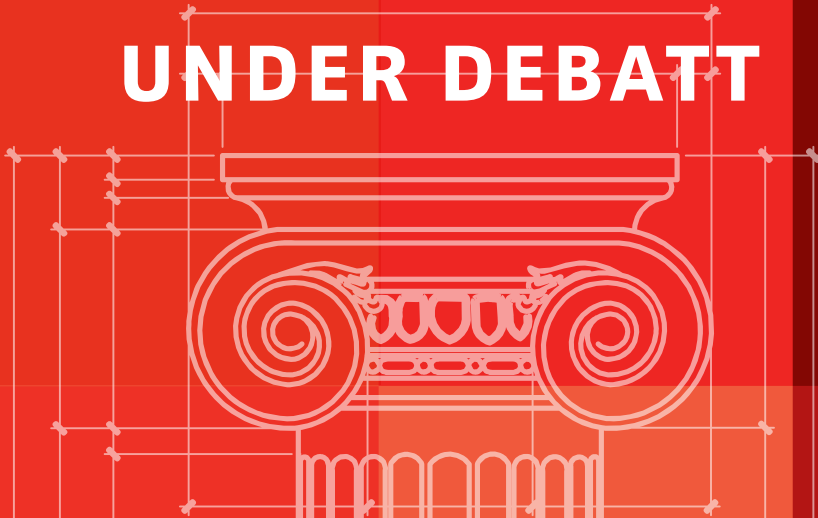




ERIK MAGNUS BOE

# RETTS- KILDE- LÆRE

UNDER DEBATT



2. UTGAVE

UNIVERSITETSFORLAGET



Rettskildelære  
under debatt



Erik Magnus Boe

# Rettskildelære under debatt

*2. utgave*

Universitetsforlaget

© Universitetsforlaget 2021

1. utgave 2012

ISBN 978-82-15-03130-9

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS

Postboks 508 Sentrum

0105 Oslo

[www.universitetsforlaget.no](http://www.universitetsforlaget.no)

Omslag: Stian Hole

Sats: ottaBOK

Trykk: 07 Media – 07.no

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Times New Roman MT Std 10,5/14

Papir: 90 g Arctic matt

# Innhold

<b>Forord</b> .....	15
Forord til 2. utgave .....	17
<b>Kapittel 1 Må rettskildelære ha rettsfilosofisk tilnærming?</b> .....	19
1.0 Thomas Frøbergs rettskildeprogram .....	19
1.1 Mitt syn .....	21
1.10 Fortids- og nåtidsperspektiv i rettskildelæren .....	21
1.11 Stive og selvbestemte rettskildeløsninger? .....	22
1.12 Rettsfilosofisk forankring? .....	23
<b>Kapittel 2 Er rettskildelæren normativ, deskriptiv eller begge deler?</b> .....	27
2.0 Ulik bruk av uttrykkene ‘normativ’ og ‘deskriptiv’ .....	27
2.1 Norm-deskriptiv rettskildelære .....	29
2.2 Rettskildelære og rettsdogmatikk .....	34
2.3 Rettsforskeres ulike bruk av begrepet ‘juridisk metode’ .....	38
<b>Kapittel 3 Rettskildereglenes grunnlag og endringsmåte</b> .....	40
3.0 Utelukkes kritikk av en høyesterettsdom av at Høyesterett har hovedansvaret for å nyansere og videreutvikle rettskildereglene? .....	43
3.1 Kan andre rettsanvendere enn Høyesterett være med på å utvikle rettskildereglene? .....	45
3.2 Monopoliseres rettskildebruk til ‘myndighetstroe rettsanvendere’? .....	48
<b>Kapittel 4 Er rettskildelæren polysentrisk?</b> .....	50
4.0 Standpunkter til rettslig polysentri .....	50
4.1 Hva handler polysentridiskusjonen egentlig om? .....	54

4.2	Forholdet mellom nasjonale og internasjonale rettsanvendere	56
4.3	Polysentri i norske domstoler?	60
4.4	Forskjeller mellom domstolenes og forvaltningens rettskildebruk	63
<b>Kapittel 5 Er rettskildelære retorikk?</b>		
5.0	Gravers rettsretorikk	68
5.1	Mine innvendinger mot Gravers rettsretorikk	71
5.10	Hvor dekkende er Gravers skinnemetafor?	71
5.11	Er tolkingsmålet utelukkende å overbevise?	72
5.12	Forbindelsen mellom rettsretorikk og rettens angivelige åpenhet	76
5.13	Tilskrives rettsretorikken mer enn rettsretorikk rommer?	78
<b>Kapittel 6 Er rettskildelæren offentligrettslig?</b>		
6.0	Alminnelige og spesielle metoderegler	82
6.1	‘Kontraktsrettens rettskildelære’?	84
<b>Kapittel 7 Nedtones eller utvannes legalitetsprinsippet?</b>		
7.0	Gjelder legalitetsprinsippet i hovedsak for offentlige myndigheter?	89
7.00	Vanlig lære	90
7.01	Påstanden om at legalitetsprinsippet gjelder på alle rettsområder	92
7.02	Hevder Eckhoff/Smith at lovkravet gjelder i privatretten?	95
7.03	Reell uenighet eller skinnuenighet om hjemmelskrav i privatrett?	101
7.04	Når er lovhjemmel nødvendig i privatretten?	102
7.1	Utvannes legalitetsprinsippet i forvaltningsretten?	
	Grunnloven § 113	104
7.10	Kritikken av for svake hjemmelskrav	104
7.11	Det relative legalitetsprinsippet	105
7.12	Var Eckhoff talsmann for det relative legalitetsprinsippet?	112
7.13	Høyesterettspraksis om det relative legalitetsprinsippet	113
7.2	Det strafferettslige lovkravet – Grunnloven § 96	117



7.20	Strafferettsdommer	117
7.3	Overføringsverdi fra strafferett til forvaltningsrett?	122
<b>Kapittel 8 Hvor formelt og egenartet må Grunnloven tolkes?</b> . . . . . 124		
8.0	Utbredte standpunkter til grunnlovstolking	124
8.00	Tolking av gamle grunnlovsbestemmelser	125
8.01	Tolking av nye grunnlovsbestemmelser	138
8.1	Eivind Smiths syn på grunnlovstolking	140
8.2	Jens Peter Christensens syn på grunnlovstolking i Danmark	142
8.3	Mine innvendinger	144
8.30	Hans Majestets beslutningsfrihet	146
8.31	Andre grunnlovsregler som må forstås tidsmessig	152
8.4	Det legitime tolkingsrom	160
8.5	Er meningsforskjellene mindre enn en kan få inntrykk av?	165
<b>Kapittel 9 Finnes konstitusjonelle rettssedvaner?</b> . . . . . 168		
9.0	Tradisjonell sedvanerettslære	168
9.00	Sideordnete, ufravelige vilkår ('sedvanerett')	169
9.01	Sedvanerett på grunnlovsnivå ('konstitusjonell sedvanerett')	173
9.1	Oppmykning av læren	178
9.10	Augdahls opposisjon: Totalvurdering av sedvanen	178
9.11	Eckhoffs videreføring: Sedvane som rettskildefaktor	183
9.2	Tre skritt videre: Terminologi, forskyvning av tyngdepunktet og glideskalatankegangen	187
9.20	Har sedvanerettslæren overvintret i statsforfatningsretten?	187
9.21	Terminologien rettssedvane fremfor sedvanerett	188
9.22	Forskyvning av tyngdepunktet	189
9.23	Glideskalaene	192
9.3	Skal konstitusjonell sedvanerett avvises helt?	204
9.30	Eivind Smiths syn	204
9.31	Min vurdering av Eivind Smiths avvisning	206
<b>Kapittel 10 Er stortingsinstrukser rene politiske affærer?</b> . . . . . 213		
10.0	Hvordan skal stortingsvedtak tolkes?	215
10.1	Har Stortinget alminnelig instruksjonsmyndighet på forvaltningens område?	218

10.2	Hvilke føringer kan rettslige signaler fra Stortinget, fra Regjeringen eller fra en stortingskomite gi? . . . . .	222
10.20	Rettspraksis . . . . .	230
<b>Kapittel 11 Hvor dekkende er ‘Eckhoffs avveiningsmodell’? . . . . . 241</b>		
11.0	Er herskende rettskildelære (‘Eckhoffs avveiningsmodell’) unødig vag og utflytende? . . . . .	244
11.00	Kritikken fra Bergo, Kinander, Friis Fæhn, Tande, Graver, Frøberg mfl. . . . .	244
11.01	Mitt syn på diskusjonstemaet . . . . .	250
11.1	Er rettskildebruk mindre normstyrt enn antatt? . . . . .	262
11.10	Gravers syn . . . . .	263
11.11	Andres utsagn om rettens åpenhet . . . . .	266
11.12	Mine innvendinger . . . . .	268
11.2	Fokuserer rettskildelæren for mye på argumentbærere istedenfor på argumentinnhold? . . . . .	275
11.20	Synsmåten til Graver, Kinander, Ketscher, Frøberg mfl. . . . .	275
11.21	Mine innvendinger . . . . .	277
11.3	Er rettskildelæren for lite formell og tekstlojal? . . . . .	287
11.30	‘Tekstualistenes’ syn . . . . .	287
11.31	Mine innvendinger . . . . .	290
11.4	Er rettskildelæren verditom? . . . . .	310
11.40	Kritikken til Friis Fæhn med videre . . . . .	310
11.41	Mine innvendinger . . . . .	311
11.5	Er rettskildelæren unødig myndighetstro og venstrevridd? . . . . .	312
11.50	Friis Fæhns, Bergos, Kinanders og Frøbergs syn på den angivelig venstrevridde rettskildelæren . . . . .	312
11.51	Mine innvendinger . . . . .	315
11.6	Gjør internasjonaliseringen avveiningstankegangen utdatert? . . . . .	318
11.60	Askelands standpunkt . . . . .	318
11.61	Mitt syn . . . . .	319
<b>Kapittel 12 Debatten om hva det vil si å være relevant rettskildefaktor . . . . . 321</b>		
12.0	Rettskildeverdi og opplysningsverdi . . . . .	321
12.1	Illustrasjonsverdi og rettskildeverdi . . . . .	326
12.2	Legitimeringsverdi og rettskildeverdi . . . . .	327

12.3 Relevansfunksjonen	328
12.30 Eckhoffs forflytning av tyngdepunktet	328
12.31 Tillatt eller påbudt argument	329
12.32 Generell relevans versus konkret relevans	330
12.33 Forholdet mellom begrepene 'rettskilde' og 'relevans'	332
12.34 Holdbarhet og relevans	333
12.4 Relevans og vekt	335
12.40 Sammenblanding mellom relevans og vekt i litteraturen	336
12.41 Skillet mellom generell og spesiell vekt	341
12.5 Utelukkes relevans av at rettsanvenderen er uenig i et rettskildeargument?	342
12.6 Uteelukker enighet relevans?	344
12.7 Selvstendig relevans eller relevans i samvirke med andre rettskildefaktorer?	345
12.8 Skinnuenighet eller reelle meningsforskjeller?	345
<b>Kapittel 13 Debatten om lovens etterarbeider</b>	349
13.1 Presisering av problemstillingen	349
13.2 Etterarbeider i form av Prp. L. eller Innst. L.	352
13.20 Rettspraksis	352
13.21 Hva kan utledes fra dommene?	366
13.3 Etterarbeider i form av Meld. St. eller Innst. S.	369
13.30 Opposisjonen mot etterarbeidsrelevans	370
13.31 Mine grunner til å argumentere for at Meld. St. og Innst. S. kan ha tolkingsbetydning	371
13.32 Litteraturstøtte til læren om etterarbeider	377
13.33 Rettspraksis	379
13.4 Hva kan utledes fra rettspraksis?	394
<b>Kapittel 14 Debatten om underrettspraksis som rettskildefaktor</b>	397
14.0 Er underrettspraksis en irrelevant faktor?	397
14.1 Mitt syn på underrettspraksis som rettskildefaktor	398
14.10 Betydningen for andre enn Høyesterett	399
14.11 Den klassiske rettskildevinkelen	400
14.12 Betydningen for Høyesteretts rettskildebruk	402

<b>Kapittel 15 Debatten om forvaltningspraksis som rettskildefaktor</b> . . .	406
15.0 Problemstillingen . . . . .	406
15.1 Standpunkter i rettskildelitteraturen . . . . .	407
15.2 Bergos opposisjon mot å anse forvaltningspraksis som rettskildefaktor . . . . .	410
15.3 Mitt syn på forvaltningspraksis som rettskildefaktor . . . . .	410
15.4 Rettspraksis . . . . .	412
15.5 Slutninger fra rettspraksis . . . . .	422
<b>Kapittel 16 Debatten om private rettsedvaner som rettskildefaktor</b> . . . . .	424
16.0 Friis Fæhns og Bergos syn . . . . .	424
16.1 Mitt syn . . . . .	425
16.2 Betydning som rettsregel og som rettskildefaktor . . . . .	427
<b>Kapittel 17 Debattene om rettsoppfatninger i forvaltningen, hos Justisdepartementets lovavdeling og hos Sivilombudsmannen som rettskildefaktor</b> . . . . .	436
17.0 Forvaltningens rettsoppfatning . . . . .	436
17.00 Andre rettskildeforfatteres oppfatning . . . . .	436
17.01 Mitt syn . . . . .	438
17.02 Rettspraksis . . . . .	440
17.03 Hva kan slutes fra dommene? . . . . .	451
17.1 Rettsoppfatningen til Sivilombudsmannen . . . . .	452
17.10 Andres standpunkter . . . . .	452
17.11 Mitt syn . . . . .	454
17.12 Rettspraksis . . . . .	456
17.13 Hva kan utledes fra dommene? . . . . .	463
17.2 Rettsoppfatningen til Justisdepartementets lovavdeling . . . . .	465
17.20 Andres syn . . . . .	465
17.21 Mitt syn . . . . .	466
17.22 Rettspraksis, og hva som kan utledes fra den . . . . .	468
<b>Kapittel 18 Debatten om juridisk litteratur som rettskildefaktor</b> . . . . .	488
18.0 Avgrensning av debatttemaet . . . . .	488
18.1 Har standpunkter i juridisk litteratur rettskildebetydning? . . . . .	491
18.10 Meningsforskjellene . . . . .	491
18.11 Mitt syn . . . . .	495
18.12 Forvaltningens bruk av juridisk litteratur . . . . .	499

18.13 Er det forbudt for domstolene å legge vekt på rettslitteraturen? . . . . .	499
18.14 Hva kan utledes fra dommene? . . . . .	518
<b>Kapittel 19 Debattene om reelle hensyn som rettskildefaktor . . . . .</b>	<b>521</b>
19.0 Terminologi og karakteristik . . . . .	521
19.1 Rettslige vurderinger er verken helt objektive eller gjennomført subjektive og individuelle . . . . .	525
19.10 Kritikken av den påståtte subjektive komponenten . . . . .	525
19.11 Hvor godt stemmer påstanden om at reelle hensyn blir utlagt som en tvers gjennom subjektiv størrelse? . . . . .	526
19.2 Hva er det karakteristiske for reelle hensyn som rettskildefaktor? . . . . .	532
19.20 Forskjellen på 'indre' og 'ytre' faktorer . . . . .	532
19.21 Mangfoldig rettskildebetydning . . . . .	533
19.22 Verdiorienteringen . . . . .	535
19.23 Forholdet til dømmekraft og etikk . . . . .	537
19.3 Forbindelsene mellom faktum og reelle hensyn som objekt og som prosess . . . . .	538
19.30 Skillet mellom hensyn og vurdering . . . . .	538
19.31 Forbindelsen mellom fakta og hensyn . . . . .	540
19.4 Hvilken plass er det for reelle hensyn ved tolking av rettsregler? . . . . .	545
19.40 Rådende rettskildelære . . . . .	545
19.41 Større plass enn anerkjent? . . . . .	548
19.42 Mitt syn . . . . .	553
19.5 Hvor åpne er reelle hensyn? . . . . .	558
19.50 Er reelle hensyn grenseløse? . . . . .	558
19.51 Overdrives åpenheten? . . . . .	560
19.6 Hva er illegitime rettsanvendervurderinger? . . . . .	563
19.60 Andres oppfatninger . . . . .	564
19.61 Mitt syn . . . . .	568
19.7 Hvor prinsipporienterte må reelle hensyn være? . . . . .	572
19.70 Teoretiske analyser av begrepet 'rettsprinsipp' . . . . .	572
19.71 Problemstillingene i rettskildelys . . . . .	574
19.72 Dobbeltfunksjonen til ulike rettsprinsipper . . . . .	575
19.73 Egen argumentkategori? . . . . .	577
19.74 Rettsprinsippenes rettskildeforankring . . . . .	579
19.75 Eksisterer rettsprinsipper bestandig på forhånd? . . . . .	585

19.76	Rettsprinsippenes rettskildebetydning	589
19.77	Farene ved å feste seg for mye ved rettsprinsipper	591
19.8	Er reelle hensyn unødig myndighetsservile og venstrevridde?	594
19.9	Oppsummering	596
<b>Kapittel 20 Debattene om internasjonaliseringens betydning</b>		
	<b>for norsk rettskildelære</b>	598
20.0	Problemstillinger som må holdes fra hverandre	598
20.1	Rettskildereglens innhold innenfor menneskerettsfeltet i Norge og innenfor EØS-retten	600
20.10	Annerledes og bredere rettskildemateriale	601
20.11	Annerledes tolkingsstil	603
20.2	Rettskildebildet når klassiske norske rettsregler kan komme i konflikt med den internasjonalt baserte norske retten	608
20.3	Har internasjonalt baserte rettskildenormer endret norsk rettskildelære i sin alminnelighet?	615
20.30	Er all norsk rett blitt internasjonalisert?	616
20.31	Rettskildedeutsagn som kan virke mer generelle enn meningen er	620
20.32	Hvor internasjonalt skal lovregler flest tolkes?	624
20.33	Hvor mye avviker norsk rettskildelære fra internasjonal rettskildelære?	639
20.4	Grunnlovstolking i internasjonalt lys	648
20.40	Tolking av det nye grunnlovsbestemte individvernet	651
20.41	Tolking av det gamle menneskerettsvernet	655
20.5	Tjener substansielle regler på den internasjonale arenaen som faktisk mønster, forbilde og inspirasjonsfaktor for rettsdannelser i norsk rett?	665
20.50	Ulovfestete konstitusjonelle rettsprinsipper	667
20.51	Legalitetsprinsippet	669
20.52	Forholdsmessighetsprinsippet	670
20.53	Læren om berettigete forventninger i forvaltningsrett («legitimate expectations»)	675
<b>Kapittel 21 Rettskildebildet i en IKT-verden</b>		
21.0	Automatiseringsutfordringene	683
21.1	Særtrekk ved digital lovanvendelse sammenlignet med manuell lovanvendelse	686

21.2 Dagens rettskildenormer i IKT-lys .....	689
21.20 Relevansnormene .....	689
21.21 Slutningsnormene .....	692
21.22 Vektnormene .....	695
21.23 Avveining i tilfelle av normkonflikt .....	697
21.3 Avveininger i forvaltningens hensiktsmessighetskjønn ('kan'-skjønn) .....	698
21.4 Fremtidsutsiktene .....	699
21.5 Antydning til løsninger .....	701
21.6 Forholdet mellom lovgiverrollen og rettsanvenderrollen ....	714
21.7 Riktig tolking, riktig anvendelse av regler og lovlig skjønnsutøvelse gjennom bruk av 'pling-juss' .....	716
<b>Litteratur</b> .....	718
<b>Spesialartikler fra de siste årene om EU/EØS-rett eller menneskerettigheter</b> .....	751
<b>Dommer</b> .....	752





# Forord

I de senere årene har rettskildelæren blitt gjenstand for omfattende diskusjon. I denne boken tar jeg opp temaer som har vært fremme i diskusjonen. Jeg har latt mange stemmer få komme til uttrykk. Det har jeg gjort for å vise mangfoldet i synet på rettskildespørsmål. Gjennom mange sitater har jeg forsøkt å gjengi standpunkter så nøyaktig og dekkende som mulig. Jeg kan likevel ikke være sikker på at alt er blitt forstått riktig. Der jeg har vært mest i tvil, har jeg tatt forhåndskontakt for å få oppklart usikkerheten. De mange sitatene har gjort boken mer omfangsrik enn den ville ha blitt så sant jeg hadde nøyd meg med å få frem mine synspunkter. Til gjengjeld kommer mangfoldet bedre frem.

Til sammen tjue temaer blir berørt, noen mer omfattende enn andre. Alle temaene ble behandlet kort i min lærebok *Innføring i juss, 2010*. I den foreliggende boken går jeg grundigere til verks enn det var mulig å gjøre i en lærebok. Hovedspørsmålet er: Hvor langt stemmer det at rettskildelæren er under sterk forvandling, slik noen påstår? Er påstandene mest uttrykk for hva som *burde* gjelde etter kritikernes syn? Et annet hovedmål er å avklare hvor langt det hersker skinnuenighet mellom forfattere på grunn av at kjernebegreper i rettskildelæren blir brukt forskjellig fra forfatter til forfatter. Min debattarena er verken rettspolitiske spørsmål eller å sette rettskildelæren inn i et rettsteoretisk lys. Det er de rettsdogmatiske problemstillingene som jeg skal forfølge. I en tid hvor jurister blir stadig mer spesialisert, og hvor retten fragmenteres og splittes opp i den ene spesialiteten etter den annen, trenger vi å ta for oss hva som er felles – selve den juridiske tenkemåten.

Fem hoveddiskusjoner tar jeg spesielt grundig. Den første av disse handler om metodespørsmålene i statsforfatningsretten, både om hvor langt det er grunnlag for å tolke en del grunnlovsbestemmelser annerledes enn når lover flest skal tolkes, om konstitusjonell rettsedvane eksisterer, og om stortingsinstrukser bare er anmodninger som Regjeringen bør imøtekomme, ikke instruks (kapittel 7–9). Den andre hoveddiskusjonen er om den såkalte avveiningsmodellen til Eckhoff gir et fortegnet inntrykk av gjeldende rettskilderett. Åpner modellen for større frihet enn det egentlig er, eller er rettskildebildet tvert om mer åpent enn det som Eckhoff beskrev (kapittel 10)? Den tredje hoveddiskusjonen knytter seg

til det som jeg har kalt ‘myke’ rettskildedefaktorer. Er lovens etterarbeider, underrettspraksis, forvaltningspraksis og mer til rettskildedefaktorer overheadet? Spørsmålet henger sammen med hva en legger i at en faktor er *relevant*. Betyr det at slutninger fra faktoren hører med blant argumenter som det er tillatt å bruke, eller vil relevans si at rettsspørsmål må løses i pakt med etterarbeidene, med forvaltningspraksis osv. (kapittel 11–17)? Den fjerde hoveddiskusjonen handler om rettskildedefaktoren reelle hensyn, mens den femte hovedproblemstillingen er hvor langt internasjonaliseringen har omkalfatret norsk rettskildelære (kapittel 18–19).

Boken er lagt opp slik at det skal kunne gå an å lese hvert kapittel for seg uten at en trenger å lese hele boken. Gjennom krysshenvisninger gjør jeg det klart hvilke kapitler som bør ses i lys av hverandre, og som bør leses i sammenheng. Fremstillingsteknisk er boken lagt annerledes opp enn læreboken min er. Fortsatt bestreber jeg meg på å skrive poengtert og lettfattelig om vanskelige spørsmål. Men de pedagogiske teknikkene som gjør seg i en lærebok, passer ikke like godt i en debattbok. Enda det ikke finnes oppgaver, bulletpunkter eller lignende pedagogiske virkemidler i debattboken, håper jeg at studenter også skal ha glede av å få utdypet synspunktene fra *Innføring i juss, 2010*.

Stud.jur. Constance Straume Haugland skal ha takk for hjelp med notene og med litteraturregisteret.

Oslo, juni 2012

*Erik Magnus Boe*

## Forord til 2. utgave

Et vell av rettskildebøker og rettskildeartikler har kommet siden førsteutgaven av *Rettskildelære under debatt* i 2012. Ikke minst viktig er Jens Edvin A. Skoghøys bok fra 2018, *Rett og rettsanvendelse*, og Alf Petter Høgbergs og Jørn Øyrehagen Sundes antologi fra 2019, *Juridisk metode og tenkemåte*. Fortløpende diskusjoner av juristenes metodegrunnlag er av stor nytte, samtidig som ikke alt som er blitt skrevet de siste årene, bør få stå uimotsagt. Blant annet trenger jeg å forholde meg til rettskildeprogrammet som Thomas Frøberg lanserte i sin bok *Rettslig prinsippargumentasjon* fra 2014. Rettskildelæren må ha rettsfilosofisk tilnærming, hevder Frøberg. Ettersom dette programmet ekskluderer meg fra feltet, finner jeg det naturlig å starte oppdateringen med et nytt kapittel 1, der jeg forklarer hvorfor jeg fortsatt skriver som jeg gjør.

Det nye kapitlet gjør at nummereringen av kapitlene blir endret fra førsteutgaven. De største nyhetene handler ellers om rettskildereglens norm-deskriptive karakter (kapittel 2), om deres grunnlag (kapittel 3), om hvor langt legalitetsprinsippet utvannes (kapittel 7), om det spesielle med grunnlovstolking (kapittel 8), om stortingsinstrukser (kapittel 10) og først og fremst om opposisjonen mot rettskildelærens avveiningsmodell og rettskildefaktoren reelle hensyn (kapittel 11 og 19). Kapitlene som avslutter boken (kapittel 20–21), er også i stor grad nyskrevet. De dreier seg om internasjonaliseringskonsekvensene og om rettskildemessige utfordringer som IKT-samfunnet skaper. På disse feltene går utviklingen raskt.

Så mye stoff som er kommet til etter 2012, har boken blitt mer omfattende enn førsteutgaven. Til gjengjeld kan fortsatt hvert kapittel leses for seg uten å tape meningsinnhold – i hvert fall dersom en følger henvisningene som boken er spekket med.

Oslo, desember 2020

*Erik Magnus Boe*



# Må rettskildelære ha rettsfilosofisk tilnærming?

Som nevnt i forordet har Thomas Frøberg kommet med et program for rettskildefremstillinger som utelukker jurister flest fra å kunne skrive om rettskildelære.<sup>1</sup>

## 1.0 Thomas Frøbergs rettskildeprogram

Frøberg har lite til overs for tradisjonelle rettskildefremstillinger. De er blant annet for sterkt rettet mot fortiden, sier Frøberg. Han finner «særlig grunn til å påpeke at fortiden ikke har noen normativ kraft i seg selv. ... Årsaksforholdet mellom det som ble sagt i går, og det som bør sies i morgen, skriver seg fra oppfatningen om at fortiden er en petriskål der det gror frem rettskildeprinsipper, som så binder opp fremtidens argumentasjonsmønstre. Det er denne anskuelsesmåten som Bergo treffende har kalt rettskildelærens *normative historiske presens*. Det som var, er, og bør være»; «[s]å vel den historiske presens som sådan som de kildene som tilskrives en slik kraft, omtales som, om de(n) er hugget i sten.»<sup>2</sup>

«Med unntak av mer perifere relevansspørsmål, f.eks. om uttalelser av Lovavdelingen eller Sivilombudsmannen kan tilkjennes rettskildemessig vekt, er de fleste fremstillingene nokså rendyrkede beskrivelser av hvordan fortidens argumentasjon har vært.» Foruten å handle om «fortidens argumentasjon» og om «perifere» spørsmål, beskrives fremstillingsmåten som «blodfattig» med «snevre» perspektiv.<sup>3</sup> «Norsk rettskildelære kan med rette beskyldes for å ha blitt en vel provinsiell og 'teknisk' øvelse, der oppmerksomheten i stor grad har blitt rettet mot perifere relevansspørsmål og hvordan man sjablonmessig skal løse konflikter mellom ulike rettskildekonstellasjoner. Det har gått på bekostning av en tematisering

1 Frøberg 2014, især s. 370–374.

2 Frøberg 2014, henholdsvis s. 64 og 66.

3 Frøberg 2014, henholdsvis s. 64, 65 og 45.

av de dypere ontologiske, epistemologiske og normative forutsetningene som rettslig argumentasjon bygger på eller aktualiserer.»<sup>4</sup>

Fremstillingsmåten oppfatter Frøberg som unødig indoktrinerende, all den stund «Det snevre perspektivet har også medført et beskjedent kritisk refleksivt blikk».<sup>5</sup> Forfatterne skal ha tatt «for lett på viktigheten av å oppdra studentene til å tenke selv, fremfor å etterape de som er skjendet rollen som forvalterne av den normative historiske presens».<sup>6</sup> «En rettskildelære som foregir å beskrive ‘de rettskildeprinsippene som styrer rettsanvendelsen’, binder tilsynelatende enhver til masten. Rettskildeprinsipper finnes, de har dette innholdet, og man må følge dem om man vil være en god jurist (men heldigvis er de bare retningslinjer)», skriver Frøberg.<sup>7</sup>

Usagte premisser skal ha blitt avdekket især gjennom Knut Bergos bok *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*<sup>8</sup> – med den følgen at rettskildelæren, ifølge Frøberg, «så vidt jeg kan se også har sprukket, som et hvilket som helst annet troll».<sup>9</sup>

Det som virkelig må til, er å skrive med rettsfilosofisk tilnærming. Rettsfilosofisk orientert rettskildelære skal ikke bare være én av mange måter å fremstille stoffet. Etter Frøbergs syn er rettsfilosofisk orientert tilnæringsmåte *den eneste rette måten* å skrive rettskildelære. «En rettsdogmatikk uten rettsfilosofi er blind.» «Rettskildelæren kan ikke dyrkes som en disiplin atskilt fra rettsfilosofien.» Det er «feilslått å tro at rettsdogmatikken kan klare seg uten de overordnede perspektivene som rettsfilosofien tilbyr». «Dermed er ikke en rettsdogmatikk uten rettsfilosofiske ambisjoner bare lytefull fra rettsteoretikerens ståsted – gjennom sin uvitenhet om egne konseptuelle forutsetninger er den også mangelfull bedømt som rettsdogmatikk.»<sup>10</sup>

Fullt så sterke ord bruker ikke Frøberg fem år senere i rettsantologien til Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen, *Juridisk metode og tenkemåte*, om det som Frøberg kaller «det tradisjonelle rettskildefaget» (hvilket ikke må forveksles med *klassisk rettskildelære*, fagbeskrivelsene i første del av 1900-tallet, som Augdahl og Eckhoff tok oppgjør med).<sup>11</sup> Frøberg nøyer seg i 2019 med å spørre «om avveiningsmodellen (som er retts-

4 Frøberg 2014 s. 64–65, jf. s. 45.

5 Frøberg 2014 s. 44–45, jf. s. 371.

6 Frøberg 2014 s. 65.

7 Frøberg 2014 s. 373.

8 Bergo 2002.

9 Frøberg 2014 s. 374.

10 Frøberg 2014, henholdsvis s. 371, 369 og 373–374, forfatterens uthevelse.

11 Beskrevet blaant annet i Boe 2010 kapittel 11 og i Boe 2020A kapittel 22.

kildeforfatterenes tilnærming – min forklaring) gir et dekkende bilde av hvordan rettsanvendelsen faktisk forløper, og i forlengelse av dette om modellen bør suppleres med andre perspektiver eller til og med forkastes helt». Etterpå sier han, mindre bombastisk enn i boken fra 2014: «Et poeng i det følgende er at den juridiske metoden kan beskrives på forskjellige måter.»<sup>12</sup>

Jørn Øyrehagen Sunde ser ut til å slutte seg til Frøbergs rettskildesyn. I antologien som han redigerte sammen med Alf Petter Høgberg i 2019, *Juridisk metode og tenkemåte*, sier Øyrehagen Sunde at «rundt tusenårskiftet var brått alt i rørsle utan dei store endringane i norsk metodetenkning». Derfor måtte «juridisk metode ... gjennomdiskuterast på ny for å utvikla relevante ekspertise».<sup>13</sup>

Bjarte Askeland slutter enda klarere opp om Frøbergs rettskildeprogram, først i bokanmeldelsen fra 2016,<sup>14</sup> senere i en artikkel fra 2018. Askeland mener at 'Eckhoffs æra' med dens vekt på domspraksis er i ferd med å løpe ut. «En nyorientering og en alminnelig, samlet debatt om rettskildelære ut fra andre perspektiver kan kanskje bringe oss bedre verktøy for å møte nye utfordringer som følger av internasjonalisering. ... Det som trengs, er etter mitt skjønn en rettskildelære som forklarer rettsanvendelsen med perspektiver fra et nivå *over* Eckhoffs rettskildelære. Slik kan man frigjøre seg fra den nasjonale rammen, og få et bedre og klarere perspektiv på internasjonale kilders innvirkning i intern rett», sier Askeland.<sup>15</sup>

## 1.1 Mitt syn

Jeg er forundret over den nedlatende tonen til å skrive uten rettsfilosofisk forankring. Vår presentasjonsmåte skal ikke engang være tjenlig «bedømt som rettsdogmatikk».

### 1.10 Fortids- og nåtidsperspektiv i rettskildelæren

Hvorfor trekker ikke Frøberg frem *grunnene til* at vi er så opptatt av lovteksten som kom til, av lovforarbeider fra den gang, av dommer som er falt og av andre fortidige rettslige begivenheter? Vi er jo ikke opptatt av fortiden som sådan, som historisk fenomen. Vi retter oppmerksomhet

12 Frøberg 2019 s. 503–504.

13 Øyrehagen Sunde 2019A s. 32–33.

14 Askeland 2016.

15 Askeland 2018 s. 533–535.

mot lovtekster, lovforarbeider, dommer osv. fordi Høyesterett og andre rettsanvendere gjennom tidene har avgjort rettslige tolkingsspørsmål nettopp ut fra slike faktorer, og fordi alle rettsanvendere skal avgjøre tolkingstvil ut fra den slags faktorer. Skal rettskildeforfattere klandres for å gjengi dette rettskildebildet? ‘Skytes pianisten’ for verket til komponisten når Frøberg anklager rettskildeforfattere for å feste for mye oppmerksomhet mot det som juristgenerasjon etter juristgenerasjon – og folk flest – har oppfattet som bestemmende for hvordan rettslige tolkingsspørsmål skal løses? Er vi, sett i dette lyset, *unødig* opptatt av fortiden?

Tatt i betraktning rettskildeføringene, skjønner jeg heller ikke at vår fremstillingsform uten grunn skal være blodfattig og perspektivløs. Er det blodløst og perspektivfattig å fremstille rettskildefaktorene som rettsanvendere må forholde seg til når de skal tolke lover? Har Frøberg gjort *sitt* evalueringsgrunnlag klart for leserne når han kritiserer oss for å være for fortidsorienterte uten å forklare *hvorfor* vi skriver som vi gjør?

Tradisjonell rettskildelære dreier seg ikke engang utelukkende om fortidsfenomener. Hva med rettsanvendervurderingene (som tradisjonelt i jussen kalles reelle hensyn)? Allerede Augdahl og ikke minst Eckhoff gjorde betydelig innsats for å få trukket disse frem i lyset.<sup>16</sup> Rettsanvendervurderinger er i høyeste grad nåtidsorientert, det samme er endrete formål, som nytte av når lover tolkes formålsrettet, og rettsoppfatninger som til enhver tid består i domstolene, i forvaltningen, i folket og så videre. For ikke å snakke om det endrete rettskildebildet som internasjonaliseringen og IKT-utviklingen har skapt. Og hva med etterarbeidene, som jeg har trukket frem i arbeid etter arbeid?<sup>17</sup> Hvorfor underslå at rettskildelæren er *både* fortids- og nåtidsorientert? ‘Stillstand siden istiden’ har det ikke vært, for å uttrykke det sånn.

### 1.11 Stive og selvbestemte rettskildeløsninger?

For det annet fremstilles rettskildelæren som mer rigid enn den virkelig er. Hvorfor den overdrevne formuleringen om å være «bundet til masten»? Og hvorfor den harselerende tonen om rettskildenormer som «heldigvis er de bare retningslinjer»? Hvor galt er det å trekke frem båndene som rettskildenormentene innebærer når det samtidig pekes på at rettslige svar undertiden er usikre? Vi har da ikke latt som om alle svar er «hugget i sten».<sup>18</sup> Det er forskjell på å være bundet og å være ‘svinebundet’. Det

16 Selv har jeg skrevet om rettskildeinnsatsen hans blant annet i Boe 2010 kapittelavsnitt 11.3.

17 Boe 2010 kapittelavsnitt 14.2 og 14.5–14.7, og mer detaljert i kapittel 13 og 19–21 i foreliggende bok.

18 Frøberg 2014 s. 66.







**RETTSKILDELÆREN**, den juridiske metoden, er grunnlaget for all juridisk forståelse, og alle juridiske fag kan ses som eksempler på og utslag av denne.

Denne andreutgaven er en sterk utvidelse av førsteutgaven. Forfatteren diskuterer blant annet om all rettskildelære må ha rettsfilosofisk tilnærming, og hvor treffende kritikken er mot den såkalte avveiningsmodellen som har vært gjengs de fire siste tiårene. Boe påviser fem hovedtendenser i debatten:

- Er rettskildelæren mer lukket, eller tvert om mer åpen, enn avveiningsmodellen går ut på?
- Er «myke» faktorer, som lovens etterarbeider, rettsteori etc., uten rettskildebetydning?
- Er rettskildelære rettsretorikk?
- Har internasjonaliseringen omkalfatret rettskildelæren?
- Hvor langt kan rettsanvendelse automatiseres, og hva betyr IT-utviklingen for rettskildelæren?

**ERIK MAGNUS BOE** er professor emeritus i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo (fra 1986). Han er dr. juris (fra 1980) og har hatt fagansvar i forvaltningsrett. Boe har lang erfaring i å undervise ved universitetet, samt for jurister og ansatte i statlig og kommunal forvaltning.

ISBN 978-82-15-03130-9



9 788215 031309

STOH NVLS AV DVTSNO

UNIVERSITETSFORLAGET.NO