

Det relative relevansbegrepet

AV HENRIETTE N. TØSSEBRO

*Henriette N. Tøssebro er universitetsstipendiat ved
Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo
E-post: h.n.tossebro@jus.uio.no*

SAMMENDRAG Hva er en rettskilde? Selv om spørsmålet kan fremstå enkelt, åpner det opp for utallige svar. Svaret vil blant annet variere mellom ulike rettsanvendere og rettsanvendergrupper. Om det kan antas at enkelte argumentkilder - som lovens ordlyd - generelt må være relevante, kan den spesielle relevansen av en argumentkilde likevel være forskjellig. Denne artikkelen behandler relevansbegrepets nærmere innhold.

NØKKEWORD rettskilde, relevans, reelle hensyn, null-vekt

1. Innledning

I hvilken grad kan tingrettspraksis, forvaltningspraksis eller juridisk teori tjene som argumentkilder for fastleggelsen av gjeldende rett? I moderne metodelære vil denne typen spørsmål gjerne bli formulert som spørsmål om argumentkildens *relevans*.¹ Den juridiske metodelæren opererer imidlertid med et nokså vidt relevansbegrep som, spesielt med anerkjennelsen av reelle hensyn som et samlebegrep av ulike hensyn, vil inkludere de fleste argumenter – uten hensyn til hvilken kilde argumentet hentes fra.

1. Termen «argumentkilde» blir her brukt om den kilden der argumentet hentes fra, og ikke argumentet i seg selv, sml. Helset, «Innledning til rettskildelæren», *JV* (1986), s. 261–296, på s. 271, og Høgberg, «Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger», *TfR* (2000), s. 525–649, på s. 551 og 546.

I denne artikkelen vil relevansbegrepet i norsk juridisk metodelære undersøkes nærmere.² Det vil argumenteres for at relevansbegrepet i moderne teori fyller samme funksjon som selve rettskildebegrepet: Selv om de språklige uttrykkene er forskjellige, er begrepsinnholdet likt. Et stadig ekspanderende rettskilde- eller relevansbegrep har til følge at problemfokuset blir rettet mot andre spørsmål: Fokuset flyttes fra argumentkildens *generelle* relevans til hvilke grenser som gjelder for argumentkildens *spesielle* relevans.³

Det finnes eksempler i høyesterettspraksis der samme argument eller argumentkilde blir gitt forskjellig spesiell relevans. Et eksempel gir HR-2015-1093-A, der Høyesterett delte seg i synet på hvilken betydning lovens overordnede formål skulle ha for lovtolkningen. Saken gjaldt en gutt på åtte år som hadde blitt operert for en hjernesvulst. Resultatet av operasjonen var lite vellykket: Gutten ble blind, og svulsten kom senere tilbake. I etterkant av inngrepet fikk gutten andre plager, som hormonforstyrrelser, ulvehunger, tap av luktesans og evnen til å kjenne temperaturforskjeller. Spørsmålet for Høyesterett var om staten kunne bestride ansvarsgrunnlaget i en etterfølgende sak om erstatningsutmålingen. Ansvarsgrunnlaget hadde nemlig på et tidligere tidspunkt blitt slått fast i en egen forvaltningssak. Med tilslutning fra Høyesteretts flertall la dommer Bull til grunn at ansvarsgrunnlaget kunne prøves på ny. Det ble vist til at lovens overordnede formål, nemlig å gi erstatning i personskadesaker, ikke kunne tilsi et annet resultat enn det som fulgte av lovens forarbeider og domstolspraksis.⁴ Mindretallet var av en annen oppfatning: Lovens overordnede formål – å bedre vernet for skadelidte – ble særlig fremhevet.⁵

En dårlig metode er ikke bare kjennetegnende for en dårlig jurist. Den som bygger på et sviktende rettskildebilde, risikerer både erstatnings- og straffansvar. Feil i rettsfastleggelsen er en typisk ankegrunn i prosessretten, og en forvaltningsavgjørelse som bygger på et forkjært fortolkningsresultat kan settes til side som ugyldig.⁶ Den juridiske metodelæren dermed ikke bare av teoretisk interesse.

2. Den juridiske metodelæren kan beskrives som den metoden som brukes «for å avklare konkrete rettsspørsmål», se blant annet Doublet, *Rett, vitenskap og fornuft* (1995), s. 180 (videreført i blant annet Bernt & Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister* (1998), s. 19). Her blir uttrykket brukt i en mer spesifikk betydning, nemlig om den metoden som brukes for å fastlegge rettsreglenes innhold, se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 18. Metoden for bevisbedømmelsen og subsumsjonen faller dermed utenfor, se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 32–33.

3. Om sondringen, se nærmere Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 213, der det fremgår at *spesiell* relevans knytter seg til argumentkildens spesielle betydning i en konkret sak, mens *generell* relevans handler om argumentkildens generelle rettskildemessige betydning.

4. Se avsnitt 56.

5. Se avsnitt 82.

6. Se tvisteloven 17. juni 2005 nr. 90 §§ 18-1 og 19-15, straffeprosessloven 22. mai 1981 nr. 25 § 51 og forvaltningsloven 10. februar 1967 § 35.

2. Gir det mening å drøfte rettskildenes relevans?

I eldre litteratur ble rettskildebegrepet gjerne beskrevet med et formelt utgangspunkt: Rettskildene var «lov», «prejudikater», «sedvane» eller «sakens natur».⁷ I nyere litteratur vil man gjerne gi en mer innholdsmessig beskrivelse av rettskildene: En «rettskilde» er en argumentkilde som rettsanvenderen «kan, bør eller skal hente sine argumenter fra når han resonnerer seg frem til gjeldende rett».⁸

Et kjennetegn for en «rettskilde» i nyere teori synes dermed å være at argumentkilden *kan* være av betydning når innholdet av en rettsregel skal fastlegges. Det er med andre ord ikke nødvendig at kilden faktisk tas i betraktning – det er tilstrekkelig at den på generelt grunnlag *kan* virke inn.⁹ Dette er til forskjell fra rettskildebegrepet slik det ble beskrevet i eldre juridisk teori, der rettskilden svarte til selve hjemmelsgrunnlaget (typisk lov eller sedvane).¹⁰ I slike tilfeller *måtte* rettskilden tas i betraktning. Korresponderende med et ekspansivt rettskildebegrep, har altså rettskilden endret funksjon fra å være en hjemmelsdannende kilde til å bli en argumentkilde ved tolkningen av hjemmelsgrunnlaget.¹¹ Denne endringen har gjort det nødvendig å nyansere de ulike rettskildemessige egenskapene som en argumentkilde kan ha.

I juridisk teori blir det ofte gjort et skille mellom relevans, slutning og vekt for å tydeliggjøre de ulike rettskildemessige egenskapene til en argumentkilde.¹² At en argumentkilde er «relevant», beskrives gjerne som at den er tillatt å ta i betraktning,¹³ mens man med «slutning» ofte vil sikte til den fremgangsmåten som benyt-

7. Se Bentzon, *Rettskilderne* (1911), s. 3. Se for øvrig Kruse, *Rettslæren* (bok 1) (1943), s. 107–108, Augdahl, *Rettskilder* (1961), s. 1–2, og Lauridsen, *Rettslæren* (1977), s. 346.

8. Se Helset, «Innledning til rettskildelæren», *JV* (1986), s. 261–296, på s. 277, og i samme retning Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* (1998), s. 68, samt Frøberg, «EMDs praksis som norsk rettskildefaktor», *JV* (2007), s. 176–194, på s. 176. Denne begrepsbeskrivelsen har sitt sidestykke i dansk teori: Henrik Zahle beskriver begrepet «rettskilde» som «argumenter, der er egnede til at fungere som begrunnelse for, hvad der er gældende ret», se Henrik Zahle, *Retstens kilder* (1999), s. 12. Se for øvrig Blume, *Retsafgørelser som rettskilde* U.1989B.201, på s. 201, og Ross, *Om ret og retfærdighed* (1971), s. 92. I nyere teori er flere som ønsker å bevege bort fra faktorfokuseringen. For en oversikt, se blant annet Askeland, «Eckhoffs rettskildelære under press», *KJ* (1999), s. 115–126, på s. 123 flg.

9. Se Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 212–213. Boe trekker konsekvensene av dette ved å avgrense rettskildebegrepet mot argumenter som bare har en ren opplysningsverdi, se Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 208. Se i samme retning Munk-Hansen, *Rettsvidenskabsteori* (2014), s. 311.

10. At rettskilden svarte til hjemmelsgrunnlaget ble kalt rettskildebegrepet i streng forstand, se Aubert, *De norske rettskilder og deres anvendelse* (1877), s. 18–19.

11. Sml. Kjønstad, «Reelle hensyn som rettskilde», i Fauchald, Jakhelln og Syse (red.), *Dog Fred er ej det bedste* (2006), s. 357–382, som fremhever at antallet rettskilder har blitt utvidet fra to til tolv (på s. 360–362).

12. Se blant annet Aarbakke, «Kutymen som rettskilde», *TfR* (1965), s. 432–473, på s. 433 flg.; Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 212; Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 22 flg.; Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon* (2014), s. 50; Høgberg, «Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger», *TfR* (2000), s. 525–649, på s. 546; Blandhol, Tøssebro og Skotheim, «Innføring i juridisk metode», *JV* (2015) vol. 50, s. 310–345, på s. 315.

13. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 22 og 25. Se i samme retning Aarbakke, «Kutymen som rettskilde», *TfR* (1965), s. 432–473, på s. 433, og Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 212–213.

tes når rettsanvenderen tolker argumentkilden; altså om den prosessen som gir de argumentene som kan utledes fra argumentkilden.¹⁴ «Vekt» kan forstås på ulik måte: Dels kan uttrykket vise til den *egenvekten* som de ulike argumentene fra én og samme rettskilde kan ha, dels til den *relative vekten* mellom de ulike rettskildene.¹⁵

Helgesen har argumentert for at egenvektsbegrepet bør tones ned: Metodelæren legger opp til en relativ vektingsprosess som tar høyde for de aktuelle egenskapene til hvert enkelt argument.¹⁶ Etter min vurdering er det imidlertid grunn til å opprettholde en sondring mellom «egenvekt» og «relativ vekt», fordi rettskildene etter gjengs lære innedeles i såpass overordnede kategorier at det er nødvendig å operere med underkategorier. Ulike hensyn vil gjøre seg gjeldende i de to forskjellige vektingsprosessene: Selv om både formell lov og forskrift vil regnes som «lovtekst»,¹⁷ kan for eksempel statsrettslige eller legalitetsmessige hensyn tilsi en viss nyansering når det gjelder egenvekten. Den relative vekten av for eksempel forskriftstekst – målt mot forvaltningens enkeltvedtakspraksis eller reelle hensyn – kan likevel tilsi at rettskilden bør gis fortrinn. Mens egenvektsbegrepet synliggjør vektingen av underkategoriene, vil altså den relative vekten synliggjøre forholdet mellom rettskildene som overordnede kategorier.

Selv om inndelingen mellom relevans, slutning og vekt kan ha en viss pedagogisk nytteverdi, vil noen hevde at den er mer villedende enn veiledende. Carl August Fleischer har tatt til orde for at skjemaet er altfor firkantet,¹⁸ men også andre argumenter kan fremføres mot konseptene som inndelingen bygger på.¹⁹ En begrepsmessig innvending mot selve relevanskonseptet er at relevansbegrepet innebærer en tautologi: Ved avgjørelsen av hva som er *relevant*, tar man samtidig stilling til hva som utgjør en *rettskilde*, og vice versa.

På samme måte som rettskildebegrepet tjener relevansbegrepet som et avgrensningsredskap i vurderingen av hvilke argumentkilder som kan tillegges rettslig betydning.²⁰ Ser man teorien under ett, har fokuset tilsynelatende blitt flyttet fra

14. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 27.

15. Se Helset, «Innledning til rettskildelæren», *JV* (1986), s. 261–296, på s. 283.

16. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 28.

17. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 24 og 39.

18. Se Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* (1998), s. 408.

19. Tredelingen er nærmere behandlet og kritisert i blant annet Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon* (2014), s. 56–62 og 206–225.

20. Slik også Stenseth, «Om «relevans» og «vekt» – men manglende «holdbarhet» – for juridiske argumenter», *LoR* (2003), s. 131–145, på s. 132.

rettskildebegrepet til relevansbegrepet,²¹ selv om begrepsinnholdet antagelig er det samme. Som nevnt vil relevansbegrepet avgjøre om det er *tillatt* å ta en argumentkilde i betraktning,²² mens rettskildebegrepet handler om hvilke argumenter som rettsanvenderen kan, bør eller skal se hen til ved fastleggelsen av gjeldende rett.²³ Når man stiller spørsmålet om en rettskilde er relevant, har man dermed implisitt forutsatt svaret: En rettskilde er per definisjon relevant. I motsatt fall er ikke argumentkilden en rettskilde.

Dersom relevansbegrepet blir forstått i en mer spesiell betydning, som relevant i den konkrete saken,²⁴ vil tautologien mellom rettskildebegrepet og relevansbegrepet forsvinne. Det spesielle relevansbegrepet forutsetter nemlig at argumentkilden generelt er relevant, det vil si; at argumentkilden kan betraktes som en rettskilde. For rettsanvendere flest bygger altså forholdet mellom generell og spesiell relevans på en slags deduksjon. Annerledes vil det stille seg for Høyesterett: Dersom høyesterettspraksis er mønsterdannende for metodelæren, vil den spesielle relevansen av en argumentkilde (per induksjon av en fast praksis) avgjøre hvorvidt argumentkilden generelt er relevant.²⁵

3. Relevansbegrepets randsoner: Sprengt ved anerkjennelsen av reelle hensyn?

Hvilke argumentkilder som kan betraktes som relevante kilder, vil antagelig variere fra et juridisk fellesskap til et annet. Rettskildene – i hvert fall slik de blir beskrevet i

21. Se for eksempel Aarbakke, «Harmonisering av rettskilder», *TfR* (1966), s. 499–518, som inntar et tydelig rettskildeperspektiv, mens blant annet Kierulf, «Er internasjonale menneskerettigheter en relevant rettskilde ved grunnlovstolking?», *Retfærd* (2011) nr. 1, s. 23–48, og Furuseth, «Er dommer fra EU-domstolen en relevant rettskildefaktor ved tolkning av skatteavtaler?», i Banoun, Gjems-Onstad og Skaar (red.), *Høyt skattet* (2014), s. 214–231, inntar et relevansperspektiv.

22. Se fotnote 12. Dersom metodelærens prinsipper ikke kan regnes som pliktregler i form av forbud, påbud eller tillatelser, kan det diskuteres om Eckhoffs formulering, «tillatt», er særlig heldig. Som Sundby påpeker, vil metodelærens prinsipper i de fleste tilfeller regnes som kvalifikasjonsnormer, dvs. normer som gir kriterier for andre normers eksistens, se Sundby, *Om normer* (1974), kapittel 3 og 4, samt s. 3, 255, 257 og 282–283. I så fall kan man diskutere om det ikke ville passe bedre å bruke uttrykket «aktuelt». Antagelig må spørsmålet nyanseres ut fra om det er tale om generell eller spesiell relevans, der det første gjelder kvalifikasjonsnormer, mens det siste gjelder pliktnormer.

23. Fullstendig sammenfall mellom begrepene er det når man bygger på Helseths rettskilde- og relevansbegrep: En «relevant rettskildefaktor» er «en argumentkilde som rettsanvenderen kan, bør eller skal hente sine argumenter fra når han resonnerer seg frem til gjeldende rett», mens en «rettskildefaktor» beskrives som «en argumentkilde (argumentbærer) som rettsanvenderen kan, bør eller skal hente sine argumenter fra når han resonnerer seg frem til gjeldende rett», se Helset, «Innledning til rettskildelæren», *JV* (1986), s. 261–296, på s. 277 og 280.

24. Se fotnote 3.

25. Siden metodelæren bygger på Høyesteretts anvendelse av ulike argumentkilder i konkrete tilfeller (*spesiell* relevans), er den *generelle* relevansen av en argumentkilde dermed utslag av konkret nullvekt, se blant annet Helset, «Innledning til rettskildelæren», *JV* (1986), s. 261–296, på s. 286. Det spesielle relevansbegrepet svarer dermed bedre til den vanlige bruken av ordet «relevans», se Kolflaath, *Språk og argumentasjon* (2004), s. 111.

Eckhoffs *Rettskildelære* – bygger imidlertid på en empirisk kartlegging av rettskildene med utgangspunkt i høyesterettspraksis.²⁶ Denne tilnærmingen til metodelæren har blitt fulgt i andre fremstillinger.²⁷

Høyesterett vil som regel se hen til mange ulike argumentkilder når rettsreglene innhold fastlegges. Eckhoff identifiserer syv argumentkilder: lovtekst og lovens arbeider, domstolspraksis, praksis fra andre myndigheter, privates praksis, reelle hensyn og juridisk teori. Et rettskilde- eller relevansbegrep som er såpass vidt, gir en tilsvarende vid adgang til å se hen til ulike argumentkilder og argumenter i et rettslig resonnement. Rettskilde- eller relevansbegrepet får dermed mindre praktisk betydning som et avgrensingsredskap.

At rettskilde- eller relevansbegrepet får mindre praktisk betydning som et avgrensingsredskap, er særlig tydelig når de såkalte reelle hensynene anerkjennes som rettskilde. I Eckhoffs *Rettskildelære* blir «reelle hensyn» beskrevet som rettsanvenderens egne vurderinger av hensynet til rettferdighet, rimelighet, formålstjenlighet og andre hensyn.²⁸ Denne åpne beskrivelsen av reelle hensyn omfatter tilsynelatende et vidt og udefinerbart spenn av ulike verdibaserte standpunkter. Slike verdibaserte argumenter kan fremgå av forskjellige argumentkilder: loven, lovens arbeider, domstolspraksis, teori mv. Der et reelt hensyn fremgår av argumentkilder som de nevnte, vil imidlertid det aktuelle hensynet betraktes som et argument fra den aktuelle rettskilden.²⁹

26. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 16 samt s. 20–21. Det er antatt at det er tilstrekkelig at det foreligger et mønster for at en argumentkilde kan regnes som en rettskilde, se Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 22. Selv om enkelte forfattere opererer med andre inndelinger (se blant annet Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 30 flg. og Skoghøy, «Rett, politikk og moral») *TJR* (1994) s. 837–881, på s. 839), bygger de på de samme argumentkildene som Eckhoff identifiserte i høyesterettspraksis.

27. Se blant annet Andenæs, *Rettskildelære* (2009), s. 57; Augdahl, *Rettskilder* (1973), s. 23–33; Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 21; Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004), s. 60. Ikke alle vil mene at Høyesteretts metodebruk er egnet som forbilde for gjengs metode. I dansk teori har det for eksempel blitt argumentert for at ingen andre enn domstolene kan bygge på «forholdets natur», se Gram Jensen, «Om forholdets natur og denne rettskildes relation til selve rettskildebegrebet», *UfR* (2009) årgang 143, s. 95–98, på s. 97. Se også s. 95.

28. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 24 og 371.

29. Se i samme retning Gram Jensen, «Om forholdets natur og denne rettskildes relation til selve rettskildebegrebet», *UfR* (2009) årgang 143, s. 95–98, på s. 97, der det fremgår at «når først en rettsregel er fastslått i en dom, har forholdets natur utspillet sin rolle. For fremtiden vil et præsjudikat afgive den fornødne hjemmel for den rettsregel, som domstolen fandt frem til under påberøelse af forholdets natur». Dette kan sees i sammenheng med eller som et uttrykk for at metodelæren implisitt bygger på et rettskildhierarki der reelle hensyn er plassert nederst. Uten at det skal drøftes nærmere, kan det derfor synes som at reelle hensyn kan angis negativt som hensyn som ikke kan utledes direkte fra skrevne rettskilder, slik Kjønstad, «Reelle hensyn som rettskilde», i Fauchald, Jakhelln og Syse (red.), *Dog Fred er ej det bedste* (2006), s. 357–382, på s. 358. Dette gir imidlertid bare et foreløpig utgangspunkt: I den grad reelle hensyn bare sikter til bestemte argumenter (og ingen bestemt argumentkilde) som er underlagt andre kriterier enn de rent formelle (som et saklighetskrav eller lignende), kan ikke reelle hensyn defineres negativt i form av fravær av formell forankring.

Ikke ethvert argument kan imidlertid betraktes som et reelt hensyn: Eckhoff oppstiller et krav til saklighet.³⁰ Men som Eckhoff selv peker på,³¹ vil et slikt krav med nødvendighet være kontekstuellet betinget. Ikke minst vil saklighetskravets nærmere innhold antagelig variere mellom ulike rettsanvendergrupper. Det er derfor vanskelig å si med sikkerhet hvilken reell skranke et slikt krav innebærer.

Jan Fridthjof Bernt angir tre kategorier av reelle hensyn som positivt avgrenser reelle hensyn som rettskilde: Reelle hensyn er positiverte verdier, generelle rettslige verdier samt bredere samfunnsmessige verdier.³² Lignende avgrensninger er også gitt i annen teori: Jens Edvin Skoghøy antar at de reelle hensynene omfatter virkningsorienterte vurderinger, innholdsmessige vurderinger og retts tekniske hensyn.³³ Nils Nygaard og Erik Boe påpeker at reelle hensyn må bygge på lojalitetsbetraktninger overfor lovgiver.³⁴ På samme måte som for Eckhoffs saklighetskrav, kan man imidlertid spørre om slike kriterier er såpass generelle at de snarere må antas å gjelde som et overordnet krav for (vektingen av) rettskildene generelt – til forskjell fra reelle hensyn spesielt.

Med anerkjennelse av reelle hensyn som rettskilde kan det virke som at nærmest ethvert argument kan inngå i vurderingen når rettsregelens innhold skal fastlegges.³⁵ Forutsatt at argumentkilder som tingrettspraksis, forvaltningspraksis eller juridisk teori *ikke* regnes som rettskilder,³⁶ kan man tenke seg at eventuelle argumenter som hentes fra disse kildene, likevel vil inngå som reelle hensyn. Hensynet

30. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 372, der det som eksempel vises til dommerens personlige interesse i utfallet av en konkret sak.

31. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 372.

32. Se Bernt, «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikken muligheter», *KJ* (1995), s. 10–36, på s. 29. På samme side beskriver han «positiverte verdier» som hensyn som har blitt gjort til en «uttalt del av rettssystemet gjennom lovgivningen [...] eller som er den allment aksepterte bærende begrunnelse bak ulovfestede rettsregler». Med «generelle rettslige verdier» forstår han «verdier som har vunnet innpass som aksepterte rettslige argumenter på bredere basis», mens «bredere samfunnsmessige verdier» er «verdier som har allmenn eller bred oppslutning i samfunnet, men som ikke har noen direkte eller indirekte forankring i lovverket». Se også Bernt & Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister* (1998), s. 247–248.

Denne positive angivelsen av reelle hensyn kan sees i sammenheng med at reelle hensyn etter Jan Fridthjof Berns syn «må være en argumentasjonstype innenfor den metodisk rettslig korrekte argumentasjon, ikke noe som eksisterer på utsiden av denne som mer frittsvevende synsing og verdivalg fra den enkelte rettsanvender», se Bernt, 'Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikken muligheter', *KJ* (1995) s. 10–36, på s. 29.

33. Se Skoghøy, «Rett, politikk og moral» *TfR* (1994) s. 837–881, på s. 848.

34. Se Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), s. 363 med videre henvisninger til Nils Nygaard.

35. Denne er blant annet påpekt i Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon* (2014), s. 46. Se også Bergho, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002), s. 578.

36. Dersom slike kilder derimot betraktes som rettskilder, vil argumentet transformeres fra et verdiargument til et autoritetsargument. Se Boe, *Rettskildelære under debatt* (2012), kapittel 13, 14 og 17, for en utførlig diskusjon om dette.

til likhet – at tilnærmet like saker bør behandles likt – tilsier for eksempel at argumenter fra slike argumentkilder bør tas i betraktning.

Anerkjennelsen av reelle hensyn kan ha som følge at flere argumenter vil inngå i et rettslig resonnement, selv om disse argumentene ikke kan knyttes til en formell argumentkilde. Med mindre rettskildene kan deles inn i et veiledende hierarki (slik at rettskildens formelle forankring gir holdepunkter for rettskildens spesielle relevans eller vekt), eller med mindre det gjelder overordnede krav til rettskildene (som lovgiver- eller systemlojalitet), vil det dermed være lite meningsfullt å diskutere argumentkildenes generelle relevans: De fleste argumenter kan – uten hensyn til argumentets formelle forankring – inngå i vurderingen av rettsregelens innhold. Rettskildekonseptet er dermed sprenget.

4. Hvilke begrensninger står igjen?

Så lenge metodelærens prinsipper bare blir betraktet som veiledende retningslinjer for fastleggelsen av rettsreglenes innhold,³⁷ er det ikke nødvendigvis problematisk at flere argumenter eller argumentkilder vil inngå i et rettslig resonnement. Snarere tvert om: Et vidt relevansbegrep kan være egnet til å sikre rettsenhet i et system som ellers er sterkt preget av polysentri, fordi rettsanvenderen med større sannsynlighet vil falle ned på et tolkningsresultat som er gjengs.

Når «alt» er relevant, kan det likevel reises spørsmål om rettsreglenes innhold lar seg fastlegge med en tilstrekkelig grad av objektivitet. I forlengelsen av en slik erkjennelse har Hans Petter Graver argumentert for at metodelæren ikke lar seg konstruere teoretisk: «Generaliseringens kunst er ingen eksakt vitenskap, og det kan lages mange slags i og for seg sammenhengende mønstre ut fra det positive rettsstoff». ³⁸ Men i den grad rettsfastleggelsen kan overprøves i form av en ugyl-dighetskontroll eller lignende, er det tilsynelatende nødvendig med en målestokk å vurdere rettsfastleggelsen ut fra. Høyesteretts metode vil i denne sammenheng være en mulig målestokk.³⁹

Høyesterettspraksis kan antagelig regnes som et egnet undersøkelsesobjekt når det gjelder hvilke argumentkilder som i rettslig sammenheng må anses generelt relevante, det vil som nevnt si: *hvilke* argumentkilder som kan betraktes som rettskilder. Derimot er det ikke gitt at denne praksisen er like egnet til å utpensle generelle retningslinjer for det vurderingstemaet som volder mest tvil, nemlig *den spesielle relevansen* eller *vekten* av de argumentene som kan utledes fra rettskil-

37. Se Sundby, *Om normer* (1974), s. 199 og 257.

38. Se Graver, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap», *LoR* (1998), s. 579–603, på s. 598.

39. Se Eckhoff & Helgesen, *Rettskildelære* (2001), s. 20–21.

dene. Denne prosessen er av utpreget kontekstuell karakter. Den vil blant annet variere fra et rettsområde til et annet, ut fra hvilke rettskilder som foreligger, og ikke minst ut fra hvem som foretar vurderingen.⁴⁰

Innledningsvis ble det vist til en avgjørelse der dommerne i Høyesterett ikke kunne forenes om et tolkningsresultat ut fra de tilgjengelige argumentkildene. Samme argumentkilde ble gitt liten eller ingen spesiell relevans av Høyesteretts flertall, samtidig som den ble ansett av stor betydning av mindretallet. Avgjørelsen illustrerer at metodelærens prinsipper er så fleksible at rettsregelen kan fastlegges etter et slags (omvendt) rettskildhierarki: Et reelt hensyn kan medføre at lovens ordlyd og arbeider må vike, men løsningen kan vel så gjerne være den motsatte. Slike tilspissede metodiske problemer er ikke sjeldne.⁴¹ Den moderne metodelæren har derfor som en sentral oppgave å identifisere en tolkningsstil som tilsier at en bestemt argumentkilde (med tilhørende argumenter) skal gis fortrinn på bekostning av en annen. Fylt til randen med avveiningsreservasjoner står denne oppgaven foreløpig uløst. Om metodelæren skal gi føringer for hvordan rettsreglene skal fastlegges,⁴² er det derfor fristende å anta: I mangel på klare retningslinjer kommer læren rett og slett til kort.

40. Se blant annet Sundby, *Om normer* (1974), s. 280.

41. Et annet eksempel gir blant annet Høyesteretts avgjørelse i HR-2005-1865-A. Saken gjaldt en stefar som i oppdragelsesøyemed hadde slått to barn på baken med flat hånd. Spørsmålet var om han kunne straffes for legemsfornærmelse etter straffeloven av 1902 § 228. Høyesterett uttalte at «straffebud ofte tolkes innskrenkende med tanke på unntakssituasjoner som straffebudene ikke tar sikte på å ramme», men i den aktuelle saken ble loven tatt på ordet. Denne avgjørelsen og lignende avgjørelser er nærmere omtalt i Tøssebro, *Rettsstrid* (2016), s. 112.

42. Dette betegnes som rettsvitenskapens oppgave av Alf Ross i *Om ret og retfærdighet* (1971), s. 405.