

Artikkelen er publisert under modellen grønn åpen tilgang (green open access). Det betyr at utgiver tillater forfatter å arkivere sin artikkel i åpne institusjonelle arkiv (egenarkivering) eller på eget eller arbeidsgivers nettsted, i den versjon og det format som ble godkjent av tidsskriftets redaksjon (akseptert versjon/tekstversjonen).

Sitering av artikkelen i APA (6<sup>th</sup>):

Fredriksen, S. (2011). Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett. *Jussens venner*, (1), 37-64.

Dette er siste tekstversjon av artikkelen, den kan inneholde ubetydelige forskjeller fra forlagets pdf-versjon.

# Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett<sup>1</sup>

Av Steinar Fredriksen

## 1 Innledning

### 1.1 Ulike måter prinsippterminologien kan brukes på

I omtale av retten, og ved anvendelse av dens innhold, forekommer begrepene «prinsipp» og «rettsprinsipp» ganske hyppig. Om det er den ene eller den andre betegnelsen som brukes, gir normalt ikke uttrykk for noen forskjell i meningsinnhold: Når det snakkes om prinsipper som del av det rettslige argumentasjonsmaterialet, vil det være rettsprinsipper det siktes til, selv om dette i en gitt sammenheng bare er underforstått. Prinsippets status som rettsprinsipp oppstår nettopp ved at prinsippet anses som et moment med relevans for rettens innhold.<sup>2</sup> Prinsippterminologien brukes både i norsk og utenlandsk rettsteori, og den brukes i betydelig omfang i norske rettsavgjørelser, derunder avgjørelser fra Høyesterett.

Selv om prinsippterminologien er mye brukt, er det ikke enighet om hva termen beskriver. Oppfatningene om dette varierer fra den tanke at prinsipper er normer som alltid må trekkes inn i rettsanvendelsen<sup>3</sup>, til at prinsippterminologien brukes for å beskrive det som etter rettsanvenderens mening *bør* gjelde, som noe som faktisk gjelder. I det sistnevnte tilfellet tjener altså påstander om at noe er et rettsprinsipp til å tilsløre at det i realiteten er vurderinger som foretas.<sup>4</sup> Forutsatt en aksept av at prinsippbegrepet har et selvstendig innhold, og ikke bare er et navn på skjulte vurderinger, er det heller ikke enighet om hvilken posisjon prinsippene har i rettsanvendelsen. Her spenner oppfatningene fra det at rettsanvendelsen bare er korrekt (eller legitim) hvis prinsippene tillegges avgjørende vekt<sup>5</sup>, til det at prinsippene er argumenter det er tillatt å legge vekt på, men som det ikke må legges vekt på.<sup>6</sup>

Oppfatningene om rettsprinsipper i norsk juridisk litteratur, for så vidt gjelder hva prinsippbegrepet beskriver, kan deles inn i tre hovedkategorier. Én er den som går ut på at rettsprinsipper er *substansielle størrelser*, dvs. at prinsippene tilfører retten et innhold den ellers ikke ville hatt. En annen går ut på at prinsippbegrepets funksjon er å sammenfatte forskjellige regler under en samlebetegnelse.<sup>7</sup> En tredje er den nevnte oppfatningen om at prinsippterminologien brukes for å skjule rettsanvenderens vurderinger med hensyn til rettens innhold.<sup>8</sup> De to førstnevnte av disse betraktningmåtene, innebærer henholdsvis at «prinsipp»

---

<sup>1</sup> Jeg takker professor, dr. jur. Bjarte Askeland, og førsteamanuensis, dr. jur. Synne Sæther Mæhle, begge Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, for verdifulle kommentarer til en tidlig versjon av manuskriptet. Takk også til min kollega, høgskolelektor Geir Heivoll, Politi- og Høgskolen avd. Kongsvinger, som har gitt nyttige kommentarer i arbeidets slutfase.

<sup>2</sup> En rekke andre uttrykk kan også tenkes brukt i samme betydning som prinsipp eller rettsprinsipp, f. eks. alminnelige rettsgrunnsetninger, ulovfestet rett, osv. Se Svein Eng, *U/enighetsanalyse*, Oslo 1998 s. 471-472.

<sup>3</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts 1978 s. 22.

<sup>4</sup> Eng, *U/enighetsanalyse* s. 479. Det må presiseres at Engs fremstilling på dette punktet, neppe gir grunnlag for å konstatere at han anser spørsmålet om hva et rettsprinsipp kan være, som uttømmende besvart gjennom påvisningen av prinsippbegrepets tilsløringsfunksjon.

<sup>5</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously* s. 22.

<sup>6</sup> Se Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. reviderte utgave ved Torstein Eckhoff, Oslo 1991 s. 125-127, om hvorvidt det er plikt til å legge vekt på «retningslinjer». Prinsipper er i deres terminologi en undergruppe av retningslinjer.

<sup>7</sup> Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 260-261 som eksempel på det førstnevnte, og Eckhoff/Sundby, *Rettsystemer* s. 117 som eksempel på det andre.

<sup>8</sup> Se som eksempel henvisningen til Eng, *U/enighetsanalyse* i note 4.

er et begrep som brukes *i* retten, og at det er et begrep som brukes *om* retten.<sup>9</sup> Når prinsippbegrepet anses å ha substans, og dermed brukes *i* retten, innebærer det at rettsanvenderen motiveres normativt av det aktuelle prinsippet: Rettens innhold følger (bl.a.) av prinsippet. Anses prinsipper å ha en sammenfatningsfunksjon, brukes prinsippterminologien til å *omtale* elementer i retten som motiverer normativt. Begrepet «prinsipp» beskriver ikke i seg selv et motiverende element. Omtalen kan f. eks. bestå i en *systematisering* eller *sammenfatning* av regler ved hjelp av prinsippterminologien. Prinsippet om at forvaltningen ikke må misbruke sin myndighet, kan f. eks. sies å være en sammenfatning av bl.a. forbudet mot å ta utenforliggende hensyn, forbudet mot usaklig forskjellsbehandling og forbudet mot sterk urimelighet. I den tredje hovedkategorien brukes prinsippbetegnelsen utad som et element *i* retten, men det prinsippet som påberopes har i virkeligheten ikke hatt noen motiveringsfunksjon. Den reelle motiveringen ligger i normer med innhold fastsatt gjennom vurderinger som ikke er prinsippbaserte. Hvorvidt disse vurderingene er legitime eller illegitime, vil kunne variere.

Når prinsippbetegnelsen brukes om substansielle størrelser i retten, innebærer det at rettsnormene B, C og D lar seg utlede av det substansielle prinsipp A. Brukes betegnelsen som en samlebetegnelse, innebærer det at rettsprinsipp A er en sammenfatning av rettsnormene B, C og D. Dette skillet eksisterer imidlertid bare som et utgangspunkt, idet det alltid vil være tenkbart at det som fremstår som en sammenfatning *også* kan fungere som et substansielt prinsipp. Det er f. eks. intet til hinder for at prinsippet om at forvaltningen ikke må misbruke sin myndighet, kan danne basis for nye rettsnormer, i tillegg til dem som anses omfattet av prinsippet som samlebetegnelse. Det substansielle rettsprinsipp A vil således kunne danne grunnlag for stadig nye normer, som i sin tur anses omfattet av den samlebetegnelse som går under navnet rettsprinsipp A. (Se også pkt. 2.2.)

Ordet «prinsipp» stammer fra det latinske *principum*, som betyr «det første», «noe grunnleggende», eller lignende.<sup>10</sup> Prinsippet som element i retten (det vil si som substansielt rettsprinsipp) vil altså utgjøre et rettslig argument som gir uttrykk for de grunnleggende forutsetninger retten er bygget på. På det konstitusjonelle planet illustreres dette f. eks. ved Grunnloven § 112, om at endringer i Grunnloven ikke må være i strid med dens prinsipper.<sup>11</sup> De grunnleggende forutsetningene et prinsipp uttrykker, vil være av verdimeslig karakter, dvs. de gir uttrykk for det sett av verdinormer som ligger til grunn for vedkommende rettssystem.<sup>12</sup> Den moderne rettsstaten bygger på en forutsetning om at retten må ha legitimitet. Dette oppnås ved at innholdet i retten er begrunnet og rettfærdiggjort.<sup>13</sup> Én måte retten kan rettfærdiggjøres på, er ved at dens grunnleggende verdier, uttrykt gjennom prinsipper, vektlegges når rettens innhold skal fastslås.

## 1.2 Fremstillingen videre

Hovedsiktemålet med denne artikkelen er i første rekke av pedagogisk art, nemlig å gi en samlet oversikt over noen spørsmål som har vært behandlet i litteraturen, vedrørende rettsprinsippers betydning i norsk rett, samt å fremsette noen refleksjoner rundt disse. På enkelte punkter behandler jeg også spørsmål som, så langt jeg kjenner til, ikke har vært behandlet i særlig grad i den norske litteraturen tidligere. Dette gjelder særlig pkt. 7 og 8 nedenfor.

<sup>9</sup> Se nærmere om skillet mellom begreper *i* retten og begreper *om* retten, Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo 2007 s. 519-522.

<sup>10</sup> Nils Kristian Sundby, *Om normer*, Oslo 1974 s. 192.

<sup>11</sup> Vedrørende diskusjonen om forbudet mot endring av Grunnlovens ”ånd og prinsipper” i seg selv har et substansielt innhold, se Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2006 s. 60-61.

<sup>12</sup> Om forholdet mellom rettsprinsipper og verdier, se Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002 s. 86-93. Med «verdier» menes i denne sammenheng *kriterier for evaluering av rettens godhet*.

<sup>13</sup> Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Oslo 2005 s. 60.

Størstedelen av artikkelen, fra og med pkt. 3, omhandler spørsmål knyttet til *substansielle* rettsprinsipper. Når emnet angis på denne måten, innebærer det at jeg legger til grunn en forutsetning om at substansielle rettsprinsipper er en realitet i norsk rett, noe som skal søkes underbygget gjennom fremstillingen nedenfor. De spørsmål som skal behandles er følgende: I pkt. 3 behandles den egenskap ved substansielle rettsprinsipper at de har et høyt generalitetsnivå. En annen egenskap, at substansielle rettsprinsipper har retningslinjekarakter, behandles i pkt. 4. I forlengelsen av dette stilles i pkt. 5 spørsmålet om rettsanvenderen har plikt til å legge vekt på de retningslinjer prinsippene gir, eller om det bare er tillatt å legge vekt på dem. I pkt. 6 behandles to unntak fra utgangspunktet om at prinsippene har retningslinjekarakter. Dette gjelder for det første situasjoner hvor prinsippene alltid setter absolutte grenser for rettsanvendelsesskjønnet (pkt. 6.1), og for det andre situasjoner hvor et prinsipp i et konkret tilfelle skifter karakter fra retningslinje til absolutt regel (pkt. 6.2). Deretter, i pkt. 7, omtales at prinsipper har en dobbeltfunksjon i retten: De fungerer noen ganger som rettskilder og andre ganger som normer. I pkt. 8 behandles forholdet mellom rettsprinsipper og rettskildefaktoren reelle hensyn. Avslutningsvis, i pkt. 9, skal det sies noe om hvordan et rettsprinsipp kan bli anerkjent som en relevant bestanddel i retten.

Selv om emnet for artikkelen er rettsprinsipper i henhold til norsk rett, er diskusjonen om rettsprinsipper i rettslitteraturen i høyeste grad internasjonal. Utenlandsk rettsteori om rettsprinsipper vil kunne være relevant også for forståelsen av rettsprinsipper i norsk rett, og synspunkter fra utenlandsk rettsteori vil i noen tilfeller bli vist til og omtalt, som ledd i fremstillingen.

Før vi går nærmere inn på spørsmålene vedrørende substansielle rettsprinsipper, skal det i pkt. 2 sies noe om de to ovenfor nevnte måter prinsippbetegnelsen kan brukes på, *uten* at det er snakk om substansielle størrelser.

## **2 Tilfeller hvor prinsippterminologien ikke anses å beskrive substansielle rettsprinsipper**

### **2.1 Prinsippterminologien skjuler rettsanvenderens vurderinger**

Oppfatningen om at prinsippterminologien dekker over de vurderinger rettsanvenderen foretar, kan sies å utgjøre et ytterpunkt i diskursen om hva et rettsprinsipp er. Det å omtale begrunnelsen for resultatet som et prinsipp, har da en lignende funksjon som når man sier at visse reelle hensyn må lede til et bestemt resultat, eller at «de beste grunner taler for» dette resultatet, uten å gå eksplisitt inn på hvilke hensyn som kunne tenkes anført til støtte for et annet resultat. (Mothensynene kan selvsagt godt være vurdert, men poenget er at denne vurderingen ikke er synlig.)

Synspunktet kan imidlertid bare sies å være et ytterpunkt dersom det samtidig hevdes at dette er det *eneste* innhold begrepet «rettsprinsipp» kan ha. Her kan det være grunn til å peke på at det er mulig å ha et blikk for prinsippterminologiens tilsløringspotensial, uten at eksistensen av rettsprinsipper som substansiell argumentbærer<sup>14</sup> behøver å avskrives. En av de ting det synes å være nokså utbredt enighet om i diskursen om rettsprinsipper, er at i situasjoner hvor prinsipper inngår i regeldannelsen, vil det være forskjellige hensyn som trekker i ulike retninger, slik at det må foretas en vurdering (avveining) av hvilket hensyn som skal ha størst

<sup>14</sup> Enkelte steder i teksten bruker jeg i det følgende begrepet «argumentbærer» som en fellesbetegnelse for prinsipper som rettskilder og prinsipper som materielle rettsnormer, idet prinsipper kan ha begge disse funksjonene, jf. nedenfor i pkt. 7.

vekt; det hensyn prinsippet gir uttrykk for, eller andre. Dette er en grunntanke hos Robert Alexy.<sup>15</sup> I norsk juridisk litteratur kan denne avveiningen knyttes til den egenskap ved prinsippene at de anses som *retningslinjer*. (Se nedenfor i pkt. 4.) Vurderinger fra rettsanvenderen kan således sies å være det normale når rettsprinsipper anvendes. Det er klart at prinsippterminologien *kan* brukes slik at disse vurderingene blir tilslørt. Utsagn om at prinsippterminologien skjuler vurderinger, kan derfor oppfattes som en betimelig påminnelse om at vurderingene bør være eksplisitte, snarere enn som en påstand om at «rettsprinsipp» er et begrep uten substans.

## 2.2 Prinsipp brukes som samlebetegnelse på et sett av regler som uansett gjelder

På samme måte som det er en realitet at bruk av prinsippterminologi kan føre til at vurderinger blir skjult, er det også en realitet at begrepet prinsipp kan brukes, og ofte faktisk blir brukt, som samlebetegnelse på et sett av regler, f. eks. regler gitt ved lov. Kontradiksjonsprinsippet i straffeprosessen kan være et eksempel. Hvis man sier at straffeprosessen bygger på kontradiksjonsprinsippet, kan dette være ment som en henvisning til bestemmelsene i straffeprosesslovgivningen som berører retten til kontradiksjon, f. eks. EMK art. 6 nr. 1 og nr. 3 om «fair trial» m.v., og straffeprosessloven §§ 242 og 243 om siktedes rett til henholdsvis dokumentinnsyn og til å være til stede i rettsmøter under etterforskning. «Kontradiksjonsprinsippet» brukes dermed som et begrep *om* retten, jf. pkt. 1. Heller ikke en slik bruk av prinsippterminologien *utelukker* at det aktuelle prinsippet i tillegg kan være et substansielt rettsprinsipp, som tilfører retten noe mer enn summen av de positiverte enkeltregler som kan henføres under prinsippet, dvs. være et begrep *i* retten. (Se også petitavsnittet i pkt. 1.1.) Ved fastleggelsen av straffeprosessrettens innhold, kan det f. eks. argumenteres med at en bestemt løsning må velges fordi den harmonerer best med kontradiksjonsprinsippet.<sup>16</sup> Dette var situasjonen i saken inntatt i Rt. 2008 s. 142: I dommen i en voldtektssak hadde tingretten besluttet forbud mot offentlig gjengivelse av dommen. Beslutningen ble påkjært av en avis, og kjæremålet ble tatt til følge av lagmannsretten. Fornærmede fikk først kjennskap til behandlingen i lagmannsretten da hennes bistandsadvokat fikk kopi av lagmannsrettens avgjørelse fra politiet. Fornærmede anket<sup>17</sup> til Høyesteretts ankeutvalg. Ankeutvalget viste til straffeprosessloven § 107 c fjerde ledd, om at bistandsadvokaten har rett til å uttale seg om prosessuelle spørsmål som angår fornærmede. Det ble uttalt at bestemmelsen gjelder prosessuelle spørsmål som oppstår under etterforskning og hovedforhandling, og neppe får direkte anvendelse ved anke/kjæremål over en avgjørelse om å forby offentlig gjengivelse av en dom. Videre sa utvalget imidlertid at «de hensyn bestemmelsen hviler på og alminnelige hensyn til kontradiksjon [må] i en sak som så direkte angår fornærmede, tilsi at fornærmede ved bistandsadvokaten får anledning til å uttale seg».

I et slikt tilfelle kan man si at lovbestemmelsene om kontradiksjon er *utslag* av dette prinsippet, men at prinsippets innhold ikke er uttømmende angitt gjennom disse bestemmelsene. Hvorvidt det aktuelle prinsippet i disse tilfellene direkte begrunner resultatet, eller om prinsippet tjener som støtte for å anvende lovbestemmelser analogisk, vil nok kunne variere. I Rt. 2008 s. 142 er det noe uklart om det var det ene eller andre som skjedde, men uttalelsen om at § 107 c fjerde ledd ikke fikk «direkte» anvendelse, tyder nærmest på at

<sup>15</sup> Robert Alexy, *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, i: Wintgens, Luc (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives (My Philosophy of Law)*, Dordrecht-Boston-London 1999 s. 23 flg., på s. 39, og Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, *Ratio Juris* Vol. 13 No. 3 September 2000 (Oxford 2000) s. 294 flg., på s. 296.

<sup>16</sup> Eckhoff/Sundby, *Rettsystemer* s. 117.

<sup>17</sup> Rettsmidlet kjæremål hadde under sakens gang blitt erstattet av anke, jf. straffeprosessloven § 377, som endret ved lov av 17. juni 2005 nr. 90, i kraft fra 1. januar 2008.

kontradiksjonsprinsippet i ankeutvalgets øyne begrunnet en analogisk anvendelse av denne bestemmelsen.

Et kjent eksempel fra norsk juridisk teori på ulike syn på hvorvidt et prinsipp er noe mer enn summen av enkeltregler, gjelder det forvaltningsrettslige proporsjonalitetsprinsippet. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010 s. 426, nevner en del områder hvor krav om forholdsmessighet er særskilt regulert, og antar at norske domstoler vil være forsiktige med på egen hånd å oppstille nye og sterkt skjønsmessige skranker for forvaltningens materielle kompetanse. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007 s. 131-139 (se særlig s. 136) er mer åpen for at et ulovfestet proporsjonalitetsprinsipp gjelder. Det er i teorien også uenighet om hvorvidt Høyesterett ved sin uttalelse i Rt. 2008 s. 560, om at det etter den alminnelige myndighetsmisbrukslære ikke gjelder noen generell forholdsmessighetsbegrensning, har avvist at et generelt forvaltningsrettslig proporsjonalitetsprinsipp eksisterer. Se Johan Greger Aulstad, *Ny høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (HR-2008-695-A)*, Jussens Venner 2008 s. 262-273, på s. 269-270 og Hans Petter Graver, *Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten*, Jussens Venner 2008 s. 384-385.

### 3 Substansielle rettsprinsipper har høyt generalitetsnivå

En utbredt egenskap ved substansielle rettsprinsipper er at de holder et høyt generalitetsnivå.<sup>18</sup> Eksempler på prinsipper i norsk rett, kan være det tingsrettslige «først i tid, best i rett», prinsippet om at avtaler skal holdes, kontradiksjonsprinsippet i prosessretten, eller proporsjonalitetsprinsippet, som i alle fall på noen rettsområder gjelder ved offentlige myndigheters inngrep overfor borgerne. Som eksemplene viser, kan generaliteten arte seg på ulikt vis for ulike prinsipper. Prinsippet om «først i tid, best i rett» har f. eks. et høyt generalitetsnivå i kraft sitt upresise innhold (hvem er f. eks. «først i tid»; den som inngår avtale først eller den som får rettsvern først?), mens proporsjonalitetsprinsippet – kravet om at myndighetsinngrep overfor borgerne må stå i et rimelig forhold til det som skal oppnås ved inngrepet – har høyt generalitetsnivå i kraft av et potensial til å gjelde på mange ulike rettsområder.

Kaarlo Tuori fokuserer på den sistnevnte formen for generalitet, når han nevner at en viktig årsak til prinsippenes høye generalitetsnivå, er deres funksjon som enhetsskapende størrelser innen rettsordenen.<sup>19</sup> Prinsippene skaper indre sammenheng mellom rettsordenens normer, ved at normer på ulike rettsområder tolkes i lys av prinsippene. Det kan være nærliggende å tenke seg at et prinsipp gir bedre veiledning om rettens innhold jo mer presist det er, men i denne sammenheng er det omvendt: Prinsippene må være generelle for å kunne gi veiledning om hvordan spesifikke normer på forskjellige rettsområder bør forstås. Som nevnt gir proporsjonalitetsprinsippet et eksempel på denne formen for generalitet. Dette prinsippet brukes som mekanisme for å regulere rettmessigheten av myndighetsinngrep på flere områder. Ett eksempel er at proporsjonalitet oppstilles som et grunnvilkår for at en stats inngripen i de fire friheter under EØS-avtalen skal være forenlig med avtalen.<sup>20</sup> Et annet eksempel er at proporsjonalitet er en grunnleggende forutsetning for at tyngende inngrep fra politiets side overfor borgerne, skal være lovlige, jf. politiloven § 6 annet ledd og straffeprosessloven § 170 a. Inngrepene det her er snakk om er av svært ulik karakter, men på begge rettsområder kan det ved anvendelse av inngrephjemlene finnes veiledning i proporsjonalitetsprinsippets krav om et rimelig forhold mellom inngrepets styrke og formålet med inngrepet. Prinsippet tjener dermed til å skape rettslikhet ved to helt ulike former for

<sup>18</sup> Se f. eks. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007 s. 36 og Eckhoff/Sundby, *Rettsystemer* s. 117.

<sup>19</sup> Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, Aldershot 2002 s. 179.

<sup>20</sup> Se nærmere f. eks. Gjermund Mathisen, *Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter*, Jussens Venner 2007 s. 80 flg.

myndighetsinngrep, noe det vanskelig kunne ha gjort hvis det hadde et innhold som var direkte knyttet til den ene eller den andre av inngrepssituasjonene. Hadde proporsjonalitetskravet f. eks. vært begrenset til politirettens og straffeprosessens områder, måtte man ved anvendelse på andre rettsområder basert seg på analogislutninger, men det ville det neppe vært grunnlag for å gjøre i relasjon til et så fjerntliggende område som konkurranserett.<sup>21</sup> Ved hjelp av et proporsjonalitetsprinsipp som holder et høyt generalitetsnivå, ved at det etter sitt innhold ikke er begrenset til bestemte rettsområder, kan normene for forskjellige typer av myndighetsinngrep harmoniseres.

Når generaliteten består i at prinsippet har et upresist innhold, blir det derimot nødvendig å tolke prinsippet for å komme frem til en norm som er så presis at den er anvendelig. Prinsippet om at avtaler skal holdes er i og for seg presist etter sin «ordlyd», men det kan åpenbart ikke tas på ordet. Spørsmålet er: Når kan det fravikes, og når leder det til at avtalerevisjon er utelukket? Prinsipper av denne typen er generelle ved at de uttrykker hovedregler, som noen ganger kan fravikes etter nærmere tolkning, og andre ganger ikke. Upresist innhold av en annen art har man hvor det språklige uttrykket for prinsippet bare gir en vag antydning om prinsippets innhold. Kontradiksjonsprinsippet gir et eksempel på dette. Også her må det en tolkningsprosess til for å klarlegge prinsippets innhold. Kontradiksjonsprinsippet kombinerer for øvrig generalitet i form av upresist innhold med generalitet i form av anvendelsespotensial på flere rettsområder. Prinsippets anvendelsesområde er begrenset til prosessretten, men har til gjengjeld gyldighet både i straffeprosessen, sivilprosessen og forvaltningsprosessen.

#### **4 Substansielle rettsprinsipper har retningslinjekarakter**

Et sentralt punkt hos de fleste som behandler prinsipper i rettsteorien, er at prinsippene har retningslinjekarakter. Retningslinjer oppstilles i denne sammenheng gjerne som motsetning til regler: Retningslinjer er normer som trekker i retning av en bestemt løsning på rettsspørsmålet, mens regler er normer som blir bestemmende for løsningen.<sup>22</sup> Når en regel sier at siktede har krav på å bli varslet til et rettsmøte under etterforskningen, slik tilfellet for norsk retts vedkommende er etter straffeprosessloven § 243, blir dette avgjørende for siktedes rettsstilling, med mindre det finnes unntaksregler.<sup>23</sup> Finnes det derimot i den aktuelle rettsorden ingen klar regel i noen retning, men kontradiksjonsprinsippet taler for krav på varsel, er dette prinsippet en retningslinje for rettsanvenderen, som ikke trenger å bli avgjørende. Andre hensyn kan trekke i motsatt retning, f. eks. at hensynet til etterforskningen tilsier at rettsmøtet holdes hemmelig for siktede.

Når avveiningen mellom argumentene skal foretas, kan det motstående argumentet følge av et annet prinsipp som trekker i en annen retning, eller det kan være motstående argumenter som utledes av det øvrige rettskildematerialet. Det blir da et spørsmål hva som skal være styrende for hvilken vekt prinsippene tillegges. Når dette skal besvares, må vi ta utgangspunkt i det som er sagt i pkt. 1.1, om at prinsippene skal ivareta de grunnleggende verdier retten bygger på. Alexy fremholder at prinsippene har karakter av å være optimaliseringspålegg

<sup>21</sup> Om prinsippenes funksjon som rettferdiggjøringsgrunn for analogislutninger, se Torstein Eckhoff, *Legal Principles*, i: Krawietz, MacCormick, von Wright (ed.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, *Festschrift* for Robert S. Summers, Berlin 1994 s. 33 flg., på s. 37. Se også foran i pkt. 2.2.

<sup>22</sup> Se f. eks. Hans Petter Graver, *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2006 s. 189 flg., på s. 195.

<sup>23</sup> Én slik unntaksregel etter norsk rett er f. eks. straffeprosessloven § 202 a tredje ledd, om rettens behandling av påtalemyndighetens begjæring om adgang til å bruke skjult fjernsynsovervåking.

(*optimization commands*) til rettsanvenderen.<sup>24</sup> Formålet med prinsippene er dermed at de skal brukes til å gjøre rettens innhold så godt som mulig. Hvis det er to eller flere prinsipper som trekker i hver sin retning, må det tas stilling til hvilken grunnverdi som i den aktuelle situasjonen må gis forrang, for at rettsstilstanden skal kunne sies å være så god som den kan bli. Avveiningen mellom prinsippene blir altså et spørsmål om hvilken rettsstilstand som er den *mest ønskelige*.

Når et prinsipp skal veies mot det som kan utledes av andre rettskilder, som lovtekster eller lovforarbeider, blir spørsmålet hvilken *rettslig mulighet* rettskildebildet gir for å fremme den verdi prinsippet uttrykker, dvs. hvor langt prinsippets optimaliseringspålegg er mulig å realisere. Forutsetningen for at det i det hele tatt skal være noe spillerom for prinsippet som retningslinje, er da at de andre elementene rettens innhold utledes av ikke har et absolutt innhold, men åpner for tolkningsmuligheter. Hvilken konkret mulighet det er til å fremme prinsippverdien i en situasjon hvor rettskildebildet åpner for tolkningstvil, vil bero både på hvilket innhold prinsippet har, hvilke rettskildefaktorer prinsippet står mot, og på hvor mye rom disse rettskildefaktorene gir for tolkningstvil. Det ville føre for langt å gå inn på en nærmere analyse av disse situasjonene her.

## 5 Har rettsanvenderen plikt til å legge vekt på de retningslinjer prinsippene gir?

Hvis man anerkjenner rettsprinsipper som relevante retningslinjer ved fastleggelsen av rettens innhold, melder det seg et spørsmål om prinsipper bare er *tillatt* å ta i betraktning, eller om de *må* tas i betraktning. I norsk rettsteori ser både Eckhoff/Sundby og Graver ut til å mene at det ikke er noen alminnelig plikt til å legge vekt på de retningslinjer prinsippene gir. Eckhoff/Sundby<sup>25</sup> gir ikke noe klart svar på om retningslinjer, derunder prinsipper, er noe rettsanvenderen har plikt til å legge vekt på, eller om det bare er noe som *kan* tillegges vekt. Behandlingen av dette spørsmålet, under overskriften «Pålegger retningslinjer plikter?», gir inntrykk av at dette er noe som må besvares konkret, for hvert enkelt prinsipp. Prinsipper er hos Eckhoff/Sundby en undergruppe av «retningslinjer», og inntrykket bekreftes av den beskrivelsen Eckhoff/Sundby gir av hva retningslinjer er: Retningslinjene er «hjelpenormer» ved anvendelsen av avveiningsnormer, dvs. «normer som åpner spillerom for skjønn». Retningslinjenes hovedfunksjon er at de angir hva som er relevante faktorer ved skjønnsutøvelsen. «Noen retningslinjer forteller også noe om i hvilken retning en faktor trekker, hvilken vekt den har, og om det er nødvendig å ta den i betraktning, eller om man i så måte står fritt».<sup>26</sup> Hvis det ikke angis noe om dette, må Eckhoff/Sundby forstås slik at spørsmålet må avgjøres av rettsanvenderen ved tolkning av retningslinjen.<sup>27</sup> Graver sier at prinsippenes abstrakte og generelle karakter åpner for en stor grad av vurdering eller skjønn når deres betydning skal fastlegges i et konkret tilfelle.<sup>28</sup> Dette må trolig oppfattes dit hen at det ikke bare skal vurderes *hvilken* betydning prinsippene skal ha, men også om de i det hele tatt skal tillegges noen betydning.

Dette synet står i klar kontrast til Alexys lære om prinsippene som optimaliseringspåbud. Utgangspunktet for Alexys syn på rettsprinsipper er hans teori om at retten alltid pretenderer å

<sup>24</sup> Alexy, *On the Structure of Legal Principles* s. 294.

<sup>25</sup> Se Eckhoff/Sundby, *Rettsystemer* s. 125-127.

<sup>26</sup> Eckhoff/Sundby, *Rettsystemer* s. 108-109. (Mine uthevelser.)

<sup>27</sup> Se også Sæther Mæhles drøftelser av dette punktet hos Eckhoff/Sundby. (Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* s. 90-91.)

<sup>28</sup> Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* s. 36.



være korrekt. Han kaller dette rettens *claim to correctness*.<sup>29</sup> Jeg forstår Alexy slik at denne pretensjonen anses å gjelde både i forhold til den konkrete rettsanvendelse – f. eks. at dommeren ved domsavsigelsen underforstått legger til grunn at det resultat han har kommet til bygger på en korrekt forståelse av retten – og i forhold til generelle uttalelser om hva som er rettens innhold. Rettens korrekte innhold finner man bare ved å ta alle relevante argumenter i betraktning.<sup>30</sup> Blant disse er rettsprinsippene.

I norsk rettsteori uttaler Fleischer seg på en måte som kan minne om Alexys syn på rettsprinsippenes forpliktende karakter. Han slår først fast at kunnskap om og forståelse for grunnprinsippene på de enkelte rettsområder er nødvendig når det er snakk om å «anvende selve prinsippet», men at «... forståelse og respekt for prinsippene må ligge under *også når vi tar standpunkt til andre rettsspørsmål*. Prinsippene får derfor en særlig rolle som viktige bestanddeler i det vi kan kalle forsvarlig juridisk metode».<sup>31</sup>

Det er neppe mulig å gi noe entydig svar på om «gjeldende norsk rett» inneholder en plikt til å legge vekt på rettsprinsipper. Dette vil måtte bero på et komplekst samspill av en rekke faktorer, som hva det aktuelle prinsippets innhold er, hva som er innholdet i de normer som trekker i motsatt retning, hvilke rettskildefaktorer disse normene bygger på, osv. Særlig må spørsmålet om prinsippets innhold antas å være av betydning. Jo mer grunnleggende den verdien er som prinsippet gir uttrykk for, jo mer er det som taler for at rettsanvenderen plikter å ta hensyn til prinsippet. En må f. eks. gå ut fra at det lettere kan være legitimt å se bort fra prinsippet om «først i tid, best i rett» enn å unnlate å vurdere om kontradiksjonsprinsippet er tilstrekkelig ivaretatt. Det skal ikke her gjøres noe forsøk på å analysere dette spørsmålet nærmere. (Se likevel nedenfor i pkt. 8.3 om prinsippers særlige vekt i forhold til (andre) reelle hensyn.)

Tatt i betraktning at prinsippene forutsettes å gi uttrykk for rettens verdimeslige grunnlag, jf. pkt. 1.1, kunne det synes overraskende at ikke alle som anvender retten, eller uttaler seg om dens innhold, ser på rettsprinsippene som elementer rettsanvenderen plikter å ta hensyn til. Mothensyn finnes imidlertid, og hvilket standpunkt man her inntar, får avgjørende konsekvenser for hva slags *type* rettssystem man får. I et prinsipporientert system sikrer man at de positive verdier prinsippene er uttrykk for, blir vektlagt, og behovet for forutberegnelighet ivaretas. Men på den annen side kan muligheten for å legge avgjørende vekt på rettsreglenes *konsekvenser* bli redusert. Når prinsipper er obligatoriske argumentbærere ved fastleggelsen av rettens innhold, kan retten bli mindre fleksibel med hensyn til muligheten for å komme til et resultat som i den enkelte sak oppleves som rimelig og hensiktsmessig.

Skillet mellom de to typene av rettssystem – det prinsipporienterte og det konsekvensorienterte – kommer tydelig frem i forskjellen mellom flertallets og mindretallets votum i saken i Rt. 1998 s. 219 (plenumssak).<sup>32</sup> Saken gjaldt gjenopptakelse<sup>33</sup> av farskapssak, basert på *muligheten for innhenting* av DNA-bevis, nærmere bestemt om det at en slik mulighet eksisterte, i seg selv kunne føre til at vilkåret om «nytt bevis» var oppfylt. Resultatet av en DNA-analyse ville selvsagt være «nytt bevis», men utgjorde også den omstendighet at

<sup>29</sup> Alexy, *My Philosophy of Law* s. 24-28.

<sup>30</sup> Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* s. 122-123.

<sup>31</sup> Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 398-399. (Forfatterens utheving.)

<sup>32</sup> Se også Gravers omtale av denne kjennelsen i *I prinsippet prinsipiell* s. 190-192, og Bergos grundige analyse i Knut Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000 s. 303-313.

<sup>33</sup> Nå «gjenåpning», jf. tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 kapittel 31.

man ville få et slikt bevis *dersom* saken ble gjenopptatt, nytt bevis? Førstvoterende, som representerte flertallet, kom til at en ny måte å innhente bevis på, *ikke* kunne anses som nytt bevis. Hun gjennomgikk de reelle hensyn i saken, og tok bl.a. for seg hensynet til å få et biologisk riktig resultat. Hun anerkjente dette som et viktig hensyn, som hadde vært sterkt fremhevet i de senere år, men trakk så frem flere mothensyn. Konklusjonen ble at det samlet sett kunne «anføres tungtveiende sosiale og menneskelige grunner for det benektende svaret, som også er i samsvar med det som etter mitt syn følger av tvistemålslovens regler». (Disse resonnementene gjennomføres på s. 228-229.) Som følge av at både lovens ordlyd og rimelighetshensyn talte mot gjenopptakelse, ble gjenopptakelse ikke tillatt. Tredjevoterende, som representerte mindretallet, mente det var grunnlag for å konstatere at det gjaldt et generelt rettsprinsipp om at det biologiske farskap skulle være avgjørende for utfallet av farskapsaker, og at dette også måtte legges til grunn ved gjenopptakelse. Tredjevoterende uttalte bl.a.: «Med det utgangspunkt som etter min mening må tas i det biologiske prinsipp, vil rettslige og andre sosiale virkninger av en eventuell endring i et juridisk farskap komme i bakgrunnen som hensyn ved tolkingen av [tvistemålsloven av 13. august 1915 nr. 6] § 412 første ledd 2. punktum.» (Rt. 1998 s. 219, på s. 237.)

## 6 To unntak fra utgangspunktet om at prinsippene har retningslinjekarakter

### 6.1 Prinsipper som alltid setter skranker for rettsanvendelsesskjønnet

Selv om hovedregelen er at substansielle rettsprinsipper har retningslinjekarakter, kan det også finnes prinsipper det ikke er aktuelt å fravike, dvs. prinsipper som alltid tilfører retten en absolutt regel.<sup>34</sup> Skillet mellom prinsipper som er retningslinjer og prinsipper som utgjør absolutte regler, avhenger formodentlig av hvordan det juridiske fortolkningsfellesskap vurderer de grunnverdier prinsippene bygger på.<sup>35</sup> Er det forenlig med disse verdiene å fravike prinsippet i et gitt tilfelle, har man å gjøre med en retningslinje. Hvis fravikelse derimot vurderes som et uakseptabelt brudd med grunnverdiene, er prinsippet en absolutt regel.

Proporsjonalitetsprinsippet vil trolig være et eksempel på et prinsipp som utgjør en absolutt regel. Befinner man seg først på et rettsområde hvor proporsjonalitetsprinsippet gjelder, er det vanskelig å tenke seg at det skulle bli ansett som et avveiningsspørsmål om prinsippet skal legges til grunn eller ikke. Likhetsprinsippet kan være et annet eksempel. Det synes lite trolig at en lov som f. eks. foreskriver en eller annen form for usaklig forskjellsbehandling, skulle bli akseptert av Høyesterett, med den begrunnelse at likhetsprinsippet etter en konkret avveining må vike for loven.

De prinsipper som kan antas å sette faste grenser for rettsanvendelsesskjønnet, ser ut til å ha én ting til felles, nemlig at prinsippenes innhold kan angis ved hjelp av en noenlunde entydig språklig formulering. En viss grad av presist formulert innhold er en nødvendig forutsetning for grensesettingsfunksjonen. Kontradiksjonsprinsippet er f. eks. ikke egnet til å sette faste grenser ved utøvelse av rettsanvendelsesskjønn, fordi det er for uklart hva som nærmere ligger i prinsippet. Bare presiseringer av kontradiksjonsprinsippet, i form av f. eks. lovgivning eller

<sup>34</sup> Slik også Torstein Eckhoff, *Legal Principles* s. 40, som nevner prinsippet om at ingen kan straffes uten etter lov (*nulla poena sine lege*) som eksempel på et prinsipp det er uaktuelt å fravike. Eckhoff henter i sin tur dette eksempelet fra en artikkel av Robert Alexy. (*Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, Berlin 1979 s. 59-87.) For norsk retts vedkommende er dette prinsippet, som for øvrig må betraktes som et utslag av det mer generelle legalitetsprinsippet, grunnlovsfestet, jf. Grunnloven § 96.

<sup>35</sup> Om det juridiske fortolkningsfellesskap, se Jan Fridthjof Bernt, *Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål*. I: Aune, Fauchald, Lilleholt, Michalsen (red.), *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Oslo 2009 s. 31-43. Se særlig s. 39 flg.

rettssetninger fastslått i rettspraksis, kan fungere som absolutte grenser. Anvendes kontradiksjonsprinsippet i sin generelle form, vil det måtte fungere som retningslinje. (Men unntaksvis kan det likevel sette f. eks. en lovbestemmelse til side, fordi prinsippet tillegges større vekt enn loven, jf. pkt. 6.2.)

Det kan ikke tas for gitt at *alle* prinsipper hvis innhold dekkende kan formuleres i noe som kan utgjøre en selvstendig rettssetning, setter absolutte skranke for rettsanvendelsesskjønnet. Det kan f. eks. være tvil om hvordan det på dette punktet stiller seg med legalitetsprinsippet, som gjerne formuleres som et påbud om at tyngende myndighetsinngrep overfor borgerne må ha lovhjemmel. Det er på det rene at det i norsk rett har eksistert, og til dels fortsatt eksisterer, myndighetsinngrep overfor borgerne som er hjemlet i sedvanerett, ikke i lov. Tidligere gjaldt dette politiinngrep i forbindelse med ordenstjenesten, som f. eks. bortvisning fra offentlig sted og innbringelse. Dette ble ansett hjemlet i et sedvanerettsinstitutt benevnt som politiets generalfullmakt. Slike inngrep fikk lovhjemmel først ved politiloven av 4. august 1995 nr 53, jf. dens kapittel II. Et annet eksempel, som fortsatt har gyldighet, er gårdeieres plikt til å strø og måke utenfor eiendommen, når dette følger av lokal sedvanerett, jf. Rt. 1922 s. 494 og Rt. 1967 s. 524. Spørsmålet er imidlertid om man skal se slike sedvanerettsbaserte inngrep som bekreftelse på at legalitetsprinsippet er en retningslinje, eller om det i stedet er slik at legalitetsprinsippet utgjør en i utgangspunktet absolutt skranke, men med tilfeller som de nevnte som unntak.

Dommen i Rt. 1967 s. 524 synes å tale for den sistnevnte oppfatningen. Det heter der, på s. 526:

«Det følger av legalitetsprinsippet at det kreves uttrykkelig lovhjemmel for å pålegge borgerne nye plikter. Dette gjelder også om man vil pålegge huseiere nye plikter med hensyn til renhold av andres - her kommunens - gater utenfor huseiernes eiendommer eller for å lette trafikken i disse gater når det ikke dreier seg om å fjerne ting som skriver seg fra deres eiendommer. Etter de nevnte lovbestemmelers ordlyd og formål kan det ikke antas at de hjemler adgang til å utferdige politivedtekter som pålegger nye plikter av den art som her er nevnt. Derimot gir de adgang til å utferdige politivedtekter som regulerer plikter av denne art som i medhold av hevdvunnen rettsoppfatning allerede påhviler huseierne.»

Denne uttalelsen må forstås slik at legalitetsprinsippet setter absolutte grenser for rettsanvendelsesskjønnet for så vidt gjelder nye plikter, men at unntak kan gjøres når pliktene allerede eksisterer i kraft av sedvanerett.<sup>36</sup> Finnes ingen slik sedvanerett, er det ikke aktuelt å veie legalitetsprinsippet mot annet rettslig relevant argumentmateriale, og komme til at prinsippet må vike.

En annen sak er at spørsmålet om et aktuelt tiltak fra en offentlig myndighet mot en borger i det hele tatt krever lovhjemmel, beror på en avveining. De hensyn legalitetsprinsippet skal ivareta – i første rekke demokratihensynet og hensynet til borgerens mulighet for å forutberegne sin rettsstilling – må avveies mot hensynet til forvaltningens effektivitet.<sup>37</sup> Er tiltaket så lite tyngende at det ikke er uforholdsmessig å gjennomføre det uten at hensynene bak legalitetsprinsippet har blitt ivaretatt, sier man at man er utenfor legalitetsprinsippets anvendelsesområde. Både denne avveiningen og muligheten for at legalitetsprinsippet kan vike for sedvanerett, er utslag av legalitetsprinsippets egenskaper *som rettskilde*. Er man imidlertid først innenfor legalitetsprinsippets anvendelsesområde, setter dette prinsippet *som norm* en absolutt skranke for rettsanvendelsesskjønnet. (Se nærmere nedenfor i pkt. 7.) Normen vil da ha det innhold som er nevnt ovenfor, nemlig at «tyngende myndighetsinngrep overfor borgerne må ha lovhjemmel». (Selv om legalitetsprinsippet som norm utgjør en

<sup>36</sup> Jf. også forutsetningen i politiloven § 14 første ledd nr. 2 om at rydde- og strøplikt m.v. kan følge av lokal sedvane.

<sup>37</sup> Om hensynene bak legalitetsprinsippet, se Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave, Bergen 2007 s. 96.

absolutt skranke for rettsanvendelsesskjønnet, i form av krav om at et inngrep må ha en viss forankring i en lovbestemmelse, er det et avveiningsspørsmål om den lovhjemmelen som i et gitt tilfelle eksisterer, har et innhold som medfører at legalitetsprinsippet er oppfylt.)

## 6.2 Prinsipper som i konkrete situasjoner skifter karakter fra retningslinjer til absolutte regler

Når et rettsspørsmål reguleres av en absolutt regel, skulle det i utgangspunktet ikke være noe rom for et prinsipp som er i strid med regelen, jf. pkt. 4. Det forekommer imidlertid at et prinsipp med retningslinjekarakter i slike tilfeller gis virkning som om det skulle vært en absolutt regel, med gjennomslagskraft overfor en annen absolutt regel. Denne typen regelkonflikt blir tydeligst – eller settes mest på spissen – når den absolutte regelen prinsippet står mot er forankret i en lovbestemmelse.

Et eksempel på prinsippbasert lovsensur av denne art gir Rt. 2005 s. 117. Tre elvebåter ble innført til Norge med midlertidig fritak for toll og avgifter. Båtene skulle repareres ved et norsk verft, og deretter gjenutføres innen en frist tollvesenet hadde satt. Verftet gikk konkurs før arbeidet hadde kommet i gang, og fristen utløp uten at noe mer skjedde. Senere ble båtene solgt. Kjøperen var ukjent med betingelsen som var satt for avgiftsfritaket, og nektet å betale da tollvesenet fremmet sitt krav overfor ham. Det spørsmålet i saken som er av interesse her, er det som gjaldt domstolenes prøvelsesrett overfor forvaltningen. Den nå opphevede tolloven av 10. juni 1966 nr. 5 § 37 fjerde punktum gikk ut på at tollkravet kunne «fracfalles når det etter tollvesenets skjønn ikke er noe å legge vedkommende til last». Denne måten å formulere en forvaltningsrettslig lovbestemmelse på, er typisk for uttrykksmåter som brukes når lovgiver har ment at forvaltningsorganets skjønn ikke skal være gjenstand for domstolsprøving. I forarbeidene var det endog uttrykkelig sagt at det var «tollvesenets skjønn som blir avgjørende for ansvarsspørsmålet». Høyesterett bemerket enstemmig at det ville være uakseptabelt ut fra rettssikkerhetshensyn om kreditor for kravet (tollvesenet) med endelig virkning kunne fastsette om kravet skulle fracfalles eller ikke, og at det ville være i strid med «den rådende rettsoppfatning om omfanget av domstolenes prøvingsrett». Høyesterett foretok en overprøving, kom til at kjøperen ikke kunne legges noe til last, og opphevet Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak. Den normen som ble satt til side av rettssikkerhetsprinsippet var som man ser ikke en avveiningsnorm, men en bestemmelse som, ut fra vanlig tolkningspraksis, måtte forstås som en lovfesting av at forvaltningsorganets avgjørelse skulle være endelig. Prinsippet var på sin side en typisk retningslinje.

Selv om bestemmelsen i tolloven i Rt. 2005 s. 117 ble satt til side som stridende mot rettssikkerhetsprinsippet, er denne dommen ikke et helt «rent» eksempel på at et prinsipp setter en lovbestemmelse til side. Høyesterett følte nemlig behov for å rettferdiggjøre lovens tilsidesettelse ved å fremheve at vekten av ordlyd og forarbeider ble redusert, fordi rettssikkerhetsaspektet ikke var drøftet i forarbeidene. Det var på grunn av den manglende drøftelsen av dette forholdet «grunn til å tvile på om det var lovgiverens overveide standpunkt» at bestemmelsen skulle tolkes slik ordlyden og forarbeidene umiddelbart kunne tyde på. På denne måten åpnes det for at lovbestemmelsen ikke kunne blitt satt til side av rettssikkerhetsprinsippet, dersom lovgiver i forarbeidene hadde uttrykt at rettssikkerhetsaspektet var vurdert og funnet tilstrekkelig ivaretatt.

Denne saken illustrerer for øvrig at flere prinsipper kan fungere som «samvirkende årsaker» når prinsippers betydning for rettens innhold skal fastlegges. Rettssikkerhetsprinsippet var det prinsippet som direkte førte til at lovbestemmelsen måtte settes til side. Samtidig var kontradiksjonsprinsippet et viktig moment i *begrunnelsen* for at rettssikkerhetsprinsippet satte

loven til side. Nærmere bestemt gjaldt dette de sidene ved kontradiksjonsprinsippet som krever henholdsvis likestilling mellom partene og tilgang til domstolene.

Når et prinsipp setter absolutte lovbestemmelser til side, kan det spørres om dette innebærer at prinsippet har høyere rang i regelhierarkiet enn lovbestemmelsen, med andre ord om lovens tilsidesettelse kan forklares under henvisning til regelen om at en norm med høyere trinnhøyde går foran en norm med lavere trinnhøyde (*lex superior derogat legi inferiori*). I så fall blir det også et spørsmål *hvilken* trinnhøyde disse prinsippene har.

I *noen tilfeller* vil det kunne være snakk om prinsipper som har grunnlovs rang, og dermed høyere rang enn de lovregler som settes til side. Her skal det først bemerkes at for så vidt gjelder saken i Rt. 2005 s. 117, kan den overprøving av loven som der fant sted neppe sies å ha skjedd på bakgrunn av et konstitusjonelt prinsipp. ”Omfanget av domstolenes prøvingsrett” var et ledd i argumentasjonen, og det sies gjerne at prinsippet om domstolenes prøvingsrett overfor forvaltningen har grunnlovs rang. Det er imidlertid ikke i strid med Grunnloven at prøvingsretten ved lov avskjæres for så vidt gjelder visse typer forvaltningsvedtak.<sup>38</sup> Den konstitusjonelle kjernen i prøvingsretten – eksistensen av selve adgangen til å prøve forvaltningsvedtak – var ikke relevant i saken. Det finnes likevel eksempler på at Høyesterett har forutsatt eksistensen av prinsipper med typisk retningslinjekarakter på konstitusjonelt nivå, jf. Rt. 1983 s. 1004 og Rt. 1997 s. 580. Sakene gjaldt henholdsvis prinsippet om retten til liv (i relasjon til abortloven) og prinsippet om arbeidstakeres streikerett.<sup>39</sup> Hva som skal til for å anse et rettsprinsipp for å ha grunnlovs rang, skal vi ikke gå inn på her. Det må imidlertid være klart at ikke ethvert prinsipp som kan brukes til å sette en lovbestemmelse til side, er av konstitusjonell karakter.

I situasjoner hvor prinsippet ikke har grunnlovs rang, synes det mest nærliggende å se relasjonen mellom prinsipp og lovregel ikke som en relasjon av rang, men som en relasjon av *vekt*. Dette vil være tilfellet ved andre lignende konflikter mellom rettssetninger, som f. eks. hvor en klar forarbeidsuttalelse gir grunnlag for å oppstille en regel i én retning, mens ordlyden i den lovbestemmelse forarbeidsuttalelsen knytter seg til, trekker i motsatt retning. Se som eksempel Rt. 2004 s. 1899, som gjaldt beregningen av varetektsfradrag etter straffeloven § 60 når den frihetsberøvede hadde vært undergitt fullstendig isolasjon etter straffeprosessloven § 186 a. Når Høyesterett kom til at lovteksten måtte gå foran forarbeidene (dommens avsnitt 15), var ikke det fordi den rettssetningen som fulgte av lovteksten hadde høyere rang enn den som fulgte av forarbeidene, men fordi lovteksten måtte tillegges størst vekt. Slik må det også være når det er den prinsippbaserte regelen som går foran den lovbaserte. Det som i utgangspunktet er en retningslinje, tillegges i den konkrete saken så stor vekt at selv en absolutt lovregel må vike.

## 7 Prinsippers rettskildedefunksjon og normfunksjon

Den finske rettsteoretikeren Kaarlo Tuori beskriver retten ved hjelp av en modell som bygger på at retten er delt i flere lag, eller nivåer. Det øverste nivået – rettens overflatenivå – fremstår som språklig formulerte normer eller normfragmenter. Dette er de normene som anvendes på faktum i konkrete saker, dvs. de som er gjenstand for subsumsjon. Neste nivå er det rettskulturelle nivået. På dette nivået plasserer Tuori bl.a. metanormene som regulerer den

<sup>38</sup> Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* s. 364-365.

<sup>39</sup> Begge dommene omtales av Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* s. 86. Se også s. 77-78.

juridiske metode, og det han kaller generelle doktriner.<sup>40</sup> De generelle doktrinene deles i to, nemlig *legal concepts* og *legal principles*.<sup>41</sup> Rettsprinsippene befinner seg altså i utgangspunktet på det rettskulturelle nivået. Men Tuori fremholder videre at rettsprinsippene fungerer både som normer på rettens overflatenivå og som rettskilder på det rettskulturelle nivået.<sup>42</sup> (I utgangspunktet skiller Tuori mellom metanormer som regulerer juridisk metode og generelle doktriner, derunder rettsprinsipper. Men samtidig ser han det altså slik at rettsprinsippene har en rettskildemessig funksjon.) Som normer er prinsippene avhengig av støtte fra rettskilder, og Tuori spør om det er logisk mulig at prinsippene kan være både rettskilder som *gir* støtte for normer, og normer som *krever* støtte fra rettskilder. Hans svar er at det er mulig, fordi prinsipper som normer ikke er akkurat det samme som prinsipper som rettskilder. Det er altså en kvalitativ forskjell på prinsippet som rettskilde og prinsippet som norm på overflatenivået. Forskjellen består i, sier Tuori, at prinsippene på rettens overflatenivå behandles som diskursivt spesifiserte normer, mens det på det rettskulturelle nivået ikke fokuseres på diskursiv spesifisering, men på prinsippene som elementer som begrunner normers innhold (*normative elements*). Det blir dermed ingen motsetning mellom prinsippenes ulike funksjoner på de to nivåene. På samme måte som for andre elementer i retten, står vi overfor en rettskilde og de normer som kan utledes av rettskilden.

Vi skal her se litt på hva som kan utledes av Tuoris modell med hensyn til forholdet mellom rettsprinsipper som normer og rettsprinsipper som rettskilder i norsk rett.

Når et prinsipp fungerer som norm, vil normen nettopp måtte utledes fra rettskildevarianten av det samme prinsippet. Annet rettskildemateriale, som lovtekster eller lovforarbeider, kan, når de ulike fragmentene sees i sammenheng, gi et fundament for å konstatere at et prinsipp eksisterer. Det var på denne måten eksistensen av det biologiske prinsipp i farskapssaker ble utledet i Rt. 1998 s. 219. (Se ovenfor i pkt. 5 og nedenfor i pkt. 9.) Men det som utledes på denne måten, vil være prinsippets eksistens som rettskilde. I en sak om hva som er «nytt bevis» i forhold til et krav om gjenåpning, er f. eks. relevante lovbestemmelser som direkte gjelder dette spørsmålet én rettskilde, mens det biologiske prinsipp som utledes av forskjellige lovbestemmelser om fastsettelse av farskap (som ikke direkte sier noe om gjenåpning), er en annen. Det biologiske prinsipp i farskapssaker blir først en norm når det formuleres en rettssetning som begrunnes i prinsippet, og som f. eks. går ut på at «ved spørsmål om en ny teknikk for å fastslå farskap skal regnes som «nytt bevis», skal det legges stor vekt på at bruk av den nye teknikken er egnet til å klargjøre hvem som er biologisk far». Denne formuleringen kan være eksplisitt, men rettssetningen kan også bare være underforstått.

Dette skillet mellom prinsippet som rettskilde og prinsippet som norm vil også være til stede når prinsippets innhold fullt ut kan angis gjennom en språklig formulering som kan anvendes direkte som norm på rettens overflatenivå, slik tilfellet f. eks. er med proporsjonalitetsprinsippet. (”Myndighetsinngrepet må stå i et rimelig forhold til det som søkes oppnådd gjennom inngrepet”, jf. pkt. 3.) Selv om prinsippet, ut fra det språklige uttrykk det gis, uten videre kan fungere som norm, har det også en funksjon som rettskilde, dvs. som et element i retten som begrunner normers innhold: Når rettens innhold på overflatenivået skal fastlegges, blir proporsjonalitetsprinsippet en av flere rettskilder. På rettskildenivået vil proporsjonalitetsprinsippet ha en retningslinjefunksjon, selv om det ikke

<sup>40</sup> Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 161-183. For en kritisk vurdering av Tuoris lagdelingsmodell, se Knut Bergos anmeldelse av *Critical Legal Positivism* i Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s. 247-262. (Se særlig s. 253 flg.)

<sup>41</sup> Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 174.

<sup>42</sup> Tuori, *Critical Legal Positivism* s. 178-179.

har det på overflatenivået, jf. pkt. 6.1. Prinsippets relevans som rettskilde medfører ikke at det normmateriale som kan utledes fra denne kilden behøver å bli avgjørende for overflaterettens innhold. Andre rettskilder kan trekke i motsatt retning, og få avgjørende vekt. I pkt. 2.2 ovenfor er det kort omtalt at det i litteraturen er omstridt om det gjelder et generelt, ulovfestet proporsjonalitetsprinsipp i norsk forvaltningsrett. Forklaringen på at proporsjonalitetsprinsippet kan ha et potensial til å gjelde på alle rettsområder hvor myndigheter foretar inngrep overfor borgerne, men likevel ikke *nødvendigvis* gjelder over alt, kan trolig finnes her: Fordi prinsippet som rettskildefaktor er en retningslinje, kan andre rettskildefaktorer trekke i motsatt retning, og eventuelt bli avgjørende for at proporsjonalitetsprinsippet ikke gjelder på et bestemt rettsområde. Hensynet til effektivt vern av samfunnets fellesinteresser – som i rettskildemessig sammenheng må anses som et reelt hensyn – kan f. eks. bli avgjørende for at proporsjonalitet ikke kan kreves når en viss type forvaltningsvedtak fattes.

Også for legalitetsprinsippet vil det måtte gjelde at prinsippet som *rettskilde* har retningslinjefunksjon. Dette synes å måtte være begrunnelsen for at unntak fra legalitetsprinsippets krav om lovhjemmel kan anerkjennes på rettens overflatenivå, jf. pkt. 6.1. En annen rettskilde, sedvanerett, tilsier at lovhjemmel ikke er nødvendig i enkelte tilfeller, og i og med at legalitetsprinsippet som rettskilde er en retningslinje, kan prinsippet vike for sedvaneretten. Hadde prinsippet vært en rettskildefaktor som alltid skulle få avgjørende betydning, måtte sedvanerettsbaserte plikter og inngrep blitt ansett som rettsstridige.

## 8 Forholdet mellom rettsprinsipper og reelle hensyn

Foran i pkt. 1 ble det fremholdt at rettsprinsippenes innhold er av verdimessig karakter, og at prinsippene bidrar til å legitimere retten. Dette utgangspunktet ble videreført i pkt. 4, hvor det er omtalt at Alexy ser på prinsippene som *optimization commands*, som det må legges vekt på for at prosessen frem mot fastlegging av rettens normer skal være legitim. Formålet med bruken av prinsipper er altså å sikre at retten får et best mulig innhold. Dette formålet ligner mye på det som i norsk rettskildelære er vanlig å angi som formålet med bruk av rettskildefaktoren reelle hensyn, nemlig å foreta «vurderinger av resultatets godhet».<sup>43</sup> På denne bakgrunn kan det være behov for å se litt på nærmere på relasjonen mellom rettsprinsipper og reelle hensyn.

### 8.1 Rettsprinsipper kan sees på som grupperinger av reelle hensyn

Et første forhold som kan påpekes, er at en vurdering som foretas med utgangspunkt i et prinsipp, også vil kunne sees under synsvinkelen vurdering av reelle hensyn. Dette henger sammen med at de verdier i retten som samlet uttrykkes gjennom et bestemt prinsipp, kan uttrykkes separat gjennom enkeltstående reelle hensyn. Rettsprinsippene kan altså sees på som grupperinger av reelle hensyn.<sup>44</sup> Et stykke på vei kan argumentasjon basert på reelle hensyn derfor være et alternativ til prinsippbasert argumentasjon. En person ønsker f. eks. dokumentinnsyn i en forvaltnings sak, men det er tvil om han skal anses som «part» i saken, jf. legaldefinisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e, og dermed tvil om han omfattes av bestemmelsen om innsynrett i forvaltningsloven § 18. Et argument i retning av partsstatus kan være at vedkommende er i en slik posisjon at han trenger innsyn for å ivareta

<sup>43</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 371.

<sup>44</sup> Eller som Kåre Lilleholt uttrykker det i en artikkel: Notoritets- og publisitetshensynene i tingsretten er «ferdigbunta reelle omsyn». Se Kåre Lilleholt, *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, Jussens Venner 2000 s. 49 flg., på s. 53.

sine interesser. Man kan da si at kontradiksjonsprinsippet tilsier at personen anses som part. Men man kan også argumentere uten å trekke inn noe prinsipp, og f. eks. si at det reelle hensyn som behovet for innsyn utgjør, tilsier at saken «direkte gjelder» vedkommende. Er det spørsmål om en myndighetshandling overfor en person krever lovhjemmel, kan det argumenteres med at legalitetsprinsippet tilsier et slikt krav, eller det kan argumenteres med at hensynet til forutberegnelighet tilsier at lovhjemmel kreves.<sup>45</sup> I saken i Rt. 1998 s. 219, omtalt ovenfor i pkt. 5, drøftet tredjevoterende spørsmålet om det gjaldt et biologisk prinsipp med betydning for gjenåpning av farskapssaker. Av innledningen til drøftelsen, går det frem at han så dette som et spørsmål om hvilke reelle hensyn som gjorde seg gjeldende ved vurderingen av om saken skulle gjenåpnes. (Rt. 1998 s. 219, på s. 235-236.)

Men selv om prinsipper kan sees som grupperinger av reelle hensyn, betyr ikke det at prinsipper kan erstatte reelle hensyn. Ikke alle relevante reelle hensyn vil la seg innpasse i noe prinsipp. Foran i pkt. 4 er nevnt et eksempel hvor kontradiksjonsprinsippet står mot behovet for at et rettsmøte holdes hemmelig for siktede på grunn av hensynet til etterforskningen. Det reelle hensyn at etterforskningen kan bli skadelidende hvis siktede får varsel om rettsmøtet, er ikke i seg selv noe prinsipp, og utgjør heller ikke en del av noe som naturlig kan kalles et prinsipp.

Heller ikke det omvendte – at reelle hensyn kan erstatte rettsprinsipper – vil være tilfellet: Selv om innholdet i rettsprinsipper kan uttrykkes gjennom enkeltstående reelle hensyn, betyr ikke det at rettsprinsipp og reelle hensyn er to forskjellige navn på det samme rettskildematerialet. Hvis det var slik, ville substansielle rettsprinsipper være en fiksjon, idet substansen nettopp skal bestå i at retten tilføres et innhold den ellers ikke ville hatt, jf. foran i pkt. 1.1. Det er særlig to forhold som medfører at rettsprinsipper blir noe annet og mer enn reelle hensyn. For det første vil det være slik at når et prinsipp først anvendes, vil det ikke være mulig å unnlate å legge vekt på hensyn som utgjør en del av prinsippet, til fordel for andre reelle hensyn (se pkt. 8.2). For det andre vil det at hensynene er uttrykt gjennom et prinsipp, medføre at de hensyn prinsippet rommer, får en særlig vekt ved fastleggelsen av en rettsregels innhold, noe som medfører at øvrige reelle hensyn i hvert fall som et utgangspunkt vil måtte stå tilbake for de hensyn som inngår i det aktuelle prinsippet (se pkt. 8.3).

## **8.2 Rettsprinsippene avgjør på bindende måte hvilke hensyn som må tas i betraktning**

En vesentlig side ved prinsippene synes å være at de på bindende måte<sup>46</sup> angir *hvilke* hensyn som skal tas i betraktning, mens rettsanvenderen ved bruk av reelle hensyn står fritt til å bygge på de hensyn han mener det er grunn til å ta i betraktning, innenfor de rammer som settes av metanormene om hva som er korrekt rettslig argumentasjon. Hvis det skal avgjøres om rettsreglene tillater et forvaltningsinngrep overfor en borger, kan rettsanvenderen ut fra reelle hensyn komme til at de ikke gjør det, fordi resultatet like gjerne kunne vært oppnådd på en annen måte, dvs. at inngrepet ikke er nødvendig. Han kan imidlertid også komme til at inngrepet er tillatt, f. eks. fordi han mener den alternative fremgangsmåten er mer ubekvem for forvaltningsorganet, og at dette hensynet må bli avgjørende. Oppstiller man derimot et

<sup>45</sup> Det kan her skytes inn at disse eksemplene til fulle viser det tildekkingspotensial bruken av prinsipper har, jf. pkt. 2.1. En forutsetning for at prinsippargumentasjonen skal være i samsvar med de krav som må stilles til etterprøvnbarhet i rettslig argumentasjon, må være at det kommer frem hvilke elementer i det prinsippet som brukes, som taler for det aktuelle resultatet.

<sup>46</sup> Når det her sies at prinsippene «på bindende måte» angir hvilke hensyn som skal tas i betraktning, må dette ikke forveksles med spørsmålet om rettsanvenderen har plikt til å legge vekt på prinsipper, jf. pkt. 5. Den bindingen det er snakk om her i pkt. 8.2, forutsetter at det enten dreier seg om et prinsipp det kan fastslås at rettsanvenderen har plikt til å legge vekt på, eller – om det antas at slik plikt ikke foreligger – at prinsippet rent faktisk blir anvendt.



behovsprinsipp som kriterium for inngrepets lovlighet, får rettsanvenderen plikt til å vurdere om inngrepet er nødvendig. Det vil det ikke være dersom det finnes alternativer til inngrepet, som forvaltningsorganet kan benytte seg av uten annen oppofrelse enn at det er ubekvem.

I dette eksempelet fremkommer den positive siden ved bruk av rettsprinsipper: Rettens kvalitative innhold bedres, fordi behovsprinsippet gjør det obligatorisk<sup>47</sup> å kreve at forvaltningsinngrepet må være nødvendig. Men som nevnt i pkt. 5, har prinsipporientering også en virkning som kan oppfattes som negativ, og som i utgangspunktet kan sies å medføre at prinsipper blir en motsetning til reelle hensyn: Det vil kunne oppstå situasjoner hvor innholdet i et relevant prinsipp fører til at retten blir i strid med det som i en konkret sak oppleves som det rimeligste resultat. Et eksempel på en slik konflikt gir Rt. 2004 s. 1816, hvor det ble lagt til grunn et prinsipp om at valg av selskapsform gir bindende rettsvirkninger også utenfor selskapsretten (uten at det ble direkte sagt i dommen at det var snakk om noe «prinsipp»). Denne dommen gir en god illustrasjon av følgene av prinsipiell argumentasjon, i motsetning til pragmatisk og konsekvensorientert argumentasjon. En skiltmaker hadde blitt skadet i en trafikkulykke, og det ble tvist om hvordan erstatningen for tap i fremtidig inntekt skulle beregnes. Skiltmakeren hadde drevet sin virksomhet gjennom et aksjeselskap, og spørsmålet var om inntektstapet bare skulle beregnes ut fra hva han i fremtiden ville ha tatt ut i lønn fra selskapet, eller om også tap av fremtidig aksjeutbytte skulle regnes som tap av inntekt. Flertallet i Høyesterett (dissens 3-2) mente at når skiltmakeren hadde valgt å drive gjennom aksjeselskap, måtte han ta de konsekvenser denne selskapsformen førte med seg. Det som fulgte av ordlyden i skadeserstatningsloven § 3-1 første ledd, var at skadelidte hadde krav på å få dekket tap som følge av bortfall av inntekt – det være seg lønnsinntekt eller næringsinntekt – han ville hatt uten skaden. Bortfallet av aksjeutbytte ville imidlertid skyldes at *selskapet* ble påført tap. Den skadelidte kunne bare kreve erstatning for tap som rammet ham selv, ikke for tap som rammet andre rettssubjekter. Mindretallet mente skillet mellom tap på skiltmakerens hånd og tap på selskapets hånd var en «formell betraktning», som ikke uten videre kunne gjøres gjeldende i erstatningsrettslig sammenheng. Erstatningsrettens gjenoppbyggelseshensyn tilsa at hele den økonomiske konsekvens av ervervsuførheten måtte erstattes.

Det må her tilføyes at det ikke er sikkert at alle rettsteoretikere eller rettsanvendere har samme syn på hva som er et «godt» resultat. Et synspunkt som går ut på at den prinsipporienterte er villig til å sette det mer pragmatiske hensynet til et «godt» resultat til side, vil vel helst inntas av dem som ser konkret rimelighet som det største gode. Men hensynet til forutberegnelighet må også anses som et gode i retten, og det hensynet fremmes trolig bedre gjennom prinsipper enn gjennom pragmatisme. Flertallet i Rt. 2004 s. 1816 mente vel nettopp at man fikk et godt resultat ved å praktisere et prinsipp om at den som velger en bestemt selskapsform for sin næringsvirksomhet, må ta de rettslige konsekvenser dette valget medfører. Det er for øvrig ikke slik at skillet mellom systembasert konsekvensorientering og pragmatisme trenger å være sammenfallende med skillet mellom prinsippbaserte vurderinger og bruk av reelle hensyn. Det er fullt mulig å se hensynet til konsekvens i rettsystemet som et reelt hensyn som må tas i betraktning for å få et «godt» resultat.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Kravet om nødvendighet blir obligatorisk gjennom behovsprinsippet fordi dette er et prinsipp som ikke anvendes gjennom avveining mot andre prinsipper, men ved subsumsjon, som en regel. Når man er på et område hvor behovsprinsippet gjelder, setter dette prinsippet med andre ord alltid skranker for rettsanvendelsesskjønnet, jf. foran i pkt. 6.1. Om anvendelse av behovsprinsippet som en regel, se Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 66-67, note 84.

<sup>48</sup> Se i denne retning Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton 2005 s. 162-163, som uttaler seg om viktigheten av å tolke uttrykk i lover i samsvar med den betydning uttrykkene vanligvis har i vedkommende rettssystem.

### 8.3 Prinsippdannelsens betydning for hensynenes vekt

Prinsippdannelsen synes nokså klart å måtte ha betydning ikke bare for hvilke hensyn som må tas i betraktning når et prinsipp anvendes, men også for den vekt hensynene må få når de er del av rettsprinsipp.<sup>49</sup> Når rettslig relevante (reelle) hensyn gjøres til prinsipper, må en viktig del av begrunnelsen nettopp være at disse hensynene fortjener en særlig vekt. Større vekt enn (andre) reelle hensyn, må kunne sies å være et kjennetegn ved rettsprinsipper. Prinsippene skal, som nevnt i pkt. 1.1, sikre at de grunnleggende forutsetninger retten er bygget på, blir ivaretatt. Det er da både naturlig og nødvendig at prinsippene tillegges betydelig vekt, og det er også naturlig at vekten er større enn for reelle hensyn i sin alminnelighet. Kan det f. eks. påvises et biologisk prinsipp i farskapssaker, jf. pkt. 5, vil selve eksistensen av prinsippet tilsi at det veier tyngre enn om hensynet til å få et materielt riktig resultat i farskapssaken bare var ett blant mange likeverdige hensyn. Fordi prinsippet forutsettes å uttrykke en grunnverdi i retten, må det en tungtveiende begrunnelse til for å sette denne verdien til side.<sup>50</sup> Som vi har sett i pkt. 6.2, kan prinsipper i noen tilfeller veie tyngre enn til og med en lovbestemmelse.

### 9 Noe om hvordan substansielle rettsprinsipper kan bli anerkjent som del av retten

Substansielle rettsprinsipper vil typisk bli anerkjent som en relevant del av norsk rett på én av to måter: Enten som en sedvanerettsdannelse, eller ved at prinsippets eksistens og relevans slås fast i høyesterettspraksis. Eksempel på et sedvanerettsbasert prinsipp gir proporsjonalitetsprinsippet på politirettens område, før lovfestingen i politiloven av 4. august 1995 nr. 53 § 6 annet ledd. Det ble av politiet lagt til grunn at proporsjonalitetsbegrensningen gjaldt, og var et bindende prinsipp ved inngrep i ordenstjenesten.

På grunn av Høyesteretts posisjon som den domstol som dømmer i siste instans, jf. Grunnloven § 88, og høyesterettsdommers betydning som rettskildefaktor, vil det i norsk rett som oftest være gjennom Høyesteretts praksis at rettsprinsipper blir anerkjent som del av retten. Måten Høyesterett går frem på for å konstatere prinsippets eksistens og relevans, kan variere, men to fremgangsmåter som synes å være vanlige, skal trekkes frem her.

Én typisk fremgangsmåte Høyesterett benytter når rettsprinsippers eksistens og relevans begrunnes, er følgende: Det tas utgangspunkt i lovtekster, forarbeider eller rettsavgjørelser som ikke direkte har relevans for det spørsmål som nå er oppe til avgjørelse, men ut fra dette materialet foretas det generaliseringer. Domstolen trekker f. eks. den slutning at når regel Y gjelder på rettsområde A, B og C, må dette tas som et uttrykk for at lovgiver ser på Y som noe som bør gjelde generelt, og derfor også gjelder på rettsområde D. Dette var mindretallets fremgangsmåte for å begrunne eksistensen av et biologisk prinsipp i farskapssaker i Rt. 1998 s. 219. (Se ovenfor i pkt. 5.) Tredjevoterende, som talsmann for mindretallet, bygget prinsippet på lovtekster og forarbeider, hvor lovgivers preferanse for at biologisk farskap skulle være avgjørende, gjennom årene hadde kommet til uttrykk.<sup>51</sup> Et annet eksempel gir Rt. 1996 s. 1463. Saken gjaldt tre kommandittister som etter selskapsregistreringen gjorde gjeldende at de ikke var bundet av innskuddsavtalen, fordi de hadde blitt villedet. Førstvoterende viste til «de hensyn som ligger bak regelen i aksjeloven» av 4. juni 1976 nr. 59

<sup>49</sup> Slik også Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 261, som bl.a. sier: «Men eg oppfattar det slik at denne normen [rettsprinsippet] i seg sjølv er noko meir enn dei reelle omsyna den angir, ved at den gjennomgåande får større vekt enn dei reelle omsyna i seg sjølv tilsier.»

<sup>50</sup> Eller som Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* sier på s. 261: Det må «kosta noko» å fravike rettsprinsippet.

<sup>51</sup> Denne måten å begrunne rettsprinsippers eksistens på, kan omtales som at prinsippet utledes ved hjelp av «institusjonell støtte», jf. Dworkin, *Taking Rights Seriously* s. 40.

§ 2-5 siste ledd<sup>52</sup>, om avskjæring av adgangen til å fremme ugyldighetsinnsigelse etter selskapsregistreringen: Fordi selskapets egenkapital besto av summen av innskutt kapital, måtte hensynet til selskapskreditorene gå foran hensynet til innskyterne. Det ble så konstatert at det samme hensynet gjorde seg gjeldende i kommandittselskap av den type det var snakk om. Videre ble det fremholdt at avskjæringsregelen også var kommet til uttrykk i annen lovgivning og i voldgiftspraksis, og at juridisk teori antok at det gjaldt en generell regel om at registrering av kommandittselskap avskar «svake» ugyldighetsinnsigelser. (Rt. 1996 s. 1463, på s. 1470-1471.)

Det er neppe riktig å kalle den rettssetningen som ble oppstilt i Rt. 1996 s. 1463 for et *prinsipp*. Derimot er den *utslag* av et prinsipp, nemlig prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold: Når kommandittselskapets medkontrahenter har inngått avtaler med selskapet i tillit til at selskapet hadde den egenkapital som ble angitt ved registreringen, ville det stride mot lojalitetsplikten om denne kapitalen ikke ble innbetalt. Rettssetningen er en konkretisering av dette prinsippet, og konkretiseringen består i dannelsen av en absolutt regel, med utgangspunkt i rettskildevarianten av lojalitetsprinsippet, jf. foran i pkt. 7. Skulle det bli aktuelt å gjøre innhugg i normen om at «svake» ugyldighetsinnsigelser ikke kan gjøres gjeldende av kommandittistene etter registreringen av et kommandittselskap, vil man måtte se det slik at man står overfor en hovedregel som det gjøres unntak fra, til forskjell fra et prinsipp som i det konkrete tilfellet ikke blir avgjørende. Et kjennetegn ved prinsipper vil være at de ikke mister sin gyldighet, eller får sitt gyldighetsområde begrenset, selv om de i et konkret tilfelle ikke får gjennomslag.<sup>53</sup> Selve prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold står like fast, selv om det skulle bli gjort unntak fra en regel som er dannet med basis i prinsippet.

Det kan i slike tilfeller oppstå en flytende overgang mellom analogisk anvendelse av regel Y og (den gradvise) dannelsen av et rettsprinsipp. I Rt. 1996 s. 1463 kunne Høyesterett nøyde seg med å slå fast at selskapsdeltakernes ansvarsforhold i kommandittselskaper av den aktuelle typen var så likt ansvarsforholdet for aksjonærer, at aksjeloven § 2-5 siste ledd måtte anvendes analogisk. Imidlertid mente domstolen altså at det var grunnlag for å konstatere at det gjaldt en generell rettssetning om avskjæring av «svake» ugyldighetsinnsigelser etter registreringen av et kommandittselskap.

Det kan forekomme at det ikke er Høyesterett selv som trekker den konklusjon av rettskildematerialet at et prinsipp eller en «alminnelig rettsgrunnsetning» eksisterer, men at dette i stedet skjer i den juridiske teori. Høyesteretts bidrag kan så bestå i at domstolen sier seg enig i teoriens antakelse om at prinsippet eksisterer. Et eksempel på dette gir Rt. 1933 s. 1265, hvor Høyesterett, under henvisning til en avhandling skrevet mange år tidligere av Bernhard Getz, la til grunn at det eksisterte en regel om subjektiv omstøtelse i konkurs, i tillegg til de objektive omstøtelsesreglene. I avhandlingen var eksistensen av en subjektiv omstøtelsesregel begrunnet med en passus i Norske Lov av 1687, med den alminnelige skyldregelen og med regler om straff for gjeldsforbrytelser.<sup>54</sup> Et stykke på vei gir Rt. 1996 s. 1463 et eksempel på det samme, ved at en del av Høyesteretts begrunnelse for å oppstille den generelle avskjæringsregelen, var at teorien hadde antatt at en slik regel eksisterte.

Den andre fremgangsmåten som skal nevnes, er at Høyesterett, i stedet for å argumentere ut fra andre regler og rettskildedefaktorer, som anses å være *utslag* av et prinsipp, går direkte til de bakenforliggende verdier, og utleder prinsippet av disse. I Rt. 1984 s. 28 (på s. 34) la Høyesterett til grunn at det gjaldt et ulovfestet krav til lojalitet i kontraktsforhold. Førstvoterendes begrunnelse for at kausjonisten skulle være ansvarsfri – at banken ikke hadde

<sup>52</sup> Se nå aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 § 2-10 annet ledd.

<sup>53</sup> Se Alexy, *On the Structure of Legal Principles* s. 295-296, om forskjellen mellom regler og prinsipper, for så vidt gjelder at prinsipper, i motsetning til regler, ikke mister sin gyldighet eller får sitt anvendelsesområde begrenset ved å bli satt til side.

<sup>54</sup> Se også omtalen av dommen hos Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 270.

gjort noe for å finne ut om kausjonisten hadde fått opplysninger banken burde forstått måtte være av betydning for ham – fremstår i utgangspunktet som et reelt hensyn. Førstvoterende formulerer seg imidlertid slik at det fremgår at dette hensynet oppfattes å være utslag av et mer omfattende prinsipp om plikt til å vise lojalitet i kontraktsforhold. Det sies ikke noe om hva dette prinsippet bygges på, men det må nødvendigvis ha vært den verdien at en avtalepart ikke skal dra fordel av den andre partens manglende kjennskap til relevant faktum.<sup>55</sup>

Når det her i pkt. 9 snakkes om at rettsprinsipper «anerkjennes som del av retten», og at de «dannes», «utledes» og «eksisterer», er det en språkbruk som innbyr til å stille spørsmålet om hva som er rettsprinsippenes ontologiske karakter, dvs. hva slags eksistensform rettsprinsipper har. Når prinsippet har blitt del av retten i kraft av sedvane, som f. eks. proporsjonalitetsprinsippet i politiretten, før lovfestingen i politiloven § 6 annet ledd i 1995, «eksisterer» prinsippet på samme måte som annen sedvanerett eksisterer, nemlig som en uskreven norm som følges i praksis, og som aktørene anser seg bundet av osv. Det kan spørres hva som var grunnlaget for å anvende prinsippet den første gangen det ble anvendt på et politiingrep, men dette problemet er felles for all sedvanerett. I praksis lar det seg ikke påvise noe grunnlag for den første anvendelsen, eller noe tidspunkt for sedvanens etablering. Man må bare konstatere at sedvanen i alle fall er etablert nå. Når det gjelder prinsipper som introduseres i retten ved at de legges til grunn i høyesterettspraksis, er det mulig å se disse som et resultat av hva man kan kalle rettsskapende virksomhet i Høyesterett, dvs. at Høyesterett så å si setter seg i lovgiverens sted. Denne betraktningmåten er mulig både når Høyesterett tar prinsippet i bruk med bakgrunn i institusjonell støtte<sup>56</sup> og når det utledes fra rettens grunnverdier. Prinsippene har i så fall en eksistens i form av «domstolsskapt rett». Et problem ved dette er imidlertid at Høyesterett selv gjerne uttrykker seg som om prinsippet er noe som eksisterer allerede forut for den første anvendelsen av det i en avgjørelse. Det sies f. eks. at en avgitt kausjonserklæring «rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold» (Rt. 1984 s. 28, på s. 34.) Når resultatet i en rettsavgjørelse følger av at den rettslige disposisjon saken gjelder blir «rammet» av en regel (eller et prinsipp), må det bety at regelen (prinsippet) ligger forut for avgjørelsen i tid. Innebærer dette at de ulovfestede normene eksisterte også forut for og uavhengig av den konkrete avgjørelsen, og hva slags eksistensform hadde de i så fall?<sup>57</sup> Eller er det bare snakk om talemåter uten realitet når domstolen ordlegger seg som om resultatet følger av allerede eksisterende normer? Andre og mer nyanserte forklaringer kan også tenkes.<sup>58</sup> Disse grunnleggende spørsmålene er det ikke rom for å gå nærmere inn på her.

<sup>55</sup> Se også omtalen av dommen hos Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 279.

<sup>56</sup> Se i og ved note 51.

<sup>57</sup> Nygaard ser ut til å mene at rettsprinsippene har en selvstendig eksistens, uavhengig av deres konstatering i rettspraksis, jf. hans omtale av saken i Rt. 1952 s. 1217 (personverndommen) i *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 263-264, hvor det heter: «Merk at denne grensa [dvs, grensen for det tillatte på det aktuelle området] eksisterte på førehand, jfr. uttrykket ... «at det i norsk rett finnes et alminnelig rettsvern for personligheten», og «eksistensen av dette alminnelige rettsvern»». (Forfatterens utheving.) Se også Bergos kommentarer til Nygaards syn i *Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 313-314.

<sup>58</sup> Se f. eks. Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 315-317.