



Rettsdogmatisk metode

Forelesning, FINF4002, 23. og 24. mars 2011
Herbjørn Andresen, AFIN



Forelesningens agenda

- Juridisk metode, i lys av at kurset FINF4002 er en bred introduksjon i flerfaglige metoder
 - Man blir ikke jurist av å høre denne forelesningen... ☺
- Basics; litt om ”tradisjonell” rettskildelære og metode
- Kritikk og utviklingstrekk, slik (noen) jurister ser det
- Trengs juridisk metode for å analysere rettsystemet?
- Metodekrav til rettspolitiske drøftinger
- Juristens rolle i samfunnet
- Tips for forvaltningsinformatiske avhandlinger

Juridisk metode

- Andenæs, innføring i rettsstudiet:
"den fremgangsmåte som gode jurister i vårt samfunn bruker når de står overfor juridiske problemer som skal løses"
 - Verktøyperspektiv
 - Internaliserte normer, forpliktet av samfunnsoppdrag
 - Profesjon, hvor stort innslag av eksklusivitet og "yrkesmonopol"?
- Alternativt formulering: Fremgangsmåte for å ta standpunkt til hva som er gjeldende rett
 - Kvalitetsmål: Standpunktet vurderes som holdbart i fagfellesskapet
 - Flere standpunkter til samme spørsmål kan være holdbare!

Hva betyr "standpunkt"?

- Begrunnet slutning, basert på metoden
- Ulike fora, og forskjellige konsekvenser:
 - I rettssalen; dom eller kjennelse, som alle skal bøye seg for
 - Fra forvaltningsorganet; enkeltvedtak, bestemmende for noens rettigheter og plikter
 - I lov og forskrift; generelle bestemmelser som skal gjelde, og som forutsettes å ikke være i strid med regler av høyere rang
 - I teoretiske arbeider; forutsigelse om hvordan et spørsmål ville ha blitt løst hvis det ble fremmet "på ordentlig"
- Kan også ha noe mindre karakter av *avgjørelse*
 - Vurderinger av at "rettsstilstanden er uklar" på et område
 - Vurderinger av en regel som urimelig, urettferdig, upraktiserbar etc.

Rettsdogmatikk

- Dogmatikk stammer fra teologien
 - Systematisere det overleverte kildemateriale (hellige skrifter, lære og tradisjoner osv.), opprettholde/bekreftre indre sammenheng
 - Vekten på indre sammenheng er også et vitenskapsteoretisk problem, fare for å bekrefte et verdensbilde som burde utfordres
- I jussen er dogmatikk ”å *samle, bearbeide, systematisere og presentere rettsstoff*” (Kjønstad)
 - For hvert enkelt rettsspørsmål:
 - (1) Formulere problemstillingen.
 - (2) Gjøre rede for og veie det relevante rettskildemateriale.
 - (3) Oppstille konklusjon
- Altså: Bruke juridisk metode for å generere teori

Omriss av tradisjonell metode

- Man identifiserer et rettslig spørsmål
 - ”Beskjærer” eventuelt ikke rettslig relevant konfliktstoff osv.
- Finner mulige argumenter fra aktuelle rettskilder
 - Tolker kildene: Vurderinger av relevans, hva man kan slutte av de ulike kildene, og veiing/harmonisering dersom de drar i ulik retning
 - Resultatet av dette er *rettsregelen* (nb! i bestemt form), som altså er et tolkningsresultat og ikke nødvendigvis ”lik lovens ordlyd”
- Bedømmer sakens faktum
 - Hva legges til grunn som bevist saksforhold/kjensgjerning
- Subsumsjon
 - Rettsregelen brukes på sakens faktum

Rettskildelære = ”finne rettsregelen”

- ”Gamle dagers rettskildelære”:
To slags rettskilder, lov og sedvanerett (praksis)
- Rådende (siste 40 år): Eckhoffs rettskildelære
- Rettsrealisme
 - Metoden utarbeidet nedenfra, en analyse av hva rettsanvendere faktisk gjør
 - Derfor er det vanskelig å beskrive ”usynlige” deler av rettsanvendelsen, ting som ikke tas med i begrunnelsene
- Inndeling av rettskildene i 7 kategorier, eller typer argumentkilder – ”rettskildefaktorer”
 - Gir svært rikt (for rikt?) tilfang av argumenter som *kan* vurderes

Eckhoffs sju rettskildefaktorer

- Lovtekster
- Lovforarbeider, annet bakgrunnsstoff og etterfølgende lovgiver uttalelser
- Rettspraksis (dvs. domstolenes praksis)
- Andre myndigheters praksis
- Privates praksis
- Rettsoppfatninger (særlig i juridisk litteratur)
- Reelle hensyn (vurderinger av resultatets godhet)

”Reelle hensyn” – what??

- De seks første faktorene dreier seg om *oppriinnelsen* til en argumentkilde
 - Altså kilder i egentlig forstand
- Den sjuende faktoren dreier seg om argumentets *art*
 - ”Reelle hensyn” var i utgangspunktet Eckhoffs merkelapp på frirettslige (til dels også ”kildeløse”) argumenter i begrunnelsene
 - Senere adoptert i faget (man skriver ”reelle hensyn taler for...” o.l.)
 - Bjarne Askeland: Kritiserer dette, som en ”blanco fullmakt til selv å bestemme innholdet av en regel”
 - Jens Petter Berg: Berømmer norsk rettstradisjon for høy grad av transparens og åpenhet/ærlighet om hvilken betydning hensynet til rimelighet, rettferdighet og moral etc. har i begrunnelsene

Rangering mellom rettskildefaktorer?

- Rekkefølgen av rettskildefaktorer er *ikke* i utgangspunktet en rangering fra ”viktigst” til ”mindre viktig”
 - Likevel ikke tilfeldig at ”lov” står først...
- Det er et mer komplekst system av *rettskildeprinsipper* som styrer hvilke kilder som vil ha størst betydning i ulike spørsmål
- For eksempel har rettspraksis hatt mye å si for utviklingen av forvaltningsretten, men vesentlig mindre for personopplysningsretten

Nærmere om metodetrinnet ”finne rettsregelen” (I)

- Relevans
 - Generell relevans; argumentkilder som er relevante ut fra det formulerte rettslige spørsmålet alene
 - Spesiell relevans; argumentkilder som fremstår som relevante ut fra det foreliggende faktum
- Slutning
 - Dreier seg om å avklare meningsinnholdet i en kilde
 - Kildens ”objektive mening”; normal språkforståelse, sammenhengskunnskap
 - Kildens ”intenderte mening”; det kilden (lovgiver, rettsanvender) har hatt til hensikt å uttrykke
 - Begge disse slutningsprinsippene tilsier forsiktighet med å trekke ”veldig kreative slutninger” fra kilden (uten støtte fra *andre* kilder)

Nærmere om metodetrinnet ”finne rettsregelen” (II)

- I slutningsomgangen kan det være aktuelt å;
 - Finne analogier (eks. å vise et elektronisk dokument på skjerm, som analogi til å ”fremføre verk” etter åndsverksloven)
 - Antitetisk
 - Utvidende
 - Innskrenkende
 - (...)
- Disse begrepene er *navn på resultater* av en slutningsprosess, ikke *prinsipper* for slutning
- Vekt: Hvor stor tyngde har et argument
 - I seg selv?
 - Ut fra den sammenhengen det inngår i?

Nærmere om metodetrinnet ”finne rettsregelen” (III)

- Vekten av de ulike argumentene er et grunnlag for å avveie/harmonisere
 - Fordi man jo skal komme frem til den ene *rettsregelen*
 - Et trinn som først og fremst er aktuelt hvis og når tolkningsresultater peker i ulike retninger
- Motstridsnormer (ulovfestet, del av rettskildelæren)
 - Lex superior; bestemmelsens trinnhøyde
 - Lex specialis; den spesielle bestemmelsen foran den generelle
 - Lex posterior; den senere bestemmelsen foran den eldre
- Motstridsnormer kan også være konkret regulert
 - Menneskerettsloven, EØS-loven; traktatene går foran ved motstrid
 - Dette er *ikke* ”større trinnhøyde” (kan oppheves med lovvedtak)

Kritikk og utviklingstrekk (I)

- Eckhoffs rettskildelære er et ekstrakt av juristers praksis
 - Men det er ikke ”eneste mulige” lære som man vil kunne utlede
- Eckhoff/Sundby/Eng: Vurderingsnormen for et resultat er holdbart vs. uholdbart
 - Altså ikke først og fremst riktig/galt, eller sant/usant
 - Samme rettsspørsmål kan ha flere enn to mulige utfall, det kan være null, ett eller flere resultater som er holdbare, eller uholdbare
- Graver: Juss som retorikk
 - Juss dreier seg i stor grad om å overbevise om at et resultat er holdbart, og helst også om at det er et bedre resultat enn de andre
 - Aristoteles’ klassiske retorikk beskriver treffende det jurister gjør!

Kritikk og utviklingstrekk (II)

- Metoden er ikke redskap for å finne *problemstilling*
 - Torvund; en mangel ved metoden (negativt). Rettskildelæren forutsetter et veldefinert problem, uklart hvor det kommer fra
 - Friis Fæhn; gir strategisk handlingsrom, individualisering (positivt)
- Fleischer: Metoden gir uholdbare/vilkårlige resultater for mange viktige samfunnshensyn
 - Kontroll over naturressurser; fisk, energi, olje
 - Naturvern og miljø
- Internasjonale paralleller til Fleischers kritikk: Bl. a. Christopher Stone, "Where the Law Ends" (1975)
 - Svært tunge samfunnshensyn kommer til kort i møtet med individrettede prinsipper som veier tyngre i rettsystemet

Kritikk og utviklingstrekk (III)

- Metodelære som er ekstrahert fra domstolers praksis
 - Har ført til at rettssystemets *konfliktløsende* funksjoner får stor plass i rettskildelæren
- Retten har også i høy grad styrende og regulerende funksjoner;
 - Denne typen funksjoner er ikke på noen måte fraværende fra Høyesteretts sakskart
 - Men har kanskje likevel bidratt mindre i danning av rettskildelæren
- Og til slutt; er "å finne" riktig verb?
 - Kan gjerne si "å utlede" eller tilsvarende, det endrer ikke stort
 - Litt mer brysmøt blir det om vi spør om "å konstruere" treffer bedre
 - *Rettsregelen* har muligens aldri vært formulert tidligere...

Internasjonalisering – ikke ett utviklingstrekk, men mange (I)

- Folkerettslige forpliktelser
- Harmonisering mellom landene (særlig EU/EØS)
- Minimumskrav (særlig menneskerettigheter)
- Gammel folkerettslære: presumpsjon
 - Norsk rett antas å stemme med folkeretten, betraktet som et "mykt" tolkningsprinsipp for norske rettsanvendere
- Nyere lovgivning, forrang til visse inngåtte traktater
 - EMD og EU-domstolen får mer direkte innflytelse på norsk rett
 - Kai Krüger: "Frykten som rettskilde": Fare for at norske dommere treffer mindre gode avgjørelser av frykt for senere behandling på internasjonalt nivå – et budskap om at vi ikke må undervurdere verdien av vårt nasjonale rettssystem

Internasjonalisering – ikke ett utviklingstrekk, men mange (II)

- Tradisjonell (og eckhoffiansk) tilnærming til internasjonale rettsregler
 - Internasjonale kilder inngår i ordinær relevans- og slutningsprosess, kan bidra til ett av flere tolkningsresultater
 - Innholdet i internasjonal rettsregel fastlegges hvis og når det blir nødvendig for harmoniseringen av tolkningsresultater
- Arnesen og Stenvik: Rekkefølgen bør snus
 - Kartlegg innholdet av den internasjonale regelen først, ettersom den med stor sannsynlighet kan og bør bli førende
 - Et syn som har møtt noe motbør i fagmiljøet

Parallele rettssystemer – multilevel law

- Globale systemer (FN, WIPO, WTO)
- Regionale systemer (EU, EMK)
- Nasjonale systemer
- Faglige og sektorielle internasjonale regimer
 - Bransjenormer, ”selvregulering”, mykere standarder
 - Gjerne en regulatorisk overbygning til teknisk/faglig ekspertvelde
 - Eks. Internet Governance
- Softlaw-tiltak
 - Overenskomster, handlingsplaner, ikke-bindende styring
 - Både innenfor organisatoriske rammer (eks. EU) og utenfor
 - EUs ”Information Society”, DIFIs arkitekturprinsipper...

Utfordringene fra multilevel law

- Harmoniseringen er ikke ”intern”, mellom forskjellige kilder i samme rettsystem – man må harmonisere mellom separate systemer
- Har ingen generell løsning i norsk juridisk metode
 - Over tid vil det nok utmeisles noen gjenbrukbare prinsipper...
 - Men er de parallelle regimene stabile nok til at slike prinsipper kan feste seg?
- Ingen generelle løsninger internasjonalt heller
 - Betyr ikke at de mange regimene er onde eller dumme, men at verden blir mer kompleks
 - Askeland: Fremveksten av parallelle rettsystemer må også få konsekvenser for vår [norske juristers] selvforståelse

Trengs juridisk metode for å analysere rettssystemet?

- For å ta standpunkt til et spørsmål om hva som er gjeldende rett: JA
- For mer generelle analyser/vurderinger av bestemte trekk ved rettssystemet?
 - Ofte nødvendig, i hvert fall om det skal aksepteres av et juridisk fagfellesskap
 - Alternativer har vært prøvd (eks. min avhandling, kap. 4, en idealtypenanalyse for å ta stilling til virksomheters handlingsrom, når regulering av et samfunnshensyn er basert på internkontroll)
- Vurdere om lover virker, blir forstått, er rettferdige...?
 - Ikke nødvendigvis juss, (retts)sosiologi kan være vel så egnet
 - Verdier; flere opphav enn rettsdogmatisk "indre sammenheng"

Trengs juridisk metode for å transformere regler til IT-system?

- I utgangspunktet kan mye være forholdsvis enkelt
 - Eks. beregning av barnebidrag: Reglene er designet for en enkel og firkantet saksbehandling
 - De valg man treffer i transformeringsprosessen er anvendelse av juridisk metode, også når systemeringen er enkel og tilsynelatende kan "hentes rett ut av rettskilden"
- I praksis kan det likevel oppstå ikke-trivielle valg
 - Eks. saksavgrensning – sjelden mulig å lese direkte fra kilden, men kan ha konsekvenser for partsrettigheter → juss
 - Eks. beregning av barnebidrag: "Inntektsevne" mer komplisert enn først antatt: Ulike måter å gjøre det på som er holdbare/uholdbare
- Juridisk metode *nødvendig*, men ikke *tilstrekkelig*
 - IT-systemet må også ha en "indre sammenheng" → informatikk

Rettspolitikk

- De lege lata: Standpunkt til et rettsspørsmål ut fra gjeldende rett
- De lege ferenda: Vurdering av hva som *bør* være foretrukne rettslige løsninger på et rettsspørsmål
- Politikk generelt:
 - Resonnementer forankret i ideologi, samfunnssyn, interesser
 - Noen anser f.eks. privatisering av helsetjenester som en foretrukket politikk, andre som en uønsket politikk
- Rettspolitikk:
 - Resonnementer styres av *rettslige* idealer/prinsipper
 - Rettssystemet som arena og ramme (nedfelling i rettskilder, skal være egnet for å inngå i rettsregler, kunne håndheves, etc.)

Metodiske krav til rettspolitiske vurderinger

- Må være balanse i argumentasjonen
 - Begrunnelser for og motargumenter til at en løsning foretrekkes
 - Antatte effekter og resultater, hva vinner og taper man?
 - Argumentasjon både pro et contra
- Bør redegjøre for hvilken vekt man tillegger de ulike argumentene
- Bør ta stilling til hva slags sammenheng reglene skal stå i
 - F.eks. et forslag om å styrke informasjonssikkerheten: En styrking gjennom å skjerpe krav i en eksisterende sammenheng (eks. heve standarden i pol § 13 fra "tilfredsstillende" til "god" sikkerhet)?, eller strengere straffer for visse typer angrep mot sikkerhetstiltak?

Krav til rettspolitiske effekter/resultater

- Forslag bør gi resultater/effekter som ligger innenfor rettslige idealer/prinsipper/grunnleggende rettigheter
 - Forslag kan godt innebære endringer av institusjonelle og organisatoriske rammer
 - Forslag vil ofte innebære endringer i prosessuelle og/eller materielle rammer
- Forslag bør alltid ses i forhold til konsekvenser for rettssystemet for øvrig
 - Rettssystemets effektivitet
 - Rettsøkonomiske hensyn
- F.eks.: Hva oppnås med, og hva må endres for å, gi pasienter rett til innsyn i tilgangslogger?

Krav til rettspolitiske begrunnelser

- Kan være normative, og trenger da ikke være empirisk forankret
 - Normative begrunnelser må likevel være knyttet til etablerte rettslige idealer/prinsipper/grunnleggende rettigheter
 - Eks.: Jeg kan argumentere for “databaseinnsyn” kun på grunnlag av offentlighetsprinsippet, og uten å forutsette en konkret effekt
- Dersom en bruker faktiske forhold som begrunnelse, må det stilles vanlige krav til empirisk grunnlag
 - Eks.: Jeg begrunner et opplegg med automatisk utsendt rettsinformasjon med at det eksisterer et underforbruk av en rettighet – da må jeg kunne vise at dette er tilfellet!

Men krever rettspolitiske vurderinger juridisk metode?

- I utgangspunktet dreier det seg ikke om å tolke eksisterende rettskilder, men om å "skrive nye"
- Lovgivning er den generelle politikens domene
 - "Vi styrer oss selv", verdiføre der alle er meningsberettiget
- MEN: Rettssystemet som ramme
 - Vil ofte være nødvendig å bruke juridisk argumentasjon for å begrunne antatte effekter av et forslag
 - Forståelse av rettsdogmatikkens blikk for indre sammenheng, ellers kan det være vanskelig å ha oversikt over om en foreslått endring er "stor" eller "liten", om den kan håndheves etc.
 - Argumentasjonen for en rettspolitisk løsning blir neppe særlig god om man ikke klarer å betrakte den som en fremtidig rettstilstand

Juristens rolle i samfunnet

- Stor del av det praktisk liv: Ulike roller/funksjoner, særlig *partsrepresentasjon*
 - Bilegge tvister, å vinne frem, alle har krav på et forsvar...
 - Visse "yrkesmonopoler", lojalitetsplikt til faget og samfunnet
- Forskeren: Rollen er (bør være) i endring
 - Bjarte Askeland: Jussforskeren har ofte blitt eksperten på en liten teig, hver forsker en ubestridt autoritet på sitt område
 - Fremveksten av komplekse, parallelle rettsystemer, juristens rolle blir å overvåke og forstå endringene. "Leskyndig storebror for søskenflokk av analfabeter"
- Tradisjonelt kort avstand mellom praktiker og forsker
 - Er det også en side ved juristrollen som er i endring?

Juristens rolle og vår rolle

- Er juridisk metode kun en teknisk ferdighet
 - Eller er metoden uløselig knyttet til sosialisering og innpoding av lojalitetsplikter og samfunnsansvar gjennom jusstudiet?
- Vil våre resonnementer (juridiske, så langt ferdighetene rekker) tas på alvor av ”ekte jurister”?
 - Altså: Kan vi regne med en fordomsfri vurdering av våre resultater som holdbare eller uholdbare, i juristers fagfelleskap?
 - Antakelig kan man ikke regne med det; også internt i juristprofesjonen er man ofte tilbøyelig til å støtte seg på forutgående rangering av ulike meningsbæreres autoritet
- Kan man utfordre juristers oppfatninger?
 - Jussforskere: Ja, bevares! Det både trenger og fortjener de
 - Men vi verken kan eller bør bevege oss inn på ”yrkesmonopolene”

Tips for forvaltningsinformatiske oppgaver (I)

- Et minstekrav til oppgavene er at de har samfunnsfaglige, teknologiske og juridiske elementer
- En god oppgave har tverrfaglige møtepunkter, der det tilføres noe som man ikke ville få frem med bare en fagdisiplins perspektiver og metoder alene
- La problemstillingen styre *valg* av metode
 - Er det viktig/nødvendig å ta standpunkt til rettsspørsmål?
 - Eks.: Du skriver om transformering av barnebidragsregler til et saksbehandlingssystem:
 - Skal du løse et spørsmål om når ”inntektsevne” kan baseres på ligningsdata, vs. når det må fastsettes skjønnsmessig? → juss
 - Vurdere NAVs prosess for å løse dette spørsmålet? → Intervju e.l.

Tips for forvaltningsinformatiske oppgaver (II)

- Alternativt eksempel
 - I en forvaltningsinformatisk oppgave kan dette ofte være aktuelt dersom man skriver om en planlagt, fremtidig teknologianvendelse
 - Eks.: Du skriver om iverksetting og etterlevelse av forvaltningspolitiske føringer i Helsedirektoratets etablering av ny nasjonal kjernejournal
 - Bør pasienter få tilgang til kjernejournalens opplysninger om en selv gjennom "minside" eller gjennom "altinn"?
 - Spørsmålet om hva disse teknologiene går ut på krever ikke juridisk metode. Spørsmålet om hvilken portal som best ivaretar målene i gjeldende forvaltningspolitikk krever heller ikke det.
 - Skal du derimot ta stilling til om disse portalene gir *tilstrekkelig sikkerhet* (som er standarden etter helseregisterloven § 16), bør du vurdere dette ved å ta standpunkt til gjeldende rett → juss