Sverre Blandhol

DE BESTE GRUNNER

Reelle hensyn i juridisk argumentasjon

GYLDENDAL
JURIDISK

SVERRE BLANDHOL

med et kapittel om
reelle hensyn i EU-retten
av *Christian Franklin*

DE BESTE GRUNNER

REELLE HENSYN I JURIDISK ARGUMENTASJON

GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2013
1. utgave, 1. opplag 2013

ISBN 978-82-05-46072-0

Omslagsdesign: Gyldendal Juridisk
Sats: Supernova, 2013
Brødtekst: Minion 10,5/15

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.

Alle Gyldendals bøker er produsert i miljøsertifiserte trykkerier.
Se www.gyldendal.no/miljo

Forord

Spørsmålet om bruk av friere vurderinger i rettsanvendelsen (også kalt reelle hensyn) har vært mye diskutert i juridisk litteratur i de senere år. Ofte med større lidenskap enn kunnskap.

Mange har knyttet reelle hensyn til Torstein Eckhoff og rettsrealismen, og omtalt slike argumenter som verdipremisser eller egne vurderinger. Noen har valgt å se reelle hensyn som et særnorsk fenomen. Det har vært spådd et snarlig endelikt for reelle hensyn når rettsrealismen er diskreditert og internasjonal rett slår inn i norsk juss. Da kan vi si farvel til en venstrevridd og myndighetsservil rettskildelære, med reelle hensyn som en uprofesjonell og hjemmestrikket form for legitimert synsing. Men er det virkelig slik?

I denne boken søker jeg å avlive slike myter og gi diskusjonen om reelle hensyn et vitenskapelig grunnlag. I strid med oppfatningen om reelle hensyn som Eckhoffs fortjeneste, viser jeg hvordan reelle hensyn kan føres tilbake til en spesiell form for naturrettslære (og derfra videre til aristotelisk og romerrettslig tankegods). I strid med oppfatningen om reelle hensyn som utelukkende verdipremisser, viser jeg hvordan reelle hensyn kan spaltes opp i tre hovedkategorier: betraktninger om hva som er godt i seg selv, konsekvensbetraktninger og betraktninger omkring tingenes og rettsforholdenes karakter og egenskaper (hvorav de to siste er spørsmål vi kan ha kunnskap om). I strid med oppfatningen om reelle hensyn som særnorsk, viser jeg hvordan reelle hensyn kan føres langt tilbake i europeisk rettstradisjon, og hvordan de inngår som et viktig element i dagens europarett. Reelle hensyn fremstår som et sentralt element i enhver sunn rettsanvendelse og sier oss noe viktig om karakteren av juridisk argumentasjon. Målet er å finne den løsningen som alt i alt har de beste grunner for seg.

Det meste av boken ble skrevet sommeren 2011. Jeg hadde funnet frem et femtisiders manuskript som var til overs etter arbeidet med doktoravhandlingen *Nordisk rettspragmatisme*. Det hadde arbeidstittelen *Fra sakens natur til reelle hensyn* og var en sammenstilling av viktige historiske kilder til utviklingen av begrepet «reelle hensyn». Planen var å gjøre dette om til en artikkel. Men da jeg begynte å skrive, vokste arbeidet ut over disse rammene. Jeg føyet til en systematisk del og åpnet for undersøkelser av reelle hensyn i norsk rettspraksis og fremmed rett. Dermed ble det en bok.

Kapitlet om reelle hensyn i EU-retten er skrevet av EU-rettsekspert Christian Franklin. Jeg hadde lest hans artikkel «Rettskildefaktorene i EF- og EU-retten», der jeg hadde funnet oppfatninger som harmonerte godt med det jeg selv antok (om reelle hensyns betydning). Jeg innså at jeg ikke selv kunne skrive om reelle hensyn i fremmed rett på en god nok måte innenfor rimelig tid. Jeg var derfor meget glad da Christian sa ja til å bidra med et kapittel om reelle hensyn i EU-retten. Christians bidrag står sentralt i boken, fordi det gjelder en rettsordning som betyr mye for norsk juss i dag, og fordi kapitlet ved sitt innhold effektivt torpederer enhver påstand om at reelle hensyn er et lokalt norsk produkt med begrenset holdbarhet. Christians tema er dessuten lite behandlet i tidligere rettskildefremstillinger.

Under arbeidet med boken har jeg hatt glede og nytte av samtaler og diskusjoner med en rekke gode kolleger. Jeg vil særlig takke Andreas Aure, Erik Boe, Lars Björne, Erling Eide, Alf Petter Høgberg, Endre Stavang, Jørgen Stubberud, Rune Sæbø og Trond Welstad, som alle har lest større eller mindre deler av manus og gitt kommentarer. Dere har gitt meg skarpsynt og viktig kritikk som har utfordret meg til å skjerpe teksten så godt jeg har maktet! En stor takk går til Christian Franklin, som tok på seg oppgaven med å skrive om reelle hensyn i EU-retten, og som også har kommet med mange verdifulle innspill til manus for øvrig. En særlig takk går også til Rune Slagstad, som ved siden av å lese og kommentere manuskriptet også har bidratt med støtte og inspirasjon i andre deler av utgivelsesprosessen. Takk også til Gyldendal Juridisk ved Anne Birgitte Songe, Vibeke Wingerei og Signe Marie Flåt, som tok vel imot manuskriptet jeg sendte sommeren 2011, og som har fulgt opp på en utmerket måte. Endelig vil jeg takke min kone og våre to barn, som gjorde det mulig å fullføre også en ikke planlagt bok – ved siden av alle andre oppgaver og prosjekter i en hektisk hverdag.

Oslo, oktober 2013

Sverre Blandhol

Innhold

INNLEDNING 11

DEL I REELLE HENSYN I SYSTEMATISK BELYSNING 21

KAPITTEL 1 HVA ER REELLE HENSYN? 22
Innledning 22
Interesser, verdier, prinsipper og hensyn 24
Reelle hensyn i rettsanvendelsen 25
Reelle hensyn som en type argumenter 27
Er reelle hensyn verdistandpunkter? 28
Argumenter og skjønn 34
Oppsummering av diskusjonen så langt og forsøk på en definisjon 36
Ulike typer reelle hensyn 37
Betraktninger om hva som er godt i seg selv 38
Konsekvensbetraktninger 39
Betraktninger omkring tingenes og rettsforholdenes karakter og egenskaper . . . 41
Generelle og fagspesifikke hensyn 47
Samvirke og konflikt mellom ulike typer reelle hensyn 48
Kriterier for prioritering eller avveining 49

KAPITTEL 2 REELLE HENSYN – FOR OG IMOT 53
Innledning 53
Kritikken av reelle hensyn 54
Et forsvar for reelle hensyn 61
Oppsummering og utsyn 63

DEL II REELLE HENSYN FRA ØRSTED TIL ECKHOFF 67

KAPITTEL 3 FREMVEKSTEN AV BEGREPET «REELLE HENSYN» PÅ 1800-TALLET 68

Innledning 68
Ørsted om sakens natur og naturlig rett 69
Opphavet til Ørsteds begreper om naturlig rett og sakens natur 75
Oppsummering og konklusjon 81
Schweigaard om de frie rettslige bestemmelsesgrunner 82
Hovedtrekk ved utviklingen i siste halvdel av 1800-tallet 88
Francis Hagerup om sakens natur og reelle hensyn 93
Oscar Platou om sakens natur 100

KAPITTEL 4 REELLE HENSYN I TIDEN OPP TIL FØRSTE VERDENSKRIG ... 103

Herman Scheel om sakens natur og reelle hensyn 103
Viggo Bentzon om forholdets natur 105
Stangs arbeid frem mot en friere rettskildelære 108
Sjögren om livets regel 111

KAPITTEL 5 KRITIKKEN AV REELLE HENSYN 119

Innledning 119
Solnørdals kritikk av sakens natur 120
Castberg om reelle hensyn 126
Vinding Kruse om sakens natur og naturlig rett 129
Ross' kritikk av sakens natur 136
Ross' nye begrep om forholdets natur 140

KAPITTEL 6 REELLE HENSYN I NORSK RETTSKILDELÆRE ETTER ANNEN VERDENSKRIG 143

Innledning 143
Augdahl om sakens natur 143
Fleischer om reale hensyn 148
Eckhoff om reelle hensyn 150
Etterspill 153
Oppsummering og konklusjoner av den historiske undersøkelsen 154

DEL III REELLE HENSYN I HØYESTERETTS PRAKSIS 161

KAPITTEL 7 REELLE HENSYN I HØYESTERETTS PRAKSIS 162

Innledning 162
Oversikt over materialet 164
Hvilke betegnelser brukes? 166

Hvordan forstår Høyesterett reelle hensyn –
særlig når det gjelder forholdet mellom verdier og fakta? 168
Typer av reelle hensyn i Høyesteretts praksis 181
Forekomster av de enkelte typer 182
Eksempler på bruk av de enkelte hensynstyper 182
Diskusjon om hensynstyper 190
Avslutning 194

DEL IV REELLE HENSYN I FREMMED RETT 197

KAPITTEL 8 REELLE HENSYN I EU-RETTEN 198
Christian Franklin
Noen grunnleggende forutsetninger for EU-domstolens bruk
av friere vurderinger: kompetanse- og jurisdiksjonsspørsmål 200
Type 1 reelle hensyn: EU-domstolens bruk av argumenter basert på rene
verdipremisser (betraktninger om hva som er godt i seg selv) 203
Type 2 reelle hensyn: EU-domstolens bruk av konsekvensbetraktninger 210
Type 3 reelle hensyn: EU-domstolens bruk av betraktninger omkring
tingenes og rettsforholdenes karakter og egenskaper
(sakens natur i egentlig forstand) 220
Oppsummering 225

DEL V REELLE HENSYN OG JURIDISK ARGUMENTASJON 229

KAPITTEL 9 REELLE HENSYN OG JURIDISK ARGUMENTASJON 230
Innledning 230
Metodens mysterium 232
Hva vi kan lære av reelle hensyn? 236
Normativ pluralisme 236
Argumentativ metode 237
Naturalistiske slutninger 238
Åpenhet mot andre fag og vitenskaper 239
System og pragmatisme 240
Empirisk rettsforskning 241

REFERANSER 243

STIKKORD 251

DOMSREGISTER 255

«Juristen skal søke det resultat som alt i alt – herunder lover, tidligere dommer og annen praksis – har de beste grunner for seg»
Svein Eng.[1]

1 Svein Eng i boken *Rettsfilosofi* (2007), s. 170.

Innledning

Den 24. april 1874, om morgenen, eksploderte Nitroglyserinkompagniets fabrikk ved Lysakerelven. Bygningen ble totalskadet og en arbeider mistet livet. På et tresliperi som lå på andre siden av elven oppsto store skader. Taket ble løftet opp av lufttrykket og skjøvet ut av stilling. Hovedbygningen ble brakt ut av lodd. En stor stein slo hull i veggen i en arbeiderbolig. En mengde vindusruter ble blåst ut. Eiendommen så ut som en slagmark.

Eieren av tresliperiet krevde erstatning av Nitroglyserinkompagniet, men selskapet avviste kravet. Ved Kristiania byretts dom av 15. desember 1874 ble Nitroglyserinkompagniet frifunnet. Eieren av tresliperiet anket til Høyesterett.

Norsk rett bygget den gang på læren om at erstatningsansvar var betinget av skyld – *culpa*. Det var på det rene at ingen var skyld i eksplosjonen, som skrev seg fra et hendelig uhell. Kunne naboen likevel kreve erstatning, når virksomheten var lovlig, og ingen hadde gjort noe galt? Byretten hadde svart nei. Kravet savnet grunner. Nå var det landets høyeste domstol som skulle ta stilling. Kunne den komme til et annet resultat?

Svaret er ja. Høyesterett kom enstemmig til at Nitroglyserinkompagniet måtte svare for skadene på tresliperiet. Nitroglyserin var et så ekstraordinært farlig stoff at det var sannsynlig at det under produksjonen av og til ville oppstå uhell som kunne føre til eksplosjon. Når ulykken var ute, måtte selskapet da betale erstatning, selv om det i det konkrete tilfellet ikke var utvist noen uaktsomhet. Nitroglyserinkompagniet hadde ansvar for farlig bedrift, mente Høyesterett.

Når Høyesterett kunne komme til en annen konklusjon enn byretten, skyldtes det at domstolen i større grad trakk inn risikobetraktninger og andre reelle momenter i begrunnelsen, det som senere er kalt reelle hensyn. Dermed kunne

Høyesterett stille opp et alternativt rettsgrunnlag for erstatningskravet, et grunnlag som senere skulle bli kjent som ulovfestet objektivt ansvar.[2]

Når domstoler eller andre pålegger plikter, gir rett til goder, eller i det hele tatt endrer en rettslig situasjon, trenger de hjemmel, det vil si rettslig relevante grunner. Slike grunner kan fremgå av loven eller andre skrevne kilder. Men det er ikke alltid loven er tydelig, og ikke alle rettslige spørsmål er dekket av lovverk og andre skrevne kilder. Derfor trengs det – når man tar stilling til rettsspørsmål – også andre kilder som kan gi grunner til rettsavgjørelser. Man kan dessuten ikke bygge på hvilke som helst grunner – selv når de har forankring i det positiverte materialet. Målet er å søke de beste grunner. Ved ethvert argument som kan være relevant for en rettsavgjørelse, må man derfor vurdere kvaliteten på argumentet. Og det samlede resultatet skal også være det som har de beste grunner for seg. Friere betraktninger av argumenters eller resultaters kvalitet kan derfor spille inn i forbindelse med relevans, slutning og vekt for alle rettslige argumenter, inkludert de frie betraktningene selv. I norsk tradisjon har det vært vanlig å omtale slike friere betraktninger som reelle hensyn, og forståelsen og bruken av dem er tema for denne boken.

Spørsmål om hva reelle hensyn er, hvor begrepet stammer fra, og hvilken rolle reelle hensyn kan og bør spille i rettsanvendelsen, har vært mye diskutert i rettsteorien i de senere år. Vi har sett de mest sprikende forklaringer på hva det dreier seg om. En rekke forfattere har hevdet at reelle hensyn er en ny konstruksjon, som særlig skyldes rettsrealismen og Torstein Eckhoffs innflytelse (Sandvik, 1981, Slagstad, 1987a, Høgberg, 2000, Bergo, 2002, Sunde, 2005, Boe, 2010). Andre har ført begrepet tilbake til 1800-tallet og enda lenger (Fleischer, 1998, Blandhol, 2004b, Nesland, 2006, Björne, 2007). Enkelte har hevdet at reelle hensyn er et særnorsk fenomen (Askeland, 1999), andre har ment å finne det igjen i folkeretten (Blandhol, 2005). Flere har rettet sterk kritikk mot så vel betegnelsen, som begrepet og bruken av det (Bergo, 2002, Kinander, 2002, Askeland, 1999). Men det skorter heller ikke på dem som har rykket ut til forsvar for reelle hensyn (Fleischer, 1998, Nesland,

2 I dommen viste Høyesterett også til tidligere dommer som hjemmel for å oppstille et ansvar for farlig bedrift, så noe totalt omslag var det ikke tale om i denne dommen. Man hadde en viss presedens å gå etter, men domstolen trakk rammene for ansvaret lenger enn det tidligere var gjort. Det var heller ikke slik at Høyesterett i avgjørelsen tok endelig farvel med culpa-ansvaret som rettsgrunnlag. Ansvaret for farlig bedrift ble knyttet til uaktsomhetsansvaret, ut fra en påstand om at selve virksomheten var uforsvarlig. Men denne koblingen var anstrengt, og ble senere forlatt. Selv om dommerne slik sett forsøkte å forankre avgjørelsen i positive rettskilder og anerkjente rettsgrunnlag, er dommen blitt sett som en banebrytende avgjørelse i utviklingen av det ulovfestede objektive erstatningsansvaret. For denne utviklingen var bruken av de reelle hensyn avgjørende.

2006, Blandhol, 2004b). Det finnes de som har resignert, og har sluttet å bruke betegnelsen (Hans Petter Graver, sitert i Haldsrud, 2006). Og til tross for det som er anført til forsvar, kan reelle hensyn synes å ha blitt marginalisert og brakt i miskreditt i rettsteorien. Samtidig har Høyesterett i samme periode hyppig vist til reelle hensyn i sine avgjørelser, og trenden synes ikke avtakende (Skoghøy, 2013). Forvirringen kan synes total.

Denne situasjonen – spriket mellom teori og praksis, forvirringen rundt begrepets innhold, påstandene om opphav og hjemstavn, og den ramsalte kritikken – trenger ikke føre til fortvilelse. Vi kan også se den som en gylden anledning til å gjøre en fornyet undersøkelse av reelle hensyn.

Tanken er forsåvidt ikke ny. Rune Slagstad (1987a) pekte allerede for 25 år på oppgaven å følge fremveksten av dagens begrep «reelle hensyn». Erling Sandmo (2005), som skrev annet bind av Høyesteretts historie, vurderte å ta på seg oppgaven, men fant at det lå utenfor rekkevidden av hans prosjekt å gjennomføre en begrepshistorisk studie av reelle hensyn. Senere har Stian Haldsrud (2006) og Erik Nesland (2006) levert interessante historiske bidrag om synet på frie faktorer i norsk rettskildeteori. Begge har imidlertid konsentrert seg om begrensede tidsrom og forholdt seg primært til norsk litteratur og rettspraksis. Deres undersøkelser er også først og fremst historiske.

Tiden synes derfor moden til på nytt å behandle noen grunnleggende spørsmål når det gjelder reelle hensyn:

1. Først og fremst, hva er «reelle hensyn»? Hvilke argumenttyper er det som omfattes av denne betegnelsen, hvilken karakter har disse argumentene (objektive/subjektive), og representerer reelle hensyn også noe annet og mer enn en argumenttype (en metode, en form for skjønn, eller vurderingsmåte)?
2. Hva er opphavet til begrepet «reelle hensyn», hvordan kom dette inn i nordisk, særlig dansk og norsk, rettskildelære, og i hvilken grad og på hvilke måter er det kontinuitet og brudd når det gjelder behandlingen av begrepet i rettstradisjonen i moderne tid (ca. 1800 – i dag)?
3. Hvordan er reelle hensyn blitt brukt i rettspraksis tidligere og i dag?
4. Er reelle hensyn en særnorsk rettskilde, eller finner vi tilsvarende fenomener og begreper i andre relevante rettsordninger?
5. Hva slags syn på rett, juss og juridisk argumentasjon er det som ligger bak teori og praksis rundt bruken av reelle hensyn? Dreier det seg om en form for utilitarisme, slik Rune Slagstad (1987a) gjettet på? Eller må vi søke de filosofiske forutsetningene et annet sted?

Det er disse spørsmålene jeg vil behandle i denne boken. Siden problemstillingene er av ulik karakter i de forskjellige spørsmålene, vil jeg trekke veksler på forskjellige vitenskapelige metoder for å besvare dem (selv om det også vil være en viss metodisk overlapping fra det ene til det andre).

Det første spørsmålet, hva reelle hensyn er, krever en analytisk tilnærming som kan sies å ligge både rettsdogmatikken og rettsfilosofien nær. Samtidig trekker jeg også veksler på psykologi og vitenskapsfilosofi for å belyse blant annet spørsmålet om konsekvensbedømmelser med rette kan betraktes som «standpunkter til verdispørsmål» (Eckhoff, 1993, s. 298), og for å trekke grensen mellom reelle hensyn og andre psykologiske faktorer som influerer på rettsanvendelsen.

Spørsmålet om opphavet og utviklingen av begrepet «reelle hensyn» krever på sin side i hovedsak en idéhistorisk tilnærming. I denne sammenheng forsøker jeg ikke å følge en eller annen sofistikert historieteoretisk tilnærming, men bruker historikerens sedvanlige redskaper ved tolkningen av skrevne kilder (filologi, komparasjon, etc). Målet med tolkningen av de tekstene jeg analyserer, er å finne frem til hver enkelt forfatters mening om de rettskildespørsmål som vårt tema omhandler. Jeg har i andre sammenhenger skrevet om problemer ved tolkningen av historiske tekster (bl.a. Blandhol, 1999, 2005b), og disse betraktningene er med visse modifikasjoner relevante også her. Men ettersom boken har et vesentlig systematisk siktemål (avklaring av sentrale spørsmål rundt begrepet «reelle hensyn»), vil tolkningen av de historiske tekstene også være preget av dette formålet. For å si det litt forenklet, så er det i tolkningen av de historiske tekstene viktigere (for denne bokens formål) å finne ut hva disse forfatterne sier av relevans for vårt aktuelle problem, enn å identifisere det samlede sett av deres intensjoner i sin samtid.

Analysen av bruken av reelle hensyn i rettspraksis hviler på det man noe upresist, men tilstrekkelig for sammenhengen her, kan omtale som ordinær rettsdogmatisk metode, det vil si behandling av et rettsdogmatisk emne på grunnlag av norske rettskilder. Jeg vil i den sammenheng ta for meg et utvalg av Høyesteretts avgjørelser.

Når det gjelder spørsmålet om reelle hensyn i fremmed rett krever behandlingen av dette metoder hentet fra komparativ rettsforskning. Siktemålet er å undersøke om reelle hensyn, eller noe som ligner, omtales og praktiseres også i visse andre rettsordninger. Ut fra dette siktemålet er det ikke behov for en like grundig gjennomgang som i behandlingen av norsk (og nordisk) rettstradisjon. Det vil derfor ikke bli gjort tilsvarende grundige idéhistoriske undersøkelser. Behandlingen av dette spørsmålet vil i det vesentlige skje gjennom en gjennomgang og analyse av rettspraksis.

Det siste spørsmålet (om de filosofiske forutsetningene for bruken av reelle hensyn) knytter tråder fra alle de andre spørsmålene, og behandles ved hjelp av analytiske og til dels idéhistoriske metoder.

Ved behandlingen av bokens spørsmål er det viktig å gjøre de rette avgrensninger og utvalg, både når det gjelder den historiske, den dogmatiske og den komparative undersøkelsen. La oss ta den historiske avgrensningen først. Flere av de forfattere som har søkt å gi svar på de historiske spørsmålene om reelle hensyns oppkomst og utvikling synes ikke å ha gått tilstrekkelig langt tilbake i tid eller tilstrekkelig bredt ut når det gjelder forskjellige lands litteratur, noe som har ført til at man ikke har kommet til bunns i problemene. På den annen side må man trekke en grense (ellers vil kildetilfanget nærmest gå mot uendelig). Jeg har valgt å begynne den idéhistoriske undersøkelsen med Anders Sandøe Ørsted.[3]

Når jeg velger å begynne med Ørsted, har det flere grunner. For det første hersker det bred enighet om at Ørsted var en nyskaper i samtidens rettsvitenskap, både i kraft av sin omfattende produksjon og ved sin tilnærming til behandlingen av rettslige problemer. Lars Björne (1998) har argumentert for at Ørsted innførte argumentasjonen i nordisk rettsvitenskap. Dette høres kanskje underlig ut, men vi skal huske på at utførlige begrunnelser av rettsavgjørelser er noe relativt nytt, og at den rettsvitenskapelige litteraturen før Ørsteds tid i all vesentlighet besto av lærebøker, som reflekterte en doserende (i positiv forstand belærende) tilnærming til rettsspørsmålene. Nettopp det argumentative aspektet i Ørsteds vitenskap gjorde at han fikk bruk for et mer balansert og nyansert syn på rettskildene enn det som hersket i de alternative rettsteoriene i samtiden (naturretten, rettspositivismen og den historiske skolen). Dette gjør det særlig interessant å se hva Ørsted har å si om de friere argumentkildene.

Jeg avslutter den historiske delen med Torstein Eckhoff. Også en slik avgrensning er, som alle innsnitt i et historisk forløp, basert på et valg, men det er et valg det kan gis gode grunner for. Som vi allerede har sett, har Eckhoff blitt fremhevet som sentral når det gjelder dagens begrep om reelle hensyn. Mange mener at han skapte begrepet. Som vi skal se, savner denne oppfatningen historisk belegg og må karakteriseres som en myte. Men myten reflekterer utvilsomt det faktum at Eckhoff har spilt en meget sentral rolle som rettskildeteoretiker, ikke minst når det gjelder fremstillingen av reelle hensyn. Eckhoffs *Rettskildelære*, som ble utgitt første

3 Et viktig punkt ved undersøkelsen av Ørsteds syn på reelle hensyn vil imidlertid være opphavet eller inspirasjonskildene til Ørsteds ideer. Reflektert gjennom Ørsteds tekster får vi derfor også et utsyn mot de eldre kilder til begrepet.

gang i 1971, må sies å tilhøre klassikerne i norsk juridisk litteratur, og har vakt beundring og debatt også utenfor våre landegrenser. Den har vært brukt som pensum i rettskildelære ved juridisk fakultet i Oslo i alle år. Svært mange av dagens jurister finner trolig igjen sitt rettskildesyn i denne boken. Det er ikke til å undres over at navnet Eckhoff assosieres med begrepet «reelle hensyn». Mye av den senere kritikk av reelle hensyn har også tatt utgangspunkt i fortolkninger man har gjort av Eckhoffs fremstilling. Eckhoffs rettskildelære tjener derfor som endestasjon for vår historiske undersøkelse.

Reelle hensyn er ikke et begrep som er forbeholdt rettsvitenskapen og rettsteorien. Rettspraksis, der domstolene tar stilling til og begrunner sine løsninger av individuelle rettsspørsmål, er her som i så mange andre sammenhenger, en toneangivende instans. For å få et fullstendig bilde av reelle hensyn er det derfor nødvendig å undersøke også hvordan begrepet brukes i rettspraksis. Her støter vi imidlertid på flere metodiske vanskeligheter.

En systematisk og metodisk sett tilfredsstillende undersøkelse av bruken av reelle hensyn i rettspraksis er vanskelig å foreta. Grunnene til det er flere. For det første ville en gjennomgang av rettspraksis med sikte på å identifisere bruksmåter av reelle hensyn og utviklinger i begrepsbruk og praksis, måtte kreve svært store ressurser.[4] Et søk i Lovdatas base for alle Høyesterettsavgjørelser, med søkeordet «reelle hensyn», ga 926 treff.[5] Dette er i seg selv et enormt materiale. I tillegg kommer de saker der reelle hensyn kan tenkes å spille en rolle, men der denne betegnelsen ikke er brukt. Dommerne kan ha brukt andre ord (sakens natur, reale grunner, hensiktsmessighet, etc.), eller de kan i større eller mindre grad ha skjult sin bruk av reelle hensyn bak andre rettskildefaktorer (lovgiverens mening og lignende). Skulle man også inkludere disse avgjørelsene, ville materialet blitt enda mer omfattende. Det ville også kreve et nitidig arbeid å finne frem til avgjørelser der reelle hensyn har spilt en rolle på en av de nevnte måter, men der uttrykket ikke er brukt. I ytterste konsekvens måtte man lese, fortolke og analysere hver eneste avgjørelse som er avsagt av Norges Høyesterett. Jeg har naturlig nok ikke satt meg fore å gjøre det.

Det må gjøres et utvalg fra høyesteretts praksis, og spørsmålet reiser seg om hvordan utvalgskriteriene skal formuleres. Betydningen av dette spørsmålet skal

---

4 Empiriske studier av faktisk rettskildebruk har vært en sjeldenhet i norsk litteratur. Knut Bergo (2000) har levert et pionérarbeid i denne sammenheng, med sin studie av Høyesteretts forarbeidsbruk. Som Bergo påpeker i denne boken, burde man ideelt sett gjøre tilsvarende studier av hver enkelt rettskildefaktor.

5 Søk gjort 30. juli 2011.

ikke undervurderes. Det er ikke uvanlig å se at de som uttaler seg om reelle hensyn bygger sine påstander på meget små og ofte temmelig tendensiøse utvalg av kilder. Det sies sjelden noe om kriteriene for valg av kilder eller hvorfor de omtalte kildene er valgt, annet enn at de er viktige, sentrale eller interessante. Resultatet av en slik fremgangsmåte blir at påstandene som formuleres hviler på et sviktende grunnlag. Mange ganger er dette så tydelig at det er nærliggende å anta at forfatteren først har et syn på reelle hensyn, som vedkommende siden søker støtte og bekreftelse for i kildene. Kildesøk og argumentasjon kan da bli selektiv og skjev. Man plukker det som passer med eget standpunkt og lar resten ligge. Nyere psykologisk forskning viser at de færreste, om noen, kan si seg fri fra tendenser til slik skjev informasjonsbearbeiding (en oversikt over en del relevant forskning finnes hos Gilovich, 1991). Også den mest samvittighetsfulle og metodisk bevisste vitenskap vil (så sant det ikke dreier seg om ren matematikk) være åpen for påvirkning fra subjektive og mer eller mindre ubevisste mentale prosesser. Men nettopp derfor er også vitenskapelig metode alfa og omega når det gjelder behandlingen av slike kontroversielle spørsmål som bruken av reelle hensyn. Ved en større metodisk bevissthet, med bruk av blant annet åpne og fornuftige utvalgskriterier, kan man motvirke tendensene til tendensiøs forskning som ellers så alt for lett kan få utfolde seg. Vi skulle derfor ideelt sett gjøre et systematisk og godt begrunnet utvalg av høyesterettsdommer til analyse av Høyesteretts bruk av reelle hensyn.

Utvalget kunne gjøres ved å ta alle høyesterettsavgjørelser fra et bestemt år, eller et kortere tidsrom, eventuelt flere korte tidsrom fordelt over tid, for å kunne studere utviklingen. Men det vil fortsatt være vanskeligheter knyttet til forholdet mellom begrep og betegnelse, samt antakelsen om at en del bruk av reelle hensyn foregår tilslørt under henvisning til andre rettskilder. Det vil også være mulig å avgrense undersøkelsen til bestemte rettsområder.[6] Noen av de samme problemene vil imidlertid bestå: Selv med begrensning til ett rettsområde, kan kildetilfanget bli stort, og de samme vansker med utvalg kan gjøre seg gjeldende.

En annen mulighet er å gjøre det som kalles et bekvemmelighetsutvalg, det vil si å ta et materiale som er relativt lett tilgjengelig og så å si ferdig utvalgt allerede. Metodisk sett er dette ikke fullt ut tilfredsstillende. Det materialet som ligger i utvalget vil ikke være resultat av et systematisk søk, og mange forskjellige feilkilder kan derfor tenkes å ha spilt inn under utvelgelsen. På den annen side er dette et utvalg det er *mulig* å gjøre, for å få et materiale som man med rimelig anvendelse

6 Høgberg (2000) har for eksempel sett på rettsavgjørelser som bruker reelle hensyn for å trekke grensen mellom straffbare og straffrie handlinger.

av tid og ressurser kan rekke å undersøke. Og materialet er heller ikke satt sammen for anledningen av forskeren selv (slik jeg omtalte og kritiserte ovenfor). Materialet er definert uavhengig av undersøkelsen her, noe som gjør det mer vitenskapelig akseptabelt å benytte det, når utvalgsproblemet er såpass vanskelig som i dette tilfellet.

Det bekvemmelighetsutvalg som byr seg frem som mest nærliggende å benytte, er de rettsavgjørelser som i noen sentrale fremstillinger av rettskildelæren er behandlet under omtalen av reelle hensyn. Det er derfor et slikt utvalg jeg vil legge til grunn for undersøkelsen av Høyesteretts bruk av reelle hensyn i denne boken.[7] Det jeg vil gjøre er å ta de høyesterettsavgjørelser som er omtalt i tre sentrale fremstillinger av rettskildelæren under overskriften «reelle hensyn» og analysere dem alle. De tre rettskildefremstillingene jeg har valgt som grunnlag for utvalget er Eckhoffs *Rettskildelære* i siste utgave ved Jan Helgesen (Eckhoff & Helgesen, 2001); Fleischers *Rettskilder og juridisk metode* (Fleischer, 1998) og Andenæs *Rettskildelære* (Andenæs, 2009). De to første rettskildefremstillingene inneholder de mest omfattende redegjørelsene for reelle hensyn i nyere norsk dogmatisk rettskildelære, og må regnes som selvsagte kilder til et slikt utvalg. Den siste fremstillingen er tatt med fordi den i større grad enn de to andre tar for seg rettskildebruken i formueretten – et område der det kan hevdes at reelle hensyn har spilt og fortsatt spiller en særlig stor rolle. Totalt gir dette et materiale på 38 høyesterettsdommer som spenner over en periode på drøyt 125 år (1875 til 2001), og omfatter en rekke sentrale rettsområder. Hvordan Høyesterett har omtalt og anvendt reelle hensyn i disse dommene må derfor kunne antas å si oss noe sentralt om vårt forskningsspørsmål – hvordan reelle hensyn er blitt brukt i norsk rettspraksis tidligere og i dag.

Selv om Høyesteretts bruk av reelle hensyn blir et viktig tema for bokens undersøkelser, er det verdt å nevne en svakhet ved dette materialet. Den gjelder det forhold at dommere sjelden reflekterer over sin egen *rettanvendelse*, på tilsvarende måte som de drøfter *rettsreglene og subsumsjonsspørsmålene*. Selv om Høyesteretts praksis er en nødvendig kilde til kunnskap om reelle hensyn, blir den derfor lett en kilde der man vil savne mye informasjon, og den kan derfor ikke anses som en tilstrekkelig kilde. Dermed blir den litteraturhistoriske gjennomgangen særlig viktig. Det er i rettskildefremstillingene og diskusjonene av rettskildeteoretiske problemer i rettslitteraturen at vi finner den mest omfattende behandlingen av problemene knyttet til reelle hensyn. Så sant forfatterne ikke har vært helt ubefarne i praktisk juridisk arbeid, er det også

7 Det vil være en interessant og viktig forskningsoppgave å gjøre en studie av Høyesteretts bruk av reelle hensyn basert på mer systematiske utvalgskriterier og metoder.

grunn til å tro at det som rettskildeteoretikere skriver om reelle hensyn, reflekterer hvordan de selv og andre (i deres samtid) anvender reelle hensyn. Helt sikre på dette kan vi ikke være; det er i mange sammenhenger forbausende store gap mellom det folk sier de gjør og det de faktisk gjør. Men selv om det skulle være uoverensstemmelser mellom praksis og teoriens redegjørelse for den, kan vi trolig nokså trygt gå ut fra at fullstendig uforenlige er de to ikke. En analyse av reelle hensyn basert på rettsteorien, sier derfor trolig også mye om reelle hensyn som praktisk begrep.

Vi har allerede fastsatt yttergrensene for den historiske undersøkelsen. Når det gjelder utvalg av forfattere og tekster i den historiske delen vil selvsagt mange av de samme spørsmålene som vi drøftet ovenfor knyttet til utvalgskriterier gjøre seg gjeldende. Her er det imidlertid noe enklere å gjøre et systematisk utvalg enn når det gjelder rettspraksis, rett og slett fordi det potensielle kildetilfanget er betydelig mindre omfattende. I forbindelse med studiet av oppkomst og utvikling av begrepet «reelle hensyn» har jeg derfor søkt å gjøre et systematisk utvalg, men med rom for visse skjønnsmessig baserte avgrensninger.

For å identifisere relevante rettskildeteoretiske tekster har jeg anvendt den historiske bibliografien over artikler publisert i *Tidsskrift for rettsvitenskap* – som kan hevdes å ha vært det sentrale organ for den aktuelle typen diskusjoner i nordisk teori – fra 1888 til 1987 (Haukaas, 1990). Derfra har jeg valgt ut alle publiserte artikler som handler om sakens natur, reelle hensyn, frirett og lignende. Av disse har jeg igjen valgt ut de som, basert på mitt skjønn, fremtrer som mest sentrale for den teoretiske utviklingen. Likeledes har jeg brukt ulike bibliografiske hjelpemidler (blant annet litteraturfortegnelser i bøker om emnet) til å identifisere fremstillinger om emnet i bokform, og foretatt en tilsvarende skjønnsmessig avgrensning av dette materialet. En del av perioden har jeg behandlet noe mer summarisk enn resten. Det gjelder tiden mellom Schweigaard og Hagerup, som til dels også i Norden var preget av en rettstenkning (formalismen/rettspositivismen) som i mindre grad var åpen for frie rettskilder og dermed for det vi i dag ville kalle reelle hensyn. Enkelte forfattere som har hatt mye å si om samfunnsorientert og dynamisk rettsanvendelse (mest utpreget Ragnar Knoph) har jeg ikke tatt med, da de som Knoph har vinklet dette på en litt annen måte. Resultatet av denne utvalgsprosessen er at jeg har blitt stående med følgende forfattere som analyseres i den historiske delen: Ørsted, Schweigaard, A.W. Scheel, Aubert, Hagerup, Platou, H. Scheel, Bentzon, Stang, Sjögren, Castberg, Solnørdal, Vinding Kruse, Ross, Augdahl, Fleischer og Eckhoff. De enkelte tekster blir presentert fortløpende i analysen.

Når det gjelder den komparative undersøkelsen var det i og for seg en rekke rettsordninger det kunne vært interessant å undersøke, men hensynet til arbeidets

– og bokens – omfang gjorde det nødvendig å begrense seg. Valget falt derfor på EU-retten, som er en selvstendig rettsordning, med stor betydning for norsk rett i dag, og som i stor grad bygger på europeisk rettskultur.

Et avsluttende punkt i disse innledende metodiske betraktningene gjelder selve bruken av uttrykket «reelle hensyn» i denne boken. Jeg har allerede talt om «Ørsteds syn på reelle hensyn». En slik språkbruk er ment å vise til Ørsteds (eller en annen forfatters) syn på *begrepet* «reelle hensyn».[8] Som vi skal se, har mange forfattere omtalt og diskutert et begrep – som med variasjoner og modifikasjoner – har betydelige likhetstrekk med vårt moderne begrep om reelle hensyn. Det er som navn på dette historisk omskiftelige, men likevel kontinuerlige, begrepet jeg bruker uttrykket «reelle hensyn». Det betyr ikke at jeg postulerer at alle disse forfatterne talte om et begrep med identisk innhold. De gjorde ikke det. Som vi skal se, varierte betydningen og begrepet utviklet seg. Det har allikevel store praktiske fordeler å ha en samlebetegnelse for alle de ulike forståelsene av det vi ser på i denne boken (reelle hensyn), og da er det naturlig å bruke nettopp dette navnet. En slik bruk når det angår Ørsted og andre 1800-talls forfattere, kan historisk sett virke litt misvisende (mange av dem brukte ikke denne betegnelsen), men det har altså med tanke på bokens formål gode praktiske grunner for seg, og er, som vi skal se, mindre misvisende enn den oppfatning at reelle hensyn var noe som så dagens lys først på 1970-tallet.

Når det gjelder bruken av uttrykket «reelle hensyn» under den komparative undersøkelsen av fremmed rett, blir en slik språkbruk nødvendig av rent språklige grunner. Jeg vil bruke et norsk (i betydningen morsmål) uttrykk for å omtale et *begrep* vi enten vil finne eller ikke finne i fremmed rett. Hvilke betegnelser vi i fremmed rett vil finne for dette begrepet, vil vi komme tilbake til i den komparative delen.

---

8 Av hensyn til klarhet kan det kanskje være grunn til å minne om forskjellen på et begrep og en betegnelse. Begrepet kan forstås som mentale representasjoner av et fenomen, mens betegnelsen er det språklige navnet man gir denne representasjonen. Fenomenet (som kan være av fysisk eller mental karakter) er det begrepet refererer til. Alle disse størrelsene utvikler seg historisk, men betegnelser har en tendens til å variere mer enn begreper. Særlig typisk er dette kanskje for begrepet «reelle hensyn», som ser ut til å reflektere et permanent behov i rettsanvendelsen skapt av språkets utilstrekkelighet og virkelighetens mangfoldighet, samt ønsket om at retten skal tjene menneskesklige behov og ikke omvendt. Hvordan man har søkt å ordlegge seg om og benevne dette faktiske fenomenet og dets mentale/språklige korrelat, har imidlertid variert meget opp gjennom historien.