

Engh, J. (2025). Den juridiske metode og loven som rettskilde. I R. Helde, A. Parmann & E. Suzen (Red.), *Undervisning i rettsvitenskap for de som ikke skal bli jurister* (s. 43–61). Fagbokforlaget. DOI: <https://doi.org/10.55669/oa540202>

Kapittel 2

Den juridiske metode og loven som rettskilde

Jone Engh¹

¹ Department of Business, Marketing and Law, USN School of Business

Sammendrag: Artikkelen tar utgangspunkt i at opplæring i jus egentlig går ut på å lære den juridiske metode. I artikkelen presenteres hovedpunktene i den juridiske metode, og det gis en presentasjon av de såkalte rettskildeprinsippene, det vil si reglene som styrer bruk av den juridiske metode. Forholdet mellom loven og ulovfestet rett forklares, og det gis en nærmere behandling av lovtolkning og hvordan andre rettskilder trekkes inn i lovtolkningen.

Nøkkelord: juridisk metode, rettskildeprinsipper, lovtolkning, legalitetsprinsippet, grunnlovsstrid

Abstract: Learning law actually is about learning the method of solving legal problems. The article contains a presentation of the main points of the method of solving legal problems and the rules regulating the method of solving legal problems. The relationship between legislation and unwritten law is explained and interpretation of law and how other sources is taken into account when interpreting the law is studied.

Keywords: legal method, sources of law principles, statutory interpretation, principle of legality, unconstitutionality

Innledning

Det kan hevdes at all opplæring i jus egentlig og grunnleggende sett handler om å lære den juridiske metode. Den juridiske metode er fremgangsmåten for å løse juridiske problemer. Den juridiske metode må mestres fordi det er den juridiske metode som setter studentene i stand til, etter endt studium, selvstendig å løse eller i alle fall identifisere rettslige spørsmål. Krav til å mestre juridisk metode følger ofte av læringskravene for de ulike kursene i juridiske fag. Det er den juridiske metode med fokus på loven som rettskilde og lovens forhold til andre rettskilder som er temaet for denne artikkelen. Målgruppene for denne artikkelen er særlig dem som underviser i jus og alle som studerer juridiske fag, både jusstudenter og studenter som tar juridiske fag som en del av andre studier.

Om juridisk metode og rettskildelære

Vitenskap går ut på å avdekke hvordan virkeligheten faktisk er. For å oppnå dette må vitenskap bygge på bruk av en vitenskapelig metode som er tilstrekkelig anerkjent, akseptert, forsvarlig og god nok for å finne ut hvordan virkeligheten er. Kravene til og innholdet i den vitenskapelige metode varierer fra fag til fag og i forhold til hva som skal undersøkes. Bruk av loven som rettskilde inngår i den juridiske metode. Det er domstolene som i siste instans avgjør hva som er gjeldende rett, og rettspraksis er en viktig rettskilde. I rettsanvendelsen er det dermed grunn til å bruke den juridiske metode som brukes av domstolene. Dette øker muligheten for at konklusjonen står seg ved en domstolsbehandling. Dette betyr at domstolenes juridiske metode påvirker metoden som brukes av rettsvitenskapelige rettsanvendere, men også alle andre rettsanvendere.

Rettsvitenskapen kan imidlertid påvirke den juridiske metode som benyttes av domstolene. Dette skjer ved at rettsvitenskapen har en viktig posisjon ved utdanning av jurister, det vil også si dommere. I tillegg kommer at rettsvitenskapen systematiserer og bidrar til å avklare hvordan domstolene faktisk benytter den juridiske metode. Den viser også hvordan domstolenes metode

bør være for å sikre riktig eller god rettsanvendelse. Dette bidrar med andre ord til at domstolene tilfredsstillere rettsvitenskapelige krav til den juridiske metode.¹

Den juridiske metode er som nevnt i innledningen fremgangsmåten for å løse juridiske problemer. Fremgangsmåten kan deles opp i følgende hovedpunkter:

- Avklare hva som har skjedd, det vil si avklare faktum. Ordet faktum kommer fra latin. En treffende oversettelse er «dette har skjedd».
- Identifisere rettslige problemstillinger.
- Identifisere relevante rettskilder.
- Drøftelse og subsumsjon. Ordet subsumsjon betyr at en anvender rettskildene på det konkrete saksforholdet, det vil si faktum. Tolkning av avtalelovens begrep «urimelig» i avtaleloven § 36 for å avgjøre om en avtale er ugyldig, er et eksempel på dette. Tilsvarende gjelder vurdering av hva som framgår av andre rettskilder, for eksempel rettspraksis, vurdert opp mot hva som har skjedd.
- Konklusjon.

Læren om den juridiske metode kalles ofte for «rettskildelære». Grunnen er at riktig bruk av rettskildene inngår som en svært viktig del av fremgangsmåten for å løse et rettslig problem, for eksempel om en handling er straffbar eller ei. For å mestre den juridiske metode må en kjenne rettskildene, som ofte omtales som rettskildefaktorer.² Nedenfor behandles forholdet mellom loven og de andre rettskildefaktorene som i den juridiske litteraturen er anerkjent som dette.³

1 Se Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021 s. 33 og Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 6f.

2 Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 88, Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E Helgesen, særlig s. 22f. og Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle, «Juridisk metode i et nøtteskall», Bergen 2023, s. 43f.

3 Se Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E Helgesen, særlig s. 23 og Erik Boe, «Innføring i juss», Oslo 2010, 3. utgave, s. 275f., Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 127f. og Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle, «Juridisk metode i et nøtteskall», Bergen 2023, s. 53f.

Det er neppe treffende å si at det generelt er en fast eller klar rangorden mellom rettskildefaktorene.⁴ Imidlertid har Grunnloven høyere rang enn vanlig lov, og loven må tillegges vekt i lys av at lovgiver gjennom loven har ment å bestemme hva som er gjeldende rett. Rettspraksis må vektlegges i lys av at det er domstolene som endelig avgjør hva som er gjeldende rett, herunder hvordan loven skal forstås. Ved lovtolkning går en inn i andre rettskildefaktorer for å avklare lovforståelsen, særlig når loven er vag eller uklar. Alle rettskildefaktorene er dermed aktuelle ved lovtolkning.

Regler for hvordan den juridiske metode skal brukes

I hvilken grad styres den juridiske metode av regler? Hvor fritt står en rettsanvender i bruken av den juridiske metode, rettskildene, herunder bruk av aktuelle lovregler?

Det finnes regler eller normer for bruk av rettskildene, og i litteraturen kalles slike regler for rettskildeprinsipper eller rettskilderegler.⁵ Regler om rettskildebruken er vage, og det er i juridisk litteratur derfor en diskusjon om hvorvidt dette kan anses som rettsregler, det vil si bindende regler. I juridisk

4 Se nedenfor om lex superior-prinsippet og Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 47f. Se særlig s. 50f. om trinnhøyden særlig til skrevne regler.

5 Se Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021, s. 27f. Se særlig s. 34f. Også en betydelig del av de øvrige delene av denne boka handler om spørsmålet om hvorvidt det er regler, normer eller bindinger knyttet til bruk av den juridiske metode, herunder bruken av rettskilder. Også i Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 85f. behandles spørsmål om rettskilderegler og rettskildeprinsipper. Se også Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle, «Juridisk metode i et nøtteskall», Bergen 2023, s. 119f. og Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E Helgesen, særlig s. 19f. og Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 6f.

litteratur har rettskildепrinsippene også blitt omtalt som retningslinjer,⁶ men det er også fremhevet at dette er bindende regler som må følges.⁷

I Norge er rettskildепrinsippene ulovfestede regler ettersom vi i Norge ikke har generelle lovregler om bruken av rettskilder. Enkelte andre land har lovfestede rettskildепrinsipper. Lovfesting trenger ikke å ha stor praktisk betydning.

Rettskildепrinsippene styrer eller gir normer knyttet til følgende tre hovedpunkter: nemlig hvilke rettskilder som er relevante (*relevansprinsippene*),⁸ hva en kan slutte av de enkelte rettskildene (*slutningsprinsippene*), for eksempel hvordan en går frem for å tolke loven, og hvordan en skal vektlegge det som rettsanvender kan utlede av de ulike rettskildene (*vektprinsippene*).⁹

De såkalte *kollisjonsnormene* gir føringer for hvordan en skal anvende og tolke ulike regler ved motstrid, for eksempel mellom ulike lovbestemmelser.¹⁰ Motstrid, eller egentlig motstrid, foreligger dersom en etter harmoniserende tolkning finner at det foreligger motstrid.¹¹ Også disse normene kan anses som rettskildепrinsipper. Nedenfor presenteres de tre kollisjonsnormene.

Ved motstrid mellom to lovregler medfører Lex superior-prinsippet at en skal legge avgjørende vekt på det som følger av rettskilden med høyest rang. Grunnloven har høyere rang enn vanlig lov og er dermed avgjørende.¹²

Lex specialis-prinsippet går ut på at dersom det er motstrid mellom to lovregler, så går spesiell lov foran en generell lov. En vanlig tolkning vil ofte gi samme løsning. Dermed trenger en ofte ikke ty til dette prinsippet for å finne

6 Se Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021, s. 34.

7 Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 6f., Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 85f., se særlig s. 86 der Boe hevder at rettskildепrinsipper er rettsregler, og Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021, s. 34f., se særlig s. 35.

8 Se Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021, s. 321f.

9 Se Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 86f.

10 Se Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 90 og s. 166f., se særlig s. 170f.

11 Om harmoniserende tolkning vises til Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 160, Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 166f. Harmoniserende tolkning forklares også nedenfor under behandlingen av kollisjonsnormene.

12 En mer utførlig behandling av lex superior-prinsippet vises til Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 166f., se særlig s. 168 og s. 170f. Se også s. 47f., særlig s. 50f. om særlig skrevne regler trinnhøyde.

en riktig tolkning der det tilsynelatende foreligger motstrid. I slike tilfeller kan det hevdes at det ikke foreligger egentlig motstrid eller kollisjon.

Lex posterior-prinsippet går ut på at ny lov går foran eldre lov. Også her vil en ofte ved vanlig tolkning komme frem til samme løsning som følger av lex posterior-prinsippet, jf. foregående avsnitt.

En grunnleggende verdi og en grunnleggende rettssetning er at loven er lik for alle, og at like tilfeller skal behandles likt. Det er også en grunnleggende verdi og rettssetning at det ikke kan tas utenforliggende hensyn. Også dette kan ses som rettskildeprinsipper. Det som ovenfor er påpekt om rangorden mellom ulike rettskildefaktorer kan også hevdes å ha sitt grunnlag i rettskildeprinsipper.

Den juridiske metode og bruken av rettskildene må tilfredsstillende kravene som følger av rettskildeprinsippene, herunder bruk av rettskilder og krav til forsvarlig skjønn. En drøftelse av gjeldende rett og lovtolkning kan ha styrker og svakheter. Svakheter i vurderingene utgjør ikke nødvendigvis brudd på rettskildeprinsippene. Ofte foreligger faglig uenighet uten at dette skyldes feil eller svak metodebruk. Det er omfattende litteratur om juridisk metode og rettskildelære som også vurderer metode- og rettskildebruk til ulike typer rettsanvendere.¹³

Generelt om loven som rettskilde –forholdet til ulovfestet rett

Rettsregler kan deles i to hovedgrupper, nemlig ulovfestede og lovfestede regler. Strafferetten er et lovregulert område, mens erstatningsretten i liten

13 Se litteraturlista. Her nevnes særlig Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009 (se s. 6 om behovet for å se på rettskildepraksis til ulike rettsanvendere), Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021 (denne boka behandler den faglige debatten i de senere årene om ulike rettskildefaktorer), Pål A. Bertnes, Halvor Kongshavn og Kristian Dahle Trygstad, «Praktisk rettskildelære – juridisk informasjonssøking», Oslo/Bergen 2012 (sistnevnte bok er praktisk rettet og gir veiledning om praktisk bruk av rettskildene, hvordan finne frem i rettskildene, digitale verktøy og hvordan ulike kilder er bygget opp).

grad er lovregulert.¹⁴ Ulovfestede regler utledes for eksempel av rettspraksis eller av sedvanerett.

I henhold til konstitusjonen og Grunnloven § 49 er det Stortinget som gir lover. Dette gir demokratisk kontroll med hvordan gjeldende rett utformes. Loven er et viktig verktøy for å styre samfunnet. Nye lover vedtas for å endre det som tidligere fulgte av ulovfestede regler eller av tidligere lover.

Legalitetsprinsippet medfører at inngrep overfor private krever hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Etablering av krav og reguleringer må dermed gjøres ved lov. Beskatning, strafferegler og krav til bankers virksomhet er eksempler på dette.

Lovtolkning

En lovbestemmelse må tolkes for å avklare hva den betyr.¹⁵ Noen ganger er loven klar og lett å tolke, men den er ofte vag med uklar ordlyd. En lovbestemmelse med en presis frist er lett å tolke, mens begrepet «urimelig» i avtaleloven § 36 første ledd er et eksempel på et ord som er vagt, upresist og vanskelig å tolke.

Stortinget er lovgiver, og lovgivning er en viktig måte å styre landet på. Loven må tolkes og anvendes lojalt i forhold til hvordan loven er ment å bli tolket og anvendt. Hvis ikke, kan Stortingets mulighet til å styre samfunnet gjennom lovgivning svekkes.

I henhold til det som i juridisk litteratur omtales som subjektiv lovtolkning, er formålet å finne ut hva lovgiver har ment, slik at loven anvendes i tråd med lovgivers vilje og intensjon. Imidlertid kan det hevdes at det ikke er helt treffende å si at en kan komme frem til hva lovgiver har ment, ettersom loven ofte anvendes på tilfeller som ingen har tenkt på. I tillegg kommer at Stortinget

14 Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 41f. og Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 5 og s. 65f.

15 I Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 91f. gis en utfyllende behandling av hva det vil si å tolke en lov, herunder hvorfor lover må tolkes. Se også Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 13f. og Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle, «Juridisk metode i et nøtteskall», Bergen 2023, s. 139f. Om begrepet tolkning og hva tolkning er vises også til Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, s. 35f.

består av mange representanter som kan ha ulike oppfatninger om hvordan en upresis lovtekst er ment.

I henhold til en objektiv lovtolkning er målet å avklare «lovens mening» basert på dens lovtekst og alle andre relevante tolkningsmomenter, uten at en vurderer den subjektive oppfatningen til dem som har vedtatt loven. Fokuset er her hva lovens ordlyd i lys av andre relevante rettskilder i seg selv betyr.

Forskjellen på subjektiv og objektiv lovtolkning er i praksis neppe stor. I begge tilfeller vil tolkningen reflektere hvordan loven skal forstås i lys av lovens ordlyd, lovens bakgrunn og alle andre tolkningsmomenter, herunder hva som kan utledes av andre rettskildefaktorer. Det vil ofte både ses på tolkningsmomenter som kan sies å inngå i en subjektiv tolkning og i en objektiv tolkning.¹⁶

Det som kan utledes av andre rettskildefaktorer kan bidra til å tolke loven i tråd med slik det er ment, enten en tar utgangspunkt i en subjektiv eller objektiv lovtolkning.

En grunnleggende verdi og en grunnleggende rettssetning er, som nevnt, at loven er lik for alle, og at like tilfeller skal behandles likt. Det kan dermed hevdes at det er et mål å tolke loven likt og enhetlig.

Kravet til lik tolkning modifieres av at i en del tilfeller er lovens ordlyd valgt med tanke på at tolkningen skal kunne endres over tid for å reflektere utviklingen. Tolkningen av uttrykket «god forretningsskikk» i verdipapirhandelloven § 10-9 er et eksempel på dette. Det kan tenkes at dette uttrykket tolkes strengere, eller i alle fall annerledes, i dag enn for 20 år siden. Slik endring av tolkningen kan ofte skje gjennom endring av rettspraksis og forvaltningspraksis, jf. nedenfor om dette.

Legalitetsprinsippet går, som nevnt, ut på at inngrep overfor private krever hjemmel i lov. Ved tolkning av lover på legalitetsprinsippets område må lovens ordlyd tillegges særlig vekt for å unngå at legalitetsprinsippet utvannes.

16 Om subjektiv og objektiv lovtolkning vises til Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 14. Sondringen mellom subjektiv og objektiv tolkning er også aktuell ved avtaletolkning.

Lovtolkningen starter med at en tar utgangspunkt i lovens ordlyd.¹⁷ Først vurderes hva lovens ulike ord og uttrykk betyr ut fra en vanlig språklig forståelse.

I mange tilfeller er et ord eller uttrykk i loven ment å forstås annerledes enn det som følger av vanlig språkbruk. Det kan hevdes at det er den spesielle meningen som er avgjørende ved tolkningen.

I visse tilfeller regulerer loven selv hvordan et ord eller et uttrykk i lovteksten skal forstås. Noen ganger er dette gjort ved at loven inneholder såkalte legaldefinisjoner, det vil si egne bestemmelser om hvordan nærmere bestemte begreper og uttrykk skal forstås. Se for eksempel finansforetaksloven § 1-3 med definisjon av begrepet «finansforetak». Tolkningsavklaringer fjerner ikke all tolkningstvil, men kan bidra til reduksjon i antall tvilstilfeller. At loven selv regulerer tolkningen, og at loven er for presis, kan være en ulempe ved at fleksibilitet og utvikling av tolkningen over tid kan svekkes.¹⁸

Det er flere måter å tolke lovteksten på. Presiserende tolkning betyr at en nærmere avklarer hvordan et ord eller uttrykk skal forstås. Et eksempel på dette er avklaring av hva som ligger i uttrykket «forpliktende samarbeid» i finansforetaksloven § 6-5 første ledd e). Ved presiserende tolkning tolkes loven verken utvidende eller innskrenkende.¹⁹

Utvidende tolkning betyr at loven anvendes på tilfeller som etter en vanlig forståelse faller utenfor lovteksten. En slik tolkning kan være aktuell i tilfeller der utviklingen har vist at det er behov for å regulere det aktuelle tilfellet på samme måte som tilfeller som etter vanlig språkbruk faller inn under lovteksten.

Utvidende tolkning kalles i noen tilfeller for analogisk anvendelse av loven, men i henhold til en presis språkbruk er ikke utvidende lovtolkning og analogisk anvendelse av loven det samme. Uttrykket utvidende lovtolkning benyttes på et forhold som i utgangspunktet reguleres av den aktuelle loven, men som ikke dekkes av ordlyden i den konkrete lovbestemmelsen. Analo-

17 Se også Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 15f., Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 127f. og Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, s. 35f.

18 Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, s. 62f.

19 Se Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 22f. og Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 151f.

gisk lovanvendelse er betegnelse på at en bruker en lov på tilfeller som den aktuelle loven ikke er ment å regulere. Analogisk anvendelse av loven er ofte aktuelt når loven regulerer et livsområde som er beslektet med det livsområdet som saken gjelder, i tillegg til at det er grunner til å behandle det tilfellet som saken gjelder på samme måte som tilfeller som faller innenfor loven som gis analogisk anvendelse.²⁰

Innskrenkende tolkning av loven betyr at en ikke anvender loven på tilfeller som etter en vanlig språklig forståelse av lovens ordlyd faller innenfor lovens ordlyd. En slik lovtolkning kan være aktuell i tilfeller der loven gir en dårlig løsning, og utviklingen har vist at det er behov for en annen løsning.

Antitetisk tolkning benyttes når lovteksten ikke gir et eksplisitt svar, og en foretar det som i juridisk litteratur omtales som en motsetningsslutning. Hvis for eksempel loven inneholder en oppramsing av hva som gir en aktuell rettighet, kan en på grunnlag av en antitetisk tolkning hevde at tilfeller som faller utenfor oppramsingen ikke gir den aktuelle rettigheten.²¹

Legalitetsprinsippet gjør at inngrep overfor private krever hjemmel i lov og innebærer at en løsning må ha tilstrekkelig støtte i lovens ordlyd. Hvis ikke, kan kravet til lovhjemmel som nevnt utvannes. Dette gjør at en på legalitetsprinsippetets område må være tilbakeholden med utvidende og innskrenkende tolkning. Imidlertid viser rettspraksis at det også på legalitetsprinsippetets område kan være rom for utvidende eller innskrenkende lovtolkning.²²

Preseptorisk lov kan også omtales som tvingende eller ufravikelig lov. Det er ikke adgang til å avtale eller etablere løsninger som avviker fra slik lov. Deklaratorisk lov kan også omtales som fravikelig eller ikke-tvingende lov. Slik lov kan fravikes ved avtale. Rettspraksis gir støtte for at rettsanvender står friere ved tolkning av deklaratorisk lov enn ved preseptorisk lov.

Det gir ofte en god fremstilling av lovtolkning å vise hvilke tilfeller som klart faller utenfor lovens ordlyd, hva som klart faller innenfor, og så behandle tvilstilfeller.

20 Se Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 33f. og Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 161f.

21 Se Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 37f. og Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 157f.

22 Se Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021, s. 89f. I tillegg nevnes at spørsmål knyttet til dette er relativt omfattende drøftet i skatterettslitteraturen.

Det foreligger en omfattende juridisk litteratur om avtaletolkning. Det er flere grunnleggende likheter mellom lovtolkning og avtaletolkning. Ved tolkning av loven må rettsanvender oppfylle de krav som følger av de såkalte rettskildedeprinsippene, det vil si reglene og normene for bruken av rettskilder, herunder bruken av loven som rettskilde, jf. om rettskildedeprinsippene ovenfor.

Lovens forarbeider og etterarbeider

Lovens forarbeider er dokumentene som viser lovforberedelsene og ligger til grunn for Stortingets behandling av spørsmålet om en ny lov eller en endringslov skal vedtas og dens utforming. Utvalg som er opprettet for å utrede spørsmål om ny lovgivning nedfeller ofte utredningen i en såkalt NOU.²³ Dette og proposisjoner med forslag til ny lov eller lovendringer som sendes til Stortinget er eksempler på viktige forarbeider.²⁴

Forarbeidene gir ofte omfattende veiledning i hvordan de ulike bestemmelsene, herunder konkrete ord og uttrykk, er ment og hvordan disse skal forstås. Se for eksempel forarbeidene til avtaleloven § 36 med veiledning i tolkningen av det upresise begrepet «urimelig». Også dokumenter som omtales som etterarbeider kan gi veiledning i hvordan loven skal forstås.²⁵

At forarbeidene rent faktisk tillegges stor vekt og er en sentral kilde for å avklare hvordan loven skal tolkes, fremgår tydelig av rettspraksis, juridisk litteratur, begrunnelsen i vedtak fattet av forvaltningen og advokaters vurderinger. Det vil si privates rettsanvendelse. De nevnte rettskildene støtter at de såkalte rettskildedeprinsippene innebærer krav om å tillegge forarbeidene vekt i rettsanvendelsen.²⁶

23 NOU er forkortelse for «Norges offentlige utredninger».

24 For mer detaljer om hva som er forarbeider og etterarbeider vises til Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 37f. og Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 40 f og Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 131f.

25 Se Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 132f. for mer detaljer om hva som anses som etterarbeider og Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021, s. 349f. om den faglige debatten om etterarbeider som rettskilde.

26 Se om de nevnte rettskildene nedenfor.

Lovens formål

Lovens formål er det lovgiver og dermed samfunnet ønsker å oppnå ved en aktuell lov. Et viktig formål med alkohollovgevingen er for eksempel å begrense befolkningens alkoholkonsum, og et viktig formål med finansforetaksloven er å sikre finansiell stabilitet.

Både rettspraksis og juridisk litteratur gir generelt god støtte for å anse lovens formål som en rettskildefaktor og å vektlegge lovens formål i lovanvendelsen.²⁷

En del lover har en egen formålsbestemmelse, se for eksempel verdipapirhandeloven § 1-1 og finansforetaksloven § 1-1.

I mange tilfeller kan det være tvil om hva som er lovens formål. Mange lover har ingen formålsbestemmelse, og eventuelle formålsbestemmelser er ofte helt overordnede, generelle og lite konkrete. I mange tilfeller sier heller ikke lovens forarbeider særlig mye om formålet med loven eller en konkret bestemmelse. Lovens eller en lovbestemmelser formål må dermed ofte utledes av loven eller bestemmelsen.

Ved lovtolkning kan en tenke seg at det er tre aktuelle hovedalternativer for tolkningen. Det ene alternativet er godt egnet til å fremme lovens formål, det andre er lite egnet til å fremme lovens formål, mens det tredje ligger i midten og er nokså nøytralt.

Hvor stor vekt det skal legges på lovens formål, avhenger blant annet av hvor viktig, entydig og klart det aktuelle formålet er. Vekten avhenger også av om det er motstrid mellom ulike formål. Hvor mye vekt som skal legges på hensynet til å fremme lovens formål, avhenger av argumentene for andre tolkninger, for eksempel lovens ordlyd, forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn.

Tolkningsresultatet avhenger på vanlig måte av den samlede vurderingen av hvilken tolkning som samlet sett har best støtte i rettskildene. Utformingen av ordlyden til en lovbestemmelse bygger ofte på en balansegang mellom ulike hensyn og motstridende interesser. Dette tilsier at det er grenser for hvor stor vekt en kan legge på at en aktuell tolkning er egnet til å fremme et gitt formål.

27 Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 135, Mads Henry Andenæs, «Rettskildelære», Oslo 2009, s. 51f. og Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, særlig s. 101f.

Det kan hevdes at lovens formål ville vært et tolkningsmoment selv om lovens formål ikke hadde vært ansett som en egen rettskildefaktor. Som en parallell nevnes at formålet med en avtale vil være et moment ved avtaletolkningen.

Loven og forholdet til rettspraksis og forvaltningspraksis

Rettspraksis, det vil si domstolenes praksis, inkluderer både Høyesterettspraksis og såkalt underrettspraksis, som er praksis til tingrettene og lagmannsrettene. Høyesterettspraksis har størst vekt, men også underrettspraksis er en viktig rettskilde.

Som nevnt er det domstolene som endelig avgjør hva som er gjeldende rett, herunder hvordan loven skal tolkes. Domstolene selv legger stor vekt på rettspraksis. Alle andre rettsanvendere må dermed legge til grunn domstolenes vurderinger og konklusjoner vedrørende gjeldende rett, herunder hvordan loven skal anvendes og tolkes. Andre rettsanvendere må også følge den juridiske metode som domstolene benytter, ettersom en annen metode kan gi vurderinger og konklusjoner som er «uriktige» ved at de ikke står seg overfor domstolenes rettsanvendelse. Rettspraksis er derfor en viktig rettskildefaktor. Også juridisk teori viser tydelig at rettspraksis er en viktig rettskilde.

På noen rettsområder, særlig relatert til lover som gir reguleringer og krav knyttet til ulike virksomheter, er det forvaltningspraksis. Finansforetaksloven er et eksempel på reguleringslovgivning. Skatteetatens praksis og Finanstilsynets praksis knyttet til finansieringsvirksomhet og virksomhet i verdipapirmarkedet er eksempler på viktig og relativt omfattende forvaltningspraksis.

Domstolene kan overprøve forvaltningens vedtak, andre beslutninger og dermed forvaltningens praksis. Dette betyr at forvaltningens praksis kan fravikes dersom domstolene mener at den ikke er i tråd med riktig tolkning av loven. Fravik kan også støttes av andre rettskildefaktorer, for eksempel av reelle hensyn ved at praksisen ikke er heldig. Momenter i vurderingen av hvor stor vekt som skal legges på forvaltningspraksis er blant annet hvor klar, langvarig og velbegrunnet praksisen er.

En viktig grunn til at rettspraksis og forvaltningspraksis er rettskildefaktorer er at like tilfeller skal behandles likt, og at loven er lik for alle. For

å oppnå dette må en ved konkret tolkning se på hvordan en lovbestemmelse er tolket i andre saker.²⁸

Lovens forhold til sedvane

På noen områder er det praksis eller sedvane knyttet til hvilken rettsstilling aktuelle parter har. Sedvane omtales ofte som privates praksis, kutyme eller markedspraksis. Markedspraksis som går ut på at en megler kun har rett til betaling dersom det oppnås et salg, er et eksempel på sedvane. Markedspraksis kan også ha betydning i vurderingen av om det er utvist «god forretnings-skikk» etter verdipapirhandelloven § 10-9.

Vekten som sedvane tillegges, avhenger av hvor klart det foreligger en sedvane, graden av hvor innarbeidet den er, dens varighet, om sedvanen er god, heldig og rimelig, om sedvanen i større eller mindre grad står i strid med lov, i hvilken grad andre rettskilder gir støtte for andre løsninger og annet. Både domstolene og forvaltningen kan altså se bort fra eller legge liten vekt på sedvane, for eksempel dersom sedvanen anses som lite rimelig eller lite heldig. Konkret er dette aktuelt ved Finanstilsynets vektlegging av ulike typer markedspraksis i finanssektoren. Både rettspraksis, forvaltningspraksis og juridisk litteratur støtter slik vektlegging av sedvane som er nevnt i dette avsnittet.²⁹

Lovens forhold til juridisk litteratur

Noen rettsområder er relativt mye behandlet i juridisk litteratur, mens andre områder er lite eller ikke behandlet i litteraturen. Forfattere av juridisk litteratur arbeider ofte med stoffet på en rettsvitenskapelig måte, og metoden som

28 For mer generell behandling av rettspraksis og forvaltningspraksis som rettskildefaktor vises til Erik Magnus Boe, «Grunnleggende juridisk metode», Oslo 2020, s. 136f., Mads Henry Andenæs, «Rettskildefærelse», Oslo 2009, kap. 14, 15, 16 og 17, og Ragna Aarli og Synne Sæther Mæhle, «Juridisk metode i et nøtteskall», Bergen 2023, kap. 3.3, og Torstein Eckhoff, «Rettskildefærelse», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, kap. 7, 8 og 9. Om den nyere tids debatt om underrettspraksis som rettskildefaktor og om forvaltningspraksis som rettskildefaktor vises til Erik Magnus Boe, «Rettskildefærelse under debatt», Oslo 2021, s. 397f. og s. 406f.

29 Alle bøkene (unntatt bøkene «De beste grunner», «Innføring i folkerett» og «Statsforfatningen i Norge») i litteraturlista behandler sedvane som rettskildefaktor.

brukes skal dermed oppfylle kravene til en vitenskapelig metode. Imidlertid må forfatterne se hen til den metode som benyttes av domstolene, ettersom det er domstolene som endelig avgjør hva som er gjeldende rett, herunder hvordan en lovbestemmelse skal forstås, jf. mer om dette ovenfor. Vekten av juridisk litteratur vil blant annet avhenge av hvor grundig behandlingen er, om drøftelsene og konklusjonene fremstår som velbegrunnede, og hva som framkommer av andre rettskilder.³⁰

Lovens forhold til internasjonale rettskilder, herunder aktuelle EØS-regler

Mengden av internasjonale rettskilder har økt i takt med økningen i antallet avtaler (ofte kalt traktater eller konvensjoner) mellom land. De internasjonale reguleringene knyttet til menneskeretter, EU-reglene og EØS-reglene illustrerer denne utviklingen.

I henhold til det folkerettslige presumpsjonsprinsippet presumeres norsk rett å være i overensstemmelse med folkeretten.³¹ Dette betyr at loven må tolkes slik at strid med folkeretten unngås, og slik at Norges folkerettslige forpliktelser oppfylles. Det vil for eksempel si forpliktelsene som følger av ulike konvensjoner som Norge er bundet av.

Mange norske lover er utformet slik at aktuelle bestemmelser i loven implementerer aktuelle EØS-regler. Som eksempel nevnes finansforetaksloven. De bestemmelsene i denne loven som implementerer ulike EØS-regler, må tolkes slik at de aktuelle EØS-kravene til norsk lovverk blir oppfylt.³²

30 Alle bøkene (unntatt bøkene «De beste grunner», «Innføring i folkerett» og «Statsforfatningen i Norge») i litteraturlista behandler juridisk litteratur som rettskildefaktor.

31 Om presumpsjonsprinsippet vises til Morten Ruud og Geir Ulfstein, «Innføring i folkerett», Oslo 2023, 5. utgave, s. 55f., se særlig s. 68f.

32 Alle bøkene (unntatt bøkene «De beste grunner» og «Statsforfatningen i Norge») i litteraturlista behandler internasjonale rettskilder.

Lovens forhold til reelle hensyn

Reelle hensyn går ut på at en legger vekt på resultatets godhet.³³ Et eksempel på reelle hensyn er at en gitt tolkning som har støtte i lovens ordlyd kan medføre urimelig høye kostnader og miljøskader.

Reelle hensyn som rettskilde har vært gjenstand for kritikk. Det kan hevdes at reelle hensyn kan medføre at rettsanvendelsen, herunder lovtolkningen, i uheldig grad kan påvirkes av rettsanvenders personlige meninger. Mot dette kan det hevdes at de reelle hensyn som vektlegges må være faglig begrunnet, relevante og saklige.³⁴

Rettspraksis viser at reelle hensyn i konkrete saker kan tillegges stor vekt, og at de i noen tilfeller kan føre til en lovtolkning som har liten støtte i lovens ordlyd og andre rettskilder.³⁵

Lover i strid med Grunnloven

Domstolene skal prøve om en vanlig lov strider mot Grunnloven, menneskerettigheter og andre grenser for lovgivningen.

Ved prøvingen foretas en harmoniserende lovtolkning for å unngå motstrid mellom vanlig lov, Grunnloven eller andre regler som begrenser lovgivningen. Hvis en harmoniserende lovtolkning ikke medfører at motstrid unngås, det vil si at det foreligger «egentlig motstrid», vil den aktuelle lovbestemmelsen bli satt til side.³⁶

33 Torstein Eckhoff, «Rettskildelære», Oslo 2001, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, s. 371.

34 Se Erik Magnus Boe, «Rettskildelære under debatt», Oslo 2021, s. 521f. om den faglige debatten om reelle hensyn som rettskilde.

35 Alle bøkene (unntatt bøkene «Statsforfatningen i Norge» og «Innføring i folkerett») i litteraturlista behandler reelle hensyn som rettskildefaktor. Sverre Blandhol, «De beste grunner», Oslo 2013, har særlig fokus på dette.

36 Om domstolenes prøving av om vanlige lover strider mot Grunnloven eller andre grenser for lovgivningen vises til Johs Andenæs og Arne Fliflet, «Statsforfatningen i Norge», Oslo 2017, 11. utgave, s. 253f., s. 415, særlig s. 427f., s. 445f. og særlig s. 469f. Se også ovenfor om lovtolkning ved motstrid.

Avslutning

Ovenfor er det gitt en presentasjon av den juridiske metode, regler for bruk av den juridiske metode, loven som rettskildefaktor, lovtolkning og forholdet mellom loven og andre rettskildefaktorer. Presentasjonen viser at alle rettskildefaktorene som utgangspunkt er relevante og bidrar til å avklare hvordan loven skal anvendes. Det er imidlertid ikke alltid at en rettskildefaktor gir argumenter eller veiledning i en konkret sak. Som eksempel nevnes saker der det ikke er relevant rettspraksis.

I de fleste tilfeller er det klart hva som er gjeldende rett, herunder hva som er riktig lovtolkning. Det er kun i relativt få tilfeller at det er stor tvil, og enda sjeldnere at tvilen hindrer enighet mellom partene. Som illustrasjon nevnes at det oppstår tvist kun i en liten andel av alle avtaler som inngås.

Referanser

- Andenæs, J. & Fliflet, A. (2017). *Statsforfatningen i Norge* (11. utg.).
- Andenæs, M. H. (2009). *Rettskildelære*.
- Blandhol, S. (2013). *De beste grunner*.
- Boe, E. (2010). *Innføring i juss* (3. utg.).
- Boe, E. M. (2020). *Grunnleggende juridisk metode* (s. 151f.).
- Boe, E. M. (2021). *Rettskildelære under debatt*.
- Eckhoff, T. (2001). *Rettskildelære* (5. utg. ved J. E. Helgesen).
- Mæhle, S. S. (2023). *Juridisk metode i et nøtteskall*.
- Ruud, M. & Ulfstein, G. (2023). *Innføring i folkerett* (5. utg.).

