Thomas Frøberg

RETTSLIG PRINSIPP-ARGUMENTASJON

GYLDENDAL
JURIDISK

THOMAS FRØBERG

RETTSLIG PRINSIPPARGUMENTASJON

GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2014
1. utgave, 1. opplag 2014

ISBN 978-82-05-45267-1

Omslagsdesign: Gyldendal Akademisk
Sats: Laboremus Oslo AS
Brødtekst: Minion 10,5/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Those are my principles,
and if you don't like them
… well, I have others.

Groucho Marx

Forord

Denne boken bygger på avhandlingen jeg skrev mens jeg var stipendiat ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, og som jeg forsvarte for graden *philosophiae doctor* (ph.d.) den 30. oktober 2013. Listen over personer som fortjener heder for å ha bidratt til at prosjektet lot seg gjennomføre, er for lang til at den kan inntas her i sin helhet. Jeg fester lit til at de som ikke er navngitt, like fullt er innforstått med at jeg har mottatt deres faglige og/eller sosiale bidrag med den største takknemlighet.

Aller først må jeg takke bedømmelseskomiteen, som besto av Hans Petter Graver, Bjarte Askeland og Hanne Petersen. Videre ønsker jeg å takke deltagerne ved midtveisevalueringen den 10. november 2010 – og da særlig mine evaluatorer Knut Bergo og Erik Boe – for nyttige innspill.

Jeg har hatt gleden av å ha to gode venner som veiledere. Alf Petter Høgberg har vært min hovedveileder, og har fulgt meg helt siden arbeidet med studentavhandlingen. Hans bidrag til denne boken kan vanskelig overdrives. Hadde det ikke vært for den interessen som hans usedvanlig kreative – ja, nærmest fandenivoldske – tilnærming til juridisk forskning avstedkom, ville jeg ikke vendt tilbake til universitetet etter endt studium. Midtveis i stipendiatperioden var jeg så heldig å få Runar Torgersen som biveileder. Med sin usedvanlige grundighet og sitt skarpe blikk gikk han sporenstreks til felts mot upresise problemstillinger, tekstlige inkonsistenser og slappe dikotomier.

I det daglige har jeg hatt stor glede av å diskutere store og små spørsmål med daværende stipendiat, nå utvalgssekretær, Anders Løvlie. Johannes Eriksen og Arnulf Tverberg har velvillig lest store deler av manuskriptet og kommet med gode innspill. En lang rekke venner og kollegaer har kommentert mindre tekststykker

– takk til dere alle! Jeg vil også takke Svein Eng for å ha organisert og ledet en rettsteorikollokvie for stipendiatene, der jeg fikk anledning til å legge frem et nøkkelkapittel i avhandlingen. Institutt for offentlig rett har tilrettelagt for skrivingen på ypperlig vis. Under oppkjøringen til prøveforelesningen og disputasen ga riksadvokat Tor-Aksel Busch meg rikelig med tid til forberedelsene. Takk for det!

Mange venner og kollegaer fortjener omtale for å ha bidratt til rangel og annen adspredelse underveis. Jeg må her nøye meg med denne generelle anerkjennelsen. En særlig takk til alle NILK-er og NIILK-er for mange intellektuelt stimulerende – om enn fysisk nedbrytende – turer i inn- og utland opp gjennom årene.

Den største takken går til min familie – og her medregner jeg også dere Ståle, Stine, Sara og Sebastian. Boken tilegnes mine foreldre, som en – rett nok liten og utilstrekkelig – påskjønnelse for deres urokkelige tiltro og støtte gjennom alle år.

Oslo, 26. februar 2014
Thomas Frøberg

Innholdsoversikt

KAPITTEL 1 INNLEDNING 15

KAPITTEL 2 NOEN ØVRIGE GENERELLE PROBLEMSTILLINGER («METODESPØRSMÅL») 73

KAPITTEL 3 OM DANNELSE AV RETTSLIGE ARGUMENTASJONSMØNSTRE 100

KAPITTEL 4 «PRINSIPP»: SYV INNARBEIDEDE BRUKSMÅTER..... 126

KAPITTEL 5 «PRINSIPP» OM NORM-EKSPRESSIVE GENERALISERINGER.. 171

KAPITTEL 6 «PRINSIPP» OM ULOVFESTEDE KONSTITUSJONELLE NORMER 314

KAPITTEL 7 SAMLENDE OM HØYESTERETTS PRINSIPPARGUMENTASJON 327

KAPITTEL 8 NOEN AVSLUTTENDE REFLEKSJONER 368

Innhold

FORORD 7

KAPITTEL 9 INNLEDNING 15

1.1 Avhandlingens emne og problemstillinger 15
1.2 Begrepet 'prinsippargumentasjon' 20
1.2.1 Tema 20
1.2.2 Noen grunnstørrelser: Term, begrep og referanse. Lokusjonære, illokusjonære og perlokusjonære aspekter ved talehandlinger 21
1.2.3 Tilnærmingen til prinsippargumentasjon i juridisk teori 25
1.2.4 Avhandlingens begrep 'prinsippargumentasjon' 28
1.2.5 Presiseringer 30
1.3 Generelt om analysen av prinsippargumentasjonen (fremstillingens deskriptive komponent) 33
1.3.1 Tema 33
1.3.2 Om argumentasjonsmønstre 34
1.3.3 Litt om forskjellen fra andre fremstillinger av rettskildelæren 43
1.4 Generelt om vurderingen av prinsippargumentasjonen (fremstillingens normative komponent) 62
1.4.1 Tema 62
1.4.2 Behovet for normativ argumentasjon 63
1.4.3 Strukturering av diskusjonstemaene. Særlig om kritikk mot «begrepsjurisprudens» o.l. 67
1.5 Den videre fremstillingen 70
1.6 Et leseråd for praktikere 71

KAPITTEL 10 NOEN ØVRIGE GENERELLE PROBLEMSTILLINGER («METODESPØRSMÅL») 73
2.1 Avgrensningen til Høyesteretts prinsippargumentasjon 73
2.1.1 Tema 73
2.1.2 Generelt om valget av Høyesterett som undersøkelsesobjekt 74
2.1.3 Særlig om betydningen av prinsippargumentasjon i ikke-nasjonal og utenlandsk rett 82
2.2 Bruk av Høyesteretts avgjørelser 84
2.2.1 Tema 84
2.2.2 Førstepersonsperspektivet 85
2.2.3 Bør vi anta at domsbegrunnelsene er oppriktige? 86
2.2.4 Intensjonsdybdeproblematikk og rasjonell rekonstruksjon 95

KAPITTEL 11 OM DANNELSE AV RETTSLIGE ARGUMENTASJONSMØNSTRE 100
3.1 Tema 100
3.2 Institusjonelle fakta 102
3.2.1 Tema 102
3.2.2 Introduksjon av begrepet 'institusjonelle fakta' 104
3.2.3 Nærmere om fortolkning av institusjonelle fakta: «Hard cases» og verdivurderinger 115
3.2.4 Oppsummering 121
3.3 Vaner 121

KAPITTEL 12 «PRINSIPP»: SYV INNARBEIDEDE BRUKSMÅTER 126
4.1 Tema 126
4.2 «Prinsipp» om utgangspunkter/hovedregler 127
4.3 «Prinsipp» om normer med høyt generalitetsnivå 131
4.4 «Prinsipp» som upresis henvisning 134
4.5 «Prinsipp» om vektige verdier 137
4.6 «Prinsipp» om retningslinjer 139
4.6.1 Tema 139
4.6.2 Nærmere om retningslinjebegrepet. Særlig om forholdet til 'principle' hos Dworkin 140
4.6.3 Er alle prinsipper retningslinjer? 145
4.6.4 Prinsipper som «optimaliseringspåbud» 149
4.7 «Prinsipp» om avveininger av reelle hensyn 156
4.8 «Prinsipp» om ulovfestede praksisbaserte normer 159
4.8.1 Tema 159
4.8.2 Kravet til belegg for ulovfestede praksisbaserte prinsipper 161
4.8.3 Kort om samspillet mellom ulovfestede praksisbaserte prinsipper og kodifikasjonslover 162
4.8.4 Særlig om prinsippet som presumsjon ved fortolkning av lover og forarbeider 165

KAPITTEL 13 «PRINSIPP» OM NORM-EKSPRESSIVE GENERALISERINGER 171
5.1 Tema ... 171
5.2 Generelt om norm-ekspressive generaliseringer ... 174
5.2.1 Om begrepet ... 174
5.2.2 Norm-ekspressive generaliseringer i Høyesteretts praksis ... 183
5.3 Nærmere om de norm-ekspressive generaliseringenes ontologi ... 206
5.3.1 Tema ... 206
5.3.2 Noen ontologiske forklaringsmodeller ... 206
5.3.3 Konfrontasjon med Høyesteretts praksis ... 218
5.3.4 Utsyn: Metodologiske konsekvenser ... 223
5.4 Prinsippet som trumf? ... 225
5.4.1 Tema ... 225
5.4.2 Trumftesen i hovedtrekk ... 226
5.4.3 Tesens implikasjoner ... 229
5.4.4 Hvorfor skal prinsipper ha en trumffunksjon? ... 232
5.4.5 Nærmere om overføringsverdien til norsk rett ... 240
5.5 Kontrastering med begrepet 'analogi' ... 242
5.5.1 Tema ... 242
5.5.2 Er vilkårene for å analogisere de samme som for å oppstille norm-ekspressive generaliseringer? ... 243
5.5.3 Kan det ha rettslige konsekvenser å analogisere fremfor å oppstille norm-ekspressive generaliseringer? ... 254
5.5.4 Oppsummerende om forholdet mellom 'analogi' og 'norm-ekspressiv generalisering' ... 267
5.6 Kontrastering med begrepet 'sedvanerett' ... 267
5.7 Kontrastering med begrepet 'reelle hensyn' ... 272
5.7.1 Tema ... 272
5.7.2 Begrepet 'reelle hensyn' ... 273
5.7.3 Konfrontasjon med begrepet 'norm-ekspressiv generalisering' ... 276
5.8 Verdispørsmål (I): Koherens eller konsekvens? ... 281
5.8.1 Tema ... 281
5.8.2 Hvorfor koherens? ... 290
5.8.3 Hvordan koherens? ... 301
5.8.4 Oppsummering ... 306
5.9 Verdispørsmål (II): Generaliseringer på utilstrekkelig grunnlag ... 307
5.10 Verdispørsmål (III): Uheldig sammenblanding av nasjonal og internasjonal rett ... 310

KAPITTEL 14 «PRINSIPP» OM ULOVFESTEDE KONSTITUSJONELLE NORMER ... 314
6.1 Tema ... 314
6.2 Generelt om ulovfestede konstitusjonelle normer ... 315
6.3 Forholdet til andre prinsippbegreper ... 321
6.4 Vurdering av argumentasjonsmåten ... 325

KAPITTEL 15 SAMLENDE OM HØYESTERETTS PRINSIPPARGUMENTASJON 327
7.1 Tema 327
7.2 Noen overordnede kategoriseringer 327
7.2.1 «Prinsipp» som henvisning til grunnlag eller kjennetegn 327
7.2.2 Ekskurs: Noen bredere perspektiver på prinsippers grunnlag 332
7.2.3 Noen øvrige generelle inndelingsmåter 334
7.3 Vurdering av prinsippterminologien 336
7.3.1 Tema 336
7.3.2 Prinsippterminologiens «emotive appell» 337
7.3.3 Prinsippterminologiens «deskriptive språkdrakt» 353
7.3.4 Prinsippterminologiens flertydighet 363
7.3.5 Prinsippterminologi som «tom tale» 365
7.3.6 Oppsummering 367

KAPITTEL 16 NOEN AVSLUTTENDE REFLEKSJONER 368
8.1 ... om prinsippargumentasjon 368
8.2 ... om studiet av rettslige argumentasjonsmønstre 370

LITTERATUR 375

LOVER 407

KONVENSJONER OG ANNET IKKE-NASJONALT MATERIALE 417

AVGJØRELSER FRA HØYESTERETT 419

AVGJØRELSER FRA EMD 426

STIKKORD 427

1

Innledning

1.1 Avhandlingens emne og problemstillinger

Jurister bruker ordet «prinsipp» med den største selvfølgelighet. Strafferettsjuristen kan f.eks. uten nærmere redegjørelse henvise til «det strenge legalitetsprinsippet i strafferetten», kontraktsrettsjuristen til «prinsippet om heving ved vesentlig misligh-hold» og skatterettsjuristen til «prinsipper om gjennomskjæring».[1] Alle tre kan gå ut fra at det ikke vil bli stilt spørsmål ved hva de mener å formidle med disse utsagnene. Det henger sammen med at de argumentene som fremføres, er så velkjente at prinsipptermen ikke tiltrekker seg særlig oppmerksomhet.

Der argumentet ikke er like innarbeidet innenfor det aktuelle rettsområdet, kan derimot en argumentasjon som gjør bruk av uttrykket «prinsipp», vekke et visst ubehag: Hva *er* egentlig et prinsipp? Hvordan forholder prinsipper seg til mer kjente størrelser i norsk rett, som f.eks. reelle hensyn? Sikter alle som bruker dette ordet, til det samme? Slike spørsmål avdekker en usikkerhet om hva jurister egentlig forsøker å formidle når de anfører «prinsipper» til fordel for et standpunkt. Den uvissheten som kan oppstå i en konkret sak – f.eks. om hva en advokat prøver å føre til torgs når

1 Doble anførselstegn brukes i det følgende dels som i vanlig skriftspråk (f.eks. ved sitater), dels om språklige størrelser (uttrykk, termer). Enkle anførselstegn benyttes dels ved sitater i sitater, dels om meningsstørrelser (begreper). Sondringen mellom uttrykk og begrep gjennomgår jeg nærmere i punkt 1.2.2. For så vidt gjelder min egen tekst, vil det fremgå av sammenhengen hvilken betydning som er brukt. Bruk av enkle anførselstegn i sitater kan derimot i noen tilfeller skape tvil om vedkommende forfatter omtalte termer eller begreper. I så fall er det i henvisningen presisert hvorvidt det er doble eller enkle anførselstegn i den originale teksten.

han påberoper seg et tidligere ukjent prinsipp – må dermed langt på vei tilskrives en *generell* uklarhet som hefter ved slik argumentasjon.

Emnet i det følgende er bruk av ordet «prinsipp» som ledd i rettslig argumentasjon.[2] Dette setter en grense for hvilke av prinsipptermens bruksmåter jeg tar opp til behandling, idet oppmerksomheten er rettet mot de tilfellene det gir mening å analysere innenfor en juridisk referanseramme. Enkelte dagligspråklige bruksmåter faller utenfor, likeså anvendelser av ordet som ikke er spesifikt juridiske.[3] Det er denne innsnevringen av området for undersøkelsen som ordet «rettslig» i avhandlingens tittel er ment å bære bud om. Fremstillingen er derimot generell i en annen forstand, idet emnet ikke kan begrenses til konkrete rettsområder eller rettsspørsmål. Selv om det tidvis vil være nødvendig å gå temmelig utførlig gjennom argumentasjonen i enkeltsaker, er siktemålet i slike tilfeller ikke å utbrodere «gjeldende rett». De rettsdogmatiske innslagene er ment å belyse konteksten som prinsippargumentasjonen ble fremsatt i. Den som ønsker en oppregning over hvilke prinsipper som «gjelder» på et bestemt rettsområde, vil derfor bli skuffet av det følgende. Men et slikt generelt perspektiv er nødvendig ettersom usikkerheten knyttet til hva «prinsipp» betyr, ikke er begrenset til konkrete rettsområder; den hefter ved argumentasjonsmåten *som sådan* og må analyseres med det for øye. En stor del av denne uklarheten skyldes at ord som «prinsipp» dekker over flere – til dels overlappende – meningsstørrelser på tvers av tradisjonelle faginndelinger. «Prinsippargumentasjon» uttrykker et overbegrep som dekker over samtlige av disse betydningene.[4]

En viss vedgåelse er det likevel grunn til å komme med i sammenhengen: Selv om de etterfølgende drøftelsene er ment å kaste lys over et generelt trekk ved rettslig argumentasjon, er det klart at utvalget av eksempler og problemstillinger vil farges av hva slags fagområder jeg er mest bevandret i. Hovedtyngden i fremstillingen ligger på den offentlige rett generelt, og strafferett, straffeprosess og statsrett spesielt.[5]

---

2 Enkelte uttrykk med delvis synonymt meningsinnhold vil også bli trukket inn, f.eks. «allmenn rettsgrunnsetning», se punkt 1.2.4.

3 Se nærmere om denne avgrensningen i punkt 1.2.4.

4 Uttrykket «prinsippbruk» vil iblant brukes synonymt med «prinsippargumentasjon». I sammenhenger der oppmerksomheten særlig er rettet mot de språklige uttrykkene, anvender jeg uttrykket «prinsippterminologi».

5 At en fremstilling av generelle trekk ved juristers argumentasjonsmåter ofte får en slik slagside, er fremhevet også i annen litteratur. Se f.eks. M.H. Andenæs, *Rettskildelære* s. 9, som angir at et delformål med hans bok er å utgjøre en privatrettslig motvekt til den offentligrettslige vinklingen som preger de fleste andre fremstillinger av rettskildelæren.

Påstanden er like fullt at de argumentasjonsmønstrene som påvises, også figurerer på andre rettsområder. Men argumentasjon med prinsipper innenfor en bestemt rettsdisiplin kan nok ha særpreg som ikke fanges opp av fremstillingen her. Det vil især kunne være tilfellet om man anlegger et lavere abstraksjonsnivå.

En rekke yrkesgrupper, for eksempel dommere, rettsvitenskapsmenn, forvaltningsjurister og advokater, henviser til prinsipper. Prinsippterminologi finner man også i lovgivningen.[6] I det følgende er det særlig Høyesteretts prinsippargumentasjon som blir studert inngående, selv om den løpende sammenlignes med ulike posisjoner i juridisk litteratur.[7] At tittelen på avhandlingen likevel ikke er «Høyesteretts prinsippargumentasjon», skyldes at domstolens argumentasjonsmåte må antas å virke mønsterdannende for andre rettsanvendere.[8]

Hensett til prinsippargumentasjonens utbredelse i norsk rett, tiltrakk argumentasjonsmåten seg lenge forbausende liten oppmerksomhet i juridisk litteratur; behandlingen begrenset seg stort sett til tentative kategoriseringer, iblant også ispedd en håndfull normative betraktninger. Å kartlegge prinsippargumentasjonens innhold var også sjelden et mål i seg selv, kun et skritt på veien mot behandlingen av andre spørsmål, f.eks. i prosessfagene, forvaltningsretten, miljøretten osv.[9] Selv i obligasjonsretten, der ekkoet fra debatten om Hagerups konstruktive metode aldri riktig døde hen, forble prinsippdiskusjonen temmelig fagspesifikk. Og i juristenes

---

6 Noen tilfeldig valgte eksempler på lovbestemmelser som henviser til prinsipper, er aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-9 første ledd («vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper»), børsloven § 22 første ledd («prinsipper om effektivitet, nøytralitet og likebehandling»), bioteknologiloven § 1-1 («prinsipper om respekt for menneskeverd, menneskelige rettigheter og personlig integritet»), partiloven § 10 («overordnede prinsipper for offentlig støtte») og tvisteloven § 6-1 («prinsipper for forliksrådets virksomhet»).

7 Jeg bruker også avgjørelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg som eksempler på Høyesteretts prinsippargumentasjon, selv om dette formelt sett var en egen domstol frem til ikrafttredelsen av tvisteloven. I dag regnes saker som er behandlet av Ankeutvalget for å ha blitt avgjort av Høyesterett, men da satt med tre dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd. Dette var reelt sett også situasjonen tidligere, jf. NOU 2001: 32 B s. 1004. Alle henvisninger til Retstidende er til avgjørelser av Høyesterett i avdeling, med mindre noe annet er sagt. For øvrig brukes følgende notasjon: Saker avgjort i plenum angis med *(P)* etter henvisningen, saker i storkammer med *(S)*, saker fra Ankeutvalget med *(A)* og saker fra Kjæremålsutvalget med *(K)*.

8 Se nærmere punkt 2.1.

9 Se likevel Sundby, *Om normer* s. 190–196. Sundbys drøftelse er bemerkelsesverdig ikke bare i egenskap av å være forut for sin tid (avhandlingen ble publisert i 1974), men også fordi de aller fleste fremstillingene av prinsippargumentasjon som har kommet til i senere norsk litteratur, har fanget opp *færre* nyanser enn hva han maktet å angi på seks sider.

metodefag – rettskildelæren – levde prinsippene nærmest en skyggetilværelse til inn på 1990-tallet.[10]

Situasjonen i dag er en annen. Siden årtusenskiftet har det forekommet en markant økning i antallet norske publikasjoner som tar for seg prinsippargumentasjon *som sådan*, ikke bare som ledd i behandlingen av andre emner.[11] Prinsippbruk er dermed blitt til et aktuelt akademisk forskningsemne også her til lands, i tillegg til stadig å figurere i «dagligdags» rettslig argumentasjon.[12] Avhandlingen kan ses som et tilskudd til denne akademiske diskusjonen.[13] Jeg tar sikte på å besvare to hovedspørsmål som juristens prinsippargumentasjon gir opphav til. For det første: Hvilke argumentasjonsmønstre er det overbegrepet 'prinsippargumentasjon' omfatter? Og for det andre: Bør man gjøre bruk av disse argumentasjonsmønstrene?

I det første ligger at de ulike formene for prinsippargumentasjon skal identifiseres og analyseres. Disse prosessene er nært sammenvevd. Høyesterett foretar ingen kategorisering av sine argumentasjonsmåter, og det kan ofte være tvilsomt hva domstolen har siktet til med «prinsipp» og lignende termer. Identifikasjonen av argumentasjonsmønstrene og den nærmere analysen av hva som ligger i dem, vil dermed ubønnhørlig inngå i en hermeneutisk prosess; man ser det man har begreper for å se. I det videre skiller jeg derfor ikke skarpt mellom oppstillingen av de argumentasjonsmønstrene som omfattes av prinsippargumentasjonsbegrepet, og den nærmere analysen av hva som ligger i de ulike typene prinsippbruk. Jeg taler i stedet om avhandlingens *deskriptive komponent*: redegjørelsen for hva som ligger, eller kan tenkes å ligge, i Høyesteretts prinsippbruk.

---

10 Jeg ser her bort fra de hyppige henvisningene til «rettskildeprinsipper» i slik litteratur. Så å si all faktisk forekommende prinsippargumentasjon i Høyesteretts praksis faller utenfor denne kategorien, gitt at man holder seg til domsbegrunnelsene. Rettskildeprinsippene behandles nærmere i punkt 1.3.3.3.

11 Se særlig Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 299–325, Boe, *Rettskildelære under debatt* s. 365–376, Eng, *U/enighetsanalyse* s. 471–479, Fredriksen, *Rettsprinsippers betydning i norsk rett*, Graver, *I prinsippet prinsipiell*, Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* s. 86–100, Jerkø, *En taksonomi over rettslige prinsipper* og Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 260–306.

12 Se for en tilsvarende beskrivelse av situasjonen i norsk rett Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett* s. 52 i note 48.

13 Den økende interessen for prinsippargumentasjonen må nok ses i sammenheng med at flere juridiske forfattere mener at prinsippbruk forekommer hyppigere nå enn tidligere, se f.eks. Graver, *I prinsippet prinsipiell* s. 189. Tilsvarende i dansk rett f.eks. Dalberg-Larsen/Kristiansen, *Inledning* s. 1. Jeg tar i det følgende ikke sikte på å avklare om slike oppfatninger gir en korrekt beskrivelse av situasjonen i norsk rett.

Det andre spørsmålet springer ut av at så vel prinsippargumentasjonen som sådan som bestemte former for prinsippbruk har vært gjort til gjenstand for verdidebatter – det vil si en diskusjon av hvordan jurister *burde* argumentere.[14] Potensialet for å stille verdispørsmål er heller ikke uttømt ved de bidragene man finner i annen juridisk litteratur. Jeg tar sikte på å identifisere hvilke verdispørsmål som aktualiseres av de enkelte formene for prinsippargumentasjon, og klargjøre hvilke argumenter man må se hen til dersom man ønsker å ta stilling til dem. Dette kaller jeg for avhandlingens *normative komponent*: studier av hvordan man kan problematisere prinsippargumentasjonens ønskelighet.

Drøftelsene av begge disse spørsmålene gjør det nødvendig å ta opp problemstillinger som tematisk hører hjemme i «rettskildelæren», i en tid der det står strid om fagets analyseverktøy og øvrige forutsetninger.[15] De spenningene som har oppstått, løper som en rød tråd gjennom fremstillingen. Gjennom påpekninger av – og til dels også stillingtagen til – noen av disse stridstemaene, tar jeg sikte på å yte et mer generelt bidrag til den pågående utviklingen av rettskildelærefaget. Studiet av prinsippargumentasjonen kan i denne sammenhengen ses som en arena for å vurdere hensiktsmessigheten av ulike tilnærminger til det generelle studiet av juristers argumentasjon.

I de resterende punktene i dette innledningskapittelet skal jeg utdype de utgangspunktene som nå er skissert. I punkt 1.2 ser jeg nærmere på prinsippargumentasjonsbegrepet. Deretter vil jeg i punkt 1.3 og 1.4 forklare nærmere hvordan behandlingen av avhandlingens deskriptive og normative komponent vil bli lagt opp. Gangen i den videre fremstillingen presenteres i punkt 1.5. I punkt 1.6 gir jeg et leseråd for den som først og fremst er på leting etter en gjennomgang av hvordan Høyesterett konkret argumenterer med prinsipper. Den som leser avhandlingen med et slikt praktikerperspektiv, og som derfor i størst mulig grad ønsker å slippe de mer abstrakte drøftelsene, kan med hell hoppe rett til dette punktet.

---

14 Skillet mellom det deskriptive og det normative bør ikke forstås helt bokstavelig. Det vil lett snike seg inn verdisynspunkter i tilsynelatende deskriptive drøftelser. Omvendt vil avgrensningen av det som skal gjøres til gjenstand for en normativ vurdering – det som *er* – sette rammer for verdiavveiningen. Jeg kommer noe tilbake til disse sammenhengene, særlig i punkt 2.2.4.

15 Hva jeg forstår med «rettskildelære» presiseres i punkt 1.3.3.1.

1.2 Begrepet 'prinsippargumentasjon'

1.2.1 Tema

> *Legal language makes the 'legal world' appear to us; we can only grasp legal phenomena through legal language.*
>
> *Kaarlo Tuori*[16]

Jeg skal i dette punktet definere «prinsippargumentasjon» nærmere. Allerede denne emneavgrensningen støter på et problem som ligger i forlengelsen av at det, som påpekt i forrige punkt, ikke råder noen konsensus om hva et rettslig prinsipp er. Det medfører at selve plasseringen av avhandlingens grensesteiner tilsynelatende innebærer et valg mellom to onder: Man må enten langt på vei klargjøre hva som skal kartlegges på en måte som foregriper analysen, eller oppgi tanken om at emnet lar seg avgrense noenlunde presist. Ingen av delene er særlig appellerende posisjoner. Dersom man begynner undersøkelsen med å oppstille en katalog over det som skal undersøkes – altså hva prinsipper er – oppstår en sammensmeltning mellom undersøkelsesgjenstanden og -resultatet; det blir ikke lenger mulig å skille mellom materialet som skal analyseres og de funnene som den analytiske bearbeidingen av det har frembrakt. Dersom man i stedet går ut fra at prinsipper er så mangt, blir det derimot vanskelig å forsvare hvorfor man behandler disse fenomenene sammen; emneavgrensningen fortoner seg da raskt som om den skyldes et rent slumpskjønn.

En strategi for å håndtere denne problematikken, er å oppgi forestillingen om at prinsipper *er* et bestemt type fenomen (eller bestemte typer fenomener), og i stedet rette oppmerksomheten mot hvordan det *snakkes om* prinsipper i juridiske tekster.[17] Svaret på hvorfor emnet ikke er helt tilfeldig avgrenset, blir dermed at *prinsippsnakket* skaper en viss enhet i materien. Selv om fenomenene jeg skal analysere er temmelig forskjelligartede, bindes de sammen ved at juristene viser til dem gjennom et forholdsvis avgrensbart sett med talemåter.[18] En slik tilnærming forutsetter heller ikke at man oppstiller en detaljert katalog over ulike prinsipper som

---

16 *Ratio and voluntas* s. 183.

17 Et absolutt skille mellom prinsippsnakk og prinsipper som fenomener, lar seg ikke opprettholde, sml. sitatet fra Tuori ovenfor i dette punktet. Men det utelukker ikke at det ene eller andre perspektivet – altså en tilnærming via språk eller en tilnærming via fenomenene – kan være bedre egnet for et bestemt formål.

18 Som jeg kommer tilbake til i punkt 1.3.2.2, er det dog ikke tale om noen enhet i mer grunnleggende forstand. Meningsstørrelsene som formidles kan i høyden sies å ha en familielikhetsstruktur.