer s. 122.

⁶⁸ Rt. 1993 s. 533.

miljøulemper enn de forurensningsmessige.⁶⁹ Høyesterett viste også til GrL. §110 b om borgernes rett til et forvarlig miljø. Denne bestemmelsen bidro til at miljøhensynene kunne tillegges vekt på tvers av sektorene og den ga også disse hensynene større betydning.⁷⁰

Dommen viser hvor viktig det er av å legge vekt på de reelle hensyn som inngår i lovens formål. Den får frem at det kan legges vekt på andre reelle hensyn enn de som er nevnt i loven, i dette tilfellet estetiske ulemper ved virksomheten. I tillegg er den et eksempel på Grunnlovens betydning som tolkingsmoment ved tolkingen av formelle lover.⁷¹

3.3.2 Nærmere om Fleischers syn på de reelle hensyn.

I følge Fleischers rettskildelære blir det viktig å forstå realitetene bak rettsreglene. De reelle hensyn blir hos ham noe som det er viktig å ta hensyn til og de kommer inn med sin egen tyngde. Han er opptatt av at enkelte forfattere oppfatter de reelle hensyn som uttrykk for den enkelte fortolkers subjektive oppfatning, og at dette på en uheldig måte svekker betydningen av de reelle hensyn.⁷²

For å vise at de reelle hensyn er viktige faktorer som må tillegges den vekt de fortjener i seg selv viser han til vernet av naturressursene. To Høyesterettsdommer trekkes frem for å begrunne dette nærmere. I Laksefredningsdommen i Rt 1973 s. 705 brukte Høyesterett hensynet til å beskytte våre naturressurser som begrunnelse for å unngå å måtte tolke Grunnlovens § 105 analogisk. Det måtte ikke legges hindringer i veien for myndighetene når de skulle verne om våre naturressurser og ivareta andre viktige hensyn, fordi det måtte betales erstatning ved rådighetsinnskrenkninger. Det samme synet gjorde seg gjeldende i Strandlovdømmen i Rt. 1970 s. 67.⁷³

⁶⁹ Rt. 1993 s. 535.

⁷⁰ Rt. 1993 s. 535.

⁷¹ Fleischer s. 151.

⁷² Fleischer s. 369.

⁷³ Fleischer s. 370.

Dette er ifølge Fleischer skoleeksempler på de reelle hensyns betydning som rettskildfaktor. Han er opprørt over at Boe, i sin rettskildelære, reduserer disse reelle hensynene til bare å være ”rettsanvenderens egen vurdering” og ”hva en selv mener”.⁷⁴ Å hevde at de reelle hensyn kan være ”rettsanvenderens egne” er ille nok, men å hevde at de er det samme som rettsanvenderens ”vurderinger” blir helt feil.⁷⁵

For Fleischer dekker begrepet (rettslige) vurderinger over langt mer enn de reelle hensyn. En betydning av ”vurderinger” kan for eksempel være verdsettelse. Men det er stor forskjell mellom en verdi på den ene siden og en verdsettelse på den andre. En verdsettelse er å fastslå eller angi skjønnsmessig størrelsen av et eller annet. Mens verdi – enten den er positiv eller negativ – går på det fundamentale. Om noe er godt og derfor bør søkes fremmet eller om det er skadelig og derfor bør unngås. De reelle hensyn er altså faktorer som taler for og mot et resultat. Å konstatere dem og anvende dem som rettskilde har svært lite til felles med å foreta en ”vurdering” i betydningen verdsettelse.⁷⁶

Begrepet ”vurdering” kan også omfatte avveiningen mellom de ulike rettskildene. Hvis lov og reelle hensyn trekker hver sin vei kan dette medføre en innskrenkende tolkning av loven. En ting er å konstatere de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Noe helt annet er avveiningen mellom dem og de andre faktorene. Å kalle alt sammen for ”vurderinger” tilslører ifølge Fleischer denne viktige forskjellen. Han avslutter slik: ”Det er utvilsomt meget lite heldig når enkelte bruker samme betegnelse både på en av de faktorer som ligger på en av vektskålene og på selve vekten eller avveiningsprosessen.”⁷⁷

Både Eckhoff og Boe er opptatt av at de reelle hensyn er av en annen art enn de andre rettskildefaktorene. Dette er Fleischer sterkt uenig i. For alle rettskildefaktorene gjelder det

⁷⁴ Fleischer s. 370.

⁷⁵ Fleischer s. 378.

⁷⁶ Fleischer s. 379-380.

⁷⁷ Fleischer s. 381.

faktum at de ikke kan spille noen faktisk rolle før rettsanvenderen blir klar over dem og tillegger dem betydning. Han viser til lovteksten og påpeker at den i seg selv bare er ord uten mening. Den må fortolkes og anvendes. Men ingen vil hevde at den dermed ikke er noe reelt eksisterende. Det samme vil gjøre seg gjeldende for de andre dokumentbaserte rettskildene. Å hevde at de reelle hensyn er av en annen art enn de andre fordi de er et resultat av rettsanvenderens egne overveielser er derfor, slik Fleischer ser det sterkt misvisende.⁷⁸

Han er likevel ikke helt konsekvent, for han presiserer ”... selvfølgelig er det dypest sett resultatet av en tankemessig eller iallfall følelsemessig operasjon hos en rettsanvender når denne finner at det har en positiv verdi at medmennesker blir beskyttet mot sykdom og lidelse – istedenfor at det gjelder å få til mest mulig av den slags. Stort sett gir imidlertid denne såkalte ”vurderingen” seg selv. De reelle hensyns eksistens som sådan fremtrer normalt som en selvfølge”.⁷⁹

Det Fleischer her beskriver er en subjektiv verdirealisme. Ifølge denne filosofiske retningen kan en verdi bare eksistere som et resultat av en person eller gruppes vurderinger. Følgelig er også for Fleischer verdier i bunn og grunn ikke annet enn avveining av hensyn og følelser i en subjektiv prosess, eller om man vil en individuell øvelse.

Men han sier også at de reelle hensyn kommer inn med sin egen tyngde. Dette peker mer i retning av en objektiv verdirealisme hvor de reelle hensyn blir noe reelt eksisterende som f.eks. våre naturressurser. Dette er et spennende trekk ved Fleischers lære. For hvis det er slik som han her hevder, at disse reelle hensynene er objektive realiteter, så må de vel kunne påberopes og anvendes i rettsanvendelsen uavhengig av om lovgiver har tenkt på dem eller ikke og uavhengig av om de representerer flertallets eller mindretallets verdisynt?

⁷⁸ Fleischer s. 383.

⁷⁹ Fleischer s. 380.

4. HVILKE REELLE HENSYN KAN DET LEGGES VEKT PÅ

4.1 Eckhoff

Eckhoff tok utgangspunkt i et sakelighetskrav. Visse hensyn er alltid utenforliggende. Det kan for eksempel ikke legges vekt på egne interesser eller interessene til slekt, venner og kolleger. Personlige sympatier og antipatier skal rettsanvenderen heller ikke la seg lede av. En del hensyn er av en slik art at de kan være relevante i forhold til noen regler men ikke i forhold til andre. Når det gjelder oppfattelsen av hvilke hensyn som kan være relevante i det enkelte tilfelle spiller både formålsbetraktninger og mer ubevisste oppfatninger av hva som kan passe inn i regelen en rolle.⁸⁰

Som vi så over i punkt 3.1 flg. ble gjeldende rett hos Eckhoff den felles forståelsen innen det juridiske felleskap av hva som er gyldig rettslig argumentasjon og riktige rettslige slutninger. Dette betyr at det også vil være det juridiske felleskap som avgjør de reelle hensyns relevans.

Det som særlig opptar Eckhoff er de politiske hensyns relevans og hvilken betydning de har i rettspraksis. Det er på ingen måte forbausende. Han påpeker selv at et uttrykk som brukes i nesten samme betydning som de reelle hensyn er ”rettspolitiske hensyn”.⁸¹

Og han er meget liberal her. Det er tillatt å legge vekt på de samfunnsmessige virkningene man antar et rettsspørsmål kan få og dette gjelder selv om det dreier seg om vurderinger det står politisk strid om. ”Det er altså akseptabelt å favorisere interesser som et politisk parti er talerør for – vel og merke hvis man gjør det fordi det er interesser som man selv anser det viktig og fremme, men ikke hvis man gjør det for å tekkes partiet.”⁸² De samfunns-

⁸⁰ Eckhoff s. 372-373.

⁸¹ Eckhoff s. 24.

⁸² Eckhoff s. 375.

messige virkningene blir hos Eckhoff viktige reelle hensyn.

Dette sitatet er også et eksempel på det jeg i punkt 3.1.4 foran har skrevet om Eckhoffs rettskildenorner, og at det er vanskelig å skille ut disse normene fra hans teoretiske utlegninger og analyser av praksis. Hva er det sitatet forteller oss? Er det hans egen oppfattelse han tilkjennegir eller har vi her å gjøre med en rettskildenorner?

Eckhoff forsvarer de politiske hensyns plass innenfor rettsanvendelsen og hans hovedinntrykk fra praksis er at de kommer inn på to måter når det tas standpunkt til retts-spørsmål.

For det første får de politiske hensyn betydning når det gjelder dommernes holdninger til de lovene som var oppe til prøvelse. Her mener han at det er en vurdering av om loven er ønskelig eller ikke som blir avgjørende, selv om dommerne ofte uttrykker seg annerledes. De skjuler ofte sine vurderinger bak mer formelle begrunnelser. Eckhoff ser ikke på det å vurdere om en lov er ønskelig som et utenforliggende hensyn, men som et politisk hensyn som kan tillegges vekt.

For det andre påvirker de politiske hensynene dommernes syn på forholdet mellom Stortinget og domstolene. Ifølge Eckhoff er både hensynet til Stortinget som lovgiver og hensynet til å beskytte minoritetsinteresser (f.eks. næringsinteresser) hensyn det er helt legitimt å legge vekt på.

Et eksempel er Kløftadommen i Rt. 1976 s. 1, hvor spørsmålet var om lovgiver hadde gitt en lov som var grunnlovsstridig. Både flertallet og mindretallet la vekt på hensynet til lovgiver, selv om det fremgår av domsgrunnene at det var forskjellige oppfatninger blant dommerne i synet på forholdet.⁸³ Men det er også anledning til å legge vekt på de private

⁸³ Rt. 1976 s. 6 og 22.

interessene.⁸⁴ I tillegg mener Eckhoff at ulike vurderinger av den loven som var oppe til prøvelse også kan ha spilt inn.⁸⁵

De rettsavgjørelsene Eckhoff viser til når det gjelder de politiske hensyns relevans dreier seg om lovers grunnlovsmessighet, for det er her spørsmålet om dommernes politiske holdninger har vært diskutert. Det kan være grunn til å se litt nærmere på det Eckhoff skriver om bestemmelsene i Grunnloven. Han begynner med å forklare at når det gjelder de bestemmelsene som begrenser Stortingets makt, som Grl. §§ 97 og 105, så kan statsmyndighetene – innen visse grenser - endre sin praksis rundt disse uten å gå veien om Grl. § 112.⁸⁶ For når Høyesterett kan fravike sin praksis hva angår grunnlovstolkningen (prejudikatene) så må Stortinget kunne gjøre det samme med sin. Og så lenge Stortingets tolkinger er forsvarlige, er tolkingsmulighetene flere, for bestemmelsene er temmelig upresise og kan forstås på flere måter.⁸⁷

For Eckhoff er det selvsagt at det i et demokratisk samfunn er Stortinget som skal ha hovedansvaret for å sikre at grunnlovstolkningen til enhver tid stemmer overens med samfunnsforholdene og det rådende samfunnssynet. Stortinget kan derfor ikke være bundet av Høyesteretts prejudikater i større grad enn retten selv, og bør kunne fravike dem dersom forholdene skulle tilsi det. Høyesterett bør derimot respektere den tolkingen av Grunnloven som Stortinget har valgt, så lenge den ikke viser seg å være åpenbart uriktig.⁸⁸ Det skal med andre ord meget til før Høyesterett kan sette Stortingets syn på Grunnloven til side.

For det første viser dette oss at hensynet til demokratiet er et bærende hensyn hos Eckhoff. Det er Stortinget, nærmere bestemt dets flertall, som bør ha det siste ordet når Grunnloven

⁸⁴ Rt. 1976 s. 7.

⁸⁵ Eckhoff s. 374-377.

⁸⁶ Eckhoff s. 219.

⁸⁷ Eckhoff s. 221.

⁸⁸ Eckhoff s. 221-222.

skal tolkes. En ting er at de konstitusjonelle skrankene for lovgivermakten på denne måten blir redusert til en slags skjønsmessige standarder. Særlig Grl. § 97, men også § 105, verner nå bare mot de klart urettferdige og vilkårlige inngrep. Se for eksempel de to plenumsdommene i Rt. 1996 s.1415 Borthen-dommen og Rt. 1996 s.1440 Thunheim-dommen angående trykderettighetenes grunnlovsværn. En annen konsekvens er at Stortinget på det konstitusjonelle området blir den høyeste rettskilden. Lovgiverviljen står med andre ord over Grunnloven.

For det annet er dette et eksempel på at Eckhoff ikke alltid er så veldig verdiorientert i sine analyser. Når det gjelder forholdet mellom Stortingets makt og de konstitusjonelle skrankene i Grunnloven er det ikke plass til en åpen avveiningsmodell. Her er det ikke snakk om å veie hensynet til den demokratiske styringen mot hensynene bak de overnevnte grunnlovsskrankene. Eckhoffs analyse får et mer normativt preg med klarere anbefalinger om hva retten "bør" gjøre.

4.2 Boe

Boe mener det må gås frem i to etapper når det skal avgjøres hvilke vurderinger som er tillatte. For det første må vurderingene dreie seg om rettsspørsmålene som regelen gjelder (rettslojalitet). For det annet må vurderingene holdes innenfor rettssystemets rammer (rettsystemlojalitet). Kravet om rettslojalitet betyr blant annet å avgrense mot de samme hensyn som Eckhoff mente alltid var utenforliggende. Denne grensen er det som oftest ikke vanskelig å trekke. Rettssystemlojalitet vil si å drive regel anvendelse på systemets premisser. Med systemets premisser mener han innen rettssystemets rammer, men det betyr ikke at en må godta alt det som makthaverne til enhver tid måtte mene.⁸⁹

Disse kravene til lojalitet sier vel ikke så mye mer enn det selvsagte. Boe stiller imidlertid opp en retningslinje for hvilke vurderinger som raskt kommer i faresonen. Det er "vurderinger det står politisk strid om, omdiskuterte etiske standpunkter og ren

⁸⁹ Boe s. 293.

lønnsomhetstenkning om offentligrettslige spørsmål.”⁹⁰ Spørsmålet om hvor langt slike hensyn kan trekkes inn ved tolkingen vil til syvende og sist måtte ”bero på hvor godt eller dårlig det stemmer med forventningene til saklighet i rettsanvendelse som juriststanden og omverdenen har.”⁹¹

Men denne retningslinjen gir ikke særlig mye veiledning. Hvilke hensyn som kommer i faresonen vil bero på en skjønsmessig vurdering. I tillegg blir kretsen av meningsberettigete for ubestemt. Juriststanden er vel i seg selv en forholdsvis ensartet gruppe, men det samme kan knapt sies om omverdenen eller samfunnet generelt. Yttergrensen for hvilke hensyn det kan legges vekt på forblir uskarp.

Men Boe ser likevel ikke på dette som noe stort problem. Tvert i mot skjerper det vår bevissthet og viser at rettsspørsmål ikke kan avgjøres etter ren subjektivitet.⁹²

Boe er ikke enig med Eckhoff når det gjelder de politiske hensyns betydning. Vurderinger det står politisk strid om vil fort bli ansett for å være illegitime. Og selv om Eckhoff bare skulle ha ment å vise hva som kan tas i betraktning og at en vurdering i seg selv ikke blir ødelagt av at den deles av et politisk parti, så ”...er jeg i likhet med de fleste andre ikke beredt til å gå så langt som Eckhoff tilsynelatende gjorde i å legitimere mer eller mindre partipolitiske vurderinger”.⁹³

En forklaring på at Boe ikke gir en mer presis redegjørelse for hvilke vurderinger som er relevante, kan komme av at i hans rettskildelære er vektspørsmålet det sentrale.⁹⁴ Det blir dermed ikke så viktig hvilke rettskilder som er relevante, det avgjørende blir isteden

⁹⁰ Boe s. 294.

⁹¹ Boe s. 294.

⁹² Boe s. 294.

⁹³ Boe s. 294.

⁹⁴ Boe s. 182.

hvilken vekt de enkelte rettskildene og slutningene fra dem skal ha. Med et slikt utgangspunkt blir det heller ikke så viktig å forklare hvor grensene for de relevante vurderingene skal gå. De vide grensene fører også til, at selv om en argumentbærer (rettskilde) ikke står på relevanslisten, så kan de argumentene den leder til trekkes inn i rettsanvenderens egne vurderinger og legitimeres som et reelt hensyn.

4.3 Fleischer

Gjennomgangen av Fleischers rettskildesyn i punkt 3.3 flg. kan gi et visst inntrykk av at han har et relativt frirettslig syn på de reelle hensyn. Dette inntrykket modifiseres imidlertid av at han under sin generelle omtale av rettskildene understreker: "...domstolene må være forsiktige med å sette sin oppfatning av de reelle hensyn over lovgivers. Rettskildebruken må bygge på at vi lever i et demokrati hvor det er Stortinget som har lovgivningsmyndigheten og dermed i hovedsak skal bestemme hva rettsreglene skal gå ut på. Dette er et hovedpoeng i rettskildelæren."⁹⁵

I kapittelet om lovteksten som rettskilde utdyper han dette nærmere. "Utgangspunktet er selvsagt at man er nødt til å akseptere den vurderingen og avveiningen av de reelle hensyn som ligger til grunn for Stortingets lovvedtak. Man kan ikke sette sitt "politiske skjønn" opp mot Stortingets. Og det kan som regel ikke komme på tale å tolke en lov innskrenkende i strid med det som har vært lovgivers mening. Unntaksvis kan det imidlertid forekomme, og da gjerne fordi hensynene i denne retning er særlig sterke, eller fordi det blir hevdet at lovgiveren ikke har vurdert enkelte tilfeller, som i og for seg skulle komme inn under lovens ordlyd, tilstrekkelig grundig."⁹⁶

Hos Fleischers kan vi ane en konflikt mellom de reelle hensyn og Stortingets syn i lover og andre rettskilder i tilknytning til disse. Men slik er det ikke, for Stortinget tar hånd om begge deler. Loven er de reelle hensyn samvittighetsfullt vurdert, avveid og positivert. De

⁹⁵ Fleischer s. 71.

⁹⁶ Fleischer s. 125.

reelle hensyn er ifølge Fleischer alle lovers mor⁹⁷ og deres oppgave blir å utfylle og effektivisere den eksisterende lovgivningen dersom lovgiver skulle ha uttrykt seg uheldig eller glemte noe.

For Fleischer blir de politiske hensynene viktige, men en kan ikke legge vekt på hvilke politiske hensyn som helst. Det er lovgiver og flertallets verdisyn som skal telle - de positiverte flertallsverdiene. Dette betyr ikke at Fleischer ser bort fra etiske og moralske verdier i rettsanvendelsen, men disse blir for ham en integrert del av de politiske hensynene.⁹⁸

Det viktigste reelle hensynet hos Fleischer er hensynet til lovgiver eller demokratihensynet om en heller vil si det slik. Jussen skal være et nødvendig supplement til lovgivningen og juristene skal være nødvendige hjelpere i samfunnsstyringen.⁹⁹ På en god andre plass kommer de viktige reelle hensynene av samfunnsmessig og kollektiv karakter. Jeg minner om hans utsagn om at de reelle hensyn er alle rettskilder og rettsreglers mor. På tredje plass finner vi de reelle hensyn som er av en mer individualistisk karakter. En avgjørelse som viser at Fleischer også mener at slike hensyn er relevante er Rt. 1991 s. 1149 som var en barnefordelingssak. Her ble et barn flyttet fra sin mor til en nesten ukjent far fordi mor hadde sabotert samværsretten. Fordi retten ikke greide å lese den aktuelle bestemmelsen i barneloven riktig, kom den frem til et resultat som sto i klar strid med de reelle hensyn. De reelle hensyn ble faktisk ikke vurdert i det hele tatt. Fleischer mener at dommen er et uttrykk for at dårlig rettskildebruk i forhold til de reelle hensyn også kan være kombinert med dårlig rettskildebruk i forhold til de andre faktorene.¹⁰⁰

Fleischer trekker også frem hensynet til individuell rettferdighet. Det store underliggende

⁹⁷ Fleischer s. 26.

⁹⁸ Berge s. 705-706.

⁹⁹ Fleischer s. 64.

¹⁰⁰ Fleischer s. 373.

formålet med enhver lov – og med rettssystemet i sin helhet – er å regulere menneskelige relasjoner på en rimelig og hensiktsmessig måte.¹⁰¹ Men når de store samfunnsmessige spørsmålene dukker opp, må som oftest hensynet til individet vike. I spørsmål som gjelder ekspropriasjon og miljøvern, ender derfor Fleischer opp som talsmann og forsvarer av de kollektive verdiene på bekostning av de private interessene.

RT. 1970 s. 67 (Strandlovdommen) er et eksempel på dette. Spørsmålet var om et midlertidig byggeforbud langs stranden kunne iverksettes uten at det ble betalt erstatning til grunneierene etter Grl. § 105. Etter Høyesteretts mening måtte dette avgjøres etter ”en totalvurdering av alle foreliggende omstendigheter”.¹⁰² På den ene siden sto ”allmennhetens store behov for plass til friluftsliv og rekreasjon” og ”behovet for en samfunnsmessig arealdisponering”. På den annen side sto grunneiernes ønske om å foreta en utbygging av strandområdene. Høyesterett tillot det faktum at det dreide seg om ”bevaring og fordeling av naturgitte og samfunnsskapt verdier” stor vekt.¹⁰³

Diskusjonen mellom Fleischer og Johs Andenæs angående denne dommen, hvor Andenæs er en talsmann for de private interessene og den private eiendomsretten, viser etter min mening at Fleischer prioriterer de kollektive fremfor de private interessene.¹⁰⁴

Fleischer legger ellers liten vekt på spørsmålet om de reelle hensyns relevans. For de reelle hensyn sier egentlig seg selv. Å avgjøre om noe er godt eller det motsatte byr stort sett ikke på problemer. Men han innrømmer at det kan være vanskelig er å avgjøre om et hensyn er relevant i en konkret rettskildesituasjon. Lovgiver kan f. eks. selv ha vurdert og avveid hvilke hensyn som skal tillegges vekt og så vedtatt en helt presis lovregel.¹⁰⁵

¹⁰¹ Fleischer s. 71 og 106.

¹⁰² Rt. 1970 s. 70.

¹⁰³ Rt. 1970 s. 71-72.

¹⁰⁴ Se f.eks. Fleischer s. 257 flg.

¹⁰⁵ Fleischer s. 379.

5. HVILKEN VEKT HAR DE REELLE HENSYN

5.1 Eckhoff

Eckhoff gir uttrykk for at det generelt sett er vanskelig å si noe om vekten av de ekte reelle hensyn, vurderingene av resultatets godhet. Om disse slår igjennom, vil avhenge av hvor sterkt en misliker det resultatet motargumentene fører til. En slik vurdering kan spenne fra den svakeste misnøye til den sterkeste fordømmelse.¹⁰⁶

Men selv om vektnormene er vage og det derfor er vanskelig å si noe helt bestemt om vektforholdet mellom forskjellige faktorer, kan det gis visse antydninger om hvorledes reelle hensyn forholder seg til de andre rettskildefaktorene. Disse retningslinjene finner Eckhoff i Høyesteretts avgjørelser. Fremgangsmåten hans er en blanding av beskrivelser av forskjellige faktorkonstellasjoner fra Høyesteretts praksis, generaliseringer herfra og antagelser om fremtiden.

Her vil jeg se nærmere på hans syn på vekten av de reelle hensyn ved henholdsvis klar og uklar lovtekst. Om den førstnevnte situasjonen uttaler Eckhoff: ”Hvis det foreligger klare lovbestemmelser, og verken forarbeider eller andre autoritative rettskildefaktorer gir grunnlag for å tolke dem i strid med ordlyden, pleier Høyesterett å bøye seg for dem – selv om den finner resultatet mindre rimelig.”¹⁰⁷

5.1.1 Klar lovtekst

Når det gjelder lovteksten hevder Eckhoff helt generelt: ”Vanligvis må man nok også legge stor vekt på det man ved vanlig lese måte får ut av teksten.”¹⁰⁸ ”Det er imidlertid slett ikke

¹⁰⁶ Eckhoff s. 378.

¹⁰⁷ Eckhoff s. 378.

¹⁰⁸ Eckhoff s. 28.

alltid at den språklige sammenheng gir tilstrekkelig veiledning.”¹⁰⁹ For lovtekstene kan ofte være ufullstendige, vage eller flertydige.

Etter å ha vist til flere eksempler – både fra lov og rettspraksis – konkluderer han med ”...at den veiledning som den språklige sammenheng gir, kan være mer eller mindre avgjørende”.¹¹⁰ Og han sier videre at det ”i noen tilfeller” kan være aktuelt å ty til vurderinger for å avgjøre hvilken av de språklige løsningene som er den mest rimelige eller fornuftige.

Dette må bety at loven har en ”ikke vurderende” kjerne som kan bringes på det rene ved en rent språklig analyse. Det språklige innholdet kan vi ofte lese oss til. Kanskje mener Eckhoff at lovens alminnelige begreper har en kjernesone hvor betydningen ligger fast? I alle fall finner vi en positiv kjerne i loven, som gir grunnlag for en sikker mening og hvor det ikke er behov for dommerens vurderinger. Ved klare lovtekster er det i hovedsak ikke plass for de reelle hensyn.

Eckhoff er opptatt av at formålet kommer inn og kan påvirke den språklige tolkingen. Det kan blant annet få betydning som en rettesnor under lesingen av teksten.¹¹¹

Formålet fremgår vanligvis av loven selv eller av forarbeidene. Og det er en meget god grunn til å legge vekt på formålet og dermed også forarbeidene – hensynet til lovgiverne. Et begrep som inkluderer alle som deltar i lovgivningsarbeidet. Lovgivningsprosessen er under demokratisk kontroll, noe lovtolkingen ikke er. Å vise lojalitet overfor lovgiverne ved å følge forarbeidene, bidrar derfor til å styrke demokratiet. Selv om det også er betenkeligheter forbundet med å styre lovtolkingen gjennom forarbeidene, er nyttevirkningene større enn skadevirkningene.

¹⁰⁹ Eckhoff s. 54-55.

¹¹⁰ Eckhoff s. 58.

¹¹¹ Eckhoff s. 70.

De tolkingsanvisningene som forarbeidene gir, bør derfor rettsanvenderne ifølge Eckhoff ”i noen grad” føle seg bundet av. De er ikke ”ubetinget avgjørende”. For dersom lov og forarbeider trekker i hver sin retning, kan det ”i mange tilfeller” være grunn til å følge loven. Men også andre tolkingsmomenter enn lovtekst og forarbeider må tas i betraktning. ”Reelle hensyn kan f.eks. tale så sterkt for en annen løsning enn den forarbeidene gir anvisning på, at det gir tilstrekkelig grunn til å fravike dem.”¹¹²

Så forarbeidene kan falle for loven, men av og til også for de andre rettskildefaktorene – blant annet de reelle hensyn. Når det gjelder de reelle hensyn kan det spørres om de bare får betydning når lov og forarbeider trekker i hver sin retning, eller om de også kan komme inn når lov og forarbeider peker samme vei? Eckhoff svarer som en ekte pragmatiker: ”Hvis både lovtekst og forarbeider peker klart i samme retning, skal det meget til før domstolene legger en annen forståelse til grunn selv om de er lite tilfredse med løsningen.”¹¹³ Dette har imidlertid skjedd, blant annet i de gamle bidragspliktdommene i Rt. 1916 s. 648 og Rt. 1921 s.745. Her satte Høyesterett sitt syn på rimelighet foran klar lovtekst og klare forarbeider. Men disse dommene er gamle og intet eksempel til etterfølgelse.¹¹⁴

Naturligvis legges det fremdeles vekt på rettferdighetshensyn. ”Men hvis loven er tilstrekkelig klar, pleier retten å bøye seg for den, selv om den finner resultatet urimelig.”¹¹⁵ Støtte for dette synet finner han i stolpegrunndommen i Rt. 1961 s. 98 og Nagell-Eriksen-dommen i Rt. 1982s. 754. I begge avgjørelsene så Høyesterett det urimelige i resultatet, men valgte å følge loven og forarbeidene. I den siste avgjørelsen likevel med en sterk oppfordring til lovgiver om å rydde opp.

¹¹² Eckhoff s. 70-74.

¹¹³ Eckhoff s. 88.

¹¹⁴ Eckhoff s. 378.

¹¹⁵ Eckhoff s. 89.

Hva så med Rt. 1979 s.1079 (Sinnssykes ankerett) hvor de reelle hensyn, slo igjennom overfor loven, forarbeidene, tidligere rettspraksis og en enstemmig juridisk teori?¹¹⁶ Den passer dårlig inn i mønsteret. Men denne dommen er ikke et unntak fra de to overnevnte. Det den viser er at ”...Høyesterett undertiden er mer lojal overfor samtidens enn fortidens lovgiver.”¹¹⁷

For Eckhoff er loven og forarbeidene de to viktigste rettskildene når man skal løse rettsproblemer. (Med mindre Høyesterett allerede har tolket loven i en av sine avgjørelser, da er dette å betrakte som gjeldende rett.) Lovteksten er det naturlige utgangspunktet for tolkingen, men dersom den er taus eller uklar så er det i forarbeidene en først leter for å finne svaret. Dersom lovtekst og forarbeider trekker i samme retning, er dette en så sterk faktor-kombinasjon at selv ikke de reelle hensyn bør få innvirke på resultatet.

I Eckhoffs rettskildelære er det en kjerne hvor det ikke er plass for godhetsvurderinger av resultatet. I innledningskapittelet skisserer Eckhoff en metode basert på en avveiningsmodell og hvor de reelle hensyn gis en fremtredende plass. Men den gjelder ikke her. Isteden legger han opp til en lang mer formell fremgangsmåte hvor begrepet lovgivers mening får en helt avgjørende betydning. Som de fleste realister, så Eckhoff med stor skepsis på dette begrepet i sin alminnelighet. Det må derfor sies å være overraskende at den pragmatiske Eckhoff - helt uproblematisk - operer med et slikt begrep, når løsningen følger klart av lov og forarbeider. Men når vi husker på, at for Eckhoff er det et helt sentralt poeng at rettspleien inngår i et demokratisk system, og at hensynet til lovgiver dermed blir det overordnede hensynet i rettsanvendelsen, så er det en selvfølge, at lovgivers mening følges uten betenkeligheter når den fremstår som klar og tydelig.

5.1.2 Uklar lovtekst

I tilfeller hvor lovteksten er uklar og forarbeidene ikke kaster særlig mye lys over

¹¹⁶ Dommen er nærmere omtalt under Boe punkt 5.2 s. 48

¹¹⁷ Eckhoff s. 91.

forholdene, er Eckhoffs ”hovedinntrykk fra rettspraksis” at det er de reelle hensyn som bli tungen på vektskålen.¹¹⁸ Dommerne foretar en bedømmelse av det materielle resultatet ut fra en vurdering av de reelle hensyn: ”Når de andre rettskildefaktorer som foreligger, peker i hver sin retning, blir ofte vurderinger av resultatet utslagsgivende. Det gjelder bl.a. når lovttekst og forarbeider strider mot hverandre.”¹¹⁹

Det er dermed i disse tilfellene ikke lenger plass for de gamle lærene om lovtolkning. Den subjektive og objektive tolkningsteorien er i Eckhoffs fremstilling redusert til målsetninger eller hensyn, som må veies mot hverandre av dommeren. Et av dem er lojaliteten til lovgiver. Et annet å nå frem til gode resultater.¹²⁰ Oppstår det konflikt mellom dem viser nyere praksis at lojalitetshensynet veier tyngst. Men dersom lojalitetshensynet ikke kommer til anvendelse, fordi det ikke er mulig å finne frem til en klar lovgivervilje, vil ønsket om å komme frem til et godt resultat få stor betydning.¹²¹ De gamle tolkningsteknikkene er altså blitt helt borte i Eckhoffs rettskildelære. De er redusert til hensyn, som sammen med andre hensyn, inngår i den generelle avveiningsmodellen.

De forannevnte dommene om bidragsplikt er eksempler på at loven tolkes innskrenkende på grunn av de reelle hensyn. I disse dommene ble det argumentert med at det ville føre til urimelige eller støtende resultater dersom loven skulle anvendes etter sin ordlyd.¹²²

Det er flere eksempler på at Høyesterett har tolket straffebud utvidende med støtte i forarbeidene. Dommen om fyllekjøring til sjøs i Rt. 1966 s. 916 og passbåtdommen i Rt. 1973 s. 433 er eksempler på dette. Høyesterett viste her blant annet til både forarbeidene og etterarbeidene for å begrunne sitt syn. Men Eckhoff finner denne støtten såpass svak at den ikke

¹¹⁸ Eckhoff s. 85.

¹¹⁹ Eckhoff s. 379.

¹²⁰ Eckhoff s. 152.

¹²¹ Eckhoff s. 153.

¹²² Eckhoff s. 120.

kunne være avgjørende alene, og han antar at det er de reelle hensyn som har øvet en betydelig innflytelse på resultatet.¹²³

Eckhoff kommer inn på utvidende og analogisk tolking.¹²⁴ Men det er ikke lenger snakk om avgjørelsesteknikker, slik det var i eldre tider. Utvidende og analogisk tolking blir primært en begrunnelseskategori – et navn på resultatet. For selve avgjørelsen skal skje ved en avveining. Ved avveiningen spiller likhetshensyn en viss rolle, men det avgjørende momentet er dommerens vurdering av resultatets godhet. Det er igjen de reelle hensyn som blir avgjørende.

Det hender at utvidende tolking skjer på legalitetsprinsippets område. De over nevnte dommene er eksempler på dette. Andre ganger unnlater Høyesterett å tøye ordlyden selv om retten mener at forholdet burde være straffbart. Telefonsjikanedommen i Rt 1952 s. 989 er et slikt tilfelle. Ifølge legalitetsprinsippet kreves det hjemmel i lov for å gripe inn i borgernes rettssfære.

Når Eckhoff skal forklare hvorfor Høyesterett noen ganger foretar utvidende tolkinger og legger legalitetsprinsippet på strekk, så viser han til de reelle hensyn. Som han sier i forbindelse med Telefonsjikanedommen: ”...når Høyesterett finner støtte for et standpunkt både i ordlyden og i reelle hensyn, pleier den ikke ha vanskeligheter med å avfeie motargumenter.”¹²⁵

Men selv om Eckhoff avliver de gamle metodene for lovtolking, så har han sin egen prinsipielle modell. Så langt loven rekker finner vi hos ham et rettskildemessig hierarki. Men kommer vi utenfor dette området er det de reelle hensyn og dommerskjønnet som råder. Her finner vi en åpen modell hvor alle argumentene blir relative og hvor det viktige

¹²³ Eckhoff s. 379.

¹²⁴ Eckhoff s. 124-141.

¹²⁵ Eckhoff s. 132.

er å komme frem til et godt resultat. Det må foretas en avveining – eller harmonisering - hvor absolutt alle faktorer og særlig de reelle hensyn må vurderes. Modellen (den materielt evaluerende) kan beskrives på følgende måte:¹²⁶

1. Hensynet til lojalitet overfor lovgiver.
2. Hensynet til å nå materielt gode resultater.
3. Vurderinger kan komme inn både når loven tolkes og når formålet avgjøres.

Der lojalitetsplikten ikke kommer inn, dominerer den evaluerende tolkingsmodellen.

5.2 Boe

Boe skiller mellom faktorenes generelle vekt og deres spesielle eller konkrete vekt. Vektprinsippene er for ham, som for Eckhoff, bare å betrakte som retningslinjer. Mens Eckhoff legger til grunn at rekkefølgen på listen over rettskildefaktorer ikke er avgjørende for faktorenes vekt, jf. foran punkt 3.1 flg., er Boes syn derimot at såkalte ”påbudte faktorer” skal telle mer enn tillatte faktorer. Derfor skal faktorene øverst på relevanslisten telle mer enn de som står nederst.¹²⁷ Når Boe plasserer rettsanvenderens vurderinger på åttende og siste plass på listen, må det derfor bety at han i utgangspunktet tillegger denne rettskildefaktoren – de reelle hensyn - liten vekt.

Men han modifiserer seg ved å uttale at vektforholdet avhenger både av trekk ved faktoren selv - slik som alder, tydelighet, grundighet og spesifisering – og av hvordan resten av rettskildebildet ser ut.¹²⁸ Noe som kan medføre at en faktor som vanligvis tillegges stor vekt, i et konkret tilfelle skal telle forholdsvis lite.¹²⁹ Dette gjør at rettsanvenderens

¹²⁶ Bergo s. 401.

¹²⁷ Boe s. 187.

¹²⁸ Boe s. 187.

¹²⁹ Boe s. 188.

vurderinger, på tross av sitt beskjedne utgangspunkt, i enkelte tilfeller kan bety riktig mye. Som et eksempel på at vurderinger slo ut klar lovtekst og klare forarbeider viser Boe til Rt. 1979 s. 1079 (Sinnsykes ankerett). Denne dommen brøt også mot tidligere rettspraksis og en enstemmig rettsteori. Saken gjaldt en kvinne som var dømt til 10 års sikring. Hun anket dommen til Høyesterett. Ifølge daværende lov og forarbeider hadde ikke sinnsyke ankerett. Men Høyesterett valgte likevel å innfortolke en ankerett i loven. Det ble særlig lagt vekt på rimelighetshensyn og at samfunnets rettsoppfatninger på dette området hadde endret seg.¹³⁰ Vanligvis stiller ikke retten seg så fritt som dette. Trolig hadde det stor betydning at dette skiftet i syn ikke bare baserte seg på rettens egne antakelser, men også var grundig fastslått i forslaget til ny straffeprosesslov.¹³¹

Vurderingene kan opptre både i en selvstendig og en uselvstendig rolle. Hvilken gruppe de plasseres i er ikke så viktig. Men jo lengre unna lovens kjerneområde en kommer, jo sterkere må rimelighetshensynene være for å kunne begrunne et resultat som samsvarer dårlig med loven.¹³² For vektprinsippene er ikke faste og entydige. Når rettsanvenderen veier de ytre faktorene mot hverandre, så tillater disse prinsippene at han gjør det med bakgrunn i sine egne vurderinger - de indre faktorene. En grunn til at det oppstår uenighet om tolkingsspørsmål kan derfor være en faglig uenighet om hvor sterkt faktorene står i forhold til hverandre.

Selv om jurister kan være uenige, er imidlertid rettskildebruken i det store og hele ganske ensartet. Boes forklaring på dette er at ”det skjer en sosialisering til juridisk tenkning etter hvert som rettsanvenderen arbeider med juss”, som innebærer at ”rettsanvenderen lærer seg til å vurdere innenfor rettsystemet.”¹³³

¹³⁰ Rt. 1979 s.1081.

¹³¹ Rt. 1979 s. 1082.

¹³² Boe s. 296.

¹³³ Boe s. 146.

Som selvstendig faktor vil vekten av vurderingene først og fremst avhenge av de andre faktorene og av hvor klare og tungtveiende disse er. Men vekten beror også på faktoren selv. Det siste går på rettsanvenderens overbevisning om hva som er en fornuftig og rimelig løsning. Faktorens tyngde avhenger av hvor sterk denne overbevisningen er. For å vise hvordan rimelighetshensynene påvirkes av de andre faktorene foretar Boe en gjennomgang av Nagell Erichsen dommen Rt. 1982 s. 745 og Selvmordsdommen i Rt. 1984 s. 1425. I Nagell Erichsen dommen sto disse hensynene mot klar ordlyd med støtte i forarbeidene. I Selvmordsdommen var ordlyd og forarbeider langt mer uklare og da skulle det mindre til for å la rimelighetsvurderingene gjøre utslaget.¹³⁴ Det er mindretallets avgjørelse Boe her viser til. Flertallet i Selvmordsdommen foretok en strengt formell avgjørelse hvor det ble lagt avgjørende vekt på lovens ordlyd.

I begge avgjørelsene var det altså hensynet til lovgiver som ble tillagt størst vekt. Og dette er et helt sentralt hensyn.¹³⁵ Loven teller mest og støttes den i tillegg av forarbeidene, så skal det meget til før de reelle hensyn får gjennomslagskraft. Rimelighetshensynene må som hovedregel støttes av andre rettskildefaktorer for å kunne slå ut en klar lovtekst Men unntaksvis kan det skje, som i dommen om sinnsykes ankerett. De reelle hensyn kan altså bare slå igjennom i de helt spesielle tilfellene og kommer man i tvil under avveiningen så er det best å holde seg til lovteksten. Dette er ikke bare en anbefaling eller en retningslinje, det er en norm: ”Du følger lovteksten.”¹³⁶

Rettskildenormene hos Boe gir ingen klare svar på vektforholdet mellom faktorene. Det følger av at de reelle hensyn kommer inn og påvirker de argumentene som kan trekkes ut av den enkelte argumentbærer (rettskilde). Kvaliteten, eller vekten av en og samme rettskildefaktor kan derfor variere fra gang til gang.

¹³⁴ Boe s. 289-290.

¹³⁵ Boe s. 297.

¹³⁶ Boe s. 194.

5.3 Fleischer

Fleischer bruker ikke mye plass på omtalen av de reelle hensyns vekt i forhold til de andre faktorene. Han anser inndelingen i en relevans-, slutning- og vektomgang som lite givende, og mener at et slikt skjema lett kan bli alt for firkantet. En forsvarlig juridisk metode krever at alle faktorene vurderes samlet, slik at de gjensidig kan belyse hverandre.¹³⁷ Men han erkjenner at det kan være vanskelig å avgjøre vekten av et reelt hensyn, når det skal veies mot de andre faktorene. Denne avveiningen og spørsmålet om hvor langt og ikke minst med hvilke midler hensynet skal fremmes kan til og med by på stor tvil.¹³⁸

De reelle hensyn har ofte en betydelig vekt i seg selv, særlig ved rettsspørsmål som berører verdier og interesser av stor betydning. Når det gjelder Grunnloven har Høyesterett lagt stor vekt på de reelle hensyn ved fortolkningen. Grunnloven må forstås slik at det ikke blir for vanskelig for myndighetene å beskytte viktige interesser. Et eksempel på dette er laksefredningsdommen i Rt. 1973 s. 705. Her avsto Høyesterett å tolke Grl. § 105 analogisk. Rettighetshaverne fikk dermed ikke erstatning for tapet de led ved fredningen av munningen av en lakseelv. Grunnen var at hensynet til våre naturressurser måtte tillegges stor betydning og at erstatningsplikt kunne medføre mindre effektive fredningstiltak.¹³⁹

Men de reelle hensyn har ikke bare vekt i seg selv, ut i fra sin egen verdi, de blir også ofte støttet av andre faktorer. Mange lover har formålsparagrafer. Formålet er kort og godt det eller de reelle hensyn loven eller lovgiver har tatt sikte på å fremme. Dersom loven eller forarbeidene på denne måten trekker i samme retning som de reelle hensyn, får disse enda større tyngde.¹⁴⁰

Forskjellen mellom en lovs egne formål og andre reelle hensyn kommer godt frem ved å se

¹³⁷ Fleischer s. 408-409.

¹³⁸ Fleischer s. 380.

¹³⁹ Fleischer s. 123.

¹⁴⁰ Fleischer s. 124.

på praktiseringen av enkelte bestemmelser i Grunnloven.

Grl. § 97 setter forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft. Det er bare skadelig tilbakevirkning som er forbudt. En mildere straffelov kan derfor godt benyttes på tidligere tilfeller. Årsaken ligger i grunnlovbestemmelsens formål som er å beskytte individene mot statsmakten. Hvis staten gir en mildere straffelov tolkers dermed uten videre § 97 innskrenkende.¹⁴¹

Også uttrykket ”full Erstatning” i Grl. § 105 tolkes innskrenkende. Men her er det ikke bare de opprinnelige formålene bak bestemmelsen som gjør seg gjeldende. At § 105 kan tolkes innskrenkende betyr at det ikke alltid betales full erstatning ved ekspropriasjon. Nye reelle hensyn – den samfunnsskapte verdistigningen – slår igjennom overfor ordlyden.¹⁴² At § 105 kan fortolkes innskrenkende under hensynstaken til den samfunnsskapte verdistigningen ble slått fast av samtlige dommere i Høyesterett i Kløftadommen 1976 s. 1.¹⁴³

En avgjørelse som viser hvor stor vekt de reelle hensyn kan få i en konkret situasjon er Rt. 1921 s. 406. Saken gjaldt betaling av bidrag til barn født utenfor ekteskap. Det var kun tidsmomentet, at samleie hadde funnet sted på et slikt tidspunkt at vedkommende ikke kunne være far til barnet, som skulle kunne fritas for bidragsplikten. Høyesterett kom likevel til at mannen måtte frikjennes med henvisning til at han ikke var befruktningdyktig. I denne dommen gikk Høyesterett svært lang i å sette sin vurdering av hva som var rimelig over lovgivers.¹⁴⁴ De reelle hensyn veide her tyngre enn både klar lovtekst og klare forarbeider.

¹⁴¹ Fleischer s. 124.

¹⁴² Fleischer s. 124.

¹⁴³ Rt. 1976 s. 8 og s. 24.

¹⁴⁴ Fleischer s. 125.

6. FORMÅLBETRAKTNINGER OG INTERESSEAVVEININGER

Eckhoffs godhetsvurderinger eller reelle hensyn er grupper av åpne vurderinger som er særlig velegnet til å føre de kollektive samfunnsinteressene inn i jussen.

Både når det gjelder konsekvensorienteringer og fordelings- og likevektsrettferdighet blir det raskt spørsmål om samfunnsstyring. Noen må alltid stå for fordelingen og skape likevekt, og dette kan ikke bli andre enn samfunnet ved lovgiver.

Når det gjelder de virkningsorienterte vurderingene og formålsbetraktningene så sier dette seg selv. Det er gjennomføringen av lovgivers hensikter det her dreier seg om. Med rettferdighetsoppfatninger blir det likedan. Tidligere ble den konkrete rimeligheten ansett for borgernes siste forsvar mot myndighetene, men i dag kan det like meget være det offentlige som vinner frem på dette grunnlaget.

Likevektrettferdigheten kan nok gis en individuell karakter. Den knytter seg – bortsett fra strafferetten – for det meste til situasjoner mellom to private parter. Men det er fordelingsrettferdigheten som står sterkest og denne består av offentlige standarder for flytting av penger mellom de forskjellige samfunnsgruppene.¹⁴⁵

6.1 Formålsbetraktninger

Med formålsbetraktninger menes overveielser av hvordan formålet best skal fremmes. De er en egen form for virkningsorienterte vurderinger. At noe har et formål vil si at det skal tjene som middel til å nå et spesielt mål.

Jeg har tidligere omtalt lovens formål i forbindelse med vekten av de reelle hensyn. Men det er ikke bare lover som har formål. Også uskreven rett og rettsinstitutter (komplekser av regler) har det. På samme måte som med en lov eller en lovbestemmelses formål kan slike

¹⁴⁵ Bergo s. 424.

formål føre til at man i tvilstilfeller velger det alternativet som er best egnet til å fremme formålet. I tillegg finnes det noen generelle rettsformål som kan få betydning ved løsningen av rettsspørsmål.

Eckhoff nevner tre slike hensyn: Rettsikkerhetshensyn, hensynet til forutsigbaret, som egentlig går inn under rettsikkerhetshensynet, men som ofte brukes som et selvstendig argument, og hensynet til konsekvens og harmoni i rettssystemet. Et eksempel på det siste er at like tilfeller skal behandles likt.¹⁴⁶

Det er interessant at Eckhoff nevner systembasert argumentasjon i forbindelse med de reelle hensyn. Men kanskje er det bedre å betegne dette og de andre ovennevnte hensynene som formelle juridiske hensyn og se dem som en del av den formelle rettsanvendelsen. De er av stor vekt, men formelle likhets- og konsekvensargumenter får allikevel ingen stor plass. Eckhoff mener dommeren bør følge anvisningene i lover og forarbeider, men ut over dette er det de materielle realitetene - de reelle hensyn – som han fremhever. Og var de juridiske tekstene uklare eller flertydige, så skulle det legges vekt på de materielle hensynene isteden for en mer begreps- og systemorientert argumentasjon. For rettsspørsmål skal i følge Eckhoff løses ved tolking og avveining av rettskildene, og hvor bedømmelsen av det konkrete resultatets godhet får stor betydning. Nærmere bestemt vil det si materielle bedømmelser av resultatet og dets faktiske konsekvenser, basert på verdipremisser av ikke juridisk karakter.

For å ta et eksempel. I jussen foretas det ofte slutninger fra det mer til det mindre - eller omvendt. Dette er en annen side av hensynet til konsekvens og harmoni i rettssystemet. Når en foretar slike slutninger er det viktig at en følger prinsippet om at det resultatet en kommer frem til ikke må stå i motsetning til hva de reelle hensyn tilsier.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Eckhoff s. 395-396.

¹⁴⁷ Eckhoff s. 335.

Som tidligere nevnt ser Eckhoff en meget god grunn til å legge vekt på formålet – hensynet til lovgiver. Men det er også flere gode grunner til å være kritisk til en for sterkt formålsorientering innenfor jussen.

For det første kan det skape problemer at mange lovbestemmelser har flere formål og at disse kan være motstridende.¹⁴⁸ For det andre kan det også oppstå tvil om hvor langt formålet rekker og hvilket av flere tolkingsalternativer som fremmer formålet best.¹⁴⁹ For det tredje risikerer en å legge for stor vekt på de ønskede eller tilsiktede virkningene av rettsreglene og kan dermed komme til å se bort i fra at rettsregler ofte har andre - også utilsiktede - virkninger, som det bør tas hensyn til.¹⁵⁰ De samfunnsmessige konsekvensene av lover og regler kan med andre ord være usikre. For det fjerde vil vekten av formålet være avhengig av hvor det henter sin støtte fra og de to viktigste kildene her er loven og forarbeidene.¹⁵¹

Både faktisk og normativt burde derfor formålsargumentasjon med støtte i disse to rettskildene stå relativt sterkt. I forbindelse med de samfunnsmessige konsekvensene fremhever imidlertid Eckhoff: ”Hensynet til formålets realisering bør derfor veies mot andre hensyn som måtte trekke i motsatt retning. Dette skjer nok også som regel i praksis. Men ofte blir mothensynene ikke uttrykkelig nevnt, og det forekommer nok også at de ikke blir tilstrekkelig overveiet. For det at man har et formål for øyet, innebærer en viss fare for at oppmerksomheten i for høy grad konsentreres om de virkninger som omfattes av dette.”¹⁵²

Kanskje vi aner en grunn til Eckhoffs skepsis mot å legge for stor vekt på lovens formål når vi leser avsnittet om formål som grense for forvaltningsorganers myndighet. Eckhoff vil ha

¹⁴⁸ Eckhoff s. 104.

¹⁴⁹ Eckhoff s. 105.

¹⁵⁰ Eckhoff s. 388.

¹⁵¹ Eckhoff s. 105.

¹⁵² Eckhoff s. 388.

en fleksibel forvaltning. Det betyr at han både er tilhenger av at forvaltningen kan ta hensyn til andre formål enn de loven er gitt for å fremme og at den kan suppleres med nye formål dersom samfunnsutviklingen skulle kreve det. I forbindelse med de kjente ildfarlighetsdommene i Rt. 1934 s. 625 og Rt. 1936 s. 801 sier han: ”Men selv om begrunnelsen som ble gitt var svak, talte gode grunner for det standpunkt retten inntok. Det var åpenbart behov for å kunne føre kontroll med anlegg av bensinstasjoner – også ut fra andre hensyn enn dem som hadde med ildsfare å gjøre.”¹⁵³

For Eckhoff kunne målråsjonalitet bare spille en sekundær og utfyllende rolle i forhold til de mer sammensatte og nødvendige avveiningene av hensyn og interesser.

Fleischer anser formålsbetraktninger som meget viktige. Han fremholder at formålene ”...på en måte (er) ”hele vitsen” med at det gis en lov.”¹⁵⁴ Det er derfor ikke alltid den korrekte språklige tolkingen av teksten som blir avgjørende for resultatet. Tvert i mot kan det være nødvendig å tolke lover enten innskrenkende eller utvidende, slik at løsningen stemmer overens med det som var hensikten med bestemmelsen. Lovens formål – de reelle hensyn loven søker å fremme – får ofte en avgjørende betydning ved denne tolkingen.

Han advarer imidlertid mot å drive en formålsorientert tolking for langt. Borgerne innretter seg etter loven tekst. Hensynet til forutberegnelighet tilsier da at domstolene ikke plutselig kan begynne å legge vekt på formålet, hvis dette medfører at loven får et annet innhold enn borgerne kunne regne med!¹⁵⁵ En særlig grunn til forsiktighet, når en på bakgrunn av formålet lar ordlyden få en utvidet anvendelse, er at det sjelden fremgår klart hvor langt formålet skal rekke.¹⁵⁶

¹⁵³ Eckhoff s. 105.

¹⁵⁴ Fleischer s. 70.

¹⁵⁵ Fleischer s. 70.

¹⁵⁶ Fleischer s. 108.

Fleischer er tilhenger av en moderat rettsinstrumentalisme som sier at når det gjelder de politiske og moralske mål og verdivalg, så må det i stor grad være opp til Stortinget å bestemme dette. ”Stortingets lover må ofte forstås slik at Stortinget forut for lovvedtaket har avveid de reelle hensyn mot hverandre. De reelle hensyn er da ofte nærmest endelig vurdert på Stortingets hånd, slik at dommeren må innrette seg etter det resultat av avveiningen som kommer til uttrykk i lovens bestemmelser.”¹⁵⁷

En mer radikal instrumentalisme som sier at domstolene skal kunne justere lovgivers valg av formål, ved å ta hensyn til utilsiktede virkninger fra lovgivers side, eller ved å spørre om de ønskede konsekvensene faktisk oppnås slik lovgiver hadde tenkt, og som burde være en naturlig følge av hans utsagn om at de reelle hensyn er alle rettskilders mor og at de kommer inn med egen tyngde, er han ingen tilhenger av. For det viktigste hensynet er hensynet til lovgiver og derfor er det bare unntaksvis at det kan komme på tale å tolke en lov innskrenkende eller utvidende i strid med lovgivers mening.

6.2 Interesseavveininger

Som nevnt i punkt 6.1, var ikke Eckhoff noen ukritisk tilhenger av formålsbetraktninger. Disse var som det meste annet avhengig av avveininger. Verdien av formålsrealiseringen måtte veies mot de eventuelle uheldige sidevirkninger dette kunne medføre. Særlig viktig ble avveininger dersom det ikke forelå noe formål. Da måtte det foretas en analyse av de forskjellige positive og negative virkninger de forskjellige avgjørelsesalternativene ville ha. Eckhoff mente at det da var naturlig å se det slik at det var forskjellige interesser som sto mot hverandre. Det måtte foretas en interesseavveining og denne typen av avveininger så han vel nærmest som en nødvendig betingelse innenfor jussen.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Fleischer s. 125.

¹⁵⁸ Eckhoff s. 388.

Han viser til de to kjente dommene i Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer) og Rt. 1977 s. 1035 (Sykejournaldommen) som stjerneeksempler på en åpen og utførlig drøftelse av de reelle hensyn og jeg kommer straks tilbake til disse dommene i forbindelse med omtalen av alminnelige rettsgrunnsetninger.

Eckhoff sto vel for en svært politisk juss. Han mente at de nye samfunnsvitenskapene hadde mye å bidra med både når nye lover skulle gis og når eldre lover skulle tolkes i lys av sin samtid. Det var vel særlig retts sosiologien han var opptatt av. Og det kan vel ikke være tvil om at den har sitt å bidra med ved løsningen av rettslige spørsmål.

Interesser var for Eckhoff noe virkelig og reelt som førte sin strategiske kamp på den politiske arenaen ute i samfunnet, men også innenfor selve lovgivningsprosessen. For Eckhoff ble lovgivningsprosessene å anse som kanaler for interessekamp. Deretter ble det jussens oppgave å sørge for at flertallets verdier og valg ble realisert, eventuelt i form av et kompromiss.¹⁵⁹

Kanskje en av grunnene til Eckhoffs stor forkjærlighet for de reelle hensyn ligger nettopp her. For en ting er å snakke om grupper og interesser som en homogen enhet. Og det er nok en slik generaliserende tenkemåte som er vanlig – både innenfor jussen generelt og for Eckhoff spesielt. Noe helt annet blir det når disse gruppeinteressene kommer for domstolen som mer individuelle stridigheter. Da kan det oppstå vanskeligheter både med å finne frem til hvem som egentlig inngår i gruppen og om de som befinner seg innenfor samme gruppe egentlig har de samme interessene. I en slik situasjon blir det viktig å se på den konkrete rimeligheten. Da passer det utmerket å være pragmatisk og kunne se hen til realitetene istedenfor den formelle juss.

Men når lov og forarbeider er klare og trekker samme vei, så blir lovanvendelsen først og

¹⁵⁹ Bergo s. 427-429.

fremst et spørsmål om å realisere viljen til de grupper og interesser som gikk seirende ut av den politiske kampen.

7. ALMINNELIGE RETTSGRUNNSETNINGER

Alminnelige rettsgrunnsetninger benyttes ofte som betegnelse på fundamentale rettsregler. Dette er prinsipper utviklet gjennom rettspraksis på områder hvor det ikke finnes fullt ut bindende rettsregler. Prinsippet om at avtaler skal holdes er et eksempel på en slik grunnsetning.

Spørsmålet i det følgende blir om de reelle hensyn kan danne en rettsregel alene, eller om det også må foreligge andre kilder før det kan oppstilles en rettsregel som kan benyttes til løsning av rettsspørsmål. I forbindelse med alminnelige rettsgrunnsetninger er det særlig to Høyesterettsdommer som trekkes frem.

For det første Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer), som gjaldt om et filmselskap kunne nektes å vise en film om en tidligere forbryterjakt. Det forelå verken lov eller rettspraksis på området så retten måtte foreta en avveining av de interessene som sto mot hverandre. På den ene siden sto hensynet til personvernet til den nå rehabiliterte domfelte som hadde giftet seg og stiftet familie. På den andre hensynet til filmselskapet som hadde handlet i god tro, hensynet til den kunstneriske friheten og ikke minst det at domstolene bør være varsomme med å stemple handlinger som urettmessige når de ikke er forbudt ved lov. Høyesterett fant at hensynet til personvernet veide tyngst og forbød fremvisningen.

For det andre Rt. 1977 s. 1035 (Sykejournaldommen), som gjaldt en pasients rett til innsyn i sin egen sykejournal. Verken forvaltningsloven eller offentlighetsloven ga svar på spørsmålet. Et hensyn som ble særlig fremhevet var rettssikkerhetshensynet og betydningen av en pasients muligheter til å gå til erstatningssøksmål ved eventuell feilbehandling. Høyesterett kom frem til at hensynet til økt rettsikkerhet veide tyngre enn de ulemper og merarbeid dette ville påføre legene.

Etter Eckhoffs mening viser disse dommene at Høyesterett foretok en åpen og utførlig

drøftelse og avveining av de reelle hensyn, både de som talte for og mot resultatet. Retten foretok en avveining av ”partenes interesser”. Riktignok hevdet domstolen selv at resultatet fulgte av ”alminnelige rettsgrunnsetninger”, men dette anser Eckhoff bare som tomt prat og spill for galleriet. Det å late som om resultatet kunne hentes fra rettsregler som eksisterte på forhånd var noe som de drev med i eldre tider.¹⁶⁰ Eckhoff anser dommene som eksempler på at ved rettsspørsmål som verken er løst i lov eller praksis, vil det være de reelle hensyn som dominerer.¹⁶¹

Dersom det kun foreligger reelle hensyn er det formelle utgangspunktet i norsk rett at det er Stortinget som skal avgjøre hvordan rettstilstanden skal være, jf. Grl. §§ 75a og 49. Dette innebærer at dersom et krav som bare bygger på reelle hensyn blir brakt inn for retten, så plikter retten å frifinne saksøkte.

Det kan vel imidlertid leses ut av dommene at Høyesterett ikke finner kravene urimelige, men for å kunne gi saksøkerne medhold måtte retten finne et rettsgrunnlag for dem. Når dette ikke kunne finnes i de positive rettskildene som lov, rettspraksis eller dokumenterte sedvaner, måtte retten formulere dette rettsgrunnlaget selv.

I begge dommene argumenterte Høyesterett ut i fra de reelle hensyn. Det legges vekt på virkningsorienterte vurderinger. Disse kan deles inn i to hovedgrupper. Den ene gruppen er argumenter av retts teknisk og instrumentell karakter den andre argumenter av verdimessig art. I begge dommene foretar Høyesterett et verdivalg.

I den første dommen kan en si at Høyesterett brukte de reelle hensyn for å fylte ut et lov-tomt rom, som fremholdt av Eckhoff. Eller man kan som Nygaard hevde at Høyesterett nok så for seg at det forelå et ”substansielt” personvern i norsk rett og at drøftelsen av de reelle hensyn dermed ble en form for subsumsjonsvurdering av om dette tilfellet falt innenfor

¹⁶⁰ Eckhoff s. 390-391.

¹⁶¹ Eckhoff s. 380.

eller utenfor personvernet. Men det må presiseres at det var retten selv som bestemte innholdet av dette vernet.¹⁶²

Den andre dommen var noe annerledes. Her forelå det lovregler, men de ble ansett for ikke å regulere dette spesielle tilfellet. Det Høyesterett gjorde, kan ha vært å foreta en tidmessig og verdiriktig tilpassning av retten ved å bruke de reelle hensyn og med det konstatere at det hadde utviklet seg nye rettsoppfatninger i samfunnet som gjorde at en gammel kutyme ikke kunne opprettholdes, for så legge denne nye rettsoppfatningen til grunn, slik som Ørnulf Rasmussen påpeker.¹⁶³ Spørsmålet som retten måtte ta stilling til var om de reelle hensyn som gjorde seg gjeldende kunne danne et generelt rettsgrunnlag for innsyn i journalen. Her foregikk drøftelsen av de reelle hensyn mer på det legislative planet og vurderingene samsvarte mer direkte med en lovgivervurdering. En annen måte å si det på er at Høyesterett her oppfattet sin egen rolle som klart rettskapende og dommen blir således et eksempel på hvordan Høyesterett deltar i rettsutviklingen.

I begge dommene endte vurderingen av de reelle hensyn opp med at det ble konstatert et allment rettsgrunnlag. De er en anerkjennelse av at faktoren reelle hensyn kan være en kilde til en alminnelig rettsregel på selvstendig grunnlag, når en ikke finner hjemmel i andre rettskilder. Dommene bekrefter dermed også de reelle hensyns store prinsipielle gjennomslagskraft i rettslige resonnementer og viser at i norsk rett vil et rettsspørsmål kunne bli løst i favør av en som utelukkende bygger sitt krav på reelle hensyn.

Det kan vel hevdes at de reelle hensyns status som selvstendig rettskilde hører hjemme på et tidlig stadium av rettsutviklingen, for dersom en rettsoppfatning som støtter seg på reelle hensyn får stor oppslutning og anerkjennelse, kan den endre rettskildemessig status ved at den først bli endel av rettspraksis og deretter blir kodifisert. Og det siste var nettopp det som skjedde i forbindelse med sykejournal-dommen. Etter at dommen var falt ble den retts-

¹⁶² Nygaard s. 209 flg.

¹⁶³ Rasmussen, Jussens Venner 1995 s. 305.

oppfatningen Høyesterett bygget på lovfestet i lege og tannlegeloven (l. 13/6 1980 nr. 42 § 46 og nr. 43 § 43).

Et eksempel på aktiv bruk av alminnelige rettsgrunnsetninger er EU-retten, som må kunne sies å være i en tidlig utviklingsfase, i alle fall sammenlignet med intern norsk rett. I EU-retten har alminnelige rettsgrunnsetninger spilt en stor rolle. Likestilling mellom kjønnene ble av EU-domstolen tidlig anerkjent som et alminnelig rettsprinsipp. Se Defrenne-III dommen fra 1978 (sak 149/77). Saken dreide seg om en privat arbeidsgiver som avskjediget menn og kvinner ved forskjellig alder. Domstolen kom frem til at det forelå en alminnelig rettsgrunnsetning som forbød forskjellsbehandling på grunn av kjønn, selv om det ikke eksisterte noen positiverte rettskilder til støtte for synspunktet. I EU er det nå en tendens til å kodifisere de alminnelige rettsgrunnsetninger som store deler av EU-retten bygger på. I dag, etter at Amsterdam traktaten har trått i kraft, er likestilling mellom kjønnene og andre grunnprinsipper som beskyttelse av miljøet, proporsjonalitetsprinsippet og rettferdighet klart og tydelig traktatfestet som målsettinger for EU.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Nielsen s. 171-174.

8. RETTSREALISMEN

Etter dette streiftoget gjennom Eckhoffs, Boes og Fleischerss rettskildelære for å klargjøre deres syn på de reelle hensyn og bruken av dem, vil jeg heve blikket og gi en samlet oversikt over rettsrealismen og dens forskjellige retninger.

8.1 Noen utgangspunkter

Rettsrealismen kan kort sammenfattes på følgende måte. En pragmatisk analyse av visse på forhånd bestemte problemstillinger hvor det som diskuteres er relevans, slutning og vekt. Svarene på spørsmålene mener man å finne i Høyesteretts praksis "...som ikles en mer eller mindre normativ drakt eller tilskrives en eller annen skult eller åpen ontologi, med rettskildenormer, rettstradisjoner eller rettssedvaner eller rettskulturen eller den særlige juridiske kyndighet som populære betegnelser."¹⁶⁵ Innholdsmessig tas det utgangspunkt i rettskildene som momenter i en avveiningsbasert modell, slik som det blant annet er beskrevet hos Eckhoff.

Den modellen for tolking av lover som presenteres innenfor norsk rettskildelære kan kort sammenfattes slik (den generelle avveiningsmodellen):

Ingen faste målsetninger for tolkingen.

Ingen klare begrensninger for hvilket materiale som kan inngå.

Ingen faste hierarkier for rangering av rettskilder eller materielle prinsipper for avveining.

Knut Bergo har karakterisert rettsrealismen på følgende måte: "Man arbeider generelt med alle prioriterings spørsmål, og gir knapt mer presise retningslinjer enn at "loven veier normalt tungt", og særlig i strafferetten og eventuelt også på legalitetsprinsippets område, men slik at dette prinsippets viktighet er "relativt" fra felt til felt og eventuelt fra sak til sak.

¹⁶⁵ Bergo s. 661.

For noen felter er nemlig så viktige at det ”ikke passer” med et for strengt legalitetsprinsipp (som f.eks. i miljøretten). Andre forfekter at loven ikke må sperre for utvikling av rettigheter for de såkalte svake grupper. Begge deler illustrerer trangen til å la rettsanvendelsen munne ut i en avveining mellom de mer eller mindre sterke ”hensyn” som gjør seg gjeldende i forhold til det enkelte rettsspørsmål. Dette er rettsrealismen i et nøtteskall – trangen til å la alle mulige hensyn (realitetene) bli det avgjørende tema for saken.”¹⁶⁶

Rettsrealistene er opptatt av hva som er legitime rettskilder og metoder i norsk rett, men de er også opptatt av hva som faktisk virker motiverende i praksis og de forutsetter at det er disse rettskildene og metodene som styrer dommernes overveielser. Men de snakker også om at det finnes styrende normer på et enda høyere nivå, metanormer. Dette kan være grunnloven, rettstradisjonen eller kulturarven. Med bakgrunn i at de er opptatt av hva som faktisk påvirker dommernes overveielser kan vi si at de er psykologiske realister. En kanskje utilsiktet virkning av dette, sammen med det faktum at realistene ser med stor skepsis på domsbegrunnelsene, kan bli at Eckhoffs lære blir mer ”sann” enn det som Høyesteretts selv skriver i sine avgjørelser.

8.2 Ulike retninger innenfor rettsrealismen.

Kanskje vi i dag kan stille opp følgende tre retninger innenfor rettsrealismen:

Det som kjennetegner den dogmatiske rettsrealismen er at den er på leting etter stadig nye faktiske og normative fenomener. Så snart en ny faktor dukker opp i domsgrunnene blir den analysert og er etter kort tid å anse som en ny legitim og relevant rettskilde. Eksempler på dette er blant annet underrettspraksis, sivilombudsmannens uttalelser og bruk av etterarbeider som formidler av lovgivers signaler til forvaltning og domstoler. Dette må i dag sies å være en dominerende tenkemåte innen for norsk juss og Erik Boe er dens fremste talsmann.

¹⁶⁶ Bergo s. 294-295.

Den sosiologiske rettsrealismen er preget av troen på at empiriske undersøkelser kan støtte opp under lovgivning og rettsanvendelse. Rettssosiologien får derfor stor betydning. Den anses for å være empirisk og virkelighetsbeskrivende, om enn ikke helt politisk nøytral. Det legges f. eks. stor vekt på kvinnerettens virkelighetsbeskrivelse og andre sosiologisk pregede rettsteorier som legger til grunn empiriske undersøkelser av samfunnsproblemer og som vil kartlegge samfunnsutviklingen, interessekonflikter, maktfaktorer og andre trekk ved samfunnsutviklingen som det bør tas hensyn til, når det er spørsmål om rettens utvikling.

Dette er en retning som fortsatt står sterkt her i Norge. Eckhoff var vel den som sterkest fremhevet dette synet, i alle fall i begynnelsen av sin karriere. Senere kunne det vel virke som om han mistet litt av entusiasmen. I dag er det nok innenfor kritisk juss bevegelsen en finner de fremste talsmenn for denne retningen.

I den politiske rettsrealismen er retten å anse som et politisk instrument for styringen av samfunnet ut i fra forskjellige formål og verdier. Dette synspunktet kalles ofte for rettsinstrumentalisme og kan spores tilbake til Schweigaard. Denne retningen er altså over 100 år gammel.

Det er ikke bare de signaler lovgiver gir og som vi finner i lover, forarbeider eller etterarbeider som er omfattet, men også de utøvende myndigheters synspunkter som finnes i forvaltningspraksis, forskrifter, forarbeider og etterarbeider. I tillegg til dette har så dommeren stor frihet til å ta hensyn til hvilke politiske formål loven er satt til å fremme. Og ofte er det slik at dette formålet får større betydning enn selve lovteksten når det oppstår en situasjon hvor det blir viktigere å følge lovens ånd eller å fremme et rettspolitisk formål enn å følge den formelle jussen. Den som kommer nærmest i dag må vel sies å være Fleischer, men også Eckhoff tiller de politiske hensynene stor vekt selv om han ikke går så langt som Fleischer.

Begrunnelsene for å legge vekt på lovformål og verdipunkter er forskjellige. De som

tror på rettens sammenheng og enhet har en vitenskapelig begrunnelse. Andre legger vekt på en likhetstankegang. Noen har hatt en konservativ begrunnelse for å bevare det bestående. I dag har kanskje rettens verdibase endret seg fra vern av enkeltindividet til forsvar av det kollektive. Men retten består fremdeles også av andre verdier og hensyn, slik som legalitetsprinsippet og andre rettsikkerhetsgarantier. Det avgjørende blir hvem som kan velge mellom de forskjellige hensyn og prinsipper.¹⁶⁷ Dette valget overlater realistene til lovgiver og flertallets syn. De forfekter et demokratisk flertallsprinsipp.

Det hevdes at rettsrealismen er selvødeleggende¹⁶⁸ og at den er forbigått av den vitenskapsteoretiske utviklingen som nå baserer seg mer og mer på normative vurderinger angående meninger, beroende på en forståelse av at empirismen er lite egnet til å stille opp teorier om meninger og gyldighet.

Et annet problem er den stadige letingen etter nye faktiske forhold som kan gis normativ gyldighet. Den gang rettskildene var de tradisjonelle med vekt på lover, forarbeider og rettspraksis, var det små problemer. Men det ligger i rettrealismens ”natur” at den stadig er på jakt etter nye normerende kjensgjerninger. Et godt eksempel på at listen over rettskildfaktorer bare blir lenger og lenger og normbeskrivelsene bare mer og mer utførlige er Erik Boes rettskildelære.

Et stort problem for rettsrealismen er det som betegnes som polysentrien innen dagens rettsanvendelse. Det blir påstått – sannsynligvis med god grunn – at den retten en blir møtt med på sosialkontoret eller i ligningsetaten er en annen enn den som anvendes ved domstolene. Dette er selvfølgelig betenkelig i seg selv. For en rettsrealist blir problemet at avgjørelser fra disse organene sjelden finner sin endelige løsning innen rettsapparatet og da særlig Høyesterett. Hvilket faktisk, ikke-vurderende grunnlag skal en da knytte retten til? Det må foretas et valg både når det gjelder hvilke faktorer en skal bygge på og hvilket

¹⁶⁷ Bergo s. 707.

¹⁶⁸ Graver, Lov og Rett 1998 s. 585.

beslutningsorgan som skal være målestokken. Etter hvert som det tilkommer flere og flere rettskilder vil disse spørsmålene bare bli mer og mer aktuelle og de kan som sagt bare løses ved at rettsanvenderen foretar en vurdering av dem. På denne måten eroderer selve utgangspunktet for rettsrealismen.

I de senere år har det oppstått en ny normativ retning innen norsk rettskildelære representert ved bl.a. Jan Fridtjof Bernt. Bernt gjeninnfører den vitenskapsteoretiske analysen med vekt på kommunikasjonsteori, systemteori og fortolkning. Men forskjellen mellom ham og Eckhoff er ikke så stor. De arbeider stort sett innenfor den samme tankemodellen, legger avgjørende vekt på vurderinger og bruker de samme rettskildene. Egentlig vil vel Bernt bare ha mer av det samme som Eckhoff, det vil si en metode som inkluderer fakta og verdivurderinger og ikke bare består av tekstfortolkning.

9. AVSLUTNING.

Dagens borgere lever i et komplisert samfunn.. Først avgjør Stortinget hvilke verdier og hensyn som skal tillegges vekt, som oftest basert på innspill fra forskjellige forvaltningsorganer. Disse forvaltningsorganene får så i neste omgang igjen anledning til å komme med sitt syn. Når så loven er vedtatt kommer domstolene inn i bildet. De skal jo egentlig passe på forvaltning og lovgiver og dømme borgerne. Tidligere ble de også ansett for å være borgernes siste skanse hvis det oppstod konflikt mellom dem og den styringsglade ”formynderstaten”. Men siden de reelle hensyn tillegges så stor vekt når rettsspørsmål skal løses og disse hensynene i så stor grad er felles kollektive verdier, så blir resultatet av den konkrete rimelighetsvurderingen ofte at det er den private partens interesser som blir innskrenket og det offentliges inngrepsmuligheter som øker.

Som Inge Lorange Backer sier i sin bok Innføring i naturressurs og miljørett: ”Det er en vanlig oppfatning i dag at legalitetsprinsippet ikke tilsier noen streng tolking av forvaltningens hjemmelslover, men at man får legge til grunn den tolking som alle rettskildfaktorer tatt i betraktning – medregnet reelle hensyn – har mest for seg.” Han avslutter: ”Miljøretten er altså ikke noe sted for et strengt legalitetsprinsipp – det kunne lett bety at langsiktige fellesinteresser ble prisgitt til fordel for enkeltpersoners kortsiktige interesser”.¹⁶⁹

Et resultat av å legge vekt på de kollektive interessene og flertallets mening er at det er de til enhver tid korrekte politiske meningene som det blir tatt hensyn til. En definisjon av en rettstat kan gå på hvilke rettigheter den tilkjenner sine utgrupper. I den forbindelse er det ikke selvsagt å prioritere flertallets interesser fremfor mindretallet. Rett og galt er ikke alltid det samme som flertallets mening. For det første kan det diskuteres hvem som skal bestemme hva som blir til lover og regler. Må dette alltid være flertallets syn? Eller kan det

¹⁶⁹ Backer s. 119.

tenkes at også et mindretall bør ha avgjørende innflytelse på rettsreglene? Et helt annet spørsmål er hvor langt lover og regler skal få gripe inn i de private forhold.

I et moderne demokratisk samfunn er ofte rettsreglene et resultat av kompromisser mellom grupper og interesser med motstridende verdier. For stor vekt på lovens formål og andre lovgiversynspunkter, kan føre til at den i utgangspunktet fine avveiningen mellom de motstridende interessene som loven representerer blir endret. I så fall blir spørsmålet om ikke det mest lojale overfor lovgiver vil være å se helt bort formålet og heller legge vekt på den løsningen som loven gir uttrykk for, selv om det betyr å måtte legge en mer eller mindre uklar lovtekst til grunn. For kanskje var nettopp grunnen til at den eldre rettskildelæren fokuserte så sterkt på loven, at dommeren skulle få slippe å ta standpunkt til alle mulige politiske, etiske og moralske spørsmål som måtte dukke opp.

11. LITTERATURLISTE

- Inge Lorange Backer: Innføring i naturressurs og miljørett Oslo 1999
- Knut Bergo: Tekst og virkelighet i rettskildelæren Oslo 2002
- Erik Boe: Innføring i juss Oslo 1996
- Torstein Eckhoff : Rettskildelære, 5 utgave Oslo 2001
- Carl August Fleischer: Rettskilder og juridisk metode Oslo 1998
- Erik Nesland: Norsk rettskildelære 1884-1939 Tromsø 2006
- Oscar Platou: Forelæsninger over Retskildernes Theori, Kristiania 1915
- Nils Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt Bergen 1999
- Nielsen og Tvarnø: Rettskilder og retsteorier København 2005
-
- Gunnar Aasland: Noen bemerkninger om rettskildespørsmål i Høyesterett, Jussens Venner 2000 s. 157-179
- Jan Fridthjof Bernt: Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter, KritiskJuss nr. 1 1995 s. 10-37
- Hans Petter Graver: Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap, Lov og Rett 1998 s. 579-603
- Hans Petter Graver: Skiltmakerdommen som et veiskille, Tidsskrift for erstatningsrett 2005 s. 165-168
- Ørnulf Rasmussen: Alminnelige rettsgrunnsetninger, Jussens Venner 1995 s. 301-312
- Alf Ross: Retskilde- og metodelære i realistisk belysning, Tidsskrift for Retsvitenskap 1931 s. 241 flg.

