



DEN SCHIZOFRENE PASSBÅT

Kvalitetssikring av rettslig argumentasjon
gjennom forhåndsgitte normer
som kompensasjon for
rettskildeprinsippenes ufullstendighet

Masteroppgave JUS398

Kandidatnummer: 187754

Veileder: Knut Martin Tande

Antall ord: 33 238

3. juni 2013

‘Gi meg et fast punkt, og jeg skal bevege hele jordkloden’

Archimedes, Mathematicae Collectiones, 8. bok, ca. 320 e.Kr.

Prolog

Vi befinner oss ved rikets østre fjorder, en ordinær lørdags formiddag i juni måned. En far bruker en mindre passbåt til å transportere sine to sønner til en hytte i nærheten. I forsøk på å kappkjøre med en båt er han svært nære på å kjøre en annen robåt i senk. Vedkommende viser seg etter rettens bevisbedømmelse å ha ført båten i beruset tilstand.

Dette måtte anses som en klanderverdig opptreden som burde kvalifisere til straff. Problemstillingen var imidlertid om saksforholdet kunne subsumeres under strl. § 422, som den gang rettet seg mot en fører av 'skip' som beruser seg 'under tjenesten'. Spørsmålet om forholdet kunne straffes ble behandlet i kjennelsen i Rt. 1973 s. 433:

Ved tolkningen av ordet skip må det legges avgjørende vekt på formålet med straffebestemmelsen. Det primære formål med bestemmelsen i § 422 annet ledd er å skape sikkerhet og avverge fare i trafikken [...]. Det er ikke tvilsomt at et fartøy av denne art representerer et betydelig faremoment i trafikken [...]. Det fartøy saken gjelder, er «skip» i lovens forstand.

Høyesterett betraktet følgelig passbåten for å være omfattet av lovens ord 'skip', under henvisning til formålet om å skape sikkerhet og avverge fare i sjøtrafikken. Og når båten først var et 'skip', måtte handlingen også ha funnet sted 'under tjenesten'. Denne avgjørelsen reiser flere prinsipielle spørsmål ut i fra et metodelæreperspektiv.

I første rekke brukes kjennelsen ofte som det klassiske eksemplet på utvidende tolkning, noe man på generelt grunnlag bør være varsom med på legalitetsprinsippets område.¹ Men hvorvidt saken i det hele tatt kan anses som et eksempel på utvidende tolkning avhenger av hvilket tolkningsvalg man foretar på slutningsstadiet av rettsanvendelsen. Skulle båten kunne subsumeres under lovteksten måtte den kunne regnes som et 'skip'. Rettsanvenderen bør ideelt sett ta utgangspunkt i lovteksten som primært rettsgrunnlag når han eller hun skal ta stilling til ulike rettsspørsmål på lovfestet område, selv om lovteksten rent deskriptivt ikke alltid får en slik rolle i lovtolkningsprosessen. Men når man på slutningsstadiet skal fastlegge det nærmere innholdet i lovteksten, vil rettsanvenderen måtte ta standpunkt til flere individuelle valg og vurderinger, som vil kunne være avgjørende for hvilken slutning som må trekkes fra lovteksten. Rettskildeprinsippene sier her lite om hvordan rettsanvenderen skal utøve sitt skjønn.

¹ J. Andenæs (1997), s. 105.

For det første må man ta stilling til hva som er utgangspunktet for slutning fra lovtekst, herunder om ordlyden skal tolkes i lys av alminnelig eller fagterminologisk språkbruk. For det andre må man ta stilling til om lovtekstens innhold må fastlegges isolert. I så fall vil ikke lovtekstens innhold kunne påvirkes av øvrige rettskildefaktorer, før slutningen fra lovteksten senere avveies mot øvrige slutninger på vektstadiet.

Valget man her foretar vil kunne være helt avgjørende for den endelige rettsregel. Hvis man fastlegger lovtekstens betydningsinnhold i lys av alminnelig språkbruk, vil nok ordlyden trekke i retning av å ikke kunne betrakte passbåten som et 'skip'. I så fall vil legalitetsprinsippet kunne yte sterkt motstand mot å legge avgjørende vekt på ordlydens fagterminologiske betydning ved fastleggelse av den endelige rettsregel. Hvis man derimot velger den fagterminologiske forståelsen allerede på slutningsstadiet, hvor det juridiske fellesskap i større grad er åpne for å regne slike båter som 'skip', vil denne forståelsen kunne legges til grunn uten motstand fra legalitetsprinsippet. Det samme vil være tilfellet hvis man tolker lovteksten i lys av øvrige rettskildefaktorer, som motsetning til å foreta en isolert slutning ved fastleggelse av lovteksten innhold. For som det uttales i lovforarbeidene vil uttrykket både i straffeloven og andre lover 'omfatte [...] ethvert fartøy uansett størrelsen med mindre noe annet fremgår'.²

Spørsmålet som melder seg i slike tilfeller er dermed hvilket tolkningsalternativ rettsanvenderen skal legge til grunn ved fastleggelse av lovtekstens betydningsinnhold. Når man betrakter rettsanvendelsen ut i fra rettsvitenskapelige, normative idealer, med siktemål om å kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen i størst mulig grad, må rettskildeprinsippene i den sammenheng anses for å ikke gi tilstrekkelig veiledning. Foretok egentlig høyesterettsdommerne en utvidende fortolkning av uttrykket 'skip'?

Fremstillingen her vil fokusere på spørsmål som oppstår i tolkningsprosessens tomrom, som igjen er en konsekvens av rettsanvendelsesprosessens manglende retningslinjer for hvordan rettsanvenderen skal gå frem for å kvalitetssikre sin egen skjønnsutøvelse. De enkelte poeng vil så langt det passer holdes opp mot denne rettsavgjørelsen, da materialet blir mer håndterbart når det holdes opp mot et konkret eksempel. Rettsavgjørelsen vil imidlertid ikke være absolutt styrende for fremstillingens tematikk.

² Ot.prp.nr. 40 (1961-62) s. 89.

Innholdsfortegnelse

Sidetall

DEL I

1	Emne og problemstilling	6
2	Introduksjon av emne	14
2.1	Norsk metodelære	14
2.2	Normativ fremstilling	16
2.3	Metodelærens kilder	16
3	Opplegget videre	17

DEL II

4	Relevansstadiet	18
4.1	Problemstillingen	18
4.2	Hva er en rettskildefaktor?	19
4.3	De harde og myke rettskildefaktorene	21
4.4	Rettskildefaktorenes legitimeringsgrunnlag	22
4.5	Betydningen av de myke rettskildefaktorene	24
4.6	Relevansen til de myke rettskildefaktorene	26
4.6.1	Særlig om relevansen til lovetterarbeider	27
4.6.2	Særlig om relevansen til underrettspraksis	30
4.6.3	Særlig om relevansen til rettsteorien	32
4.7	Rekapitulering av relevansstadiet	38

DEL III

5	Slutningsstadiet	40
5.1	Problemstillingen	40
5.2	Separat slutning	41
5.3	Slutning fra lovttekst	43
5.3.1	Utgangspunktet	43
5.3.2	Betydningen av reelle hensyn	49
5.3.3	De ulike tolkningsresultatene	52
5.3.4	De ulike tolkningsvalgene	56
5.3.4.1	Opprinnelig betydning	57
5.3.4.2	Fagterminologisk betydning	59
5.4	Rekapitulering av slutningsstadiet	63

DEL IV

6	Vektstadiet	65
6.1	Problemstillingen	65
6.2	Det overordnede siktemålet	66
6.3	Det verdimeslige fundament	67
6.4	Faktorenes 'egenvekt' og 'relative vekt'	69
6.5	Vekten til lovttekst og lovforarbeider	70
6.5.1	Egenvekt: lovtteksten	70
6.5.2	Egenvekt: lovforarbeidene	72
6.5.3	Relativ vekt: lovttekst vs. lovforarbeider og lovformål	74
6.6	Vekten til høyesterettspraksis	78
6.6.1	Egenvekt: høyesterettspraksis	78
6.6.2	Relativ vekt: høyesterettspraksis vs. lovgiverviljen	81
6.7	Vekten til reelle hensyn	83
6.7.1	Egenvekt: reelle hensyn	83
6.7.2	Relativ vekt: reelle hensyn vs. lovgiverviljen	85
6.7.3	Relativ vekt: reelle hensyn vs. høyesterettspraksis	87

DEL V

7	Samme mål, annet middel?	88
8	Den schizofrene passbåt	94

DEL VI

9	Kilder	98
9.1	Juridisk teori	98
9.2	Rettspraksis	99
9.3	Lovforarbeider	99
9.4	Internett	99

DEL I

1 Emne og problemstilling

Fremstillingen har som overordnet siktemål å undersøke hvorvidt rettskild prinsippene gir en tilstrekkelig normering for hvordan rettsanvendelsesprosessen skal gjennomføres, herunder om de vil være egnet til å kvalitetssikre rettsanvenderens skjønnsutøvelse. Dette er et spørsmål som har vært gjenstand for grundig debatt de senere år, særlig i lys av artikkelen ‘individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen’,³ som gir en beskrivelse av oppfatningene til øvrige metodeteoretikere i så henseende. Mens de fleste teoretikere fremdeles forfekter den tradisjonelle avveiningsmodellen, hvor skjønnsutøvelsen forutsetningsvis må basere seg på ikke-artikulert intuisjon,⁴ vil nyere teori utvikle nærmere retningslinjer for hvordan rettsanvendelsesprosessen kan kvalitetssikres gjennom et forsterket fokus på individuelle valg og vurderinger, hvor man i større grad tar hensyn til rettssystemets underliggende rettslige verdier.⁵

For å kunne besvare et rettsspørsmål på en måte som har rettskildemessig grunnlag, må man ha klart for seg hvilke retningslinjer som gjelder for rettsanvendelsesprosessen. Metodeteoretikere synes mer eller mindre å være enige i rettsanvendelsens to hovedsteg, som nærmere bestemt består av identifisering og fortolkning av primært rettsgrunnlag.⁶ Fremstillingen her vil kun beskjeftige seg med fortolkning av primært rettsgrunnlag, samtidig som redegjørelsen vil avgrenses til å bare ta for seg lovtolkningsprosessen.

Både identifisering og fortolkning av rettsgrunnlaget styres av rettskild prinsippene. Rettskild prinsippene kan igjen spaltes opp i relevans-, slutnings- og vektprinsipper. Disse vil til en viss grad være egnet til å gi veiledning ved besvarelse av rettsspørsmålet, både når det gjelder relevans-, slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsesprosessen. De ulike rettskild prinsippene har imidlertid karakter av å bare være retningslinjer, ettersom de er ‘normer som ikke gir direkte svar på de rettsspørsmål som skal løses’.⁷ Når man tar stilling til rettsspørsmål vil rettskild prinsippene følgelig bli ufullstendige, ettersom spørsmålet kan løses på flere alternative måter som alle er forenlige med dem.

³ Tande s. 1-36.

⁴ Tande, s. 7.

⁵ Tande, s. 2.

⁶ Eckhoff (1997), s. 26, M. Andenæs (1997), s. 4, Nygaard (1999), s. 29, Monsen, s. 22.

⁷ Eckhoff (1997), s. 20.

Se Nygaard, som uttaler følgende som konsekvens av prinsippenes ufullstendighet:⁸

Rettskildeprinsippa blir ufullstendige i høve til det endelege standpunktet til vårt rettsspørsmål, [noko som] fører til at rettsbrukaren sjølv må ta det endelege standpunktet eller valet mellom dei alternative løysingar på rettsspørsmålet.

Rettskildeprinsippenes ufullstendighet vises igjen på alle steg i rettsanvendelsesprosessen. På relevansstadiet må rettsanvenderen ta stilling til hvilke rettskilder som skal vektlegges, hvor det hersker en viss uenighet vedrørende relevansen til flere argumentkilder, så som statusen til lovetterarbeider, underrettspraksis og rettsoppfatninger i rettsteorien. På slutningsstadiet må rettsanvenderen deretter trekke slutninger fra rettskildefaktorene, hvor rettskildene kan forstås på flere alternative måter som alle kan anses akseptable. Ved slutning fra lovteksten vil rettsanvenderen eksempelvis kunne legge til grunn enten den folkelige, den judisielle eller den fagterminologiske betydningen av ordlyden. På vektstadiet må rettsanvenderen endelig vekte de ulike slutningene mot hverandre. Selv om rettskildeprinsippene gir en viss veiledning for hvilke vektnormer som gjelder, vil rettsanvenderen fremdeles ha et stort spillerom i sin prioritering av rettskildefaktorene.

Når rettskildeprinsippene i så stor grad etterlater et tomrom i rettsanvendelsesprosessen, vil rettsspørsmålene ofte måtte løses på grunnlag av individuelle valg og vurderinger. For det er nettopp rettsanvenderen som må ta det endelige standpunktet til spørsmålene som melder seg på relevans-, slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsesprosessen. De individuelle vurderinger blir på den måten rettsanvendelsens mest overordnede element, særlig fordi også innholdet i rettskildeprinsippene 'bygger på individuelle vurderinger'.⁹

Selv om rettsanvendelsens mest overordnede element er individuelle valg og vurderinger, har man tradisjonelt hatt mindre fokus på denne siden av rettsanvendelsesprosessen.

Norsk metodelære har de siste tiårene primært bygget på den såkalte avveiningsmodellen, hvor rettskildeprinsippene er styrende for samtlige steg i rettsanvendelsesprosessen, herunder for utvelgelse, tolkning og harmonisering og avveining av rettskildefaktorene.¹⁰ Følgelig blir rettskildeprinsippenes innhold også avgjørende for i hvilken utstrekning rettsanvenderen gis retningslinjer for utøvelsen av sine individuelle valg og vurderinger.

⁸ Nygaard (2004), s. 70.

⁹ Tande, s. 2.

¹⁰ Eckhoff (1997), s. 1-365.

Avveiningsmodellen er ment som et speilbilde av Høyesteretts argumentasjonsmønstre, hvor rettsanvendelsen bygger på en analyse av hvordan domstolen angriper rettsspørsmål. Høyesterettspraksis vil på den måten også være styrende for rettskildeprinsippenes innhold, ettersom det er her rettskildeprinsippene mer eller mindre implisitt kan utledes fra. Høyesterett får på den måten ‘en tendens til å tjene som mønster for andre jurister’.¹¹

Avveiningsmodellen er klar over eksistensen til de individuelle valg og vurderinger,¹² selv om eckhoffismens etterfølgere i langt mindre grad har inntatt et slikt fokus. Eckhoff hadde nettopp som siktemål å illustrere hvordan rettskildeprinsippene gir ‘spillerom for valg og vurderinger’ når rettsanvenderen skal ta stilling til rettsspørsmål.¹³ Prosjektet hans bygger en viss grad på å synliggjøre rettsanvenderens egne vurderinger, som gjør seg gjeldende på både relevans-, slutnings- og vektstadiet i tolkningsprosessen. Rettsanvenderen bør være ‘mer tilbøyelig til å gjøre åpent rede for sine vurderinger’.¹⁴

Angivelse av nærmere retningslinjer for hvordan rettsanvenderen skal gå frem for å kvalitetssikre sine valg og vurderinger blir imidlertid aldri en sentral del av modellen. For når avveiningsmodellen hovedsakelig bygger på domstolens argumentasjonsmønstre, samtidig som domsgrunnene sjelden fokuserer eksplisitt på overordnede metodiske spørsmål, er det vanskelig å skaffe seg innblikk i hvordan domstolene håndterer slike individuelle valg.¹⁵ Når domstolene tar stilling til rettsspørsmål i det praktiske rettsliv vil siktemålet dessuten være å kunne legge til grunn en god løsning for det konkrete tilfellet under en stram tidsfrist. Det har derfor blitt ansett som nødvendig å utforme rettskildeprinsipper med løsere karakter.

Avveiningsmodellen kan istedenfor anses for å legge opp til en rettsanvendelsesprosess hvor rettsanvenderen forutsettes å basere sine individuelle valg og vurderinger på intuisjon.¹⁶ For det stilles ikke særskilte krav til rettsanvenderen om å kvalitetssikre sin argumentasjon, foruten å være forpliktet til å forankre argumentasjonen i de oppstilte rettskildefaktorene. Et slikt krav vil riktignok bidra til å sikre skjønnsutøvelsen formell rettslig legitimitet.¹⁷ Men rettsanvenderen vil fremdeles gis et vidt spillerom til å finne den beste løsningen, uten klare kriterier for de individuelle valg og vurderinger som vedkommende må foreta.

¹¹ Eckhoff (1997), s. 21.

¹² Eckhoff (2001), s. 366.

¹³ Eckhoff (2001), s. 21.

¹⁴ Eckhoff (1997), s. 385.

¹⁵ Eckhoff (2001), s. 370.

¹⁶ Tande, s. 7.

¹⁷ Bernt (2002), s. 272.

Et sentralt siktemål med metodelæren er å utvikle retningslinjer som gir grunnlag for 'adekvat håndtering av skjønn og usikkerhet, for å forhindre vilkårlighet i rettsanvendelsen'.¹⁸ Når avveiningsmodellen i så liten grad gir retningslinjer for rettsanvenderens skjønnsutøvelse, vil rettsanvendelsesprosessen som en logisk konsekvens stå i fare for å bli nettopp vilkårlig. For når avveiningsmodellen forsøker å nedjustere betydningen av manglende retningslinjer, gir den ikke øvrige betingelser for rettsanvenderens individuelle valg og vurderinger enn å måtte stole på juristenes forbausende likhet hva angår tenkemåte og verdiorientert,¹⁹ som i neste rekke fører til stor likhet i den intuitive avveiningen av rettskildefaktorene. Og den utstrakte tiltroen til rettsanvenderens intuisjon fører igjen til en rettsanvendelse hvor rettsanvenderen vil måtte foreta sin skjønnsutøvelse uten konkret artikulering, ettersom vurderingskriteriene for de individuelle valg og vurderinger ikke kan artikuleres.²⁰ I følge Eckhoff vil den trenede jurist eksempelvis ha god føling i vektingsprosessen, selv om vektstadiet 'langt på vei styres av normer som unndrar seg formulering'.²¹

Den enkelte rettsanvenders utdanning og sosialisering vil riktignok danne et fellesskap som i stor grad vil ha likheter i oppfatningen av hva som kjennetegner god juridisk argumentasjon. Dette vil et stykke på vei representere en trygghet for rettsanvenderens skjønnsutøvelse, da man sjelden vil bevege seg langt utover akseptable rammer i rettsanvendelsesprosessen.²² Avveiningsmodellen må likevel anses for i stor grad å overlate rettsanvenderen til seg selv hva angår kvalitetssikringen av de individuelle valg og vurderinger som må foretas. For når rettsanvenderen forutsettes å basere skjønnsutøvelsen sin på ikke-artikulert intuisjon, vil vedkommende bli fritatt fra å forholde seg aktivt til rettsanvendelsesprosessens tomrom, noe som vil redusere muligheten til å kvalitetssikre de individuelle valg og vurderinger.²³ Det manglende fokuset på å utvikle klare retningslinjer for rettsanvenderens skjønnsutøvelse har de senere år da også blitt utsatt for nokså skarp kritikk fra enkelte teoretikere. I følge Bergo kan den tradisjonelle avveiningsmodellen eksempelvis ikke anses som mer enn 'en funksjon av en dose subjektive vurderinger av hva som er det beste resultatet, styrt av en knippe av retningslinjer som angir hvilke momenter som skal vektlegges',²⁴ hvor vektnormene 'oppløser seg i nesten ingenting når vi virkelig studerer de kritisk'.²⁵

¹⁸ Monsen, s. 61.

¹⁹ Eckhoff (2001), s. 29.

²⁰ Tande, s. 7.

²¹ Eckhoff (2001), s. 371.

²² Tande, s. 8.

²³ Tande, s. 2.

²⁴ Bergo, s. 378.

²⁵ Bergo, s. 590.

Denne kritikken har resultert i et forsterket fokus på individuelle valg og vurderinger. Særlig Tande har ytret ønske om å utforme nærmere retningslinjer for hvordan rettsanvendere skal gå frem ved utøvelsen av de individuelle valg og vurderinger som vil måtte foretas. Hvis rettsanvenderen skal kunne basere sin skjønnsutøvelse på ikke-artikulert intuisjon, vil dette resultere i manglende retningslinjer for hvordan vedkommende skal gå frem for å synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre sine individuelle valg og vurderinger.²⁶ Tande tar derfor til orde for en metodelære knyttet til rettsstatens underliggende verdier, hvor man argumenterer mer på verdiplanet enn ut i fra hvilke steder argumentene utledes fra. For å unngå en vilkårlig rettsanvendelsesprosess retter han hovedfokuset sitt mot hvordan man skal bevege seg fra spenninger mellom verdipremisser og frem til et endelig standpunkt. Rettslig argumentasjon bør etter hans syn bygge på artikulerte analyser av verdispenningene. Ut i fra disse verdispenningene må rettsanvenderen formulere en overordnet problemstilling, tilpasset rettssystemets, rettsområdets, typetilfellets og partskonstellasjonens verdier. Ved å synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre balanseringen av disse verdispenningene, vil rettsanvenderen i større grad ivareta verdi- og fornuftsmessig koherens i rettssystemet.²⁷

De nyere reaksjonene på norsk metodelære, særlig representert av Bernt, Tande og Sæther Mæhle, må nok betraktes mer som et tillegg til, enn som kritikk av, den tradisjonelle avveiningsmodellen. Eckhoff er fullstendig åpen om eksistensen av individuelle valg og vurderinger i tolkningsprosessen. Han har imidlertid ikke i like høy grad som den nyere teorien rettet sitt hovedfokus mot dem, ettersom avveiningsmodellen har et ytre perspektiv bygget på domstolens argumentasjonsmønstre, hvor rettsanvenderen indirekte forutsettes å basere sine valg og vurderinger på ikke-artikulert intuisjon. De nyere reaksjonene på metodelæren er på sin side normative, basert på rettsvitenskapelige idealer. Disse kan anses for å videreutvikle metodelæren innenfor rammen av den tradisjonelle avveiningsmodell, for å kunne kvalitetssikre tomrommet som oppstår som følge av rettskildепrinsippenes ufullstendighet.

Fremstillingen her er enig i nødvendigheten av å supplere det domstolsbaserte perspektivet med et perspektiv som i større grad retter fokuset mot individuelle valg og vurderinger, med retningslinjer for synliggjøring, problematisering og kvalitetssikring i relasjon til disse. Det å ha tilstrekkelig bevissthet og ansvarsfølelse i relasjon til ens valg og vurderinger vil være et etisk krav til den som er tildelt ansvaret for å avgjøre rettslige spørsmål.²⁸ Den rettslige argumentasjonen må derfor ha en kvalitet som tilfredsstillende dette ansvaret. Og ut i fra en slik synsvinkel kan avveiningsmodellen anses for å ikke være tilstrekkelig, tatt i betraktning modellens manglende retningslinjer for rettsanvenderens skjønnsutøvelse.

²⁶ Tande, 23.

²⁷ Tande, s. 13.

²⁸ Tande, s. 3.

Redegjørelsen her vil likevel skille seg en del fra de nyere reaksjonene på metodelæren hva angår kriteriene for kvalitetssikring av rettsanvenderens individuelle valg og vurderinger. Forfatterne bak ideen om verdi- og fornuftsmessig koherens kommer her etter min mening ikke særlig mye lenger enn å understreke viktigheten av å synliggjøre valg og vurderinger, uten egentlig å fremsette strengere betingelser for kvalitetssikringen enn å måtte ha tilstrekkelig bevissthet og ansvarsfølelse i relasjon til ens egne valg og vurderinger,²⁹ herunder med oppfordring til å utøve sitt skjønn så grundig og etterprøvbart som mulig.³⁰

Slike reaksjoner presenteres imidlertid ofte i artikler som er skrevet på et overordnet nivå, hvor det ikke er like naturlig å ta stilling til muligheten for en mer detaljert normering. Forfatterne bak ideen om verdi- og fornuftsmessig koherens kan følgelig tenkes å faktisk ønske seg en rettsanvendelsesprosess med klarere retningslinjer for rettsanvenderens skjønnsutøvelse. Tande og Sæther Mæhle synes også mer spesifikke i artikkelen 'lovtolkning i et verdiperspektiv', selv om heller ikke denne etter min mening angir klare nok kriterier for rettsanvenderens skjønnsutøvelse.

Etter normativistenes syn vil de individuelle valg og vurderinger imidlertid i langt større grad kunne kvalitetssikres hvis man formulerer generelle prinsipper med bærende kraft, som bidrar til å gjøre de individuelle valg og vurderinger mindre skjønnsmessige enn ellers.³¹ Kinander er den som klart har markert tilslutning til et slikt syn i norsk metodelære. Han tar avstand fra en argumentasjonslære som inntar et ytre domstolsperspektiv, hvor rettskildепrinsippet innhold mer eller mindre implisitt utledes fra høyesterettspraksis. Høyesterettspraksis må nemlig kunne underkastes en legitimitets- og holdbarhetstest, hvor det avgjørende er om argumentasjonen lar seg begrunne ut i fra overordnede prinsipper. Den tradisjonelle avveiningsmodellen må ut i fra en slik synsvinkel forkastes, fordi den etter hans syn legger opp til en skjønnsmessig avveining av rettskildefaktorene, uten klare kriterier for hvilke retningslinjer som gjelder for denne avveiningen. I følge Kinander hjelper det eksempelvis lite å oppmuntre til åpne interesseavveininger, 'for veiing krever som kjent både vekt og mål, og uten en målestokk for avveiningen blir det raskt et spørsmål om rettsanvendelsen blir mer åpen av en avveiningsmodell'.³² Kinander ønsker følgelig å redusere intuisjon og skjønnsmessighet i rettslig argumentasjon, til fordel for overordnede prinsipper som rettsanvenderen vil være forpliktet til å følge. For hvis avveiningsmodellen tas på ordet vil rettslig argumentasjon bli 'quite unpredictable'.³³

²⁹ Tande, s. 3.

³⁰ Tande, s. 2.

³¹ Blandhol, s. 375.

³² Kinander (2005), s. 39.

³³ Kinander (2004), s. 349.

Enkelte regner riktignok denne kritikken for å rette seg mot objekt som ikke eksisterer: Den tradisjonelle avveiningsmodellen har kriterier for relevans-, slutnings- og vektspørsmålet, selv om argumentasjonsmønsteret ikke alltid er egnet til å formuleres helt eksakt.³⁴ Men når avveiningsmodellen angir rettskildeprinsipper som ikke kan artikuleres eksakt, vil nettopp rettsanvenderen mangle klare retningslinjer for sine valg og vurderinger, noe som vil være betenkelig i lys av formålet om å forhindre en vilkårlig tolkningsprosess. Det er nettopp derfor normativistene vil formulere generelle prinsipper med bærende kraft, på bekostning av en rettsanvendelsesprosess som er preget av intuisjon og skjønnsmessighet.

Fremstillingen her vil på noenlunde samme måte legge opp til en rettsanvendelsesprosess hvor rettsanvenderens skjønnsutøvelse kan kvalitetssikres gjennom forhåndsgitte normer, som bidrar til å gjøre de individuelle valg og vurderinger mindre intuitive enn ellers. Formålet om å unngå en rettsanvendelsesprosess som i for stor grad fremstår som vilkårlig vil best kunne oppnås nettopp gjennom utviklingen av slike forhåndsgitte normer. Det vil eksempelvis kunne utpensles klarere og sterkere føringer for hvordan rettsanvenderen skal gå frem når han eller hun skal harmonisere og avveie motstridende rettskildefaktorer.

Ved første øyekast kan dette synes å ha likhetstrekk med den alternative avveiningsmodellen, hvor rettsanvenderen i større grad oppfordres til 'å setja fokus på det objektive', noe som igjen resulterer i et krav om å koble seg selv ut av rettsanvendelsesprosessen.³⁵ Tatt på ordet vil rettsanvenderen i så fall måtte spille en mest mulig tilbaketrukket rolle, noe som kulminerer i en underminering av rettsanvendelsens individuelle valg og vurderinger. Men selv om redegjørelsen her forutsetter kvalitetssikring gjennom forhåndsgitte normer, kan rettsanvenderen naturligvis ikke koble seg ut av de individuelle valg og vurderinger. Vedkommende forpliktes fremdeles til å synliggjøre og problematisere sin skjønnsutøvelse, men han eller hun vil gis et sikrere verktøy for den påfølgende kvalitetssikringen. Og gjennom denne kvalitetssikringen tvinges nettopp rettsanvenderen til å sette ord på de mange individuelle valg og vurderinger som vedkommende uansett vil måtte foreta.

³⁴ Blandhol, s. 377.

³⁵ Nygaard (2004), s. 153.

Visse teoretikere betrakter riktignok en slik argumentasjonslære for å være umulig.³⁶ Men som fremstillingen i det følgende vil illustrere vil det i aller høyeste grad være mulig å kvalitetssikre rettsanvenderens skjønnsutøvelse gjennom å oppstille forhåndsgitte normer, både når det gjelder relevans-, slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsesprosessen. Avhandlingen vil i et slikt øyemed fokusere på visse spørsmål som knytter seg til (i) betydningen av myke rettskilder, som lovetterarbeider, underrettspraksis og rettsteori, (ii) rettsanvenderens ulike tolkningsvalg når vedkommende trekker slutning fra lovteksten, (iii) samt muligheten til å gradere rettskildedefaktorenes vekt på enn mer skjematisk måte, ved å gi klarere føringer for hvordan motstridende slutninger skal vektas mot hverandre.

Kritikerne vil hevde rettskildeprinsippene er utformet mer eller mindre ufullstendige med hensikt, da siktemålet med praktisk rettsanvendelse er å utforme retningslinjer som er egnet til konfliktløsning, hvor hovedformålet er å finne en god begrunnelse i den konkrete sak under en stram tidsfrist. Den tradisjonelle avveiningsmodellen har under en slik synsvinkel tross alt fungert utmerket godt, tatt i betraktning dens utstrakte og årelange utbredelse blant dommere, advokater og andre jurister. Fremstillingen her tar imidlertid for seg norsk metodelære ut i fra et rettsvitenskapelig perspektiv, med fokus på kvalitetssikring av rettsanvendelsesprosessen mange individuelle valg og vurderinger, som i stor grad oppstår nettopp på grunn av rettskildeprinsippenes ufullstendige karakter. Når redegjørelsen i det følgende presenterer innvendinger mot den tradisjonelle avveiningsmodellen, er det altså ikke fordi modellen på et helt generelt grunnlag må betraktes som utilstrekkelig, men fordi den etter min mening ikke i tilstrekkelig grad kvalitetssikrer den rettslige argumentasjonen under forutsetning om en mest mulig forutberegnlig og minst mulig vilkårlig rettsanvendelsesprosess. Hvis metodelæren har som sentralt siktemål å forhindre en vilkårlig rettsanvendelsesprosess, vil det være en nødvendighet å utvikle klarere føringer for hvordan rettsprosjekt skal løses. Og det er nettopp det man står i fare for å underminere dersom rettsanvendelsen blir for pragmatisk. Nå kan riktignok de rettsvitenskapelige idealene bli for ambisiøse i sitt forsøk på å kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen gjennom sitt forsterkede fokus på individuelle valg og vurderinger, ettersom rettskildeprinsippenes ufullstendige karakter uansett ikke vil kunne unngås i sin helhet. Å være seg bevisst alle mulige valg og vurderinger som er mulig å foreta i rettsanvendelsen kan heller ikke bli annet enn 'et ideal for, eller regulativ idé bak, rettsanvendelsesprosessen'.³⁷ For ved mer komplekse rettsprosjekt finnes det nærmest ikke grenser for hvor mange spenninger som rettsanvenderen kan avdekke med utgangspunktet i det foreliggende rettskildematerialet. Man kan derfor ikke forplikte rettsanvenderen til å etterleve de rettsvitenskapelige idealene fullt ut, tatt i betraktning de tidsmessige begrensningene rettsanvenderen er underlagt i det praktiske rettsliv.³⁸ Men avviket mellom praktisk rettsanvendelse og de rettsvitenskapelige idealene kan samtidig ikke bli for stort før rettsanvendelsen må anses betenkelig ut i fra ønsket om å hindre vilkårlighet.

³⁶ Blandhol, s. 377.

³⁷ Tande, s. 19.

³⁸ Op. cit.

2 Introduksjon av emne

2.1 Norsk metodelære

Fremstillingen her vil som sagt ta sikte på å kvalitetssikre rettslig argumentasjon, både når det gjelder relevans-, slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsesprosessen. Redegjørelsen vil rette fokuset mot rettsanvendelsens individuelle valg og vurderinger, som i stor grad oppstår som en konsekvens av rettskildeprinsippenes ufullstendighet, samtidig som den vil gi nærmere retningslinjer for rettsanvenderens skjønnsutøvelse.

Formålet med en fremstilling av metodelæren er å systematisere rettskildespørsmål som går igjen i de enkelte materielle fag for å drøfte dem på et mer generelt plan. I metodelære gjøres det nærmere rede for hvordan rettsanvenderen skal resonnerer når han eller hun skal ta standpunkt til innholdet av gjeldende rett for rettsspørsmålet. Betydningen av dyptgående kunnskap om dette emnet må ikke undervurderes. Dette er også Torstein Eckhoff enig i, når han anser det som er viktigere å kunne 'innta velbegrunnede standpunkter selv, enn å lære utenat standpunkter som andre har inntatt'.³⁹ Også i de materielle fagene av rettsvitenskapen tar man for seg rettskildespørsmål. Det er imidlertid hensiktsmessig å operere med metodelære som en egen disiplin, ettersom mange slike rettskildespørsmål egner seg til en felles og generell behandling. Rettskildespørsmålene løses likevel ikke likt innenfor alle de ulike fagområdene. Eksempelvis vil mangel på klar lov ha en annen effekt i strafferetten enn i privatretten. Fremstillingen her vil imidlertid primært fokusere på felles trekk ved rettsanvendelsen.

Vi har også andre fag enn metodelære som omhandler retten i dens alminnelighet, herunder fag som rettskildelære, rettsteori, rettsfilosofi, retts sosiologi og rettshistorie. Det er ikke helt klart hva som egentlig er forskjellen mellom metode- og rettskildelære. I de fleste rettsvitenskapelige fremstillinger benyttes betegnelsen 'rettskildelære'.⁴⁰ Denne avhandlingen vil likevel heller benytte seg av betegnelsen 'metodelære'. For med en virksomhets metode sikter man som hovedregel til de midler som brukes for å finne svar på de spørsmål som stilles innen vedkommende vitenskap. Og temaet her er nettopp de midler som benyttes for å finne svar på rettsspørsmål.

³⁹ Eckhoff (1997), s. 15.

⁴⁰ Eckhoff (1997), s. 18.

Metodelæren knytter seg til ulike faktorerens betydning ved løsning av rettsspørsmål. Når man skal ta stilling til dette, må det skilles mellom flere underliggende spørsmål.

Den første gruppe spørsmål knytter seg til hvilken rettskildemessig status en faktor har. I eldre teori var det vanlig å kun regne loven og sedvanen som relevante rettskilder, hvor lovforarbeider og høyesterettspraksis bare fungerte som undergrupper av disse.⁴¹ Eckhoff ble banebrytende når han senere delte kildene inn i syv rettskildefaktorer.⁴² Nyere teori har utvidet antallet ytterligere ved å inndele faktorene i tolv grupper.⁴³ På relevansstadiet vil rettskildeprinsippenes ufullstendighet vise seg blant annet ved spørsmålet om såkalte myke rettskilder kan tilskrives status som rettskildefaktorer. Dette behandles nærmere under del II.

Den andre gruppe spørsmål knytter seg til hvilken løsning den enkelte faktor taler for. De enkelte rettskildefaktorene må under denne delen av prosessen tolkes hver for seg, før slutningen fra den enkelte rettskildefaktor senere veies mot øvrige rettskildefaktorer. På slutningsstadiet vil rettskildeprinsippenes ufullstendighet vise seg blant annet ved spørsmål om lovteksten skal tolkes i lys av alminnelig eller fagterminologisk språkbruk. Dette behandles nærmere under del III.

Den tredje gruppe spørsmål knytter seg til tilfeller hvor faktorene peker i ulik retning. Det må da tas stilling til hvilken eller hvilke faktorer som har størst gjennomslagskraft. Antallet konfliktsituasjoner mellom rettskildefaktorene er her nærmest uendelig, ettersom faktorene hver for seg kan inngå i alle mulige kombinasjoner med de øvrige, samtidig som hver rettskildefaktor kan gjøre seg gjeldende med varierende styrke.⁴⁴ Selv om rettskildeprinsippene gir en viss veiledning for hvilke vektnormer som gjelder, vil rettsanvenderen fremdeles ha stort spillerom i sin prioritering av rettskildefaktorene. Dette behandles nærmere under del IV.

⁴¹ Malt, s. 50.

⁴² Eckhoff (1971), s. 32.

⁴³ J. Andenæs (1998), s. 56, Boe (2012), s. 158, Monsen, s. 30.

⁴⁴ M. Andenæs (1997), s. 5.

2.2 Normativ fremstilling

De aller fleste litterære verk om metodelæren gir fremstillinger av deskriptiv karakter, hvor det inntas et domstolsperspektiv for hva som er korrekt rettslig argumentasjon. Dette må anses å være tilfellet for både eldre og nyere fremstillinger av metodelæren. Enkelte teoretikere er riktignok ikke helt enig i dette, men den debatten lar vi ligge.⁴⁵ Høyesteretts måte å argumentere rettslig på får en sentral rolle i slike fremstillinger, ettersom det er her rettskildeprinsippene mer eller mindre implisitt kan utledes fra.⁴⁶ Høyesterett får på den måten 'en tendens til å tjene som mønster for andre jurister'.⁴⁷

I de senere år har det vært stilt kritiske spørsmål til dette sterkt domstolsbaserte rettskildesynet. Dette henger sammen med den mye omtalte polysentrdebatten, se nærmere Boe, s. 26 flg.⁴⁸ En slik debatt tar jeg for øvrig sterk avstand fra, når den betraktes på et rent nasjonalt plan.

Denne fremstillingen vil ha et annerledes fokus enn de mer tradisjonelle verkene, ettersom den ikke vil begrense til hvordan norsk metodelære er rent deskriptivt. Den vil ha fokus på hvordan retten bør være etter normative, rettsvitenskapelige idealer.

2.3 Metodelærens kilder

I kraft av Høyesteretts implisitte rolle som skaper av de gjeldende rettskildeprinsipper, vil grunnlaget for redegjørelsen til en viss grad også være tuftet på høyesterettspraksis. Men ettersom den nærmere utpenslingen av norsk metodelære i realiteten finner sted i et slags vekslingsforhold mellom høyesterettspraksis og rettsoppfatninger i rettsteorien, vil et nærmere innblikk i metodelæren også kreve undersøkelser i juridisk teori.⁴⁹ Fremstillingen her har hentet inspirasjon fra både eldre og nyere metodeteoretikere, så som Andenæs, Bernt, Boe, Eckhoff, Fleischer, Monsen, Nygaard og Tande. Det er imidlertid jeg alene som er ansvarlig for de synspunkter som gjøres gjeldende.

⁴⁵ Boe (2012), s. 19.

⁴⁶ M. Andenæs (1997), s. 8.

⁴⁷ Eckhoff (1997), s. 21.

⁴⁸ Boe (2012), s. 26.

⁴⁹ Monsen, s. 16.

3 Opplegget videre

Når fremstillingen har som overordnet siktemål å kvalitetssikre rettslig argumentasjon både når det gjelder relevans-, slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsesprosessen, vil redegjørelsen nødvendigvis måtte konkretisere de ulike stegene i rettsanvendelsen. Fokuset vil da avgrenses til kun å ta for seg veien fra primært rettsgrunnlag til rettsregel, samtidig som fremstillingen ene og alene vil rette fokuset mot lovtolkningsprosessen.

Del II vil først gå nærmere inn på relevansstadiet i rettsanvendelsesprosessen. Fremstillingen vil særlig fokusere på relevansen til såkalte myke rettskildefaktorer. Del III vil deretter gå nærmere inn på slutningsstadiet i rettsanvendelsesprosessen. Fremstillingen vil avgrenses til å behandle tolkningsvalg ved slutning fra lovteksten. Del IV vil endelig gå nærmere inn på vektstadiet i rettsanvendelsesprosessen. Herunder vil det stilles spørsmål om det er mulig å gradere rettskildefaktorenes vekt på en mer skjematisk måte enn man har gjort etter de tradisjonelle avveiningsmodellene, for å kunne kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen gjennom forhåndsgitte normer.

DEL II

4 Relevansstadiet

4.1 Problemstillingen

Rettsregelen som rettsanvenderen legger til grunn er sammensatt av rettskildefaktorer, som derfor kan kalles 'råstoff eller komponentar for innhaldet i rettsregelen'.⁵⁰ For rettslig argumentasjon må ha forankring i rettskildefaktorer for å ha legitimitet.

Det er de allerede nevnte rettskildeprinsippene som styrer bruken av rettskildefaktorene. De ulike rettskildeprinsippene har imidlertid karakter av å bare være retningslinjer. Rettskildeprinsippene vil på den måten bli ufullstendige ved løsning av rettsspørsmål, ettersom spørsmålet kan løses på flere alternative måter som alle er forenlige med dem.

Denne ufullstendigheten vises også igjen på relevansstadiet i rettsanvendelsesprosessen, hvor relevansprinsippene etterlater et tomrom i vurderingen av flere problemstillinger.

For det første oppstår spørsmålet om hva som kjennetegner en rettskildefaktor, hvor det tradisjonelt sondres mellom henholdsvis rettskilder og opplysningskilder. For det andre oppstår spørsmålet om hvilke faktorer som har status som rettskildefaktor, hvor det hersker en viss uenighet vedrørende relevansen til såkalte myke rettskilder. For det tredje oppstår spørsmålet om betydningen av statusen som rettskildefaktor, herunder om man alltid er forpliktet til å vektlegge samtlige rettskildefaktorer.

Et sentralt siktemål med metodelæren er å utvikle retningslinjer som gir grunnlag for 'adekvat håndtering av skjønn og usikkerhet, for å forhindre vilkårlighet i rettsanvendelsen'.⁵¹ Hvis rettsanvenderen forutsettes å basere skjønnsutøvelsen sin på ikke-artikulert intuisjon, vil vedkommende bli fritatt fra å forholde seg aktivt til rettsanvendelsens tomrom, noe som vil redusere muligheten til å kvalitetssikre de individuelle valg og vurderinger. Målet her må derfor bli å forsøke å kompensere for relevansnormenes ufullstendighet, ved å synliggjøre de individuelle valg og vurderinger som oppstår i så henseende, samtidig som denne skjønnsutøvelsen kvalitetssikres gjennom forhåndsgitte normer. Dette reduserer risikoen for en rettsanvendelse som i for stor grad åpner for vilkårlighet.

⁵⁰ Nygaard (1999), s. 29.

⁵¹ Monsen, s. 61.

4.2 Hva er en rettskildefaktor?

Spørsmålet her er først hva som skal til for å anse et argument som en rettskildefaktor. Denne debatten har fått sterkere aktualitet i metodeteoretiske fremstillinger i senere år.⁵² Når relevansprinsippene fremstår som ufullstendige i relasjon til relevansspørsmålet, kan det oppstå motstridende praksiser for hvilke argumentkilder som tas i betraktning. Dette kan igjen resultere i en vilkårlig og lite forutberegnlig rettsanvendelsesprosess, hvor rettsanvenderen ender med å bli inkonsistent i sin bruk av rettskildefaktorene. Det er derfor et behov for å kompensere for relevansprinsippenes ufullstendighet, ved å kvalitetssikre de individuelle valg og vurderinger gjennom forhåndsgitte normer.

For å kunne være en rettskildefaktor må faktoren kunne ha betydning for tolkingen.⁵³ Som inngangsvilkår for å anse en kilde som en rettskildefaktor må det derfor avgrenses mot faktorer som kun tjener som en opplysningskilde ved løsning av rettsspørsmålet.⁵⁴

Etter klassisk metodelære opererte man kun med loven og sedvanen som rettskilder, som rettsanvenderen måtte ta i betraktning ved løsning av ethvert rettsspørsmål.⁵⁵ Vedkommende hadde følgelig ikke friheten til å kunne overse enkelte rettskildefaktorer.

Eckhoff erstattet begrepet 'rettskilde' med begrepet 'rettskildefaktor' i sin metodelære. Dette fordi oppmerksomheten ikke bare skulle konsentreres rundt lov og sedvanerett. Etter hans mening kunne man legge vekt på en rekke omstendigheter ved fortolkingen.

I motsetning til den klassiske metodelære, hvor man måtte vektlegge loven og sedvanen, var det heller ikke absolutt påbudt å legge vekt på samtlige av rettskildefaktorene. Noen rettskildefaktorer måtte vektlegges, mens andre rettskildefaktorer kunne overses. Eckhoff trakk her i realiteten et skille mellom de harde og myke rettskildefaktorene.⁵⁶

⁵² Boe (2012), s. 208-222.

⁵³ Boe (2012), s. 208.

⁵⁴ Skoghøy (1996), s. 323.

⁵⁵ Malt, s. 50.

⁵⁶ Eckhoff (1971), s. 32.

Når en rettskilde fikk status som rettskildefaktor hadde den potensial som et argument, som man ikke nødvendigvis måtte tillegge utslagsgivende betydning på vektstadiet. I motsetning til den klassiske rettsteori fikk vi dermed et skille mellom relevans og vekt. Eckhoff kan derfor påstås, og det med den fulle rett, å ha utvidet relevansbegrepet.⁵⁷ Dette skillet er senere også opprettholdt av de fleste av eckhoffismens etterfølgere.⁵⁸

En rettskildes relevans som rettskildefaktor sier følgelig ingenting om dens vekt. Dette må man også ha in mente når fremstillingen senere tar stilling til hvorvidt såkalte myke rettskilder egentlig kan regnes for å ha status som rettskildefaktorer.

Fleischer har stilt seg kritisk til å anerkjenne slike rettskilder som rettskildefaktorer. Han betrakter både Eckhoffs og Boes relevansstandpunkter som 'ikke holdbar[e]'. Da kan man imidlertid stille spørsmål om Fleischer har misforstått det relevansbegrep som de fleste av kollegaene hans har operert med i tiden etter den klassiske rettsteori, som bl.a. illustreres når han ikke anser ombudsmannsuttalelser som en rettskildefaktor:⁵⁹

Enda verre er det selvsagt når man opplever at en omtale av en ombudsmannsuttalelse i en høyesterettsdom blir oppfattet som bekræftelse av visse personers tro på slike uttalelser som 'rettskilder', i et tilfelle der Høyesterett nettopp ikke har sluttet seg til det samme synspunkt som ombudsmannen. Når Høyesterett har kommet til motsatt resultat, er det selvfølgelig ikke mulig å påstå at det er ombudsmannens uttalelse som har vært utslagsgivende, eller har hatt betydning i det hele.

Fleischer synes her, og flere andre steder, i realiteten å operere med et relevansbegrep hvor hver enkelt rettskildefaktor må være utslagsgivende for tolkningsresultatet. Han kan derfor sies å bruke det relevansbegrep som ble brukt i den klassiske rettsteori. Han er i så fall, så vidt jeg vet, alene om dette blant de nyere metodelæreteoretikerne.

Fremstillingen her vil i større grad legge seg opp mot Eckhoffs relevansbegrep, hvor det må sondres mellom rettskildefaktorenes relevans og rettskildefaktorenes vekt. Eventuelle forskjeller mellom mitt og eckhoffismens relevansbegrep vil avhenge av hvorvidt rettsanvenderen alltid er forpliktet til å vektlegge samtlige rettskildefaktorer, eller om det motsatt må trekkes et skille mellom påbudte og tillatte rettskildefaktorer.

⁵⁷ Boe (2012), s. 212.

⁵⁸ Nygaard (2004), s. 112.

⁵⁹ Fleischer, s. 299.

4.3 De harde og myke rettskildefaktorene

Den klassiske metodelære opererte som sagt kun med lov og sedvane som rettskilder. Eckhoff ble banebrytende når han senere inndelte rettskildene i syv rettskildefaktorer. I nyere tid har metodeteoretikerne i enda større grad utvidet antallet rettskildefaktorer. Monsens nokså ferske fremstilling av rettskildefaktorene må nok anses representativ for flertallet av dagens metodeteoretikere når han inndeler rettskildene i tolv grupper:⁶⁰

1	Lovtekst
2	Lovforarbeider / Lovetterarbeider
3	Lovformål / Regelformål
4	Høyesterettspraksis
5	Øvrige myndigheters praksis
6	Privates praksis
7	Alminnelige rettsoppfatninger
8	Rettsoppfatninger i rettsteori
9	Reelle hensyn
10	Europarett
11	Folkerett
12	Fremmed rett

Hvorvidt samtlige av disse må anses som rettskildefaktorer er imidlertid ikke helt klart. Debatten går her mellom det vi kan kalle for 'harde' og 'myke' rettskildefaktorer. Mens så å si samtlige teoretikere er enige om relevansen til de harde rettskildefaktorene, hersker det større uenighet vedrørende relevansen til de myke rettskildefaktorene.

Med de såkalte harde rettskildefaktorene siktes det som oftest til rettskildefaktorene (i) lovteksten, (ii) lovforarbeidene, (iii) lovformålet og (iv) høyesterettsdommer. Rettsanvenderen er forpliktet til å ta hensyn til disse ved løsning av rettsspørsmål. Han må trekke slutninger fra lovtekst, lovforarbeider, lovformål og høyesterettspraksis, for så å harmonisere og vekte de slutninger disse gir grunnlag for opp mot hverandre. På bakgrunn av presumsjonsprinsippet gjelder det samme for europarett og folkerett.

⁶⁰ Monsen, s. 30.

Igjen står vi da med syv grupper som tradisjonelt regnes som rettskildefaktorer. Det er disse rettskildene som av mange har blitt omtalt som myke rettskildefaktorer, tilsynelatende fordi rettsanvenderen ikke vil være pliktig til å ta dem i betraktning. Betydningen til de myke rettskildene behandles nærmere under pkt. 4.4, 4.5 og 4.6.

4.4 Rettskildefaktorenes legitimeringsgrunnlag

Det er også naturlig å vie noen ord om hvilke verdier som legitimerer disse rettskildene. Dette har antageligvis i enda større grad fått aktualitet i dag etter fremveksten av både den balanserende modellen og den systematisk dynamiske analysemodellen.⁶¹ Kunnskap om disse verdiene vil imidlertid være essensielt uavhengig av nye trender. Når fremstillingen tar sikte på å kompensere for rettskildeprinsippenes ufullstendighet, vil fokuset rettes mot de individuelle valg og vurderinger som oppstår i så henseende. Jeg vil da forsøke å kvalitetssikre skjønnsutøvelsen gjennom forhåndsgitte normer, som nettopp tar utgangspunkt i rettskildefaktorenes underliggende rettslige verdier, både når det gjelder relevans-, slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsesprosessen. Lovtekstens underliggende rettslige verdier vil eksempelvis her bli avgjørende både for hvordan lovtekstens skal tolkes og for hvordan lovteksten skal vektes. Og det samme vil være tilfellet for lovforarbeider, høyesterettspraksis og reelle hensyn.

Rettskildefaktorene blir produsert gjennom vårt autoriserings- og legitimeringssystem. Etter Grunnlovens bestemmelser er Stortinget, Regjeringen og Høyesterett gitt autoritet. Rettskildefaktorene som kan utledes fra disse organene får dermed rettslig legitimitet,⁶² ettersom rettskildefaktorene på den måten gir uttrykk for rettsoppfatninger som skriver seg fra organer med myndighet til å fastsette rettens eksistens og innhold.⁶³ Det er imidlertid ikke bare autoritetsbetraktninger som inngår i legitimeringssystemet. Andre verdier er hensynet til demokratisk legitimitet og hensynet til rettssikkerhet, hvor sistnevnte innbefatter hensynet til forutberegnlighet og hensynet til likebehandling. I samme åndedrag kan også nevnes hensynet til rimelighet og hensynet til rettsenhet.

I det følgende skal disse verdiene kort knyttes til legitimering av de enkelte rettskildene.

⁶¹ Tande, s. 14.

⁶² Nygaard (1999), s. 41.

⁶³ Monsen, s. 50.

Faktorene lovtekst, -forarbeider, -formål og høyesterettspraksis har autoritetsgrunnlag. Dette er da også tilstrekkelig til å begrunne disse rettskildefaktorenes legitimitet. Lovteksten har for det første fått autoritetsgrunnlag gjennom Grunnloven § 75 a. Dette legitimeringsgrunnlaget smitter i neste rekke over på lovforarbeidsuttalelsene, ettersom lovteksten kan ses på som en konklusjon på vurderingene i lovforarbeidene.⁶⁴ Høyesterettspraksis har for det andre fått autoritetsgrunnlag gjennom Grunnloven § 88. Karakteristikken av lovteksten, lovforarbeidene, lovformålet og høyesterettspraksis som harde rettskildefaktorer henger sammen med nettopp dette autoriseringsgrunnlaget.

Disse rettskildefaktorene kan imidlertid også knyttes til andre legitimeringsgrunner. Loven kan begrunnes i hensynet til forutberegnlighet og hensynet til demokratisk legitimitet. Sistnevnte hensyn vil i neste rekke smitter over på lovforarbeidene og lovformålet.⁶⁵ Høyesterettspraksis sin legitimitet kan videre forankres i hensynet til forutberegnlighet, samtidig som den også vil kunne ivareta hensynene til rettsenhet og rettsavklaring.

De øvrige argumentkildene kan ikke hente sin legitimitet i autoritetsbetraktninger.⁶⁶ Det er disse gruppene av rettskilder som har blitt omtalt som myke rettskildefaktor. Jeg vil i motsetning til andre ikke anse samtlige av disse kildene som rettskildefaktorer.

Som rettskildefaktorer må man riktignok også regne med europarett og folkerett, både på grunn av presumsjonsprinsippet og på grunn av hensynet til rettsenhet. Samtidig kan også fremmed rett i prinsippet begrunnes ut i fra hensynet til rettsenhet. Fremstillingen vil likevel være negativ til å anse fremmed rett som en rettskildefaktor.

Som rettskildefaktorer vil jeg imidlertid i likhet med de fleste rettskildeteoretikere også regne med både privates praksis, alminnelige rettsoppfatninger og reelle hensyn. Privates praksis henter sin legitimitet først og fremst i hensynet til forutberegnlighet. Alminnelige rettsoppfatninger kan også legitimeres i hensynet til forutberegnlighet, samtidig som rettskilden også kan begrunnes i rettens funksjon i samfunnet, ettersom retten vil kunne miste sin aksept og sin funksjon som reguleringsverktøy dersom gjeldende rett til stadighet er i strid med den alminnelige rettsoppfatningen. Reelle hensyn kan begrunnes på samme måte som alminnelige rettsoppfatninger.

⁶⁴ Nygaard (1999), s. 43.

⁶⁵ Monsen, s. 51.

⁶⁶ Op. cit.

Hva så med rettskildene lovetterarbeider, øvrige myndigheters praksis og rettsteori? Hvorvidt disse må regnes som rettskildefaktorer vil behandles nærmere under 4.6. De øvrige myndigheters praksis kan for øvrig differensieres inn i flere undergrupper, så som underrettspraksis, forvaltningspraksis, lovavdelings- og ombudsmannsuttalelser. Fremstillingen her vil imidlertid avgrenses til å vurdere relevansen til underrettspraksis.

4.5 Betydningen av de myke rettskildefaktorene

Jeg har ovenfor stilt meg negativ til å anse fremmed rett som en rettskildefaktor. Senere vil fremstillingen også reise spørsmål om hvorvidt såkalte myke rettskilder som lovetterarbeider, underrettspraksis og rettsteori kan anses som rettskildefaktorer. Bakgrunnen for dette må man søke i betydningen av de enkelte rettskildefaktorene. Spørsmålet er hvorvidt man alltid er forpliktet til å vektlegge samtlige rettskildefaktorer, eller om det motsetningsvis må trekkes et skille mellom påbudte og tillatte rettskilder.

De fleste metodeteoretikere opererer med en slik sontring mellom rettskildefaktorene. Se for eksempel Boe, som uttaler følgende:⁶⁷

Slik som jeg oppfatter rettskildereglene, går det an å overse slutninger som blir trukket fra for eksempel underrettspraksis, fra forvaltningspraksis eller fra andre 'myke' rettskildefaktorer, mens det ikke går an å hoppe over 'harde' rettskildefaktorer, som hva som står i lovteksten. [...] Det lar seg ikke gjøre å svare generelt på hvor skillet mellom tillatte og påbudte faktorer går.

Jeg må helt klart og uomtvistelig anse meg uenig med Boe på dette punktet. Når en rettskilde først har relevans, og dermed får status som rettskildefaktor, må man ta den i betraktning både på slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsen. Hvis man i stedet tar i betraktning en rettskildefaktor i én sak, og ikke i en annen, vil rettsanvendelsesprosessen i verste fall stå i stor fare for å bli fullstendig vilkårlig. Dette må da også i enda sterkere grad være tilfellet når det, som Boe uttaler, 'ikke [lar seg] gjøre å svare generelt på hvor skillet mellom tillatte og påbudte faktorer går'. Etter avveiningsmodellen må rettsanvenderen i slike tilfeller stole på sin egen intuisjon. Dette vil således være til hinder for å fremme en forutberegnlig rettsanvendelsesprosess.

⁶⁷ Boe (2012), s. 214.

Hvis man eksempelvis regner med reelle hensyn som en av mange rettskildefaktorer, kan rettsanvenderen følgelig ikke velge å vektlegge de reelle hensynene i den ene saken, mens han eller hun helt overser sakens rimelighet i en annen helt tilsvarende sak. Det ville vært både urimelig, urettferdig, vilkårlig og ikke minst lite forutberegnlig. Uforstandigheten av å operere med en sontring mellom påbudte og tillatte rettskilder blir da også tydeligere når de rettskilder som man etter omstendighetene kan se bort fra henter sitt legitimeringsgrunnlag blant annet i hensynet til forutberegnlighet.⁶⁸ Rettsanvenderen bør tross alt ikke kunne velge å se bort fra forutberegnlighetshensyn.

Andenæs⁶⁹ og Monsen⁷⁰ er blant de få teoretikerne som stiller seg skeptisk til et slikt skille. Sistnevnte mener det har lite for seg å diskutere et skille mellom påbudte og tillatte rettskilder, på bakgrunn av et verdimesig fundament som sonrer mellom autoritet og rasjonalitet:

Her kan man ta utgangspunkt i imperativet om at rettsanvenderen skal søke å komme frem til den regelen og løsningen som har de beste rettskildemessige grunner for seg. Prinsipielt sett må enhver rettsanvendelsesprosess søke å ivareta og fremme både autoritet og rasjonalitet. Alle rettskilder som gir grunnlag for argumenter skal derfor – strengt tatt – tas i betraktning.

Monsen er imidlertid ikke like resolutt i sin formulering som redegjørelsen her vil være. I følge ham trenger man ikke alltid å ta i betraktning rettskilder uten autoritetsgrunnlag dersom de autorative rettskildefaktorene uansett gir en klar løsning på rettsspørsmålet.⁷¹ Dette henger sannsynligvis sammen med utgangspunktet om å legge betydelig vekt på de autorative rettskildefaktorene når man skal ta stilling til rettsspørsmål, samtidig som et unntak fra disse betinger 'tungtveiende rettskildemessige grunner'.⁷²

Fremstillingen her vil motsetningsvis oppstille et absolutt påbud om å ta i betraktning samtlige rettskildefaktorer når man skal ta stilling til gjeldende rett for rettsspørsmålet. Målet om å kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen i størst mulig grad vil best kunne ivaretas når man innhenter tolkningsbidrag fra samtlige rettskildefaktorer. Dersom man legger opp til en slik rettsanvendelsesprosess vil rettsanvenderen tvinges til å problematisere spenningene mellom rettskildenes underliggende rettslige verdier, noe som vil resultere i en mer betryggende og etterprøvbar rettsanvendelsesprosess.

⁶⁸ Monsen, s. 59.

⁶⁹ M. Andenæs (2009), s. 8.

⁷⁰ Monsen, s. 59.

⁷¹ Op. cit.

⁷² Monsen, s. 56.

De siste årene har også nyere reaksjoner på tradisjonell metodelære fokusert på viktigheten av å trekke uavhengige slutninger fra hver enkelt rettskildefaktor, som en nødvendighet for å kvalitetssikre rettslig argumentasjon på en best mulig måte. Fremstillingene til Boe og Eckhoff vil helt klart ikke passe inn i et slikt standpunkt. Se her eksempelvis Tande, som uttaler følgende:⁷³

Rettsanvenderen må for det første sørge for å trekke slutninger fra den enkelte rettskildefaktor. På denne måten sikrer en at alle tolkningsbidrag fra de ulike rettskildefaktorene, med sine tilhørende underliggende grunnleggende rettslige verdier, er med videre i prosessen.

Dette er også årsaken til ikke å regne med fremmed rett som en rettskildefaktor. Hvis fremmed rett hadde blitt ansett som en rettskildefaktor ville rettsanvenderen vært forpliktet til å vekte lovtekstens slutning mot for eksempel svensk, dansk eller tysk rett. Men i motsetning til europarett og folkerett, som bæres av presumsjonsprinsippet, har ikke fremmed rett tilstrekkelig legitimeringsgrunnlag til å få en slik rettskildestatus. Å tvinge rettsanvenderen til å begrunne hvorfor vedkommende ikke vil legge til grunn den løsning som følger av andre land må i det hele tatt betraktes som søkt og unaturlig, i hvert fall i tilfeller hvor denne klart strider mot våre nasjonale rettskildefaktorer.

Argumentkilden fremmed rett må derfor, istedenfor å bli ansett som en rettskildefaktor, regnes som en opplysningskilde som rettsanvenderen kan rette seg til for inspirasjon.⁷⁴

4.6 Relevansen til de myke rettskildefaktorene

Hvilke av de andre myke argumentkildene kan sies å ha status som rettskildefaktorer? Når rettsanvenderen pålegges en plikt til å ta samtlige rettskildefaktorer i betraktning, må han eller hun også ha klart for seg hvilke argumentkilder som har rettslig relevans. Hvis man gis muligheten til selv å velge hvilke rettskilder som skal tas i betraktning, vil man ikke kunne oppnå siktemålet om en mer forutberegnlig rettsanvendelsesprosess. Målet om å kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen i størst mulig grad vil derfor best kunne ivaretas dersom man gir forhåndsgitte normer for spørsmålet om hvilke av de myke argumentkildene som skal tilskrives status som rettskildefaktor.

⁷³ Tande, s. 24.

⁷⁴ Skoghøy (1994), s. 323.

Fremstillingen har ovenfor redegjort for relevansen til samtlige argumentkilder unntatt lovetterarbeider, øvrige myndigheters praksis og rettsoppfatninger i rettsteori. De øvrige myndigheters praksis kan igjen differensieres inn i flere undergrupper, så som underrettspraksis, forvaltningspraksis, lovavdelings- og ombudsmannsuttalelser. Fremstillingen vil imidlertid avgrenses til å vurdere relevansen til underrettspraksis. Spørsmålet her er dermed om lovetterarbeider, underrettspraksis og juridisk teori er blant de rettskildedefaktorer som rettsanvenderen er forpliktet til å ta i betraktning.

4.6.1 Særlig om relevansen til lovetterarbeider

Det har i lengre tid vært delte meninger om rettskildestatusen til lovens etterarbeider. Standpunktet man tar i tilknytning til lovetterarbeidenes relevans vil ha stor betydning, ettersom innholdet i den endelige rettsregel nettopp vil kunne avhenge av hvorvidt rettsanvenderen tar lovetterarbeidene i betraktning ved løsning av rettsspørsmålet.

Etter det tradisjonelle syn ble lovetterarbeider ansett for å bare ha politisk betydning. Boe gikk mot denne oppfatningen da han lanserte læren om lovens etterarbeider.⁷⁵ Hvorfor skulle man ikke kunne ta i betraktning hva lovgivningsorganene måtte mene, når man tar hensyn til både borgerne (rettsoppfatninger) og rettsforskere (rettsteori)?

Når teoretikerne i dag diskuterer den rettskildemessige betydningen til lovetterarbeider, skilles det mellom Prp.L./Innst.L. på den ene side og Meld.St./Innst.S. på den annen.

Prp. L. og Innst. L. er proposisjoner og innstiller til Stortinget i form av lovvedtak, som tidligere ble kalt henholdsvis Ot.prp. (nå Prp.L.) og Innst.O. (nå Innst.L.). De fleste metodeteoretikere anser slike standpunkter for å ha status som rettskildedefaktor, så lenge de er 'egnet til å kaste lys over hvordan gjeldende lov og rett skal forstås'.⁷⁶ Dette henter støtte av blant annet tungvektene Eckhoff⁷⁷ og Nygaard⁷⁸, samt Monsen.⁷⁹ Når også høyesterettspraksis stort sett anerkjenner relevansen til slike lovetterarbeider, må disse rent deskriptivt anses for å ha vunnet innpass som en relevant rettskildedefaktor. Men utfallet behøver ikke nødvendigvis å være det samme ut i fra normative idealer.

⁷⁵ Boe (1984), s. 180.

⁷⁶ Boe (2012), s. 236.

⁷⁷ Eckhoff (1997), s. 94.

⁷⁸ Nygaard (1999), s. 160.

⁷⁹ Monsen, s. 34.

Det hersker større uenighet om den rettskildemessige statusen til Meld.St. og Innst. S., hvor lovgivningsorganenes tolkningsutsagn ikke knytter seg til et formelt lovvedtak. Erik Boe regnet både Prp.L./Innst.L. og Meld.St./Innst.S. for å ha rettslig relevans.⁸⁰ Den første teoretikeren som støttet Boe i denne sammenhengen synes å være Eckhoff: 'Selv om slike oppfatninger ikke har fått uttrykk i noe formelt vedtak, bør de tillegges vekt'.⁸¹ At etterfølgende standpunkter i slike lovetterarbeider har status som rettskildefaktor, henter nå også støtte fra Graver ('klart')⁸² og Bernt og Sæther Mæhle ('rimelig klart').⁸³ Smith går enda lenger når han mener spørsmålet 'overhodet ikke [kan] by på tvil'.⁸⁴

Det finnes også en del høyesterettsavgjørelser som er anerkjennende i samme retning. Den klareste av dem alle er avgjørelsen i Rt. 1990 s. 1235, hvor retten uttalte følgende:

*En slik avgrensning har støtte i flere etterfølgende uttalelser i stortingsdokumenter [...].
Også slike etterfølgende uttalelser må tillegges vekt.*

Rettsavgjørelsen går her lenger enn det mange av lovetterarbeidernes forkjempere gjør, når den gjennom formuleringen 'må' kan anses for å pålegge rettsanvenderen en ubetinget plikt til å ta i betraktning lovens etterarbeider ved løsning av rettsspørsmål.

Blant teoretikerne som avviser den rettskildemessige statusen til slike lovetterarbeider kan nevnes Andenæs⁸⁵, Bergo⁸⁶, Fleischer⁸⁷, Kjønstad⁸⁸, Mathiesen⁸⁹, C. Smith⁹⁰ og Stavang.⁹¹ Kjønstads formulering er antageligvis representativ for de øvrige teoretikernes syn:

*Borgernes rettigheter bør ikke kunne innskrenkes gjennom politiske signaler i 'etterarbeider'.
Å legge vekt på 'etterarbeider' innebærer en stor lojalitet til maktthaverne til enhver tid.
Dersom de politiske myndigheter ønsker å innskrenke borgernes rettigheter, kan de benytte sin lovgiverkompetanse. Lovsformen gir viktige garantier mot maktmisbruk og sikrer en åpen og demokratisk behandling i endringsprosesser. Dette er et viktig kjennetegn på en rettsstat. Vår grunnlovs prinsipper om hvordan lovendringer skal finne sted, kan bli undergravd hvis læren om 'etterarbeider' får gjennomslag.*

⁸⁰ Boe (2012), s. 252.

⁸¹ Eckhoff (1992), s. 196.

⁸² Graver (2007), s. 166.

⁸³ Bernt/Sæther Mæhle, s. 258.

⁸⁴ E. Smith, s. 136.

⁸⁵ M. Andenæs (2009), s. 125.

⁸⁶ Bergo, s. 566.

⁸⁷ Fleischer, s. 120-122.

⁸⁸ Kjønstad/Syse, s. 91.

⁸⁹ Mathiesen, s. 145.

⁹⁰ C. Smith (1980), s. 241.

⁹¹ Stavang (1999), s. 68-126.

Det finnes også noen få rettsavgjørelser som kan tas til inntekt for dette synspunktet. I denne forbindelse kan det eksempelvis pekes på Rt. 2007 s. 561 og Rt. 2008 s. 1646. Disse rettsavgjørelsene synes imidlertid å knytte seg mer til vekt enn til relevans, når retten benytter seg av formuleringer som ‘liten vekt’ og ‘begrenset betydning’.

Kjønstad har likevel et poeng som etter min mening må være utslagsgivende, selv om det utvilsomt er mangel på klar støtte for dette synet i høyesterettspraksis: Lovteksten har fått sitt autoritets- og legitimeringsgrunnlag gjennom konstitusjonen. Dette legitimeringsgrunnlaget smitter i neste rekke over på lovforarbeidsuttalelsene, ettersom lovteksten kan ses på som en konklusjon på vurderingene i lovetterarbeidene.⁹² Både lovtekst og lovforarbeider kan dermed begrunnes i hensynet til demokratisk legitimitet. Det er nettopp dette autoritetsgrunnlag som begrunner rettsanvenderens plikt til å trekke slutninger fra og legge vekt på rettskildedefaktorene lovtekst og lovforarbeider. Etterarbeider har motsetningsvis ikke autoritetsgrunnlag gjennom lovgivningsprosessen. Se her også Monsen, som uttaler:⁹³

Etterarbeider [er] ikke uttalelser som faller i forbindelse med utøvelsen av lovgiverautoriteten. Slik sett må det være klart at etterarbeid ikke har autoritetsgrunnlag.

Hvis etterfølgende tolkningsstandpunkter i lovetterarbeider anses for å ha relevans, vil dette i realiteten kunne ha samme virkning som å tilskrive loven et nytt innhold, selv om uttalelsene ‘ikke [...] faller i forbindelse med utøvelsen av lovgiverautoriteten’. Hvis lovforarbeidene da i realiteten må anses for å bare være et forsøk på lovendring, bør ikke slike etterfølgende tolkningsstandpunkter få status som en rettskildefaktor, ettersom dette vil ‘sikre en åpen og demokratisk behandling i endringsprosesser’.⁹⁴ Det motsatte vil også fort kunne stå i strid mot forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft. Allerede Augdahl var inne på denne tanken, når han uttalte følgende:⁹⁵

Den som selv er lovgiver, kan naturligvis dekretere at den og den lovbestemmelse som han eller hans forgjenger har gitt, skal fortolkes slik og slik. Men et sådant dekret er bare i formen en fortolkning; i realiteten er det en ny lov. Og man kommer hos oss selvsagt ikke forbi grunnlovens § 97 ved å gi den nye lov formen av en fortolkning av en eldre.

⁹² Nygaard (1999), s. 43.

⁹³ Monsen, s. 35.

⁹⁴ Kjønstad/Syse, s. 91.

⁹⁵ Augdahl, s. 82.

Samtidig kan også lovformålet begrunnes i betraktninger om demokratisk legitimitet. Og de etterfølgende standpunktene vil ofte, istedenfor å være forsøk på lovendring, begrense seg til å uttale seg om hva som var det opprinnelige formålet med lovteksten, gjerne fordi lovteksten i ettertid har vist seg å være mer eller mindre innholdsmessig uklar. Hvis lovetterarbeidene innehar uttalelser om hva som var meningen med en lovtekst, må de derfor kunne tas i betraktning av rettsanvenderen ved løsning av rettsspørsmål, nettopp i kraft av å kunne legitimeres gjennom hensynet til demokratisk legitimitet. Lovetterarbeider kan her gjerne sees som en slags underkategori innenfor lovformålet. Et slikt rettskildesyn på lovetterarbeidenes relevans kan hente støtte fra flere hold. Se eksempelvis Andenæs, som riktignok avgrenser seg til etterfølgende lovetterarbeid:⁹⁶

En grunn som kan tenkes anført for å tillegge etterfølgende lovarbeid betydning, er at den nye regel kan kaste lys over hva som opprinnelig var meningen med den gamle. Særlig kan dette tenkes anført ved lovendringer som retter opp mangler og ufullstendigheter.

Lovetterarbeidenes rettskildemessige betydning kan etter dette oppsummeres slik: Hvis lovetterarbeidene gir retningslinjer for hva som var lovens opprinnelige formål i tilfeller hvor lovteksten har vist seg å være innholdsmessig uklar eller ufullstendig, må de anses som relevante i rettsanvendelsesprosessen og få status som rettskildefaktor. Hvis de motsetningsvis må anses som et forsøk på å tilskrive loven et nytt innhold, kan de imidlertid ikke få rettskildemessig betydning utover deres opplysningsverdi. Og det som her er sagt, må gjelde for både Prp.L./Innst.L. og Meld.St./Innst.S.

4.6.2 Særlig om relevansen til underrettspraksis

Det er også uenighet i relasjon til den rettskildemessige statusen til underrettspraksis, noe som er uheldig i lys av formålet om å fremme en forutberegnlig rettsanvendelse.

Blant de som er avvisende til den rettskildemessige betydningen til underpraksis, kan man eksempelvis nevne teoretikerne Aasland⁹⁷, Fleischer⁹⁸, Skoghøy⁹⁹ og Andenæs.¹⁰⁰ I følge disse forfatterne er underrettspraksis kun relevant som en opplysningskilde, enten i form av å gi gode argumenter eller i form av å gi oversikt over rettskildebildet.

⁹⁶ M. Andenæs (1997), s. 60.

⁹⁷ Aasland (2000), s. 170.

⁹⁸ Fleischer, s. 274.

⁹⁹ Skoghøy (1994), s. 850

¹⁰⁰ M. Andenæs (1997), s. 44.

Bernt og Sæther Mæhle¹⁰¹, Boe¹⁰², Eckhoff¹⁰³, Monsen¹⁰⁴, Nygaard¹⁰⁵ og C. Smith¹⁰⁶ er motsetningsvis positive til å anerkjenne underrettspraksis som en rettskildefaktor. Erik Boe regner sågar underrettspraksis for å være en påbudt rettskildefaktor, som rettsanvenderen vil være forpliktet til å ta hensyn til ved løsning av rettsspørsmål. På dette punkt går han dermed lenger han gjør for øvrige myke rettskildefaktorer, hvor han opererer med en sontring mellom påbudte og tillatte rettskildefaktorer. Men et slikt påbud gjelder bare for andre rettsanvendere enn vår øverste domstol.¹⁰⁷

Forvaltningen har ikke bare rett til, men etter omstendighetene også plikt til å ta hensyn til fast og innarbeidet underrettspraksis. Flyttes blikket fra forvaltningen til underrettene, blir det nesten like paradoksalt å måtte behandle hver sak for seg, uten det minste sideblikk til hva retten eller andre underrettsinstanser har kommet til i tidligere saker. [...] Når det derimot gjelder Høyesteretts rettskildebruk, blir situasjonen en annen. [...] For Høyesterett har underrettspraksis normalt bare opplysningsverdi, ettersom Høyesterett skal kontrollere om underrettens rettsanvendelse er holdbar.

Jeg deler helt klart oppfatningen om å anse underrettspraksis som en rettskildefaktor. Fremstillingen her vil imidlertid gå lenger enn det de øvrige teoretikerne skisserer, hvor det trekkes et skille mellom høyesterettsdommere og øvrige rettsanvendere. For hvis man først anerkjenner den rettskildemessige statusen til en argumentkilde, er man som sagt ubetinget forpliktet til å ta denne rettskildefaktoren i betraktning. Dette må gjelde like mye for høyesterettsdommere som for øvrige rettsanvendere. Dette kan forklares nærmere:

Underrettspraksis kan riktignok ikke legitimeres gjennom autoriseringsbetraktninger. Slik praksis kan imidlertid legitimeres gjennom sentrale rettssikkerhetsbetraktninger, primært hensynet til forutberegnelighet og hensynet til lik behandling av like tilfeller.¹⁰⁸ Hvis den alminnelige borger har innrettet seg etter en viss praksis fra underrettene, kan vedkommende fort oppleve det som vilkårlig hvis man ser bort fra denne praksisen, uavhengig av om saken avgjøres av en høyesterettsdommer eller en forvaltningsjurist.

¹⁰¹ Bernt/Sæther Mæhle, s. 219.

¹⁰² Boe (2012), s. 259.

¹⁰³ Eckhoff (1997), s. 157.

¹⁰⁴ Monsen, s. 39.

¹⁰⁵ Nygaard (2004), s. 210.

¹⁰⁶ C. Smith (1978), s. 348.

¹⁰⁷ Boe (2012), s. 259.

¹⁰⁸ Monsen, s. 39.

Når Boe anser underrettspraksis bare for å ha opplysningsverdi for vår øverste domstol, da denne har som oppgave å 'kontrollere om underrettens rettsanvendelse er holdbar', kan det muligens virke som om han ikke skiller godt nok mellom relevans og vekt, på tilsvarende måte som Boe gjentatte ganger har anklaget Fleischer for å gjøre. For Høyesterett kan fremdeles kontrollene om underrettens rettsanvendelse er holdbar selv om den må ta i betraktning praksis fra underrettene ved løsning av rettsspørsmål, ettersom underrettspraksis tross alt likevel må vektes mot øvrige rettskildefaktorer. Et unntak må likevel gjøres ved behandlingen av en anke fra en av underrettene. I slike tilfeller vil underrettspraksis naturlig nok ikke ha status som rettskildefaktor.

Hvis borgerne kan tenkes å ha innrettet seg etter en viss praksis fra underrettene, bør høyesterettsdommerne på lik linje med øvrige rettsanvenderen etter min mening derfor være forpliktet til å ta den i betraktning ved løsning av ulike rettsspørsmål. At slik praksis også blir tillagt vekt henter støtte i et mangfold av høyesterettsdommer. I de fleste dommer blir praksisen tillagt vekt i kraft av å være fast, ensartet og langvarig. Det er da også primært i slike tilfeller underrettspraksis vil kunne yte særlig motstand som rettskildefaktor i møtet med motstridende slutninger fra øvrige rettskildefaktorer. Men dette er et spørsmål som i større grad knytter seg til vekten til underrettspraksisen. For selv om praksisen ikke kan betraktes som fast, ensartet og langvarig vil borgerne likevel kunne ha innrettet seg etter de resultater underrettene tidligere har lagt til grunn. Og det er tross alt forutberegnlighets- og innrettelsesaspektet som må være avgjørende.

4.6.3 Særlig om relevansen til rettsteorien

*Etter Andenæs' oppfatning kan man ikke gjøre den overfalte strafferettslig ansvarlig for forsettlig eller uaktsomt drap dersom overfallsmannen deretter dør av kulde eller blodtap. Jeg finner det nødvendig å peke på at selv denne forfatterens ord ikke uten videre er norsk lov.*¹⁰⁹

Høyesterett vurderte det her faktisk som 'nødvendig' å peke på dette selvsagte poenget. For rettsoppfatninger i rettsteori kan ikke på generelt grunnlag få avgjørende vekt, selv om man noen ganger kan få et slikt inntrykk blant norske jurister og studenter. Men hvilken betydning har egentlig den juridiske teorien i rettsanvendelsesprosessen? Dette må i følge Boe anses som 'blant de vanskeligste spørsmålene i rettskildelæren'.¹¹⁰

¹⁰⁹ Rt. 1978 s. 147.

¹¹⁰ Boe (2012), s. 337.

At rettsoppfatninger i rettsteorien er en opplysningskilde er overhodet ikke tvilsomt. Spørsmålet er imidlertid hvorvidt rettsoppfatninger i rettsteorien er en rettskildefaktor, som rettsanvenderen er forpliktet til å trekke slutninger fra og vekte mot øvrige faktorer.

Da Eckhoff for over førti år siden splittet rettskildene i syv ulike rettskildefaktorer, var juridisk teori blant de faktorene som etter omstendighetene kunne tillegges vekt.¹¹¹ Samme standpunkt har senere blitt lagt til grunn av majoriteten av rettsteoretikerne, så som forfatterne Boe¹¹², Lødrup¹¹³, Monsen¹¹⁴, Nygaard¹¹⁵, C. Smith¹¹⁶ og Stavang.¹¹⁷ En positiv holdning til rettsteorien kommer også til uttrykk i blant annet Rt. 1992 s. 504:

Selv om det ikke fremgår direkte av gjeldsbrevloven § 26, må det ut fra etablert rettsoppfatning legges til grunn at det gjelder særregler for motregning med såkalte konnekse krav [...]. Det første spørsmålet som da reiser seg, er på hvilket tidspunkt misligholdskravene oppsto [...]. Det vil etter min mening være kunstig å anse dem oppstått allerede ved avtaleinngåelsen. Dette synes da også å være forutsatt i den juridiske litteraturen [...]. Lagmannsretten har ikke gått nærmere inn på ordlyden og den oppfatning som kommer til uttrykk i den juridiske litteraturen.

Rettsavgjørelsen synes her utvilsomt å behandle rettsteorien som en rettskildefaktor, både ved tolkningen av lovteksten og ved å påvise svakheter ved lagmannsrettsdommen. Dommene i Rt. 1984 s. 1425, Rt. 1990 s. 1210 og Rt. 2006 s. 466 går i samme retning.

Men hvorfor skal egentlig rettsoppfatninger i rettsteorien ha status som rettskildefaktor? Rettsforskeren er riktignok meningsberettiget på samme måte som andre borgere, men hvorfor skal vedkommende ha særlig legitimitet i hvordan rettsspørsmål skal løses?¹¹⁸ Boe forsøker å forklare rettsteoriens relevans på følgende måte:¹¹⁹

Hvorfor går rettskildereglene ut på at det som står i en høyesterettsdom, skal telle? Det er fordi standpunktet nettopp er tatt der og ikke et annet sted. [...] Poenget er at standpunktene i rettsteorien kan få betydning nettopp fordi de står der de står, akkurat som standpunkter som står andre relevante steder, får telle fordi de skriver seg fra det holdet som de gjør – fra lovgiverhold, fra en høyesterettsdom, fra forvaltningspraksis osv., istedenfor fra et politisk program, fra en avis eller fra andre kilder som er rettslig betydningsløse.

¹¹¹ Eckhoff (1997), s. 265.

¹¹² Boe (2012), s. 316.

¹¹³ Lødrup, s. 70.

¹¹⁴ Monsen, s. 42.

¹¹⁵ Nygaard (1999), s. 172.

¹¹⁶ C. Smith (1992), s. 64.

¹¹⁷ Stavang (2002), s. 52.

¹¹⁸ Graver (2011), s. 240.

¹¹⁹ Boe (2012), s. 322.

Boe synes ikke her å treffe spikeren på hodet. Faktisk, han treffer ikke engang spikeren. For i motsetning til tekster som skriver seg fra ‘fra lovgiverhold’ og ‘fra en høyesterettsdom’, så kan ikke rettsoppfatninger i rettsteorien legitimeres ut i fra et autoritetsgrunnlag. Rettsforskeren vil riktignok være deltagende i et juridisk kommunikasjonsfellesskap, men han eller hun har ikke blitt tillagt noen autorativ rolle å spille i rettsutviklingen.¹²⁰ Rettslige beslutningstakere er ikke avhengig av noen aksept fra rettsvitenskapen, selv om de forhåpentligvis vil være mottakelige for argumenter i inspirasjonsøyemed.¹²¹ Standpunkter i rettsteorien kan derfor ikke ha relevans bare fordi ‘de står der de står’. Skal rettsteori anses som en rettskildefaktor, må det derfor begrunnes på en annen måte. En slik tanke er også Monsen inne på:¹²²

Det er liten grunn til å betrakte standpunkter i form av postulater som legitime argumenter, da det til juridisk teori ikke er knyttet verken demokratisk legitimitet eller autoritetsbetraktninger.

Graver legger til grunn samme synspunkt i relasjon til rettsforskningens oppgaver:¹²³

Etter mitt syn kan ikke rettsvitenskapen kreve eller forsvare noen særlig rolle som deltager i det praktiske retts- og samfunnsliv. Hvordan skulle man begrunne en særskilt normativ posisjon for rettsvitenskapen i forhold til retten og rettsutviklingen utover det rent selvsagte at rettsanvendere bør søke å være så opplyst som mulig når de treffer sine avgjørelser?

Relevansen av rettsteori er dermed ikke like selvsagt som man kanskje kunne tro. Fleischer var blant de første som forkastet relevansen av rettsoppfatninger i rettsteorien, da ‘teoretikerne ikke har fått noen som helst kompetanse til å bestemme over andre’.¹²⁴ Rettsteoriens manglende status som rettskildefaktor måtte derfor være ‘en selvfølge’.¹²⁵ Fleischers standpunkt har senere fått oppslutning blant øvrige metodelæreteoretikere, herunder eksempelvis fra forfatterne Aasland¹²⁶, Andenæs¹²⁷, Bergo¹²⁸ og Skoghøy.¹²⁹ Etter deres mening er det rettsteoriens overbevisningskraft som skal tillegges vekt, i form av de reelle hensynene som ligger til grunn for standpunktene i rettsteorien. Det er rettsteoriens materielle innhold snarere enn teorien i seg selv som har relevans.

¹²⁰ Graver (2011), s. 240.

¹²¹ Graver (2011), s. 241.

¹²² Monsen, s. 41.

¹²³ Graver (2011), s. 235.

¹²⁴ Fleischer, s. 330.

¹²⁵ Fleischer, s. 55.

¹²⁶ Aasland (2000), s. 124.

¹²⁷ M. Andenæs (2009), s. 118.

¹²⁸ Bergo, s. 569.

¹²⁹ Skoghøy (1996), s. 210.

Boe, som prinsipielt anser rettsteori som en rettskildefaktor, ser også dette poenget. Selv om Høyesterett erklærer seg enig med standpunktet til en rettsteoretiker, må ikke standpunktet nødvendigvis ha fungert som en selvstendig rettskildefaktor:¹³⁰

Det kan være fordi det er innholdet i standpunktet – de reelle hensynene – som har spilt en rolle, ikke rettsteorien i seg selv [..]. Det er de reelle hensynene som teller for domstolene, ikke rettsteorien som sådan, vil kritikerne hevde. Langt på vei deler jeg oppfatningen.

Mads Henry Andenæs formulerer seg lignende i sin omtale av relevansspørsmålet:¹³¹

Hvis dommeren følger et standpunkt som hevdes i rettslitteraturen, skyldes det i utgangspunktet at dommeren anser standpunktet for å være riktig, ikke at det hevdes i rettslitteraturen [..]. Hvis dommeren omvendt finner et standpunkt i rettslitteraturen uriktig, vil han i utgangspunktet legge sitt eget syn til grunn uten å foreta noen avveining i forhold til rettslitteraturen.

Fremstillingen her må anses for i relativt stor grad å støtte seg til denne uttalelsen. Skal en argumentkilde ha relevans, og dermed få status som en rettskildefaktor, må den kunne begrunnes i autoritetsbetraktninger eller øvrige legitimeringsgrunner. En rettsoppfatning som gjøres gjeldende i rettsteorien vil ikke ha autoritetsgrunnlag, samtidig som den i utgangspunktet heller ikke vil fremme hensynet til forutberegnlighet. Når en rettsanvender tilsynelatende synes å legge vekt på rettsteoriens standpunkt, er det følgelig de reelle hensyn som begrunner standpunktet som egentlig tillegges vekt. For reelle hensyn kan i motsetning til rettsteorien forankres i legitimeringsgrunner. Rettsanvenderen må derfor som utgangspunkt trekke slutninger fra de reelle hensyn, for deretter å samordne og vekte disse hensynene mot de øvrige rettskildefaktorene. Man er derimot i utgangspunktet ikke forpliktet til å legge vekt på rettsteorien. Det er derfor ikke nødvendig å begrunne hvorfor man eventuelt fraviker rettsteorien. Et slikt rettskildesyn henter også støtte i Rt. 2011 s. 556, hvor retten uttalte følgende:

Flere juridiske forfattere har gitt uttrykk for at eieren av grunn ned til strandlinje hvor det er brådypt ved land likevel må ha eiendomsrett til et rimelig stykke sjøgrunn [..]. Jeg kjenner imidlertid ikke til noen fremstilling hvor spørsmålet er undergitt grundigere drøftelse. Flere forfattere henviser bare til hva andre forfattere har gitt uttrykk for [..]. Jeg kan heller ikke se at rimelighets- eller rettferdighetshensyn kan begrunne at det på ulovfestet grunnlag etableres en slik generell regel.

¹³⁰ Boe (2012), s. 326 og 335.

¹³¹ M. Andenæs (1997), s. 132.

Flere rettsteoretikere hadde altså gått inn for det samme standpunktet i rettsteorien. Dommeren synes imidlertid ikke å befestet seg særlig med denne rettsoppfatningen, ettersom den ikke kunne underbygges av de reelle hensyn som gjorde seg gjeldende. For som Monsen har påpekt, kan ikke postulater regnes som legitime argumenter.

Dette kan også illustreres med fremveksten av Brækhus og Hærems interesselære, som gjelder kravet til rettsvern for overdragelse av løsøre i dobbeltsuksjonskonflikten. Læren ble mer eller mindre indirekte utledet fra Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263. Når læren først ble antatt å gjelde var det ikke fordi det ble hevdet i rettsteorien, men ene og alene fordi den ble ansett for å ha gode rettskildemessige grunner for seg. Man burde ha et vern uten overlevering fordi faren for kreditorsvik var liten, ikke fordi disse forfatterne hadde gått inn for et slikt unntak fra hovedregelen. Når interesselæren først hadde fått oppslutning i rettssamfunnet kunne den imidlertid legitimeres ut i fra både hensynet til rimelighet og hensynet til forutberegnelighet. Dette bringer oss videre til en presisjon av det som er sagt ovenfor:

Hvis det foreligger en noenlunde fast, ensartet og langvarig rettsoppfatning i rettsteorien kan denne legitimeres som en rettskildefaktor ut i fra hensynet til forutberegnelighet. For på den måten får rettsteorien nærmest status som en alminnelig rettsoppfatning. At slike rettsoppfatninger må kunne tillegges vekt henter bred støtte i litteraturen, både blant teoriens tilhengere (Boe¹³² og Monsen¹³³) og motstandere (Bergo¹³⁴ og Andenæs¹³⁵). Se bl.a. M.H. Andenæs, som ellers er negativ til å anerkjenne rettsteorien som relevant:

Spørsmålet om å anerkjenne forfatterstandpunkter som rettskildefaktor kommer i en særlig stilling hvis det foreligger en langvarig og tilnærmet samstemmig oppfatning i rettslitteraturen.

Dette kan vi også hente støtte for i høyesterettspraksis, blant annet i Rt. 2012 s. 506. Spørsmålet var der om et krav på restitusjon overført i henhold til en ugyldig avtale, kunne betraktes som en 'fordring' som var egnet til foreldelse etter foreldelsesloven § 1. Verken lovtekst, høyesterettspraksis eller øvrige rettskildefaktorer ga veiledning, men retten anså kravet for ikke å være en 'fordring' ettersom dette var i samsvar med 'innarbeidet rettstradisjon' og hadde 'alminnelig tilslutning i teorien over lang tid'.

¹³² Boe (2012), s. 336.

¹³³ Monsen, s. 42.

¹³⁴ Bergo, s. 569.

¹³⁵ M. Andenæs (2009), s. 119.

Hva skjer da i møtet mellom reelle hensyn og en fast, ensartet og langvarig rettsteori, hvor det ikke foreligger øvrige rettskildefaktorer som gir bidrag til løsning av rettsspørsmålet? Vi kan tenke oss en svært urimelig rettsoppfatning som er tatt til orde for i rettsteorien i femti år, men hvor vedkommende rettsspørsmål aldri er tatt opp til en avgjørelse i domstolene. Etter min mening må de reelle hensyn gå seirende ut, og ikke rettsoppfatningen i rettsteorien. En fast, ensartet og langvarig rettsteori har betydning i kraft av hensynet til forutberegnlighet, men borgerne bør ikke i samme grad kunne innrette seg etter urimelige løsninger. Dette er uansett et spørsmål om vekt, og ikke om relevans.

Den rettskildemessige betydningen av rettsteorien kan etter dette oppsummeres slik: Det er ikke den enkelte rettsteoretiske rettsoppfatningen i seg selv som har relevans, men derimot de underliggende reelle hensyn som begrunner rettsteoriens standpunkt. Slike reelle hensyn kan i motsetning til rettsteorien forankres i legitimeringsgrunner. Men det må gjøres unntak for en fast, ensartet og langvarig rettsteoretisk rettsoppfatning, som motsetningsvis har status som rettskildefaktor i kraft av forutberegnlighetshensyn. Dette henter også støtte av Monsen, som uttaler dette slik:¹³⁶

Utgangspunktet kan altså hevdes å være at betydningen av juridisk teori i rettslig argumentasjon står og faller med den argumentasjonen som ligger til grunn for oppfatningen som har blitt fremsatt i teorien. Det [må] nok gjøres unntak fra dette utgangspunktet i tilfeller der forutberegnlighetshensyn utgjør legitimeringsgrunnlag for rettsoppfatninger i juridisk teori. Et stikkord i denne sammenheng er alminnelig (og langvarig) oppfatning i juridisk teori.

Rettsvitenskapen vil likevel ha en viktig rolle i å sikre kreativitet og fornyelse av retten. Rettsvitenskapen kan under en slik synsvinkel anses for å være den dynamiske kraften i den løpende kvalitetssikringen og utviklingen av retten som denne er avhengig av for å kunne ivareta sin samfunnsmessige funksjon etter hvert som tiden strider frem.¹³⁷ Denne oppgaven kan rettsforskeren da også best oppfylle dersom rettsvitenskapen unngår å definere sin egen betydning ut i fra deres rolle som en av rettens aktører.¹³⁸

Selv om rettsoppfatninger i rettsteorien har begrenset rettskildemessig betydning, øver de likevel stor faktisk betydning i rettslivet, både blant jurister og studenter. I følge Augdahl tilegner rettsanvendere størsteparten av sine meninger i studietiden, 'i en ung og grønn alder hvor man er lett påvirkelig og uten synderligere betingelser for å forholde sig kritisk overfor de meninger som blir servert for dem i lærebøkene'.

¹³⁶ Monsen, s. 178.

¹³⁷ Bernt (2009), s. 42.

¹³⁸ Graver (2011), s. 249.

Etter mitt inntrykk som praktikant og student synes majoriteten av rettsanvendere å farge de øvrige rettskildedefaktorene i lys av rettsteorien ved å innta en forforståelse. Rettsanvenderen fokuserer eksempelvis ikke tilstrekkelig på spenningene i lovteksten, fordi en rettsoppfatning i rettsteorien allerede har fastslått ordlydens betydningsinnhold. I følge Tuori har rettsteorien da også som oppgave å forme rettsanvenderens forforståelse.¹³⁹ Dette er utilgivelig sett i lys av rettsteoriens begrensede rettskildemessige betydning. La oss sette en stopper for det!

4.7 Rekapitulering av relevansstadiet

Formålet har her vært å forsøke å kompensere for relevansnormenes ufullstendighet, ved å synliggjøre de individuelle valg og vurderinger som oppstår i så henseende, samtidig som skjønnsutøvelsen kvalitetssikres gjennom forhåndsgitte relevansnormer. Dette for å hindre en rettsanvendelsesprosess som i for stor grad risikerer vilkårlighet. Fremstillingen har ikke tatt sikte på en fullstendig behandling av relevansstadiet, men den illustrerer forhåpentligvis tomrommet som oppstår i rettsanvendelsesprosessen.

Det er hensiktsmessig med en rekapitulering av de oppstilte forhåndsgitte normene, som bidrar til å gjøre de individuelle valg og vurderinger mindre intuitive enn ellers.

For å kunne være en rettskildedefaktor må rettskilden kunne ha betydning for tolkningen. Man må således avgrense mot argumenter som kun tjener som opplysningskilde.

Som rettskildedefaktor må man regne med de såkalte harde rettskildedefaktorene, (i) lovteksten, (ii) lovforarbeidene, (iii) lovformålet og (iv) høyesterettsavgjørelser. På bakgrunn av presumsjonsprinsippet gjelder det samme for europarett og folkerett. Man må også regne med privates praksis, alminnelige rettsoppfatninger og reelle hensyn. Rettsanvenderen er forpliktet til å ta hensyn til disse ved løsning av rettsspørsmål. Han må trekke slutninger fra lovtekst, lovforarbeider, lovformål og høyesterettspraksis, for så å harmonisere og vekte de slutninger disse gir grunnlag for opp mot hverandre.

¹³⁹ Tuori, s. 12.

Det har vært større tvil knyttet til lovetterarbeider, underrettspraksis og rettsteori.

Hvis lovetterarbeidene gir retningslinjer for hva som var lovens opprinnelige formål i tilfeller hvor lovteksten har vist seg å være innholdsmessig uklar eller ufullstendig, må de anses som relevante i rettsanvendelsesprosessen og få status som rettskildefaktor. Hvis de motsetningsvis må anses som et forsøk på å tilskrive loven et nytt innhold, kan de imidlertid ikke få rettskildemessig betydning utover deres opplysningsverdi. Denne sontringen må være gjeldende for både Prp. L./Innst. L. og Meld. St./Innst. S.

Videre må også praksis fra underrettene regnes for å være en rettskildefaktor. Den trenger ikke nødvendigvis å være fast, ensartet og langvarig for å ha relevans, da borgerne uansett kan tenkes å ha innrettet seg etter underrettens tidligere praksis. Og det er tross alt forutberegnlighets- og innrettelsesaspektet som må være avgjørende.

Rettsoppfatninger i rettsteorien kan derimot ikke tilskrives status som rettskildefaktor. En rettsoppfatning som gjøres gjeldende i rettsteorien vil ikke ha autoritetsgrunnlag, samtidig som den i utgangspunktet heller ikke vil fremme hensynet til forutberegnlighet. Når en rettsanvender tilsynelatende synes å legge vekt på rettsteoriens standpunkt, er det følgelig de reelle hensyn som begrunner standpunktet som egentlig tillegges vekt. Men det må gjøres unntak for en fast, ensartet og langvarig rettsoppfatning i rettsteori, som motsetningsvis har status som rettskildefaktor i kraft av forutberegnlighetshensyn. Men rettsoppfatningen i rettsteorien blir her i realiteten en alminnelig rettsoppfatning.

Man er forpliktet til å ta hensyn til samtlige rettskildefaktorer ved løsning av rettsspørsmål. Det kan følgelig ikke sondres mellom henholdsvis påbudte og tillatte rettskildefaktorer. For siktemålet om å kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen i størst mulig grad vil best kunne ivaretas når man innhenter tolkningsbidrag fra samtlige rettskildefaktorer. Dette er som sagt også årsaken til ikke å regne fremmed rett som en rettskildefaktor.

Rettsanvenderen må således forsøke å fastlegge innholdet i hver enkelt rettskildefaktor, med sikte på å klarlegge om faktoren gir bidrag eller støtte til svar på rettsspørsmålet. Rettsanvenderen vil her stilles overfor atter nye individuelle valg og vurderinger. Dette bringer oss over til slutningsstadiet.

DEL IV

5 Slutningsstadiet

5.1 Problemstillingen

Det aktuelle rettsspørsmålet er ikke løst allerede ved fastleggelse av relevansspørsmålet. Rettsanvenderen må forsøke å fastlegge det nærmere innholdet i den enkelte faktor, med sikte på å klarlegge om faktoren gir bidrag eller støtte til svar på rettsspørsmålet. Vedkommende er her forpliktet til å trekke slutninger fra samtlige rettskildefaktorer.

Rettskildeprinsippenes ufullstendighet gjør seg også gjeldende på slutningsstadiet, hvor slutningsprinsippene etterlater et tomrom i vurderingen av flere problemstillinger. For det første oppstår spørsmålet om de enkelte rettskildefaktorene må tolkes separat, eller om man kan fastlegge rettskildefaktorenes innhold i lys av de øvrige faktorene. For det andre oppstår spørsmålet om hva som er utgangspunktet ved slutning fra lovtekst, herunder hva som må anses som lovtekstens bærende hensyn på slutningsstadiet. For det tredje kan det stilles spørsmål til styrken til utgangspunktet ved slutning fra lovtekst, herunder om lovteksten undertiden kan tolkes i lys av sin fagterminologiske betydning.

Et sentralt siktemål med metodelæren er å utvikle retningslinjer som gir grunnlag for 'adekvat håndtering av skjønn og usikkerhet, for å forhindre vilkårlighet i rettsanvendelsen'.¹⁴⁰ Hvis rettsanvenderen forutsettes å basere skjønnsutøvelsen sin på ikke-artikulert intuisjon, vil vedkommende bli fritatt fra å forholde seg aktivt til rettsanvendelsens tomrom, noe som vil redusere muligheten til å kvalitetssikre de individuelle valg og vurderinger. Målet her blir derfor å forsøke å kompensere for slutningsprinsippenes ufullstendig, ved å synliggjøre de individuelle valg og vurderinger som oppstår i så henseende, samtidig som skjønnsutøvelsen kvalitetssikres gjennom oppstilte forhåndsgitte normer. Dette reduserer risikoen for en rettsanvendelse som i for stor grad åpner for vilkårlighet.

På slutningsstadiet vil man imidlertid aldri komme helt foruten individuelle valg og vurderinger. Man vil eksempelvis alltid kunne tillegge lovteksten et uklart innhold uten å ha grunnlag for det, for på den måten å kunne omgå legalitetsprinsippet ved å unngå en utvidende fortolkning. Man kan i slike tilfeller ikke stille strengere krav til rettsanvenderen enn å måtte synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre sine individuelle valg og vurderinger i så henseende, ved å trekke slutninger fra rettskildene på en grundig, fyllestgjørende og etterprøvable måte.¹⁴¹

¹⁴⁰ Monsen, s. 61.

¹⁴¹ Tande, s. 24.

5.2 Separat slutning

På slutningsstadiet må man fastlegge det nærmere innhold i den enkelte rettskildefaktor, med sikte på å klarlegge om faktoren gir bidrag eller støtte til svar på rettsspørsmålet. Vedkommende er her forpliktet til å trekke slutninger fra samtlige rettskildefaktorer.

Undertiden kan det synes lite naturlig å fokusere på en separat vurdering av faktorene, fordi andre rettskildefaktorer uansett er avgjørende for det endelige tolkningsresultatet. Rettskildefaktorene bør imidlertid tolkes uten noen som helst påvirkning fra hverandre, selv om man rent deskriptivt sett ofte er vitne til den motsatte innfallsvinkelen. Hvis rettsanvenderen tolker rettskildefaktorene uten å legge fra seg en slik forforståelse, vil den rettslige argumentasjon nemlig ikke bli så grundig og fyllestgjørende som mulig. For i slike tilfeller vil rettskildenes verdimeslige spenninger mest sannsynlig overses, ettersom slutningsstadiet og vektstadiet i så fall vil gripe inn i hverandre.¹⁴² Forforståelse må følgelig unngås for å unngå en forrykkelse av slutningsstadiets formål.

Et slikt standpunkt henter støtte fra Helset¹⁴³, Monsen¹⁴⁴, Nygaard¹⁴⁵ og Tande/Sæther Mæhle¹⁴⁶. Se her for eksempel Tande/Sæther Mæhle, som uttaler følgende om slutningsprosessen:

De ulike tolkningsbidragene skal i utgangspunktet utledes uavhengig fra hverandre, for så å holdes opp mot hverandre i harmoniseringsdelen av rettsanvendelsesprosessen. [...] En for enkel forforståelse kan tenkes å medføre at det juridiske resonnementet knyttet til et konkret rettsspørsmål ikke blir så grundig og fyllestgjørende som mulig. En kan komme til å utelate tolkningsbidrag fra en eller flere rettskildefaktorer. [...]

På slutningsstadiet må man følgelig holde alle andre rettskildefaktorer utenfor. Man foretar en fastleggelse av det argument som kan utledes fra faktoren alene, hvor øvrige rettskildefaktorer først kommer inn 'når slutningsprosessen er brakt til ende'.¹⁴⁷

¹⁴² Tande, s. 21.

¹⁴³ Helset, s. 281.

¹⁴⁴ Monsen, s. 65.

¹⁴⁵ Nygaard (2004), s. 38.

¹⁴⁶ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 2.4.1.

¹⁴⁷ Helset, s. 281.

Men hvor sterk rekkevidde har utgangspunktet om å foreta separate slutninger?
Monsen forklarer utgangspunktet slik:¹⁴⁸

Den motsatte løsningen kan resultere i at et argument utledet fra dynamiske rettskilder uten autoritetsgrunnlag i realiteten blir opphøyet til et argument med autoritetsgrunnlag. Der det fremstår som klart hva som er ment med den skriftlige rettskilden, er det ikke rom for å nyansere eller endre kildens innhold i lys av slike dynamiske rettskilder.

I følge Monsen gjelder utgangspunktet om separate slutninger følgelig bare i tilfeller hvor slutningene fra de autorative rettskildefaktorene fremstår som ‘klar[e]’.¹⁴⁹

Der det er uklart hvilket argument som kan utledes av den aktuelle skriftlige rettskilden, må det etter omstendighetene være legitimt å fortolke kilden i lys av dynamiske rettskilder.

Fremstillingen her er uenig i sontringen mellom henholdsvis klare og uklare slutninger. Den enkelte rettskildefaktor må tolkes separat uavhengig av slutningens innhold. Rettsanvenderen får heller bedømme rettskilden som nøytral hvis den er uklar. Hvis man f.eks. kan tolke lovteksten i lys av reelle hensyn på slutningsstadiet, kan rettsanvenderen legge den forståelse i lovteksten som han selv finner passende. På den måten vil legalitetsprinsippet i realiteten miste sitt betydningsinnhold. For hvis lovteksten kan tolkes i lys av rimelighetsbetraktninger på slutningsstadiet, vil ikke legalitetsprinsippet lenger yte motstand mot utvidende tolkning av lovteksten. Og da vil rettsanvenderen igjen kunne legge til grunn en regel som han finner rimelig, på bekostning av lovteksten, høyesterettspraksis og øvrige autorative rettskildefaktorer. De dynamiske rettskildene vil i så fall nettopp bli opphøyet til autorative rettskildefaktorer, noe som igjen vil resultere i å tillegge dem sterkere vekt enn deres status skulle tilsi.

Hver enkelt rettskildefaktor må følgelig tolkes isolert ut i fra dens eget innhold.

Rettsanvenderen anvender ulike slutningsprinsipper for de enkelte rettskildefaktorene, samtidig som siktemålet med slutningen også vil variere etter hvilken faktor som tolkes. Fremstillingen her vil imidlertid begrense seg til slutning fra lovteksten.

¹⁴⁸ Monsen, s. 65.

¹⁴⁹ Op. cit.

5.3 Slutning fra lovtekst

5.3.1 Utgangspunktet

Rettsanvenderen bør ideelt sett ta utgangspunkt i lovteksten som primært rettsgrunnlag når han eller hun skal ta stilling til ulike rettsspørsmål på lovfestet område. Det første steget i lovtolkningsprosessen vil i så fall være å tolke lovteksten.¹⁵⁰ Partene i en tvist har ofte forskjellig forståelse for hva som språklig ligger i lovteksten, hvor dommerens oppfatning ofte legges til grunn uten noen nærmere begrunnelse. Manglende begrunnelser for slutning fra lovteksten må imidlertid unngås dersom rettsanvendelsen skal oppnå sitt mål om å bli så sikker og etterprøvbar som mulig. Slutning fra lovtekst kan sies å ha blitt unaturlig lite behandlet i norsk metodelære, selv om 'språklig tolking av lovtekster er en av jussens kjerneaktiviteter'.¹⁵¹

Rent deskriptivt vil ikke rettsanvenderen alltid behandle lovteksten som det klare utgangspunkt. Dette kan blant annet illustreres gjennom innledningseksemplet i fremstillingen her, hvor en passbåt ble betraktet som et skip uten noen særskilt fortolkning av lovteksten, under henvisning til formålet om å skape sikkerhet og avverge fare i sjøtrafikken.¹⁵² Eckhoff har i så måte en god beskrivelse av lovtekstens deskriptive rolle i lovtolkningsprosessen:¹⁵³ 'Hvis man for eksempel mener at reelle hensyn tilsier et resultat som vanskelig lar seg forene med lovteksten, men som støttes av forarbeidene, kan det friste å skyve forarbeidene i forgrunnen'. 'Hvor stor vekt man vil legge på det som står i en lovtekst, kan f.eks. dels bero på om det vil gi et godt resultat, og dels på om teksten virker godt gjennomtenkt og klart formulert'. Dette som motsetning til Tande og Sæther Mæhles anbefaling ut fra rettsvitenskapelige idealer:¹⁵⁴ 'Slutninger fra lovteksten må danne et tidlig og tydelig utgangspunkt for lovtolkningen.' Høyesterettspraksis synes å tendere til å utvise større lojalitet overfor lovteksten nå enn tidligere. Blogger-dommen er et godt eksempel på hvordan retten i senere tid i større grad baserer lovtolkningen på en tidlig og tydelig språkorientert tilnærming til lovteksten¹⁵⁵. Retten fremhevet her et strengt krav om klar lovhjemmel innenfor legalitetsprinsippets område, hvor en klar lovgiverintensjon ikke var tilstrekkelig til å tilsidesette en klar lovtekst.¹⁵⁶

Ved slutning fra lovtekst oppstår problemene når lovteksten er mer eller mindre uklar. En lovtekst kan være uklar enten på grunn av vaghet, flertydighet eller ufullstendighet. Denne fremstillingen vil imidlertid primært beskjeftige seg med vaghet og flertydighet.

¹⁵⁰ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1.

¹⁵¹ Skjerve, s. 1.

¹⁵² Rt. 1973 s. 433.

¹⁵³ Eckhoff (2001), s. 370.

¹⁵⁴ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1.

¹⁵⁵ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 2.2.2.

¹⁵⁶ Rt. 2012 s. 1211.

Et uttrykk er vagt når det ikke er skarpe grenser for hvilke tilfeller som dekkes av lovteksten. Vaghet i lovteksten er svært fremtredende, ettersom 'de fleste ord har flytende grenser'.¹⁵⁷ Metodelæren opererer her ofte med et skille mellom en ordkjerne og en ytre ordgrense.¹⁵⁸ Begrepet 'skip' vil ha en ordkjerne som dekker sjøgående fartøy som er bygget for transport. Men hvor langt kan man egentlig gå ned i størrelse? Hva er begrepets ytre ordgrense?

Et uttrykk er motsetningsvis flertydig når uttrykket kan ha flere adskilte betydninger. Mange anser flertydighet for å være et relativt marginalt problem for rettsanvenderen.¹⁵⁹ Fleischer omtaler eksempelvis flertydighet som noe som 'bare forekommer av og til'. Og om det en sjelden gang skulle forekomme vil den ene mulige meningen fremtre som 'så åpenbart uholdbar i en juridisk sammenheng at den nærmest utelukker seg selv'.¹⁶⁰ Fremstillingen her kunne ikke vært mer grunnleggende uenig i denne påstanden. Ved nærmere ettersyn er flertydighet svært utbredt i norske lovers ord og uttrykk. Et uttrykk kan f.eks. ha to adskilte betydninger avhengig av hvorvidt man tolker ordet ut fra opprinnelig eller nåværende språkbruk, ut fra folkelig eller juridisk språkbruk, m.v. Slike spenninger i lovteksten skal behandles nærmere under pkt. 5.3.4.

Hvordan skal man så gå frem for å bortfortolke slik vaghet og flertydighet i lovteksten? Dette må besvares på grunnlag av lovtekstens autoriserings- og legitimeringsgrunnlag.

Når lovteksten tas i betraktning og blir tillagt vekt ved løsning av rettsspørsmål, begrunnes det med hensynene til både forutberegnlighet og demokratisk legitimitet. Som den klare hovedregel vil disse hensynene være i samsvar med hverandre. Undertiden vil hensynene imidlertid kunne tenkes å trekke i hver sin retning. Dette er typisk i tilfeller hvor lovteksten etter en isolert tolkning går i én retning, mens en tolkning i lys av lovens forarbeider eller lovens formål går i en annen retning. Skal man da fremme hensynet til forutberegnlighet eller hensynet til demokratisk legitimitet? Skal man ved slutning fra lovteksten tolke lovens ord 'skip' etter en isolert tolkning, eller skal man fastlegge begrepets innhold i lys av lovens forarbeider og lovens formål?

Spørsmålet er følgelig hva som er lovtekstens bærende hensyn på slutningsstadiet. Dette vil igjen være avgjørende for hvordan lovteksten skal tolkes på dette stadiet.

¹⁵⁷ J. Andenæs (1997), s. 105.

¹⁵⁸ Nygaard (1999), s. 148.

¹⁵⁹ Skjerve, s. 274.

¹⁶⁰ Fleischer, s. 94.

Dette spørsmålet må anses for å henge sammen med spørsmålet om hvorvidt man etter norsk rett opererer med et subjektivt eller objektivt tolkningsprinsipp. Etter det subjektive tolkningsprinsipp er siktemålet å komme frem til lovgiverens vilje. Etter det objektive tolkningsprinsipp er siktemålet med tolkingen å komme frem til det meningsinnholdet som kommer til uttrykk overfor den som leser lovteksten.¹⁶¹ I eldre norsk teori var metodeteoretikerne delte i synet på siktemålet for lovtolkningen. Augdahl, Schweigaard og Ørsted var forkjempere for det subjektive tolkningsprinsipp.¹⁶² Castberg, Knoph, Platou og Stang var tilhengere av det objektive tolkningsprinsipp.¹⁶³ Dagens metodeteoretikere, så som M.H. Andenæs¹⁶⁴, Monsen¹⁶⁵ og Nygaard¹⁶⁶, er derimot unisone med å fremheve det objektive tolkningsprinsipp som utgangspunkt. Se eksempelvis Monsen, som uttaler følgende:

I lys av at det er særlig forutberegnlighetshensynet som begrunner dette slutningsprinsippet, er det nærliggende at det ved slutning fra lovtekst blir reist spørsmål om hvordan den aktuelle lovteksten blir forstått av folk flest.

Når man opererer med et objektivt tolkningsprinsipp som utgangspunkt for lovtolkning, vil hensynet til forutberegnlighet fremmes på bekostning av demokratisk legitimitet. I forlengelsen av dette blir utgangspunktet for slutning fra lovtekst å tolke lovteksten etter hvordan den er naturlig å forstå på grunnlag av en vanlig språklig forståelse.¹⁶⁷ Siktemålet er dermed å fastlegge hvordan lovteksten rent språklig er naturlig å forstå, og ikke hva lovgiveren som avsender av lovteksten subjektivt har ment med teksten. For det er nettopp et slikt tolkningsprinsipp som fremmer hensynet til forutberegnlighet.

I utgangspunktet har hensynet til demokratisk legitimitet dermed ingen betydning ved slutning fra lovtekst hvis dette hensynet strider mot hensynet til forutberegnlighet, ettersom den demokratiske legitimitet først vil kunne påvirke rettsregelen på vektstadiet. Likevel kan hensynet til demokratisk legitimitet få stor betydning for rettsregelen hvor lovteksten på grunn av dens uklarhet ikke ivaretar forutberegnlighetshensyn. For i slike tilfeller kan lovforarbeidene eller lovformålet gå seirende ut i vektomgangen, ved å tillegge disse rettskildene større vekt enn den vage eller flertydige lovteksten.

¹⁶¹ M. Andenæs (1997), s. 14.

¹⁶² Eckhoff (1997), s. 146.

¹⁶³ Eckhoff (1997), s. 148.

¹⁶⁴ M. Andenæs (1997), s. 14.

¹⁶⁵ Monsen, s. 134.

¹⁶⁶ Nygaard (1999), s. 145.

¹⁶⁷ M. Andenæs, (1997), s. 15.

I følge Eckhoff vil det ikke medføre noen særlig forskjell på tolkingsresultatene om man er en tilhenger av det subjektive eller objektive tolkningsprinsipp ettersom man uansett 'stort sett [bygger] på de samme rettskildefaktorer'.¹⁶⁸ Dette stiller jeg meg uforstående til. Tolkes lovtteksten objektivt, vil hensynet til forutberegnlighet være avgjørende på slutningsstadiet. Tolkes lovtteksten subjektivt, vil derimot hensynet til demokratisk legitimitet være avgjørende. Og dette vil få stor betydning for om man f.eks. tolker en lovttekst presiserende eller utvidende, noe som igjen vil spille en stor rolle på legalitetsprinsippets område, se nærmere under pkt. 5.3.3.

Ettersom det er den naturlige språklige forståelse av lovtteksten som er avgjørende, kan man ikke henge seg for mye opp i den semantiske betydningen av uttrykket.¹⁶⁹ Dette er riktignok ofte to sider av samme sak, men undertiden kan det være forskjeller. Det kan f.eks. stilles spørsmål om hva som menes med et krav om å 'bruke' bilbeltet. Rent semantisk kan uttrykket inkludere bruk av beltet til å feste en løs gjenstand i bilen, men i så fall ville man ha lagt til grunn en rent bokstavelig tolkning av lovtteksten. Lovtekstens vilkår må følgelig forstås som et krav om en korrekt bruk av bilbeltet.

Avgjørende er dermed ikke hvordan lovtteksten naturlig må forstås rent semantisk, men hvordan lovens uttrykk er naturlig å forstå ut i fra sin egen sammenheng. Dette bringer oss videre til betydningen av lovttekstens kontekst.

Lovtekstens sammenheng vil være en viktig retningslinje for hvordan den skal forstås. Når man tolker lovtteksten ut fra hvordan den naturlig må forstås etter vanlig språkbruk, må rettsanvenderen således også foreta en mer kontekstuell analyse av lovens uttrykk.¹⁷⁰ Vedkommende vil herunder kunne fastlegge innholdet i tolkningsobjektet i lys av lovtteksten for øvrig, lovens øvrige bestemmelser eller bestemmelser i øvrig lovgivning.

At lovtteksten må tolkes ut i fra hvordan den er naturlig forstå i lys av sin kontekst, kan likevel tenkes å kunne være problematisk innenfor legalitetsprinsippets område. Det må være greit å benytte seg av legaldefinisjoner for å klargjøre ellers uklare uttrykk. Mer problematisk blir det om et klart uttrykk blir tillagt en annen betydning i øvrig lovgivning. Legger man denne forståelse til grunn vil det være i tråd med hensynet til demokratisk legitimitet, men legalitetsprinsippet er vel minst like mye begrunnet i hensynet til forutberegnlighet? Det vil følgelig være betenkelig å tilsidesette en klar lovttekst til fordel for lovttekstens kontekst i tilfeller hvor det ikke er noen som helst sammenheng mellom lovtteksten og dennes kontekst.

¹⁶⁸ Eckhoff (1997), s. 149.

¹⁶⁹ Monsen, s. 134.

¹⁷⁰ Nygaard (1999), s. 146.

Lovtekstens naturlige forståelse ut i fra vanlig språkbruk kan følgelig bli forskjellig ut i fra hvilke kombinasjoner av ord i lovteksten som rettsanvenderen fokuserer på.¹⁷¹ Tolkningen kan dessuten avhenge om de enkelte ord sees i sammenheng med ord i lovteksten for øvrig, lovens øvrige bestemmelser eller bestemmelser i øvrig lovgivning.

Rettsavgjørelsen i innledningseksemplet illustrerer betydningen av den språklige konteksten.¹⁷² Uten en nærmere fortolkning av lovteksten ble passbåten betraktet som et 'skip', under henvisning til formålet om å skape sikkerhet og avverge fare i sjøtrafikken. Og når båten først var et 'skip', måtte handlingen også ha funnet sted 'under tjenesten', selv om retten fant det for godt å komme med noen begrunnelse for dette. Dersom retten i stedet hadde tatt utgangspunkt i lovens vilkår 'under tjenesten', ville nok terskelen for å straffedømme vært høyere enn ved å fokusere på ordet 'skip'. Lovens ord 'under tjenesten' synes etter en naturlig forståelse ut i fra vanlig språkbruk å oppstille et krav om å føre vedkommende båt under et reelt tjenesteforhold. Og i denne saken hadde ikke båtkjøringen noen tilknytning til et tjenesteforhold.

Lovtekstens kontekst kan således bidra til å minske flertydigheten av et uttrykk.¹⁷³ Når straffelovens § 422 annet ledd knytter seg til handlinger som foretas 'under tjenesten', vil det være mer nærliggende å tolke 'skip' i retning av å kun omfatte større sjøgående fartøy. En slik fremgangsmåte ble senere benyttet i en tilsvarende sak i Rt. 1995 s. 1734: 'Også ordlyden gir for øvrig støtte for at bestemmelsen gjelder de noe større båter. Den gjelder «fører av skip som beruser seg under tjenesten eller når denne forestår». Jeg mener for min del at begrepet «skip» i denne sammenheng i alle fall innebærer en viss nedre grense for hvilke fartøy som omfattes av bestemmelsen.'

Når lovteksten allerede på slutningsstadiet vil kunne tolkes i lys av sin kontekst, kan det stilles spørsmål om man egentlig er forpliktet til å foreta separate slutninger. Doublet synes i stor grad å være negativ til muligheten til å tolke lovteksten isolert, da 'bestemmelsen i seg selv, løsrevet fra dens kontekst, har hverken mening eller referanse'.¹⁷⁴ Også Skjerve anser det å tolke lovteksten isolert som diskutabelt fordi dette 'tilsynelatende [bygger] på en forutsetning om at det finnes objektive fakta om mening'.¹⁷⁵

¹⁷¹ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 2.2.1.

¹⁷² Rt. 1973 s. 433.

¹⁷³ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 2.2.3.

¹⁷⁴ Doublet, s. 601.

¹⁷⁵ Skjerve, s. 7.

Dette er imidlertid i strid med det som ovenfor er lagt til grunn om slutningsprosessen. For å unngå sammenblanding av slutnings- og vektstadiet må lovtekstens tolkes isolert, endog med en adgang til å tolke lovteksten i lys av dens kontekstuelle ramme. Hvis det motsatte legges til grunn vil lovtekstens utgangspunkt kunne bli underminert, ettersom hensynet til forutberegnlighet står i fare for å bli mer eller mindre neglisjert. Og i så fall vil ikke lovtekstens underliggende verdier bli ivaretatt i tilstrekkelig grad.¹⁷⁶

Lovteksten kan følgelig ikke påvirkes av øvrige rettskildefaktorer på slutningsstadiet. Når Skjerve stiller spørsmål om hvorfor de fleste teoretikere gir denne anbefalingen, som han anser som en omvei når rettsregelen uansett bygger på en mye videre kontekst, synes han dessuten også å overse de helt åpenbare årsakene til denne tilrådingen, som nærmere bestemt må regnes for å være betydningen av legalitetsprinsippet og forforståelse.

Etter dette må rettsanvenderen i utgangspunktet foreta følgende slutning fra lovteksten: Lovteksten skal tolkes ut i fra hvordan den er naturlig å forstå i lys av vanlig språkbruk, herunder med adgang til å tolke lovteksten i lys av dens egen kontekstuelle ramme. Lovteksten må videre tolkes isolert uten påvirkning fra øvrige rettskildefaktorer. Følgelig vil hensynet til forutberegnlighet prioriteres foran hensynet til demokratisk legitimitet. Rettsanvenderen må være trofast mot dette utgangspunktet ved slutning fra lovtekst. For hvis man skal gjøre alvor av forsøket på å fremme en forutberegnlig rettsanvendelse 'må lovteksten anvendes på en måte som ikke fremstår som ufullstendig eller vilkårlig'. Slutninger fra lovteksten må dannet et tidlig og tydelig utgangspunkt for lovtolkningen, samtidig som bruken av andre rettskilder ikke må rukke ved lovtekstens sentrale plass.¹⁷⁷

Det kan stilles spørsmål om lovteksten i det hele tatt ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet. Lovtekstene er formelt demokratiske, men hvorvidt de reelt gjenspeiler folkeviljen er usikkert. Stortinget bruker ikke lenger så mye tid på sin oppgave som produsent av lover. Samtidig som mengden av lover og lovforarbeider aldri har vært større enn nå, har stortingsdebatter og komitétilrådingene i tilknytning til lovgivningsprosessen blitt sjeldnere. Dermed blir mer og mer av norsk lovgivning egentlig produsert av elitejurister i departementene. At folket gir seg selv lover gjennom de folkevalgte er dermed en illusjon som aldri har vært større. Hvis lovtekst, lovforarbeid eller lovformål skal være egnet til å fremme demokratisk legitimitet, må vi derfor muligens redefinere hva som menes med hensynet til demokratisk legitimitet. Se nærmere i Jørn Øyrehagen Sunde, Frå røyesterett til søksmålsrett, Dag og Tid, 5. april d.å.

¹⁷⁶ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 2.4.1.

¹⁷⁷ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1.

5.3.2 Betydningen av reelle hensyn

Som sagt ovenfor må hver enkelt rettskildefaktor som utgangspunkt tolkes isolert, uten å la øvrige rettskildefaktorer påvirke betydningsinnholdet av rettskildefaktoren. Dette for å forhindre forforståelse ved å la slutnings- og vektstadiet gripe inn i hverandre. Etter min mening kan lovteksten derfor ikke tolkes i lys av lovforarbeider eller -formål. Hadde man tillatt å tolke lovteksten i en slik kontekst allerede på slutningsstadiet, hadde man nettopp foretatt en forrykkelse av skillet mellom slutnings- og vektstadiet. Samtidig hadde hensynet til demokratisk legitimitet blitt avgjørende på slutningsstadiet, ettersom man i så fall hadde operert med et subjektivt tolkingsprinsipp ved slutning fra lovtekst. Spørsmålet er imidlertid om det gjelder et unntak fra utgangspunktet for reelle hensyn.

De reelle hensyn er som sagt ovenfor en rettskilde med status som rettskildefaktor, blant annet fordi en rett som strider mot rettferdighetshensyn vil kunne bli for statisk. Flere teoretikere anser imidlertid reelle hensyn ikke bare for å være en rettskildefaktor, men også som et middel for å forstå betydningsinnholdet av øvrige rettskildefaktorer. Reelle hensyn får etter et slikt syn en rolle som både rettskildefaktor og tolkningsfaktor. Eckhoff må anses som pioneren blant dem som inntar et slikt syn på reelle hensyn. Han mener reelle hensyn, som han omtaler som 'vurderinger av resultatets godhet',¹⁷⁸ gjør seg gjeldende på både relevans-, slutnings- og vektstadiet i rettsanvendelsen. Dette illustreres særlig når han beskriver reelle hensyn på følgende måte:¹⁷⁹

*Det kan ha betydning for om vi overhodet vil bruke dem, og for hvilken vekt vi vil tillegge dem.
[..] Vi spør f.eks. om man får en god regel hvis man tolker en lov slik eller slik.*

Ettersom slutningen fra lovteksten som det klare utgangspunktet skal baseres på en kontekstuell naturlig språklig forståelse av lovteksten ut i fra vanlig språkbruk, vil skillet mellom slutnings- og vektstadiet forrykkes om man opererer med et slikt syn.

Alternativt må man transformere det som er utgangspunktet for slutning fra lovtekst. Boe kan muligens regnes for å innta et slikt alternativt utgangspunkt når han anser reelle hensyn som en tolkningsfaktor for hvordan slutninger skal trekkes fra lovteksten.

¹⁷⁸ Eckhoff (1997), s. 357.

¹⁷⁹ Eckhoff (1997), s. 353.

For når undertegnende konfronterte ham med faren med å tillegge reelle hensyn en slik rolle, parerte han mine bekymringer ved å legge til grunn et grunnleggende annerledes syn for hva som egentlig er utgangspunktet for rettsanvenderen ved slutning fra lovtekst:¹⁸⁰ Det avgjørende i følge ham er nemlig hvordan lovteksten rimeligvis må forstås, ikke hvordan den ut i fra sin kontekst naturlig må forstås etter en vanlig språkbruk. Og da vil rimelighetsvurderinger kunne påvirke lovteksten allerede på slutningsstadiet.

Selv om flertallet av norske metodeteoretikere betrakter reelle hensyn på en slik måte, finnes det imidlertid også enkelte teoretikere som advarer mot dette rettskildesynet. Se i den forbindelse f.eks. Aasland, som uttaler seg svært treffende:¹⁸¹

Det ligger imidlertid klare begrensninger på bruken av reelle hensyn som rettskildefaktor. Bruken må være lojal overfor lovgiveren; retten bør ikke ut fra en argumentasjon om reelle hensyn innsnevre rekkevidden av en lovbestemmelse som lovgiveren har ønsket, men som retten misliker. Dessuten vil det ofte være grunn til å ta hensyn til den som har innrettet seg etter en naturlig språklig forståelse av loven; dette er jo for øvrig i seg selv et reelt hensyn. [...] Innenfor strafferetten stilles det krav om klar hjemmel i lovens ord for å straffedømme; det er ikke tilstrekkelig at sterke reelle hensyn taler for at forholdet burde vært straffbart.

Fremstillingen her er enig i utgangspunktet om å foreta en isolert slutning fra lovteksten, som igjen vil nekte oss i å legge avgjørende vekt på resultatets godhet på slutningsstadiet. I motsatt fall ville man i realiteten ha foretatt en forskyvning av maktbalansen fra lovgivningsorganer som har blitt tillagt makt til andre som ikke har blitt tillagt makt. Ikke minst vil det alternative utgangspunkt kunne føre til en omgåelse av legalitetsprinsippet, noe som vil utdypes nærmere etter en kort forklaring av legalitetsprinsippet:

Etter det norske legalitetsprinsippet kan offentlige myndigheter på generelt grunnlag ikke gjøre inngrep i borgernes rettsfære uten tilstrekkelig hjemmel i lov eller øvrige hjemmelsgrunnlag. Man må imidlertid skille mellom det forvaltningsrettslige og strafferettslige legalitetsprinsippet. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp er særlig utpenslet av Høyesterett i Rt. 1995 s. 530: 'Kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes'. Hvis myndighetene gjør inngrep i borgernes rettsfære som ikke innebærer en straffereaksjon, vil det følgelig ikke nødvendig måtte oppstilles et absolutt krav om hjemmel i lovtekst. Det strafferettslige legalitetsprinsipp er utpenslet i Grl. § 96, hvor ingen kan dømmes «uden lov». Dommeren kan dermed ikke ilegge straff for en handling som han finner forkastelig, dersom det ikke finnes noen lovtekst med strafferettslig karakter som retter seg mot forholdet.

¹⁸⁰ Samtale med Boe, 10. april d.å.

¹⁸¹ Aasland (2000), s. 164.

Innenfor det strafferettslige legalitetsprinsippet kreves det dermed hjemmel i lovtekst. Dersom lovteksten skal kunne tolkes i lys av reelle hensyn allerede på slutningsstadiet, kan rettsanvenderen legge den forståelse i lovteksten som han selv finner passende. På den måten vil legalitetsprinsippet i realiteten miste både sitt formål og sin virkning. For dersom lovteksten skal kunne tolkes etter hvordan den rimeligvis må forstås, vil ikke legalitetsprinsippet lenger yte motstand mot utvidende tolkning av lovteksten. Og da blir veien igjen mye kortere for å legge til grunn en endelig rettsregel som rettsanvenderen finner rimelig, på bekostning av rettsstatens autoritetsbetraktninger. Når Boe og Eckhoff til stadighet forfekter et slikt rettskildesyn på reelle hensyn, beveger de seg i realiteten fra det norske til det angelsaksiske legalitetsprinsippet, der det er tilstrekkelig med hjemmel i en rettsregel uavhengig av om den bygger på lov. Forfatterne vil i forlengelsen av dette legge opp til en rettsanvendelsesprosess som i større grad er i samsvar med det rettskildesyn som ble beskrevet av Skattebøl: ‘Aldri har Høyesterett latt seg tvinge av en lov til å avsi en dom den selv fant urettferdig’.¹⁸²

Men en metodelære hvor rettsanvenderen kan tillegge lovteksten et mer rimelig innhold, bare fordi vedkommende vurderer lovtekstens naturlige forståelse som mindre rimelig, er verken deskriptivt eller normativt akseptabelt, selv om det undertiden forekommer. Når man på slutningsstadiet av rettsanvendelsesprosessen skal tolke uttrykket ‘skip’, må man følgelig legge til grunn den forståelse som er naturlig ut i fra vanlig språkbruk. Hvis saksforholdet rent språklig faller utenfor, må begrepet eventuelt tolkes utvidende. Legalitetsprinsippet vil da yte motstand mot en tolkning som trekker ordlyden videre. Man kan motsetningsvis ikke tolke uttrykket ‘skip’ i lys av rimelighetsbetraktninger, for så å legge til grunn den løsning man ønsker uten motstand fra legalitetsprinsippet. I så måte er Rt. 1952 s. 989 illustrerende, hvor retten uttalte følgende:

De handlinger den har funnet bevist, er forkastelige og de burde vært belagt med straff, men jeg er kommet til at de ikke rammes av straffelovens § 350 første ledd. Jeg kan ikke finne at domfelte har forstyrret ‘den alminnelige fred og orden’.

Det vil dermed ikke være adgang til å tolke lovteksten i lys av de reelle hensyn. Hver rettskildedefaktor må tolkes isolert på slutningsstadiet, før de vektas mot hverandre. I motsatt fall vil man foreta en forrykkelse av skillet mellom slutnings- og vektstadiet.

¹⁸² Aasland (1987), s. 45.

5.3.3 De ulike tolkningsresultatene

I norsk metodelære skiller man tradisjonelt mellom ulike typer tolkningsresultater, som bokstavelig, presiserende, innskrenkende, utvidende, analogisk og antitetisk tolkning. Med tolkningsresultater menes her resultatet av lovtolkningen i videre forstand, hvor lovtekstens slutning holdes opp mot de øvrige rettskildedefaktorene på vektstadiet, i motsetning til det resultat man kan slutte fra en helt isolert tolkning av lovteksten. Referansepunktet for kategoriseringen er den slutning som lovteksten gir grunnlag for. Betydningen av tolkningsresultatene vil derfor aktualiseres allerede på slutningsstadiet.

Bokstavelig tolkning betegner tilfeller hvor lovteksten verken er vag eller flertydig, hvor rettsanvenderen legger til grunn den naturlige språklige forståelse av lovteksten.¹⁸³ Når lovteksten motsetningsvis er vag eller flertydig kan ordlyden tenkes å kunne gi grunnlag for flere tolkningsalternativer som alle lar seg forene med lovteksten. I så fall blir lovteksten tolket presiserende når man bestemmer seg for ett av alternativene.

En uklar lovtekst kan imidlertid også være gjenstand for innskrenkende eller utvidende tolkning. Når rettsanvenderen tolker lovteksten innskrenkende eller utvidende gir han rettsregelen enten et snevrere eller videre anvendelsesområde enn en isolert slutning skulle tilsi.¹⁸⁴

Når en lovtekst som er vag, flertydig eller ufullstendig kan være gjenstand for enten presiserende fortolkning eller innskrenkende eller utvidende fortolkning, vil rettsanvenderen stilles overfor vår kanskje vanskeligste rettskildemessige problemstilling. Når en vag lovtekst tolkes relativt vidt vil det eksempelvis kunne være tvilsomt hvorvidt tolkningen tross alt må anses for å holde seg innenfor ordlydens yttergrense, eller om lovtekstens ordlyd motsetningsvis må anses for å tolkes utvidende. Svaret på dette spørsmålet vil være bestemmende for legalitetsprinsippets inntreden, som igjen vil kunne være helt avgjørende for den rettsregelen man legger til grunn. Dette poengteres også av Eckhoff:¹⁸⁵

Det er flytende overganger fra tilfeller som klart ligger innenfor bestemmelsens ordlyd, til tilfeller som ligger i en grensesone som en finner det tvilsomt om ordlyden dekker og videre til tilfeller som faller utenfor bestemmelsens ordlyd.

¹⁸³ Monsen, s. 115.

¹⁸⁴ Eckhoff (1997), s. 122.

¹⁸⁵ Op. cit.

Dette fenomenet vil i det følgende illustreres nærmere gjennom høyesterettspraksis. Dommene som trekkes frem vil knytte seg til det strafferettslige legalitetsprinsipp. Det vil følgelig kreves hjemmel i lovtekst for å gjøre inngrep i borgernes rettssfare.

Rettsavgjørelsen i innledningseksemplet omhandlet innholdet av lovens ord 'skip'. Uten særskilt tolkning av lovteksten anså retten en mindre passbåt for å være et 'skip', under henvisning til formålet om å skape sikkerhet og avverge fare i sjøtrafikken.¹⁸⁶ Denne avgjørelsen brukes ofte som det klassiske eksemplet på utvidende tolkning. Men hvorvidt dommen i det hele tatt kan anses som et eksempel på utvidende tolkning avhenger av hvilket tolkningsvalg man foretar på slutningsstadiet av tolkningsprosessen. For det første kan lovteksten forstås ut fra folkelig, juridisk eller leksikalsk forståelse, noe som igjen gir grunnlag for tre alternative måter å forstå lovtekstens ordlyd på. For det andre kan retten forholde seg på forskjellige måter til disse alternativene: (i) Retten kan vurdere lovteksten som uklar, og betrakte den som et nøytralt argument, hvor lovteksten innhold således ikke vil gi noe bidrag for løsning av rettsspørsmålet. Legalitetsprinsippet vil i så fall ikke yte motstand mot å tolke lovteksten i lys av formålet. (ii) Retten kan vurdere lovteksten som uklar, men for å trekke noe i den ene retningen, hvor lovteksten således vil gi bidrag for løsning av vedkommende rettsspørsmål. Legalitetsprinsippet vil i så fall yte motstand mot å tolke lovteksten i lys av formålet.

Høyesterett kan dermed vel så gjerne påstås for å ha ansett ordlyden som nøytral, for så å tolke den i lys av formålet om å skape sikkerhet og avverge fare i sjøtrafikken. I så fall kan ikke dommen lenger anses som et eksempel på utvidende tolkning. Det er da bare nyanseforskjeller som avgjør om legalitetsprinsippet setter begrensninger for rettsanvenderens frihet til å tolke lovteksten i lys av øvrige rettskildefaktorer. Rettsanvenderen vil følgelig ikke ha problemer med å omgå legalitetsprinsippet, ved å legge til grunn den rettsregel han selv ønsker fordi han anser lovteksten som nøytral.

Tilsvarende kan illustreres gjennom avgjørelsene i Rt. 2001 s. 545 og Rt. 2007 s. 387.

¹⁸⁶ Rt. 1973 s. 433.

Rt. 2001 s. 545 omhandlet spørsmålet om det å legge skulderbeltet under venstre arm måtte anses som tilstrekkelig til å oppfylle forskriftskravet om å 'bruke' bilbeltet. Høyesterett la til grunn et krav om korrekt bruk av bilbeltet, med følgende begrunnelse:

Det er lagt til grunn at det skal utvises varsomhet med å foreta analogisk eller utvidende tolkning av straffebestemmelser til tiltaltes ugunst, jf. Andenæs, Alminnelig Strafferett, side 105-116 [...]. Det er slik jeg ser det ikke her egentlig tale om å foreta noen utvidende lovfortolkning, men snarere en presiserende eller utfyllende fortolkning av bestemmelsene. [...]. En naturlig språklig forståelse av kravet om at 'bilbeltet skal brukes' i verneutstyrsforskriften § 1, er etter mitt syn at beltet skal anvendes på den måten som det er forutsatt benyttet.

Det er ikke helt enkelt å få grep om hva retten i realiteten gjør i denne dommen. Et første alternativ hadde vært å vurdere lovteksten for ikke å kreve en korrekt bruk, for så å tolke lovteksten utvidende i lys av formålet om å fremme trafikksikkerhet. Legalitetsprinsippet ville i så fall ytt motstand mot å legge avgjørende vekt på formålet. Et annet alternativ hadde vært å vurdere lovteksten for ikke å gå i noen retning, for så å tolke lovteksten presiserende i lys av formålet om å fremme trafikksikkerhet. Legalitetsprinsippet ville i så fall ikke ytt motstand mot å legge avgjørende vekt på formålet. Et siste alternativ hadde vært å vurdere lovteksten for å kreve en korrekt bruk, ettersom lovteksten tross alt ikke skal tolkes i lys av en rent semantisk språkbruk.

Rt. 2012 s. 387 omhandlet forståelsen av en straffelovsbestemmelse som retter seg mot 'den som har seksuell omgang med [...] stebarn eller noen annen person under 18 år'. Spørsmålet var om aldergrensen knyttet seg til 'annen person' eller også til 'stebarn':

Bruken av ordet 'annen' kan forstås slik at attenårsgrensen knytter seg til alle alternativene. Imidlertid kan ordlyden 'noen annen person' også forstås slik at det referer til andre personer enn 'stebarn' – og at det dermed er disse andre personene som attenårsgrensen knytter seg til. At ordet 'annen' da kan sies å være overflødig, er ikke til hinder for en slik forståelse. Man står derfor overfor valget mellom to alternative lovforståelser som dekkes av lovens ordlyd.

Når retten berettiget to alternative lovforståelser som begge var dekket av lovteksten, legitimerte de følgelig seg selv til å tolke lovteksten i tråd med lovforarbeidene. Etter min mening var det ikke rom for å innfortolke en slik flertydighet i lovteksten. Høyesterett synes i grunn å neglisjere lovgiverne når den anser overflødig lovtekst for ikke å være til hinder for den forståelse som retten selv ønsket å legge til grunn. På denne måten omgås igjen legalitetsprinsippet.

En lovtekst som har karakter av å være vag eller flertydig er nettopp uklar. Og det vil kunne fremstå som vilkårlig for rettsanvenderen å trekke grensen mellom en lovtekst som er nøytral og en lovtekst som tross alt synes å trekke i en retning. Spørsmålet vi står igjen med er dermed hvor klar eller uklar loven må være før lovteksten kan anses for å tolkes enten presiserende eller innskrenkende/utvidende.

Etter rettspraksis å bedømme kan det fremstå som lovteksten ikke må være særlig klar før den må kunne anses for å omfatte eller ikke omfatte det aktuelle forholdet, hvor lovteksten i så fall eventuelt må tolkes enten innskrenkende eller utvidende. I Hønsehauk-dommen var spørsmålet om høner og fjærkre var omfattet av ordet 'bufe'. I lys av en alminnelig språkforståelse og ymse uttalelser fra ordeksperter og ordbøker, kunne høner og fjærkre under tvil ikke anses for å være omfattet av ordlyden.¹⁸⁷ Likevel ble høner og fjærkre ansett for å være omfattet av den endelige rettsregelen, ettersom lovforarbeidene og reelle hensyn ga 'grunnlag for en viss utvidet anvendelse'. Høyesterett tolket dermed lovtekstens uttrykk 'bufe' utvidende istedenfor presiserende, selv om dette lovuttrykket ikke på noen som helst måte kan anses klart avgrenset. Når retten tolker slike mer eller mindre uklare uttrykk kan de imidlertid vel så gjerne tolke dem i presiserende forstand uten motstand fra det strenge legalitetsprinsippet.

I slike tilfeller kan det vel ikke være ønskelig å legge opp til en rettsanvendelse hvor den enkelte rettsanvender forutsettes å basere sin valg på ikke-artikulert intuisjon? Nei, ideelt sett burde man ha klarere og sterkere føringer for slutning fra lovteksten. Men som dette punktet har forsøkt å illustrere finnes det ikke objektive kriterier for hvor klar eller uklar lovteksten må anses når den tolkes naturlig ut fra vanlig språkbruk. Og da kan heller ikke spørsmålet om når lovteksten skal tolkes i den ene eller annen retning besvares på grunnlag av det som er mer eller mindre ufullstendige rettskildesprinsipper, noe som igjen 'fører til at rettsbrukeren sjølv må ta det endelege standpunktet'.¹⁸⁸ Istedenfor å gi klarere føringer for hva rettsanvenderen skal gjøre i slike tilfeller, må det dermed heller stilles strenge krav til rettsanvenderen om på en best mulig måte å synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre sine individuelle valg og vurderinger. Rettsanvenderen er følgelig forpliktet til å måtte trekke slutninger fra lovteksten på en mest mulig grundig, samvittighetsfull, fyllestgjørende og etterprøvable måte.

¹⁸⁷ Rt. 1997 s. 1341

¹⁸⁸ Nygaard (2004), s. 70.

De nyere reaksjonene på metodelæren, representert av Bernt, Tande og Sæther Mæhle, som nettopp retter hovedtyngden av sitt fokus på slike individuelle valg og vurderinger, må av den grunn anses for å gi et verdifullt bidrag til den tradisjonelle metodelæren. Forfatterne har riktignok ikke metoder som er egnet til fullstendig kvalitetssikring, ettersom det endelige standpunktet uansett er tuftet på individuelle valg og vurderinger. De lykkes imidlertid i sitt mål om å bevisstgjøre rettsanvenderen i sterkest mulig grad. Lenger kan vi ikke gå på dette punkt.

5.3.4 De ulike tolkningsvalgene

En slutning fra lovteksten skal baseres på naturlig forståelse ut i fra vanlig språkbruk, herunder med adgang til å tolke ordlyden i lys av dens egen kontekstuelle ramme. Lovteksten kan dermed ikke tolkes i lys av øvrige rettskildedefaktorer på slutningsstadiet. Språknormer kan imidlertid variere mellom både ulike tidsperioder og ulike grupper. Spørsmålet er om det undertiden må gjøres unntak fra det nevnte utgangspunkt, til fordel for lovtekstens opprinnelige eller fagterminologiske betydningsinnhold.

Det skal som utgangspunkt trekkes slutninger fra lovteksten i samsvar med naturlig språkbruk.¹⁸⁹ Den naturlige forståelsen av lovteksten kan imidlertid bli forskjellig avhengig av hvorvidt man anvender opprinnelige eller nåværende språkbruk eller folkelig eller juridisk språkbruk.¹⁹⁰ Rettskildeprinsippene sier i den forbindelse lite om hvilken forståelse som skal legges til grunn, ettersom slutningsprinsippene åpner for alle de tre alternative måtene å forstå lovteksten på. Fraværet av nærmere slutningsnormer har tradisjonelt blitt ansett som uproblematisk, da det har blitt ansett som rettsanvenderens oppgave å finne frem til den riktige innfallsvinkelen. Det har samtidig ikke blitt ansett som mulig å angi helt bindende normer på dette punktet. Etter min mening vil den enkelte rettsanvenders skjønnsutøvelse på slutningsstadiet i langt større grad kunne kvalitetssikres gjennom utpenslingen av forhåndsgitte normer. Formålet om å unngå en rettsanvendelsesprosess som i for stor grad fremstår som vilkårlig vil best kunne oppbås nettopp gjennom utviklingen av slike forhåndsgitte normer. Tande og Sæther Mæhle er enig i muligheten til å gi rettsanvenderen nærmere retningslinjer for hvordan vedkommende skal gå frem når han eller hun skal trekke slutninger fra lovteksten.¹⁹¹ 'Slutninger fra lovteksten må danne et tidlig og tydelig utgangspunkt for lovtolkningen.'

¹⁸⁹ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1.

¹⁹⁰ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 2.2.1.

¹⁹¹ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1.

5.3.4.1 Opprinnelig betydning

Det vil kunne være forskjeller mellom hvordan lovteksten naturlig kan forstås ut i fra henholdsvis tilblivelsestidspunktets og rettsanvendelsestidspunktets vanlige språkbruk. Spørsmålet er om man i slike tilfeller skal gjøre unntak fra utgangspunktet om å tolke lovteksten ut i fra hvordan den naturlig må forstås ut i fra dagens vanlige språkbruk, ved å prioritere hensynet til demokratisk legitimitet foran hensynet til forutberegnlighet. Problemstillingen beskrives slik av Eskeland:¹⁹²

Om lovteksten er gammel, og språkbruken har endret seg, kan to hensyn trekke i hver sin retning, nemlig hensynet til å bygge på det lovgiveren har ment, og hensynet til å bygge på det borgerne mest sannsynlig vil legge i ordene ut fra dagens alminnelige språkbruk.

De fleste metodeteoretikere betrakter den vanlige språkbruken på tilblivelsestidspunktet som avgjørende ved slutning fra lovtekst hvor det foreligger slike betydningsforskjeller. Dette legges bl.a. til grunn av M.H. Andenæs¹⁹³, Boe¹⁹⁴, Eckhoff¹⁹⁵ og Monsen¹⁹⁶. Etter deres oppfatning vil utgangspunktet ved slutning fra lovteksten implisitt være hensynet til demokratisk legitimitet ved forskjeller mellom tidsperiodenes språkbruk. Dette som motsetning til det som ovenfor ellers er lagt til grunn for slutning fra lovtekst.

Skjerve er blant de helt få forfatterne som stiller seg skeptisk til dette unntaket. Han stiller spørsmål om hvorfor og hvordan viljen til for lengst utdødde generasjoner, som levde i en historisk kontekst som utvilsomt hadde helt andre verdier enn våre, kan være bindende for hvordan man i dag skal forstå lovtekstens betydningsinnhold.¹⁹⁷ Etter Skjerves oppfatning vil utgangspunktet ved slutning fra lovtekst følgelig være hensynet til forutberegnlighet ved forskjeller mellom tidsperiodenes språkbruk.

Ved første øyekast kan det synes vanskelig å få grep om hvorfor slutningen fra lovtekst i slike tilfeller plutselig skal basere seg på hensynet til demokratisk legitimitet.

¹⁹² Eskeland, s. 116.

¹⁹³ M. Andenæs (1997), s. 19.

¹⁹⁴ Boe (2010), s. 195.

¹⁹⁵ Eckhoff (1997), s. 60.

¹⁹⁶ Monsen, s. 133.

¹⁹⁷ Skjerve, s. 197.

Fleischer har imidlertid en god begrunnelse for unntaket:¹⁹⁸

Det ville bety rene tilfeldigheter i fortolkningen om vi nå skulle tolke loven i samsvar med dagens språkbruk, istedenfor slik det var lovgiverens mening, den gang lovteksten ble vedtatt.

Som Fleischer implisitt fremhever vil et utgangspunkt om å tolke lovteksten etter rettsanvendelsestidspunktets språkbruk kunne medføre fare for å tillegge lovteksten et tilfeldig og uhensiktsmessig innhold som ikke vil kunne forandres uten lovendring. For å forhindre regler som gjerne verken er tiltenkte, rimelige eller ønskelige, bør man følgelig legge tilblivelsestidspunktets språkbruk til grunn på slutningsstadiet. Når tilblivelses- og rettsanvendelsestidspunktets språkbruk mer eller mindre divergerer, vil borgerne heller ikke ha like stor grunn til å innrette seg etter lovtekstens ordlyd, noe som igjen resulterer i å øve mindre vold på hensynet til forutberegnelighet. Hvis rettsanvenderen gis adgang til å rette fokuset mot en nåtidig faktisk kontekst, vil det dessuten kunne resultere i å tolke lovteksten i lys av formålsbetraktninger.¹⁹⁹ Dette vil igjen innebære en forrykkelse av skillet mellom slutnings- og vektstadiet.

Man må følgelig legge til grunn tilblivelsestidspunktets språkbruk på slutningsstadiet. Rettsanvenderen må på den bakgrunn undersøke lovtekstens opprinnelige betydning i tilfeller hvor han eller hun formoder avvik fra rettsanvendelsestidspunktets språkbruk. Vedkommende vil i så fall måtte konsultere språkeksptise hvis lovteksten er uklar.

Høyesterettspraksis gir bifall til utgangspunktet om tilblivelsestidspunktets språkbruk:²⁰⁰

Det er naturlig å legge vedtakstidspunktets språkbruk til grunn der det er skjedd en utvikling. [...] Etter dette er spørsmålet om lovteksten på bakgrunn av andre kilder må tolkes innskrenkende.

Høyesterett legger med dette opprinnelighetsnormen til grunn på slutningsstadiet, ettersom retten senere stiller spørsmålet om lovteksten må tolkes innskrenkende. Skal man legge til grunn rettsanvendelsestidspunktets språkbruk på slutningsstadiet, må lovteksten følgelig tillegges et annet innhold i lys av etterfølgende rettskildefaktorer.

¹⁹⁸ Fleischer, s. 96.

¹⁹⁹ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 2.2.1.

²⁰⁰ Rt. 2012 s. 1359.

Tilsvarende kan illustreres gjennom høyesterettsavgjørelsen i Blogger-dommen.²⁰¹ Saken gjaldt en person som i en blogg kom med oppfordring til drap på polititjenestemenn. Spørsmålet var om ytringer publisert i bloggen var mangfoldiggjort ved 'trykken'. Etter mindretallets oppfatning måtte lovteksten tolkes 'i tråd med samfunnsutviklingen', herunder også i tråd med en naturlig forståelse 'ut fra dagens teknologiske virkelighet'.

En slik slutning fra lovteksten kunne kanskje anses rimelig i det konkrete saksforholdet. Skal rettsanvendelsen kvalitetssikres gjennom utpenslingen av forhåndsgitte normer, kan man imidlertid ikke variere slutningsprinsippene etter det konkrete typetilfellet, ettersom en slik praksis vil kunne resultere i en altfor vilkårlig rettsanvendelsesprosess. Flertallet la følgelig til grunn opprinnelighetsnormen også i relasjon til dette spørsmålet, selv om 'lovgiver utvilsomt ville ha ønsket å ramme også elektronisk formidling'.

5.3.4.2 Fagterminologisk betydning

Lovteksten kan videre tenkes å få et annet betydningsinnhold hvis den tolkes ut i fra hvordan den er naturlig å forstå etter juridisk, teknisk eller leksikalsk språkbruk. Hvis lovgiver har ment å bruke uttrykket i samsvar med fagterminologisk betydning, blir spørsmålet hvorvidt man i slike tilfeller skal gjøre unntak fra utgangspunktet om å tolke lovteksten ut i fra hvordan den er naturlig å forstå etter vanlig språkbruk, ved å gi hensynet til demokratisk legitimitet rang foran hensynet til forutberegnlighet.

De fleste metodeteoretikere legger den fagterminologiske språkbruken til grunn som avgjørende ved slutning fra lovtekst hvor det foreligger slike betydningsforskjeller. Dette hevdes blant annet av teoretikere som Eckhoff²⁰², Monsen²⁰³ og Platou²⁰⁴. Monsen trekker frem Rt. 2011 s. 1029 som illustrerende for sitt tolkingsstandpunkt:

I dagligtalen benyttes begrepet 'skaden' om enhver ødeleggende fysisk eller psykisk påvirkning. I fl. § 9 nr. 1 må imidlertid begrepet tolkes mer ut fra erstatningsrettslige synspunkter [...]. Da erstatning er betinget av at skadelidte har lidt et økonomisk tap, er det dermed skadelidtes kunnskap om tapet som utløser foreldelsesfristen.

²⁰¹ Rt. 2012 s. 1211.

²⁰² Eckhoff (1997), s. 60.

²⁰³ Monsen, s. 134.

²⁰⁴ Platou, s. 199.

Monsen uttaler seg imidlertid så noe inkonsistent i sin omtale av rettsavgjørelsen.²⁰⁵

Ved slutning fra lovteksten ble det altså lagt til grunn en særskilt juridisk 'fagterminologi', til fortrensel for hvordan teksten måtte forstås ut i fra en vanlig språkbruk. En alternativ fremgangsmåte kunne nok vært å fortolke lovteksten på basis av vanlig språkbruk, for så å tolke den innskrenkende på basis av formålsbetraktninger.

Hvorvidt Monsen vil legge til grunn den vanlige eller fagterminologiske språkbruk blir følgelig ikke like klart som man ved første øyekast kan få inntrykk av. Uttalelsen hans kan kanskje forstås som et skille mellom de lege lata og de lege ferenda. I så fall vil han normativt legge til grunn den vanlige språkbruken som avgjørende, hvor lovteksten først kan tillegges sin juridiske eller tekniske betydning på vektstadiet. Monsen er i så fall enig med Skjerve, som uttaler følgende:²⁰⁶

I tilfeller hvor den alminnelige meningen til et uttrykk ikke en gang kommer i betraktning, må vi konkludere med at uttrykkets språklige mening mangler rettslig relevans [...]. I stedet for å beskrive en slik situasjon som at lovteksten blir forstått i samsvar med en egen juridisk forståelse av uttrykk, er det ryddigere og mer transparent å beskrive situasjonen som at andre rettskildefaktorer, som f.eks. rettsvitenskapelig litteratur eller rettspraksis, blir tillagt vekt.

Fremstillingen her er delvis enig med Skjerves synspunkt på slutning fra lovtekst: Tolkningen skal basere seg på en kontekstuell naturlig forståelse etter vanlig språkbruk, uten adgang til å tolke lovteksten i lys av øvrige rettskildefaktorer på slutningsstadiet. Følgelig går hensynet til forutberegnlighet foran hensynet til demokratisk legitimitet.

Hvis den alminnelige nordmann har en noenlunde klar formening om hvordan lovteksten må forstås ut i fra en kontekstuell naturlig forståelse etter vanlig språkbruk, må rettsanvenderen følgelig legge denne forståelsen til grunn på slutningsstadiet, selv om dette vil stride mot lovtekstens juridiske, tekniske eller leksikalske betydning. For det er et slikt utgangspunkt som fremmer og ivaretar hensynet til forutberegnlighet. Lovtekstens fagterminologiske betydningsinnhold kan følgelig ikke legges til grunn før slutningen fra lovteksten vektet mot de øvrige rettskildefaktorene på vektstadiet, i form av enten en innskrenkende eller utvidende fortolkning av lovtekstens uttrykk. Med et slikt tolkingsprinsipp vil man også unngå en omgåelse av legalitetsprinsippet.

²⁰⁵ Monsen, s. 135.

²⁰⁶ Skjerve, s. 204.

Et slikt synspunkt kan også anses for å hente støtte av M.H. Andenæs²⁰⁷ og Nygaard²⁰⁸.
M.H. Andenæs uttaler eksempelvis følgende:

Når lovteksten inneholder uttrykk fra dagligtalen som samtidig er juridiske faguttrykk, blir de neppe tolket på prinsipielt annen måte enn andre uttrykk i lovteksten [...]. Utgangspunktet er i begge tilfelle ordenes naturlige betydning i alminnelige språkbruk.

En uklar lovtekst er imidlertid ikke egnet til å fremme hensynet til forutberegnelighet. Hvis den alminnelige nordmann ikke har en noenlunde klar formening om hvordan lovteksten må forstås ut i fra en kontekstuell naturlig forståelse etter vanlig språkbruk, er spørsmålet om man heller skal legge til grunn den fagterminologiske betydningen. Denne problemstillingen kan løses på to måter:

For det første kan lovteksten anses som uklar når den blir tolket ut fra vanlig språkbruk. Lovteksten må i slike tilfeller anses som et nøytralt argument ved løsning av spørsmålet. Rettsanvenderen kan i så fall tillegge lovtekstens dens fagterminologiske betydning ved å tolke den presiserende i lys av de øvrige rettskildefaktorene på vektstadiet. For det andre kan lovteksten tolkes ut i fra fagterminologisk betydning på slutningsstadiet. Rettsanvenderen trenger med en slik fremgangsmåte i så fall ikke å vente til vektstadiet før han tillegger lovteksten dens juridiske, tekniske eller leksikalske betydning.

Når lovteksten har en avvikende fagterminologisk betydning vil det enten skyldes lovtekstens egen kontekstuelle ramme eller rettssystemets øvrige rettskildefaktorer. Hvis det fagterminologiske betydningsinnholdet av lovteksten har sitt grunnlag i lovteksten for øvrig, lovens øvrige bestemmelser eller bestemmelser i øvrig lovgivning, vil det ikke være problematisk å legge denne til grunn allerede på slutningsstadiet. Dette fordi lovteksten som det grunnleggende utgangspunkt nettopp skal tolkes ut i fra hvordan den er naturlig å forstå ut i fra vanlig språkbruk i lys av dens egen kontekst. Men hvis den fagterminologiske betydningen har sitt grunnlag i øvrige rettskildefaktorer blir betenkelighetene med å legge denne til grunn på slutningsstadiet betraktelig større, ettersom dette vil medføre en forrykkelse av skillet mellom slutnings- og vektstadiet. Når den fagterminologiske betydningen har sitt grunnlag i øvrige rettskildefaktorer, må man følgelig heller anse lovteksten som uklar når den blir tolket ut i fra vanlig språkbruk, for så å tolke lovteksten presiserende i lys av øvrige rettskildefaktorer på vektstadiet.

²⁰⁷ M. Andenæs (1997), s. 18.

²⁰⁸ Nygaard (1999), s. 146.

Spørsmålet er imidlertid hvordan man skal gå frem for å tolke lovteksten i tilfeller hvor den fagterminologiske betydningen har sitt grunnlag i lovtekstens egen kontekst. Lovteksten skal som sagt ovenfor som grunnleggende utgangspunkt tolkes ut i fra hvordan den er naturlig å forstå ut i fra vanlig språkbruk i lys av dens egen kontekst. Hvis man plutselig skal øve vold på utgangspunktet når en slik kontekstuell tekstanalyse viser seg i å resultere i en fagterminologisk betydning som avviker fra vanlig språkbruk, vil man få en unaturlig sontring for når dette utgangspunktet kan anses for å gjelde. En kunstig sontring vil man imidlertid også få hvis man opprettholder utgangspunktet. For i så fall skal lovteksten tolkes etter naturlig forståelse ut i fra vanlig språkbruk dersom den fagterminologiske betydningen følger av de øvrige rettskildefaktorer, mens lovteksten motsetningsvis skal tolkes ut i fra en juridisk eller teknisk språkbruk dersom det fagterminologiske betydningsinnholdet følger av lovtekstens egen kontekst. For å holde i hevd det prinsipielle fundamentet ved slutningsprosessen vil det etter min mening imidlertid være mest hensiktsmessig å opprettholde utgangspunktet, selv om den kontekstuelle tolkningen fører til en avvikende fagterminologisk betydning.

Rettsanvenderen må etter dette gå slik frem når han trekker slutning fra lovteksten i tilfeller hvor det foreligger en avvikende fagterminologisk betydning av lovteksten: Hvis den alminnelige nordmann har en noenlunde klar formening om hvordan lovteksten må forstås når ordlyden blir tolket naturlig ut i fra vanlig språkbruk, må rettsanvenderen legge denne forståelsen til grunn som slutning fra lovteksten. Den fagterminologiske betydningen av lovteksten kan følgelig ikke legges til grunn før slutningen fra lovteksten vektet mot de øvrige rettskildefaktorene på vektstadiet, i form av enten en innskrenkende eller utvidende fortolkning av lovtekstens uttrykk. Hvis den alminnelige nordmann ikke har en noenlunde klar formening om hvordan lovteksten må forstås når ordlyden blir tolket naturlig ut i fra vanlig språkbruk, samtidig som den juridiske eller tekniske betydningen følger av lovens egen kontekst, må man legge den fagterminologiske betydningen til grunn som slutning fra lovteksten. Hvis den alminnelige nordmann ikke har en noenlunde klar formening om hvordan lovteksten må forstås når ordlyden blir tolket naturlig ut i fra vanlig språkbruk, samtidig som den fagterminologiske betydningen følger av øvrige rettskildefaktorer, må rettsanvenderen derimot betrakte lovteksten som uklar ut i fra vanlig språkbruk, for deretter å tolke den presiserende i lys av øvrige rettskildefaktorer på vektstadiet.

Men dette er ikke til hinder for å tillegge lovteksten et uklart innhold uten å ha grunnlag for det, for på den måten å kunne omgå legalitetsprinsippet ved å unngå en utvidende fortolkning. For det finnes ikke empiriske bevis for i hvilke tilfeller den alminnelige nordmann har en klar formening om hvordan lovteksten skal forstås når den tolkes ut i fra vanlig språkbruk. Den enkelte dommer kan da la seg friste til å fremheve sin juridiske forståelse av lovteksten. Til syvende og sist kan vi i slike tilfeller ikke stille strengere krav til rettsanvenderen enn å måtte synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre sin individuelle valg og vurderinger, ved å trekke slutninger fra lovteksten på en grundig, fyllestgjørende og etterprøvbar måte.²⁰⁹

5.4 Rekapitulering av slutningsstadiet

Formålet har her vært å forsøke å kompensere for slutningsnormenes ufullstendighet, ved å synliggjøre de individuelle valg og vurderinger som oppstår i slutningsomgangen, samtidig som skjønnsutøvelsen kvalitetssikres gjennom forhåndsgitte slutningsnormer. Dette for å hindre en rettsanvendelsesprosess som i for stor grad risikerer vilkårlighet. Fremstillingen har ikke tatt sikte på en fullstendig behandling av slutningsstadiet, ettersom redegjørelsen er avgrenset til å behandle prinsippene for slutning fra lovtekst. Rettsanvenderen anvender ulike slutningsprinsipper for de enkelte rettskildefaktorene, samtidig som siktemålet med slutningen også vil variere etter hvilken faktor som tolkes. Og slutningsprinsippene vil være like ufullstendige i relasjon til de øvrige rettskildene.

Det er hensiktsmessig med en rekapitulering av de oppstilte forhåndsgitte normene, som bidrar til å gjøre de individuelle valg og vurderinger mindre intuitive enn ellers.

Rettsanvenderen er forpliktet til å trekke separate slutninger fra rettskildefaktorene. Hvis rettsanvenderen tolker rettskildefaktorene uten å legge fra seg en forforståelse, vil den rettslige argumentasjonen ikke bli så grundig og fyllestgjørende som mulig. For i slike tilfeller vil rettskildenes verdimeslige spenninger mest sannsynlig overses, ettersom slutningsstadiet og vektstadiet i rettsanvendelsen vil gripe inn i hverandre.

Lovteksten skal tolkes ut i fra hvordan den er naturlig å forstå i lys av vanlig språkbruk, herunder med adgang til å tolke lovteksten i lys av dens egen kontekstuelle ramme. Lovteksten må videre tolkes isolert uten påvirkning fra øvrige rettskildefaktorer. Følgelig vil hensynet til forutberegnlighet ha rang foran hensynet til demokratisk legitimitet. Det vil således heller ikke være adgang til å tolke lovteksten i lys av reelle hensyn.

²⁰⁹ Tande, s. 24.

Det vil kunne være forskjeller mellom hvordan lovteksten naturlig kan forstås ut i fra henholdsvis tilblivelsestidspunktets og rettsanvendelsestidspunktets vanlige språkbruk. Lovteksten kan også tenkes å få et annet betydningsinnhold dersom den tolkes ut i fra hvordan den er naturlig å forstå etter juridisk, teknisk eller leksikalsk språkbruk. Hvilken forståelse som skal legges til grunn i slike tilfeller fremgår klart like ovenfor.

Når en lovtekst som er vag, flertydig eller ufullstendig kan være gjenstand for enten presiserende fortolkning eller innskrenkende eller utvidende fortolkning, vil rettsanvenderen stilles overfor vår vanskeligste rettskildemessige problemstilling. Som redegjørelsen ovenfor har forsøkt å illustrere finnes det ikke objektive kriterier for hvor klar eller uklar lovteksten må anses når den tolkes naturlig ut fra vanlig språkbruk. Og da kan heller ikke spørsmålet om når lovteksten skal tolkes i den ene eller annen retning besvares på grunnlag av det som er mer eller mindre ufullstendige slutningsprinsipper. I stedet for å gi klarere føringer for hva rettsanvenderen skal gjøre i slike tilfeller, må det heller stilles strenge krav til rettsanvenderen om trekke slutninger fra lovteksten på en mest mulig grundig, samvittighetsfull, fyllestgjørende og etterprøvable måte.

Når rettsanvenderen har trukket separate slutninger fra hver enkelt rettskildefaktor, kan det tenkes å foreligge motstridende argumenter fra de ulike rettskildefaktorene. Rettsanvenderen må i slike tilfeller harmonisere og avveie de ulike slutningene. Vedkommende vil her stilles overfor atter nye individuelle valg og vurderinger.

I det praktiske rettsliv fokuseres det ikke i tilstrekkelig grad på vektingsomgangen, ettersom rettsanvenderen gjør seg skyldig i en forrykkelse av slutnings- og vektstadiet. Etter slutningsprosessen vil det således ikke være nødvendig med en særskilt vektingsprosess. Men når fremstillingen her forutsetter et skarpt skille mellom slutnings- og vektstadiet, vil rettsanvenderen motsetningsvis måtte foreta en samvittighetsfull vektingsprosess. Et sterkt fokus på slutningsstadiet resulterer følgelig i et sterkt fokus på vektstadiet. Dette bringes oss over til neste punkt.

DEL V

6 Vektstadiet

6.1 Problemstillingen

Når rettsanvenderen har trukket separate slutninger fra hver enkelt rettskildefaktor, kan det tenkes å foreligge motstridende argumenter fra de ulike rettskildefaktorene. Spørsmålet her er hvordan rettsanvenderen skal vekte disse argumentene mot hverandre. Rettskildeprinsippene vil riktignok kunne gi en viss veiledning i vektingsomgangen, men prioritetsproblemet mellom rettskildefaktorene vil likevel bli 'skjønnsmessig'.²¹⁰ For hvis rettskildeprinsippene må anses ufullstendige på relevans- og slutningsstadiet, må dette i enda sterkere grad regnes som tilfellet ved rettsanvendelsens vektingsprosess.

Vektingsprosessen vil involvere en skjønnsutøvelse som ikke kan håndteres mekanisk, i hvert fall slik den forutsetningsvis må gjennomføres etter avveiningsmodellen, hvor rettsanvenderen vil måtte avveie rettskildefaktorene på grunnlag av intuisjon. Dette vil igjen bunne ut i rettsanvendelsesvurderinger som ikke kan forankres i ytre konstaterbare forhold som er gitt forut for den aktuelle rettsanvendelsesprosess. Vektprinsippene etterlater dermed et tomrom for hvordan rettskildene skal prioriteres, noe som nødvendiggjør individuelle valg og vurderinger fra rettsanvenderens side. For selv om rettskildeprinsippene gir en viss veiledning for de gjeldende vektnormer, vil rettsanvenderen fremdeles ha stort spillerom i sin prioritert av rettskildefaktorene. Man kjenner eksempelvis til lovtekstens og prejudikatets forrang som rettskildefaktorer, men hvor tungtveiende må de øvrige rettskildefaktorene være for å fravike disse?

Et sentralt siktemål med metodelæren er å utvikle retningslinjer som gir grunnlag for 'adekvat håndtering av skjønn og usikkerhet, for å forhindre vilkårlighet i rettsanvendelsen'.²¹¹ Avveiningsmodellen gir ikke øvrige betingelser for rettsanvenderens skjønnsutøvelse enn å måtte stole på juristenes forbausende likhet i tenkemåte og verdiorientering, som fører til stor likhet i den ikke-artikulerte intuitive avveiningen av rettskildefaktorer. Når avveiningsmodellen beskriver rettskildefaktorenes innbyrdes vekt på vektstadiet synes den derfor ikke å gi tilstrekkelige holdepunkter for de individuelle valg og vurderinger.

²¹⁰ Monsen, s. 28.

²¹¹ Monsen, s. 61.

Målet her blir derfor igjen å forsøke å kompensere for vektprinsippenes ufullstendighet, ved å kvalitetssikre de individuelle valg og vurderinger som oppstår på vekstadiet. Dette vil den gjøre ved å kvalitetssikre skjønnsutøvelsen gjennom forhåndsgitte normer, som gir klarere og sterkere føringer for hvordan motstridende rettskilder skal avveies. Formålet er å unngå en rettsanvendelsesprosess som i for stor grad risikerer vilkårlighet.

6.2 Det overordnede siktemålet

Ved vurderingen av hvordan rettsanvendelsen kan bli mindre vilkårlig enn i dag, kan det stilles spørsmål om hva som rettsanvendelsesprosessens overordnede siktemål. I relasjon til dette spørsmålet opererer flere metodeteoretikere direkte eller indirekte med et skille mellom henholdsvis en positivistisk og en pragmatisk rettsanvendelse. Rettsanvendelsen kan imidlertid ikke betegnes som enten positivistisk eller pragmatisk, ettersom rettssystemet anerkjenner både positivistiske og pragmatiske argumentkilder, som lovttekst og høyesterettspraksis på den ene siden og reelle hensyn på den annen. Rettsanvendelsesprosessen kan heller ikke beskrives med øvrige slike merkelapper.

Ved spørsmål om hva som er rettsanvendelsesprosessens overordnede siktemål kommer man følgelig ikke lenger enn til å gi rettsanvenderen pålegg om å komme frem til den regelen som må anses for å ha de beste rettskildemessige grunner for seg.²¹² Dette vil igjen styres av hvilke vektnormer rettsanvenderen er undergitt til å følge.

Ved besvarelsen av spørsmålet om hvilke vektnormer rettsanvenderen er undergitt, er det naturlig å se hen til hvilke hensyn rettsanvendelsesprosessen skal ivareta, som er avgjørende for hvilken regel som har de beste rettskildemessige grunner for seg. For selv om man tar utgangspunkt i vekting av motstridende rettskildefaktorer, kan man ikke rette fokuset fra rettskildefaktorenes underliggende rettslige verdihensyn. Fremstillingen her vil i realiteten gi klarere føringer for hvordan rettsanvenderen skal vektlegge de underliggende rettslige verdier som bæres frem av rettskildefaktorene.

²¹² Monsen, s. 55.

6.3 Det verdimeslige fundament

Lovtolkningsprosessen kan kort sagt regnes for å ha i det minste to målsetninger.²¹³ Det første målet er å utvise lojalitet over våre lovgivende og rettskapende organer. Det andre målet er å komme frem til gode, hensiktsmessige og rimelige resultater. Metodelærens verdimeslige fundament sonderer derfor mellom autoritet og rasjonalitet.

Autoritetsbetraktningene bunner ut i å vektlegge de autorative rettskildefaktorene, som nærmere bestemt inkluderer lovtekst, -forarbeider, -formål og høyesterettspraksis. Rasjonalitetsbetraktningene bunner ut i å vektlegge rettsstatens mest sentrale verdier. Men det å legge vekt på autorative argumenter som lovtekst og høyesterettspraksis, vil nettopp tvinge rettsanvenderen til å vektlegge rettsstatens mest sentrale verdier, både i form av hensynet til forutberegnlighet og hensynet til demokratisk legitimitet. Følgelig vil de autorative rettskildefaktorene ha både autoritets- og rasjonalitetskraft.

Rettsanvenderen må dermed legge betydelig vekt på de autorative rettskildefaktorene når han tar stilling til hvilken regel som har de beste rettskildemessige grunner for seg. Dette samsvarer også godt med hvordan det norske rettsystemet er bygget opp, hvor Stortinget og Høyesterett har konstitusjonell myndighet til å fastsette rettens innhold. Dette henter også støtte av Monsen, som uttaler følgende:²¹⁴

Den løsningen som tilsies av argumenter som er utledet fra rettskilder med autoritetsgrunnlag, skal i utgangspunktet anses å ha de beste rettskildemessige grunner for seg.

Et unntak fra dette utgangspunktet betinger ‘tungtveiende rettskildemessige grunner’.²¹⁵ Ettersom utgangspunktet for vektnormene fremhever de autorative rettskildefaktorene, må dette unntaket derfor nødvendigvis utledes fra de øvrige rettskildefaktorene, som har som hovedfunksjon å fremme og ivareta rettsstatens mest sentrale verdier. Monsen legger dermed opp til en vektingsprosess hvor rettsanvenderen er forpliktet til å legge svært betydelig vekt på lovtekst, -forarbeid, -formål og høyesterettspraksis, avhengig av i hvor stor grad disse fremmer og ivaretar sine underliggende verdier, som kun kan fravikes dersom de øvrige rettskildefaktorene er tilstrekkelig tungtveiende.

²¹³ Eckhoff (1997), s. 150.

²¹⁴ Monsen, s. 56.

²¹⁵ Op. cit.

Fremstillingen her er enig i dette synet på rettsanvendelsesprosessens vektingsomgang. Vektingsprosessen kan etter dette best beskrives som en prosess i tre ulike etapper: For det første må rettsanvenderen ta stilling til hvilke underliggende verdier som vil kunne bli fremmet og ivaretatt gjennom vektlegging av de ulike rettskildefaktorene. For det andre må han eller hun ta stilling til i hvilken grad de ulike rettskildefaktorene i det konkrete tilfellet faktisk vil fremme og ivareta de aktuelle underliggende verdier. For det tredje må det tas stilling til hvilke verdier som skal gis avgjørende vekt.²¹⁶

Når fokuset i så stor grad retter seg mot rettskildefaktorenes underliggende rettslige verdier, kan dette ved første øyekast synes å ligne på anbefalingene fra nyere reaksjoner på metodelæren, representert ved den balanserende modellen og den systematisk dynamiske analysemodellen. For problemstillingen til Bernt, Tande og Sæther Mæhle er nettopp hvordan rettsanvenderen skal bevege seg fra spenninger mellom verdipremisser og frem til et endelig standpunkt.²¹⁷ Fremstillingen her vil imidlertid skille seg noe fra slike alternative metodefremstillinger. Tande vil pålegge rettsanvenderen til å formulere de rettslige problemstillingene ut i fra verdiene som knytter seg til rettssystemet, rettsområdet, typetilfellet og partskonstellasjonen. Ved å synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre balanseringen av disse verdipremissene, skal rettsanvenderen søke å oppnå et fullstendig verdi- og fornuftsmessig koherent rettssystem. Redegjørelsen her vil på samme måte oppfordre til å problematisere balanseringen av spenningene som gjør seg gjeldende for verdiene knyttet til rettssystemet og rettsområdet, da dette er helt essensielt tatt i betraktning rettskildefaktorenes innhold og legitimeringsgrunnlag. Den vil imidlertid ikke fokusere på verdiene knyttet til typetilfellet og partskonstellasjonen. Man kan riktignok utforme en spissere problemstilling hvis man opererer med slike verdinivåer, men disse verdiene vil uansett fanges opp av verdiene knyttet til rettssystemet og rettsområdet. Når rettsanvenderen skal ta stilling til ulike rettsspørsmål vil det dessuten være verdiene knyttet til rettssystemet og rettsområdet som blir utslagsgivende i vektingsomgangen. De ulike hensyn som gjør seg gjeldende for typetilfelle og partskonstellasjon vil i realiteten ikke ha en annen funksjon enn å knytte rettssystemets og rettsområdets verdier nærmere faktum. Men dette skal prinsipielt ikke være egnet til å kunne påvirke den endelige rettsregelen, da dette i altfor stor grad vil kunne bøte vold på rettsanvendelses grunnleggende prinsipper. Tande har imidlertid større lojalitet til de autorative rettskildene enn man først kan få inntrykk av, noe som blant annet illustreres gjennom hans nye artikkel 'lovtolkning i et verdiperspektiv'. Han er enig i viktigheten av å bevare rettsanvendelsesprosessens prinsipielle utgangspunkt, også dersom man betrakter rettsanvendelsen ut i fra normative, rettsvitenskapelige idealer.²¹⁸ Følgelig vil heller ikke han legge opp til en rettsanvendelse hvor typetilfelle og partskonstellasjon vil kunne påvirke vektingen av de ulike rettskildefaktorene på helt grunnleggende vis. Men hvis man ikke har dette tilstrekkelig klart for seg ved løsning av rettsspørsmål, vil en rettsanvendelsesprosess som i for stor grad retter seg mot disse verdinivåene etter min mening fort stå i fare for å bli altfor lite prinsipporientert i sin utforming.

²¹⁶ Monsen, s. 67.

²¹⁷ Tande, s. 16.

²¹⁸ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1.

Fremstillingen vil i det følgende gå nærmere i sømmene på disse vektspørsmålene. Herunder vil det redegjøres for hvor sterkt utgangspunktet om å legge betydelig vekt på de argumentene som kan utledes fra de autorative rettskildefaktorene må være. Dette vil som en logisk konsekvens også besvare spørsmålet om hvor tungtveiende de øvrige rettskildefaktorene må være for å gjøre unntak fra dette utgangspunktet. Ved å besvare disse spørsmålene vil rettsanvenderen gis klarere og sterkere føringer for hvordan han skal vekte eventuelt motstridende rettskildefaktorer mot hverandre, noe som igjen vil resultere i en rettsanvendelsesprosess som er langt mindre intuitiv.

6.4 Faktorenes 'egenvekt' og 'relative vekt'

Helset opererer med tre ulike typer faktorkonstellasjoner som nok så selvforklarende kan beskrives som henholdsvis 'rettskildenød', 'faktorharmoni' og 'faktorkollisjon'.²¹⁹ Fremstillingen her behandler som sagt ovenfor faktorkonstellasjonen 'faktorkollisjon', hvor det foreligger argumenter fra flere rettskildefaktorer som drar i hver sine retninger.

I følge Helset finnes det to måter å veie argumentene på ved slik faktorkollisjon.²²⁰ For det første kan man ta utgangspunkt i det som omtales som faktorenes 'egenvekt', hvor vi vurderer egenskaper ved den enkelte faktor som bidrar til å avgjøre dens vekt. For det andre kan man vekte argumentene ved å se på faktorenes 'relative vekt', hvor vi vurderer den enkelte rettskildefaktors vekt i forhold til andre rettskildefaktorer.

I det følgende skal vi se nærmere på ulike rettskildefaktorens egenvekt og relative vekt. Formålet er å kompensere for vektprinsippenes ufullstendighet i rettsanvendelsen, ved å kvalitetssikre de individuelle valg og vurderinger som oppstår i så henseende. Fremstillingen vil redegjøre for muligheten til å gradere rettskildefaktorens vekt på en mer skjematisk måte enn man har gjort etter de tradisjonelle avveiningsmodellene, for å kunne kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen gjennom forhåndsgitte normer. Jeg vil i det følgende således ta for meg vektingsprosessen i ordets rette forstand. Skal man overhodet operer med et vektstadium må vektingen nødvendigvis bli skjematisk, selv om de fleste metodeteoretikere ofte søker å unngå å bli for generaliserende.

²¹⁹ Helset, s. 283.

²²⁰ Helset, s. 284.

Fremstillingen vil avgrenses til å behandle de mest vanlige rettskildekonsentrasjonene, som inkluderer forholdet mellom lovtekst, lovforarbeider, høyesterettspraksis og reelle hensyn. I det praktiske rettsliv påberoper rettsanvenderen ofte også rettsoppfatninger i rettsteori, men som sagt ovenfor kan ikke denne argumentkilden anses som en rettskildefaktor.

Uttrykkene ovenfor kan kritiseres, ettersom også egenvekten angir en form for relativ vekt. Dette fordi en vektlegging av en rettskildefaktor alltid vil måtte skje i forhold til noe annet. Av pedagogiske årsaker synes det likevel hensiktsmessig å operere med dette begreps skillet, idet man ved vurderingen av egenvekten bedømmer forholdsmessig vekt innen en faktorgruppe.

6.5 Vekten til lovtekst og lovforarbeider

6.5.1 Egenvekt: lovteksten

Selv om man i metodelæren skal være svært forsiktig med å generalisere vekstspørsmålet, skal det tungtveiende rettskildemessige grunner til for å tolke på tvers av lovteksten.²²¹ For den løsning som tilsies av argumenter som utledes fra rettskilder med autoritetsgrunnlag skal som sagt i utgangspunktet anses for å ha de beste rettskildemessige grunner for seg.

Hva som eventuelt utgjør tilstrekkelig tungtveiende grunner for å tolke på tvers av lovteksten, beror ikke bare på en analyse av rettskildefaktorene som går i motsatt retning enn lovteksten. Lovtekstens vekt beror vel så mye på lovtekstens egenvekt innenfor sin egen faktorgruppe.

Ved bedømmelsen av dette spørsmålet er rettsanvenderen forpliktet til å ta stilling til hvilke underliggende verdier som vil kunne bli fremmet gjennom vektlegging av lovteksten, for så å vurdere i hvilken grad lovteksten faktisk vil fremme og ivareta disse verdiene. Lovtekstens underliggende verdier er hensynene til forutberegnlighet og demokratisk legitimitet. Men under hvilke forutsetninger vil lovteksten faktisk være egnet til å fremme disse verdiene?

Spørsmålet om lovteksten faktisk er egnet til å fremme hensynet til forutberegnlighet, vil bero på om lovteksten er klar etter en naturlig forståelse ut i fra vanlig språkbruk. Rettsanvenderen må følgelig også i vektingsprosessen ta stilling til lovtekstens klarhet. Herunder bør rettsanvenderen nyansere lovtekstens grad av klarhet inn i ulike kategorier.. Rent teoretisk finnes det ikke grenser for hvor mange nyanser av klarhet lovteksten kan ha. Det synes imidlertid tilstrekkelig å begrense seg til å inndele lovteksten i fem ulike kategorier:

²²¹ Monsen, s. 71.

Kategoriklasse I:	
A	Lovteksten går sterkt i retning av løsning X.
B	Lovteksten går noe i retning av løsning X.
C	Lovteksten er fullstendig nøytral.
D	Lovteksten går noe i retning av løsning Y.
E	Lovteksten går sterkt i retning av løsning Y.

I hvor sterk grad lovteksten faktisk vil fremme hensynet til forutberegnlighet vil følgelig avhenge av om lovteksten ut i fra dens klarhet faller inn under kategori A, B, C, D eller E. Eksempelvis må lovteksten tillegges tung vekt hvis den faller inn under kategoriene A eller E.

Videre vil lovtekstens egenvekt kunne avhenge av hvilket rettsområde den gjelder for.²²² Herunder vil det ha stor betydning om man befinner seg innenfor legalitetsprinsippets område, hvor det uomtvistet må 'utvises særlig forsiktighet med å tolke lovteksten utvidende',²²³ ettersom styrken til hensynet til forutberegnlighet vil avhenge av rettsvirkningens alvorlighet. På legalitetsprinsippets område kan lovtekstens klarhet nyanseres på samme måte som ovenfor, men her vil det kreves enda tyngre rettskildemessige grunner for å fravike lovteksten. Fremstillingen vil fortløpende behandle lovtekstens vekt på legalitetsprinsippets område.

Spørsmålet om lovteksten faktisk er egnet til å fremme hensynet til demokratisk legitimitet, vil bero på om rettsanvenderen anser lovteksten for å være i samsvar med lovgiverviljen, slik denne kan fastsettes etter en vurdering av lovteksten, lovforarbeidene og lovformålet.²²⁴ På slutningsstadiet skal lovteksten tolkes uten påvirkning fra de øvrige rettskildefaktorene, hvor hensynet til forutberegnlighet har prioritet foran hensynet til demokratisk legitimitet. Når rettsanvenderen senere tar i betraktning lovforarbeidene og lovformålet kan lovteksten fremstå som mindre klar enn det den gjorde ut i fra en isolert slutning fra lovteksten. En naturlig forståelse av ordlyden ut fra vanlig språkbruk kan for eksempel tale for løsning X, mens lovteksten sett i sammenheng med lovforarbeidene og lovformålet taler for løsning Y.

Etter min mening vil dette imidlertid ikke være egnet til å svekke lovteksten i seg selv. En lovtekst vil ikke i seg selv være uklar ut i fra hensynet til demokratisk legitimitet, men først når man vurderer lovteksten, lovforarbeidene og lovformålet i sammenheng.

²²² Helset, s. 284.

²²³ Monsen, s. 142.

²²⁴ Monsen, s. 140.

For når lovteksten tolkes isolert må tolkningen formodes å være i samsvar med lovgiverviljen. Hvis lovteksten ut i fra lovforarbeider og lovformål ikke er representativ for lovgiverviljen, er det følgelig mer naturlig å anse lovtekstens vekt som svekket ut i fra det totale rettskildebildet. Spørsmålet om lovteksten faktisk er egnet til å fremme hensynet til demokratisk legitimitet, må derfor bedømmes ut i fra en samlet vurdering av lovtekst, lovforarbeider og lovformål.

I følge Eckhoff²²⁵ og Helset²²⁶ vil lovtekstens egenvekt bl.a. bero på dens alder, hvorav Helset uttaler: «Gamle eller uklare bestemmelser har lav egenvekt. Nye eller klare bestemmelser har høy egenvekt». Dette blir misvisende tatt i betraktning det som er skissert ovenfor om lovtekstens underliggende verdier. Ut i fra hensynet til forutberegnlighet vil ikke lovteksten nødvendigvis miste vekt etter hvert som tiden går, da borgerne må kunne innrette seg etter lovens ordlyd selv om lovteksten har blitt gammel. Lovteksten vil først miste vekt etter dens alder når den tolkes ut i fra hensynet til demokratisk legitimitet. Og en lovtekst kan ikke i seg selv vurderes ut i fra hensynet til demokratisk legitimitet, men først når man vurderer sammenhengen mellom lovteksten, lovforarbeidene og lovformålet. Annerledes er det riktignok dersom man legger opprinnelighetsnormen til grunn på slutningsstadiet. Det faller imidlertid utenfor dette kapitlet.

6.5.2 Egenvekt: lovforarbeidene

Ved bedømmelsen av lovforarbeidenes vekt er rettsanvenderen forpliktet til å ta stilling til hvilke underliggende verdier som kan bli fremmet gjennom vektlegging av forarbeidene, for så å vurdere i hvilken grad lovforarbeidene faktisk vil fremme de aktuelle verdiene. Legitimeringsgrunnlaget til lovforarbeidene er begrunnet i avledet demokratisk legitimitet. Spørsmålet er under hvilke forutsetninger lovforarbeidene faktisk vil fremme denne verdien.

Ved bedømmelsen av om lovforarbeidene vil fremme hensynet til demokratisk legitimitet, må rettsanvenderen ta hensyn til hvor klare og grundig overveiet lovforarbeidene er.²²⁷ Hvis lovforarbeidsuttalelsene verken fremstår som klart formulert eller som særlig overveiet, vil det enkelt og greit ikke være nevneverdig grunn til å henge seg særlig mye opp i dem.

Videre vil styrken til hensynet til demokratisk legitimitet avhenge av forarbeidenes alder.²²⁸ Muligheten til å fravike lovforarbeidsuttalelsene vil være større desto eldre forarbeidene er, avhengig av hvorvidt lovforarbeidene ikke kan anses representative for lovgiverviljen fordi samfunnsholdningen til rettsspørsmålet har forandret seg siden uttalelsene ble gitt.

²²⁵ Eckhoff (1997), s. 151.

²²⁶ Helset, s. 284.

²²⁷ Eckhoff (1997), s. 73.

²²⁸ Eckhoff (1997), s. 151.

Dette i motsetning til det som er sagt ovenfor når lovteksten tolkes ut i fra hensynet til forutberegnlighet. Som Eckhoff uttaler, vil 'teksten bevare[...] mer av sin autoritet over tid enn forarbeidene gjør'.²²⁹ For man holder seg til ordlyden ikke bare pga. lojalitet til lovgiverne, men også pga. innrettelseshensyn. Og dette vil gjøre seg gjeldende selv om loven er gammel.

Videre må rettsanvenderen ta i betraktning hvem lovforarbeidsuttalelsene skriver seg fra.²³⁰ I en vanlig forarbeidskjede nedfeller det seg normalt en NOU, en Prp.L. og en Innst.L. Lovforarbeidene vil her skapes i et slags vekslingsforhold mellom Stortinget og Regjeringen.

Når man skal bedømmes lovforarbeidenes vekt ut i fra hvem uttalelsene skriver seg fra, vil det kunne ha betydning om forarbeidsuttalelsene er samsvarende eller motstridende. Som oftest vil Stortinget i Innst.L. bøye seg for Regjeringens synspunkter i NOU og Prp.L. Fremstillingen her vil nettopp beskjefte seg med tilfeller hvor uttalelsene samsvarer.

I slike tilfeller kan hensynet til demokratisk legitimitet peke i retning av å legge større vekt på uttalelser som forekommer i Innst. L. enn på uttalelser som forekommer i NOU og Prp. L.²³¹ Men det er de sakkyndige (NOU) og departementene (Prp. L) som foretar grunnarbeidet. Vanligvis er det der lovteksternes innhold, betydning og forståelse utpensles i størst grad. Ved mer kompliserte rettsspørsmål vil disse dessuten også være preget av størst innsikt. Man må følgelig i større grad ta i betraktning uttalelser i NOU og Prp. L enn i Innst. L. Dette vil ikke være problematisk ut i fra lovgivervilje og hensynet til demokratisk legitimitet, ettersom uttalelsene på de ulike stegene i forarbeidskjeden uansett samsvarer med hverandre.

Ved motstridende uttalelser på forskjellige stadier må man derimot følge et trinnhøydeprinsipp.²³² Uttalelser på et senere stadium vil under ellers like forhold gå foran uttalelser på et tidligere stadium, ettersom lovforarbeidene i første rekke bedømmes ut i fra hensynet til demokratisk legitimitet. Når uttalelsene fra Stortinget i Innst. L. strider mot uttalelsene fra Regjeringen i NOU og Prp. L. skyldes det ofte ulike oppfatninger om hvordan bredere samfunnsmessige interesser skal prioriteres. I så fall må man naturlig nok gi Innst. L. rang foran NOU og Prp. L.

Når man skal fastlegge lovgiverviljen ut i fra lovforarbeidsuttalelsene må rettsanvenderen følgelig foreta en samlet vurdering av lovforarbeidenes klarhet, grundighet, alder og avsender. Dette vil igjen besvare i hvilken grad forarbeidene vil fremme hensynet til demokratisk legitimitet. Ut i fra en slik vurdering kan lovforarbeidene nyanseres og inndeles i fem ulike kategorier:

²²⁹ Eckhoff (1997), s. 152.

²³⁰ Eckhoff (1997), s. 73.

²³¹ Eckhoff (1997), s. 73.

²³² M. Andenæs (1997), s. 31.

Kategoriklasse II:

A	Lovforarbeidene går sterkt i retning av løsning X.
B	Lovforarbeidene går noe i retning av løsning X.
C	Lovforarbeidene er fullstendig nøytrale.
D	Lovforarbeidene går noe i retning av løsning Y.
E	Lovforarbeidene går sterkt i retning av løsning Y.

I hvor sterk grad lovforarbeidene faktisk vil fremme hensynet til demokratisk legitimitet vil følgelig avhenge av om lovforarbeidsuttalelsene faller inn under kategori A, B, C, D eller E.

6.5.3 Relativ vekt: lovtekst vs. lovforarbeider og lovformål

Lovformålet vil som oftest fastlegges på grunnlag av samsvarende lovtekst og lovforarbeider. Men hvis lovteksten og lovforarbeidene strider mot hverandre kan saken stille annerledes, for i slike tilfeller kan lovgiverviljen ofte formodes å fremgå av lovforarbeidsuttalelsene. I så fall vil lovtekstens ordlyd være i strid med både lovforarbeidene og lovgiverviljen. Spørsmålet her er hva som skal gis forrang ved motstrid mellom lovteksten og lovgiverviljen hvor det ikke foreligger bidrag fra øvrige rettskildefaktorer som kaster lys over rettsspørsmålet.

Hvis lovgiverviljen ved slik motstrid motsetningsvis må formodes å fremgå av lovteksten, kan ikke lovtekstens demokratiske legitimitet lenger anses for å smitte over på lovforarbeidsuttalelsene. I slike tilfeller kan ikke lovforarbeidenes vekt begrunnes ut i fra hensynet til demokratisk legitimitet. Betydningen av lovforarbeidene vil følgelig heller bero på om argumentet må anses godt eller dårlig, tatt i betraktning lovforarbeidsforfatterens særlige innsikt og kyndighet på vedkommende rettsområde.²³³ Dette vil uansett svekke lovforarbeidenes vekt helt radikalt, idet de da nærmest får status som rettsteori.

Hvorvidt lovteksten eller lovgiverviljen skal gis forrang er et vektspørsmål som må løses på grunnlag av en nærmere analyse av lovtekstens og lovforarbeidenes underliggende verdier, nærmere bestemt hensynet til forutberegnlighet og hensynet til demokratisk legitimitet.

Lovtekstens egenvekt vil som sagt ovenfor avhenge av hvilket rettsområde den gjelder for, ettersom lovteksten vil ha sterkere egenvekt innenfor enn utenfor legalitetsprinsippets område.

Spørsmålet er først hvordan forholdet må bedømmes utenfor legalitetsprinsippets område.

²³³ Monsen, s. 162.

På generelt grunnlag må lovteksten under ellers like forhold gis rang foran lovforarbeidene, ettersom lovforarbeidenes legitimeringsgrunnlag er avledet lovtekstens legitimeringsgrunnlag. Dette henter støtte fra de fleste metodeteoretikere, herunder M.H. Andenæs²³⁴ og Eckhoff²³⁵.

Hvordan kan så dette holdes opp kategoriklassene I og II, slik de er skissert ovenfor? Hvis lovteksten er i kategori A, mens forarbeidene er i kategori E, må lovteksten gis forrang. Hvis lovteksten er i kategori B, mens forarbeidene er i kategori D, må lovteksten gis forrang. I forlengelsen av dette vil lovteksten også veie tyngre enn lovforarbeidene i tilfeller hvor lovteksten i sterkere grad enn forarbeidene må anses for å tale for den ene eller annen løsning.

Men hvordan vil vektspørsmålet mellom lovteksten og lovforarbeidene være i tilfeller hvor forarbeidene i større grad enn lovteksten må anses for å tale for den ene eller annen løsning? Og i hvilke kategorier må lovteksten og forarbeidene plasseres, før forarbeidene gis forrang?

Når rettsanvenderen skal ta stilling til prioritetsspørsmålet mellom lovtekst og lovforarbeider, må han eller hun også ta i betraktning innenfor hvilket rettsområde man befinner seg. I følge Eckhoff må blant annet lovtekstens førsteprioritet særlig gjelde hvis det dreier seg om en lovbestemmelse som det er viktig for borgerne å kunne lese, forstå og innrette seg etter: 'De ville jo lett bli ledet på villspor hvis man lot forarbeidene slå gjennom i slike tilfeller'.²³⁶ Følgelig vil lovteksten ha sterkere egenvekt når hensynet til forutberegnlighet står sentralt, enn på rettsområder som beskjeftiger seg med rettsspørsmål som ikke er egnet for innrettelse. Dette henter også støtte i Rt. 1990 s. 1293, hvor Høyesterett uttalte følgende:

Etter min mening trekker allerede lovens ordlyd i retning av den ankende parts forståelse [...]. Det som er uttalt i lovforarbeidene om lovens formål, kan ikke tillegges avgjørende vekt ved lovtolkningen. Hensynet til forutberegnlighet [...] må tillegges betydelig vekt [...] på skatterettens område.

Når rettsanvenderen skal vurdere prioritetsforholdet mellom lovteksten og lovforarbeidene, må han følgelig ta stilling til om innrettelseshensyn gjør seg sterkt gjeldende på rettsområdet, selv om vedkommende her først forutsettes å befinne seg utenfor legalitetsprinsippets område.

Spørsmålet er først hvordan forholdet mellom lovteksten og lovforarbeidene må bedømmes på rettsområder hvor forutberegnlighets- og innrettelseshensyn må anses for å stå sentralt.

²³⁴ M. Andenæs (1997), s. 74.

²³⁵ Eckhoff (1997), s. 82.

²³⁶ Eckhoff (1997), s. 73.

Også dette spørsmålet må løses på grunnlag rettskildefaktorenes underliggende verdier. Mens lovtekstens legitimeringsgrunnlag primært er begrunnet i hensynet til forutberegnlighet, vil lovforarbeidene være egnet til å fremme og ivareta hensynet til demokratisk legitimitet. På rettsområder hvor forutberegnlighetshensyn og innrettelseshensyn gjør seg gjeldende, vil lovforarbeidene følgelig starte i en hard motbakke når de konfronteres med lovteksten.

Hvis lovteksten må anses for å gå noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens lovforarbeidene trekker sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), samtidig som det ikke foreligger andre rettskilder enn lovtekst, lovforarbeider eller lovformål, må rettsanvenderen likevel legge til grunn den løsning som følger av lovtekstens ordlyd. Hvis rettsanvenderen motsetningsvis anser lovteksten som fullstendig nøytral (kategori C), mens lovforarbeidene går sterkt eller noe i retning av løsning X eller Y (kategori A, B, D, E), vil prioritetsspørsmålet mellom lovteksten og lovforarbeidene imidlertid bli annerledes. En fullstendig uklar og nøytral lovtekst er ikke egnet til å fremme forutberegnlighetshensyn. Hvis hensynet til demokratisk legitimitet i slike tilfeller best ivaretas av lovforarbeidene, vil lovteksten i så fall miste det meste av sin rettskildemessige betydning på vektstadiet. Følgelig må rettsanvenderen legge til grunn den løsning som kan utledes fra lovforarbeidene.

Forholdet mellom lovteksten og lovgiverviljen, representert av lovforarbeidene og lovformålet, kan imidlertid stille seg annerledes når høyesterettspraksis og reelle hensyn trekkes inn i vurderingen. Hvordan lovtekst, forarbeider, høyesterettspraksis og reelle hensyn må avveies ved ulike konfliktformer, vil mer eller mindre indirekte komme frem ved redegjørelsen av rettskildefaktorenes vekt nedenfor.

Spørsmålet er dernest hvordan forholdet mellom lovteksten og lovforarbeidene må bedømmes på rettsområder hvor forutberegnlighets- og innrettelseshensyn ikke kan anses å stå sentralt.

Når hensynet til forutberegnlighet ikke gjør seg gjeldende vil lovtekstens vekt reduseres, ettersom lovens legitimeringsgrunnlag hovedsakelig er begrunnet i forutberegnlighetshensyn. I slike tilfeller vil lovforarbeidsuttalelsene følgelig ikke lenger starte i en hard motbakke. Hvis lovteksten må anses for å gå noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens lovforarbeidene trekker sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), samtidig som det ikke foreligger andre rettskilder enn lovtekst, lovforarbeider eller lovformål, må rettsanvenderen følgelig legge til grunn den løsningen som følger av lovforarbeidene. Men under ellers like forhold må lovteksten fremdeles gis rang foran lovforarbeidene, ettersom lovforarbeidenes legitimeringsgrunnlag er avledet lovtekstens legitimeringsgrunnlag.

Spørsmålet er dernest hvordan forholdet må bedømmes innenfor legalitetsprinsippets område. Med legalitetsprinsippet siktes det her som ellers til det strafferettslige legalitetsprinsippet.

På samme måte som ovenfor må lovtteksten under ellers like forhold gå foran lovforarbeidene, ettersom lovforarbeidenes legitimeringsgrunnlag er avledet lovttekstens legitimeringsgrunnlag.

Rt. 2012 s. 387 omhandlet som sagt ovenfor forståelsen av en straffebestemmelse som retter seg mot 'den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år'. Sakens hovedspørsmål var om aldersgrensen kun knyttet seg til 'annen person' eller også til 'stebarn'. Dommen reiser spørsmål om en klar lovgivervilje uttrykt i forarbeidene på legalitetsprinsippets område kan begrunne tilsidesettelse av lovtteksten når denne ikke er dekkende for lovgiveroppfatningen. Flertallet tok nok feil når den lot en klar lovforarbeidsuttalelse få rang foran en klar lovttekst. Monsen mener mindretallets rettsanvendelse i større grad er representativ for norsk metodelære²³⁷: 'Ut i fra det strenge krav til klarhet i straffebestemmelser som tilsies av rettssikkerhetshensyn, mener jeg at grensen for det straffbare her må trekkes etter det som følger av ordlyden. Lovgiverønsket om at bestemmelsen også etter den siste lovendringen skal omfatte seksuell omgang mellom en foresatt og fosterbarn, pleiebarn og stebarn over atten år, må da vike.' Dette ble også lagt til grunn av flertallet i den mye omtalte høyesterettsavgjørelsen i Rt. 2012 s. 1211, hvor spørsmålet var hvorvidt ytringer publisert i en blogg på internett var mangfoldiggjort ved 'trykken'. Høyesterett fremhevet her et strengt krav om klar lovhjemmel innenfor legalitetsprinsippets område. En klar lovgiverintensjon som ikke har kommet tydelig til uttrykk i lovtteksten var ikke tilstrekkelig: 'Lovgiver har nok ment å fange opp de metoder som var kjent ved straffelovens vedtakelse. [Men] den elektroniske formidling som vi her har å gjøre med, [faller] klart utenfor ordlyden. At lovgiver ville ha ønsket å ramme også elektronisk formidling, kan da ikke være avgjørende. [...] Klarhetskravet etter Grunnloven § 96 og EMK art. 7 er ikke tilfredsstillt.'

Spørsmålet er dermed hvordan forholdet mellom lovtteksten og lovforarbeidene er i tilfeller hvor lovforarbeidene i sterkere grad enn lovtteksten taler for den ene eller annen løsning.

Innenfor legalitetsprinsippets område vil øvrige rettskildedefaktorer måtte starte i motbakke, ettersom hensynet til forutberegnlighet i slike tilfeller vil gjøre seg særlig sterkt gjeldende. Hvis lovtteksten går noe i retning av løsning X, mens lovforarbeidene går sterkt i retning av løsning Y, samtidig som det ikke foreligger andre rettskilder enn lovttekst, lovforarbeider eller lovformål, må rettsanvenderen derfor på samme måte som ovenfor legge til grunn lovttekstens løsning. Hvis lovtteksten er fullstendig nøytral, mens forarbeidene går i retning av løsning X eller Y, må rettsanvenderen imidlertid legge til grunn den løsning som følger av lovforarbeidene.

²³⁷ Monsen, s. 145.

Sammenlignet med hvordan forholdet mellom lovteksten og lovforarbeidene må bedømmes på rettsområder hvor forutberegnelighets- og innrettelseshensyn må anses for å stå sentralt, vil betydningen av å befinne seg på legalitetsprinsippets område følgelig først aktualisere seg når høyesterettspraksis og/eller reelle hensyn gir bidrag som kaster lys over rettsspørsmålet. Hvis man befinner seg innenfor legalitetsprinsippets område vil man kort sagt måtte stille høyere krav til lovtekstens motstridende rettskildefaktorer for å fravike lovtekstens løsning. På tilsvarende måte som ellers på vektstadiet vil prioritetsproblemet i slike tilfeller bero på en nærmere analyse av lovteksten i seg selv og de motstridende rettskildefaktorene.

6.6 Vekten til høyesterettspraksis

6.6.1 Egenvekt: høyesterettspraksis

Det må foreligge tungtveiende rettskildemessige grunner for å fravike høyesterettspraksis.²³⁸ For den løsning som tilsies av argumenter som utledes fra rettskilder med autoritetsgrunnlag skal som sagt i utgangspunktet anses for å ha de beste rettskildemessige grunner for seg. Dette illustreres i Rt. 2008 s. 1582, hvor Høyesterett selv uttalte følgende:

Når Høyesterett [i en tidligere avgjørelse] kom til at forholdet i saken var omfattet av straffeloven § 255, mener jeg likevel det må tungtveiende grunner til for å fravike det resultat som følger av dommen.

Hva som eventuelt utgjør tilstrekkelig tungtveiende grunner for å fravike høyesterettspraksis, beror ikke bare på en analyse av de rettskildefaktorene som går i motsatt retning enn prejudikatet. Vekten til høyesterettspraksis beror også på prejudikatets egenvekt innenfor sin egen faktorgruppe.

Ved bedømmelsen av prejudikatets vekt er rettsanvenderen forpliktet til å ta stilling til i hvilken grad prejudikatet faktisk vil fremme og ivareta sine aktuelle underliggende verdier. Høyesterettspraksis vil for det første være egnet til å fremme hensynet til forutberegnelighet. Videre kan legitimeringsgrunnlaget begrunnes i hensynene til rettsenhet og rettsavklaring. Men under hvilke forutsetninger vil høyesterettspraksis faktisk fremme disse verdiene?

Etter tradisjonell metodelære avgrenses prejudikatskraften til høyesterettsavgjørelsens ratio decidendi. Betydningen av dommens obiter dictum beror motsetningsvis på hvor godt argumentet må anses.²³⁹ Da obiter dictum forekommer relativt sjeldent, vil fremstillingen her bare fokusere på ratio decidendi.

²³⁸ Monsen, s. 71.

²³⁹ Monsen, s. 154.

Ved vurderingen av i hvilken grad høyesterettspraksis vil fremme hensynet til forutberegnlighet, må man i betraktning en rekke forhold som vil være bestemmende for vektspørsmålet.

Betydningen til høyesterettspraksis vil for det første avhenge av prejudikatets klarhet. Dette vil ha noenlunde samme betydning som ved vurderingen av lovtekstens vekt. Det vil dermed ha stor betydning om dommen har tatt klart standpunkt til rettsspørsmålet, eller om det motsetningsvis er usikkert hvilke slutninger man kan trekke fra dommen.²⁴⁰ Dersom det er tvil om retten har gitt uttrykk for en rettsoppfatning som er relevant for saken, er det ikke grunn til å legge nevneverdig vekt på prejudikat ved løsning av rettsspørsmålet.

Betydningen til høyesterettspraksis vil for det andre være avhengig av prejudikatets alder. Det må herunder sondres mellom gamle, forholdsvis nye og helt nye rettsavgjørelser. Dette fordi forutberegnlighets- og innrettelseshensynet primært vil gjøre seg gjeldende for 'ikke helt nye prejudikat, både gamle og relativt ferske', slik Monsen formulerer det.²⁴¹ De helt nye dommene har samfunnet som oftest ikke hatt tid til å innrette seg etter helt ennå. Følgelig vil det være mindre betenkelig å fravike dem ut i fra hensynet til forutberegnlighet. Det må imidlertid være annerledes for helt nye dommer som samfunnet har innrettet seg etter, for eksempel fordi høyesterettsavgjørelsen har løst et rettsspørsmål med stor medieinteresse. De gamle og forholdsvis nye dommene vil motsetningsvis stå sterkt i vektingsprosessen, ettersom slike dommer ofte kan ha virket bestemmende på samfunnets handlemåter.²⁴² Meget gamle dommer trenger man imidlertid ikke nødvendigvis å ta så mye hensyn til, ettersom retten i så fall nå kan tenkes å ha en annen oppfatning om rettsspørsmålet. Likevel må meget gamle rettsavgjørelser på generelt grunnlag ha sterk prejudikatsverdi hvis det syn som har blitt lagt til grunn i dommen er i tråd med dagens rettsoppfatning.

Vekten til høyesterettspraksis vil for det tredje være avhengig av prejudikatets grundighet. For det første vil plenumssaker ha sterkere vekt enn prejudikater fra den enkelte avdeling.²⁴³ For det andre vil flere dommer som går i samme retning ha større vekt enn en enkeltstående dom.²⁴⁴ For det tredje vil et prejudikat som fraviker et tidligere avgjort prejudikat ha stor egenvekt, ettersom retten i slike tilfeller formodentlig må ha behandlet saken relativt grundig.²⁴⁵

²⁴⁰ Eckhoff (1997), s. 28.

²⁴¹ Monsen, s. 155.

²⁴² M. Andenæs (1997), s. 123.

²⁴³ M. Andenæs (1997), s. 125.

²⁴⁴ M. Andenæs (1997), s. 123.

²⁴⁵ Op. cit.

Endelig vil ivaretagelsen av hensynet til forutberegnlighet avhenge av dommens tilslutning. En enstemmig rettsavgjørelse vil ha større vekt enn en avgjørelse avsagt under dissens.²⁴⁶ For mulighetene til å skifte standpunkt vil være større desto mer delte meningene har vært.²⁴⁷

I følge Andenæs vil vekten også variere etter hvilket rettsområde man befinner seg på, fordi betydningen av prejudikaters innrettelsesaspekt på noen områder er 'mindre viktig'.²⁴⁸ Det ville i så fall innebære en uriktig underminering av betydningen til høyesterettspraksis. For høyesterettspraksis må som vår mest tungtveiende rettskilde ha stor vekt uavhengig av hvorvidt hensynet til forutberegnlighet er sentralt på vedkommende rettsområde eller ikke.

Når man skal fastlegge vekten til høyesterettspraksis ut i fra hensynet til forutberegnlighet, må man dermed foreta en samlet vurdering av dommenes klarhet, alder, grundighet og tilslutning. Ut i fra en slik vurdering kan høyesterettspraksis nyanseres og inndeles i fem ulike kategorier:

Kategoriklasse III:	
A	Høyesterettspraksis går sterkt i retning av løsning X.
B	Høyesterettspraksis går noe i retning av løsning X.
C	Høyesterettspraksis er fullstendig nøytral.
D	Høyesterettspraksis går noe i retning av løsning Y.
E	Høyesterettspraksis går sterkt i retning av løsning Y.

Det må også tas stilling til hvorvidt høyesterettspraksis vil fremme hensynet til rettsavklaring. Prejudikatet kan ikke fravikes bare fordi man er uenig i rettens rettskildefaktoravveining, da dette ville innebære en obstruksjon av den høyeste domstolens rolle som rettsavklarer. Dersom høyesterettsavgjørelsen i seg selv må anses klar ut i fra hensynet til forutberegnlighet, må kritikken følgelig heller baseres på argumenter som rokker ved prejudikatets autoritet.²⁴⁹ Grunnen til fravikelse kan være fordi dommen bygger på et for snevert rettskildetilfang, for eksempel fordi retten ved domsavsigelsen har oversett et sentralt rettsferdighetshensyn. Grunnen til fravikelse kan videre skyldes rettens feilaktige slutninger fra rettskildefaktorene, for eksempel fordi retten har lagt til grunn den fagterminologiske betydningen av lovteksten. Eventuelt kan det være fordi det har funnet sted en rettsutvikling etter domsavsigelsen.

²⁴⁶ M. Andenæs (1997), s. 123.

²⁴⁷ Eckhoff (1997), s. 182.

²⁴⁸ M. Andenæs (1997), s. 123.

²⁴⁹ Monsen, s. 155.

Hvis slike omstendigheter foreligger vil dette måtte svekke prejudikatets vekt betraktelig. I fremstillingen her forutsettes imidlertid prejudikatene å ikke lide av slike svakheter.

Når Høyesterett har blitt tilsagt hovedansvaret for å utforme og videreutvikle rettskild prinsippene, kan man stille spørsmål om høyesterettsavgjørelser egentlig kan kritiseres i et metodelæreperspektiv. Da målestokken for hva som er holdbar juridisk metode ikke er rettskildebruken i den enkelte dom, men de bakenforliggende rettskild prinsippene som høyesterettspraksis over tid har avleiret, må svaret være bekreftende. Se også Boe²⁵⁰, Høgberg²⁵¹ og Rognstad²⁵². Motsatt Bergo²⁵³ og Kinander²⁵⁴.

6.6.2 Relativ vekt: høyesterettspraksis vs. lovgiverviljen

Dersom argumentene fra lovteksten, lovforarbeidene og lovformålet går i samme retning, vil disse samlet sett være sterkt representative for en klar og uomtvistet lovgivervilje. Men hvilken vekt vil denne lovgiverviljen ha i møtet med motstridende høyesterettspraksis?

Som et klart utgangspunkt må høyesterettspraksis i slike tilfeller gis rang foran lovgiverviljen, noe som henger sammen med domstolens rolle som både rettsavklarer og rettsskaper. Dette henter støtte fra så å si samtlige teoretikere, så som Eckhoff²⁵⁵, Helset²⁵⁶ og Monsen²⁵⁷. Når Høyesterett har avgjort et tolkningsspørsmål pleier følgelig alle andre å rette seg etter det, selv om de anser lovtekst, lovforarbeider og reelle hensyn for å trekke i motsatt retning.²⁵⁸

Hvilken betydning vil så hovedregelen ha når vi sammenholder kategoriklassene ovenfor?

Rettskildefaktorene lovtekst og lovforarbeider kan i varierende grad gå i samme retning, ettersom både lovteksten og lovforarbeidene kan befinne seg innenfor samtlige kategorier. Følgelig kan lovgiverviljens vekt og styrke nyanseres og inndeles i tjuéfem ulike grupper: (A og A, A og B, A og C, A og D, A og E, B og A, B og B, B og C, B og D, B og E, m.v.) Når det strengt tatt ikke fremstår som særlig nødvendig med en så dyptgående nyansering, er det mer hensiktsmessig å foreta en samlet vurdering av lovteksten og lovforarbeidene når lovgiverviljens styrke skal vektes mot høyesterettspraksis, reelle hensyn, eller lignende. Dette kan skisseres slik:

²⁵⁰ Boe (2012), s. 22.

²⁵¹ Høgberg, s. 612.

²⁵² Rognstad, s. 441.

²⁵³ Bergo, s. 552.

²⁵⁴ Kinander (2000), s. 110.

²⁵⁵ Eckhoff (1997), s. 28.

²⁵⁶ Helset, s. 282.

²⁵⁷ Monsen, s. 141.

²⁵⁸ Eckhoff (1997), s. 152.

Lovtekst i kategori A/E, lovforarbeider i kategori A/E = Lovgiverviljen i kategori A/E.
Lovtekst i kategori A/E, lovforarbeider i kategori B/D = Lovgiverviljen i kategori A/E, ettersom lovforarbeidenes legitimeringsgrunnlag er avledet lovtekstens legitimeringsgrunnlag:
Lovtekst i kategori B/D, lovforarbeider i kategori B/D = Lovgiverviljen i kategori B/D, ettersom man ennå ikke har sterke nok holdepunkter for med sikkerhet å fastslå lovgiverviljen hvor både lovteksten og lovforarbeidene bare går noe i retning av vedkommende løsning.
Lovtekst i kategori B/D, lovforarbeider i kategori A/E = Lovgiverviljen i kategori A/E, ettersom lovforarbeidene nærmere forklarer og konkretiserer betydningen av lovteksten, noe som igjen resulterer i å la lovforarbeidsuttalelsenes løsning smitte over på lovteksten.

Når man har fastslått lovgiverviljen ut i fra en vurdering av lovteksten og lovforarbeidene, oppstår spørsmålet om hvordan lovgiverviljen skal vektes i forhold til høyesterettspraksis.

Hvis både høyesterettspraksis og lovgiverviljen går sterkt i retning av løsning X eller Y, må rettsanvenderen legge til grunn den løsning som kan utledes fra høyesterettspraksis. Dette må også gjelde i tilfeller hvor lovgiverviljen henter støtte i sterke reelle hensyn, ettersom høyesterettspraksis utvilsomt har status som vår mest tungtveiende rettskildefaktor. For når Høyesterett har avgjort et tolkningsspørsmål pleier alle andre å rette seg etter det, selv om de anser lovtekst, lovforarbeider og reelle hensyn for å trekke i motsatt retning.²⁵⁹ Dette må være tilfellet uavhengig av både legalitetsprinsippet og vedkommende rettsområde. Se i den forbindelse også Eckhoff, som uttaler følgende:²⁶⁰

Ingen andre faktorer har så stor vekt som en høyesterettsdom når den direkte avgjør tolkingsspørsmål. Selv om man synes at både ordlyd, forarbeider og formålsbetraktninger peker i en annen retning, må man normalt rette seg etter det Høyesterett har sagt om lovens forståelse.

Hvis høyesterettspraksis bare taler noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens lovgiverviljen trekker sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), må rettsanvenderen motsetningsvis legge til grunn den løsning som følger av lovgiverviljen. For den klare hovedregelen om å gi høyesterettspraksis avgjørende vekt gjelder hovedsakelig i tilfeller hvor høyesterettspraksis klart og uomtvistelig går i den ene eller andre retningen.

²⁵⁹ Eckhoff (1997), s. 152.

²⁶⁰ Eckhoff (1997), s. 159.

Hvis både høyesterettspraksis og lovgivervilje bare går noe retning av løsning X eller Y, vil vektforholdet antageligvis være avhengig av eksistensen og styrken på de reelle hensyn, så fremt det ikke foreligger øvrige rettskildefaktorer enn de som behandles i kapitlet her. Hvis de reelle hensynene er fullstendig nøytrale og dermed faller inn under kategori C, enten fordi reelle hensyn ikke gjør seg gjeldende eller fordi de nøytraliserer hverandre, må rettsanvenderen legge til grunn den løsning som kan utledes fra høyesterettspraksis. I slike tilfeller faller vi tilbake på hovedregelen om høyesterettspraksis rang foran lovteksten. Hvis både høyesterettspraksis og lovgivervilje bare går noe i retning av løsning X eller Y, mens de reelle hensyn enten går sterkt eller bare noe i retning av løsning X eller Y, må rettsanvenderen derimot legge til grunn den løsning som kan utledes fra de reelle hensyn. Avgjørende blir om de reelle hensyn støtter opp om høyesterettspraksis eller lovgiverviljen.

Innenfor legalitetsprinsippets område må dette nyanseres, noe som også utdypes nærmere nedenfor. I tilfeller hvor både høyesterettspraksis og lovgivervilje bare går noe i retning av løsning X eller Y, kan man i slike tilfeller ikke ukritisk legge til grunn den løsning som henter støtte fra de reelle hensyn. Når lovtekstens ordlyd må anses for å faktisk gå noe i retning av den ene eller andre løsningen, vil lovteksten tolkes utvidende hvis man likevel gir høyesterettspraksis og reelle hensyn avgjørende vekt. Hvis lovgiverviljen på legalitetsprinsippets område bare går noe i retning av løsning X eller Y, mens de reelle hensynene motsetningsvis går sterkt i retning av løsning av X eller Y, må rettsanvenderen likevel som utgangspunkt legge til grunn den løsning som følger av lovgiverviljen. Rettsanvenderen må dermed ha støtte i øvrige rettskildefaktorer for å gi sterke reelle hensyn forrang, som for eksempel høyesterettspraksis som går noe i retning av den løsning som følger av reelle hensyn. Hvis både høyesterettspraksis og reelle hensyn bare går noe i retning av løsning X eller Y, vil dette derimot nok ikke være nok til å tolke lovteksten utvidende på legalitetsprinsippets område.

6.7 Vekten til reelle hensyn

6.7.1 Egenvekt: reelle hensyn

Egenvekten til de reelle hensynene vil kunne variere etter en rekke forskjellige momenter.

For det første vil betydningen kunne variere etter styrkegraden på de reelle hensyn. Rettsanvenderen kan utvise alt fra den svakeste misnøye til den sterkeste fordømmelse ved vurderingen av om han skal legge til grunn det resultat som følger av løsning X eller Y. Ved spørsmål om man skal tolke lovteksten innskrenkende eller utvidende vil det følgelig ha stor betydning om lovteksten er 'ekstremt urimelig eller bare litt utilfredsstillende'.²⁶¹

²⁶¹ Eckhoff (1997), s. 28.

For det andre vil betydningen kunne variere mellom tre ulike grupper av reelle hensyn, i form av alminnelige rettslige hensyn, saksspesifikke hensyn og rimelighetsvurderinger. Ut i fra hensynet til forutberegnlighet bør rettsanvenderen her hovedsakelig bygge på alminnelige rettslige hensyn og saksspesifikke hensyn fremfor mer løsrevne rimelighetsvurderinger.²⁶² Dermed vil det som er allment akseptert som utgangspunkt veie tyngre enn særoppfatninger.

For det tredje vil betydningen kunne variere etter det rettsområde man befinner seg på. På noen rettsområder vil de saksspesifikke hensyn få status som kvalifiserte reelle hensyn, ettersom de gir uttrykk for helt grunnleggende verdier på vedkommende rettsområde.²⁶³ Man må i denne sammenhengen særlig peke på ulike former for hensynet til rettssikkerhet, herunder effektivitetsprinsippet, forutberegnlighetsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet. Slike saksspesifikke hensyn kan imidlertid virke både for og imot de autorative rettskildene. Eksempelvis kan hensynet til forutberegnlighet kunne innebære ekstra vekt på lovteksten, selv om forutberegnlighetshensynet på noen rettsområder er et saksspesifikt reelt hensyn. Se eksempelvis Rt. 1997 s. 645, hvor retten uttalte følgende:

Jeg innser at reelle hensyn, eller om man vil harmoniseringshensyn, kan tale for en slik løsning. [...] Jeg viker imidlertid tilbake for å tillegge disse avgjørende vekt på et rettsområde som det her gjelder. Både panteretten og konkursretten er i høy grad positivrettslig bestemt, og etter min mening bør rettsdannelsen her være det, fordi det er viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å holde seg til.

Rettsanvenderen må foreta en samlet vurdering av de reelle hensyns vekt og betydning ut i fra deres styrke, deres type, samt på hvilket rettsområde hensynet gjør seg gjeldende. Ut i fra en slik vurdering kan de reelle hensyn nyanseres og inndeles i fem ulike kategorier:

Kategoriklasse IV:	
A	De reelle hensyn går sterkt i retning av løsning X.
B	De reelle hensyn går noe i retning av løsning X.
C	De reelle hensyn er fullstendig nøytrale.
D	De reelle hensyn går noe i retning av løsning Y.
E	De reelle hensyn går sterkt i retning av løsning Y.

²⁶² Monsen, s. 207.

²⁶³ Monsen, s. 186.

6.7.2 Relativ vekt: reelle hensyn vs. lovgiverviljen

Dersom argumentene fra lovteksten, lovforarbeidene og lovformålet går i samme retning, vil disse samlet sett være sterkt representative for en klar og uomtvistet lovgivervilje. Men hvilken vekt vil denne lovgiverviljen ha i møtet med motstridende reelle hensyn? Når lovgiverviljen her vektes mot reelle hensyn må man benytte skissen ovenfor,²⁶⁴ hvor lovgiverviljens styrke beror på en samlet vurdering av lovteksten og lovforarbeidene.

Som den klare hovedregel må lovgiverviljen i slike tilfeller gå foran de reelle hensyn, ettersom argumentene fra de autorative rettskildefaktorene gir uttrykk for rettsoppfatninger som skriver seg fra organer som har myndighet til å fastsette rettens eksistens og innhold.²⁶⁵ Dette henter støtte fra så å si samtlige metodeteoretikere, så som Andenæs²⁶⁶ og Helset²⁶⁷. Se i den forbindelse også Eckhoff, som uttaler følgende:

Hvis loven er tilstrekkelig klar, pleier retten å bøye seg for den, selv om den finner resultatet urimelig.

Utgangspunktet om lovgiverviljens forrang gjelder følgelig primært hvor denne er 'klar'. Hvis lovgiverviljen trekker sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), må rettsanvenderen følgelig legge til grunn den løsning som kan utledes av lovgiverviljen, uavhengig av om de reelle hensyn går sterkt eller bare noe i retning av løsning X eller Y. Dette må være tilfellet uavhengig av både legalitetsprinsippet og vedkommende rettsområde.

Spørsmålet er vanskeligere hvor lovgiverviljen ikke går sterkt i retning av løsning X eller Y. Hvis lovgiverviljen er helt uklar, samtidig som det ikke foreligger øvrige rettskildefaktorer, må rettsanvenderen naturligvis legge til grunn den løsning som følger av de reelle hensyn, både når de går sterkt eller bare noe i retning av løsning X eller Y (kategori A, B, D, E). Se i den forbindelse Eckhoff, som uttaler følgende:²⁶⁸

Det forekommer også at man overhodet ikke har annet enn sine egne vurderinger å bygge på. Slik kan forholdet ligge an når to eller flere tolkninger av en lovtekst språklig sett er like nærliggende og hverken forarbeider eller praksis gir noen holdepunkter for valget mellom dem.

²⁶⁴ Se pkt. 6.2.2.

²⁶⁵ Monsen, s. 50.

²⁶⁶ M. Andenæs (1997), s. 76.

²⁶⁷ Helset, s. 282.

²⁶⁸ Eckhoff (1997), s. 366.

Men hva om lovgiverviljen går noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens de reelle hensynene går sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), samtidig som det ikke foreligger øvrige rettskildefaktorer som gir bidrag for løsningen? I tilfeller hvor lovteksten og lovforarbeidene bare går noe i retning av løsning X eller Y, kan man ikke med tilstrekkelig sterk sikkerhet fastslå den kulminerende lovgiverviljen. Hvorvidt rettsanvenderen skal gi lovgiverviljen eller reelle hensyn forrang i slike tilfeller vil bero på hvorvidt man befinner seg innenfor eller utenfor legalitetsprinsippets område.

På legalitetsprinsippets område vil lovtekstens ordlyd yte motstand mot utvidende tolkninger. Det vil som oftest 'ikke være rom for utvidende fortolkning med forankring i reelle hensyn'.²⁶⁹ Dette må gjelde både når lovgiverviljen går sterkt eller bare noe i retning av løsning X eller Y. For når lovtekstens ordlyd faktisk går noe i retning av den ene eller andre løsningen, vil lovteksten tolkes utvidende dersom man likevel gir de reelle hensyn avgjørende vekt. Hvis lovgiverviljen bare går noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens de reelle hensyn går sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), må man følgelig likevel legge til grunn lovgiverviljen på legalitetsprinsippets område. Rettsanvenderen må derfor ha støtte fra øvrige rettskilder for å gi reelle hensyn forrang, f.eks. høyesterettspraksis som går noe i retning av den løsning som følger av reelle hensyn. Dette vil også gjelde på rettsområder hvor det gjør seg gjeldende kvalifiserte reelle hensyn.

Rt. 1952 s. 989 illustrerer lovgiverviljens rang foran reelle hensyn på legalitetsprinsippets område. En mann hadde i lengre tid plaget en kvinne med ustanselige telefonanrop, fra morgen til ut over kvelden. Han ble tiltalt etter strl. § 350, som satt straff for den som 'forstyrrer den almindelige fred og orden'. Høyesterett frifant mannen. Retten fant handlingene 'forkastelige', men strl. § 350 kunne ikke anvendes. Etter rettens mening omfattet uttrykket 'almindelige' bare fredsforstyrrelser med allmenne virkninger, og ikke slike forstyrrelser som foregår i en privat leilighet, som nettopp var tilfellet i denne saken. Men uttrykket 'den almindelige fred' kan jo også forstås som den fred folk i alminnelighet har krav på. Lovteksten gikk følgelig maksimalt bare noe i retning av den tolkning retten la til grunn.

Vektforholdet må imidlertid bedømmes annerledes utenfor legalitetsprinsippets område. Lovgiverviljen ivaretar som sagt hensynene til demokratisk legitimitet og forutberegnlighet. Men når lovgiverviljen bare går noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), vil ikke lovteksten og lovforarbeidene faktisk være veldig egnet til å ivareta disse hensynene. I tilfeller hvor man befinner seg utenfor legalitetsprinsippets område vil det nok derfor være mer betryggende å legge avgjørende vekt på rettferdighets- og rimelighetshensyn.

²⁶⁹ Monsen, s. 142.

Hvis lovgiverviljen bare går noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens de reelle hensyn går sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), samtidig som øvrige rettskildedefaktorer ikke gir bidrag for løsning av rettsspørsmålet, må rettsanvenderen derfor legge til grunn den løsning som kan utledes fra de reelle hensyn. Det tilsvarende må gjelde for innskrenkende fortolkninger på legalitetsprinsippetets område, ettersom disse langt i fra kan anses like betenkelige som tilsvarende utvidende fortolkninger. Dette synes også å hente støtte fra Eckhoff, som uttaler følgende:²⁷⁰

Når de andre rettskildedefaktorer peker i hver sin retning, blir ofte vurderinger av resultatet utslagsgivende. [...] Særlig er dette nærliggende når retten ikke trenger å neglisjere ordlyden helt, men kan nøye seg med å tolke visse ord eller uttrykk innskrenkende for å nå det resultat den anser for det beste.

6.7.3 Relativ vekt: reelle hensyn vs. høyesterettspraksis

Det som ovenfor ble sagt om prioritetsspørsmålet mellom reelle hensyn og lovgiverviljen, må gjelde tilsvarende for prioritetsspørsmålet mellom reelle hensyn og høyesterettspraksis.

Hvis høyesterettspraksis går sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), må rettsanvenderen følgelig legge til grunn den løsning som følger av høyesterettspraksis, uavhengig av om de reelle hensyn går sterkt eller bare noe i retning av løsning X eller Y. Hvis høyesterettspraksis er helt uklar, og det ikke foreligger øvrige rettskildedefaktorer, må rettsanvenderen motsetningsvis legge til grunn den løsning som følger av de reelle hensyn, både når de går sterkt eller bare noe i retning av løsning X eller Y (kategori A, B, D, E). Hvis høyesterettspraksis bare går noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens de reelle hensyn trekker sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), samtidig som det ikke foreligger øvrige rettskildedefaktorer som gir bidrag for løsningen, må man på samme måte legge til grunn den løsning som kan utledes fra de reelle hensyn. For den klare hovedregelen om å gi høyesterettspraksis avgjørende vekt gjelder hovedsakelig i tilfeller hvor høyesterettspraksis klart og uomtvistelig går i den ene eller andre retningen. Dette må her gjelde uavhengig av både legalitetsprinsippet og vedkommende rettsområde.

²⁷⁰ Eckhoff (1997), s. 365.

DEL V

7 Samme mål, annet middel?

Redegjørelsen ovenfor har illustrert betydningen av rettskildeprinsippenes ufullstendighet, både når det gjelder relevans-, slutnings- og vektstadiet av rettsanvendelsesprosessen. Når rettskildeprinsippene i så stor grad etterlater et tomrom i rettsanvendelsesprosessen, vil rettsspørsmålet ofte måtte løses på grunnlag av individuelle valg og vurderinger, ettersom rettsanvenderen må fylle det tomrom som ligger igjen etter rettskildeprinsippene.

Selv om rettsanvendelsens mest overordnede element er individuelle valg og vurderinger, har eldre teoretikere likevel hatt mindre fokus på denne siden av rettsanvendelsesprosessen. Den tradisjonelle avveiningsmodellen har blitt utsatt for nokså skarp kritikk de senere år, da den ikke i tilstrekkelig grad er egnet til å kvalitetssikre rettsanvenderens skjønnsutøvelse. For når avveiningsmodellen forsøker å nedjustere betydningen av manglende retningslinjer, gir den ikke øvrige betingelser for rettsanvenderens individuelle valg og vurderinger enn å måtte stole på juristenes forbausende likhet hva angår tenkemåte og verdiorientering,²⁷¹ hvor rettsanvenderen forutsettes å basere sin skjønnsutøvelse på ikke-artikulert intuisjon.²⁷²

Den kritikken har resultert i et forsterket fokus på individuelle valg og vurderinger. Særlig Tande har ytret ønske om å utforme nærmere retningslinjer for hvordan rettsanvendere skal gå frem ved utøvelsen av de individuelle valg og vurderinger som vil måtte foretas. Hvis rettsanvenderen skal kunne basere sin skjønnsutøvelse på ikke-artikulert intuisjon, vil dette resultere i manglende retningslinjer for hvordan vedkommende skal gå frem for å synliggjøre, problematisere og kvalitetssikre sine individuelle valg og vurderinger.²⁷³ Tande tar derfor til orde for en metodelære knyttet til rettsstatens underliggende verdier, hvor man argumenterer mer på verdiplanet enn ut fra hvilke steder argumentene utledes fra.²⁷⁴

Når de nye metodereaksjonene knytter metodelæren til rettssystemets underliggende verdier, dyrker de i realiteten en argumentasjonslære som i større grad er materiell enn formell. Ved første øyekast synes det utvilsomt tiltalende å operere med en slik materiell metodelære. For det er vel argumentets godhet, og ikke argumentets avsender, som bør være avgjørende?

²⁷¹ Eckhoff (2001), s. 29.

²⁷² Tande, s. 7.

²⁷³ Tande, 23.

²⁷⁴ Tande, s. 13.

Man må imidlertid også være forsiktig med i for stor grad å avskrive en formell metodelære, til fordel for en argumentasjonslære hvor man hovedsakelig argumenter ut i fra et verdinivå. For det er nettopp rettskildedefaktorene som ivaretar rettssystemets helt grunnleggende verdier. 'Det er dermed noget institusjonelt forbundet med retten', som det sies om dansk rett.²⁷⁵ Dette poengteres også av Boe.²⁷⁶

Når vi tenker etter, skjønner vi at det ikke er uten grunn at rettslige argumenter først og fremst må hentes ut fra en lovtekst, fra forarbeider og fra en høyesterettsdom. [...] En rettsanvender kan mene at en lov aldri burde ha vært gitt. Han kan oppfatte lovteksten som uheldig. Det er likevel ikke rettsanvenderens sak å sensurere lovgiveren eller vår fremste domstol. Vi er alle underordnet lovgivningsmakten, og vi må være lojale over Høyesteretts standpunkter.

Hvis fokuset rettes fra rettskildedefaktorene vil metodelæren kunne bli for lite prinsipporientert. For man kan i så fall miste synet over metodelærens grunnleggende utgangspunkter, så som hovedregelen om å legge betydelig vekt på de autorative rettskildedefaktorene. Dette må i hvert fall være tilfellet dersom man tar nyere teori fullstendig på ordet, hvor rettsanvenderen forpliktes til å formulere sine rettslige problemstillinger ut i fra verdispenningene knyttet til rettssystemet, rettsområdet, typetilfellet og partskonstellasjonen. Redegjørelsen her har riktignok på tilsvarende måte oppfordret til å problematisere spenningene som gjør seg gjeldende for verdiene knyttet til rettssystemet og rettsområdet, da dette er helt essensielt tatt i betraktning rettskildedefaktorenes ulike legitimeringsgrunnlag. Den har imidlertid ikke fokusert på verdiene knyttet til typetilfellet og partskonstellasjonen. De ulike hensyn som gjør seg gjeldende på disse verdinivåene vil i realiteten ikke ha en annen funksjon enn å knytte rettssystemets og rettsområdets verdier nærmere faktum. Men dette skal prinsipielt ikke være egnet til å kunne påvirke den endelige rettsregelen, da dette i altfor stor grad vil kunne bøte på rettsanvendelses grunnleggende utgangspunkter.

Tande har imidlertid større lojalitet til de autorative rettskildene enn man først kan få inntrykk av, noe som blant annet illustreres gjennom hans nye artikkel 'lovtolkning i et verdiperspektiv'.²⁷⁷ Han er enig i viktigheten av å bevare rettsanvendelsesprosessens prinsipielle utgangspunkt. Følgelig vil heller ikke han legge opp til en rettsanvendelse hvor typetilfelle og partskonstellasjon vil kunne påvirke vektingen av de ulike rettskildedefaktorene på helt grunnleggende vis. Men hvis man ikke har dette tilstrekkelig klart for seg ved løsning av rettsspørsmål, vil en rettsanvendelsesprosess som i for stor grad retter seg mot disse verdinivåene etter min mening fort stå i fare for å bli altfor lite prinsipporientert.

²⁷⁵ Blume, s. 29.

²⁷⁶ Boe (2012), s. 195.

²⁷⁷ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1-3.

Forskjellen mellom den tradisjonelle avveiningsmodellen og de nyere metodereaksjonene kan følgelig beskrives som et skille mellom en formell og en materiell argumentasjonslære. Fremstillingen her må i et slikt perspektiv betraktes som en syntese av slike rettskildesyn, ettersom den vil fange opp visse elementer fra både det formelle og materielle utgangspunkt.

Redegjørelsen har på tilsvarende måte som de nyere reaksjonene på norsk metodelære et sterkt fokus på rettsstatens underliggende verdier gjennom hele rettsanvendelsesprosessen. På relevansstadiet vil spørsmålet om hvilke rettskilder som får status som rettskildefaktorer være avhengig av et legitimeringssystem som styres av grunnleggende rettslige verdier. På slutningsstadiet vil spørsmålet om hvilke slutninger som kan trekkes fra rettskildefaktorene videre være avhengig av den enkelte rettskildefaktorens underliggende rettslige verdier. Eksempelvis må lovteksten som utgangspunkt tolkes naturlig ut i fra vanlig språkbruk, fordi hensynet til forutberegnlighet får prioritet foran hensynet til demokratisk legitimitet. Og vektingsprosessen kan som sagt best beskrives som en prosess i tre ulike etapper, som til slutt vil bunne ut i hvilke rettslige verdier som skal gis utslagsgivende vekt, hvor man blant annet må ta hensyn til hvilke verdier som gjør seg gjeldende på rettsområdet. Det har blitt stadig vanligere å basere seg mer på argumentenes innhold enn på deres avsender. Foruten Bernt, Tande og Sæther Mæhle, kan nevnes Graver²⁷⁸, Kinander²⁷⁹ og Ketscher²⁸⁰.

Men fremstillingen har samtidig også likhetstrekk med den tradisjonelle avveiningsmodell. Den betrakter riktignok rettskildefaktorene som bærere av underliggende rettslige verdier, men den poengterer samtidig viktigheten av å opprettholde de prinsipielle utgangspunkt, så som hovedregelen om å legge svært betydelig vekt på de autorative rettskildefaktorene.

Selv om avveiningsmodellen utviser styrke i opprettholdelsen av de prinsipielle utgangspunkter, kan den anses tilsvarende svak i å fremheve rettskildefaktorenes underliggende rettslige verdier; etter denne skal man angivelige hoppe bukk over hvilke verdier som f.eks. taler for lovens sterke vekt.²⁸¹ Et slikt manglende fokus på rettsstatens underliggende verdier kan medføre en viss fare for at man glemmer hva et argument går ut på, eller hvorfor det er et rettslig argument, især når man skal avgjøre faktorenes orden som ledd i en rettslig beslutning'.²⁸²

²⁷⁸ Graver (2011), s. 35.

²⁷⁹ Kinander (2005), s. 45.

²⁸⁰ Ketscher, s. 275-290.

²⁸¹ Friis Fæhn, s. 138.

²⁸² Op. cit.

Fremstillingen må nok likevel anses som sterkest inspirert av de nyere metodereaksjonene. Formålet med de nyere reaksjonene er å tvinge rettsanvenderen til å innta tilstrekkelig ansvarsfølelse og bevissthet i relasjon til vedkommendes individuelle valg og vurderinger, som oppstår som en konsekvens av rettskildeprensippenes vaghet og ufullstendighet. Når man har blitt tildelt ansvaret for å avgjøre rettslige spørsmål med betydning for andre, må den rettslige argumentasjonen ha en kvalitet som samsvarer med dette etiske ansvaret.²⁸³ Det er nettopp derfor vi i så sterk grad blir oppfordret til å kvalitetssikre vår argumentasjon. Målet mitt har på samme måte vært å kvalitetssikre den rettslige argumentasjonen. Dette kulminerer i et sterkt fokus på rettsanvendelsens individuelle valg og vurderinger, selv om fremstillingen har begrenset seg til verdiene knyttet til rettssystemet og rettsområdet.

Redegjørelsen skiller seg imidlertid noe fra de nye metodereaksjonene også i relasjon til spørsmålet om hvordan rettsanvenderen skal kvalitetssikre sin rettslige argumentasjon. Forfatterne bak ideen om et verdi- og fornuftsmessig koherens kommer her etter min mening ikke særlig mye lenger enn å understreke viktigheten av å synliggjøre valg og vurderinger, uten egentlig å fremsette øvrige betingelser for denne kvalitetssikringen enn å måtte ha tilstrekkelig bevissthet og ansvarsfølelse i relasjon til ens egne valg og vurderinger,²⁸⁴ herunder med oppfordring til å utøve sitt skjønn så grundig og etterprøvbart som mulig.²⁸⁵ En slik fremgangsmåte vil riktignok være mer egnet til å kvalitetssikre skjønnsutøvelsen enn en metodelære som i større grad baserer seg på den enkelte rettsanvenders intuisjon. Men etter min mening vil rettsanvendelsesprosessens mange individuelle valg og vurderinger i langt større grad kunne kvalitetssikres gjennom utpenslingen av forhåndsgitte normer, som bidrar til å gjøre de individuelle valg og vurderinger mindre intuitive enn ellers. Man kan eksempelvis gi klarere føringer for vektingen av motstridende rettskildefaktorer, noe som igjen vil legge til rette for en rettsanvendelse som fremstår som mindre vilkårlig.

De nyere metodereaksjoner er ofte presentert i artikler som er skrevet på et overordnet nivå, hvor det ikke er like naturlig å ta stilling til muligheten for en mer detaljert normering. Forfatterne bak ideen om verdi- og fornuftsmessig kan følgelig tenkes å faktisk ønske seg en rettsanvendelsesprosess med klarere retningslinjer for rettsanvenderens skjønnsutøvelse. Tande og Sæther Mæhle synes da også mer spesifikke i artikkelen 'lovtolkning i et verdiperspektiv'²⁸⁶, selv om heller ikke denne etter min mening angir klare nok kriterier for rettsanvenderens skjønnsutøvelse.

²⁸³ Tande, s. 3.

²⁸⁴ Op. cit.

²⁸⁵ Tande, s. 2.

²⁸⁶ Tande/Sæther Mæhle, avsn. 1-3.

Mange vil likevel kritisere mitt forsøk på å gi rettsanvenderen klarere og sterkere føringer for hvordan vedkommende skal kvalitetssikre sine individuelle valg og vurderinger. Slike normer vil verken innholds- eller virkningsmessig kunne bli helt fullstendige, siden man aldri helt kan luke ut skjønnsutøvelse ved løsning av tvilsomme rettsspørsmål. Selv om for eksempel lovteksten under ellers like forhold må gå foran lovforarbeidene, vil det fremdeles være opp til rettsanvenderen å plassere rettskildefaktorene i sine kategorier. For fremstillingen her gir ikke et tilstrekkelig verktøy for når rettsanvenderen skal plassere lovtekst, lovforarbeider, høyesterettspraksis eller reelle hensyn i kategori A, B, C, D eller E. Og dette blir enda verre når man trekker inn de rettskildefaktorer som ikke er behandlet her. Rettsanvenderen kan dermed likevel komme frem til det resultatet vedkommende selv ønsker, på tilsvarende måte som når man baserer skjønnsutøvelsen sin på ikke-artikulert intuisjon.

En metodelære som stiller strenge krav til synliggjøring av individuelle valg og vurderinger, samtidig som den kvalitetssikrer skjønnsutøvelsen ved å oppstille forhåndsgitte normer, vil likevel kunne bidra til å gjøre rettsanvendelsesprosessen mindre vilkårlig enn i dag. For selv om lovtolkningsprosessens tomrom ikke vil kunne tilintetgjøres i sin fullstendighet, vil rettsanvenderen i alle fall få klarere kriterier for hvordan han skal løse rettsspørsmål, som etter avveiningsmodellen må besvares på grunnlag av ikke-artikulert intuisjon. Og dette vil igjen kunne bidra til en langt mer forutberegnlig rettsanvendelsesprosess.

Metoden som presenteres her kan kanskje omtales som den syntetiserte verdiføringsmodell. Modellen kan anses som en syntese av avveiningsmodellen og de nyere metodereaksjonene, i kraft av å fange opp elementer fra både en formell og materiell argumentasjonslære. Og denne syntesen består av å gi rettsanvenderen klarere og sterkere føringer for hvordan han eller hun skal gå frem ved behandlingen av rettsstatens underliggende verdihensyn.

Archimedes uttalte en gang: 'Gi meg et fast punkt, og jeg skal bevege hele jordkloden'.²⁸⁷ Det faste punktet har vi manglet i metodelæren, fordi rettskildeprinsippene er ufullstendige. Fremstillingen her vil fremdeles ikke være tilstrekkelig til å kunne bevege hele jordkloden, men den vil i det minste kunne bidra til å gjøre rettsanvendelsesprosessens mindre vilkårlig.

²⁸⁷ J. Andenæs (2002), s. 57.

Siktemålet med praktisk rettsanvendelse er å utforme retningslinjer som er egnet til konfliktløsning, hvor hovedformålet er å finne en god begrunnelse i den konkrete sak under en stram tidsfrist. Når avveiningsmodellens rettskildeprinsipper er bygget på domstolens argumentasjonspraksis, vil rettskildeprinsippene etter denne modellen derfor nødvendigvis måtte ha en løsere karakter. Og avveiningsmodellen må under en slik synsvinkel anses for å ha fungert utmerket godt, tatt i betraktning dens utstrakte og årelange utbredelse blant dommere, advokater og andre jurister. Redegjørelsen her har imidlertid tatt for seg norsk metodelære ut i fra rettsvitenskapelige idealer, med fokus på kvalitetssikring av rettsanvendelsesprosessens mange individuelle valg og vurderinger, som i stor grad oppstår nettopp på grunn av rettskildeprinsippenes ufullstendige karakter. Når fremstillingen ovenfor har rettet innvendinger mot avveiningsmodellen og øvrige metodereaksjoner, er det altså ikke fordi modellene på et helt generelt grunnlag må betraktes som utilstrekkelige, men fordi de etter min mening ikke i tilstrekkelig grad kvalitetssikrer den rettslige argumentasjonen under forutsetning om en mest mulig forutberegnlig og minst mulig vilkårlig rettsanvendelsesprosess. Dette er altså ikke en kritikk av avveiningsmodellen, men et forslag til videreutvikling av den. Dette kan ikke poengteres nok.

8 Den schizofrene passbåt

Gikk så retten egentlig korrekt frem når den betraktet en mindre passbåt som et 'skip'? Uten å foreta en isolert slutning fra ordlyden ble bestemmelsen ansett for å omfatte passbåten, under henvisning til lovformålet om å skape sikkerhet og avverge fare i sjøtrafikken. Og når passbåten først var et 'skip', måtte handlingen også ha funnet sted 'under tjenesten'.²⁸⁸

Når man leser domspremissene fremstår retten som å betrakte lovtekstens ordlyd som nøytral, for så å legge avgjørende vekt på et lovformål som utledes fra lovforarbeider og rettspraksis. Høyesterett skulle ideelt sett ha startet ved å ta utgangspunkt i lovtekstens betydningsinnhold. Herunder skulle retten ha synliggjort forskjellige måter å forstå lovtekstens innhold på, hvor lovtekstens innhold vil kunne variere etter alminnelig og fagterminologisk språkbruk.

Hvis den alminnelige nordmann må anses for å ha en noenlunde klar formening om hvordan lovteksten må forstås når ordlyden blir tolket naturlig ut i fra vanlig språkbruk, skal rettsanvenderen legge denne forståelsen til grunn som slutning fra lovteksten. I så fall kan den fagterminologiske betydningen av lovteksten ikke legges til grunn før slutningen fra lovteksten senere vektet mot de øvrige rettskildefaktorene på vektstadiet, i form av enten en innskrenkende eller utvidende fortolkning av lovtekstens uttrykk. Den alminnelige nordmann må regnes for å ha en relativt sterk formening om hvordan uttrykket 'skip' naturlig må forstås når det blir tolket ut i fra en vanlig språkbruk. Etter en slik forståelse vil lovtekstens ordlyd ikke kunne anses for å omfatte passbåten, både på grunn av størrelsen og på grunn av fraværet av det kommersielle transportformålet. Høyesterett skulle derfor ha lagt denne forståelsen til grunn som slutning fra lovteksten. Lovtekstens fagterminologiske betydningsinnhold kunne følgelig først tas i betraktning når lovteksten senere ble vektet mot lovformålet som ble utledet fra lovforarbeider og rettspraksis. I en slik vektingsprosess vil legalitetsprinsippet yte sterk motstand mot å fravike lovteksten.

Spørsmålet blir etter dette hvordan retten skulle gått frem ved vurderingen av vektforholdet, som består av en lovtekst og et lovformål som utledes fra lovforarbeider og rettspraksis.

²⁸⁸ Rt. 1973 s. 433.

Spørsmålet knytter seg først til prioritetsforholdet mellom lovteksten og lovforarbeidene.

Lovtekstens vekt beror på hvorvidt den faktisk vil fremme hensynet til forutberegnlighet. Spørsmålet om lovteksten faktisk er egnet til å fremme hensynet til forutberegnlighet, vil bero på om lovteksten må anses klar etter en naturlig forståelse ut i fra vanlig språkbruk. Lovens ord 'skip' vil ut i fra dets klarhet gå sterkt i retning av å ikke omfatte passbåten. Lovteksten skulle derfor ha blitt plassert i kategori A, som skissert i kategoriklassen ovenfor.

Lovforarbeidenes vekt beror på hvorvidt de faktisk vil fremme hensynet til demokratisk legitimitet. Spørsmålet om forarbeidene faktisk er egnet til å fremme hensynet til demokratisk legitimitet, vil bero på en samlet vurdering av lovforarbeidenes klarhet, grundighet, alder og avsender. Ut i fra en slik vurdering vil lovforarbeidene gå sterkt i retning av å omfatte passbåten. Lovforarbeidene skulle derfor ha blitt plassert i kategori E, som skissert i kategoriklassen ovenfor.

Spørsmålet om lovteksten eller lovforarbeidene skal gis prioritetsforrang må løses nettopp på grunnlag av en analyse av rettskildefaktorenes underliggende rettslige verdihensyn, nærmere bestemt hensynet til forutberegnlighet og hensynet til demokratisk legitimitet. Når man befinner seg innenfor legalitetsprinsippets område vil hensynet til forutberegnlighet trekke i sterk retning av å legge avgjørende vekt på den løsning som følger av lovteksten. Følgelig må lovtekstens løsning under ellers like forhold gis rang foran lovforarbeidene, ettersom lovforarbeidenes legitimeringsgrunnlag er avledet lovtekstens legitimeringsgrunnlag. En lovtekst som plasseres i kategori A må følgelig gå foran lovforarbeider i kategori E. Rettskildefaktorenes innbyrdes vekt ville således talt for å ikke anse passbåten som et 'skip'.

Spørsmålet knytter seg dernest til vektforholdet mellom lovteksten og høyesterettspraksis.

Ved bedømmelsen av i hvilken grad prejudikatet vil fremme hensynet til forutberegnlighet, må man ta i betraktning en rekke forhold som vil være bestemmende for vektspørsmålet, som knytter seg til de enkelte prejudikatetens klarhet, alder, grundighet og tilslutning. Hvis høyesterettspraksis hadde gått sterkt i retning av å omfatte vedkommende passbåt, kunne retten med god samvittighet lagt til grunn den løsning som følger av prejudikatet. For når Høyesterett har avgjort et tolkningsspørsmål pleier alle andre å rette seg etter det, selv om de anser lovtekst, lovforarbeider og reelle hensyn for å trekke i motsatt retning.

Høyesterett utledet mesteparten av sin argumentasjon fra en tidligere høyesterettsavgjørelse.²⁸⁹ I den sammenheng må dommens klarhet og grundighet tale for å begrense dens vekt. For herunder vil det ha stor betydning om dommen har tatt klart standpunkt til spørsmålet, eller om det motsetningsvis er mer usikkert hvilke slutninger man egentlig kan trekke fra den. Når dommen som det henvises til omhandler en langt større båt (25 fots sjark med 15 hk), vil den ikke ha direkte overføringsverdi for spørsmålet om vedkommende båt var et 'skip'. Høyesterettspraksis må følgelig anses for bare å gå noe i retning av å omfatte passbåten. Prejudikatet skulle derfor ha blitt plassert i kategori D, som skissert i kategoriklassen ovenfor.

Når høyesterettspraksis bare går noe i retning av løsning X eller Y (kategori B eller D), mens lovteksten på sin side går sterkt i retning av løsning X eller Y (kategori A eller E), må rettsanvenderen legge til grunn den løsning som kan utledes fra lovtekstens ordlyd. En lovtekst som plasseres i kategori A må følgelig gå foran høyesterettspraksis i kategori D. Rettskildefaktorenes innbyrdes vekt ville således talt for å ikke anse passbåten som et 'skip'.

Dette må også gjelde når lovteksten vektes mot både lovforarbeidene og høyesterettspraksis. Det skal tungtveiende rettskildemessige grunner til for å tolke på tvers av lovteksten, noe som i enda sterkere grad er tilfellet når man befinner seg på legalitetsprinsippets område. Når slutningene fra lovteksten og lovforarbeidene i like sterk grad går i hver sin retning, må rettsanvenderen følgelig identifisere tungtveiende bidrag som støtter opp om forarbeidene. Når høyesterettspraksis bare går noe i retning av den løsning som følger av lovforarbeidene, vil nok ikke dette kvalifisere til et slikt tilstrekkelig tungtveiende rettskildemessig bidrag. For den klare hovedregelen om å gi høyesterettspraksis avgjørende vekt gjelder hovedsakelig i tilfeller hvor høyesterettspraksis klart og uomtvistelig går i den ene eller andre retningen.

Vektspørsmålet vil i slike tilfeller imidlertid ofte avhenge av eksistensen av reelle hensyn. Hvilken løsning taler så de reelle hensyn for i relasjon til vedkommende rettsspørsmål? Mens rimelighetsbetraktninger muligens taler for å omfatte vedkommende passbåt, vil hensynet til forutberegnlighet i minst like sterk grad tale for å ikke omfatte båten. Når de reelle hensyn på denne måten nøytraliserer hverandre, må de plasseres i kategori C. Forholdet mellom lovteksten og lovformålet vil følgelig ikke påvirkes av de reelle hensyn.

²⁸⁹ Rt. 1966. s. 916.

Høyesterett skulle således ha lagt til grunn den løsning som kunne utledes fra lovteksten. Men den schizofrene passbåten ble uheldigvis tatt for å være et skip.

Høyesterett burde i større grad ha gått frem som den senere gjorde i Rt. 1995 s. 1734, selv om rettsanvendelsesprosessen heller ikke her fremstår som fullstendig kvalitetssikret. Lovteksten ble her gitt forrang foran et lovformål utledet fra lovforarbeidene og rettspraksis. Retten begrunnet standpunktet sitt på følgende måte:

Til tross for de formåls- og risikosynspunkter som må anses lagt til grunn i lovforarbeidet, og som senere er fulgt opp i rettspraksis, kan man ved tolkingen av § 422 annet ledd etter min mening ikke se bort fra at betegnelsen 'skip' i alminnelighet er forbeholdt de noe større fartøy. Etter min mening er generelle formåls- og risikosynspunkter, og de avveiningsproblemer som kan oppstå, ikke tilstrekkelig grunnlag for en så sterkt utvidende tolkning av en straffebestemmelse.

Redegjørelsen ovenfor illustrerer særlig to poenger i relasjon til fremstillingens tematikk: For det første vil det være mulig å legge opp til en mer forutberegnlig rettsanvendelsesprosess hvis man kvalitetssikrer rettsanvenderens skjønnsutøvelse gjennom forhåndsgitte normer, som bidrar til å gjøre de individuelle valg og vurderinger mindre intuitive enn ellers. For det andre vil rettsanvenderen uansett måtte utvise en viss intuisjon i rettsanvendelsen, fordi man aldri vil kunne luke ut rettsanvendelsesprosessens tomrom i sin fullstendighet. Når lovteksten, høyesterettspraksis og reelle hensyn er plassert i sine respektive kategorier, vil rettsanvenderen riktignok kunne lene seg til de oppstilte forhåndsgitte normene. Men det er fremdeles rettsanvenderen som må plassere rettskildene i de ulike kategoriene, noe som nødvendigvis vil måtte medføre valg og vurderinger fra vedkommendes side. Det finnes f.eks. ikke empiriske bevis for i hvilke tilfeller den alminnelige nordmann har en klar formening om hvordan lovteksten skal forstås når den tolkes ut i fra vanlig språkbruk. Tilsvarende finnes det ikke tilstrekkelig verktøy til med sikkerhet å fastslå i hvilken kategori lovforarbeidene må plasseres ut i fra en vurdering av klarhet, grundighet, alder og avsender.

Istedenfor å gi klarere føringer for hva rettsanvenderen skal gjøre i slike tilfeller, kan det følgelig ikke stilles strengere krav til vedkommende enn om å utøve sitt skjønn på en mest mulig grundig, samvittighetsfull, fyllestgjørende og etterprøvable måte. Forfatterne bak ideen om å strebe etter et verdi- og fornuftsmessig koherent rettssystem, som nettopp retter hovedfokuset sitt mot å bevisstgjøre rettsanvenderen på denne måten, må på denne bakgrunn anses for å gi et verdifullt bidrag til den tradisjonelle metodelæren.

DEL VI

10 Kilder

10.1 Juridisk teori

- J. Andenæs (1997) Alminnelig strafferett, 4. utgave, Oslo, 1997.
- J. Andenæs (1998) Innføring i rettsstudiet, 5. utgave, Oslo, 1998.
- J. Andenæs (2002) Innføring i rettsstudiet, 6. utgave, Oslo, 2002.
- M. Andenæs (1997) Rettskildelære, 2. utgave, Oslo, 1997.
- M. Andenæs (2009) Rettskildelære, 3. utgave, Oslo, 2009.
- Askeland Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning, JV 08/2003.
- Augdahl Rettskilder, 3. utgave, Oslo, 1973.
- Aasland (1987) Jurister og yrkesetikk; Dommeren, JK-1987-1-43.
- Aasland (2000) Noen betraktninger om rettskildespørsmål, JV 157/2000.
- Bergo Tekst og virkelighet i rettskildelæren, Oslo, 2002.
- Bernt/Sæther Mæhle Innledning til juss-studiet, Bergen, 2007.
- Bernt (2002) Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren, Festskrift til Nils Nygaard, Bergen 2002.
- Bernt (2009) Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag, Oslo, 2009.
- Blandhol Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse, TfR 2004, s. 365 flg.
- Blume Retssystemet og juridisk metode, Danmark, 2011.
- Boe (1984) Stortingsmeldinger og innstillinger til Stortinget, TfR 1984, s. 170 flg.
- Boe (1996) Innføring i juss, 2. utgave, Oslo, 1996.
- Boe (2010) Innføring i juss, 3. utgave, Oslo, 2010.
- Boe (2012) Rettskildelære under debatt, Oslo, 2012.
- Doublet Hermeneutikken og rettsvitenskapen, TfR 1989, s. 589 flg.
- Eckhoff (1971) Rettskildelære, 1. utgave, Oslo, 1971.
- Eckhoff (1992) Forvaltningsrett, 4. utgave, Oslo, 1992.
- Eckhoff (1997) Rettskildelære, 4. utgave, Oslo, 1997.
- Eckhoff (2001) Rettskildelære, 5. utgave, Oslo, 2001.
- Eskeland Strafferett, 2. utgave, Oslo, 2006.
- Fleischer Rettskilder og juridisk metode, Oslo, 1998.
- Friis Fæhn Verdimessige forutsetninger for Torstein Eckhoffs rettskildelære, JV129/1999.
- Gjelsvik Innledning i rettsstudiet, 5. utgave, Oslo, 1968.
- Graver (2007) Alminnelig forvaltningsrett, 3. utgave, Oslo, 2007.
- Graver (2011) Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi, TfR 2011, s. 230 flg.
- Hagerup Retsencyclopedi, 3. utgave, Oslo, 1931.
- Helset Innledning til rettskildelæren, JV 261/1986.
- Høgberg Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket 'reelle hensyn', LoR 2003, s. 609 flg.
- Ketscher Mod en argumentativ ret, JV272/2000.
- Kinander (2000) Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten?, TfR 2000, s. 324 flg.
- Kinander (2004) The View from Within, Oslo, 2004.
- Kinander (2005) Makt, rett og politikk, 2005.
- Kjønstad/Syse Velferdsrett I, 4. utgave, Oslo, 2008.
- Malt Tradisjonell rettsfinningslære, TfR 1992, s. 48 flg.
- Mathiesen Retten i samfunnet: En innføring i retts sosiologi, Oslo, 2011.
- Monsen Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk, Os, 2012.
- Nygaard (1999) Rettsgrunnlag og standpunkt, Bergen, 1999.
- Nygaard (2004) Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave, Bergen, 2004.
- Platou Forelæsnings over Retskildernes Theori, Oslo, 1915.
- Rognstad EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder, TfR 2001, s. 435 flg.
- Skjerve Slutning frå lovtekst, Bergen, 2012.
- Skoghøy (1994) Rett, politikk og moral, TfR 1994, s. 837 flg.
- Skoghøy (1996) Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebuk, LoR 1996, s. 210.
- C. Smith (1978) Statsliv og rettsteori, Oslo, 1978.
- C. Smith (1980) Bankrett og statsstyre, Oslo, 1980.
- E. Smith Stat og rett: Artikler i utvalg 1980-2001, Oslo, 2002.
- Stavang (1999) Storting og Regjering, Bergen, 1999.
- Stavang (2002) Parlamentarisme og folkestyre, 4. utgave, Bergen, 2002.
- Tande Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen, JV01/2011.
- Tande/Sæther Mæhle Lovtolkning i et verdiperspektiv, Bergen, 2013.
- Tuori Ratio and Voluntas, Ashgate, Surrey, 2011.
- Øyrehagen Sunde Frå røysterett til søksmålsrett, Dag og Tid, 2013.

PS: Artikkelen 'Lovtolkning i et verdiperspektiv' er foreløpig ikke publisert. Artikkelen tilsendes som vedlegg.

10.2 Rettspraksis

- Rt. 1910 s. 231.
- Rt. 1912 s. 263.
- Rt. 1952 s. 989.
- Rt. 1966 s. 916.
- Rt. 1973 s. 433.
- Rt. 1978 s. 147.
- Rt. 1984 s. 1425.
- Rt. 1990 s. 1210.
- Rt. 1990 s. 1235.
- Rt. 1990 s. 1293.
- Rt. 1992 s. 504.
- Rt. 1995 s. 530.
- Rt. 1995 s. 1734.
- Rt. 1997 s. 645.
- Rt. 1997 s. 1341.
- Rt. 2001 s. 545.
- Rt. 2006 s. 466.
- Rt. 2007 s. 561.
- Rt. 2008 s. 1582.
- Rt. 2008 s. 1646.
- Rt. 2011 s. 1029.
- Rt. 2012 s. 387.
- Rt. 2012 s. 506.
- Rt. 2012 s. 1211.
- Rt. 2012 s. 1359.

10.3 Lovforarbeider

- Ot.prp.nr. 40 (1961-62).
- Ot.prp.nr. 49 (1995-96).
- Innst.O.nr. 6 (1996-97).

10.4 Internett

- <http://www.snl.no/skip/fartøy>
- <http://www.stortinget.no/stottemeny/ordbok>