

NORSK FORSIKRINGSJURIDISK  
FORENING S PUBLIKASJONER

NR. 45

JOHS. ANDENÆS  
PROFESSOR, DR. JURIS

RETTSTEORI OG RETTSPRAKSIS

REFERAT FRA MØTE I NORSK FORSIKRINGSJURIDISK  
FORENING DEN 8. DESEMBER 1961

WEBERGS BOKTRYKKERI A/S, OSLO

## I

Historien gir eksempler på de mest motstridende oppfatninger om det rette forhold mellom den juridiske teori, det vil i første rekke si rettslitteraturen, og domstolenes praksis. Et høydepunkt nådde rettslitteraturens autoritet i den senere romerrett. De autoriserte forfatteres skrifter ble betraktet som bindende for domstolene; bare hvis forfatterne var uenige — og litterære kontroverser er ikke noe eget for vår tid — måtte dommeren gjøre seg opp en selvstendig mening. Ved den såkalte Sitatlov (eller Stemmetellingslov) fra året 426 ble han imidlertid fritatt også for denne byrde. Det ble nå bestemt at hvis det var uenighet mellom de autoriserte forfattere, skulle den mening råde som hadde flertallet for seg. Og var det stemmelikhet, skulle Papinians stemme gjøre utslaget. Bare når det var stemmelikhet og Papinian ikke hadde uttalt seg, måtte dommeren velge selv. Professor Marcus Ingstad, som jeg har min lærdom fra, synes til tross for sin store beundring for de klassiske romerske jurister at dette var å gå noe langt. Han anfører som en slags unnskyldning og forklaring for loven at dommerne på denne tid ofte var noen stympere.<sup>1</sup> Uenighet mellom de juridiske forfattere satte dem i stor forlegenhet, og Ingstad tilføyer tenksomt at keiseren ved loven visstnok har brakt datidens dommere atskillig hjelp.

Også Justinians lovgivningsverk omtrent 100 år etter Sitatloven viser den samme respekt for de gamle forfattere. Kodifikasjonsarbeidet besto som bekjent vesentlig i å klippe og sette sammen bruddstykker fra de gamle forfatteres verker og gi det hele lovs kraft. Men det var langt fra at Justi-

---

<sup>1</sup> *Marcus Ingstad*, Den romerske privatrets almindelige del, utg. av Carl Platou (Kra. 1924) s. 128.

nian viste en lignende respekt for *fremtidens* juridiske forfattere. Keiseren hadde gitt sin lovbok og ville ha seg frabedt at juridiske forfattere skulle fingre med hans verk. Den som for fremtiden innlot seg på juridisk forfatterskap, skulle straffes for falsk og hans bøker brennes. Fra den ene ytterlighet er man altså havnet i den annen. Også lovgivere fra senere tider har undertiden vist en lignende mistenksomhet overfor juridisk forfattervirksomhet. Da den prøyssiske landrett — lovboken med de 20 000 paragrafer — ble gitt i 1794, ble det i innledningen uttrykkelig sagt at dommeren for fremtiden ikke skulle ta noe hensyn til rettslærernes oppfatning. Jeg må tilføye at denne uvilje overfor rettslitteraturen ikke var fulgt av en tilsvarende oppvurdering av dommeren. I tillit til sin egen fullkommenhet følte lovgiveren ikke behov for noen supplerende innsats hverken fra juridisk teori eller fra domstolene. Justinian bestemte at var det noe dommeren ikke forstod, skulle han spørre keiseren, og etter den prøyssiske landrett var det ikke bare rettslitteraturen dommeren skulle se bort fra, heller ikke tidligere rettspraksis skulle han ta hensyn til.

Nå behøver en ikke gå tilbake til Sitatloven og Justinian for å illustrere at forholdet mellom rettslitteratur og rettspraksis kan arte seg forskjellig. Kaster vi et blikk ut over landegrensene, ser vi det samme også i dag. England og Tyskland representerer her de to motpoler. I England er dommeren et opphøyet vesen og hvert ord som går ut av hans munn behandles med ærbødig respekt. Professorer og andre juridiske forfattere har inntil den siste tid vesentlig vært opptatt med å samle og kommentere dommer, og har sjelden våget seg frempå med personlige synspunkter eller uttrykk for kritikk. De store juristnavn som omtales og siteres, er som regel dommere. Forholdet får også uttrykk i den forskjellige økonomiske status og sosiale prestisje som blir de to yrker til del.

Er England dommernes land, er Tyskland de juridiske professorers land. De store tyske lærde er kjent også hos oss — Savigny, Ihering, Windscheid, Franz v. Liszt, for bare å nevne noen av dem. Tyske dommere er mer en anonym masse.

Det bidrar til denne anonymiteten at dommerne ikke trer personlig frem i sine domsvota. Domsbegrunnelsene blir gitt i domstolens navn, dissenser blir ikke nevnt.

Denne forskjell mellom England og Tyskland avspeiler seg også i de to länds rettssystemer. I England står den domstolsskapte rett i forgrunnen. Prejudikater betraktes som bindende. Og selv når et emne blir regulert ved lov, slik som det mer og mer skjer i nåtiden, har lovene et kasuistisk preg; de fremtrer gjerne som en slags katalog over konkrete rettstilfelle. Tyskland er derimot de systematiske lovbøkers land. Bürgerliches Gesetzbuch er et verk av professorer, på godt og på ondt — strengt i systematikken, abstrakt i formuleringene, bygget nær over den romanistiske rettsvitenskaps begrepsapparat. Som Ross uttrykker det: «Uden en akademisk tradition, uden den rolle, som den juridiske professor har spillet fra Glossatorernes tid og ned til vore dage, ville de større eller mindre kontinentale kodifikationer ad lovgivningsvejen have været utænkelige.»<sup>1</sup>

De nordiske land representerer, på dette som på så mange andre områder, det som vi selv betrakter som den gylne middelvei. I sin fremstilling av rettsvitenskapens historie i «Innledning til formueretten» konstaterer Fredrik Stang med tilfredshet hvor harmonisk forholdet mellom rettsvitenskap og rettspraksis arter seg i de nordiske land. «Rettsvitenskapen i de nordiske land øser av domsmaterialet, søker impulser fra det, men stiller seg samtidig kritisk overfor det. Domspraksis øver altså innflytelse på rettsvitenskapen, men omvendt øver rettsvitenskapen innflytelse på domspraksis, slik som det alltid bør være. Så tilfredsstillende . . . forholdene ikke overalt ellers.»<sup>2</sup>

Det bidrar naturligvis til dette nære forhold at det ikke er noen skarpt gjennomført fordeling av rollene. Dommere og advokater beriker den juridiske litteratur med bøker og avhandlinger. På den annen side har de fleste universitetsjurister hos oss iallfall noen praktisk dommererfaring, dels

<sup>1</sup> Ross, Om ret og retfærdighet, s. 106.

<sup>2</sup> Stang, Innledning til formueretten, 3. utg. (1935) s. 155—156.

fra sin dommerfullmektigtid, dels fra senere leilighetsvis virksomhet i domstoler, skjønnsretter eller voldgiftsretter. Også det nære samarbeid i lovkomitéer og juridiske for- eninger mellom representanter for forskjellige juridiske yr- ker hindrer at det oppstår en kløft mellom det praktiske rettsliv og en gruppe lærde, men livsfjerne juridiske teore- tikere. Etter forholdene hos oss ligger vel den fare nærmere at juridiske professorer blir trukket så sterkt inn i praktisk juridisk virksomhet at de får liten tid til fordypelse og prin- sipiell tenkning.

## II

Fredrik Stang talte om rettsvitenskap og rettspraksis. Når jeg har valgt det beskjednere uttrykk «rettsteori», er det for ikke allerede i titelen til foredraget å foregripe svaret på spørsmålet: Er rettsvitenskapen en vitenskap?

Dette spørsmål har i de senere år vært gjenstand for atskillig diskusjon blant rettsteoretikere i Norden. Hos oss ble det tatt opp av daværende stud. jur. Wilhelm Aubert i en avhandling «Om rettsvitenskapens logiske grunnlag» som ble trykt i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1943. I våre nabo- land er diskusjonen av eldre datum, og i 1950 kom det i Sve- rige ut en hel bok av Björn Ahlander med titelen «Är juri- diken en vetenskap?». Av kjente navn som ellers har deltatt i diskusjonen, kan jeg nevne Ekelöf i Sverige, Vinding Kruse d. e. og Ross i Danmark, Arnholm i Norge.

Før jeg går inn på spørsmålet om rettsteoriens karakter av vitenskap eller ikke vitenskap, skal jeg prøve å stille opp mot hverandre dommerens og rettsteoretikerens virksomhet og forsøke å analysere likhet og ulikhet i oppgaver og ar- beidsmetoder.

Først noen ord om dommeren.

Hans oppgave, slik som den daglig møter ham i retts- salen, er å ta standpunkt til konkrete saker. Det medfører at hans tid i stor utstrekning blir opptatt med å finne frem til *faktum* i sakene. For mange dommere blir dette den domi- nerende oppgave. Jeg vil f. eks. tenke meg at en byrettsdom- mer som sitter i forhørsretten eller husleieretten, sjelden

blir stilt overfor tvilsomme juridiske spørsmål når han først er kommet inn i sitt arbeid. I en ankeinstans er dette an- nerledes, særskilt når domstolens kompetanse med hensyn til bevisbedømmelsen er begrenset, slik som for Høyesterett i straffesaker.

Domstolene skal avgjøre sine saker på grunnlag av gjel- dende rett. En tradisjonell ideologi går ut på å fremstille rettsanvendelsen som en *erkjennelsesprosess*. Dommeren har etter denne oppfatning til oppgave å finne og anvende en rett som allerede eksisterer, selv om den kan være vanskelig å konstatere. Juridiske praktikere har vel aldri helt kunnet tro på denne lære, og i juridisk teori har den neppe mange tilhengere i våre dager. Når man ser realistisk på saken, må man åpent erkjenne at «gjeldende rett» — hvordan man enn nærmere vil definere dette begrep — ofte ikke gir noen sik- ker løsning. Avgjørelsen blir i så fall avhengig av vurderin- ger og innstillinger hos dommerne, uten at det er mulig å angi et objektivt kriterium for riktig eller galt. Rettspleie har nødvendigvis et innslag av rettspolitikk. Det er riktig- nok sjelden at en domstol i sin begrunnelse vil vedkjenne seg denne rettsskapende oppgave. Dommerne foretrekker å pre- sentere sine løsninger som en anvendelse av gjeldende rett. Men i etterhånd faller behovet for denne tilsøring av tanke- prosessens karakter bort, og alle finner det naturlig å tale om domstolsskapt rett. Det er nok å nevne våre regler om objektivt erstatningsansvar.

En klar erkjennelse av denne domstolenes rettsskapende oppgave fører, synes jeg, til visse videre konsekvenser, men her kommer jeg ut på et område hvor jeg ikke er sikker på at alle er villige til å følge meg.

Jeg sa at domstolenes oppgave er å avgjøre de konkrete saker som blir forelagt dem. Det blir undertiden oppfattet slik at domstolene kan betrakte sin oppgave som uttømt med å gjøre rett og skjell mellom partene i de konflikter de får forelagt. I et slikt syn er jeg dypt uenig. For de underord- nede domstoler kan det stort sett være riktig, men ikke for overordnede domstoler og slett ikke for Høyesterett. Man legger for små mål på Høyesteretts oppgave hvis man vil

vurdere domstolens betydning etter dens innsats for å korrigere mulige feil fra underinstansen i de enkelte saker som domstolen avgjør. For Høyesterett kommer avgjørelsens *veiledende betydning for fremtiden* i forgrunnen. En hel avdeling av Høyesterett greier kanskje ikke å avgjøre flere saker i løpet av ett år enn en enkelt byrettsdommer, og det er slett ikke sikkert at de sakene som går til Høyesterett betyr mer for de enkelte parter enn de som stanser på et lavere trinn. Det er når saken gjelder prinsipielle spørsmål som har betydning ut over det konkrete saksforhold, at det i første rekke er bruk for Høyesteretts ord. Ankeordningskomitéen av 1955, som denne formulering er hentet fra, fremhever særlig domstolens betydning for *rettsenheten*.<sup>1</sup> Og det er naturligvis en viktig side, men likevel bare én side av Høyesteretts regel- og virksamhet. Selv om vi tenker oss at det bare fantes en enkelt domstol, slik at man kunne se bort fra hensynet til rettsenheten, ville det åpenbart være en oppgave for domstolen å trekke opp linjer for sin egen praksis til veiledning for borgere og advokater.<sup>2</sup>

Dette gjør at dommens *begrunnelse* får en så fundamental betydning når det gjelder Høyesterett. Av hensyn til *partene* er det lite behov for begrunnelse av en høyesterettsdom. For dem er det viktigere med begrunnelse av underinstansens dom, fordi begrunnelsen kan ha betydning når de overveier om de skal prøve seg med rettsmidler mot dommen. Når Høyesterett avsier dom, er saken endelig avgjort, og begrunnelsen har for partene nærmest psykologisk interesse. Helt annerledes stiller spørsmålet seg når man trekker Høyesteretts rettsskapende og veiledende virksamhet inn i bildet. Skal man få vite hvilke rettssetninger Høyesterett har lagt til grunn, må dommen begrunnes; i motsatt fall er man henvist til gjetning. Utviklingen i de siste århundrer viser en stigende forståelse for denne side av Høyesteretts virksamhet. I eneveldets tid ga den dansk-

<sup>1</sup> Innstilling fra Ankeordningskomitéen av 1955 (1957) s. 27, se også Ot.prp. nr. 25 (1959) s. 8 og s. 11.

<sup>2</sup> Som eksempel kan man bruke Arbeidsrettens stilling.

norske høyesterett ingen begrunnelse for sine dommer, og denne tilstand besto hos oss helt til loven av 1863 om offentlig votering i Høyesterett. Domstolen hadde da gjennom mer enn en menneskealder ført en seig kamp for å unngå den offentlige votering, hvor begrunnelse og dissenser kommer frem i lyset.<sup>1</sup> Vi kan i dag bare undre oss over det snevre syn på sin oppgave som Høyesteretts innstilling til den offentlige votering gav uttrykk for. Uansett hvor godt og samvittighetsfullt den høyeste domstol i et land arbeider, er det klart at den ikke kan fylle sin oppgave i rettsutviklingen når den treffer sine avgjørelser uten begrunnelse. Det blir ofte sagt som en helt selvfølgelig ting at resultatet er viktigere enn begrunnelsen. Det er en av disse besnærende formuleringer som virker så umiddelbart innlysende, men som blir mer tvilsomme når man analyserer dem nærmere. For partene er resultatet det viktigste, men for samfunnet som helhet gjelder det slett ikke alltid. I Høyesterett vil det — etter min oppfatning — være en helt ordinær ting at begrunnelsen er viktigere enn resultatet. En sak kan gjelde nokså bagatellmessige ting, men gjennom den rettsregel dommen knesetter, kan den få vidtrekkende betydning for rettsutviklingen. Man kan f. eks. tenke på Høyesteretts grunnleggende avgjørelser under landssvikoppgjøret om gyldigheten av regjeringens provisoriske anordninger fra krigstiden, om straffbarheten av NS-medlemskap og om holdbarheten av det solidariske erstatningsansvar for NS-medlemmer.

Nå kan en begrunnelse være av så mange slags, og jeg kan ikke la anledningen gå fra meg til å sette et spørsmålstegn ved den tradisjonelle sats at domstolen i sin begrunnelse bør begrense seg til det som er nødvendig for avgjørelsen av saken. En slik rund almen-setning kan tolkes på forskjellige måter. Man kan forstå den bare som en advarsel mot teoretisering som ikke er relevant for den foreliggende sak. Legger man ikke mer i setningen, oppfordrer den ikke til motsigelse. Men vil man ta den på ordet, fører den etter

<sup>1</sup> Se Østlid i TfR 1955 s. 170 flg.

min oppfatning galt avsted. Resultatet kan alltid begrunnes med en henvisning til de foreliggende konkrete omstendigheter. Slik går man i stor utstrekning frem når det er spørsmål om en straffutmåling eller en lignende skjønsmessig vurdering. Retten gir en omhyggelig beskrivelse av de foreliggende omstendigheter i saken, og erklærer så at den ved en samlet vurdering er kommet til det og det resultat. Men man bygger ikke opp *rettsregler* på den måte. Rettsregler forutsetter nettopp at man av hele situasjonen trekker ut og presiserer de momenter som tillegges relevans.

La oss ta et eksempel fra erstatningsretten. En person er saksøkt til erstatning. Det er enstemmighet i Høyesterett om å tilkjenne erstatning. En fraksjon vil bygge det på culpa-regelen, en annen fraksjon på objektivt grunnlag. La oss tenke oss at domstolen leverer en fellesbegrunnelse, hvor den gir en fremstilling av den faktiske situasjon og erklærer at under de foreliggende omstendigheter finner den erstatningsplikt begrunnet. Det vil dermed være overlatt til advokater og professorer å gruble over orakelsvaret og spekulere på hva som lå bak. Vi ville visst alle føle fremgangsmåten temmelig utilfredsstillende.

Det finnes alle overganger mellom en avgjørelse som klart og prinsipielt gir uttrykk for de rettsregler den bygger på, og en avgjørelse som nøyer seg med en henvisning til de foreliggende konkrete omstendigheter i saken. Sakens stilning, den nasjonale tradisjon, og i noen grad den enkelte dommers temperament vil spille inn ved domstolens utforming av sin begrunnelse. Dette er nylig belyst på en interessant måte av den svenske forfatter J. Gillis Wetter i en bok om den stil som overordnede domstoler i forskjellige land følger ved sin domskrivning.<sup>1</sup> Det er vanskelig å hevde med noen grad av sikkerhet at den ene stil totalt sett representerer en bedre løsning enn den annen. Personlig har jeg en viss forkjærlighet for de klare prinsippavgjørelser, men jeg er ikke blind for muligheten av at teoretikeren i meg får meg til å legge for stor vekt på denne side. Faren ved de prinsipielle av-

<sup>1</sup> J. Gillis Wetter, *The styles of appellate judicial opinions* (1960).

gjørelser er naturligvis at domstolen kan komme til å uttrykke seg noe for generelt, slik at det blir nødvendig å gjøre reservasjoner i senere rettsavgjørelser. Det er naturlig at en dommer føler seg på tryggere grunn når han knytter sin avgjørelse nær til de konkrete omstendigheter og unnviker de prinsipielle uttalelser. Men det ikke er dette som er den psykologiske bakgrunn for uviljen overfor de prinsipielle standpunkter? Men en overdreven forsiktighet i denne retning skjer på bekostning av den veiledning som avgjørelsen kunne gi rettslivet. Det er sikkert klokt at Høyesterett, når domstolen stilles overfor et nytt rettsspørsmål, til å begynne med er forsiktig og foretrekker å knytte avgjørelsen til de konkrete omstendigheter fremfor å generalisere. Men når et rettsområde er blitt klarlagt, kanskje gjennom inngående prosedyre i en rekke rettssaker, da er det ingen grunn til å vike tilbake for den oppgave å trekke mest mulig klare retningslinjer opp. Det kan vel være smigrende for en universitetslærer når det undertiden blir sagt at dette må være en oppgave for rettsvitenskapen, men jeg tror nok at Høyesterett ofte har bedre grunnlag for å gjøre det selv.

La meg skynde meg å tilføye at jeg ikke mener som en generell karakteristikk å si at vår Høyesterett unndrar seg fra denne oppgave. Undertiden kunne man nok ønske litt større dristighet, men når man sammenligner med våre nordiske naboland, tror jeg det må sies at norske høyesterettsdommer gjennomgående gir vesentlig bedre beskjed om de rettsprinsipper som blir lagt til grunn enn tilfellet er i de andre land. Det har slått meg ved lesning av enkelte doktoravhandlinger fra våre naboland i de senere år, at selv om de utførlig redegjør for en omfattende rettspraksis, er det meget vanskelig å få tak i hvilke prinsipper denne praksis har lagt til grunn. Delvis kan det ha sammenheng med voteringsmåten. Systemet med fellesbegrunnelser som brukes i Danmark og Sverige, fører lett til knappe og orakelmessige formuleringer. Men hele årsaken kan ikke ligge her. Den tyske høyesterett har også systemet med fellesbegrunnelse, men her går tradisjonen i retning av utførlige drøftelser av de rettssetninger som legges til grunn. Det er for øvrig i

våre naboland en utvikling i gang i retning av mer opplysende domsgrunner. I Danmark fikk man i 1936 bestemmelser om at dissenser skulle opplyses i Høyesteretts dommer. Men navn skulle ikke oppgis, først i 1958 ble dommer-anonymiteten opphevet.<sup>1</sup> I Sverige er det i Högsta Domstolen én dommer som radikalt setter seg ut over tradisjonen med de summariske domsbegrunnelser, men han er da også tidligere professor og fremdeles en meget produktiv juridisk forfatter (justitierådet Karlgren). Han gir undertiden i sine vota rene små juridiske avhandlinger.<sup>2</sup>

### III

Kanskje har jeg våget meg altfor langt inn på domstolenes område. La oss nå vende oss mot rettsteorien.

Mens domstolene avgjør konkrete saker, avgjør den juridiske teoretiker ingen ting. Hans virksomhet har bare betydning i kraft av det materiale han fremlegger, den argumentasjon han presterer, og den autoritet han måtte ha.

Nå er juridisk litteratur av høyst forskjellig art. En doktoravhandling, en tidsskriftartikkel og en juridisk lærebok har forskjellig sikte og byr på forskjellige problemer for forfatteren. Undertiden står det pedagogiske formål helt i forgrunnen. I andre tilfelle er hensikten først og fremst å veilede praksis. Enkelte ganger gjelder det en prinsippdiskusjon om metode, systematikk og terminologi, som ikke tar direkte sikte på løsningen av konkrete rettsspørsmål. Eller det kan dreie seg om en kritikk de lege ferenda av den bestående ordning. Mange fremstillinger forsøker å kombinere flere eller færre av disse formål.

Felles for virksomheten er det at en stor del av arbeidet består i innsamling og analyse av materiale, slik som lovtekster, lovmotiver, trykt og utrykt rettspraksis, bakgrunnstoff om de livsforhold som rettsreglene på vedkommende område regulerer. Ordning og systematisering av dette stof-

<sup>1</sup> Jfr. Victor Hansen, Retsplejen ved Højesteret (1959) s. 12—13, 190—194 og Edel Saunte i Juristen 1961, s. 120—124.

<sup>2</sup> Se således Nytt Juridiskt Arkiv 1956 s. 538—543 og 1959 s. 77—80.

fet må skje hånd i hånd med en systematisk gjennomtenkning av de spørsmål som reiser seg og de virkninger forskjellige løsninger kan få. Utarbeidelsen av en hensiktsmessig systematikk og terminologi er nødvendig for fremstillingen av stoffet, men er også viktig for selve gjennomtenkningen. Evnen til å skape en viss orden og oversikt i livets mangfoldighet uten å gjøre vold på livet selv, er noe av det som mest skiller mellom den gode og den mindre gode juridiske fremstilling. Og denne ordnende virksomhet er antagelig på lang sikt den mest verdifulle innsats rettsteorien kan gjøre for rettslivet.

Slik som tradisjonen er hos oss, holder teoretikeren seg heller ikke tilbake fra å ta standpunkt til hvordan tvils-spørsmål bør løses. Stilt overfor denne oppgave har hans situasjon enkelte fordeler og ganske mange ulemper sammenlignet med dommerens. I kraft av spesialiseringen vil teoretikeren gjerne sitte inne med et mer omfattende kjennskap til det rettsområde han behandler enn dommeren som må være all rounder. På to punkter står den ensomme forsker i sitt studerkammer i en avgjort ugunstigere stilling enn dommeren, især når man sammenligner med de overordnede domstoler. Han har ingen advokater til å legge stoffet frem for seg, og han har ikke det korrektiv mot ensidighet som ligger i rådslagningen med kolleger som kjenner saken like godt som han. Noen av oss søker å oppveie dette ved å pådytte venner og bekjente våre manuskripter til velvillig gransking, men til tross for de verdifulle råd og vink man kan få på denne måte, blir det naturligvis bare et surrogat for en inngående kollegial drøftelse.

Også på andre punkter er arbeidssituasjonen forskjellig. Teoretikeren kommer ikke det enkelte rettstilfelle med alle dets individuelle trekk så nær inn på livet som dommeren. Og selve utarbeidelsen av en litterær fremstilling medfører en naturlig tvang til å prøve å få sammenheng og oversikt i systemet. Begge disse momenter kan kanskje gi teoretikeren en helning over mot formulering av *regler* og *prinsipper* i motsetning til den naturlige tendens hos dommeren til å

treffe avgjørelser fra tilfelle til tilfelle ut fra skjønn og intuisjon. Jeg betrakter ikke dette bare som en svakhet.

Det er kanskje vanlig å tenke seg at teoretikeren også har bedre tid til å tenke gjennom rettsproblemer enn dommeren som handler under presset av ventende saker. I noen tilfelle kan det nok være riktig, især sammenlignet med underdommerens situasjon. Den som skriver en doktoravhandling, tar seg som regel den tid han trenger. Og når det gjelder grunnleggende spørsmål innenfor et fag, vil en akademisk lærer kanskje ta dem opp til ny overveielse hver gang han i sin undervisning kommer tilbake til dem. Men når man skal gi en systematisk oversikt over et omfattende emne, f. eks. i en lærebok, da vrimler spørsmålene slik på hver side at det nødvendigvis blir meget begrenset hva man kan prestere av gjennomtenkning av hvert enkelt. Hvis man her skulle stille de strengeste krav, ville det ikke bli utgitt lærebøker i det hele tatt! Jeg vet ikke hvordan det er med andre lærebokforfattere, men for min egen del må jeg uforbeholdent erkjenne at innsatsen er nokså ujevnt fordelt på de forskjellige avsnitt. Enkelte kan være grundig bearbeidet; man har kanskje et stort bakgrunnsmateriale som man av plasshensyn ikke kan gjøre rede for; og formuleringene er snudd og vendt på i arbeidsomme dager og søvnløse netter til man synes det er blitt som det skal. I andre avsnitt har man uten særlig inngående tankearbeid akseptert og gjengitt en tradisjonell oppfatning. Eller det kan dreie seg om en oppfatning som man engang er kommet frem til på et nokså løst grunnlag, og som man senere fortsetter å dosere — og naturligvis med stigende sikkerhet for hver gang — uten å gjøre seg klart at grunnlaget er svakt. For leseren er det ikke alltid lett å vite om det er det ene eller det annet slags åndsprodukt han står overfor.

Selv om arbeidsforholdene er forskjellige for universitetsjuristen og dommeren, ser jeg ingen prinsipiell forskjell i den måte de to kommer frem til sine standpunkter til tvilsomme spørsmål. Dette er for meg et sentralt punkt. Det gjelder for den juridiske forfatter som for dommeren at resultatet ikke beror bare på en erkjennelesprosess, men

på vurderinger med et uunngåelig subjektivt innslag. Å velge standpunkt forutsetter en *beslutning* som ikke gir seg som et logisk resultat av de foreliggende premisser. Hos oss ble dette i sin tid meget skarpt og fortjenstfullt pointert av Astrup Hoel i hans bok om «Den moderne retsmetode» (1925). Likesom domstolenes oppgave har et innslag av rettspolitikk, har også det juridiske forfatterskap det.

#### IV

Vi er dermed rustet til å svare på det spørsmål som jeg nevnte tidligere: Er rettsvitenskapen en vitenskap? Men svaret kan ikke bli et enkelt ja eller nei.

La oss først konstatere at det ikke finnes noen bindende eller almengyldig definisjon på hva som er vitenskap. Ordet kan gis et videre eller et snevrere anvendelsesområde. Om den ene vil kalle rettsteorien en vitenskap og en annen ikke, behøver ikke det bety at de har noen forskjellig oppfatning av rettsteoriens karakter og funksjon; det kan bero på at de velger forskjellige bruksmåter for ordet vitenskap. Vi kan sikkert også raskt bli enige om at en virksomhet kan være både nyttig og nødvendig, selv om det ikke er rimelig å regne den for vitenskap. Men det er unektelig så at ordet vitenskap har en høy prestisje, ikke minst i våre dager, vitenskapens tidsalder. Tradisjonelt har man vært vant til å regne det som de juridiske professorer har drevet med for vitenskap på samme måte som det deres kolleger i andre fakulteter er opptatt av. Og det kan naturligvis føles litt forsmedelig så å si å bli satt utenfor det gode selskap.

Det er vanlig ved avgrensningen av vitenskapens område å ta utgangspunkt i forskjellen mellom *erkjennelse* og *vurdering*. Vitenskapen tar sikte på å utforske virkeligheten, utvide vår erkjennelse. Vår vurdering av denne virkeligheten, f. eks. om noe er ondt eller godt, rettferdig eller urettferdig, verdifullt eller verdiløst, ligger på et annet plan. Slike vurderinger er uttrykk for innstillinger og følelser. Et vitenskapelig utsagn må prinsipielt kunne være gjenstand for etterprøvelse, verifikasjon. Noen slik mulighet foreligger



ikke når det gjelder vurderinger. De er, som det ofte blir uttrykt, hverken sanne eller falske.

Det er ikke noen full samstemmighet i filosofenes verden om dette skille, men la oss likevel legge det til grunn. Vi vil da se at det vi pleier kalle rettsvitenskap har en blandet karakter.

Å samle inn sitt materiale, bearbeide det tankemessig og ordne det i meningsfylte kategorier, det er en virksomhet som etter vanlig terminologi må karakteriseres som vitenskapelig. Det er det samme som skjer innenfor så forskjellige vitenskaper som f. eks. historieforskning, geologi og systematisk botanikk.

Også det å analysere virkningene av den ene eller den annen regel, må i prinsippet anerkjennes som en vitenskapelig oppgave. En annen sak er at slike utredninger i juridiske verker sjelden hever seg over common sense nivået, og at det derfor kanskje kan virke litt storartet å kalle dem for vitenskapelige. Det er en av oppgavene for den moderne rettssosiologi å utvikle metodikken på dette område, men oppgaven byr på store vanskeligheter.

Å velge standpunkt til et tvilsomt tilfelle kan derimot, som vi har sett, ikke skje på rent vitenskapelig grunnlag. Det gjelder enten man sitter som dommer eller som juridisk forfatter. Jeg tror det er sunt at dette innslag av ikke-vitenskapelige elementer i rettsvitenskapen blir klart erkjent, både av dem som skriver og av dem som leser. For min egen del synes jeg ikke at det av den grunn er nødvendig å skifte ut den tradisjonelle betegnelse rettsvitenskap for virksomheten som et hele, men dette er en smakssak.

Ønsket om å bevare vitenskapens renhet har fremkalt forskjellige forslag med sikte på å få rensset ut det ikke-vitenskapelige innslag i rettsvitenskapen.

En oppfatning er at rettsvitenskapen overhodet ikke skal ta standpunkt når den står overfor vurderings spørsmål. Den skal nøye seg med å utrede spørsmålene og peke på de forskjellige argumenter. Den mest navnkundige talsmann for denne oppfatning er rettsfilosofen Kelsen. I Norden har den en fremtredende representant i den svenske professor

Knut Rodhe. Jeg har ingen innvending mot at en forfatter pålegger seg en slik begrensning. Men jeg ville nok selv føle det som litt av en tvangstrøye om det skulle betraktes som en vitenskapelig plikt å brenne inne med alle sine personlige oppfatninger. Det ville være nesten like ille som om man skulle være nødt til å ha en personlig mening om alle spørsmål! Som en beskyttelse mot personlig engasjement er jeg redd for at metoden er tvilsom. Når man ikke åpent kan gi uttrykk for sine vurderinger, er det fare for at de sniker seg inn bakveien og påvirker presentasjonen av materialet. De fleste lesere vil vel også føle seg noe snytt når de ikke får høre forfatterens eget standpunkt til et vanskelig spørsmål, og derved blir avskåret fra tilfredsstillelsen ved å erklære seg enig eller uenig. Slik føler iallfall jeg det som leser.

En annen oppfatning går ut på at rettsvitenskapens oppgave ikke er å gi uttrykk for egne meninger om hvordan rettsspørsmål bør løses, men å levere *forutsigelser* om domstolenes — det vil i første rekke si Høyesteretts — avgjørelser. Denne oppfatning blir hevdet av Alf Ross i hans store rettsfilosofiske verk «Om Ret og Retfærdighed» (1953). Begrunnelsen er at et utsagn om hvordan et spørsmål *bør* løses, ikke kan være et vitenskapelig utsagn. Derimot er det i prinsippet en vitenskapelig oppgave å gjøre forutsigelser om andres adferd. Det kan her empirisk etterprøves om forutsigelsene slår til. Rettsvitenskapen kan altså reddes som vitenskap i form av en slags anvendt dommerpsykologi. Riktignok er forutsigelsesprosessen vanskelig, bl. a. fordi de rettsvitenskapelige utsagn selv påvirker domstolenes avgjørelser. Ross betrakter det som en legitim oppgave for rettsvitenskapen å kritisere foreliggende rettspraksis, f. eks. fordi den har oversett momenter som etter domstolenes egne vurderinger burde være relevante. I sine forutsigelser må vitenskapsmannen derfor ta med i betraktning sannsynligheten for om hans egen kritikk vil ha virkning på domstolene.

Ved å se rettsvitenskapens utsagn som forutsigelser om dommeradferd oppnår Ross å finne plass for den i et generelt vitenskapsteoretisk skjema. Men det er så vidt jeg kan se

også det eneste han oppnår. Som han selv gjør oppmerksom på, vil en juridisk forfatter i de fleste tilfelle ikke ha noen følelse av motsetning etter som man spør om hans egen oppfatning eller om hans antagelse om hvordan Høyesterett vil stille seg. Har han uttalt seg om den riktige løsning av et rettsspørsmål, og han så blir spurt om han med dette mener at *Høyesterett* sannsynligvis vil løse spørsmålet slik, eller om det er den løsning *han selv* ville velge, vil han kanskje blitt litt forlegen og ikke riktig vite hva han skal svare. Utgangspunktet for bedømmelsen vil være det samme i begge tilfelle, nemlig dels det felles rettssystem, dels de verdiforestillinger som er rådende i samfunnet. Og heller ikke Ross mener at forutsigelsene skal skje på grunnlag av en nærgående granskning av høyesterettsdommernes sjeleliv. Bare i sjeldne tilfelle vil en juridisk forfatter ha følelsen av en forskjell, nemlig når han har personlige synspunkter som han ikke har stor tro på at domstolene vil akseptere.

Ross har knyttet sin oppfatning av rettsvitenskapens oppgave sammen med et bestemt syn på begrepet gjeldende rett. Tankegangen kan i forenklet form gjengis i følgende syllogisme:

1. De rettsvitenskapelige verker består av utsagn om gjeldende rett.
2. Gjeldende rett er de regler som praktiseres av domstolene.
3. Følgelig består rettsvitenskapelige verker av utsagn om hvilke regler domstolene må antas å ville praktisere.

At rettsvitenskapelige utsagn er forutsigelser om dommeradferd, blir dermed definisjonsmessig riktig. Ross er nok oppmerksom på at det ikke er alle utsagn i juridiske fremstillinger som med rimelighet kan tolkes som slike forutsigelser, men da følger det av definisjonen at det ikke er vitenskapelige utsagn. Man får altså to slags juridiske forfattere, en kategori — Ross og noen andre — som driver med vitenskap, og alle de andre som driver med rettspolitikk. Og om man her skal høre hjemme blant bukkene eller fårene, må bero på om man selv oppfatter sine løsninger som uttrykk

for sin personlige oppfatning eller som antagelser om hva Høyesterett vil komme til.

Spørsmålet om den riktige definisjon av gjeldende rett har spilt stor rolle i de seneste års rettsfilosofiske debatt. Arnholm har i en avhandling «Fra rettens grunnproblemer» pekt på en del av de paradokser man vil støte på ved en konsekvent gjennomføring av Ross' terminologi.<sup>1</sup> Jeg skal ikke oppholde meg ved dette, men i stedet peke på et annet forhold.

Selve uttrykket «gjeldende rett» forekommer ikke ofte i rettsvitenskapelige fremstillinger. Når det skjer, er det som regel for å markere en motsetning til resonnementer de lege ferenda. Forfatteren gjør f. eks. rede for at gode grunner kunne tale for den og den løsning, men etter gjeldende rett er det slik og slik. Og uttrykket brukes vel nesten bare i de nokså klare tilfelle hvor forfatterens egen standpunkt og hans antagelse om domstolenes holdning faller sammen. Jeg tror også dette er en fornuftig linje å følge. Den sikreste lærdom av de seneste års rettsfilosofiske diskusjon om begrepet «gjeldende rett» synes å være at man nødvendig bør komplisere en vanlig rettsvitenskapelig fremstilling med et begrep som rommer så mye problematikk. Det beste man kan vente av en forfatter er at han til enhver tid søker å gjøre det mest mulig klart for seg og leserne om han nå uttaler seg om hvordan praksis faktisk *har vært*, hvordan den kan *formodes å bli i fremtiden*, eller om hvordan den etter forfatterens mening *burde være*. Det kan hende han uttaler seg om alle tre ting. Han gjør f. eks. rede for at domstolene har sagt så og så. Han fremhever videre at av de og de grunner finner han dette standpunkt ikke holdbart. Og så avslutter han resignert med at det er tvilsomt om man kan få domstolene til å forandre sin praksis uten lovendring. Her har han uttalt seg

<sup>1</sup> Tidsskrift for Rettsvitenskap 1954 s. 113 flg., også inntatt i samlingen «30 år» (1959) s. 29 flg. I sitt senere utkomne verk «Dansk Statsforfatningsret» (1959—60) har Ross for øvrig oppgitt sin definisjon av gjeldende rett som de regler som håndheves ved domstolene (anf. verk I s. 29—33) uten at jeg kan se hvilke konsekvenser han av dette vil trekke med hensyn til definisjonen av rettsvitenskap.

både om tidligere praksis, om sin egen oppfatning, og om sine forventninger med hensyn til den fremtidige praksis. Så detaljert er det sjelden at man går til verks, men det finnes her store muligheter for variasjoner og nyansering. I noen tilfelle nøyer forfatteren seg kanskje med en analyse av den foreliggende rettspraksis uten å spå om fremtiden. En slik bakutrettet analyse er langt vanligere enn en direkte prognose, men analysen blir jo samtidig en prognose i den utstrekning man tør bygge på forutsetningen om at praksis vil fortsette i samme spor. I noen tilfelle nøyer forfatteren seg kanskje med å angi sitt eget standpunkt i mer eller mindre bestemte ordelag. Især i elementære fremstillinger kan det være nødvendig å gjøre dette uten videre dokumentasjon. Forfatteren kan også nøye seg med å karakterisere et spørsmål som tvilsomt. I det ligger det nok som regel både at praksis ikke har tatt noe bestemt standpunkt til spørsmålet, at forfatteren selv er i tvil om hvordan det bør løses, og at han heller ikke vil spå noe bestemt om domstolenes reaksjon.

Å beholde denne mulighet for nyansering er etter min oppfatning meget nyttig for at en juridisk forfatter skal kunne gi et maksimum av informasjon uten å føle seg presset til å komme med uttalelser som han ikke synes han har dekning for.

## V

Man kan til slutt spørre: Hvilken betydning har rettslitteraturen for rettspraksis, og hvilken bør den ha? Det lar seg selvsagt ikke gi noe generelt svar på disse spørsmål. Jeg skal nøye meg med å nevne et par synspunkter.

Den juridiske litteratur er ikke hos oss som i den senere romerrett anerkjent som rettskilde. Det er et alment akseptert syn, at meninger som fremføres i en juridisk fremstilling bare skal tillegges betydning i den utstrekning forfatterens argumentasjon er i stand til å overbevise. Ved passende anledninger pleier jeg selv innprente mine studenter at juridiske lærebøker ikke er rettskilder. Loven er rettskilde, Høyesteretts dommer er rettskilde, læreboken gir kunnskap om disse kilder, men er ikke selv rettskilde. Men samtidig spør

jeg meg i mitt stille sinn om det er helt riktig. Det beror på hvilken definisjon man vil velge av begrepet rettskilde. Hvis man velger en rettsosociologisk anstrøket definisjon, og definerer rettskilder som de kilder som faktisk har betydning for domstolenes rettsanvendelse, er det ikke tvil om at rettslitteraturen hører med på listen. Den øver sin virkning på dobbelt måte. For det første kan den påvirke domstolene direkte ved løsningen av de konkrete spørsmål de står overfor. Det trykte ord øver alltid en viss suggestiv makt. Især for de underordnede domstoler føles det trygt å kunne støtte seg til teorien når dommeren står overfor et nytt og uvant spørsmål. På områder som domstolene sjelden får befatning med, f. eks. folkerett eller internasjonal privatrett, gjelder vel det samme også for de overordnede domstoler. Men der nest gjør det seg gjeldende en langtidsvirkning. Det er Universitetet som utdanner de unge jurister, her får de sine grunnleggende rettsbegreper og tankevaner. Og dette skjer, som Augdahl med vanlig likefremhet uttrykker det, «i en ung og grønn alder hvor man er lett påvirkelig og uten synnderlige betingelser for å forholde seg kritisk overfor de meninger som blir servert for dem i lærebøkene. Dette gjør, at de teoretiske skrifter ofte utøver en sterkere innflytelse på rettslivet enn deres kvalitet tilsier.»<sup>1</sup> Det kan tilføyes at dette er en innflytelse som går langt ut over det som kan ettervises i form av henvisninger i rettspraksis til den juridiske litteratur.

Denne suggesjonsvirkning fra teorien har imidlertid også sine nyttevirksomheter ved at den skaper større enhet og sikkerhet og rettsoppfatningen enn det ellers ville ha vært. Ser man historisk på saken, er denne virkning umiskjennelig. Tenk på hvilken rolle Grotius har spilt for folkerettens utvikling, eller hvordan Blackstones Commentaries har preget rettsutviklingen i England og enda mer i USA<sup>2</sup> eller hva Ørstedes skrifter, Schweigaards prosess eller Aschehous statsforfatningsrett har betydd hos oss. Jeg har tidligere talt

<sup>1</sup> Augdahl, Rettskilder, 2. utg. s. 167.

<sup>2</sup> Eckhoff, Rettsvesen og rettsvitenskap i USA (1953), s. 221—223.

om domstolenes rettsskapende funksjon. Ser man saken på lengre sikt, kan man også tale om teoriens rettsskapende funksjon. I den fremstilling av den danske Højesterets historie, som ble gitt ut til domstolens 300 års jubileum, har Stig Juul på en fengslende måte beskrevet denne vekselvirkning mellom teori og praksis.<sup>1</sup>

Dette at rettsteorien *faktisk* virker meningsskapende, kan også være et rasjonelt argument for å legge vekt på den, især hvis det i teorien foreligger en langvarig og noenlunde enstemmig oppfatning. Den fremtrer da som en juridisk tradisjon som naturlig blir et moment ved avgjørelsen. På folkerettens område, hvor rettspraksis er fattig og det derfor er et særlig behov for andre objektive holdepunkter, har den juridiske teori fått offisiell anerkjennelse som rettskilde i artikkel 38 i vedtektene for Den internasjonale domstol i Haag. Her er «rettsavgjørelser og de forskjellige nasjoners mest kvalifiserte forfatters læresetninger» stilt på like linje som hjelpemiddel til å fastslå hva som er gjeldende rett. Og en godkjennelse av rettsteorien som subsidiær rettskilde også på det interne plan, finner man i den berømte bestemmelse i den sveitsiske lovboks art. 1. Det heter her at dommeren, hvor han ikke finner noen løsning hverken i lov eller sedvane rett, skal dømme etter den regel som han selv ville ha stilt opp som lovgiver, og så tilføyes det: «*Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung*». På tilsvarende måte blir teoriens standpunkt påberopt også hos oss. Som et enkelt eksempel kan jeg vise til den dom om et spørsmål fra den internasjonale privatrett som er referert i Retstidende 1958 s. 38 (se især s. 42 og 46).

Teoriens rettsskapende evne blir naturlig mindre i et rettssystem som i sine hovedtrekk er fastlagt gjennom lovgivning og prejudikater. Den innflytelse som ble utøvet av en Hugo Grotius, en Blackstone, en Ørsted, kan bare forståes på bakgrunn av den eksisterende tilstand i lovgivning og rettspraksis; de ville ikke fått den samme plass for utfoldelse i våre dager. I parentes bemerket gjelder noe lignende

<sup>1</sup> Højesteret 1661—1961 (Kbhvn, 1961), II s. 29 flg.

for domstolenes rettsskapende funksjon. De store linjer i rettssystemet er i våre dager fastlagt, og kan bare endres ved lovgivning. Bortsett fra ekstraordinære situasjoner, slik som etterkrigstidens rettoppgjør, er det som regel de *små valg* som er overlatt til domstolene. Men disse små valg står de overfor både titt og ofte, ikke minst når de skal fastlegge anvendelsesområdet for ny lovgivning.

Paradoksalt nok kan det også tenkes at en øket metodisk bevissthet innenfor rettsvitenskapens egne rekker, med en skarpere sontring mellom objektiv redegjørelse og personlig standpunkt, vil føre til å minske dens direkte innflytelse. Det er nemlig atskillig som kan tale for at det undertiden består et slags omvendt forhold mellom teoriens vitenskapelighet og dens overbevisende kraft. En nøktern fremstilling som gjør omhyggelig og objektivt rede for de foreliggende momenter pro og kontra og gir leseren del i forfatterens tvil og forbehold, vil nok skape tillit, men også gjøre leseren mer motstandsdyktig overfor forfatterens personlige vurderinger enn en fremstilling som er båret av personlig engasjement og i en medrivende stil går inn for et bestemt syn. Man kan tenke på den ene side på en nøktern, men i sin fremstilling noe blodløs forfatterpersonlighet som Ussing, og på den annen side på glansfulle og kraftige forfatterpersonligheter som Fredrik Stang og Ragnar Knoph.

Til avslutning noen ord om bruk av rettslitteraturen. Jeg tror det er nyttig at leserne er klar over de uhyre vanskeligheter en forfatter står overfor når han skal gi et dekkende uttrykk for sine oppfatninger. Det gjelder ikke så meget i spesialavhandlinger — her kan han gå i detalj og oppnå et ganske høyt presisjonsnivå. Men det gjelder desto mer i systematiske fremstillinger av større rettsområder, f. eks. lærebøker. Utformningen er her en stadig kamp mellom ønsket om fullstendighet og presisjon, og nødvendigheten av forenkling og oversikt. Man kan ikke til enhver tid ta med alle de modifikasjoner og reservasjoner som man strengt tatt burde ha med for at det skal være riktig. Til en viss grad er denne forenkling bevisst. Men det hender naturligvis også svært ofte — iallfall med meg — at man gir en altfor generell

formulering uten selv å være klar over det. Når man formulerer en setning, vil man alltid ha en del virkelige eller tenkte tilfelle for øye. Jo rikere erfaringsmaterialet og fantasien er, og jo mer treffsikker man er i sin behandling av språket, desto større utsikt er det til at formuleringen skal bli vellykket. Men ingen kan tenke på alle tilfelle. Som Arnholm treffende sier et sted: «Den juridiske forfatters yrke er forenkling, hans yrkessykdom er overforenkling.» En kan derfor ikke gå ut fra at en juridisk forfatter bevisst har tatt standpunkt til alle tilfelle som rommes under en av hans formuleringer. Også i en lovtekst vet vi at ordene ofte kan omfatte tilfelle som lovgiveren ikke har tenkt på og ment å ta stilling til. Det gjelder naturligvis enda mer i en teoretisk fremstilling, hvor hvert enkelt ord ikke kan være veid så omhyggelig som i en lovtekst. Det ha undertiden hendt meg selv at jeg med noen undring har sett at noe jeg har skrevet blir påberopt i en bestemt sammenheng. Og når jeg så har slått etter, har jeg måttet si: Ja, slik kan det nok leses, men slik har det iallfall ikke vært ment.

KNUT S. SELMER  
PROFESSOR, DR. JURIS

## FORSIKRINGSVILKÅRENE — KONTRAKT ELLER SALGSVARE?

Med diskusjonsinnlegg av:  
Custav Schibbye, Ole Lund,  
Johan Løken og Axel Heiberg.