



U i T

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

Naturretten og reelle hensyn

Nødvendigheten av verdivurderinger i rettsanvendelsen

—

Henrik Rode Evensen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap 3. mai 2017



Innhold

1. Innledning.....	2
1.1 Tema.....	2
1.2 Aktualitet og bakgrunn.....	3
1.3 Oppgavens struktur og endelig problemstilling.....	4
2. Naturretten og John Finnis.....	6
2.1 Innledning.....	6
2.2 Generelt om naturretten.....	6
2.3 John Finnis' naturrettsteori.....	11
2.3.1 Innledning.....	11
2.3.2 Finnis' moralfilosofi.....	11
2.3.3 Finnis' rettsfilosofi.....	17
3. Finnis' naturrettsteori og reelle hensyn.....	23
3.1 Innledning.....	23
3.2 Finnis' moralfilosofi som innhold i reelle hensyn.....	25
3.2.1 Innledning.....	25
3.2.2 Det moralske innholdet i reelle hensyn.....	25
3.3 Finnis' rettsfilosofis betydning for vektingen av reelle hensyn.....	33
3.3.1 Innledning.....	33
3.3.2 Eckhoffs avveiningsmodell.....	34
3.3.3 Finnis' naturrettsteori som vektingsprinsipp.....	38
3.3.4 Vektingsprinsippet og Høyesteretts bruk av reelle hensyn i verdispørsmål.....	45
4. Avslutning.....	54
5. Litteratur- og domsliste.....	55
5.1 Bøker.....	55
5.2 Artikler.....	56
5.3 Dommer.....	57

1. Innledning

1.1 Tema

«Den 28. mars 1946 sto Karl-Hans Herman Klinge på Akershus og ventet på de dødelige skuddene. Familieløs etter bombingene av Hamburg i 1944. Venneløs omgitt av fiender. Men ikke rettsløs. Rettens beskyttelse hadde han fått, og hans straff var en følge av retten, ikke et brudd på den».¹

Sitatet er Hans Petter Gravers malende beskrivelse av det som kanskje er norsk rettshistories mest omtalte høyesterettsdom². I dommen måtte Høyesterett ta stilling til om det var hjemmel for å dømme den tyske torturisten Klinge til døden, for de grusomheter han hadde begått under krigen. Dommen illustrerer hvordan domstolene etter andre verdenskrig fant positivistiske rettssystem utilstrekkelige for å oppnå passende straffereaksjoner overfor de tyske okkupantene. I de mest urimelige tilfellene manglet det hjemmel for å straffe. Kunne domstolene av den grunn la okkupantene gå fri, og de umenneskelige og umoralske gjerninger som ble begått forbli ustraffet? Som det følger av sitatet var Høyesteretts svar nei. Selv om dødsstraff ikke fulgte av nasjonal lovgivning, og Grunnloven § 97 i utgangspunktet stengte adgangen for senere lover til å fastsette en strengere straffereaksjon, ble Klinge likevel dømt til døden. Dette fordi flertallet i Høyesterett mente at straffen var hjemlet i «menneskelighetens lover».³ De ugjerninger Klinge hadde begått var et brudd på naturrettens universelle og stedløse regler.⁴ Handlingen var så umoralsk at den ikke kunne aksepteres.⁵ Straffen var derfor ikke et brudd med retten, men en etterfølgelse av den, nettopp fordi en rett stridende med moralen er ingenting verdt.

Historien om Klinge er et illustrerende bakteppe for oppgavens tema og dets viktighet: naturretten og reelle hensyn, eller mer overordnet: samspillet mellom rett og moral. Problemstillingen som skal undersøkes er hvilken betydning reelle hensyn bør ha i rettsanvendelsen på bakgrunn av naturretten. Med betydningen av reelle hensyn siktes det til hvilken vekt rettskildedefaktoren bør ha i den avsluttende avveinings- og samordningsfasen, også

¹ Hans Petter Graver, «Okkupasjon, folkerett og dødsdommen mot Klinge», *Lov og Rett*, 2013 s. 275-294 (s. 294).

² Rt-1946-198.

³ Op. cit. s. 200.

⁴ Det kan også stilles spørsmål om ikke straffereaksjonen selv var i strid med naturrettens lover, herunder retten til liv.

⁵ Om naturrettens betydning for domstolsprosessene etter andre verdenskrig: Morten Kinander, *Rettsfilosofi – en innføring*, Bergen 2005 s. 102-104, og Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2007 s. 364-367.

kalt vektingsfasen. Det er i denne fasen rettsanvenderen vurderer hvilken tyngde de ulike argumentene skal ha, og hvilke av disse som skal danne løsningen på rettsspørsmålet.

Et naturrettlig syn på retten innebærer at moralen er styrende, og at retten må være i overenstemmelse med moralen. Det tilsier at moralske vurderinger må ligge til grunn for retten og rettsanvendelsen. Det er derfor de moralske vurderinger blant reelle hensyn som er aktuelle for oppgaven. I det videre vil det ved bruken av reelle hensyn hovedsakelig siktes til verdi- og godhetsvurderinger. Andre underkategorier blant reelle hensyn utgjør også viktige funksjoner i rettsanvendelsen, men disse er ikke tema for oppgaven.

Hvilke moralske hensyn som er relevante og omfanget av disse, kan blant annet bestemmes av naturretten. I denne oppgaven er både det moralfilosofiske og det rettsfilosofiske aspektet ved naturretten tema. Ved å ta utgangspunkt i en naturrettlig moralfilosofi, illustreres det rettsfilosofiske aspektet og samspillet mellom rett og moral på best mulig måte. Det må presiseres at naturretten kun er en spesifikk moralteori, og at andre moralteorier også kan få fram denne nyansen.

Oppgavens anliggende er på denne bakgrunn å tydeliggjøre de moralske elementene blant reelle hensyn ved hjelp av naturretten. Deretter å vise hvordan en naturrettlig tankegang tilsier at verdivurderinger og reelle hensyn i visse tilfeller må utgjøre løsningen på rettsspørsmål, fremfor andre rettskildedefaktorer som lov og rettspraksis. Der loven ikke selv evner å danne en moralsk akseptabel løsning – som i Klinge-dommen, må rettsanvenderen ta andre rettskildedefaktorer i bruk. Det er ikke slik at reelle hensyn alltid vil være den eneste rettskildedefaktoren det kan utledes moralske argumenter fra, men reelle hensyn vil være den rettskildedefaktoren som gir rettsanvenderen størst handlingsrom i den sammenheng. Slik rettskildebruk fordrer imidlertid ansvar hos rettsanvenderen. Ansvar i den forstand at det ligger viktige verdier bak loven som ikke lett kan ses bort ifra: demokratisk legitimitet, forutberegnelighet og likebehandling. Oppgaven tar sikte på å finne balansen mellom disse og de moralske hensyn.

1.2 Aktualitet og bakgrunn

Bakgrunnen for valg av tema skyldes først og fremst det jeg oppfatter som et manglende fokus på moralske vurderinger og deres vekt i gjeldende rettskildelære. I en rettsrealistisk rettskildelære preget av en sterk rettspositivistisk påvirkning er dette kanskje naturlig. Det å tilsidesette loven og oppstille gjeldende rett på bakgrunn av moralske oppfatninger – slik

Høyesterett kan sies å ha gjort i Klinge-dommen – er nok for de fleste av dagens rettsanvendere utenkelig. Kanskje er det derfor symptomatisk at en nyere utgave av Høyesterett har tatt avstand fra avgjørelsen.⁶ Dagens rettskildelære med rom for avveining mellom ulike rettskildefaktorer og verdivurderinger, utelukker imidlertid ikke slike resultater. Selv om det å fravike loven på bakgrunn av moralske hensyn sjelden er aktuelt, er det imidlertid svært viktig at rettsanvenderne evner å identifisere disse situasjonene og se hvilke verdier som står på spill. Uten moralsk legitimitet mister retten sin oppslutning i samfunnet – i verste fall med den konsekvens at borgerne slutter å adlyde loven.

En del av bakgrunnen for oppgaven har i tillegg vært rettskildefaktoren reelle hensyns uklarhet. På grunn av mangfoldet kategorien rommer mister ofte moralske argumenter sin betydning, til fordel for vurderinger av ikke-moralsk rimelighet og praktiske konsekvensbetraktninger. Begrepet moral er også uklart i seg selv, hvilket bidrar til ytterligere tåkelegging. Til tross for at moralfilosofien er en like usikker vitenskap som rettsvitenskapen, har tanken om å forene praktisk moralfilosofi og juss vært bakenforliggende for oppgaven.

1.3 Oppgavens struktur og endelig problemstilling

Oppgaven, med dens fokus på naturretten og reelle hensyn, berører henholdsvis rettsfilosofien og metodefaget. Måten jeg vil forsøke å sammenkoble de to teoretiske grenene på vil være å redegjøre for en normativ naturretsteori, som deretter vil bli innpasset i den deskriptive rettskildelæren. En normativ rettsteori tilsier at rettsanvendelsen bør være på en viss måte, mens en deskriptiv kun beskriver hvordan den faktisk er.⁷ En normativ teori innebærer derfor at den faktiske rettsanvendelsen bør endres, dersom denne ikke allerede er i overensstemmelse med det den normative teorien predikerer. For oppgavens vedkommende kan det derfor bli en potensiell spenning mellom den normative naturretsteorien og gjeldende deskriptive rettskildelære.

Den normative teorien det skal redegjøres for er som nevnt naturrettslig. Oppgaven vil imidlertid ikke omfatte naturretten som ett hele. Istedenfor vil jeg redegjøre for John Finnis' naturrettslige moral- og rettsfilosofi, dette i kapittel 2. Finnis er en av dagens ledende naturrettsfilosofer, og skriver på bakgrunn av et par tusen år gammel naturrettsstradisjon. Ved å redegjøre både for hans moral- og rettsfilosofi vil det bli klart hva som menes med moral, og hvordan rett og moral henger sammen.

⁶ Rt-2010-1445 (Krigsforbryter-dommen).

⁷ Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo 2007 s. 13-16.

Etter dette vil jeg plassere Finnis' teori i norsk rettskildelære. Det vil si at jeg vil overføre utgangspunktene om det generelle forholdet mellom rett og moral, til hvordan den konkrete rettsanvendelsen bør være. Det er derfor nødvendig å redegjøre for hva som er gjeldende rettskildelære og rettsanvendelse. Jeg vil hovedsakelig ta utgangspunkt i Torstein Eckhoffs modell, men også trekke inn innslag fra Bergenskolen ved særlig Jan Fritdthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle.

Finnis' normative teori vil som nevnt ha implikasjoner for norsk rettskildelære og reelle hensyn. Jeg mener dette hovedsakelig har to aspekter, og har delt opp oppgaven på den bakgrunn. Det første aspektet er å gi reelle hensyn ved kategorien verdi- og godhetsvurderinger et konkret innhold. Dette gjennom Finnis' naturrettslige moralfilosofi. Innholdet i reelle hensyn er tema i oppgavens kapittel 3.2. Det andre aspektet er at dersom reelle hensyn har et moralsk innhold, må rettskildefaktoren gå foran andre rettskildefaktorer ved motstrid. Dette kan også formuleres som at Finnis' teori fungerer som et særlig vektingsprinsipp hvor moralske verdier veier tyngst. Prinsippet aktualiseres i vektingsfasen, hvor autoritative verdier fra rettskildefaktorene lov, forarbeider og rettspraksis må avveies mot moralske hensyn. Hensikten bak vektingsprinsippet er å oppstille klare retningslinjer for avveiningen i disse typetilfellene. Oppgaven vil deretter ta for seg et utvalg dommer fra Høyesterett for å vurdere om teorien ved de to aspektene har en relevant funksjon i praktisk rettsanvendelse, i tillegg til å vurdere om Høyesteretts rettskildebbruk er i samsvar med disse. Dette drøftes i kapittel 3.3.

Foruten om det som så langt er sagt om oppgavens ramme, må det i tillegg gjøres enkelte avgrensninger. Mye av den debatten som har pågått i rettsteorien om reelle hensyn angår ikke denne oppgaven, selv om en naturretsteori sikkert ville tilført diskusjonen andre perspektiver.⁸ Årsaken til at det avgrenses mot størstedelen av diskusjonen rundt reelle hensyn, er fordi den befinner seg på et annet plan enn oppgaven. Oppgaven er først og fremst normativ og naturrettslig. Det vil si at oppgaven argumenterer for at moralske vurderinger bør styre retten og rettsanvendelsen. Gitt en slik posisjon er diskusjonen rundt og kritikken av reelle hensyn underordnet. Den kritikk som er fremmet i teorien og oppgavens anliggende møtes derfor ikke på samme premisser.

I tillegg må det avgrenses mot mange av de diskusjoner som har vært rundt Finnis' teori. Det vil si kritikk og forsvar av teorien, men også andre debatter som har oppstått på bakgrunn av denne. Årsaken er at disse diskusjonene ikke er viktig for oppgaven, selv om de tilfører

⁸ For en utførlig gjennomgang av debattens ulike dimensjoner, se Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2012 s. 338-381.

Finnis' teori andre perspektiver. For oppgaven er Finnis' teori alene tilstrekkelig; oppgavens anliggende er hvordan Finnis' teori passer sammen med reelle hensyn. Diskusjonen rundt Finnis' er derfor ikke nødvendig for sammenkoblingen mellom de to teoriene.

På denne bakgrunn vil oppgaven søke å besvare følgende problemstilling: Kan Finnis' naturretsteori gi reelle hensyn et konkret moralsk innhold, i tillegg til å fungere som et vektingsprinsipp hvor moralske verdier må være avgjørende for rettsanvendelsen?

2. Naturretten og John Finnis

2.1 Innledning

Dette kapitlet vil ta for seg naturretens moral- og rettsfilosofiske innhold. Hovedformålet er å gi et overordnet filosofisk perspektiv som viser nødvendigheten av en sammenkobling mellom rett og moral, og dermed konkrete verdivurderinger i rettsanvendelsen. Et slikt perspektiv følger av filosofien til den moderne naturretstenkeren John Finnis (1940-). Ved hjelp av Finnis' naturretsteori vil det være mulig å argumentere for et synspunkt der reelle hensyn ved verdivurderinger må tillegges større vekt i rettsanvendelsen. Kapitlet er delt opp i to deler: en generell del om naturretten som vil danne et bakgrunnstepp for å forstå Finnis, og deretter en spesiell del om Finnis' moral- og rettsfilosofi.

2.2 Generelt om naturretten

Naturretten er en filosofisk posisjon som har vært toneangivende for politisk, etisk og juridisk tenkning helt siden Antikken. Naturretten har derfor flere faglige dimensjoner, og innenfor disse er det igjen en rekke ulike posisjoner. Det gir begrepet et stort, men variert innhold. Av den grunn er det vanskelig å presist sammenfatte og definere naturretten. Ofte er det mer realistisk å forklare begrepet ut i fra én enkelt posisjon, enn naturretten som et hele. Det vil bli gjort under del 2.3 om teorien til John Finnis. Oppgaven vil likevel forsøke å si noe generelt om naturretten for forstå begrepet, i tillegg til å gi viktige forkunnskaper til Finnis' teori. I det videre vil jeg derfor gi en kort oversikt over naturretten. Deretter vil jeg plassere Finnis i en naturrettslig kontekst, særlig i forbindelse med tenkere som Aristoteles og Thomas Aquinas. Avslutningsvis vil jeg si noe om hva naturretten ikke er i tilknytning til rettspositivisme og menneskerettigheter.

The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law definerer naturretten på følgende måte: "Natural law theory is a mode of thinking systematically about the connections

between the cosmic order, morality, and law, which, in one form or another, has been around for thousands of years”.⁹ Definisjonen Marit Halvorsen opererer med i sin rettshistoriske gjennomgang av naturretten er formulert på en lignende måte: «Naturretten er en filosofi som vil forklare og bestemme menneskenes stilling i universet og samfunnet».¹⁰ Definisjonene gir et innblikk i naturrettens store vitenskapelige bredde. Særlig viktig er fremhevingen av naturrettens opprinnelige formål – å gi svar på hvordan enkeltindivider bør handle og innrette seg i samfunnet.

Ved å søke og besvare spørsmål om hvordan vi bør handle, er naturretten først og fremst en moralfilosofi.¹¹ Naturrettens moralfilosofi oppstiller objektive, universelle og absolutte verdier utledet fra mennesket og fornuften som vi må handle på bakgrunn av. Disse verdiene danner et eget parallelt rettssystem som fungerer som rettesnor for de positive lovene.¹² Retten bidrar på den måten til realisering av moralen.¹³ Følgelig består naturretten av særlig to kjennetegn: moralske verdier vi handler på bakgrunn av og en nødvendig forbindelse mellom rett og moral. Med denne forståelsen av naturretten, vil jeg i det videre redegjøre for konteksten Finnis’ teori må forstås på bakgrunn av.

John Finnis er særlig inspirert av Aristoteles (384-322 f.Kr.) og Thomas Aquinas (1225-1274). Som vi vil se har fornuften og objektive verdier en sentral plass hos alle de tre tenkerne. I et motsetningsforhold til Finnis står utilitarister og empirister som Jeremy Bentham, David Hume, Thomas Hobbes og John Locke.¹⁴ I det videre vil jeg gå nærmere inn på sentrale trekk hos Aquinas og Aristoteles som er nødvendig å kjenne til for å forstå Finnis’ teori.

Aristoteles’ tenkning har preget store deler av dagens vestlige tankesett siden Antikken. For Finnis’ vedkommende er det særlig Aristoteles’ syn på mennesket, lovene og moralen som er av interesse. Aristoteles’ moralfilosofi betegnes gjerne som dydsetikk. Dydene er karaktertrekk som bestemmer om vi er dugbare som mennesker, for eksempel mot og klokskap.¹⁵ Disse to dydene illustrerer forholdet mellom moralsk dyd og intellektuell dyd:

⁹ Jules Coleman and Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, s. 61.

¹⁰ Marit Halvorsen, «Streiftog i naturretten», *Jussens Venner*, 2008 s. 275-311 (s. 275).

¹¹ Etter rettspositivismens inntog mot slutten av 1800-tallet har imidlertid deler av naturretten beskjefte seg med forholdet mellom rett og moral på et mer generelt grunnlag. Det vil si at moral ikke nødvendigvis forbindes med naturrettens moralfilosofi, men en hvilken som helst moralfilosofi, se Coleman/Shapiro s. 63.

¹² Kinander s. 106-107.

¹³ Coleman/Shapiro s. 70-71.

¹⁴ John Finnis, “Grounding Human Rights in Natural Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, 2015 s. 199-225 (s. 202).

¹⁵ Anfinn Stigen, *Aristoteles - en innføring*, Oslo 1977 s. 42-43, 48 og 51-52.

Moralsk dyd er holdninger til våre naturlige følelser, mens intellektuell dyd er måten vi handler på for å oppnå moralsk dyd.¹⁶ Våre naturlige følelser er dermed objektive siden de følger av vår egen natur. Felles for Finnis og Aristoteles er både dette objektive aspektet og fornuftens rolle som redskap til å handle riktig. For Aristoteles er fornuften videre sentral fordi den er intet mindre enn meningen med livet – rasjonell aktivitet er menneskets funksjon.¹⁷ Kun ved å utøve rasjonell aktivitet gjennom et helt liv kan mennesket være lykkelig. Et slikt kontinuerlig syn på det å handle moralsk ligger også til grunn hos Finnis. Videre er det et likhetstrekk mellom Finnis og Aristoteles at fornuften og rasjonell aktivitet må fremmes gjennom samfunnet og lovene. Siden fornuften hjelper oss til å handle moralsk riktig, er lovenes formål å fremme moralen gjennom å være adferdsregulerende.¹⁸

Det andre aspektet hos Aristoteles som fremkommer tydelig i Finnis' filosofi, er teleologien. Teleologien var for Aristoteles troen på at naturen og det levende hadde forutbestemte potensial og formål som kunne realiseres.¹⁹ En slik tankegang preger tydelig også Finnis' moralfilosofi ved at mennesket og samfunnet må strekke seg etter et bestemt ideal for å være godt. Mennesket har altså et uoppnådd godt og rasjonelt potensial som våre handlinger forsøker å realisere. Dette henger sammen med de tidligere nevnte dydene som er nøkkelen til og måten potensialet oppnås på. På denne bakgrunn kan vi oppsummere Aristoteles' teori som at mennesket må strebe etter å handle dydig (moralsk) gjennom fornuften, for å på den måten oppnå et godt og lykkelig liv. Samfunnet må igjen legge til rette for denne streben gjennom lovene. Som vi senere skal se er Finnis' teori bygd opp på samme måte.

Aristoteles' tanker om dydene og fornuften mistet i middelalderen mye av sin påvirkningskraft, helt til Thomas Aquinas på ny innførte disse teoriene ved å la de danne grunnlag for den katolske kirkes moral- og rettsfilosofi. Aquinas representerer dermed en blanding av aristotelisk tankegods og katolske kristelige verdier, hvilket kjennetegner den filosofiske retningen skolastikken. Det er særlig i lys av denne tradisjonen vi må forstå Finnis.²⁰ Oppgaven vil derfor gjennomgå de viktigste trekkene i Aquinas' moral- og rettsfilosofi.

Aquinas' moralfilosofi bygger i likhet med Aristoteles' på tanken om grunnleggende objektive moralske verdier i samfunnet.²¹ Disse moralske verdiene er hos Aquinas utledet fra

¹⁶ Op. cit. s. 46 og 48.

¹⁷ Op. cit. s. 40.

¹⁸ Op. cit. s. 62.

¹⁹ Op. cit. s. 17.

²⁰ Finnis har uttalt at formål bak hans filosofi var "to develop Aquinas's theory, so as to give an account of natural law that is philosophically sound", Finnis, *Grounding Human Rights in Natural Law*, s. 203.

²¹ Mark Timmons, *Moral Theory: An Introduction*, second edition, Plymouth 2013 s 72-73.

observerbare fakta om mennesket ved det vi har til felles – vår natur.²² Ifølge Aquinas er det fire goder som på denne bakgrunn er felles for alle mennesker: livet, formering, kunnskap og sosiabilitet.²³ Livet er eksempelvis en grunnleggende verdi fordi det er et empirisk observerbart forhold at alle mennesker søker å holde seg i live. Siden verdiene utledes av menneskets natur, må verdiene gjelde for alle mennesker, uavhengig av bosted, nasjonalitet og tiden vi lever i. Verdiene er derfor universelle. Et slikt syn er også å finne hos Finnis, men måten verdiene utledes på skiller seg fra Aquinas. Der Aquinas utleder verdiene fra empiriske forhold, utleder Finnis – som vi skal se – verdiene fra rasjonelle sannheter.

Som hos Aristoteles er mennesket for Aquinas et unikt og rasjonelt vesen. Det er fornuften som gjør mennesket i stand til å handle på bakgrunn av de fire godene.²⁴ Ved hjelp av fornuften bør våre handlinger søke å realisere og fremme de objektive verdiene som utledes fra menneskets natur. Ut i fra den objektivt gode verdien livet, utledes eksempelvis et prinsipp om å fremme menneskelivet og ikke ødelegge det. Det å ta et liv er derfor en moralsk gal og dårlig handling. Også dette trekket ser vi hos Finnis, ved at måten verdiene realiseres på skjer ved bruk av fornuften. Finnis nyanserer imidlertid Aquinas' syn ved å oppstille flere og klarere retningslinjer for bruken av fornuften.

For Aquinas vil loven ha som oppgave å fremme verdiene og fornuften. Aquinas sier på den bakgrunn at «[l]aw is something pertaining to reason».²⁵ Når Aquinas snakker om lov, kan det imidlertid være tale om hele fire ulike typer rett: evig rett (gudegitte regler), naturretten (rett som oppdages ved fornuften), gudommelig rett (retten som finnes i bibelen), og menneskelig rett (positiv rett).²⁶ Sistnevnte er underordnet naturretten og må forsøke å realisere denne ved å forankre fornuften i positiv lov. Det innebærer at moralen må være styrende for retten. Dette kommer tydelig til uttrykk ved Aquinas' definisjon av positiv lov: For at en norm skal ha status som lov må normen være fornuftig (1), virke for det felles beste (2), være vedtatt av styresmakten (3) og kunngjort (4).²⁷ Alle disse fire elementene vil vi finne igjen hos Finnis. Særlig er det verdt å merke seg hvordan loven må fremme det gode og fornuftige (moralske) for alle, for å kunne virke som en lov.

²² Op. cit. s. 74-75.

²³ Op. cit. s. 76.

²⁴ Op. cit. s. 74-75.

²⁵ Martin Golding og William Edmundson, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford 2005 s. 16.

²⁶ Kinander s. 108.

²⁷ Golding/Edmundson s. 16.

Jeg har hittil i oppgaven pekt på noen trekk hos Aristoteles og Aquinas som vi senere vil finne igjen som sentrale faktorer i Finnis' teori. Motsatt vil jeg nå fremheve enkelte standpunkter som ikke er å finne hos Finnis, eller som han er uenig i. Med dette sikter jeg først og fremst til den rettsfilosofiske retningen rettspositivismen, men og nyansen mellom Finnis' syn på menneskerettigheter og dagens menneskerettighetsbegrep.

Rettspositivismen er en rettsfilosofisk retning som særlig vokste frem på 18- og 1900-tallet. Rettspositivismen kan beskrives ved hjelp av følgende stikkord: politisk legitimitet, likhet og forutberegnelighet, og skille mellom rett og moral.²⁸ Med politisk legitimitet menes at loven legitimeres og gis autoritet gjennom en demokratisk vedtatt lovgivningsprosess. Finnis er ikke uenig i at den positive retten må ha politisk legitimitet, men vil i tillegg hevde at den positive retten må være i overensstemmelse med naturretten og moralen. Dette er rettspositivistene uenige i. Konsekvensen av at retten for rettspositivistene utelukkende følger av vedtatte lover, er et skille mellom rett og moral.²⁹ Retten kan gjerne være rettferdig og moralsk riktig – hvilket som regel er tilfellet i demokratiske rettsstater, men det er ingen nødvendighet. En lov er fortsatt gyldig selv om den oppleves som umoralsk. For Finnis er et slikt standpunkt absurd, da lovens funksjon er å fremme moralen. Svikter loven sin funksjon blir den meningsløs både som begrep og fenomen.

Avslutningsvis vil jeg kort si noe om Finnis' og naturrettens forhold til menneskerettighetene. Både menneskerettighetene og naturretten bygger i utgangspunktet på objektive, universelle og til dels absolutte rettigheter. Mange av de nye menneskerettighetene har imidlertid møtt kritikk fordi de i for stor grad retter seg mot vestlig kultur og fordrer sosiale eller institusjonelle konvensjoner, hvilket innebærer at de ikke kan være objektive og universelle som naturretten.³⁰ Menneskerettighetene kan på den måten sies å ha et bredere nedslagsfelt enn naturretten. Det innebærer at menneskerettighetene og naturretten ikke nødvendigvis er like størrelser. Finnis uttaler likevel følgende: «I use the terms synonymously»³¹. Han mener imidlertid ikke at rettighetene som følger av naturretten er de samme som de moderne menneskerettighetene. For Finnis er menneskerettighetene og naturretten nemlig først og fremst «the fundamental and general moral rights».³² Å lese Finnis' naturrettsteori synonymt med dagens menneskerettighetsbegrep blir derfor upresist, da

²⁸ Kinander s. 102.

²⁹ Op. cit. s. 93.

³⁰ Charles Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford 2009 s. 55-59.

³¹ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, second edition, Oxford 2011 s. 198.

³² Op. cit. s. 198.

menneskerettighetene (og naturretten) for Finnis er en mindre kategori enn de moderne menneskerettighetene.

2.3 John Finnis' naturretsteori

2.3.1 Innledning

I det følgende er John Finnis' naturretsfilosofi tema, hovedsakelig slik den fremkommer i hans hovedverk «Natural Law and Natural Rights». I motsetning til andre moderne naturretsteoretikere oppstiller Finnis ikke bare en rettsfilosofisk teori om samspillet mellom rett og moral; han utarbeider også en egen moralfilosofi.³³ Dette er verdt å merke seg fordi Finnis på den måten ser loven funksjonelt som redskap for å realisere moralen. Et slikt standpunkt er kjennetegnende for den klassiske naturretstradisjonen som Finnis representerer. Natural Law and Natural Rights bærer åpenbart preg av dette, ved en grundig gjennomgang av moralfilosofien før rettsfilosofien. Slik vil også redegjørelsen i det videre bli lagt opp. Formålet med drøftelsen er å trekke ut sentrale elementer som forklarer Finnis' teori. I kap. 3 skal disse elementene brukes for å argumentere normativt for at reelle hensyn og verdivurderinger må gis betydelig vekt i rettsanvendelsen.

2.3.2 Finnis' moralfilosofi

En naturretslig moralfilosofi kjennetegnes som nevnt av objektive universelle verdier som søkes realisert. Dette underkapitlet vil forsøke å beskrive hvordan Finnis besvarer følgende spørsmål om de objektive verdiene: Hva er de? Hvordan utledes de? Hvordan går vi veien fra verdi til handling? Er retningslinjene som oppstilles konkrete nok? Er dette en plausibel moralfilosofi? Hva er sammenhengen mellom moralfilosofien og rettsteorien?

Finnis' moralfilosofi kan kort sagt sies å bestå av to tilsynelatende enkle komponenter: objektive verdier som er gode i seg selv, og en praktisk fornuft som på bakgrunn av verdiene hjelper mennesket til å foreta riktige valg.³⁴ Ved å definere hva som er gode verdier, oppstilles et klart utgangspunkt for handling og hvordan vi bør leve. En riktig moralsk handling vil fremme de gode verdiene, mens en dårlig moralsk handling vil forsømme de. Før verdiene nevnes er det nødvendig å si hvor vi utleder verdiene fra, og hvilke egenskaper verdiene har til

³³ Coleman/Shapiro s. 75 og 85-89.

³⁴ Finnis, Natural Law and Natural Rights, s. 63.

felles. Dette for å få en bedre forståelse av hvorfor verdiene er grunnleggende, og hvordan de faktisk brukes til å finne svar på moralske spørsmål.

Alle verdiene er ifølge Finnis iboende gode.³⁵ Det vil si at de har en egenverdi i seg selv. Verdiene vil derfor heller være endelige mål enn midler for å oppnå andre mål. Vi ønsker denne type goder fordi de er gode i seg selv, og ikke fordi de bidrar til å realisere andre goder. Vi leser for eksempel aviser og bøker fordi vi ønsker å oppnå kunnskap om verden. Kunnskap er et endelig gode fordi det har en egenverdi i seg selv – vi trenger det til alt vi foretar oss.

Hvor utleder vi så verdiene fra? Svaret er at verdiene er selvinnløsende. Ifølge Finnis kan ikke dette påvises, men det er heller ikke nødvendig.³⁶ Verdiene ligger til grunn som rasjonelle prinsipper som vi til daglig tar for gitt og som det ikke er grunn til å tvile på. Dette på samme måte som at alle kan si seg enige i at flere gode argumenter er bedre enn få dårlige. Selv om verdiene er objektive og rasjonelt tilgjengelig for alle, trenger man erfaring og kjennskap til verden for å formulere og definere de. Barn har for eksempel dårligere forutsetninger enn voksne for å forstå verdiene.³⁷ Verdiene må identifiseres ved hjelp av rasjonell søken og leting. De er sannheter som ikke er bygget på en annen underliggende sannhet.³⁸ Nettopp derfor er de selvinnløsende.

Ut i fra kriteriene om at verdiene må være iboende gode og selvinnløsende, er det mulig å oppstille en liste og definere hva som er de grunnleggende verdier vi bør søke å handle etter. Finnis' liste inneholder syv verdier, men han medgir selv at antallet kan være et definisjonsspørsmål.³⁹ Disse er:

1. Liv («life») som i selvpoppoldelse, men og reproduksjon.⁴⁰ Med det menes ethvert aspekt av det å være velfungerende som menneske; både fysisk og psykisk. Virkemidlene for å realisere verdien kan derfor være så mangt, eksempelvis det å skaffe mat og ernæring, medisinsk forskning, forebyggende tiltak mot selvmord, osv.
2. Kunnskap («knowledge») som i sannhet om verden.⁴¹ Vi søker ikke denne type kunnskap for å oppnå andre mål, eksempelvis rikdom o.l., men for sannhetens skyld i

³⁵ Op. cit. s. 62.

³⁶ Op. cit. s. 64-65.

³⁷ Op. cit. s. 65.

³⁸ Coleman/Shapiro s. 87.

³⁹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 92. Aquinas oppstiller som nevnt kun fire verdier.

⁴⁰ Op. cit. s. 86.

⁴¹ Op. cit. s. 59-60.

seg selv. På den måten representerer verdien en slags sannhetssøken og menneskelig higen etter kunnskap.

3. Lek («play») som i aktiviteter vi deltar i for rekreasjon.⁴² Dette i motsetning til menneskets mer seriøse natur, selv om lek kan være innbefattet i all slags aktivitet vi foretar oss, også i vårt arbeid. Leken deltar vi i kun for leken selv.
4. Estetisk opplevelse («aesthetic experience») som i det skjønne.⁴³ Vi kan ha disse opplevelsene både i naturen og gjennom menneskeskapt kunst og kultur.
5. Sosiabilitet/vennskap («sociability/friendship»)⁴⁴ Verdien omfatter i sin svakeste form at mennesker evner å leve sammen med hverandre i et samfunn, og i sin sterkeste form vennskaps- og kjærlighetsforhold. Med andre ord omhandler verdien sosiale relasjoner.
6. Praktisk fornuft («practical reasonableness»)⁴⁵ som i å ta de riktige valg om hvordan livet skal leves.⁴⁶ Den praktiske fornuft er både en verdi i seg selv, men og et redskap for å realisere de andre verdiene. Den negative siden av verdien innebærer fravær av hindringer for å kunne handle fritt; altså frihet, mens den positive siden omfatter det å handle på bakgrunn av fornuften. Mer om den praktiske fornuft senere i kapittelet.
7. Religion («religion»)⁴⁷ Ikke nødvendigvis som i troen på en gud, men heller det å fundere på om det finnes en mening utenfor oss selv. Slike tanker kan omfatte universets orden, menneskelig frihet og opphavet til vår fornuft. Verdien religion må derfor kunne sies å omfatte de store ubesvarte spørsmålene i livet.

Alle verdiene er som nevnt endelige mål i seg selv. Andre goder skal derfor kunne spores tilbake til de nevnte verdiene. Verdiene skal også kunne tenkes som goder som ikke uten videre trenger en begrunnelse. Foruten om disse to kriteriene, er det et tredje aspekt som kjennetegner verdiene ifølge Finnis: «each one, when we focus on it, can reasonably be regarded as the most important. Hence there is no objective hierarchy amongst them».⁴⁸ Alle verdiene kan derfor være viktigere enn de andre, men ingen verdi har likevel status som den viktigste. Denne slutningen følger av at alle verdiene er fundamentale.⁴⁹ På den måten kan det argumenteres for at kunnskap er viktigst i en situasjon, samtidig som det argumenteres for at liv er viktigst i en

⁴² Op. cit. s. 87.

⁴³ Op. cit. s. 87-88.

⁴⁴ Op. cit. s. 88.

⁴⁵ Morten Kinander oversetter «practical reasonableness» med «praktisk resonnering», se Kinander s. 111. Jeg mener «praktisk fornuft» er en mer passende oversettelse.

⁴⁶ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s 88-89.

⁴⁷ Op. cit. s. 89-90.

⁴⁸ Op. cit. s. 92.

⁴⁹ Op. cit. s. 93.

annen situasjon. Det er derfor ikke noe endelig svar på hvilke verdier som er viktigst, da hver verdi vil kunne være mest sentral avhengig av situasjonen.

På denne bakgrunn ville det vært rimelig å konkludere med at Finnis' teori ikke oppstiller et tydelig hierarki blant verdiene, slik flere kritikere av Finnis har gjort.⁵⁰ Et manglende verdihierarki er en legitim innvending mot Finnis' teori, ved at teorien kan bli utilstrekkelig og inkonsekvent ved valg av handling. Hvordan løses en verdikollisjon når det ikke eksisterer noen rangordning blant verdiene? Finnis har imidlertid imøtegått kritikken og uttalt at den sjette verdien praktisk fornuft er overordnet de andre. Den praktiske fornuft styrer "one's participation in the other basic goods, by guiding one's commitments, one's selection of projects, and what one does in carrying them out".⁵¹ På den bakgrunn uttaler Finnis videre at han ser på "the good of practical reasonableness as standing in a hierarchical relationship to all the other basic human goods".⁵² Den praktiske fornuft er dermed overordnet de andre verdiene og vil kunne gi løsninger på verdikollisjoner.

Et siste trekk som må nevnes angående verdiene er at de aldri blir endelig oppnådd. Som Finnis sier: «none of the basic aspects of one's well being is ever fully realized or finally completed».⁵³ På den måten realiserer vi ikke verdiene, men deltar i dem. Verdiene fordrer derfor en viss livsstil – en spesiell og riktig måte å leve på. Dette er som tidligere nevnt sentrale trekk hos Aristoteles, både ved hans lykkebegrep som innebærer å leve rasjonelt og konstruktivt gjennom et helt liv, men også hans teleologi ved en tings iboende potensial. Deltagelse i verdiene er altså en livslang søken, og ikke noe som realiseres ved hver enkelt handling.

På bakgrunn av verdiene må vi foreta valg som fremmer det som er grunnleggende godt – altså verdiene selv. Det er her den andre komponenten i teorien kommer inn: praktisk fornuft.⁵⁴ Den praktiske fornuften hjelper oss å slutte hvordan vi bør handle ut i fra de grunnleggende verdiene. På den måten blir den praktiske fornuft et mellomledd mellom verdiene og den til slutt riktige handling. Siden den praktiske fornuft styrer våre handlinger er den som nevnt overordnet de andre verdiene.

⁵⁰ Se blant annet Alex Wallin, "John Finnis's Natural Law Theory and a Critique of the Incommensurable Nature of Basic Goods, *Campbell Law Review*, 2012 s 59-81 (s. 72-80) og Ernest Fortin, "The New Rights Theory and the Natural Law", *The Review of Politics*, 1982 s. 590-612 (s. 602-603).

⁵¹ Finnis, *Grounding Human Rights in Natural Law*, s. 206-207.

⁵² Op. cit. s. 207.

⁵³ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 96.

⁵⁴ Op. cit. s. 100.

Finnis har uttalt at den praktiske fornuft er en sammenblanding av “the reasonable man” som begrep hentet fra common law (tilsvarende «bonus pater familias»), og “practical wisdom” hentet fra dydene og Aristoteles.⁵⁵ Praktisk fornuft innebærer derfor å handle klokt på bakgrunn av god dømmekraft eller et godt skjøn. Finnis illustrerer dette ved å oppstille ni prinsipper som utgjør den praktiske fornuft:

1. Nødvendigheten av en helhetlig rasjonell plan for livet («a coherent plan of life»), fremfor å bli styrt av driftige impulser.⁵⁶
2. En skal ikke ha vilkårlige preferanser blant de grunnleggende verdiene («no arbitrary preferences amongst values»)⁵⁷ Ulik vektning av godene vil forekomme, men ingen av godene kan fornektet helt eller forsømmes.
3. Det skal ikke være vilkårlige preferanser blant mennesker («no arbitrary preferences amongst persons»)⁵⁸ Verdiene søkes etter på individuelt grunnlag, men en skal respektere at andre også søker de samme verdier.
4. Tilbakeholdenhet må utvises med tanke på hva som opptar en i livet («detachment»)⁵⁹ Livet kan ikke vies til kun en aktivitet eller ett prosjekt, for hva står så igjen dersom en ikke lykkes eller idet prosjektet er avsluttet?
5. Forpliktelse («commitment»)⁶⁰ Sammenheng med forrige prinsipp. En skal ikke oppgi sine prosjekter og aktiviteter i livet uten en viss innsats.
6. Hensiktsmessighet («efficiency, within reason»), som i effektive handlinger med tanke på konsekvens.⁶¹ Det er imidlertid viktig å understreke at prinsippet ikke er ment som en form for utilitarisme, og at alle enkeltverdiene skal respekteres i samsvar med det andre prinsipp.
7. Alle verdiene må respekteres ved handling («respect for every basic value in every act»)⁶² Verdiene er mål i seg selv, men målet heller ikke middelet på den måten at enkelte verdier kan forsømmes eller skades intensjonelt.
8. Ivareta det felles gode («the requirements of the common good»), som i at samfunnet tilrettelegger for alles deltagelse og søken etter de gode verdiene.⁶³

⁵⁵ Finnis, *Grounding Human Rights in Natural Law*, s. 205-206.

⁵⁶ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 103-105.

⁵⁷ Op. cit. s. 105-106.

⁵⁸ Op. cit. s. 106-109.

⁵⁹ Op. cit. s. 109-110.

⁶⁰ Op. cit. s. 109-110.

⁶¹ Op. cit. s. 111-118.

⁶² Op. cit. s. 118-125.

⁶³ Op. cit. s. 125.

9. Følge egen samvittighet (“following one’s conscience”).⁶⁴

Finnis’ modell bestemmer altså hva som er riktig handling i ulike situasjoner. Dette kan illustreres ved spørsmålet om en morder kan idømmes dødsstraff. Livet er en fundamental verdi, og ifølge den praktiske fornufts prinsipper kan ingen verdier skades direkte. Morderen kan derfor ikke dømmes til døden, selv om han selv har tatt et liv. Etter Finnis’ teori kan dødsstraff derfor ikke være tillatt. Selvforsvar med døden til følge er et mer utfordrende eksempel. Det å ta angriperens liv er i utgangspunktet uakseptabelt siden det krenker livet, men hva hvis det innebærer at en selv dør? Finnis vil trolig besvare spørsmålet ved å hevde at selvforsvar ikke er en direkte forsømmelse av verdien liv, siden siktemålet først og fremst er å forsvare seg, ikke å drepe morderen. Det er ikke offerets intensjon å ta livet av morderen. Ved å legge vekt på intensjonen bak en handling fremfor konsekvensen, unngår teorien urimelige resultater.

Jeg har ved de foregående avsnittene forsøkt å forklare Finnis’ moralteori. Kort oppsummert går teorien ut på at vi skal handle på bakgrunn av enkelte objektive og universelle verdier som er gode i seg selv. Riktig handlingsalternativ finner vi ved å bruke den praktiske fornufts prinsipper, som er en rekke regler om hvordan vi skal forholde oss til de grunnleggende verdiene og fremme disse mest mulig effektivt. Vi skal ikke følge verdiene og fornuften kun i enkelttilfeller, men bør isteden forsøke å leve i overenstemmelse med disse som en livsstil. En slik deltagelse i verdiene resulterer i en fullstendig menneskelig tilstand.

Avslutningsvis vil jeg utdype noen styrker og svakheter ved Finnis’ teori, for å svare på om teorien er plausibel. En første styrke ved teorien til Finnis er at de grunnleggende verdiene ikke er utledet fra det faktiske, men fra selvinnlysende rasjonelle sannheter. På den måten unngår Finnis kritikken som har blitt rettet mot Aquinas: å slutte fra er til bør er ikke en gyldig slutning. Dette er problematisk fordi slutningen må bygge på et utenforstående premiss for å være gyldig. Det er nødvendig med et mellomledd som sier noe om hvorfor vi kan gå fra det deskriptive til det normative. Et annet trekk som ofte blir omtalt som positivt ved en naturrettslig moralfilosofi er absolutte objektive verdier. Er det ikke slik at enkelte verdier eller rettigheter er så viktige at de må være ukrenkelige, for eksempel retten til liv eller forbud mot tortur? På bakgrunn av menneskerettighetsutviklingen i moderne tid kan det i alle fall slås fast at slike tanker har fått feste i samfunnet. Det eksisterer i dag enkelte absolutte menneskerettigheter. Finnis’ teori er på den måten et viktig motstykke til moralsk relativisme.

⁶⁴ Op. cit. s. 125-126.

Når det kommer til svakheter ved Finnis' naturretsteori, er det særlig to former for kritikk som må nevnes. Den første er at Finnis' teori ikke i tilstrekkelig grad evner å gi svar på hvordan vi bør handle i konkrete situasjoner. Verdiene og de praktiske prinsippene gir klare svar på enkle moralske konflikter, men når det kommer til de vanskelige dilemmaene kan teorien gi urimelige resultater. Dette siden alle verdiene er fundamentale i den forstand at de ikke kan krenkes, i tillegg til at det ikke eksisterer et tydelig hierarki mellom dem. Selvforsvar-eksempelet illustrerer dette godt. Den andre formen for kritikk aksepterer måten Finnis' teori er oppbygd på, men ikke utvalget av verdier og hvordan disse begrunnes. Kan det tenkes at det er andre goder som er mer selvinnskylende enn de Finnis oppstiller? Det er en plausibel innvending. Som tidligere nevnt har Finnis selv gitt uttrykk for at dette er en mulighet. Finnis' eget utvalg av verdier er imidlertid intuitivt lett å støtte opp om, siden de omfatter grunnleggende aspekter ved det å være menneske.

Etter å ha gjennomgått og kort evaluert Finnis' moralteori, må det etter min mening sies at teorien kan ha vanskeligheter med å gi klare svar på hvordan vi skal handle i komplekse moralske situasjoner. Dette er imidlertid også teoriens styrke: objektive og absolutte verdier som er så viktige at de er ukrenkelige. Disse styrkene og svakhetene vil influere Finnis' rettsfilosofi, som oppgaven nå vil rette fokus mot.

2.3.3 Finnis' rettsfilosofi

Finnis forsøker å realisere sin egen moralfilosofi gjennom rettsfilosofien. Det vil si at rettsfilosofien fremmer de grunnleggende verdiene og den praktiske fornuft gjennom loven. Loven kan være en adferdsregulerende mekanisme i samfunnet, og er derfor et av de viktigste virkemidler til å styre borgernes handlinger. På den måten er det formålstjenlig – om ikke nødvendig – å forankre moralfilosofien i rettsfilosofien. I det videre vil jeg forklare sentrale begreper i Finnis' rettsfilosofi ved å gjøre rede for overgangen fra de grunnleggende verdiene til behovet for en lovgiver og lover. Deretter vil jeg redegjøre for begrepet lov, for så å kunne si noe om forpliktelse, og til slutt hvordan borgerne på den bakgrunn må forholde seg til en umoralsk lov.

Et godt liv ifølge Finnis' teori er som nevnt å handle riktig over tid på bakgrunn av de grunnleggende verdiene og den praktiske fornufts prinsipper. Dette gjelder for alle mennesker. Siktemålet med moralfilosofien er derfor at alle skal få muligheten til å ta del i og realisere de grunnleggende verdiene. På lik linje med hvordan mennesker i et samfunn forholder seg til hverandre, skaper alles søken etter det gode koordineringsproblemer. Samfunnet må derfor

innrettes slik at alle kan søke etter og ta del i verdiene samtidig. Dette endelige mål for hvert enkeltmenneske og kollektivet, kaller Finnis det felles gode («the common good»)⁶⁵ Det er dette samfunnet må strebe mot.

Det er som nevnt flere måter å oppnå det felles gode på. De ulike verdiene og prinsippene gir ulike muligheter for handling som alle kan være riktige. Når hvert eneste menneske i samfunnet skal søke det felles gode, generer det utallige handlingsalternativer. Enighet om hvilket handlingsalternativ som er best for å oppnå det felles gode er derfor ikke en plausibel løsning. Det er isteden behov for en autoritet som kan fatte avgjørelser på vegne av borgerne.⁶⁶ Finnis uttaler at: “Authority (and thus the *responsibility* of governing) in a community is to be exercised by those who can in fact effectively settle co-ordination problems for that community”.⁶⁷ Alles søken etter det gode nødvendiggjør og legitimerer dermed en styringsmakt. Samtidig setter det også grenser for autoritetens kompetanse. Dersom den styrende ikke oppfyller sin funksjon har han heller ikke autoritet. Autoriteten må derfor fremme det felles gode for å ivareta sin posisjon.

Avgjørelsene autoriteten fatter må forankres i et rettssystem med muligheter for å utøve tvangsmakt, enten som lov eller annen form for myndighetsutøvelse i samsvar med loven. Dette fordi lovene er det mest effektive styringsmiddelet samfunnet har for å regulere borgernes adferd.⁶⁸ Lovene selv utgår fra rettssystemet. Det vil si at lovene regulerer sin egen tilblivelse gjennom autoritative lovgivningsprosedyrer som ofte er nedfelt i et lands konstitusjon. Både rettssystemet og lovene må være rettferdige, noe som kan bestemmes ut i fra den grad rettssystemet og lovene ivaretar det felles gode, altså realiseringen av de grunnleggende verdiene. Som Finnis selv sier: “The authority of the law depends, [...], on its justice or at least its ability to secure justice”.⁶⁹ Lovene kan med andre ord ikke forstås uten et moralsk aspekt – de må fremme de grunnleggende verdiene.

I hvilken grad rettssystemet og lovene ivaretar sine formål, kan måles ved hjelp av begrepet om rettssikkerhet.⁷⁰ Begrepet brukes av Finnis i stor grad på samme måte som i jussen

⁶⁵ Op. cit. s. 154-155.

⁶⁶ Op. cit. s. 232.

⁶⁷ Op. cit. s. 246.

⁶⁸ Op. cit. s. 260.

⁶⁹ Op. cit. s. 260.

⁷⁰ Op. cit. s. 270.

generelt. Det kan derfor sies at rettssikkerhetens formål er å sikre individene frihet. Ved denne type ordnet frihet står individene uten hindringer til å realisere de grunnleggende godene.⁷¹

På bakgrunn av gjennomgangen så langt kan loven ifølge Finnis sies å være et resultat av en legislativ prosedyre fra en autoritet, med formål om å ordne samfunnets koordineringsproblem slik at det felles gode fremmes og tas del i av alle.⁷² Med denne forståelsen av den positive loven som bakteppe, kan vi forstå begrepet forpliktelse, og dermed i hvilken grad borgerne må forholde seg til urettferdige lover ved kollisjon mellom naturretten og den positive retten.

Finnis operer med to typer forpliktelser: rettslig og moralsk.⁷³ En rettslig forpliktelse følger av positive lover som har gått gjennom formelle lovgivningsprosedyrer, for eksempel ved vedtagelse av et flertall i Stortinget. Forpliktelsen er en naturlig følge av at samfunnet må inneha en effektiv styringsmakt for å løse koordineringsproblemet, og dermed ivareta det felles gode. Loven innebærer derfor en rettslig forpliktelse i kraft av å være lov. Her er det viktig å påpeke en nyanse: Loven forplikter ikke kun på grunn av borgernes frykt for sanksjoner ved overtredelse, men også fordi det å overholde loven bidrar til samfunnets beste gjennom realiseringen av det felles gode. Det å overholde loven er på den måten hensiktsmessig og har en verdi i seg selv. Her må det og bemerkes at det ikke kun er loven som må overholdes, men rettssystemet som et hele. Det innebærer igjen at hver enkelt lov må overholdes for å sikre rettssystemets legitimitet. Om dette sier Finnis: “either you obey the *particular* law, or you reveal yourself (to yourself, if not to others) as lacking or defective in allegiance to the *whole*, as well as to the *particular*”.⁷⁴

Det er en presumpsjon for at rettssystemet er legitimt ved at lovene antas å fremme det felles gode. På den måten trenger ikke enkeltindividene selv å tenke seg til hva som er en riktig handling, da lovgiver allerede har foretatt valget for dem. Finnis sier at: «The law thus anticipates and seeks to capitalize upon, indeed to absorb and take over, the “good citizen’s” schema of practical reasoning, and to give it an unquestioned or dogmatic status».⁷⁵ Siden loven presumtvt fremmer det felles gode, skaper den også en moralsk forpliktelse. I tillegg vil det kunne følge en moralsk forpliktelse av lovens faktiske innhold, hvilket vil variere fra lov til lov. På den måten blir det en dobbelt moralsk forpliktelse: den ene følger presumtvt av loven

⁷¹ Op. cit. s. 273.

⁷² Op. cit. s. 276.

⁷³ Op. cit. s. 314.

⁷⁴ Op. cit. s. 317.

⁷⁵ Op. cit. s. 318.

generelt, mens den andre følger av lovens faktiske innhold. Om dette sier Finnis: «The *equal obligation in law* of each obligation-imposing law is to be clearly distinguished from the moral obligation to obey *each law*».⁷⁶ Det må derfor skilles mellom forpliktelse overfor loven generelt, og den enkelte lov spesielt. Dersom loven eller en annen uautorisert norm fremmer de grunnleggende verdiene og den praktiske fornufts prinsipper i samfunnet, forplikter loven eller normen moralsk. Det kan derfor sies at rettslig forpliktelse følger av den formelle måten loven blir til på, mens moralsk forpliktelse følger av lovens presuntive funksjon eller konkrete innhold – om det felles gode fremmes. En slik inndeling innebærer en fare for motstrid mellom rettslige og moralske forpliktelser.

På bakgrunn av forholdet mellom rettslig og moralsk forpliktelse, kan det også sies noe om samspillet mellom naturrett og positiv rett hos Finnis. Som tidligere nevnt under den generelle delen om naturretten, er den positive retten for naturrettstenkerne underordnet den naturlige retten. Dette gjelder også for Finnis. Han uttaler at: “the act of positing law [...] is an act which can and should be guided by ‘moral’ principles and rules; that those moral norms are a matter of objective reasonableness, [...] and that those same moral norms justify [...] the very institution of positive law”.⁷⁷ Den positive retten må således styres av naturrettens moralske normer for å ha legitimitet. Men den positive retten tilføyer også naturretten ulike aspekter: rettslige konsekvenser og en rettslig motivasjon for ikke å bryte normen og handle umoralsk.⁷⁸ Her må det påpekes at naturrett og positiv rett sjelden er like og overlappende størrelser. Hva som er riktig etter naturretten bestemmes gjerne av overordnede prinsipper, mens store deler av positiv lovgivning er mer variert og detaljert. Finnis illustrerer dette ved eksempelet om regulering av privat eiendomsrett.⁷⁹ En slik regulering er til gode for samfunnets utnyttelse av ressursene, og dermed overensstemmende med det felles gode. Ved den nærmere utformingen av den positive reguleringen er det derimot flere måter å gjøre dette på, som alle vil være i samsvar med naturrettens krav. Poenget er at lovgiver i mange tilfeller står fritt til å regulere, uten at naturretten stiller mer enn overordnede krav.

Jeg har så langt forklart hvordan realiseringen av de grunnleggende verdiene skaper et behov for en autoritet som koordinerer samfunnet. Koordineringen skjer først og fremst gjennom rettssystemet og lovene. Siden loven skal fremme de grunnleggende verdiene, må det være en nødvendig forbindelse mellom rett og moral. Naturretten er derfor overordnet den

⁷⁶ Op. cit. s. 318.

⁷⁷ Op. cit. s. 290.

⁷⁸ Op. cit. s. 283.

⁷⁹ Op. cit. s. 285-286.

positive retten. Lovene skaper en rettslig forpliktelse som følge av lovgivningsprosedyren, og en moralsk forpliktelse fordi de presumtivt fremmer det felles gode. I tillegg kan det følge moralske forpliktelser av lovenes materielle innhold. I det videre vil jeg redegjøre for hva som skjer dersom det oppstår en konflikt mellom disse forpliktelsene.

Hva skal borgeren gjøre i et tilfelle der loven ikke stemmer overens med moralen? Skal loven følges, og hvis ikke; er loven i det hele tatt en lov? Svaret på disse spørsmålene følger av den kjente naturrettslige doktrinen om at en umoralsk lov ikke er en lov (*lex iniusta non est lex*). Ved første øyekast kan setningen virke absurd og selvmotsigende – en umoralsk lov er jo nettopp en lov. Doktrinen bør derfor ikke forstås bokstavelig, men på samme måte som utsagn som: «et fiskegarn med hull er ikke et fiskegarn», eller «en sløv kniv er ingen kniv». Utsagnene forteller oss noe om en gjenstands funksjon. Siden lovens funksjon er å være i samsvar med moralen, vil en umoralsk lov derfor ikke være en lov i den forstand.

Finnis har et moderat syn på doktrinen om *lex iniusta non est lex*. Doktrinen er en underordnet (men nødvendig) konsekvens av moralteorien om de gode verdiene, og at loven for å realisere disse verdiene må være moralsk betinget.⁸⁰ Finnis slutter dermed opp om konsekvensene av doktrinen ved at umoralske lover ikke gir borgerne noen plikt til å adlyde disse. Noe annet ville også vært vanskelig, da det sentrale budskap i Finnis' teori er at de gode verdiene (moralen) skal fremmes i samfunnet gjennom lovene. Svikter lovene sin funksjon forsømmes jo de gode verdiene. Spørsmålet i det videre er når dette er tilfellet, og hvilke hensyn som er med i avgjørelsen om å adlyde loven eller ikke.

Finnis stiller opp fire ulike tilfeller av urettferdighet som gir legitim grunn til å ikke adlyde loven, eller sagt på en annen måte: som fører til at loven ikke forplikter. Dette henger igjen sammen med grensene for autoritetens kompetanse. Finnis uttaler at: «First, since authority is derived solely from the needs of the common good, the use of authority by rulers is radically defective if they exploit their opportunities by making stipulations intended by them not for the common good but for their own or their friend's or fraction's advantage, or out of malice against some person or group».⁸¹ Det første tilfellet hvor loven ikke forplikter er altså når loven fremmer særinteresser fremfor det felles gode. Hva som er det felles gode må bestemmes på bakgrunn av de gode verdiene Finnis har oppstilt, sammen med den praktiske fornuft. Dersom loven ikke fremmer disse moralske verdiene lider den av en defekt.

⁸⁰ Op. cit. s. 351

⁸¹ Op. cit. s. 352.

Det andre tilfellet som nevnes er «ultra vires acts».⁸² Det vil si, avgjørelser tatt av myndighetene som ligger utenfor deres kompetanse. Dette er misbruk av makt, enten det er intensjonelt eller ikke-intensjonelt, og medfører at loven ikke forplikter. Slike tilfeller knytter seg til utstederen av loven.

Tilfellet nummer tre hvor loven ikke forplikter knytter seg til rettssikkerhetsbegrepet. Finnis sier at “Thus, the exercise of legal authority otherwise than in accordance with the due requirements of manner and form is an abuse and an injustice”.⁸³ Dette henger sammen med at rettssikkerhetsbegrepet er en sentral indikator på om rettssystemet fremmer det felles gode. I tilfeller hvor rettssikkerheten ikke ivaretas, er loven umoralsk og forplikter ikke. Tilfellet nummer tre omhandler dermed forsømmelsen av typiske prosessuelle rettigheter.

Det fjerde tilfellet hvor lovene ikke må adlydes, er dersom de har et umoralsk innhold.⁸⁴ Dette kan være tilfeller hvor de er distributivt urettferdige med tanke på fordeling av goder, rettigheter og plikter, eller ved fornektelse av absolutte menneskerettigheter.

Jeg har nå gjennomgått de fire overordnede tilfellene for når en lov kan være umoralsk. Om loven i disse tilfellene skal overholdes beror på den nevnte sonderingen mellom rettslig og moralsk forpliktelse. Finnis stiller i denne forbindelse spørsmålet om en umoralsk lov skal overholdes på forskjellige måter.⁸⁵ Dersom spørsmålet stilles ut i fra de faktiske konsekvenser, er det klart at loven innehar en sanksjon som domstolene og maktapparatet vil iverksette dersom loven ikke adlydes. De faktiske konsekvenser tilsier derfor at loven skal følges, men dette gir ikke et svar på hva som er riktig. Mer relevant er de rettslige forpliktelser som følger av loven og rettssystemet gjennom de autoritative lovgivningsprosedyrene. I utgangspunktet tilsier slike rettslige forpliktelser at loven skal overholdes, nettopp fordi den er en lov. Loven inneholder som nevnt også en moralsk forpliktelse som tilsier at den bør følges, fordi det er en presumsjon for at loven fremmer det felles gode. Av den grunn må rettssystemets legitimitet opprettholdes, slik at borgerne forholder seg lydige. I tillegg er det en moralsk forpliktelse som beror på lovens konkrete innhold – om dette samsvarer med verdiene.

Oppsummert taler både de faktiske konsekvenser, rettslig forpliktelse og moralsk forpliktelse i den første betydning for at loven skal følges. Dette uavhengig av lovens moralske innhold. Det er imidlertid lovens innhold som er avgjørende for om loven skal overholdes.

⁸² Op. cit. s. 352-353.

⁸³ Op. cit. s. 353.

⁸⁴ Op. cit. s. 353-354.

⁸⁵ Op. cit. s. 354. Se også Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014, s. 298-301, for hans redegjørelse av denne delen av Finnis teori.

Dersom loven ikke fremmer de gode verdiene, tilsier doktrinen at loven ikke må adlydes. Dette til tross for at loven har gått gjennom den formelle lovgivningsprosedyren, dommeren ser på den som en lov, og folk flest tenker på den som en lov.⁸⁶

Det kan imidlertid være problematisk at enkeltindivider gis mulighet til å bestemme når det er riktig å ikke adlyde loven, fordi det svekker lovens kraft og rettssystemets legitimitet. Dersom viktigheten av å bevare rettssystemets legitimitet er viktigere enn det å ikke adlyde den umoralske loven, mener Finnis likevel at den umoralske loven må overholdes.⁸⁷ Legitimiteten til rettssystemet må opprettholdes, fordi rettssystemet som et hele fremmer det felles gode. Det kan derfor sies at det sentrale for Finnis ikke er om en enkeltlov settes til side på grunn av verdibetraktninger, men hvordan vi kan fremme de gode verdiene i samfunnet generelt. At enkeltlover settes til side i visse tilfeller, er imidlertid en nødvendig konsekvens av dette.

Avslutningsvis vil jeg kort oppsummere Finnis' rettsfilosofi med formål å vise frem de trekk som vil være aktuelle senere i oppgaven. Retten er for Finnis en funksjon av samfunnets behov for å styre vår adferd på bakgrunn av grunnleggende verdier. Av den grunn kan ikke lovens funksjon forstås uten en nødvendig sammenkobling til realiseringen av disse. Dersom loven fremmer umoralske verdier utspiller den ikke sin funksjon, og det vil ikke være riktig å adlyde den. Konsekvensen av denne normative teorien er at verdivurderinger i rettsanvendelsen må tillegges mer vekt enn vedtatt lovgivning. Utfordringen er å vite når dette er tilfellet, altså selve avveiningen mellom lojaliteten til rettssystemet og de grunnleggende verdiene. En av svakhetene ved Finnis' moralfilosofi var jo nettopp manglende presisjon i slike tilfeller, noe Finnis selv erkjenner.⁸⁸ Jeg vil derfor i det videre forsøke å påvise og besvare de tilfeller der Finnis' teori tilsier at verdivurderinger må tillegges mer vekt i rettsanvendelsen.

3. Finnis' naturrettsteori og reelle hensyn

3.1 Innledning

I forrige kapittel beskrev jeg hvordan naturrettstilsofen John Finnis argumenterer for at retten må ha en nødvendig sammenheng med moralen. Dette kan også uttrykkes som at verdier må ha en grunnleggende plass i rettsanvendelsen. Med det menes ikke bare at lovene må gjenspeile og fremme viktige verdier i samfunnet, men at retten må utledes av andre faktorer som fremmer

⁸⁶ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 360-361.

⁸⁷ Op. cit. s. 361-362.

⁸⁸ Op. cit. s. 362.

de gode verdiene dersom loven selv forsømmer disse. I praksis innebærer det for norsk rettskildelære at hver enkelt rettskildefaktor i vektingsprosessen kan gis forrang for andre rettskildefaktorer, da det er naturrettens moralske løsning som er det sentrale, uavhengig av hvilken rettskildefaktor denne løsningen materialiserer seg i.

Det må imidlertid presiseres at naturretten og positiv rett som nevnt ikke er overlappende størrelser, da naturretten først og fremst knytter seg til det moralsk riktige. Store deler av det positive lovverket befatter seg ikke med slike spørsmål, men holder seg innenfor et moralsk handlingsrom. I tillegg er det slik at retten i moderne rettsstater – og dermed igjen de ulike rettskildefaktorene – presumtvt antas å ikke stride med moralen. De tilfellene en slik vektingskonflikt kan oppstå er dermed av et begrenset omfang, men likevel desto viktigere.

Når loven avviker fra moralen, må rettsanvenderen selv finne den løsning som er moralsk (og rettslig) riktig. I disse tilfellene vil både rettskildefaktorene lov, forarbeider og rettspraksis innebære en løsning i strid med moralen. Disse rettskildefaktorene vil være autoritativt lukket, i den forstand at rettsanvenderen må forholde seg til et gitt innhold fastlagt av lovgiver eller domstolen. Det vil kun være et begrenset rom for en god løsning ved fortolkning. I de tilfellene der fortolkning ikke vil avhjelpe problemet, innebærer det at løsningen må finnes i andre rettskildefaktorer. Den rettskildefaktor innenfor norsk rettskildelære som i størst mulig grad gir rom for å vektlegge og argumentere ut i fra gode verdier og løsninger, er reelle hensyn.

Dette kapitlet vil ta for seg rettskildefaktoren reelle hensyn. Formålet er å tydeliggjøre verdivurderingene som en del av reelle hensyn, og dermed vise hvordan det i norsk rettskildelære er plass til en normativ naturrettsteori som innebærer en større vektlegging av rettskildefaktoren. I kapittel 3.2 vil jeg vise hvordan verdivurderinger er en etablert kategori blant reelle hensyn, med den konsekvens at Finnis' naturrettsteori kan gi rettskildefaktoren et konkret moralsk innhold. Deretter vil jeg i kapittel 3.3 argumentere for at det i tilfeller hvor loven gir en umoralsk og ikke-akseptabel løsning, er nødvendig med et særlig vektingsprinsipp hvor moralske verdier alene vil kunne danne rettsregelen. På den måten vil jeg tydeligere få frem hvordan moralen kan og bør influere rettsanvendelsen.

3.2 Finnis' moralfilosofi som innhold i reelle hensyn

3.2.1 Innledning

Formålet i dette kapittelet er som nevnt å vise hvordan godhetsvurderinger er en sentral kategori blant reelle hensyn. Når slike vurderinger gis innpass i rettsanvendelsen, er det også nødvendig å konkret si hva som er godt, og hva som ikke er godt. Hvis ikke står rettsanvenderen uten klare moralske holdepunkter, med risiko for at hans subjektive oppfatninger trekkes inn i rettsanvendelsen. Ved å oppstille en klar moralteori som innhold i reelle hensyn, vil derimot rettskildefaktoren være transparent og funksjonell. Her kommer Finnis' naturrettslige moralfilosofi inn i bildet – som konkret innhold i reelle hensyn.

I det videre i kapittelet vil jeg forklare hva verdi- og godhetsvurderinger er ved å redegjøre for hva ulike norske rettsteoretikere legger i innholdet, og også hvordan (hvis) de avgrenser kategorien. Samtidig vil jeg vise at det er plass til Finnis' konkrete moralfilosofi som en del av verdi- og godhetsvurderingene.

3.2.2 Det moralske innholdet i reelle hensyn

Fokus for reelle hensyn i denne oppgaven er den faktiske bruken i rettsanvendelsen, og de konsekvenser dette medfører for hvilken rettsregel en til slutt oppstiller. Den faktiske bruken knytter seg imidlertid til et begrep om reelle hensyn som må forklares.⁸⁹ Dette begrepet er i seg selv ganske intetsigende. Ulike forfattere opererer med forskjellig innhold. Høyesterett er heller ikke konsekvent i begrepsbruken – hvis bruken av reelle hensyn i det hele tatt nevnes eksplisitt i domsgrunnene. Opp gjennom årene har også en rekke forskjellige navn blitt tatt i bruk, sånn som «sakens natur»⁹⁰ og «reale hensyn»⁹¹. I tillegg benyttes ofte såkalte synonymmer, til tross for at de egentlig regnes som underkategorier.⁹² Rune Slagstad har derfor uttalt at reelle hensyn «er som begrep en bastard».⁹³

Jeg vil ikke forsøke å gi en endelig definisjon av reelle hensyn. Dette er heller ikke nødvendig for oppgaven. Som tidligere nevnt i hovedinnledningen er det nesten utelukkende verdi- og godhetsvurderinger som er relevante i denne sammenheng. Som det følger av Slagstad

⁸⁹ Inndelingen mellom faktisk bruk og selve begrepet er i tråd med Alf Petter Høgberg sin inndeling av kritikken mot reelle hensyn etter fenomen, begrep og term, se Alf Petter Høgberg, «Om kritikkene av fenomenet reelle hensyn, begrepet «reelle hensyn» og termen «reelle hensyn»», *Festskrift til Carl August Fleischer*, Oslo 2006 s. 297-316 (s. 297-298).

⁹⁰ Per Augdahl, *Rettskilder*, 3. utgave, Oslo 1973 s. 14-18.

⁹¹ Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 360.

⁹² Eksempelvis kun konsekvensbetraktninger eller godhetsvurderinger.

⁹³ Rune Slagstad, *Rettsens ironi*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 322.

sitt sitat, er dette imidlertid ikke den eneste kategori reelle hensyn. Det er vanlig å skille mellom særlig to kategorier: verdivurderinger og konsekvensbetraktninger.⁹⁴ I tillegg har Sverre Blandhol introdusert en tredje kategori: saksspesielle forhold.⁹⁵ Det er derfor viktig å presisere at reelle hensyn er mer enn verdivurderinger, selv om de andre kategoriene ofte vil bidra til realiseringen av disse. Verdiene kan for eksempel være styrende for hvilke konsekvensbetraktninger vi vektlegger i rettsanvendelsen.⁹⁶ Det er uansett kun verdivurderinger som er tema videre i oppgaven, både når det gjelder innholdet av disse og bruken i rettsanvendelsen. Ved en gjennomgang av ulike syn i juridisk teori, vil jeg vise at det er mulig å implementere Finnis' teori som en del av verdivurderingene blant reelle hensyn.

Av alle lærebokforfattere som har forsøkt å definere reelle hensyn, er nok Torstein Eckhoff sin definisjon den mest kjente. Han skriver: «Det er vurderinger av resultatets godhet jeg kaller reelle hensyn».⁹⁷ Definisjonen utdypes ved at det siktes til både godheten av det konkrete resultat og den generelle regel. I tillegg gjør Eckhoff et forsøk på å avgrense rammene for godhetsvurderingen, både når det kommer til hva som faller utenfor som irrelevante hensyn, og hva som er de forskjellige typer godhetsvurderinger.⁹⁸ Under godhetsvurderingene nevnes blant annet rettferdighetsoppfatninger, virkningsorienterte vurderinger, formålsbetraktninger og interesseavveininger.

Det er en svakhet ved Eckhoffs definisjon at det kan gis inntrykk av at reelle hensyn først og fremst knytter seg til resultatet, mens de i virkeligheten omfatter alle ledd i rettsanvendelsen. I tillegg er Eckhoff uklar på hva som egentlig er godt i seg selv, til tross for avgrensningsforsøket. De reelle hensynene blir derfor mindre funksjonelle i rettsanvendelsen. Uklarheten gjør det vanskeligere for rettsanvenderen å bruke rettskildedefaktoren riktig. Om dette har Hans Petter Graver uttalt: «Eckhoff gir ingen anvisning på hva som *er* rettferdig, rimelig, formålstjenlig e.l., eller hvordan man veier for eksempel samfunnsnytte mot rettferdighet. [...] Konsekvensene av en slik avmaterialisering av begrepene, er at begrepene selv ikke gir svar på materielle rettsspørsmål».⁹⁹ Poenget er dermed at når det først henvises til noe som er godt, må

⁹⁴ Sverre Blandhol, *De beste grunner*, Oslo 2013 s. 38.

⁹⁵ Op. cit. s. 38. Jens Edvin Skoghøy operer i tillegg med to andre kategorier: retts tekniske og systemorienterte vurderinger, se Jens Edvin Skoghøy, «Dommeren og Loven – betydningen av dommerens egne vurderinger («reelle hensyn»), *Jussens Venner*, 2015 s. 287-309 (s. 291).

⁹⁶ Thomas Frøberg uttrykker også et slikt standpunkt, se Frøberg s. 273. Motsatt, se Blandhol, *De beste grunner*, s. 31-33.

⁹⁷ Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 371.

⁹⁸ Op. cit. s. 372-374 og 382-393.

⁹⁹ Hans Petter Graver, «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2000 s. 429-476 (s. 438).

også denne kategorien fylles med substans og forklares. Eckhoff sier riktignok noe om innholdet i reelle hensyn, ved at han avviser en utilitaristisk moralfilosofi som ideal. Han sier imidlertid ikke noe om alternativet.

Jan Fridthjof Bernt forklarer uklarheten på bakgrunn av Eckhoffs rettspositivistiske og rettsrealistiske tilknytning.¹⁰⁰ Bernt mener Eckhoff står i en mellomstilling mellom H.L.R. Hart og Ronald Dworkin, og deres diskusjon om verdier og prinsipper i rettsanvendelsen. Reelle hensyn skal for Eckhoff forklare spriket mellom lovgivers positive lover og domstolenes faktiske rettsregler, ved å tilføre retten moralske og dynamiske elementer som dommerne benytter seg av når loven kommer til kort. Årsaken til at Eckhoff ikke forsøker å fylle kategorien med innhold skyldes ifølge Bernt påvirkningen fra Hart, ved Harts mening om at løsninger utenfor loven kun er utslag av et individuelt dommerskjønn.¹⁰¹ Et slikt usikkert skjønn er ubestemt. Følgelig er det en tilnærmet umulig oppgave å bestemme innholdet i reelle hensyn. Forskjellen mellom Eckhoff og Hart i dette tilfellet, er at Eckhoff gav reelle hensyn en normativ kraft som rettskildedefaktor. På den måten beveger Eckhoff seg mot Dworkins tanke om normative prinsipper som et element i rettsanvendelsen.¹⁰² Dette må ha som konsekvens at det stilles krav om at de normative verdiene må kunne klarlegges, avgrenses og begrunnes. Det kan gjøres ved å fylle reelle hensyn med moralfilosofiske innslag, eksempelvis Finnis' og naturrettens teori om klart definerte objektive goder. På den måten får moralen en tydelig plass i rettsanvendelsen, samtidig som det er klart hva det refereres til ved bruken av begreper som verdier og reelle hensyn.

Et annet interessant trekk som må nevnes hos Eckhoff, er at han ut i fra et rettsrealistisk ståsted har et deskriptivt syn på reelle hensyn. Det vil si at han først og fremst beskriver hvordan bruken av reelle hensyn faktisk er i rettsanvendelsen og hos dommeren, når det tas stilling til gjeldende rett.¹⁰³ Han kommer dermed ikke med uttalelser om hvordan bruken av reelle hensyn bør være. Dette i motsetning til andre norske rettsteoretikere, og særlig John Finnis' normative naturrettsteori, som helt klart argumenterer for at verdier må være det sentrale i rettsanvendelsen. Derimot er det utvilsomt at Eckhoffs deskriptive teori har hatt normativ effekt, ved at den har blitt gjeldende lære for størstedelen av juristene i dagens samfunn. Eckhoffs fremstilling av hvordan retten er, har dermed ført til hvordan retten bør være. Sett i lys av den tidligere kritikken om Eckhoffs unnløstelse av å presisere rammene for reelle hensyn,

¹⁰⁰ Jan Fridthjof Bernt, «Hva skjedde med rettsrealismen?», *Jussens Venner*, 2014 s. 139-161 (s. 154).

¹⁰¹ Op. cit. s. 157.

¹⁰² Op. cit. s. 156.

¹⁰³ Eckhoff/Helgesen s. 22.

har dette den uheldige konsekvens at et argument uten klart innhold tillegges normativ vekt i rettsanvendelsen. Reelle hensyn har derfor behov for en større innholdsmessig rettsfilosofisk forankring.

En juridisk forfatter som har påpekt reelle hensyns betydning før Eckhoff, er Carl August Fleischer. Han har blant annet omtalt reelle hensyn som «hele jussens og alle rettskilders mor», og begrunnet dette med at: «Det er fordi samfunnet og lovgiveren ønsker å ivareta ulike reelle hensyn at det gis lover i det hele tatt. Og det er fordi loven skal tolkes og gis et rimelig og hensiktsmessig innhold i de ulike enkeltspørsmål, at reelle hensyn ofte må spille en vesentlig rolle som rettskildefaktor»¹⁰⁴. Denne definisjon favner umiddelbart bredere enn Eckhoffs, ved at Fleischer ser på reelle hensyn som de hensyn og verdier rettsordenen skal fremme, uavhengig av rettskildefaktor. Det vil si, reelle hensyn fremmes både gjennom lov, forarbeider, høyesterettspraksis, reelle hensyn i seg selv, osv. Kanskje kan det på den bakgrunn sies at reelle hensyn er overordnede hensyn om et godt samfunn, som både er styrende for og kommer til uttrykk gjennom retten generelt. Rettens oppgave er jo å koordinere borgerne gjennom en regulering av samfunnet for alles beste.

Alf Petter Høgberg har beskrevet Fleischers syn på reelle hensyn på en lignende måte: «Hos Fleischer er således reelle hensyn det fundament et positivt rettssystem kan og bør bygges på, noe som gjør at Fleischers posisjon med reelle hensyn som det ytterste fundament for alle elementer i rettssystemet, kan ligne på visse utgaver av naturretten».¹⁰⁵ Dette ligger nært opp til John Finnis' syn på retten som en realisering av de gode verdiene i samfunnet. En umiddelbar forskjell er at Fleischer ikke peker på noen klar moralfilosofi som skal fylle kategorien reelle hensyn, i motsetning til Finnis som har en tydelig normativ moralfilosofi som grunnlag for sin rettsfilosofi. Graver har blant annet kritisert Fleischer på dette punkt – for en manglende avgrensning og definisjon av reelle hensyn.¹⁰⁶

Til Fleischers forsvar må det imidlertid sies at det virker som om det for han, og for mange andre rettsteoretikere, er den til enhver tid rådende samfunnsmoral som er grunnlaget for reelle hensyn.¹⁰⁷ Fleischers teori og forståelsen av reelle hensyn ville likevel være tjent med en bedre presisering av rettskildefaktorens innhold. Uavhengig av moralteori, kan det i alle fall hevdes at Fleischer ved å understreke reelle hensyns sentrale plass i rettsanvendelsen, implisitt

¹⁰⁴ Fleischer s. 67.

¹⁰⁵ Høgberg s. 297.

¹⁰⁶ Graver, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover*, s. 449.

¹⁰⁷ Se blant annet Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 301.

uttaler at det må være en nødvendig forbindelse mellom rett og moral. Samtidig understreker Fleischer også – men i tråd med gjengs oppfatning blant tilhengere av naturretten – «at domstolene må være forsiktige med å sette sin oppfatning av reelle hensyn over lovgiverens. Rettskildebruken må bygge på at vi lever i et demokrati».¹⁰⁸

Av en annen rettsfilosofisk oppfatning om reelle hensyn er Nils Nygaard. Han tar utgangspunkt i Eckhoffs rettsrealisme, men med et større innslag av rettspositivisme ved at retten bør være lovgiverskapt.¹⁰⁹ Nygaard har kanskje av den grunn en mer normativ tilnærming til bruken av reelle hensyn i rettsanvendelsen. Han argumenterer for at handlingsrommet for rettsanvenderens bruk av rettskildefaktoren må innsnevres. Rettsanvenderen må utlede gjeldende rett fra allmenne prinsipper istedenfor reelle hensyn. Nygaard sier at: «Mykje kan tyda på at desse to gruppene [rettsoppfatninger og reelle hensyn] hjå *Eckhoff* kan bli unaturleg snevre i høve til visse typer rettslege fenomen som kan gå under stikkordet *rettsgrunnsetningar* eller *rettsprinsipp*, eller andre uttrykk for ei eksisterande sjølvstendig allmenn ulovfestet rettsnorm».¹¹⁰ På den måten er reelle hensyn for Nygaard i større grad en ferdig utlagt størrelse som rettsanvenderen benytter seg av, istedenfor ulike hensyn rettsanvenderen selv forankrer i retten.¹¹¹ En slik fastere kategori av reelle hensyn ved rettsprinsipper, begrenser rettsanvenderens handlingsrom. Dette er i og for seg ikke problematisk med tanke på Finnis' teori, så lenge rettsprinsippene inneholder de riktige, gode og moralske løsningene. Det sentrale er derfor hva som er innholdet i rettsprinsippene.

Nygaard utdyper innholdet i rettsprinsippene ved å nevne en hel rekke eksempler på disse, hovedsakelig innenfor privatretten.¹¹² Utenfor sitt konkrete anvendelsesområde gir imidlertid prinsippene rettsanvenderen lite handlingsrom. Det er derfor til hjelp at Nygaard sier følgende om legislative omsyn – som er reelle hensyn som danner grunnlag for løsningen av det konkrete rettsspørsmålet¹¹³ – «[k]va for legislative omsyn som er relevante, vil variera etter verdimiljøet på dei ulike rettsområde, dvs. om vedkomande omsyn passar inn på området. Det er rettskjeldeprinsippa 'i andre etasje' som gir retningsliner for dette [...]. Er det til dømes spørsmål om å danna rettsgrunnlag for rettsvern i konkurs, vil rettskjeldeprinsipp om

¹⁰⁸ Fleischer s. 71.

¹⁰⁹ Nygaard blir kategorisert på denne måten av Bjarne Askeland, «Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning», *Jussens Venner*, 2003 s. 8-23 (s. 16-17).

¹¹⁰ Nygaard s. 260.

¹¹¹ Også Erik Magnus Boe tolker Nygaard slik, se Boe s. 368.

¹¹² Se Nygaard s. 269-296.

¹¹³ Op. cit. s. 297-298.

forutbereknelighet stå sentralt».¹¹⁴ Nygaard vedgår derfor at overordnede hensyn og verdier i visse tilfeller vil kunne bestemme hva som er gjeldende rett. Disse hensynene vil igjen kunne utgå fra visse «samfunnsetiske krav».¹¹⁵ Nygaard finner derfor plass til moralske vurderinger blant reelle hensyn, men spesifiserer eller vektlegger ikke en spesiell moralfilosofi. Det er derfor åpent for at Finnis' moralteori kan utgjøre en konkret kategori innenfor reelle hensyn.

En annen rettsteoretiker som er interessant i denne sammenheng er Hans Petter Graver. Han har etterlyst en nærmere forbindelse mellom rett og moral, i tillegg til et substansielt innhold i kategorien reelle hensyn.¹¹⁶ Graver har derfor forsøkt å implementere dydsetikken som moralfilosofi i rettsanvendelsen.¹¹⁷ Om dette har Erik Magnus Boe treffende uttalt at Graver særlig har fått frem «hvilken plass etikken har blant de reelle hensynene».¹¹⁸ Det kan derfor sies at Graver ønsker å fremheve dydsetikken som en del av reelle hensyn. Han etterlyser visse moralske karaktertrekk og god dømmekraft blant rettsanvenderne. I tillegg må Graver kunne sies å være preget av en teleologisk tankegang. Han ønsker på denne bakgrunn at juristene «må utvikle sine karakteregenskaper».¹¹⁹ Dette har ikke bare betydning for jussen og juristene selv, men også i hvilken grad vi får vellykkede og gode samfunn. Graver sier at: «Det vi trenger er jurister som streber etter den gode rett, det gode samfunn og det gode liv».¹²⁰ På den måten blir retten instrumentell for å oppnå et godt samfunn og gode liv for borgerne. Dette kan kun skje gjennom hver enkelt rettsanvenders dydighet. Etter mitt skjønn innebærer et slikt standpunkt at rettsanvenderen har en legitim grunn til å trosse lovgiver og lovene, dersom det som blir pålagt er umoralsk. Moralens må altså være styrende for retten. Som et eksempel på situasjoner hvor slike spenninger har oppstått, nevner Graver Storbritannias avgjørelse om å invadere Irak på et feilaktig folkerettslig grunnlag.¹²¹ Boe nevner i tillegg amerikanske myndigheters bruk av tortur og «waterboarding» som et godt eksempel.¹²²

Slik jeg forstår Graver, etterspør han en nødvendig forbindelse mellom rett og moral – på lik linje med naturretsteoretikerne. Han ønsker å fylle reelle hensyn med dydsetisk tankegods. Som tidligere nevnt er dydsetikken kjent og sentralt stoff også for naturretstenkerne

¹¹⁴ Op. cit. s. 298.

¹¹⁵ Op. cit. s. 301.

¹¹⁶ Hans Petter Graver, *hva er RETT*, Oslo 2011 s. 124-125 og Graver, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover*, s. 438 og 447.

¹¹⁷ Op. cit. s. 130-131

¹¹⁸ Boe s. 356.

¹¹⁹ Graver, *hva er RETT*, s. 131.

¹²⁰ Op. cit. s. 122.

¹²¹ Op. cit. s. 117-119.

¹²² Boe s. 356.

Aquinas og Finnis, gjennom Aristoteles som har påvirket dem begge. Særlig dyden dømmekraft må kunne sies å være i samsvar med Finnis' begrep om praktisk fornuft. Begge har som hovedanliggende at rettsanvenderene må utvise et godt moralsk skjønn ved utleggingen av rettsreglene. I tillegg tenker Graver og Finnis likt også om rettens dypere anliggende – hvordan retten bidrar til gode samfunn og individuell lykke gjennom å realisere moralen. Gravers teori etterlyser dermed en nærmere forbindelse mellom rett og moral, og demonstrerer hvordan en moralteori kan gi substansielt innhold til reelle hensyn. Også Finnis' moralteori vil kunne utgjøre en slik funksjon.

Både Graver og Fleischer må kunne sies å ha et normativt syn på reelle hensyn, ved at kategorien og dets innhold bør utgjøre sentrale funksjoner i rettsanvendelsen. Også hos Jan Fridthjof Bernt og tradisjonen Bergenskolen¹²³, tillegges de reelle hensyn en normativ betydning.¹²⁴ Bernt og Synne Sæther Mæhle opererer med en vid definisjon av reelle hensyn som «frie overveielser av hva som er en hensiktsmessig, fornuftig eller rimelig rettsregel».¹²⁵ Innholdet i overveielsene avgrenses ved at reelle hensyn må være i overenstemmelse med «grunnleggende verdi- eller fornuftsmessige hensyn som vi ser som en felles forståelses- og referanseramme for rettsordenen som en helhet».¹²⁶ Med det menes at reelle hensyn må hentes fra visse overordnede verdier som anses legitime etter god metode. Bernt/Mæhle nevner tre slike grupper: positiverte verdier, generelle verdier i rettssystemet og bredere samfunnsmessige verdier.¹²⁷ En normativ moralfilosofi kan plasseres innenfor alle kategoriene, men må være akseptert og implementert av lovgiver for å kunne være en positivert eller generell verdi i rettssystemet. Også bredere samfunnsmessige verdier fordrer aksept. Ikke fra lovgiver, men direkte fra folket.

Vilkåret om aksept for hvorvidt et rettslig resonnement er legitimt, er kjennetegnende for Bergenskolen. Sentralt for denne oppgaven er at Bergenskolen søker å erstatte rettskildelprinsippene relevans, slutning og vekts styring av rettsanvendelsen, med en kvalifikasjonsnorm og et legitimitetsintervall. Kvalifikasjonsnormen sier oss noe om hvorvidt rettslig argumentasjon er forsvarlig på bakgrunn av om argumentasjonen er akseptert av det juridisk kommunikative fellesskap.¹²⁸ Det avgjørende for om et argument kan gis rettslig tyngde

¹²³ Om begrepet Bergenskolen, se Lars Finholt Jansen, «Bergenskolen: Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag», *Jussens Venner*, 2007 s. 108-123 (s. 108-109).

¹²⁴ Graver, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover*, s. 450.

¹²⁵ Bernt/Mæhle s. 304.

¹²⁶ Op. cit. s. 308.

¹²⁷ Op. cit. s. 308.

¹²⁸ Jansen s. 114.

er altså om juristfellesskapet godtar argumentet. Legitimitetsintervallet er rammene rettsanvenderen må forholde seg til på bakgrunn av kvalifikasjonsnormen.¹²⁹ På den måten forteller legitimitetsintervallet oss om argumentasjonen er forsvarlig, ikke om den er riktig eller gal. Bergenskolens modell blir følgelig mer verdi- og vurderingsorientert enn Eckhoff sin faste, rettsrealistiske modell. Den åpner opp for å fylle reelle hensyn med et normativt og materielt innhold, på bakgrunn av visse overordnede verdier. Av den grunn skriver Lars Finholt Jansen at Bergenskolen «fremtrer som en ny form for naturrettslære»¹³⁰.

Modellen til Bergenskolen gir i større grad enn Eckhoffs rettskildelære rettsanvenderen handlingsrom til å trekke inn moralske vurderinger i rettsanvendelsen, og fylle reelle hensyn med moralsk innhold. Samtidig setter også modellen grenser for handlingsrommet.¹³¹ Disse to trekkene – definisjon (innhold) og avgrensning – har som nevnt vært etterlyst hos Eckhoff. Bergenskolens modell tilfører derfor reelle hensyn større grad av substans. Denne verdiorienterte substansen er igjen egnet til å implementere Finnis' moralfilosofiske naturrettsteori. Alle de grunnleggende verdiene Finnis nevner bør i utgangspunktet ligge innenfor legitimitetsintervallet og ha bred samfunnsmessig oppslutning. Bergenskolens modell kan således legitimere Finnis' moralfilosofi som en del av reelle hensyn.

Gjennomgangen av de ulike teoriene har vist at moralske verdier bør ha en sentral plass blant reelle hensyn. Som nevnt innledningsvis kan dette være problematisk dersom det ikke samtidig foretas en avgrensning av verdiene. Disse må tydeliggjøres, og det må henvises til et klart moralsk innhold i kategorien. Dersom dette ikke gjøres, er det fare for at verdivurderingene blir subjektive og relativistiske, i motsetning til objektive moralske verdier som i Finnis' teori. Ved en manglende avgrensning og subjektivisering av verdivurderingene, svekkes de virkelige (objektive) verdivurderingers kraft, da disse kun antas å være rettsanvenderens egne moralske oppfatninger.¹³² I tillegg risikerer vi at personlige oppfatninger får innpass i rettsanvendelsen ved at de gis rettslig tyngde gjennom reelle hensyn. Det er derfor nødvendig å fylle verdivurderingene med et klart materielt innhold så langt det lar seg gjøre.

Av de nevnte rettsteoretikerne er det kun Graver som har forsøkt noe slik, ved å la dydsetikken utgjøre objektive verdier blant reelle hensyn. Selv har jeg argumentert for at Finnis'

¹²⁹ Op. cit. s. 116.

¹³⁰ Op. cit. s. 118.

¹³¹ Graver mener derimot at Bergenskolen sin modell ikke påviser normene som styrer rettsanvendelsen, ved at det kun henvises til hva som faktisk aksepteres, og ikke hvorfor, se Graver, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover, s. 450-451.

¹³² Fleischer har trukket fram disse aspektene og argumentert for at reelle hensyn må være objektive. Samtidig sier han imidlertid selv lite om hva disse objektive verdiene er, se Fleischer s. 374-375.

naturrettsteori kan utgjøre denne funksjonen i norsk rettskildelære. Hvilken moralfilosofi som er å foretrekke, er imidlertid hovedsakelig et spørsmål for etikkfaget, og ikke rettsvitenskapen. En tettere sammenkobling mellom disse normative vitenskapene er likevel nødvendig, siden moralske vurderinger er en del av rettsanvendelsen. Ved å fylle reelle hensyn med Finnis' naturrettslige moralfilosofi, gis rettskildefaktoren et substansielt og normativt innhold. Fordelen er at reelle hensyn ved begrep og innhold gis klarhet. Istedenfor et vagt begrep om moral som ofte ikke er egnet for diskusjon, vil det bli klart hvilke verdiargumenter som preger rettsanvendelsen. Resultatet vil være en transparent og etterprøvbar rettsanvendelse som gir grunnlag for fruktbar diskusjon – slik rettsrealistene paradoksalt nok ønsket i utgangspunktet.¹³³

Avslutningsvis vil jeg kort vise hvordan Finnis' moralfilosofi kan fylle reelle hensyn med konkret innhold. Teorien er tidligere i oppgaven grundig redegjort for. De gode verdier og den praktiske fornuft vil kunne fylle reelle hensyn med innhold, og avgrense med tanke på hvilke hensyn det er tillatt å ta i betraktning. De grunnleggende verdiene om liv, kunnskap, lek, estetisk opplevelse, sosiabilitet, praktisk fornuft og religion vil være de sentrale hensyn. Hensyn som ikke fremmer det felles gode vil derimot falle utenfor, eksempelvis særinteresser og diskriminerende preferanser. Tilsynelatende kan det virke som at det kun vil være syv reelle hensyn i tråd med de syv godene, men andre hensyn som igjen realiserer godene kan også være relevante. Disse hensynene må imidlertid være i overenstemmelse med den praktiske fornufts prinsipper, særlig prinsippet om at alle godene er absolutte og må respekteres. Ved spørsmålet om hva som er gjeldende rett bør et slikt moralsk innhold i reelle hensyn være til hjelp for rettsanvenderen til å finne den riktige løsning.

3.3 Finnis' rettsfilosofis betydning for vektingen av reelle hensyn

3.3.1 Innledning

I forrige del av kapittelet har vi sett at det i utgangspunktet er rom for, og i tråd med norsk rettskildelære, å fylle kategorien reelle hensyn med ulike moralske betraktninger, herunder en naturrettslig moralfilosofi. Hva man fyller reelle hensyn med har betydning fordi det innebærer at et argument går fra å være bare et argument, til et argument med rettslig relevans. Dersom argumentet tillates som en del av kategorien reelle hensyn, blir det til et rettslig argument som det er legitimt å vektlegge i rettsanvendelsen. Dermed slippes visse moralske hensyn inn i

¹³³ Amerikansk rettsrealisme ønsket nettopp å synliggjøre moralske vurderinger, mens den nordiske rettsrealismen var sterkt preget av rettspositivismen hvor slike vurderinger var uønsket i utgangspunktet, se Bernt s. 154.

rettsanvendelsesprosessen, uten at disse på forhånd er gitt autoritet av hverken lovgiver eller domstolen. Reelle hensyn kan følgelig sies å være en inngangsportal til retten for moralen, og på den måten en sammenkobling av disse. Som tidligere nevnt bør også alle de andre rettskildedefaktorene presumtvt være i overenstemmelse med overordnede moralske verdier. Poenget er at dersom disse svikter, virker reelle hensyn som en sikkerhetsventil ved at rettsanvenderen selv kan trekke inn etablerte moralske verdier i rettsanvendelsen. Ved et naturrettslig moralsk innhold kan reelle hensyn låse opp en fastlåst situasjon hvor lov, forarbeider og rettspraksis gir feil løsning.

At det finnes moralske elementer i visse rettskildedefaktorer er imidlertid ikke tilstrekkelig i seg selv. For å oppnå gode moralske løsninger, må også disse rettskildedefaktorene veie tyngst. I vårt tilfelle: Reelle hensyn må veie tyngre enn de andre rettskildedefaktorene, og på den måten utgjøre den rettslige løsningen. Hvordan dette skal gå til er temaet for kapitlet. Formålet er å vise at Finnis' teori ikke bare gir reelle hensyn et substansielt innhold, men også fungerer som et vektingsprinsipp for reelle hensyn i det nevnte typetilfellet. Tilfeller der rettsanvenderen er tvunget til å bygge den rettslige løsningen på en umoralsk lov, synliggjør mangler i rettskildelæren. Finnis' teori vil kunne fungere som løsning på problemet ved større fokus på moralske elementer.

I det følgende vil jeg forklare Eckhoffs avveiningsmodell og bruken av reelle hensyn i kapittel 3.3.2. Dette som et nødvendig bakteppe for oppgavens neste del. Deretter vil jeg vise hvordan Finnis' rettsfilosofi innebærer et vektingsprinsipp som tilsier at reelle hensyn kan være viktigere enn rettskildedefaktorene lov, forarbeider og rettspraksis. Dette redegjør jeg for i kapittel 3.3.3. Deretter vil jeg i kapittel 3.3.4 foreta en analyse av enkelte høyesterettsdommer som viser vektingsprinsippet i praksis.

3.3.2 Eckhoffs avveiningsmodell

I dette kapitlet er Eckhoffs avveiningsmodell tema. Denne modellen er utgangspunktet for det som i dag er gjeldende juridisk metode – altså hvordan rettsanvenderen finner fram til gjeldende rett. Jeg vil kort redegjøre for de sentrale elementene i modellen, herunder rettskildedefaktorene og rettskildeprinsippene. Fokus for sistnevnte element er særlig vektingsfasen, også kalt samordnings- og avveiningsfasen. Det er i denne fasen rettsanvenderen avgjør hvilke argumenter og verdier som skal utgjøre gjeldende rett. Dersom Finnis' teori og moralske vurderinger skal være styrende for rettsanvendelsen, må dette derfor skje i vektingsfasen.

Før vi ser nærmere på de enkelte trekk i Eckhoffs modell, er det fornuftig å si noe mer overordnet. Som jeg har vært inne på tidligere, er Eckhoffs modell deskriptiv i den forstand at den kun beskriver den rettsanvendelse som allerede har funnet sted. Dette er kjennetegnende for den rettsfilosofiske retningen rettsrealismen, som søker en realistisk forståelse av retten. Bernt har treffende uttalt om dette at: «målpunktet for hva som er gjeldende rett på et bestemt tidspunkt, ikke kan være den foreliggende lovgivning, eldre rettspraksis, eller teoriens utlegning, men hvordan rettsreglene rent faktisk forstås og anvendes av de rettshåndhevende organer – i første rekke domstolene – på et bestemt tidspunkt».¹³⁴ Ønsket om en faktisk utlegning av retten skyldtes et empirisk samfunnsvitenskapelig ideal, hvor retten måtte kunne begrunnes ut i fra metoden om årsak og virkning.¹³⁵ Rettsrealistene mente retten kunne være en slik observerbar størrelse gjennom å undersøke prognoser om dommerens utlegning av den. Det er derfor «*dommeres* rettsanvendelse» som er utgangspunktet for Eckhoff.¹³⁶

Som tidligere nevnt kan imidlertid rettskildelæren ikke utelukkende forstås på bakgrunn av rettsrealismen, da den også har klare rettspositivistiske og pragmatiske trekk.¹³⁷ Dette er rettsfilosofiske retninger med klarere normative preg, og særlig rettspositivismen står i et motsetningsforhold til naturretten. Til tross for disse normative pregene, er Eckhoffs modell først og fremst deskriptiv. Det kan derfor være en spenning mellom Finnis' naturrettslige teori og den deskriptive rettskildelæren. Dersom den faktiske rettsanvendelsen innebærer at moralske vurderinger er styrende for retten, er dette derimot ikke tilfellet. På den måten sammenfaller de to teoriene. Tidligere i oppgaven har vi sett at rettspositivismens teori om adskillelse mellom rett og moral ikke var realistisk. Rettsrealismen legger derfor kanskje til rette for en normativ naturretsteori i norsk rettskildelære.

Med et overordnet rettsfilosofisk grunnlag på plass, vil det nå være enklere å forstå Eckhoffs modell. Denne modellen blir gjerne omtalt som avveiningsmodellen, fordi rettsanvenderen veier ulike rettslige argumenter mot hverandre for å konkludere.¹³⁸ Ifølge Eckhoff blir disse avveiningene ikke subjektive fordi juristfellesskapet føler «seg bundet av visse normer som kalles rettskilddeprinsipper. Disse gir anvisning på hvilke kilder det er tillatt å hente argumenter fra når man skal løse rettsspørsmål og hvilken vekt argumentene skal ha innbyrdes. [...] Dessuten gir rettskilddeprinsippene en viss veiledning om hvilke argumenter

¹³⁴ Bernt s. 147.

¹³⁵ Op. cit. s. 147.

¹³⁶ Eckhoff/Helgesen s. 17.

¹³⁷ Bernt s. 154 og Sverre Blandhol, «Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 s. 365-391 (s. 371-373).

¹³⁸ Mer om begrepsbruken hos Boe s. 174-175.

som kan utledes av rettskildefaktorene, og om samordningen av dem».¹³⁹ Rettskildeprinsippenes funksjon kan på denne bakgrunn som kjent deles i tre kategorier: relevans, slutning, vekt. Relevans sier oss noe om hvilke argumenter vi rettslig sett kan ta i betraktning, slutning om hva vi konkret utleder av hvert argument, og vekt hvilken betydning argumentene tillegges i forhold til hverandre.¹⁴⁰ Noe forenklet kan det sies at rettskildeprinsippene er styrende for rettslig argumentasjon – denne må holdes innenfor rammene av rettskildeprinsippene. På denne måten må også argumentasjon for visse resultater – eksempelvis at reelle hensyn tillegges mer vekt enn andre rettskildefaktorer – være i overensstemmelse med rettskildeprinsippene.

De argumenter som er rettslig relevante kaller Eckhoff rettskildefaktorene.¹⁴¹ Det er vanlig etter Eckhoffs modell å operere med en liste bestående av syv rettskildefaktorer: lov, forarbeid, rettspraksis, forvaltningspraksis, sedvane, juridisk litteratur og reelle hensyn.¹⁴² Disse argumentene er generelt gitt rettslig status. Sentralt for denne oppgavens del er at alle rettskildefaktorene utenom reelle hensyn innholdsmessig allerede er ferdig utlagt. Loven, forarbeidene og høyesterettsdommene er for eksempel allerede skrevet. Til en viss grad vil også verdiene blant reelle hensyn allerede være å finne i rettssystemet, men de adskiller seg allikevel vesentlig fra de andre rettskildefaktorene på grunn av den mulighet rettsanvenderen har til å selv fastlegge innholdet.¹⁴³ Poenget er at dersom de andre rettskildefaktorene gir en svært urimelig og umoralsk løsning, vil rettsanvenderen kunne unngå et slikt resultat ved bruk av reelle hensyn. Selv om rettskildefaktorene presumtivt har et rettferdig og moralsk innhold som en følge av rettsstaten og rettssystemets verdier, kan slike avvik forekomme, bevisst eller ubevisst.

Hvilken rettskildefaktor som til slutt utgjør den rettslige løsningen på rettsspørsmålet, bestemmes i vektingsfasen. I denne fasen må rettsanvenderen først og fremst samordne argumentene, deretter hvis motstrid avveie de mot hverandre. Dette er en relativ prosess avhengig av hvilke argumenter rettsanvenderen har utledet fra rettskildefaktorene, og hvilke argumenter disse må samordnes med eller veies mot. Rettskildefaktorenes rekkefølge kan tjene som et utgangspunkt for hvilke argumenter som gis mest vekt, men argumentenes styrke vil

¹³⁹ Eckhoff/Helgesen s. 19.

¹⁴⁰ Mer om dette hos Sverre Blandhol, «Innføring i juridisk metode», *Jussens Venner*, 2015 s. 310-345.

¹⁴¹ Eckhoff/Helgesen s. 22.

¹⁴² Flere andre faktorer har imidlertid blitt lagt til av andre forfattere, sånn som internasjonale regler og menneskerettigheter, se for eksempel Fleischer s. 73-75.

¹⁴³ Mer om synet på om rettsanvenderen skaper rett ved bruken av reelle hensyn, eller kun forholder seg til allerede eksisterende prinsipper eller verdier, hos Nygaard s. 266-268 og Eckhoff/Helgesen s. 390-391.

likevel kunne være utslagsgivende uavhengig av hvilken rettskildefaktor argumentet er hentet ifra. Det vil i prinsippet tilsi at reelle hensyn kan gå foran både lov, forarbeider, rettspraksis, osv. Eckhoff uttaler derfor om vektingsprosessen at «[s]like avveininger må nødvendigvis bli temmelig skjønnsmessige».¹⁴⁴ Eckhoffs modell gir dermed rettsanvenderen et relativt stort handlingsrom for å komme frem til den beste løsning – for naturretstenkere realiseringen av moralske verdier.

Årsaken til at enkelte argumenter veier tyngre enn andre, handler til syvende og sist om et verdivalg.¹⁴⁵ Det er de underliggende verdiene blant argumentene som må være avgjørende for rettsanvenderens konklusjon. Nygaard sier derfor at «[s]tandpunktakaren må velja det alternativ som for tida har dei beste reelle grunnar for seg».¹⁴⁶ Det handler om å bryte ned argumentene til en står igjen med klare verdier som kan veies mot hverandre. Verdiene kan både utledes formelt fra rettskildefaktoren i seg selv, i tillegg til det materielle innholdet i den. Eksempelvis er loven vedtatt av lovgiver, hvilket har en verdi i seg selv, i tillegg til det materielle innholdet loven har. Dette har likhetstrekk med Finnis' skille mellom rettslig og moralsk forpliktelse. For at reelle hensyn skal utgjøre gjeldende rett, må derfor de moralske verdier som utledes fra rettskildefaktoren veie tyngre enn verdier utledet fra loven eller andre rettskildefaktorer.

Som en følge av avveiningselementet i Eckhoffs modell er det altså mulig å komme til resultater hvor reelle hensyn veier tyngst. Dette så lenge de moralske argumentene er gode nok. Avveiningene beror imidlertid ikke utelukkende på rettsanvenderens eget skjønn, men styres av de tidligere nevnte rettskildeprinsippene. Vektleggingen av reelle hensyn på bakgrunn av Finnis' teori, må derfor være i overenstemmelse med disse.

Rettskildeprinsippene er imidlertid temmelig vage og udefinerte størrelser som det er vanskelig å bruke konkret som avveiningsredskap. Av den grunn uttaler Bernt og Mæhle at «[d]et finnes ingen enkle generelle normer for hvilken løsning vi skal velge når det oppstår slike spenninger mellom ulike typer rettsgrunnlag».¹⁴⁷ Graver har ut i fra et lignende utgangspunkt hevdet at den eneste grunnen til at rettsanvendere vurderer likt, er frykten for å skille seg ut – en form for juridisk konformitet, noe for så vidt også Eckhoff selv var inne på.¹⁴⁸ En slik

¹⁴⁴ Eckhoff/Helgesen s. 28.

¹⁴⁵ Se Bernt/Mæhle s. 209, Nygaard s. 36 og Eckhoff/Helgesen s. 29.

¹⁴⁶ Nygaard s. 227.

¹⁴⁷ Bernt/Mæhle s. 208.

¹⁴⁸ Graver, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover, s. 464 og Eckhoff/Helgesen s. 29.

betraktningens måte har likhetstrekk med den tidligere nevnte modellen til Bergenskolen, hvor rettsanvenderens argumentasjon fordrer aksept hos juristfellesskapet for å være legitim.

Det kan på denne bakgrunn virke som at rettsanvenderen er avhengig av erfaring og kjennskap til hvordan rettsanvendelse til enhver tid utøves, for selv å kunne avveie argumentene på en riktig måte. Siden det vanskelig lar seg gjøre å oppstille konkrete retningslinjer, må rettsanvenderen se på og lære av hvordan andre trente jurister kommer fram til gjeldende rett. Gjennom erfaring og observasjon av argumentasjonsmønstre er det mulig å si noe om hvordan rettsanvenderen vanligvis handler, uten at en av den grunn kan trekke normative slutninger av dette. Slike observasjoner blir først og fremst deskriptive, men de gir likevel indikasjoner på at andre rettsutøvere har funnet visse argumenter vektige, hvilket det presumtivt bør være gode grunner for.

En vektlegging av reelle hensyn etter Finnis' teori må følgelig ligge innenfor de rammer et godt juridisk skjønn oppstiller. Hvor stort handlingsrom det er innenfor disse rammene kan vanskelig besvares generelt, men konkret i de ulike tilfeller. Vektlegging av moralske verdier bør likevel i utgangspunktet ligge innenfor, og anses som legitim rettsanvendelse. Neste kapittel vil illustrere de ulike nyansene ved en slik vektlegging. Så langt kan vi derfor kun konstatere at bruken av reelle hensyn må være i overensstemmelse med rettskild prinsippene. Spørsmålet i det videre er i hvilke tilfeller reelle hensyn og moralske verdier veier tyngst i vektingsfasen.

3.3.3 Finnis' naturretts teori som vektingsprinsipp

På bakgrunn av avveiningsmodellen slik den er beskrevet i det foregående, vil jeg nå vise hvordan Finnis' naturretts teori i særlige tilfeller taler for å gi reelle hensyn større vekt enn andre rettskilddefaktorer. Dette kan også formuleres som at det oppstilles et eget vektingsprinsipp i favør av verdivurderinger. I den forbindelse må det nevnes at Finnis' teori ikke taler for reelle hensyn i seg selv, men de riktige moralske løsninger. Andre rettskilddefaktorer kan derfor tillegges mest vekt, så lenge disse faktorene på best mulig måte realiserer moralen. Reelle hensyn er imidlertid som nevnt best egnet til dette.

Som nevnt i forrige punkt er det verdier som er avgjørende for samordnings- og avveiningsprosessen. Det vil si at de verdier som rettsanvenderen finner viktigst blir avgjørende for resultatet, så lenge disse verdiene er innenfor den ramme rettskild prinsippene eller det juridiske fellesskap oppstiller. I det følgende vil jeg vise at Finnis' teori innehar klare

retningslinjer for hvilke moralske verdier retten skal fremme, og dertil hvordan vektingsprosessen må foregå. I tillegg vil jeg vise at teorien og de konsekvenser den medfører for vektingsprosessen ligger innenfor hva som er legitim rettsanvendelse.

Før oppgaven går inn på de ulike verdikonfliktene som kan oppstå mellom rettskildefaktorene, må de verdier som Finnis' teori fremmer kort nevnes. På bakgrunn av teorien skal retten fremme de syv godene: liv, kunnskap, lek, estetisk opplevelse, sosiabilitet, praktisk fornuft og religion. Disse godene gjelder både for samfunnet generelt, og retten spesielt ved at rettsanvenderne aktivt må forholde seg til disse. Verdiene er allerede en del av vårt rettssystem. Både liv, kunnskap, religion og sosiabilitet er goder som vi i dag er enige om at retten må fremme. Disse kjenner vi igjen i flere av dagens menneskerettigheter, sånn som forbud mot å ta liv og forbud mot tortur, ytringsfrihet, religionsfrihet og retten til familie- og privatliv, jf. EMK. art 2, 3, 10, 9 og 8. Estetisk opplevelse og lek kan kanskje fremstå som noe mindre viktig, men også dette er verdier vi i dag anerkjenner gjennom menneskerettigheter som retten til kulturell og kreativ utfoldelse, jf. ØSK. Art. 15. Godene som oppstilles er med andre ord ikke fremmed gods, men fundamentale i vår rettstenking. Det tilsier at vektlegging av verdiene i utgangspunktet er legitimt og i overensstemmelse med rettskildeprinsippene.

Foruten om de syv godene er rettssikkerhet en viktig verdi i avveiningsprosessen. Finnis understreker som nevnt at rettssikkerhet er grunnleggende for at rettssystemet skal ivareta sitt formål – å realisere moralen ved etterlevelsen av de syv godene. Med rettssikkerhet siktes det blant annet til forbud mot tilbakevirkende lover, lover som er mulige å adlyde, formell kunngjøring av lovene, at lovene er klare og forståelige (forutberegnelighet) og likebehandling.¹⁴⁹ Om en ser rettssikkerhet som en egen verdi under den praktiske fornuft, eller som et middel til å realisere verdiene, går ut på det samme. Poenget er at disse hensynene også må tas i betraktning når rettsanvenderen søker å samordne og veie argumentene, samtidig som rettssystemets hovedformål er å fremme de grunnleggende verdiene.

Siden alle godene er absolutte, kan de ikke krenkes. Dette følger av den praktiske fornufts prinsipper, altså det skjønnsom skal utøves ved realiseringen av godene. Dersom det foreligger en verdikollisjon mellom for eksempel liv og kunnskap, tilsier Finnis' teori en samordning av godene for å unngå motstrid. Målet heller ikke middelet, hvilket innebærer at rettsanvenderen ikke kan tillegge en verdi vekt dersom dette medfører at en annen verdi krenkes. Utenom disse tilfellene kan rettsanvenderen derimot vekte verdiene ulikt. Generelt kan

¹⁴⁹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights* s. 270-271.

det sies at vektingen av verdiene må skje på bakgrunn av god dømmekraft – i samsvar med den praktiske fornuft. Dersom verdiene krenkes av eller vektes mot andre utenforliggende ikke-moralske hensyn, må verdiene og moralen gis forrang.

På bakgrunn av disse utgangspunktene fra Finnis' teori og avveiningsmodellen, kan det oppstilles enkelte typetilfeller hvor verdikollisjoner mellom rettskildedefaktorene kan foreligge. Siktemålet i det videre er ikke å gi noen generell løsning på slike problemtilfeller, men gjøre det klart for rettsanvenderne hvilke verdier som står mot hverandre. Den konkrete avveiningen vil som tidligere nevnt være situasjonsbasert ut i fra en relativ kontekst. De typetilfeller oppgaven i det videre vil ta for seg er konflikt mellom verdivurderinger/reelle hensyn og lov, forarbeider og høyesterettspraksis – de autoritative rettskildedefaktorene.

I juridisk litteratur virker det å være en tilnærmet samstemt enighet om at dersom det foreligger lov med klar ordlyd, bør – om ikke må – loven utgjøre løsningen på rettsspørsmålet.¹⁵⁰ Dette er nok også gjengs oppfatning blant dagens jurister. Konsekvensene av en slik oppfatning er en fortrensel av verdivurderinger og reelle hensyn. Rettsanvenderen vil ved motstrid mellom reelle hensyn og lov, som regel veie loven tyngst. I mange tilfeller er dette ikke problematisk, da loven presumtvt og som regel er i overenstemmelse med hva som oppfattes som rettferdig og moralsk riktig. Mer problematiske og interessante er de situasjonene hvor loven innebærer en umoralsk løsning. Hvorfor skal rettsanvenderen vektlegge loven i disse tilfellene, istedenfor den gode løsning reelle hensyn kan tilby?

De verdier som står mot hverandre i avveiningssituasjonen mellom lov og reelle hensyn, er hensynet til samfunnsordenen mot de moralske verdiene. Bernt og Mæhle omtaler denne spenningen ved begrepene forutberegnelighet, likebehandling og demokratisk legitimitet mot rettferdighet, mens Nygaard sier at konflikten står mellom hensynet til likhet, trygghet og orden mot rimelighet.¹⁵¹ Disse ulike begrepene er mer eller mindre overlappende med visse nyanser. Med hensynet til samfunnsordenen menes først og fremst verdien av å opprettholde et demokratisk og styringsdyktig samfunn. Dette på lik linje med Finnis' syn om at loven ikke bare gir en moralsk forpliktelse på grunn av dens innhold, men også fordi det å følge loven i seg selv innebærer en slik forpliktelse. Borgerne er forpliktet til å følge loven fordi den presumtvt fremmer de moralske verdiene. Ved overholdelse av loven opprettholdes legitimiteten til loven og lovgiver hos folket. Dersom loven i flere tilfeller ikke adlydes mister derimot rettssystemet troverdighet, hvilket i verste fall kan føre til uorden og anarki. Hensynet

¹⁵⁰ Se blant annet Eckhoff/Helgesen s. 378, Bernt/Mæhle s. 305 og Nygaard s. 152-153.

¹⁵¹ Bernt/Mæhle s. 305 og Nygaard s. 155.

til samfunnsordenen omfatter derfor også moralske hensyn som er av betydning for avveiningen. Som tidligere nevnt svekkes imidlertid tyngden av disse dersom loven rent faktisk ikke fremmer de syv verdiene – altså moralen. Loven og den makt som er utøvet vil i slike tilfeller være dysfunksjonell. Rettsanvenderen må veie de moralske hensyn som følger av loven mot de moralske hensyn som følger av verdiene.

Foruten om selve verdien av å følge loven, har demokratisk legitimitet et annet aspekt: at reglene er laget direkte eller indirekte av folket selv.¹⁵² De lover som følges skal være laget av folket, eller av valgte representanter. Dette i motsetning til de tilfeller hvor en ikke-demokratisk valgt dommer oppstiller rettsregelen på bakgrunn av verdivurderinger. Dommeren har ikke den samme demokratiske legitimitet som lovgiver. I disse tilfellene vil det også være vanskelig for dommeren å sørge for likebehandling, da avgjørelsene fattes på bakgrunn av et skjønn. På den måten svekkes også forutberegneligheten ved at borgerne ikke kan forutse sin egen rettsstilling.¹⁵³

Hensynet til samfunnsordenen må ses i sammenheng med konsekvensen av å forsømme de grunnleggende moralske verdiene Finnis oppstiller. Hvordan rettssystem har vi egentlig dersom det til stadighet oppstår situasjoner hvor rettsanvenderen føler det er riktig å ikke adlyde loven? Loven er avhengig av moralsk legitimitet også innholdsmessig, det vil si at hva som er gjeldende rett må oppleves som rettferdig.¹⁵⁴ Dersom borgerne anser loven som urettferdig, vil de kun føle seg forpliktet av loven på bakgrunn av potensielle sanksjoner, noe som er en enkel forståelse av lovers virkemåte. Det er derfor en balansegang mellom disse to hensynene – samfunnsordenen og de moralske verdiene. Samfunnsordenen kan ikke ubetinget veie tyngre enn de moralske verdiene i alle situasjoner. Istedenfor må rettsanvenderen vurdere om rettssystemets legitimitet som et hele, er viktigere enn de konsekvenser en umoralsk lov medfører. Dette vil bero på hvor umoralsk den løsning som fremkommer av loven er, og hvilken konsekvens det å ikke anvende loven vil ha for legitimiteten til rettssystemet. Utgangspunktet må være at slike tilfeller oppstår sjeldent, slik at den moralske løsning verdiene og de reelle hensyn representerer må veie tyngst.

Det kan også stilles spørsmålstegn ved hvilken vekt hensynene til forutberegnelighet, likebehandling og demokratisk legitimitet har i disse situasjonene. Med dagens rettsliggjøring

¹⁵² Se Skoghøy s. 297-309 om de grenser folkesuverenitetsprinsippet og lovkravet setter for bruken av reelle hensyn.

¹⁵³ Mer om betydningen av disse hensynene hos Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse*, 2. utgave, Oslo 1999 s. 218-222.

¹⁵⁴ Mer om rettens moralske legitimitet hos Bernt/Mæhle s. 350 flg.

ved både nasjonal og internasjonal rett, har borgerne uansett vanskelig for å forutberegne sin rettsstilling. Høyesteretts funksjon er i tillegg nå klart uttalt å være rettsavklarende og rettsskapende, slik at det opprinnelige syn på folkesuverenitet og maktfordelingsprinsippet ikke lenger kan tas bokstavelig. Det er i dag en forståelse for at generelle lover må utfylles av domstolene i konkrete tilfeller for at retten skal virke hensiktsmessig.¹⁵⁵ Hensynet til likebehandling vil heller ikke svekkes nevneverdig, da de situasjoner hvor loven medfører en umoralsk løsning sjeldent oppstår. Når disse situasjonene først oppstår er de uansett neppe lik de mer ordinære situasjoner; det er heller forskjeller mellom de som tilsier at ulike tilfeller skal behandles ulikt.

På bakgrunn av de gjennomgåtte verdiene som følger av lov og reelle hensyn, er det store utgangspunktet at loven må danne løsningen på rettsspørsmålet. Dette som en følge av hensynet til at loven må adlydes og dens demokratiske forankring. Bak et slikt utgangspunkt ligger en rettspositivistisk holdning, hvor retten ikke med nødvendighet er koblet til moralen. Også Finnis' naturrettslige teori tilsier at rettsanvenderen må følge loven og lovgiverviljen som en følge av legitimiteten til rettssystemet. Imidlertid fraviker teorien dette utgangspunktet ved at de moralske verdiene samtidig må ivaretas, og at disse ikke kan krenkes. Til tross for at det ligger moralske hensyn i det å følge loven, må disse avveies mot hvor umoralsk konsekvensene av å anvende loven blir. Rettsanvenderen kan derfor som regel ikke la hensynet til samfunnsordenen veie tyngst i situasjoner hvor de syv verdiene forsømmes. I slike tilfeller må rettsanvenderen for eksempel veie hensynet til ytringsfrihet ved verdien kunnskap, eller hensynet til forbud mot tortur ved verdien liv, tyngre enn hensynet til lovens demokratiske legitimitet. Når de moralske verdiene krenkes er det derfor påkrevd at rettsanvenderen veier reelle hensyn tyngre enn lov med klar ordlyd, og på den måten lar reelle hensyn danne løsning på rettsspørsmålet.

I de tilfeller hvor lovens ordlyd ikke er klar, vil reelle hensyn kunne fungere som tolkningsfaktor.¹⁵⁶ Rettsanvenderen vil på den måten kunne tolke loven til å ha et moralsk riktig innhold i overenstemmelse med de syv verdiene. Avveiningen vil i slike tilfeller bli enklere og mer åpenbar for rettsanvenderen fordi hensynet til samfunnsordenen ikke veier så tungt. Det vil si, hensynet til forutberegnelighet, likebehandling og demokratisk legitimitet gjør seg ikke gjeldende på samme måte som dersom loven har en klar ordlyd. Loven settes ikke til side, men blir primær rettshjemmel med nærmere innhold bestemt av reelle hensyn. Et slikt resultat vil

¹⁵⁵ Se Skoghøy s. 288.

¹⁵⁶ Se Eckhoff/Helgesen s. 379.

trolig i større grad bli akseptert som et legitimt resultat. Det samme gjelder for så vidt de tilfeller der en eldre og utdatert lov ses bort ifra, til tross for at dette er et klart motstridstilfelle. Poenget i begge disse situasjonene er at mothensynene forutberegnelighet og demokratisk legitimitet veier mindre, mens hensynene til verdiene veier like tungt. Rettsanvenderen må i slike situasjoner veie reelle hensyn og verdivurderinger tyngst.

Vekting av forarbeider vil ha likhetstrekk med vekting av lov med tanke på de underliggende verdiene, men det er også visse nyanser som må nevnes. Den tenkte situasjonen er i dette tilfellet lov med uklar ordlyd, men klare forarbeider. Spørsmålet er hvilke verdier rettsanvenderen må vekte reelle hensyn og moralske verdier opp imot. Hensynet til forutberegnelighet veier her mindre, siden loven er uklar og forarbeidene neppe leses av vanlige borgere. Likebehandlingshensynet står likt som for lov med klar ordlyd og bør tillegges en viss vekt. Det samme gjelder verdien av å opprettholde rettssystemets legitimitet. Hensynet til lovgiverviljen kan derimot tenkes å veie tyngre, siden lovgiver gjennom forarbeidene gjerne har utdypet meningen med loven. Det må derfor som for lov med klar ordlyd foreligge vektige argumenter for å tilsidesette klare forarbeidsuttalelser. Dette vil være tilfellet dersom en eller flere av de syv moralske verdiene klart krenkes eller tilsidesettes. På bakgrunn av Finnis' teori plikter rettsanvenderen i disse tilfellene å tilsidesette forarbeidene og legge avgjørende vekt på reelle hensyn.

I de tilfeller hvor både loven og forarbeidene er uklare om løsningen på rettsspørsmålet, må rettsanvenderen i utgangspunktet se til Høyesteretts rettspraksis. Dersom Høyesterett har avsagt dom om et konkret rettsspørsmål og uttalt hva som er gjeldende rett, må rettsanvenderen som regel forholde seg lojal til dette.¹⁵⁷ Høyesterettsdommen har nemlig en verdi i seg selv, fordi Høyesteretts funksjon er å avklare hva gjeldende rett er. På samme måte som at rettsanvenderen må være lojal mot lovgiver, må han være lojal mot Høyesterett. Ved vektingen av reelle hensyn fremfor løsningen som følger av en klar høyesterettsdom, kan det derfor godt sies at det er hensynet til samfunnsordenen som står på spill – men denne gang på en annen måte. Det er Høyesteretts rolle som prejudikatdomstol det er snakk om, eller enklere sagt: Høyesteretts legitimitet. Det blir meningsløst for rettsanvenderen å se bort fra uttalelser fra Høyesterett, da det uansett er Høyesterett som har det siste ord i de saker som bringes inn for domstolen. I tillegg har hensynet til likebehandling en verdi, siden domstolene bør dømme likt

¹⁵⁷ Eckhoff/Helgesen s. 380.

i like tilfeller.¹⁵⁸ Som et utgangspunkt må rettsanvenderen derfor tillegge rettspraksis betydelig vekt, spesielt i forhold til reelle hensyn.

Unntakene fra utgangspunktet følger av de tilfellene der en av de syv absolutte verdiene neglisjeres. Da må det som for tilfellene lov/reelle hensyn og forarbeider/reelle hensyn, tas et standpunkt på bakgrunn av verdivurderinger. Motforestillingene mot den formelle og autoritative vekten av de andre rettskildefaktorene gjør seg gjeldende også her – hvorfor skal en dårlig praksis fra Høyesterett følges? Hensynet til Høyesteretts legitimitet kan kun ilegges en viss tyngde i forhold til de svært alvorlige konsekvenser en krenkelse av de grunnleggende verdiene vil medføre.¹⁵⁹ I tillegg er det et poeng at lovgiver i disse tilfellene som regel ikke vil ha tatt stilling til rettsspørsmålet, hvilket innebærer at retten uansett mangler demokratisk legitimitet. Det kan og innvendes at borgerne ikke vil innrette seg etter en svært dårlig avgjørelse, men håpe at lovgiver kommer på banen og endrer rettstilstanden. Rettsanvenderen må på denne bakgrunn hovedsakelig følge Høyesterett, men samtidig være klar over at det kan oppstå moralske situasjoner hvor det både er legitimt og nødvendig å la reelle hensyn utgjøre gjeldende rett.

Til nå har vi sett hvilke verdier rettsanvenderen må vurdere når han henter argumenter fra rettskildefaktorene lov, forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn. Argumenter utledet fra de autoritative rettskildefaktorene må tillegges vekt i en dobbel betydning: styrken av selve argumentet og den formelle styrken rettskildefaktorene har gjennom autorisering fra lovgiver eller domstolen. En slik dobbelvekt har ikke argumenter fra rettskildefaktorene forvaltningspraksis, sedvane eller juridisk litteratur. For disse rettskildefaktorers tilfelle er det vekten av argumentet selv som rettsanvenderen kan tillegge betydning i avveiningsfasen. I slike tilfeller må rettsanvenderen vurdere de underliggende verdiene for den faktiske argumentasjonen. Hvis de argumentene som veies representerer forskjellige verdier blant de syv godene, står rettsanvenderen relativt fritt i vektingsfasen. Samtidig kreves det at han utviser god dømmekraft i overenstemmelse med den praktiske fornufts prinsipper. I tillegg må rettsanvenderen ikke bare se hen til de verdier som taler for det konkret rimeligste resultat, men også de verdier som taler for en god generell regel.¹⁶⁰ Dette selvfølgelig innenfor den ramme

¹⁵⁸ Nygaard s. 163.

¹⁵⁹ Skoghøy uttaler mer generelt at «Autoritet kan i dagens samfunn ikke bare være basert på formell myndighet. Uttrykket «paragrafrytter» har ikke noen god klang. For at domstolene skal ha den nødvendige tillit i samfunnet, må avgjørelsene begrunnes på en måte som det rettssøkende publikum og allmenheten for øvrig finner tilfredsstillende», se Skoghøy s. 290.

¹⁶⁰ Om danning av rettsregel på bakgrunn av reelle hensyn, se Nygaard s. 305.

hvor ingen av de syv godene klart krenkes. Dersom andre utenforliggende hensyn må vurderes, vil de syv godene ha forrang.

På bakgrunn av de retningslinjer som til nå er oppstilt for vektingsfasen, står det klart for rettsanvenderen hvilke verdier som må vurderes i ulike situasjoner. Utgangspunktet for de autoritative rettskildefaktorene er at disse på generelt grunnlag må tillegges betydelig vekt. Hovedpoenget er at reelle hensyn og moralske verdier i visse tilfeller likevel må danne løsning for rettsspørsmålet. Dette hvor en av de syv absolutte verdiene klart krenkes. På den måten innebærer Finnis' teori i norsk rettskildelære at visse verdier er for viktige til å ofres for de hensyn som er fundamentert i selve rettssystemet. For å ytterligere illustrere disse tilfellene og vise at de generelle retningslinjene som er oppstilt kan være til hjelp for rettsanvenderen i det konkrete tilfellet, vil oppgaven i det videre ta for seg enkelte dommer fra Høyesterett hvor verdispørsmål har aktualisert seg.

3.3.4 Vektingsprinsippet og Høyesteretts bruk av reelle hensyn i verdispørsmål

Vektingsprinsippet som er oppstilt på bakgrunn av Finnis' teori, er aktuelt i de situasjoner der en eller flere av de syv verdiene krenkes. Disse situasjonene kan være flere enn de syv verdiene i seg selv tilsier, fordi også andre verdier vil kunne kobles med og bidra til å realisere de syv opprinnelige verdiene. Samtidig vil det være et tillatt handlingsrom innenfor den rammen verdiene oppstiller, hvor vektingsprinsippet ikke kommer til anvendelse. Her er det andre ikke-moralske hensyn som gjør seg gjeldende, uten at moralske verdier krenkes. I det følgende vil jeg belyse disse aspektene ved å gjennomgå enkelte dommer fra Høyesterett innenfor ulike rettsområder. Hovedformålet er å undersøke om Høyesteretts bruk av reelle hensyn i verdispørsmål er i overenstemmelse med vektingsprinsippet. Det vil si, om Høyesterett lar moralske vurderinger være styrende for retten. I tillegg vil jeg vise at det oppstilte vektingsprinsippet kan senkes fra det generelle til det konkrete, og ha en praktisk funksjon i rettsanvendelsen.

Formueretten er et typisk rettsområde hvor moralske verdikonflikter i utgangspunktet kan sies å være fraværende. I stedet for ligger det andre hensyn til grunn som lovgiver og praksis har vektlagt. Disse hensynene kan for eksempel være rettstekniske hensyn og typiske ikke-moralske fornufts betraktninger. Et eksempel på sistnevnte finnes i HR-2017-345-A, hvor spørsmålet var om selger eller kjøper bar risikoen for fuktskader som hadde oppstått etter kjøpernes besiktigelse, men før overtakelse. På bakgrunn av avhendingsloven § 2-4 og den

underliggende fornufts betraktning at selger har hånd om eiendommen i perioden mellom besiktigelsen og overtagelsen, kom Høyesterett til at selger var ansvarlig for skadene. Dette fordi selgeren «normalt har best forutsetninger for å forebygge at skade skjer og/eller begrense skadens omfang hvis den inntre», jf. premiss 40. Dette er en typisk rimelighetsbetraktning, uten at det er en moralsk verdi som sier noe om hva som er godt i seg selv. I slike tilfeller har som nevnt ikke vektingsprinsippet noen spesiell funksjon, hvilket innebærer at rettsanvenderen må forholde seg til loven.

Et mer aktuelt eksempel med tanke på de moralske verdiene Finnis oppstiller, er Rt-2013-565 og rettsområdet barnerett/arverett. Dommen illustrer først og fremst en vektingskonflikt mellom flere av de syv verdiene. Høyesterett måtte foreta et verdivalg mellom to ulike moralske løsninger. Rettsspørsmålet i saken var om lagret biologisk materiale fra en avdød person kunne kreves utlevert for å brukes som bevis på farskap, og med det gi den påståtte sønnen rett til arv. Rettskildebildet var tvetydig ved at barneloven § 24 (2) gav rett til å innhente det biologiske materiale, mens biobankloven § 15 krevde samtykke for utlevering av materialets giver, hvilket i utgangspunktet umuliggjorde utlevering da vedkommende var død. Kun en av lovene kunne derfor utgjøre primært rettsgrunnlag, med den følge at den andre loven måtte ses bort ifra eller tolkes innskrenkende. I utgangspunktet kunne motstridsreglene *lex posterior* og *lex specialis* tilsi at biobankloven måtte utgjøre primært rettsgrunnlag, da denne loven både var nyere og mer konkret for tilfellet enn barneloven. Høyesterett mente imidlertid at det ikke forelå et motstridstilfelle, selv om ordlyden i bestemmelsene ikke var forenlig. Forarbeidene og tidligere rettspraksis for den nyere biobankloven hadde ikke nevnt typetilfellet, hvilket Høyesterett tok til inntekt for at barneloven måtte gå foran. På den måten harmoniserte Høyesterett seg fram til den beste løsning.

Avslutningsvis kommenterte førstvoterende dommer Tønder reelle hensyn: «Det foreligger sterke reelle hensyn til fordel for begge løsningene – det gjelder på den ene siden hensynet til barnets interesse i å få kjennskap til og en rettslig avklaring av hvem som er dets far, og på den andre siden personverninteressen som inkluderer den enkeltes behov for selv å ha herredømme over sitt biologiske materiale», jf. premiss 71. Førstvoterende uttalte så at det ikke utelukkende var domstolens avveining mellom disse verdiene som utgjorde den rettslige løsningen, men lovgivers standpunkt til fordel for barneloven ved tvungen DNA-testing. Lovgiver hadde imidlertid ikke kommentert motstridstilfellet, så på bakgrunn av rettskildebildet kunne det vel så gjerne vært hevdet at lovgiver hadde tatt et annet standpunkt ved den nyere og mer konkrete biobankloven – at personvern hensyn måtte gå foran. Det er derfor rimelig å anta

at reelle hensyn var utslagsgivende for resultatet, og at Høyesterett foretok et valg mellom to moralske verdier.

I samordning- og avveiningsfasen sto Høyesterett i denne dommen overfor autoritative verdier, men først og fremst ulike moralske verdier som måtte balanseres mot hverandre. De autoritative verdiene var hensynet til lovgivers legitimitet, demokratisk forankring og forutberegnelighet. Hverken lovgivers legitimitet eller hensynet til forutberegnelighet kunne gis særlig vekt, fordi både lovene og forarbeidene var uklare. Siden det var vanskelig å tyde lovgivers vilje, hadde heller ikke hensynet til demokratisk forankring særlig vekt. I et slikt tilfelle hvor argumentene som utledes av de autoritative rettskildene taler i motstridende retning, må det være et stort rom for rettsanvenderen til å vektlegge moralske hensyn.

I dette tilfellet var de moralske hensyn ifølge Høyesterett verdien av foreldre-barn relasjonen og personverninteresser i form av kroppslig integritet. I Finnis' modell kan disse hensynene sies å være representert av verdiene om sosiabilitet og kunnskap, balansert mot verdiene liv og den praktiske fornuft. Sosiabilitet i forbindelse med et barns rett til oppfostring og en foreldrerelasjon, og kunnskap fordi det innebærer sannhet. Sannhet om eksistensielle faktiske forhold er et gode i seg selv.¹⁶¹ Med liv menes i dette tilfellet fysisk helse og integritet.¹⁶² Til slutt innebærer den praktiske fornuft frihet ved privatautonomi – fordi det å skulle ta gode moralske valg fordrer frihet.¹⁶³

Som tidligere nevnt står rettsanvenderen fritt til å vekte ulikt mellom verdiene, så lenge ingen av disse krenkes. Dette var kun tilfellet for verdien sosiabilitet og sannhet ved foreldre-barn relasjonen. Inngrepet i den personlige integritet ved utlevering av DNA, hadde ikke en slik styrke at verdiene liv og den praktiske fornuft sto i fare for å bli krenket. Høyesteretts rettskildebruk må derfor sies å være i samsvar med vektingsprinsippet for reelle hensyn. Det vil si at rett og moral var overensstemmende. Dommen illustrerer særlig vektingen av ulike moralske verdier mot hverandre, og får fram at det kan være flere aktuelle moralske løsninger som rettsanvenderen må velge mellom.

En dom innenfor erstatningsretten hvor moralske vurderinger var utslagsgivende, er Rt-1999-203 (Steriliserings-dommen). Dommen er et eksempel på en avveining mellom moralske verdier og andre utenforliggende hensyn. Faktum var at en mann hadde blitt far, til tross for at han noen år tidligere hadde foretatt en sterilisering. Mannen saksøkte så sykehuset med krav

¹⁶¹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 59.

¹⁶² *Op. cit.* s. 86.

¹⁶³ *Op. cit.* s. 88.

om erstatning for de utgifter han hadde pådratt seg, og kom til å pådra seg for fremtiden, som en følge av den mislykkede steriliseringen. Underforstått lå det at mannen krevde dekket de økonomiske utgifter et barn medfører. I utgangspunktet forelå både ansvarsgrunnlag ved culpa, et økonomisk tap og årsakssammenheng. Spørsmålet var imidlertid om en slik type tap hadde erstatningsrettslig vern. Høyesterett fant ikke et slikt vern i hverken skadeserstatningsloven, eller dens forarbeider. Det forelå heller ikke argumenter av betydning fra rettspraksis eller juridisk litteratur. Førstvoterende dommer Flock løste dermed saken på bakgrunn av reelle hensyn: «Etter mitt syn beror imidlertid avgjørelsen langt på vei på et verdivalg. Det er tale om en interesse som etter min mening ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål. Jeg ser det som den beste løsning, i relasjon til barnets, foreldrenes og samfunnets interesser generelt vurdert, ikke å anerkjenne erstatningsrettslig vern for det krav som er reist i denne saken.», jf. s. 207.

Høyesterett konkluderte altså med at det å få barn som en følge av en mislykket sterilisering ikke kan utløse et erstatningskrav. Selv om førstvoterende er noe ordknapp om verdien som ligger til grunn for avgjørelsen, er det klart nok at synspunktet om at et barn utelukkende er et gode i seg selv har fått gjennomslag.¹⁶⁴ Selv om det var begått en feil fra sykehusets side, og at det å få et barn som ikke er planlagt kan være vanskelig økonomisk, var Høyesterett ikke i tvil om avveiningen. Rettslig var det mulig å komme til motsatt konklusjon – noe flere andre land faktisk har gjort, men Høyesterett lot moralske oppfatninger veie tyngst. Disse oppfatningene og avgjørelsen er i overensstemmelse med vektingsprinsippet til Finnis.

Mer konkret måtte rettsanvenderen i dette tilfellet veie verdiene liv/reproduksjon og sosiabilitet, mot erstatningsrettslige betraktninger som hensynet til reparasjon. Både reproduksjon og sosiabilitet er sentrale moralske verdier som innebærer å få et barn og skape liv. Å gi erstatning på den bakgrunn, blir følgelig i strid med verdiene. Hensynet til reparasjon er derfor ikke relevant i denne sammenheng. Høyesteretts avgjørelse om at reelle hensyn og moralske vurderinger skulle danne løsning på rettsspørsmålet, var derfor i samsvar med vektingsprinsippet. På den måten er dommen et eksempel på riktig bruk av verdivurderinger – først og fremst med tanke på avveiningen og resultatet.

¹⁶⁴ En slik forståelse av dommen er også Asbjørn Kjønstad enig i. Han etterlyser imidlertid en bredere drøftelse av de verdivurderinger som ble foretatt. Dette er først og fremst relevant ut i fra et rettsrealistisk perspektiv. For denne oppgaven er det sentrale derimot om Høyesterett avgjørelse er i samsvar med Finnis' moralske naturrettsteori. Se Asbjørn Kjønstad, «Reelle hensyn som rettskilde» i *Festskrift til Carl August Fleischer*, Oslo 2006 s. 357-382 (s. 372-374).

Rt-2007-404 (Brennpunkt-dommen) om ytringsfrihetens grenser, er et eksempel på et tilfelle hvor loven selv legger opp til en avveining mellom flere verdier. I denne dommen ble ikke reelle hensyn brukt som en selvstendig rettskildefaktor, men som et styrende element i avveiningsfasen. Tilfellet var at vedkommende saken gjaldt hadde gitt informasjon til politiet som skulle hjelpe til med oppklaringen av NOKAS-ranet i Stavanger. Vedkommende hadde i tillegg hatt kontakt med en journalist som fikk informasjon om måten informanten samarbeidet med politiet. Da journalisten og NRK bestemte seg for å bruke informasjonen som en del av dokumentarserien «Brennpunkt», gjorde informanten gjeldende at noe slikt ikke var avtalt, og at offentliggjøringen av hans identitet ville sette han i livsfare på grunn av forventede represalier fra kriminelle miljøer. Spørsmålet i saken var på den bakgrunn om programmet kunne nektes sendt, og om et slikt forbud var i strid med ytringsfriheten.

Førstvoterende dommer Stang Lund startet med å slå fast utgangspunktet om at NRK hadde rett til å sende programmet på bakgrunn av ytringsfriheten, jf. Grl. § 100 (1) og EMK. art. 10 nr. 1. Unntak fra ytringsfriheten følger imidlertid av Grl. § 100 andre ledd, som blant annet krever at det aktuelle unntaket er hjemlet i lov, sedvane eller domstolsskapt rett, jf. premiss 67. Unntak som ble påberopt var både retten til liv etter EMK art. 2, alminnelige prinsipper om nødrett og ulovfestede personvernsregler, herunder regelen som følger av Rt-1952-1217 (To mistenkelige personer-dommen). Førstvoterende uttalte så: «Etter [Grl.] § 100 annet ledd må den fare A ble utsatt for, holdes opp mot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøking, demokrati og individets frie meningsdannelse.», jf. premiss 72. Det måtte med andre ord foretas en interesseavveining. På bakgrunn av den særlige posisjon ytringsfriheten har i Norge, og dertil den snevre adgangen til å gjøre inngrep, konkluderte førstvoterende med at programmet kunne sendes. Annenvoterende kom til samme resultat som førstvoterende, men med den begrunnelse at det ikke forelå lovhjemmel for inngrepet. Særlig la annenvoterende dommer Skoghøy vekt på at «domstolene [bør] være svært tilbakeholdne med å utvikle ulovfestede ytringsfrihetsbegrensninger», jf. premiss 94.

Flertallets rettsanvendelse – fire dommere – endte opp i en avveining mellom hensynet til ytringsfriheten og faren for liv og helse. Dette gjaldt for så vidt også annenvoterende, men han la i tillegg særlig vekt på hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet ved at lovgiver og ikke domstolene må oppstille unntak fra ytringsfriheten. Argumentasjonen passer inn i Finnis' vektingsprinsipp, men slik at konklusjonen må kritiseres. I avveiningsfasen er det to av de grunnleggende verdiene som står mot hverandre: verdien kunnskap/sannhet mot verdien liv/fysisk helse. I slike tilfeller kan som nevnt ingen av verdiene åpenbart krenkes, slik

at en verdi vinner fram. Verdiene må istedenfor samordnes i tråd med den praktiske fornufts prinsipper. Ytringsfriheten er et viktig premiss for sannhetssøken, ved at alle borgere har mulighet til å delta i en opplyst debatt. Av den grunn er ytringsfriheten et viktig aspekt av verdien kunnskap. Total sensur vil innebære en krenkelse. På samme måte er det for verdien liv og fysisk helse; dette er en grunnleggende verdi som krenkes ved at noen settes i en aktuell livsfare.

Styrken av verdiene og faren for krenkelse må så ses i sammenheng med de faktiske forhold. Verdien liv var tydelig i fare for å bli krenket (igjen) – informanten hadde allerede blitt skutt i foten ved en hevnaksjon. På bakgrunn av de faktiske forhold slik de blir presentert i dommen, var det aldri informantens intensjon at hans navn skulle bli offentliggjort som en følge av kontakten med journalisten. Et mulig alternativ for å unngå krenkelser av verdiene ville derfor vært å sensurere dokumentaren. På den måten ville både allmenheten fått kunnskap, og informantens liv og helse ville blitt vernet. Istedenfor å finne løsninger på bakgrunn av et ønske om samordning mellom verdiene, kan det virke som at Høyesterett tilpasset argumentasjonen etter verdien kunnskap og hensynet til ytringsfriheten. Dette ved pragmatiske antagelser – nærmest unnskyldninger – som at informanten selv hadde initiert kontakten («skyld på deg selv»), at det kriminelle miljøet muligens allerede visste hvem informanten var («skaden har allerede skjedd»), og at det uansett var politiets rolle å gi beskyttelse («ja da så»). Samlet gis det et inntrykk av at Høyesterett nærmest har foretatt en utilitaristisk argumentasjon hvor ytringsfriheten er funnet mest nyttig, og at livsfaren informanten utsettes for blir irrelevant på den bakgrunn. Ved bruk av de absolutte objektive godene i Finnis' teori innebærer en slik fare derimot en krenkelse av verdien liv som ikke er akseptabel. Retten er derfor i dette tilfellet ikke i samsvar med moralen, hvilket innebærer at Høyesterett burde kommet til et annet resultat. Dommen er følgelig et godt eksempel på at vektingsprinsippet må være styrende for rettsanvendelsen også i de tilfeller hvor loven legger opp til moralske interesseavveininger.

Avslutningsvis må det i tillegg sies at Høyesterett tidligere har gjort unntak fra ytringsfriheten i To mistenkelige personer-dommen. Da på bakgrunn av hensynet til personvernet. Selv om det er ulikheter mellom de to dommene, skulle en umiddelbart tro at hensynet til liv og helse er mer tungtveiende grunner enn personvernensyn. Både førstevoterende og (særlig) annenvoterende tok imidlertid avstand fra at Høyesterett skal oppstille slike ulovfestede unntaksregler fra ytringsfriheten, selv om det tidligere har vært gjort. I et slikt tilfelle er det de autoritative verdiene demokratisk legitimitet og forutberegnelighet som må vektes mot liv/fysisk helse. På bakgrunn av Finnis' teori kan det argumenteres for at

Høyesterett i dette tilfellet burde ha oppstilt et slikt unntak, da den absolutte verdien liv var i stor fare for å bli krenket.

Et annet rettsområde hvor verdivurderinger spiller en sentral rolle er utlendingsretten. Rt-2012-1985 (Lengeværende barn-dommen I) er et godt eksempel på dette. Reelle hensyn ble her brukt som vektingsredskap i avveiningsprosessen, ved at loven la opp til en verdivurdering. Kort fortalt var faktum i saken at en iransk familie hadde søkt asyl i Norge, for deretter å ha fått avslag på søknaden. Grunnet både en lang prosess, et midlertidig innvilget opphold på ett år for behandling av sykdom og et ulovlig opphold på noe over tre år, hadde familien oppholdt seg i Norge i nærmere seks år før endelig vedtak om utsendelse ble fattet. Det ene av de to barna i familien var da godt integrert, gikk på skole her og hadde lært seg norsk. Det overordnede spørsmålet i saken var derfor om hensynet til barnets beste måtte veie tyngre enn innvandringspolitiske hensyn slik at vedtaket om utsendelse til Iran ble kjent ugyldig.

Det primære rettsgrunnlaget for spørsmålet var utlendingsloven § 38, som både sier at hensynet til barnets beste «skal» tillegges vekt for spørsmålet, og at innvandringsregulerende hensyn «kan» tillegges vekt. Både førstevoterende dommer Webster og annenvoterende dommer Bårdsen redegjorde nøye for forarbeidene til bestemmelsen, i tillegg til barnekonvensjonen art. 3 som bestemmelsen må ses i lys av. Førstvoterende mente at «hensynet til barnets beste skal veie tungt», at «[d]et skal legges vekt på tilknytning som er opparbeidet også mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet», at «[i]nnvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste», «[m]en jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende», jf. premiss 134. Annenvoterende må i stor grad sies å være enig i disse utgangspunktene, men la særlig vekt på barnekonvensjonen art. 3 og uttalte at «barnets interesser vanskelig kan settes *helt* til side ut fra innvandringsregulerende hensyn», jf. premiss 190. I tillegg la han særlig vekt på «at den løsning som best tjener barnet, vanskelig kan velges bort under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold og fordi foreldrene har forholdt seg passive og ikke medvirket til utreise», jf. premiss 199. På denne bakgrunn ble det foretatt en interesseavveining hvor førstvoterende og flertallet vektla mulige konsekvenser for lignende tilfeller og hensynet til lovens regler, mens annenvoterende og mindretallet la vekt på den tilknytning barnet hadde fått til Norge og de konsekvenser et miljøskifte ville ha. Det resulterte i at vedtaket om utsendelse fortsatt ble kjent gyldig.

Forskjellen mellom flertallet og mindretallet i denne dommen skyldtes først og fremst et ulikt syn på reelle hensyn i vektingsfasen.¹⁶⁵ Selv om utlendingsretten og de vurderinger som hører til innvandringsfeltet typisk er politiske, ligger det moralske verdier til grunn som domstolen må ta stilling til.¹⁶⁶ Finnis' vektingsprinsipp er derfor relevant og til hjelp for vektingen mellom hensynene. Hensynet til barnets beste kan vi finne igjen i verdiene liv og sosiabilitet, i den forstand at et barn må ha gode oppvekstvilkår med tilstrekkelig omsorg og en forsvarlig helse. Hensynet til innvandringsregulering kan sies å være representert i de fleste av verdiene, ved at myndighetene må legge til rette for alle borgeres realisering av godene – altså deltagelsen i det felles gode. Myndighetene må derfor foreta vanskelige prioriteringer som å gi asyl kun til de med tilstrekkelig behov.

I dette tilfellet er det vanskelig å samordne verdiene. Spørsmålet blir derfor om noen av verdiene direkte krenkes. Mest nærliggende er det at verdiene liv og sosiabilitet krenkes ved utsendelsen fordi barnas oppvekst blir vesentlig vanskeligere. Avgjørelsen er imidlertid utfordrende på grunn av usikkerheten rundt faktum. Hadde familien kommet fra et land preget av sult, eller kun en av foreldrene hadde fått opphold slik at familien splittes, ville det foreligget en klar krenkelse med den konsekvens at familien ikke kunne sendes ut fra landet. Usikkerheten rundt barnas fremtid ved utsendelse medfører likevel at dommen ikke er i overenstemmelse med vektingsprinsippet og de moralske verdiene. Dette gjelder imidlertid ikke mindretallets dissens. Dommen illustrerer derfor et ulikt syn i Høyesterett på moralske (og rettslige) løsninger.

Avslutningsvis kan den velkjente dommen i Rt-1979-1079 (Sinnssykes ankerett-dommen) nevnes. Dommen illustrerer typetilfellet hvor loven medfører en umoralsk løsning i strid med reelle hensyn og de moralske verdiene. Faktum i saken var at en sinnssyk kvinne hadde blitt dømt til sikring for drapet på sin mor. Kvinnen anket over sikringstidens lengde, uten vergens samtykke. Spørsmålet var så om en sinnssyk hadde rettslig kompetanse til å foreta en slik ankehandling. Den gamle straffeprosessloven § 98 tillat vergen alle partsrettigheter og stengte derfor i utgangspunktet muligheten for å anke uten samtykke. Høyesterett følte seg imidlertid ikke bundet av loven, men så hen til at det var gitt visse rettigheter til sinnssyke i en ny straffeprosesslov som var på trappene, i tillegg til at tidligere rettspraksis som utelukket ankemuligheter skilte seg fra det aktuelle tilfellet. Avgjørende for resultatet var imidlertid først

¹⁶⁵ Et slikt syn presenteres også hos Skoghøy s. 295.

¹⁶⁶ Bernt mener rettspositivismen har ført til en fortrenghet av moralen og nevner særlig utlendingsretten som eksempel. Han kritiserer Høyesteretts flertallet for å være for lojal overfor forvaltningen, Bernt s. 143-144.

og fremst reelle hensyn. Førstvoterende dommer Blom uttalte at lovens løsning ville «være i strid med det syn på de sinnssyke og deres rettigheter som etter hvert har arbeidet seg fram hos oss. Det vil også i sin konsekvens medføre at en sikringsdømt sinnssyk uten videre er fratatt en elementær rettssikkerhetsgaranti som tilkommer alle andre i dette land», jf. s. 1081.

Høyesterett fant altså at loven ikke kunne medføre at viktige rettssikkerhetsgarantier bortfalt. Det innebar at de autoritative verdiene bak loven – demokratisk legitimitet og forutberegnelighet – ble sett bort ifra, mens hensynet til rettssikkerhet ble avgjørende. Ut i fra Finnis' teori representerer rettssikkerhet et grunnleggende hensyn ved rettssystemet i seg selv, men kan også finnes i verdien om den praktiske fornuft. Dette i betydning av selvbestemmelse og autonomi.¹⁶⁷ Den praktiske fornuft, og individets evne til selv å ta avgjørelser, er helt grunnleggende for å kunne handle moralsk.

I dette tilfellet fant retten det bevist at den sinnssyke faktisk forsto valget hun hadde tatt ved å anke. I tillegg hadde lovgiver akseptert resultatet Høyesterett kom fram til i en kommende lov. Vektingsprinsippet tilsier derfor at hensynet til demokratisk legitimitet har liten vekt, hensynet til forutberegnelighet noe vekt, mens hensynet til moralsk selvbestemmelse veier tungt. I et slikt tilfelle må rettsanvenderen finne løsningen i reelle hensyn istedenfor loven, noe Høyesteretts rettskildebruk er et godt eksempel på. Dommen illustrerer derfor at det er mulighet til å fravike loven når løsningen klart strider mot viktige moralske verdier, og at Høyesterett var villig til å gjøre nettopp dette.

På bakgrunn av de dommene som er gjennomgått kan det vurderes om Finnis' vektingsprinsipp er funksjonelt i rettsanvendelsen, og i hvilken grad Høyesterett rettskildebruk samsvarer med de moralske verdiene. De tidligere avsnittene har vist at rettsanvenderen særlig vil kunne stå overfor verdivurderinger innenfor rettsområdene barnerett, utlendingsrett, grunnlovsrett og menneskerettigheter. Dersom de moralske verdiene krenkes, tilsier vektingsprinsippet at den løsning som følger av loven må ses bort ifra. Istedenfor må rettsanvenderen ta standpunkt på bakgrunn av reelle hensyn og verdivurderinger. Utfordringen i dette tilfellet er å harmonisere og vekte de autoritative og moralske verdiene mot hverandre. Dette vil til syvende og sist bero på rettsanvenderens skjønn, eller sagt med Finnis' ord: den praktiske fornuft.

Utvalget av dommer fra Høyesterett er neppe representativt for å fastslå noen generell tendens, men vi kan svare på om rettskildebruken er i samsvar med de moralske verdiene

¹⁶⁷ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 88.

Finnis' oppstiller. Dette er tilfellet i alle dommene, med unntak av to. I Brennpunkt-dommen la Høyesterett for stor vekt på hensynet til ytringsfriheten, på bekostning av faren for livet til informanten. Dette var klart i strid med den absolutte verdien liv. Lengeværende barn-dommen I var derimot et grensetilfelle. I de andre tilfellene la Høyesterett avgjørende vekt på moralske vurderinger. Steriliserings-dommen og Sinnssykes ankerett-dommen er gode eksempler på dette. Sistnevnte dom viser med tydelighet at rettsanvenderen må se bort ifra lovens løsning når denne er i strid med moralen, og heller la verdivurderinger og reelle hensyn være avgjørende. På bakgrunn av de dommer som er gjennomgått må det derfor kunne konkluderes med at vektingsprinsippet er praktisk funksjonelt, og at Høyesteretts rettskildebruk i de fleste tilfeller er i samsvar med de moralske verdiene.

4. Avslutning

Problemstillingen som ble oppstilt i oppgavens innledningskapittel lød som følger: Kan Finnis' naturretsteori gi reelle hensyn et konkret moralsk innhold, i tillegg til å fungere som et vektingsprinsipp hvor moralske verdier må være avgjørende for rettsanvendelsen? Etter gjennomgangen av både John Finnis' naturretsteori og reelle hensyns innhold og vekt, mener jeg det er belegg for å svare bekreftende på problemstillingen.

På bakgrunn av Finnis' teori har oppgaven oppstilt et vektingsprinsipp med klare retningslinjer for rettsanvenderen til bruk i avveinings- og samordningsfasen, for vektingen mellom de verdier som ligger bak de autoritative rettskildefaktorene og moralske verdier. I tillegg er det gitt anvisning på vektingen mellom flere moralske verdier, der disse taler for ulike løsninger. Som tidligere nevnt beror en slik avveining til syvende og sist på et skjønn, men ved hjelp av Finnis' teori er det oppstilt klare rammer og premisser for skjønn. Oppgaven har vist at det er rom i gjeldende rettskildelære for å velge den moralsk riktige løsning, selv om denne ikke samsvarer med loven. Dette ligger innenfor hva som legitimt kan aksepteres som gyldig argumentasjon fra rettsanvenderen. Disse tilfellene vil imidlertid presumtvt oppstå sjeldent, og det må foreligge entydige moralske oppfatninger for slike løsninger. Det må understrekes at vektingsprinsippet utgjør en funksjon også på bakgrunn av andre moralteorier eller moraloppfatninger enn en naturrettslig. Vektingsprinsippet sier kun noe om forholdet mellom de autoritative verdiene som følger av lov, forarbeider og rettspraksis, opp imot moralske verdier generelt.

Når det gjelder innholdet i reelle hensyn fant oppgaven at det er mulig å fylle kategorien med en naturrettlig moralteori – eller andre moralteorier. Selv om deler av det som anses som reelle hensyn knytter seg til faktiske betraktninger, gir juridisk teori uttrykk for at rettskildefaktoren kan og bør fylles med moralsk innhold. På bakgrunn av det nødvendige samspillet mellom rett og moral, kan det derfor være hensiktsmessig å bringe inn moralfilosofien i rettsanvendelsen gjennom reelle hensyn. En umiddelbar innvending er at moralfilosofien som jussen kan ha vanskeligheter med å gi entydige svar, men dette kan heller ikke forventes av den type vitenskaper. I tillegg er som nevnt juss ikke bare moral, men også annen praktisk regulering av samfunnet. En større grad av teoretisering rundt hva som er riktige og gode handlingsalternativer og valg, vil uansett hjelpe rettsanvenderen med å finne frem til den beste løsning, og med det opprettholde rettens legitimitet i samfunnet.

I oppgavens innledning ble også spenningen mellom en normativ naturrettsteori og en deskriptiv rettskildelære nevnt. Gjennom oppgaven har dette kommet til uttrykk ved at Finnis' teori tydelig tilsier at moralske vurderinger bør være styrende for rettskildelæren. Eckhoffs deskriptive rettskildelære er derimot kun basert på hvordan rettsanvendelsen faktisk er. Med mindre moralen er styrende for rettsanvendelsen, vil det ikke kunne være samsvar mellom Finnis' og Eckhoffs teorier. Finnis' teori innebærer derfor at vi ikke kan ha en deskriptiv og rettsrealistisk rettskildelære; rettskildelæren må si noe om hvordan rettsanvendelsen må være utover hva den rent faktisk er. På den måten tilfører Finnis' teori normative elementer til en deskriptiv rettskildelære.

5. Litteratur- og domsliste

5.1 Bøker

Augdahl, Per, *Rettskilder*, 3. utgave (Oslo 1973).

Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights* (Oxford 2009).

Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati* (Oslo 2007).

Bernt, Jan Fridthjof og David Roland Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse*, 2. utgave (Oslo 1999).

Blandhol, Sverre, *De beste grunner* (Oslo 2013).

Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt* (Oslo 2012).

Coleman, Jules og Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford 2002).

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Eng, Svein, *Rettsfilosofi* (Oslo 2007).

Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, second edition (Oxford 2011).

Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode* (Oslo 1998).

Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon* (Oslo 2014).

Golding, Martin og William Edmundson, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford 2005).

Graver, Hans Petter, *hva er RETT* (Oslo 2011).

Kinander, Morten, *Rettsfilosofi – en innføring* (Bergen 2005).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004).

Slagstad, Rune, *Rettsens ironi*, 2. utgave (Oslo 2011).

Stigen, Anfinn, *Aristoteles – en innføring* (Oslo 1977).

Timmons, Mark, *Moral Theory: An Introduction*, second edition (Plymouth 2013).

5.2 Artikler

Askeland, Bjarte, «Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning», *Jussens Venner*, 2003 s. 8-23.

Bernt, Jan Fridthjof, «Hva skjedde med rettsrealismen?», *Jussens Venner*, 2014 s. 139-161.

Blandhol, Sverre, «Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskapen og rettsanvendelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 s. 365-391.

Blandhol, Sverre, «Innføring i juridisk metode», *Jussens Venner*, 2015 s. 310-345.

Finnis, John, «Grounding Human Rights in Natural Law», *The American Journal of Jurisprudence*, 2015 s. 199-225.

Fortin, Ernest, «The New Rights Theory and The Natural Law», *The Review of Politics*, 1982 s. 590-612.

Graver, Hans Petter, «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2000 s. 429-476.

Graver, Hans Petter, «Okkupasjon, folkerett og dødsdommen mot Klinge», *Lov og Rett*, 2013 s. 275-294.

Halvorsen, Marit, «Streiftog i naturretten», *Jussens Venner*, 2008 s. 275-311.

Høgberg, Alf Petter, «Om kritikkene av fenomenet reelle hensyn, begrepet «reelle hensyn» og termen «reelle hensyn» i *dog Fred er ej det Bedste- : Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag den 26. august 2006*; Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.) (Oslo 2006) s. 297-316.

Jansen, Lars Finholt, «Bergenskolen: Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag», *Jussens Venner*, 2007 s. 108-123.

Kjønstad, Asbjørn, «Reelle hensyn som rettskilde» i *dog Fred er ej det Bedste- : Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag den 26. august 2006*; Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.) (Oslo 2006) s. 357-382.

Skoghøy, Jens Edvin, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger («reelle hensyn»)», *Jussens Venner*, 2015 s. 287-309.

Wallin, Alex, «John Finnis's Natural Law Theory and a Critique of the Incommensurable Nature of Basic Goods», *Campbell Law Review*, 2012 s. 59-81.

5.3 Dommer

Rt-1946-198 (Klinge-dommen)

Rt-1979-1079 (Sinnssykes ankerett-dommen)

Rt-1999-203 (Steriliserings-dommen)

Rt-2007-404 (Brennpunkt-dommen)

Rt-2010-1445 (Krigsforbryter-dommen)

Rt-2012-1985 (Lengeværende barn-dommen I)

Rt-2013-565

HR-2017-345-A