

Forelesninger,

Juridisk Fakultet, UIO 26. februar 2020

Dr. juris Knut Bergo

## **Rettskildelærens gjenstand og metoder – en kritikk**

### **1. Innledning**

Jeg er her for å snakke om "Rettskildelærens gjenstand og metoder".

Dette er også tittelen på den ene artikkelen min i læreboken om juridisk metode og tenkemåte.

De som synes at jeg snakker for raskt må selvsagt si fra, men det sentrale står i læreboken, og jeg kommer også til å legge ut manuset etterpå.

I undervisningsplanen er dette oppgitt som en forelesning i metode.

Men - jeg skal ikke primært behandle «juridiske metode», forstått som de fremgangsmåter jurister benytter for å løse rettsspørsmål.

Det jeg skal behandle er grunnlagsspørsmål, så dette er et lite innslag av «pliktig rettsfilosofi» i metodeundervisningen.

Målet er å vise forbindelser fra det filosofiske til det konkrete, slik at dere får en bedre forståelse av den juridiske metoden.

Det jeg skal diskutere i detalj er rettskildelæren, og dette fagets metoder.

Rettskildelæren er et akademisk fag som søker å beskrive den juridiske metoden på en vitenskapelig måte. Faget består av lærebøkene til Boe, Eckhoff, Helgesen, Torvund, Mæhle og Aarli, Nygård, Fleischer, Andenæs, Skoghøy med flere, og nå senest den nye læreboken der Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde er redaktører, samt masse artikler i tidsskrifter, nøtteskall-fremstillinger og så videre.

Dette er utvilsomt det største juridiske faget i Norge, målt i antall forfattere og sider. Mye større enn i strafferetten, avtaleretten og kjøpsretten. Sånn sett er det en rik disiplin. Men bare tilsynelatende. Min påstand at det er et fag i vitenskapelig krise, og at det har vært slik i mange tiår.

Det er forskjell på folk, ikke minst er Skoghøys bok sterkt å anbefale og det er også noen gode artikler i den nye læreboken. Men mye av min kritikk treffer det meste av rettskildelæren. Det går både på metodebruken og på innholdet i det de beskriver som vår juridiske metode.

Jeg mener bl.a. at norske jurister i mange tiår er lært opp i en annen grunnmodell enn den som praktiseres i Norge. Mer om dette senere.

Den største svakheten her er at de ikke læres opp til en mer prinsipiell lovtolkning der motstrid mellom rettskilder ikke håndteres på en systematisk måte. Et annet problem er trinnhøydeproblematikken. Dette har betydning for felter der Grunnloven, EØS-retten og EMK kommer inn i bildet. Problemet er nettopp utvanningen av konseptet om trinnhøyde – fokuset på harmonisering av rettskilder fremfor rangering av rettskilder.

Vi har etter mitt syn svakere metodebevissthet enn jurister i land vi ellers liker å sammenligne oss med. Dette skaper særlige vansker på rettsfelter med internasjonal regulering. Hvilket vil si mye av dagens juridiske virkelighet. Jeg vil avslutte med å vise en konkret og dagsaktuelt effekt av denne svikten, i NAV-saken. Men jeg vil altså begynne med mer filosofiske temaer.

## **2. Rettskildelærens gjenstand og metode – de to spørsmålene**

Skal man drive med vitenskap er det to spørsmål å stille seg: Hva vil man beskrive, og hvordan skal man gå frem. Gjenstand og metode.

Svaret på det første er at rettskildelæren er jussens metodelære. Den skal handle om hvordan jurister løser rettsspørsmål.

Dette gir den en overordnet rolle i forhold til de andre jussfagene. Rettskildelæren gir oppskriften vi skal bruke i disse fagene, så langt det er rettsdogmatikk vi steller med, vel og merke. For den skal jo imitere den praktiske rettsanvendelsen i forvaltningen og domstolene.

Men hva slags karakter har så denne oppskriften? Her går et viktig (men for enkelt) skille mellom en normativ og deskriptiv fremstilling. En normativ fremstilling handler om hvordan noe bør være. En deskriptiv fremstilling handler om hvordan noe er. Den er altså empirisk, for å bruke et synonym. Dette skillet kjenner dere fra Eks.fak og Eks.phil så jeg sier ikke mer.

Men i praksis er dette litt mer sammensatt. I norsk rettskildelære møter vi ingen som kun er normative. Det er heller ingen som kun skriver om hvordan juss utføres i praksis. Det er mange referanser til rettspraksis, men det som står i forgrunnen er rettskildenormentene, eller rettskildeprippene eller rettskilderegulene, for å bruke andre betegnelser.

Rettskildelæren er dermed normdeskriptiv, hevdes det. Forfatteren oppstiller ikke normer, de beskriver normer som hevdes å "eksistere" på en eller annen måte.

Også de andre jussfagene er normdeskriptive. I strafferettslæreverkene beskrives jo ikke de strafferegler lærebokforfatterne mener at bør gjelde i Norge, men det som er gjeldende norsk strafferett.

Men det er en vesentlig forskjell her. I de andre jussfagene har man en metode å bruke; nemlig den generelle oppskrift rettskildelæren utpeker. Gjeldende rett har dermed en "systemisk" avledet eksistens, for å sette et vitenskapsteoretisk ord på det.

Gjeldende norsk strafferett er eksempelvis et produkt av norsk juridisk metode anvendt på lovene som hjemler straff, og de andre rettskildene som anses relevante for straffesaker.

Slik er det ikke med rettskildelæren. Den er forankringspunktet for den øvrige jussen, men er selv uten et overordnet normativt forankringspunkt.

Rettskildelæren anses derimot for å være forankret i noe faktisk; de metodekonstituerende rettskildenormer forstås som faktiske fenomener.

Den oppfattes altså som et empirisk fag, på linje med sosiologi og psykologi.

Grunnloven har bestemmelser som er relevante for den juridisk metode, som lovkravene i § 96 og 113, likhetskravet i § 98 og forbudet mot tilbakevirkende lover i § 97. Dette gjør bildet mer komplekst; dette er jo tekster, normer. Men de fleste tenker seg her at Grunnlovens betydning avhenger av rettskildenormenten som tillegger paragrafene den og ikke den betydningen. Grunnloven må jo tolkes, og det avgjørende er hvordan mesterfortolkerne i Høyesterett forholder seg til den. Dermed er vi tilbake i det empiriske.

Det jeg har sagt til nå burde ikke være kontroversielt. Det kontroversielle ligger i de oppfølgende spørsmålene og konklusjonene jeg kommer til å trekke.

For det første: Hvilket faktisk fenomen er det snakk om? Hva er rettskildenormenten for noe?

På 1950-tallet ble det oppfattet som rene psykiske størrelser, som visse normer Høyesterett oppfattet som en forpliktende ideologi. Dette var kjernen i den skandinaviske rettsrealismen i versjonen etter Alf Ross, som jeg kommer til.

Tenkemåten er den samme i dag – i norsk rettskildelære er man fortsatt opptatt av hva som motiverer dommere og andre jurister, og da særlig den rolle rettskildenormenten spiller i de juridiske overveielser.

På et punkt er det derimot en forskjell; rettskildenormenten forstås ikke lenger kun som faktiske, psykologiske størrelser men har fått en normativ dimensjon.

Dette kommer jeg snart til, først skal jeg kort berøre det andre spørsmålet, det metodologiske om hvordan går frem for å kunne beskrive rettskildenormenten.

De to spørsmålene henger nøye sammen, i den forstand at forskningsmetoden jo bør tilpasses undersøkelsesgjenstanden.

Gitt at rettskildenormene forstås som psykologiske motiverende størrelser hos dommerne, kunne man jo tenke seg at rettskildelæren bygget på sosiologiske eller psykologiske metoder.

Men den anførte dokumentasjon er i det alt vesentlige tekster fra Høyesterett, der retten begrunner sine avgjørelser.

Dette reiser spørsmålet om vi kan slutte fra hvordan Høyesterett begrunner sine avgjørelser, til hva som motivere dem, de psykologiske faktorene som lå bak avgjørelsen.

Svaret på dette er ja men under to forutsetninger – at dommerne har full innsikt i egen motivsituasjon og at begrunnelsens formål er å gjengi denne.

Den første premissen skal jeg ikke begi meg inn på her, det ville være moderne psykoanalyse på avstand.

Om den andre premissen kan man si følgende: Høyesterett skriver sine dommer som et kollegium der den som er førstvoterende ikke nødvendigvis står inne for alt som sies i hans og hennes navn. Og formålet med begrunnelsen er å overbevise leserne om at avgjørelsen er riktig. Men – kanskje er det likevel mulig å legge inn en "svak" motivasjons sannhet i dette; det stemmes jo i Høyesterett først etter at domspremissene er avklart. Og dermed kan vi kanskje likevel si at det er en svak "kausal link" – dommer Per og Kari ville vel ikke satt sitt navn på det de ikke mente var korrekt og for saken avgjørende juss?

En mulig delkonklusjon er derfor at det ikke er så hakkende galt å ta Høyesterett på alvor i det de skriver for å forklare hvorfor de kom til det og det resultat.

Men – og her kommer the big hiccup; en grunnpremiss i den norske rettskildelæren er at Høyesterett ikke alltid er oppriktige, bl.a. skjules reelle hensyn. Dette er den såkalte kamouflasjetesen, jeg skal si mer om den senere.

Så mye da for forsøkene på å utlede juridisk metode fra Høyesteretts dommer.

Dette betyr at rettskildelæren ikke har noen vitenskapelig metode for sin beskrivelse av de juridiske overveielserprosessene og rettskildenormenes rolle i dette. Metodevalg og grunnpremiss henger ikke i hop. Dette gjør det ikke enkelt å falsifisere rettskildelærens påstander om hvordan Høyesterett resonnerer. Og det gjør det ikke lett å være norsk jurist, som vi skal se.

### **3. Avveiningsmodellen og de reelle hensyn**

Tiden er nå inne for å introdusere rettskildelærens hovedmodell for hvordan rettsspørsmål løses, det jeg i boken min fra 2002 kalte «avveiningsmodellen».

Dette bør være kjent stoff, men er viktige utgangspunkter for å forstå hva rettskildenormene forventes å gjøre og ikke gjøre.

Modellen går i korte trekk ut på at rettsspørsmål løses ved å veie argumenter, som vi finner frem til ved å tolke et større antall rettskilder.

Eckhoff har syv rettskilder på sin liste, senere lærebokforfattere har noen flere.

Dette beskrives som en delvis normstyrt prosess, der rettskildenormene anviser relevante rettskilder, gir føringer for tolkingen og et stykke på vei også bestemmer vekten.

Men et vesentlig premiss er at det ikke finnes klare regler for det siste; det er en stor restsone for dommerens syn på resultatets godhet – de reelle hensyn.

I klassisk filosofi kalles avveining en topisk avgjørelsesform, i motsetning til den subsumsjonslogiske.

I mer moderne språkdrakt kan vi skille mellom pro/kontra argumentasjon versus en norm- eller språkbasert argumentasjon.

Matematikken er paradigmet for det siste, mens avveining er paradigmet for politiske vedtak og andre avgjørelser der det ikke er normer eller en annen fasit å bygge på.

Men hos oss har avveining lenge også vært paradigmet for jussen.

Dette er forbausende. Den dagligdagse forståelsen er jo at juss handler om å anvende generelle rettsregler på konkrete saker. Det gir forutberegnelighet for borgerne og likhet for loven, slik Grunnloven § 98 pålegger.

I lange epoker var normbasert subsumsjon jussens paradigme, og i det store utlandet er det normalt fortsatt slik. Men i Norge byttet man modell for 50-60 år siden, i den rettsrealistiske epoken.

En vitenskapsteoretisk premiss for skiftet var at all begrepsbruk (og dermed også normbruk) krever politiske, etiske og moralske vurderinger. Dette var en utdatert oppfatning i vitenskapsfilosofien allerede den gangen, men nok om det.

En annen og empirisk forstått premiss var at dommere sjelden lar seg styre av generelle normer. Den eldre rettskildelæren hadde her ikke gitt en realistisk beskrivelse og underspilt betydningen av de reelle hensyn.

En tredje og ikke alltid like klart kommunisert normativ premiss var at en slik åpen juridisk metode er bra; rettsreglene bør utvikles i tråd med samfunnsutviklingen.

Dette er ikke en tenkemåte som er passe i Norge. Vi møter den bl.a. hos Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle når de skriver om juridisk metode for morgendagens jurister, som de mener må "besvare rettsspørsmål som ikke har vært stilt før basert på rettsregler vi ikke fullt ut kjenner i dag", bl.a. fordi samfunnet forandrer seg og lovene gir rettsanvenderne spillerom og fleksibilitet.

Jeg vil understreke at de to vitenskapsteoretisk er i en ganske annen og høyere liga enn de aller fleste andre i norsk rettskildelære, bl.a. når de introduserer konseptet om et "forsvarlige standpunkt" og at det er et "intervall av forskjellige standpunkter" i jussen. Dette er en helt naturlig konklusjon å trekke dersom grunnpremisen er at gjeldende rett må være en fleksibel størrelse og reelle hensyn ha en sentral rolle.

Men den er frisk. For det de da gjør, er å avvise en grunnleggende premiss der retten forstås som en "binær kode" der noe enten er rett eller ikke rett.

Dette er derfor blant artiklene i læreboken jeg vil anbefale som nyskapende, men ikke fordi jeg er enig. Jeg tror snarere vi bør redusere fleksibiliteten for dommere og andre maktmenn og -kvinner som skal bestemme hva som er gjeldende rett for andre.

Det går bl.a. på at jeg har et litt annet syn på hva reelle hensyn er for noe.

Det oppfattes av mange som noe annet og mer høyverdig enn de andre rettskildene; de er "realiteter" der de juridiske tekstene kun er "formaliteter". Dette er det man i filosofien kaller en verdirealistisk posisjon, jeg skal si litt mer om det senere.

Dette er en posisjon jeg oppfatter som filosofisk foreldet, jeg er "verdirealist" av den postmoderne typen. Det første betyr at jeg (noen ganger dessverre) må konstatere at det er sprikende meninger om hvordan tingene bør være, og ingen objektiv fasit å vise til.

Den postmoderne vinklingen går på at argumentasjon basert på reelle hensyn og politiske og moralske vurderinger også å arbeide med språk eller "tekster", med mer eller mindre vage kriterier for hva som er viktig og riktig og galt.

Dette er ord vi bruker på mer eller mindre avanserte måter, det er ikke primært magesfølelser eller andre fysiske utslag. Vi bruker tekster i vid forstand til å resonnerer politisk, etisk og moralsk, og det er noen tekster vi liker og andre vi ikke liker.

For dommeren som skal ta reelle hensyn er det snakk om å bruke "skjulte" tekster, i den forstand at disse ikke er åpent tilgjengelige for oss andre, slik lover og rettspraksis er det.

Dette går jeg ikke nærmere inn på, de av dere som ønsker kan lese min bok *Tekst og Virkelighet i rettskildelæren*, en eller annen gang i livet.

I norsk kontekst ble reelle hensyn uansett nokså ensbetydende med lovgivers formål og forvaltningens målsettinger. Det ble i liten grad en kritisk målestokk for å etterprøve makten, men en ekstra åpning for forsterket statlig styring.

Dette er nok en viktig årsak til at avveiningsmodellen har blomstret og overlevd, i tråd med utviklingen av et stort og ressurssterkt norsk forvaltningsapparat.

Den viktigste forklaringen på overlevelsen er likevel at den ble et arvet teoretisk paradigme i Thomas Kuhns forstand.

Min kritikk av avveiningsmodellen er dels empirisk: Den er lite dekkende for Høyesteretts lovanvendelse, der en ganske avansert normsubsumsjon dominerer, med "lovgiverviljen" som bærende norm, men med til dels vilkårlige variasjoner.

Dette var det viktigste funnet i boken min om *Høyesteretts forarbeidsbruk* fra 2000. Det samme preger perioden etter 2000. Jeg viser her til artikkelen om lovtolking i læreboken.

Et annet ankepunkt er at avveiningsmodellen er lite veiledende. Det meste blir en "suppe" av argumenter, uten klare prinsipper for rangering av dem. Jussen gjøres vanskeligere enn nødvendig. Jeg kommer tilbake til detaljene i dette.

Min påstand er at avveiningsmodellen i stor grad er de juridiske teoretikernes åndsverk, og et dårlig sådan. Hvordan det ble slik vil jeg vise med et kort historisk tilbakeblikk.

#### **4. Normativisme, positivisme, realisme, rettspositivisme og normativisme igjen – en norsk historisk sirkel**

En rent normativ metodelære der forfatteren kun gir oss deres egne meninger om hvordan jussens metoder bør være, har sannsynligvis aldri eksistert.

Den som argumenterer normativt vil alltid henvise til påståtte fakta, eksempelvis at bruk av reelle hensyn er bra siden gjeldende rett da kan reflektere endringer i samfunnet.

Jeg nevnte kort verdirealismen, der den riktige løsningen utledes av fakta, "sniffes ut av naturen" så og si. Det trengs da ingen nærmere begrunnelse for at reelle hensyn bør være en viktig rettskilde.

En totalt forskjellig men beslektet tenkning var begrepsidealismen. Her tenkte man at de juridiske grunnbegrepene hadde et objektiv innhold.

En tredje tilnærming er verdirelativismen. Dersom jeg f.eks. sier at bruk av reelle hensyn medfører forskjellsbehandling og gir dårligere forutberegnelighet og derfor bør unngås,

presenterer jeg et normativ resonnement i verdirelativistisk språkdrakt; en empirisk påstand (om virkningen av reelle hensyn) kombineres med min subjektiv verdidom (at det er uheldig og bør unngås i mye av jussen).

Om jeg derimot anfører at rettsbegrepet forutsetter at like tilfeller behandles likt basert på rettsregler som er kjent på forhånd argumenterer jeg begrepsidealistisk.

Tilbake til vårt hovedtema: Hvordan finner vi løsningen på dette spørsmålet – om betydningen av lov versus reelle hensyn - og andre metodespørsmål i jussen?

Går vi litt tilbake i tid, ble det ikke overlatt til dommerne, heller ikke Høyesterett. Dette var professorenes domene, basert på et begrepsidealistisk ståsted:

Den rette lovtolkning fulgte av grunnleggende tolkningsprinsipper. Disse var ikke noe teoretikerne eller praktikerne skulle lage selv, dette gikk på lovtolkingens vesen og jussens essens, så å si.

Noen mente at lovtolkingen gikk ut på å finne frem til lovens objektive mening – det er et utslag av den mer generelle teorien vi fra avtaleretten kjenner som tillitsteorien. Andre mente at det gjaldt å finne frem til lovgivers mening – altså en subjektiv eller formålsbasert tolkingsteori.

Striden sto uansett om valget av lovtolkingsprinsipp, deretter var det kun å trekke konsekvensene med hensyn til hvordan lov, forarbeider, formål og reelle hensyn med mer skulle brukes og rangeres.

På samme måte ble "sedvanerett" forstått som en privat praksis som måtte oppfylle visse kriterier – den måtte være entydig, langvarig og utøvet i den tro at den var rett, først da forelå sedvanerett.

Hvordan dommerne tolket lover og forsto sedvanerettsbegrepet avgjorde ikke metodespørsmålet, Høyesterett skulle kritiseres dersom de tråkket feil.

Rettsidealismen gikk av moten fra 1900 og fremover, rettsvitenskapsmennene ble mer og mer opptatt av det som foregår i domstolene («law in action»).

Det ledet til massiv normskepsisme, der det ble stilt spørsmål ved rettsreglenes betydning overhodet. En av de mer radikale rettsrealistene var amerikaneren Jerome Frank, kjent for tesen om «breakfast jurisprudence», - tesen om at tiltaltes skjebne kan bli avgjort av dommerens magefølelse i ordets egentlige betydning – liv og død kunne bli avgjort av om dommeren fått en god frokost. Mer flatterende, men enda mer frustrerende for den som vil forutberegne utfallet, var tesen om at dommergjerningen er en «hunch jurisprudence, where the judge is brooding over all known matters of the case being facts and laws, to make a decision involving all of his personality».



Mye av vår rettskildelære kommer fra den store danske rettsrealisten Alf Ross, som skrev sin viktigste bok i 1953. Han var ikke fullt så regelskeptisk. Hans viktigste tese var at dommeren ikke er hvilken som helst privatperson som handler utfra følelser eller impulser, men deltar i «dommerspillet» når dommerkappen kommer på. Han og etter hvert også hun forholder seg da til en felles normativ ramme, en dommerideologi.

Rettskildelærens oppgave var å kartlegge denne ideologien.

Det ble så videreført av Eckhoff og hans etterfølgere, med justeringer.

Ideologibegrepet fikk en litt for negativ klang for mange, og begreper som "rettstradisjon" og "rettskultur" fremstår for den norske akademiker lett som noe "ullent".

Etter en stund gikk man derfor på typisk norsk vis rett på sak og snakket om "gjeldende rettskildenorner", uten å bry seg for mye om hva dette "egentlig" er for noe. Gjenstanden for undersøkelsene ble "borte i tåka", kan man si.

Og litt om senn ble den norske rettskildelæren paradoksalt nok ikke lenger er særlig realistisk, men rettspositivistisk og etter hvert ubevisst normativt fag:

Det høres kanskje kryptisk ut. Men dette går på følgende enkle fakta:

Det er bred enighet i rettskildelæren om at rettskildenornerne skapes av Høyesteretts praksis. Det kan komme forslag fra andre, og da særlig de juridiske professorer, eksempelvis bruk av etterarbeider. Men Høyesterett "setter sluttsteinen" for nye rettskilderegler, slik Erik Boe skrev.

Men dermed er juridisk kritikk av Høyesterett metodebruk umulig – for hvordan skille rettens metodefeil fra dens (legitime) metodeendringer? Skal Høyesterett «stå til rette for feil juss» må det jo påvises evalueringskriterier Høyesterett ikke kan endre på. Dette er en posisjon den skolerte rettsrealisten ikke kan innta. Han eller hun må veie sine kritiske ord med gullvekt, og nøye seg med å si at «dere gjorde dette annerledes før» eller at dette har de og de "uheldige konsekvenser". Det han ikke kan si er at dere «anvendte feil rettskildenorner» eller at den og den dommen er et metodisk feilgrep. Eller mer presist – han kan selvsagt si dette, men kan ikke samtidig hevde at det er opp til Høyesterett å utvikle rettskildenornerne.

Det hjelper ikke å kreve flere Høyesterettsdommer i samme retningen for å etablere en ny rettskildenorner, slik Erik Boe har forfektet. For det første: Hva skal vi si om den første nyskapende dommen som venter på sin oppfølger? Er den en juridisk feil eller er den ikke? For det andre; en rettskildenorner manifestert i mange dommer kan også endres, en ekte rettsrealist freder jo ikke tungt etablerte metodeprinsipper. Eller mer korrekt: Han kan ikke frede slike heller uten å gjeninnføre skillet mellom "law in books" og "law in action" der man kan forfekte at vi må se bort fra den og den og den senere dommen som en «avviker» uten juridisk betydning, fordi det allerede var etablert et fast tolkingsprinsipp.

Rettsrealismen er en nådeløs filosofi for den som vil pretendere at rettskildenormentene både er bindende for Høyesterett, og samtidig skapes og kan endres av Høyesteretts praksis. I den norske rettskildelæren glemte man dette og ble for opptatt av den normerende siden av saken.

Men dette er ikke en gang det verste. For hva er egentlig begrunnelsen for at rettskildenormenter som kan utledes av en "historisk" praksis fortsatt skal være juridisk bindende? Den som forfekter det er igjen blitt en rettspositivist som slutter fra at noe er eller har vært, til at det også bør være slik. Han og hun tror på det positive eller faktiske gyldighet, slik den berømte tyske jurtisten Georg Jellinek formulerte positivismens credo for 150 år siden.

Det hører til idehistoriens store ironi at dette var den læresetning Alf Ross mest intenst opponerte mot. Med andre ord – vi nordmenn fikk rettskildelæren fra den danske rettsrealisten Alf Ross og plukket opp hans ideologibegrep, men vendte så tilbake til den eldre rettspositivistiske tenkemåten han avviste. Og verre skal det bli, som jeg snart kommer til; rettskildelæren har ikke engang støtte i det positive – i praksis – for sine normkonstruksjoner.

## 5. Rettskildelærens metoder

Dette bringer meg over til det neste spørsmålet – rettskildelærens metoder for å gyldighetsbevare fortidens praksis inn i fremtiden. For ordens skyld – jeg snakker fortsatt ikke om juristenes metoder men om de rettskildeteoretikernes metode når de kartlegger rettskildelæren.

Og jeg hadde nær sagt – hvilken metode? For her finner vi ikke klare metodebeskrivelser i tekstene. Vi møter mange henvisninger til dommer som "reflekterer" rettskildenormentene. Men et undereksponert element er hvordan rettskildenormentene skapes, bevares for fremtiden og påvirker senere avgjørelser. Når lærebøkene viser til dommer som støtte for påstander, er det alltid til tekster med et datostempel, f.eks. en dom fra januar 1997.

Men de behandles ikke i korrekt fortids form («slik argumenterte Høyesterett i den og den saken») mens omtales i lærebøkene i historisk normativ presens som et utslag av et større og fortsatt eksisterende fenomen – som en motiverende norm som fortsatt virker, uten behov for fortolking.

Et fag med empiriske pretensjoner har her endt som en metafysisk øvelse der gjenstanden som beskrives – rettskildenormentene - er blitt til en «sort boks», en slags imaginær «leirtavle» der historisk praksis tenkes bevart over tid, og med en nærmest automatisk motiverende effekt for senere saker.

For faktum er følgende; det er svært liten støtte i Høyesteretts tekster for at de anerkjenner eller bruker noe slikt som vektnormer. I lang tid var det sjelden Høyesterett forholdt seg aktivt

til tidligere saker hva angår metodebruken. Rettskildelæren svekket metodebevisstheten også i Høyesterett, og ledet til at man ikke tenkte i form av metodeprejudikater.

Det er nye takter siden 2010, både på legalitetskravenes område og i EØS-tolkingen, som omtalt i den nye læreboken. Illustrerende nok har dette sammenheng med internasjonale rettskilder og metoder med skarpere innhold enn avveiningsmodellens normer.

Dette viser også veien mot en rettskildelære som igjen kan bli normdeskriptiv, der man tar på alvor at det krever «hukommelse og vilje» til å la seg lede av normer. Dommerne i Høyesterett må da formulere en praktikabel metoderegulering, og huske og bruke den senere, slik at vi andre også ser og kan la oss veilede. Eller – slik jeg foreslo i fjor høst – det bør lages en egen lov om juridisk metode, som fastsetter de viktigste rettskildenormentene jurister bør følge.

Dette kommer jeg tilbake til, først litt om innvendingen jeg hører; om at det ikke er mulig å lage klare metoderegler; juss krever uansett en avveining der reelle hensyn ofte vil gjøre utslaget.

## **6. Hva er det metodiske grunnlaget for avveiningsmodellen?**

Vi er nå klare for det sentrale spørsmålet: Hva er grunnlaget for denne påstanden?

Den kom fra Ross, selv om han ikke snakket om "avveining". Hans rettskildelære var kanskje ikke vesensforskjellig fra forgjengernes, som også anerkjente "sakens natur" og "pragmatiske faktorer" som rettskilde, men grunntonen var en annen:

Lovtolkingsprinsippene og sedvanerettskonstruksjonene var i stor grad fasadelegitimasjoner som skjulte at avgjørelsene bygget «pragmatiske faktorer». Selv «troen på bokstav-fortolkingen var en illusjon», skrev Ross i 1953.

Slik han så det, fantes det en klar dommerideologi kun i noen få tilfeller, kanskje bare der lovens ordlyd var tolket i en høyesterettsdom. Også loven var altså en rettskilde med kun relativ vekt.

En annen (empirisk forstått) premiss var at "sakens natur" - reelle hensyn - telte mer for dommerne enn den juridiske ideologien.

Dette synspunktet finner vi ikke minst hos dem tungt politisk interesserte Eckhoff, men det er – illustrerende nok – underbygget med en kort referanse til professor Stangs gamle sitat fra Høyesterettsdommer Skattebøl (fra Ål i Hallingdal) skulle ha sagt om at "Høyesterett aldri har latt seg tvinge til å avsi en dom den fant urettferdig".

Skattebøl satt i Høyesterett fra 1904 til 1918, for å sette dette i et historisk perspektiv.

Det generelle poenget mitt er at Ross og Eckhoff i stor grad bygget sin konstruksjon av dommerideologiens bestanddeler på andre premisser enn dommernes egne tekster.

Og hva bygget de i så fall på? Mye av det de skrev bygget på sosiologiske og psykologiske refleksjoner preget av sin tid, eller av enda eldre epokers tankesett, som vi så.

Begge tilhørte en epoke med mye uskreven rett, lite lovgivning og lenge veldig konservative dommere. Eckhoff opplevde også etterkrigstidens styrings- og statsvennlige norske dommere og eksplosjonen av lover og forskrifter, men sluttet å skrive før vi gikk inn i EØS og fikk EMK som sentral rettskilde. Han synes ikke å ha reflektert veldig mye over om dommer Skattebøls refleksjon var like dekkende for sin epokes norske dommerstand, med dens tunge innslag av departementsjurister og tidligere justisministre. Uansett – deres tid var en helt annen tid enn vår tids med nasjonale lover, forarbeider, forskrifter og internasjonale regler og praksis i et massivt omfang.

Nils Kristian Sundbys bidrag til rettskildelæren var det teoretiske begrepsapparatet, tanken om at en del normer er «avveiningsmarkører» som angir at det må veies, mens andre er retningslinjer som angir argumentene som må veies. Dette inspirerte ham og Eckhoff til å se på rettskildelærens kjernenorm som en eneste stor avveiningsmarkør, mens de supplerende rettskildenormentene var retningslinjer som pekte ut rettskildene som skulle veies. Bak kan man selvsagt skimte 70-tallets marxistiske tenkemåte, der verden er en interessekamp. Avveiningsmodellen fikk sitt vokabular og innhold definert gjennom teoretisk språk-logisk spekulasjon, fra en begavet 1970-talls marxist.

For Eckhoff var også pedagogisk forenkling og generalisering viktig. Han tok derfor bort skillet mellom lovanvendelse og uskreven rettsanvendelse; alle rettsspørsmål løses ved å veie relevante argumenter fra opptil syv rettskilder. En grunn til det var fellesnevneren han mente å se - at de reelle hensyn uansett spiller en sentral rolle.

Eckhoff var selvsagt klar over at jurister i omtrent alle andre land til nesten alle tider har ment at jussen har fastere og mer formell karakter, med lovtolkings- og prejudikatlærer som rangerer rettskildene kategorisk og ikke relativt. Men i nordisk rettsvitenskap hadde rettsrealismen brakt forskerne til et høyere kunnskapsnivå, der man forsto at dommere overspilte betydningen av det formelle og underkommuniserte betydningen de tilla reelle hensyn.

Dette er «kamouflasjetesen». Den lever fortsatt i beste velgående i Norge, med Svein Eng og Alf Petter Høgberg som prominente forkjempere. Den er en årsak til at mange fortsatt tilskriver reelle hensyn stor vekt i lovtolkning, selv om Høyesterett sjelden eller aldri presenterer dette som et avgjørende argument (reelle hensyn kommer gjerne til slutt, som støttemoment).

"Fordelen" med avveiningsmodellen er at den gir generalisering og tilsynelatende forenkling. Vi tilbys samme modell for lovanvendelse, prejudikatsbasert juss, lov- og prejudikatstomme rom og de få tilfeller der Høyesterett har underkjent en langvarig lovtolkingspraksis, som i dommen om sinnsykes ankerett fra 1979. Her kom retten en foreslått ny straffeprosesslov i forkjøpet.

Det var i takt med tiden, «alle visste» at den 80 år gamle regelen snart ville bli endret, og dommerne så ingen avgjørende grunn til å vente på Stortinget. Skal en slik sak passe inn i en generell modell må vi konstatere at selv en hellig treenighet bestående av lovtekst, forarbeider og høyesterettsdommer kun er argumenter med relativ vekt, som kan falle for reelle hensyn. Men – og det er det store men - i det store, store flertallet av saker skjer ikke det. Det seneste klare eksempel ligger nå fire tiår tilbake i tid.

Det kan selvsagt bli snakk om å tilsidesette en norsk lovregel, men da er rettskildebildet et ganske annet. Det finnes da omtrent alltid tekster av prinsipielt høyere rang, i Grunnloven eller internasjonal rett som EØS-retten eller EMK, og tolkingsmetodene som brukes er mer tekniske og strukturerte. Jeg viser her kort til min artikkel om lovtolking, der jeg (med referanse til Skoghøy) viser hvordan forholdsmessighetsvurderinger etter EMK og Grunnloven er noe annet enn reelle hensyn, for ikke å snakke om den tekniske, prejudikatsbaserte karakteren EMK-prøvelser har fått.

Min påstand er dermed enkel og grei når det kommer til stykket: Norske jurister læres opp i en modell som har begrenset praktisk og teoretisk interesse i vår overflod av nasjonale og internasjonale lover supplert av massiv praksis. Dette betyr ikke at jussen er enkel, mekanisk og uten skjønn; det er nok av vanskelige spørsmålet å ta stilling til når tekstmaterialet skal tolkes. Men disse spørsmålene må løses etter andre metoder enn en samlet "veiing" av alle argumenter.

## **7. Hva med vektnormene?**

Men før vi kommer dit, er det ett element til i den tradisjonelle rettskildelæren som må diskuteres – vektnormene slik vi kjenner dem fra lærebøkene. Finnes disse og hvilken betydning har de i så fall? De er jo «trøsten» til alle de som ønsket seg forutberegnelighet i jussen, etter at avveiningsmodellen har eliminert tolkningsprinsippene og sluppet dommernes vurderinger av reelle hensyn inn i kjernen av jussen. Det at avveiningen er normregulert, gir jo håp om en viss likebehandling og forutberegnelighet likevel.

Lenge så man i rettskildelæren på normstyringen som svært begrenset. Relevansnormene skal sile ut det som ikke er relevante rettskilder, men «reelle hensyn» er en åpen kategori. I Eckhoffs lærebøker er det omtrent bare personlige sympatier og antipatier mot partene i saken som utelukkes, dommerne kan fremme sitt politiske grunnsyn og sitt samfunnssyn. Også vektomgangen har sine normer i hans skjema, men innholdet var begrenset til vage formuleringer som at "lov og forarbeider har stor vekt" og sammen står sterkt, og lignende. Ikke mye å bli veiledet av.

Det var særlig med Erik Boe vektnormene fikk omfang. Formålet var prisverdig nok. Når rammen for relevante argumenter er blitt vid er det desto viktigere å passe på vektingen. Svaret

ble typisk for jurister – flere styrende normer. Men det er neppe noen jurist som har forsøkt å la seg vektnormstyre slik Boe forklarer i sin lærebok, der han beskriver en tredimensjonal vektnorm-matrise, der «gjennomsnitts-vekter» og to typer av «variabler» bestemmer vekten til hver enkelt «faktor» (rettskilde).

I artikkelen i læreboken har jeg gjort et forsøk på å tallfeste Boes modell på en tentativ skala med relative vekter, jeg skal ikke gjenta dette nå. Les selv. Mitt poeng er ikke at det er slik juss foregår i praksis – tvert imot. Mitt poeng er at et slikt system må til for at vektnormene han beskriver skal kunne brukes til noe. I artikkelen er vektallene vilkårlig satt av meg, men de må fastsettes av en eller annen for at veiing basert på disse distinksjonene skal være mulig, og de er altså foreløpig ikke fastsatt av noen.

Det som ikke engang er med i Boes modell, er en fjerde dimensjon, der det skilles mellom ulike slutninger fra en og samme rettskilde. Er mine tentative tall kun gyldige for språklige slutninger fra loven, mens analogier og antiteser kun skal ha halv vekt, siden det også forutsetter «harmoniserende vurderinger»?

Det fremstår kanskje for noen som pedagogisk greit at studenter gis «lærebok-knagger» for å løse avveiningsspørsmål. Men det Boe gir er ikke en realistisk beskrivelse av hvordan juss foregår i praksis, og uten vektanvisninger gir det heller ikke mye hjelp som et teoretisk opplegg.

I Høyesteretts tekster er det ikke spor av denne typen normer. Det er heller ingen grunn til å tro at de brukes i dommernes hoder eller i dommerkonferanser uten at det settes på papir. Den som vil, kan prøve å veie uten tall, som nettopp er en teknikk for å definere faktorers relative betydning i forhold til hverandre.

Og dersom dommerne skulle lykkes med å gjennomføre en totalavveining av alle relevante slutninger fra alle relevante rettskilder etter først å ha bestemt vekten av hvert argument i de fire dimensjonene basert på til dels sterkt skjønnspregede kriterier som hvor «generell eller spesifikk» en rettskilde er, så kan vi trygt legge til grunn at utfallet ville sprikt kolossalt fra dommer til dommer og for den enkelte dommer fra sak til sak. Hvordan «veie likt i like saker» når vektene aldri settes på papir?

Enkelte kriterier i byggverket kan gjenfinnes i en og annen dom som sier at en lov er «gammel» eller «i utakt med moderne rettsoppfatninger» eller at en lovendring ikke fremstår som «overveiet». Men det er gjerne i unntakstilfellene, når lovteksten står for fall i neste setning. Vurderinger basert på disse kriteriene er ikke et fast mønster, og det er ingen saker der Høyesterett forteller at det er rettskildenormer som «tvinger» dem til slike evalueringer.

På samme måte som avveiningsmodellen, er vektnormene et produkt av en generaliserende og normkonstruerende metode, der en antydning til et vurderingstema i en dom eller to har vært

nok til å konstruere en generell vektorm. Først tok avveiningsmodellen makt over sinnene, så skjøt teoriens rettskildenormproduksjon fart, for å fylle modellen med normativt innhold.

Det er dette jeg mener med at rettskildelæren gikk fra realisme via positivisme til en nokså ren normativisme der teoretikerne er produsentene av rettskildenormer. Og normene som er produsert er ikke brukbare.

## 7. Praksisbeskrivelser og argumentasjonsmønstre

I lærebokartikkelen beskriver jeg også et mer forsiktig program for å analysere metodepraksis.

Vi kan f.eks. ta utgangspunkt i (de daterte) eksempler på argumentasjon i Høyesterettsdommer, herunder mer prinsipielle formuleringer, og peke på «mønstre» uten å ha klare forestillinger om årsak og fremtidige virkninger og uten å si at det fortsatt er «gjeldende praksis».

På en måte er det å dukke unna grunnlagsspørsmålet om hva det fastere innslaget i jussen er for noe. For juss er utvilsomt en egen argumentasjonsform, som skiller den fra annen språkbruk og problemløsning. Vi kan godt si at det handler om rettstradisjon, om rettskultur og juridisk ideologi, så lenge det ikke leder til løse spekulasjoner om innholdet i slike fenomener.

Et annet og bedre stikkord er tekstualisme. Dere har kanskje lest fremstillinger der jeg betegnes som juridisk tekstualist. Det dette går på, er at jeg finner fellesnevneren vår i de juridiske tekstene og det juridiske språket; det er det vi norske jurister har mer eller mindre til felles, og som skiller oss fra andre fagfolk og legfolk, og fra jurister i andre land. Men denne massen av tekster og språklige erfaringer er bare i en viss utstrekning lik, i stor grad har vi også forskjellige erfaringer med juss og andre forhold.

Dette er også et pragmatisk forsøk på å redusere premissene som må avklares for å kunne analysere og diskutere juridisk metodebruk på en meningsfull måte. Vi behøver ikke (og bør ikke) gå omveien om et kulturelt eller ideologisk eller rettskildenormativt metaplan for å diskutere om en dom fra 2015 som stiller krav til objektiv lovtolking i strafferetten kan eller bør få betydning i senere saker. Det er spørsmål om å identifisere denne og andre avgjørelser om tolking av straffelover, og for dommerne et spørsmål om å huske og tillegge det betydning i senere saker. Gitt at det er det de og vi vil at de skal gjøre. Det skjer uansett neppe av seg selv.

En praksisbasert rettskildelære har ikke nødvendigvis et mer mystisk grunnlag enn prejudikatslærene i den materielle jussen. Det er snakk om å finne relevante tekster og bruke den på en konsistent måte, også for Høyesterett selv.

Spørsmålet er så om dette kan og bør skje. Jeg mener det.

## 8. Et paradigmeskifte i den norske rettskildelæren?

Det er greit nok å tenke seg at jorden er flat, så lenge 95% av folket er bønder og ikke trenger å se lenger enn de 50 meterne med åker de skal pløye, og resten av folket er soldater som ikke trenger å se lenger enn til rekken med fiender to hundre meter der borte i skogkanten. Men det holder ikke for den som skal navigere rundt verden, utvikle moderne kommunikasjon eller satelittbasert datakommunikasjon i global skala.

Slik også med den norske rettskildelæren. Avveiningsmodellen er grei nok for den som skal løse uskrevne rettsspørsmål omtrent som i sakene om lensmannsmorderens personvern, pasienters innsyn i sykejournaler og husmorsameier. I en moderne verden, der den nasjonale regelproduksjonen er omfattende og importen av internasjonal, kompleks juss er enorm, så holder det bare ikke. Den som skal ta stilling til parallellen til lensmannsmordernes rettsvern kommer bl.a. ikke unna EMK og EØS-jussen om personvern,

Og selv ikke i en norsk verden er dette bra nok. Jeg synes eksempelvis ikke at det er nødvendig med helt usystematiske variasjoner på dommernes holdninger til motstrid mellom lov og forarbeider, jf. læreboken.

Men den juridiske virkeligheten er heldigvis ikke så hensynsfull som dere læres opp til å tro, det er forskjell på tekst og virkelighet i rettskildelæren. Jussen har en fastere form enn lærebøkene forteller dere, særlig der det foreligger lovgivning men også i store deler av den ulovfestede privatretten. Dette kommer dere til å lære i den første jobben dere får, og – tror jeg – dere er allerede i full gang med å finne ut ved å sette dere inn i de dogmatiske jussfagene.

At det er tilfeldighet og variasjon i rettskildebruken er ikke nødvendigvis et utslag av reelle hensyn. Forklaringen er – tror jeg – at vi har en uklar og inkonsistent juridisk metodelære. Vi gjør tingene vanskeligere enn de behøver være.

Det er for det første behov for klarere regler for å harmonisere et komplekst tekstmateriale. Vi trenger et klart legalitetsprinsipp med en objektiv lovtolkingslære som utgangspunkt både i strafferetten og forvaltningsretten. Den subjektive lovtolkings teorien kan så moderere der dette er i den privates favør.

I læreboken har dere kanskje lest min oppfordring til Høyesterett, om å ta tak i det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet på samme måte som de har revitalisert det i strafferetten.

Dersom vi slutter å se oss blinde på rettskildenormene som et rettspositivistisk gyldighetsfenomen, så ser vi kanskje også lettere at det ikke er grunn til å vente på Høyesterett; det er fullt mulig og legitimt også for oss andre å formulere krav til god juridisk metode.



En konsekvens av avveiningsmodellen og fokuset på de reelle hensyn, er en svekket språklig bevissthet hos norske jurister. Vi er ikke flinke nok med begrepene våre. For juridisk begrepsbruk består med av en kjernesone av mening og full diskresjon. Diskusjonen om skjønn og familielikhetsbegreper i artikkelen i læreboken er en kort introduksjon til tematikken. De av dere som ønsker å lese mer om det, og utvikle evnen til å foreta juridiske skjønn, bør lese Høyesteretts forarbeidsbruk kapittel 9 om skjønnsanvisninger.

Jeg vil avslutningsvis peke på et annet viktig poeng - at vi har to rettskildelærer i Norge; en for å tolke norsk juss og en annen for å tolke EØS-retten og avklare om norsk juss er i samsvar med fullharmonisert EØS-rett.

På det siste punktet skal EU-domstolens rettskildelære anvendes, og den er mer prinsipiell og stringent enn vår. Bl.a. finner man intet konsept om "lovgivers mening".

Her sviktet det i NAV-saken, og jeg kan gi dere en lang rekke eksempler fra andre saksområder.

En slående illustrasjon av forskjellen finner vi i disse dagers polemikk mellom den pensjonerte Høyesterettsdommer Utgård og hans meningsmotstandere på Rett24 og Facebook.

Det jeg vil si om hans tolking av trygdeforordningen, er at den i alle fall ikke følger EU-domstolens tolkningsprinsipper. Derimot ligner den – ikke overraskende – på hvordan Høyesterett noen ganger begrunner at de tilsidesetter en lovtekst; de finner en lovgivermening som viser at lovgiver ikke mente det som står i loven. I dette tilfelle går det ut over trygdeforordningens artikkel 21, som Utgård tolker bort, med støtte i en underordnet kommisjonsforordning om rett til å sykemelde seg når man er i et annet land.

Så handler juss likevel i siste omgang likevel om at de reelle hensyn blir utslagsgivende, her et ønske fra en pensjonert dommer om å redde den nasjonale handlefriheten og domstolenes integritet og stolthet?

Nei, det er å misforstå – Utgårds helt sikkert oppriktige syn er at han har funnet den egentlige meningen med forordningsteksten – å sikre sykepengene for den som blir syk under opphold utenfor arbeidslandet (forutsatt at han kommer seg tilbake til hybelen sin i Norge og sitter sykeperioden ut der).

Min kritikk går her bl.a. på at han ikke har forstått at det ikke gjelder et slikt lovtolkingsprinsipp i EØS-retten, men derimot en bredere formåls- og prinsipporientert tilnærming, som åpenbart tilsier en annen tolking. Mindre unnskyldelig er det at Utgård her uttaler seg om straffesaker, og at den aktuelle forordningsartikkelen han vil tolke innskrenkende på basis av lovgivers mening, er glassklar; du skal få beholde trygderettigheter ved opphold i utlandet. Men også dette er en systemfeil, han er ikke alene om å glemme slikt. Og en god del av forklaringen ligger i den svake rettskildelæren vår.