

KNUT BERGO

RETT PRAKSIS

LÆREBOK I NORSK JURIDISK METODE

FAGBOKFORLAGET

RETT PRAKSIS

LÆREBOK I NORSK JURIDISK METODE

KNUT BERGO

RETT PRAKSIS

LÆREBOK I NORSK JURIDISK METODE

FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2022 by
Vigmostad & Bjørke AS
All Rights Reserved

ISBN: 978-82-450-4176-7

1. utgave, 1. versjon 2022
E-utgaven er basert på 1. trykte utgave: ISBN 978-82-450-3463-9

Elektronisk tilrettelegging: John Grieg, Bergen

Forsidedesign: John Grieg, Bergen

Spørsmål om denne boken kan rettes til:
Fagbokforlaget
Kanalveien 51
5068 Bergen
Tlf.: 55 38 88 00
E-post: fagbokforlaget@fagbokforlaget.no
www.fagbokforlaget.no

Materialet er vernet etter åndsverkloven.
Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarfremstilling bare tillatt
når det er hjemlet i lov eller avtale med Kopinor.

Forkortelser:
HR – Norges Høyesterett
EMD – Menneskerettighetsdomstolen
ECJ – EU-domstolen
EFTAD – EFTA-domstolen

FORORD

Jussen definerer rettsstaten, den juridiske metoden er rettsstatens fundament og skal bidra til likhet for loven og forutsigbarhet for individene. I norsk rettstenkning har myndighetene lenge vært hovedpersonene, mens EMK og EØS-retten tar utgangspunkt i individets rettigheter og friheter. De europeiske reglene er en del av norsk rett, de skal tolkes etter egne metoder og stiller krav til metoden i den fortsatt nasjonale retten. Dette krever en europeisk oppgradering av norsk rettskildelære. Dens beskrivelse av jussen som en skjønnsmessig avveiningsprosess har alltid vært misvisende og er nå også normativt feil.

INNHOLD

DEL 1 ANALYTISK DEL

KAPITTEL 1

RETTSKILDELÆRENS GJENSTAND OG METODE 15

1.1 Jussen, metoden og rettsstaten 15
1.2 Metode og metoderegler 19
1.3 Dommernes tekster – tatt på alvor 28
1.4 Hvem eller hva bestemmer juridisk metode? 36

KAPITTEL 2

ET SYSTEM AV TEKSTER 43

2.1 Rettskildene 43
2.2 Rettsregler og rangeringsregler 46
2.3 Tolkingsreglene 50
2.4 Rettsanvendelse – ulike begreper og teknikker 54
2.4.1 Subsumsjonsbegreper – deduksjonsmetoden 54
2.4.2 Familielikhetsbegreper – induksjonsmetoden 55
2.4.3 Forholdsmessighetsvurderinger 59
2.5 Norm- og formålsrasjonalitet – rettsregler og verdier 70

KAPITTEL 3

FORSTÅELSE ELLER TOLKING 81

3.1 Tekst og rettsregel – fragmenter i et system 81
3.2 Rettsfakta og virkelighet – generalisering og konkretisering 88
3.3 Forståelse eller tolking 94
3.4 Juridiske lesemåter 102

DEL 2 DOGMATISK DEL

KAPITTEL 4

RETTSKILDELÆRENS KONSTITUSJONELLE GRUNNLAG 113

4.1 Maktfordeling, kompetansebegrensninger og rettskilderegler 113
4.2 Rettsstat, rettssikkerhet og legal forutsigbarhet 116
4.3 Rettsstat, demokrati og menneskerettigheter 120

KAPITTEL 5

GRUNNLOVEN 123

5.1 Historisk og politisk kontekst 123
5.2 Rangeringsregler – lex superior-prinsippet 125

5.3 Tolking av Grunnloven ... 125
5.3.1 Oversikt – og en kritisk domsanalyse ... 125
5.3.2 Grunnlovens tekster ... 136
5.3.3 Forarbeider og formål ... 139
5.3.4 HRs tolkingspraksis ... 141
5.3.5 Stortingets praksis ... 153
5.3.6 Stortingets syn på den konkrete grunnlovstolkingen ... 154
5.3.7 Hva med de reelle hensyn? ... 157
5.3.8 Tolkingen av menneskerettighetene i Grunnloven ... 158

KAPITTEL 6
INTERNASJONALE MENNESKERETTER ... 169
6.1 Historisk bakgrunn og kontekst ... 169
6.2 Menneskerettighetenes trinnhøyde ... 171
6.3 Tolking av EMK ... 174
6.3.1 Autonom tolking etter EMDs metode ... 174
6.3.2 Generelt om tolkingsreglene for EMK ... 181
6.3.3 Objektiv tolking med formål – effektive, dynamiske og autonome begreper ... 189
6.3.4 EMDs praksis som rettskilde ... 202
6.3.5 Rettighetsutvikling under EMK – systematikk, formål og konsensus ... 207
6.3.6 Forholdsmessighet og skjønnsmargin – Bøhler-reservasjonen «revisited» ... 216
6.4 Andre menneskerettighetskonvensjoner ... 228

KAPITTEL 7
EØS-RETT ... 231
7.1 Historisk bakgrunn og kontekst ... 231
7.1.1 «Det nødvendige onde» – et studium i kompleksitet ... 231
7.1.2 Tre-pilar-systemet i domstolene ... 234
7.2 Trinnhøyde – rangorden og presumsjon ... 237
7.3 Tolking av EØS-rett ... 249
7.3.1. Tre rettssystemer, samme metode og ulik praksis ... 249
7.3.2 EU-rettens rettskilder ... 261
7.3.2.1 EU-rettens ulovfestede prinsipper ... 263
7.3.3 Introduksjon til EU-rettens tolkingsregler – en kompleks «rule of law» ... 275
7.3.4 Mer om ordlydens betydning – og de mange språkversjonene ... 301
7.3.5 Systematisk tolking ... 309

7.3.6 Historisk og formålsbasert lovtolking 319
7.3.7 Rettspraksis som rettskilde 321
7.3.8 Bekreftende rettskilder – rapporter og forvaltningsuttalelser 324
7.3.9 EØS-rettslige avvik og norske skranker for EØS-retten 325
7.3.10 Oppsummering 338

KAPITTEL 8
NASJONALE LOVER OG FORSKRIFTER 341
8.1 Historikk, kontekst og forarbeider, den skandinaviske rettskilden 341
8.2 Trinnhøydespørsmål 348
8.3 Tolking av lover og forskrifter 350
8.3.1 Oversikt over rettskildene og lovtolkingsreglene 350
8.3.1.1 Litt mer om bruk av lovforarbeider 350
8.3.1.2 Lovformål og konsekvensargumentasjon 354
8.3.1.3 Tolkingspraksis fra HR – prejudikatslæren 356
8.3.1.4 Andre rettskilder 362
8.3.2 Lovtolking og rettskildebruk i strafferetten 364
8.3.2.1 Lovkravene 364
8.3.2.2 Det formelle lovkravet etter Grl. § 96 368
8.3.2.3 Det materielle lovkravet etter EMK artikkel 7.1 371
8.3.2.4 Supplerende og korrigerende rettskilder 391
8.3.2.5 Oppsummering av lovtolkingsreglene i strafferetten 394
8.3.3 Lovtolking og rettskildebruk i forvaltningsretten 395
8.3.3.1 Lovkravene 395
8.3.3.2 Lovkravet etter Grl. § 113 399
8.3.3.3 Lovkravet etter EMK 419
8.3.3.4 Lex superior-prinsippet – klar ordlyd går foran 433
8.3.3.5 Systematiserende lovtolking 434
8.3.3.6 Litt om prøvingen av forvaltningsskjønn 441
8.3.3.7 Forvaltningspraksis som rettskilde 449
8.3.3.8 Oppsummering av tolkingsreglene i forvaltningsretten ... 450
8.3.4 Lovtolking i privatretten og prosessretten 452

KAPITTEL 9
USKREVNE RETTSREGLER 461
9.1 Innledning 461
9.2 Uskrevne rettsregler 462
9.3 Rettsavgjørelser i regeltomme rom 472

ETTERORD 477

BIBLIOGRAFI 478

REGISTER 482

I

ANALYTISK DEL

KAPITTEL 1

RETTSKILDELÆRENS GJENSTAND OG METODE

1.1 JUSSEN, METODEN OG RETTSSTATEN

Juridisk metode er juristenes fremgangsmåte for å løse rettslige spørsmål. Rettskildelæren er faget som beskriver metoden og reglene som skal styre den. Det handler om den *juridiske* retten – jussen som et eget system av rettsregler administrert av et profesjonelt rettsapparat. Det er ikke alltid verdens beste leveregler, men det er heller ikke meningen, den juridiske retten er nokså ofte kun minstestandarder.

Rettskildelæren tar vanligvis dommerens perspektiv. Hans og hennes første oppgave i en rettssak er å bedømme hva som faktisk har skjedd eller fortsatt pågår eller kan komme til å skje – å finne *sakens faktum* basert på de foreliggende bevisfakta. Her gir *bevislæren* oppskriften, men det gir en tynn metode sammenlignet med den juridiske metoden, som styrer den *rettslige bedømmelsen*, der normerende fakta brukes til å bedømme sakens fakta. De normerende fakta er typisk *generelle rettsregler* som utledes av *tekster* som tidligere forelå på papir, men som vi nå ofte møter i digital form, og der de viktigste er lover, forskrifter og domsavgjørelser. Andre normerende fakta er *meningene* som tillegges tekstforfatterne, og særlig lovgivers mening. Noen rettsregler er *uskrevne*, de er ikke vedtatt av lovgiver, men forankret i andre tekster, i rettspraksis og juridisk teori. Andre normerende fakta er *rettsoppfatninger*, eksempelvis slik at EMD legger stor vekt på «europeisk konsensus» om menneskerettigheter og HR en sjelden gang viser til alminnelige rettsoppfatninger i Norge. Mer filosofisk kan vi si at alle rettsregler

er institusjonelle fakta. I det ligger at dette er «normative gjenstander» vi finner frem til ved å bruke den juridiske metoden korrekt.

En rettslig bedømmelse skiller seg fra en politisk, medisinsk, økonomisk, økologisk, religiøs og etisk bedømmelse i så stor grad at juristene og de andre profesjoner aldri ser helt det samme faktum i et sakskompleks. Vi ser mye likt, fordi vi deler et felles språk som gir oss samme virkelighet. Men når fagbrillene kommer på, ser vi etter forhold andre profesjoner og den jevne mann og kvinne kanskje ikke vil legge vekt på. Men hva er det som eksempelvis gjør en ryggoperasjon til juss, og mer enn et spørsmål om den rette medisinske behandlingen? Det vanlige svaret er at noe blir juss når det *knyttes rettsvirkninger til et faktum*: Den som bryter gjeldende rettsregler, straffes med fengsel, fratas rettigheter eller formuesgoder, eller pålegges en betalingsplikt eller annen rettslig sanksjon. Legen som opererte uaktsomt, eller hans forsikringsselskap, må etter culparegelen betale erstatning til pasienten, og legebevillingen og sykehusjobben kan ryke. Den som bokstavelig talt har operert utenfor sitt kompetanseområde, kan få bøter eller ende i fengsel for legemsbeskadigelse. Brudd på andre regler kan utløse reaksjoner som svir, som faglig kritikk eller moralsk klander eller sosial, økonomisk eller religiøs distansering, men her er det ikke snakk om et offentlig virkemiddelapparat det i siste instans kan settes makt og vold bak.

Dette er også en viktig påminnelse om rettskildelærens alvor. Juss handler ikke om skrivebordrefleksjoner om hvordan verden burde vært innrettet og individene ideelt sett burde oppføre seg mot hverandre, men om til dels hårdhendt sosial disiplinering og konfliktløsing der jussen er et viktig politisk verktøy for å forme vår felles forståelse av riktige, ønskelige, naturlige og mulige handlemåter. Dens metode må derfor behandles med forsiktighet og kritisk blikk.

Juristene har mange roller i rettsspillet. Noen hjelper til med å lage lover og forskrifter eller utforme avtaler mellom private rettssubjekter, der de bestemmende prinsipalene er lovgivende politiske organer eller næringsdrivende og deres organisasjoner. Andre er dommere og forvaltningsansatte som vokter over etterlevelsen av rettsreglene og avgjør hva som er rett for andre. Mange jurister gir andre råd, noen skriver bøker og artikler om hva retten går ut på. Dommerne er «hovedfigurene» i rettskildelæren, men deres meninger er ikke de eneste som teller.

Dommernes perspektiv er kun et vindu til rettens verden, der hovedpersonene er oss alle, som *rettssubjektene* som må forholde seg til jussen i arbeids- og næringslivet og privatlivet og andre sammenhenger, som individer eller representanter for selskaper og andre juridiske personer. Begrepet «rettssubjekt» kan fremstå som foreldet og malplassert i dagens verden, der vi er regulerte *objekter* like mye som handlende subjekter. Moderne rettsstater har beveget seg langt fra nattvekterstaten som beskyttet de privilegertes liv og eiendom og lite mer enn det. Men jussen handler fortsatt også om frihet. Rettsstatens formål er å sikre individenes frihet og rettigheter, og det er innskrenkningene av disse som må ha sin begrunnelse. Utenfor rettens ramme er du fri innenfor virkelighetens grenser, som kan være stramme, men utvides med rettens hjelp. Dette er den positive forbindelsen mellom rett og frihet; retten er et «normativt nett» som også skaper handlefrihet og balanserer noens handlefrihet mot andres mindre frihet.

Jussens «grunnkode» er binær; en handling er *enten tillatt eller forbudt*. Enten eier du en gjenstand og kan gjøre med den som du vil, eller så kan du ikke det – fordi den tilhører noen andre, eller fordi din bruk har konsekvenser for mange. Enten så har du krav på en offentlig stønad eller erstatning fra legen som feilbehandlet deg, eller betalingsplikt til ligningsmyndigheter og så videre, eller så har du det ikke. Her er det ikke noe «nesten», «kanskje» eller grader av rett; jussen er en *skarp kode også hva innholdet angår*, mye på grunn av skarpheten i reaksjonene.

Dette muliggjøres av et institusjonalisert apparat der dommere slår fast hva som er rett, og det kan settes statsmakt bak det. Det kan være gode argumenter for ulike løsninger i jussen, men dommerne står sjelden fritt – de skal anvende *gjeldende rett*. Jurister har i alle år hatt rykte for å vri og vrenge på det meste,[1] men det skyldes også forventningen om at jussen er mer enn sleip retorikk og subjektive beslutninger fra systemets mektige; *de skal finne de korrekte fakta og anvende rett juss*. På det siste punktet kommer den juridiske metoden inn. Den skal bidra til at rettsapparatets avgjørelser ikke kommer som en overraskelse eller gjør usaklig forskjell på folk.

1 «First thing we do, let's kill all the lawyers». Replikken er fra Shakespeares «Henrik VI» og ytres av en av hjelperne til opprøreren Jack Cade i år 1450. Det er ofte advokatene som får unngjelde i litteraturen og populærkulturen, men kritikken impliserer jo at de kommer unna med triksene sine i domstolene.

Det skal ikke bety noe om du dømmes av dommer Marte eller Peder eller får saken din avgjort av førstekonsulent Hans i et direktorat og ikke av Grete i departementet, de skal uansett gå frem på samme måte. Jussen handler også om den enkeltes menneskerettigheter og demokratiske flertallsbeslutninger, men forutsigbarhet og likhet for loven er dens tidløse kjerneverdier. Det er idealer vi ikke fullt ut kan oppnå, men de færreste vil gi slipp på. I engelsk terminologi snakker man om «the rule of law». I den tyske tradisjonen, som de nordiske rettsspråkene her bygger på, er det vanlig å oversette det som «Rechtsstaatlichkeit» eller «rettsstatsprinsippet». Begrepet har minst to elementer, som fanges opp av *rettssikkerhet* og *som krever at r*ettsspørsmål avgjøres av uavhengige domstoler ved bruk av generelle rettsregler kjent på forhånd. EMKs fortale viser til at de europeiske landene har en fellesarv som bl.a. omfatter «freedom and the rule of law»; EU-traktaten (TEU) artikkel 2 sier at fellesskapet er «founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities»; vår grunnlov § 2 sier at den skal «sikre rettsstaten, demokratiet og menneskerettighetene». De viktigste metodereglene – *lovkravene og lex superior-prinsippene* – er konkrete manifestasjoner av dette.

Juridisk metode er også juristenes *faglige* metode, finslepet av de juridiske profesjonene. Men vår bransje er tyngre rettslig regulert enn andre. Leger og revisorer har også sine lover, men fagmetodene deres er prinsipielt *målstyrte*, og det samme gjelder ingeniører og økonomer. Jussen er unik fordi den handler om rett, og ikke makten som ligger i å være i en beslutningsposisjon. At juristene er «samfunnets regelryttere», har lang historie, og sammenheng med at jussen *legitimerer* tvang og vold. En middelaldersk institusjon for de få til å kontrollere de mange, utviklet høyere idealer for hvordan individene skal opptre og staten behandle dem, med rettslige reaksjoner som eneste tillatte utøvelse av vold i fredstid, i regi av rettsapparatet. Her kommer den juridiske metoden inn, som oppskriften som skal hjelpe rettsapparatets beslutningstakere til å treffe de rette beslutningene. Den gjør jobben deres enklere, men det er av hensyn til oss og ikke dem. Det handler om å sette rammene for dem som vil utøve makt over andre eller krenke deres rettigheter: offentlige organer, arbeidsgiveren eller forretningspartneren din eller næringsdrivende som ødelegger klimaet, tyven som forgriper seg på tingene dine eller han som utøver vold mot deg, og så

videre. Vi kan gå til rettsapparatet dersom de tramper over streken, men da må det være en klar strek for oss og dem og dommerne, slik at *muligheten* for at det kommer en rettslig intervensjon er nok til å få de fleste til å besinne seg. Det krever en rettsstat der ingen står over loven, og der domstolene er uavhengige av politiske myndigheter og andre sterke interessegrupper.

1.2 METODE OG METODEREGLER

Alle lærebøker i rettskildelære gjør juridisk metode vanskeligere enn den stort sett er, denne boken er intet unntak. Få av Norges over fem millioner innbyggere kommer til å lese denne boken, og de behøver heller ikke det for å være stort sett lovlydige og avtaletro. Den grunnleggende jussen er en del av den sosiale oppdragelsen, og mye mer kan man lese seg til i juridiske fremstillinger, eller man lærer de viktigste reglene for sitt livsområde i profesjonsutdannelse og yrkespraksis. Men rettsreglene må noen ganger tolkes for å gi klar mening, og kan være krevende å forstå for den som ikke er trenet i det juridiske språket og systemet. Det er her juristen kommer inn som fagmannen som kan lese tekstene på den rette måten, og gi beskjed – som advokater eller en stor «diaspora» av jurister i forvaltningen og næringslivet.

I juridiske lærebøker og gode eksamensbesvarelser starter man med de klare tilfellene, og går så til det mer utfordrende. I rettskildelæren går vi gjerne rett på problemstillingene der det er uklare, flertydige eller motstridende tekster, og de avvikende tilfellene loven kanskje ikke var ment for. Allerede temaet «å løse rettsspørsmål» forteller hvor det bærer, og når vi side opp og side ned analyserer spørsmål som var så vanskelige at de endte i HR eller EMD eller EFTAD eller ECJ, er det ikke rart at den juridiske metoden kan synes kompleks. Ofte er det klare svar også for de mer krevende spørsmålene, men ikke alltid. Dette er situasjonene der vi jurister koser oss; endelig kan vi med våre faglige teknikker tilføre noe de andre ikke kan lese seg til selv.

Størrelsen på *tvilssonen* avhenger av presisjonsnivået i de juridiske tekstene, og kvaliteten på tolkingsmetodene våre. Hvor ofte tekstmaterialet er «hullete» eller sprikende, avhenger av hvor mange tekster som er relevante; hvor alvorlig problemet er avhenger av om vi har metoder å «lappe hullene med» og rangere tekstene. At rettssikkerheten er en funksjon av den juridiske metoden kan synes banalt, men det har vært glemt i norsk

rettskildelære: Dagens metodelære *skapte mer usikkerhet* ved å åpne for flere tekster og ta bort reglene for prioritering mellom dem; rettsanvendelse ble omdefinert til «skjønnsmessige helhetsvurderinger der alle relevante rettslige argumenter som gjør seg gjeldende ved et rettsspørsmål, skal tas i betraktning».[2] Et stort antall rettskilder skal vurderes og veies, og mye avgjøres ved et konkret skjønn med stor plass for *reelle hensyn*; dommerens oppfatninger av hva som er et riktig «materielt» resultat, uavhengig av *de juridiske tekstene*.

Det siste er nærmest en fornektelse av at det finnes en juridisk metode, men det jeg har beskrevet her, er i korte trekk *avveiningsmodellen*,[3] som har dominert metodelæren i over 50 år.[4] Mange anser professor Torstein Eckhoff (1916–1993) som modellens opphavsmann. Bildet er litt mer sammensatt, men han var en viktig formidler av en rettsfilosofi, et *rettsrealistisk* tenkesett, som satte varige spor. Eckhoff var professor i juss og foreleser i rettskildelære ved Universitetet i Oslo fra slutten av 1960-tallet til midt på 1980-tallet. Han var en samfunnsengasjert jurist og politisk kontroversiell mens han levde, men har etter sin død fått status som den som forklarte hva juss «egentlig» handler om. Det er mange som mener at HR også har etablert et sett med rettskilderegler – en generell avveiningsnorm supplert av retningslinjer om de enkelte rettskildenes relevans, tolkning og vekt – som etablerer avveiningsmodellen som gjeldende norsk rett.

Det kan derfor fremstå som en frisk påstand når jeg hevder at denne modellen (i) er basert på en foreldet vitenskapsfilosofi som internasjonalt gikk av moten for 50 år siden, (ii) aldri har samsvart med norsk praksis og er blitt stadig mer misvisende, (iii) og ikke oppfyller nasjonale og europeiske normative krav til en rettsstat. Av de tre punktene er det siste det viktigste, men det andre er kanskje mest «bitende», siden den *rettsrealistiske* filosofien nettopp gikk ut på å beskrive jussen i «praksis».

Rettsrealismen oppsto som en akademisk retning i jussen i USA for omtrent 120 år siden, der man bl.a. var opptatt av domstolenes praksis; «law in action». «Praksis» er et viktig, men flertydig begrep i jussen. I én betydning er «rettspraksis» kun en samlekategori for mange avgjørelser,

2 Høgberg og Høgeberg (2019) s. 253.
3 Vi vil komme tilbake til presis hva som ligger i dette begrepet.
4 Se Bergo (2000) for analyse av den idéhistoriske bakgrunnen.

eksempelvis slik at «HRs rettspraksis fra 1967 til 2022» betegner alle individuelle avgjørelser retten avsa i denne perioden, dvs. et stort antall tekster vi kan finne og lese på Lovdata PRO, om vi har tid og ork. En annen og mer «empirisk» betydning – som det her er snakk om – er at det betegner faktiske handlemåter med regelmessighet over tid. Det juridiske begrepet for dette er «sedvane». At noen opptrer rutinepreget, kan skyldes at de følger en generell regel, men kan også bety at de følger vane eller tilfeldigheter. I jussen er det vanlig å tillegge praksis «normativ» kraft. *Prejudikatslæren* tillegger de øverste domstolene en umiddelbar rettsskapende funksjon – én dom vil være nok til å skape en rettsregel. *Sedvaneretten* er et eksempel på mer langsom normskapning ved praksis, der kriteriene er at det må dreie seg om en fast og langvarig adferd aktørene oppfattet som rettslig korrekt. En nyere form er at fast og langvarig forvaltningspraksis anses som en «rettskilde» domstolene skal legge vekt på.

Rettskildelærens kobling fra HRs praksis til «gjeldende rettskilderegler» er mer kompleks. Det startet som en premiss om at det ikke finnes høyere normer å evaluere dommernes praksis mot; dette var rettens *empiriske* fundament. Det ledet etter hvert – litt paradoksalt – til at norske realister ble mer opptatt av hva HR *kunne* gjøre enn hva HR *sa* at de gjorde. Det ledet også til forestillingen om at HR bestemmer den juridiske metoden, selv om HRs tekster *viser at de ikke tenker slik* og vi ellers ikke tillegger dem slik kompetanse, *fordi det strider mot rettsstatens idealer og vår juridiske tenkemåte*.

Dette andre og tredje kritiske punktet handler dermed om det samme, og har sin historiske forklaring i det første, i en rettsfilosofi, jeg kommer straks tilbake til denne. Resultatet ble at den stivnet i en særnorsk modell der *politikkens pro-kontra avveininger* ble «paradigmet» også for domstolenes løsning av rettsspørsmål. Dette ledet rettskildelærens teoretikere til en generaliserende lesning av rettspraksis, der alt skulle fanges opp av samme modell uten hensyn til om det var snakk om lovanvendelse, bruk av uskrevne rettsregler eller det ikke var lover og prejudikater å bygge på. Siden HR i *noen tilfeller* hadde prioritert forarbeider og lovformål fremfor lovens ordlyd, og i enkelte tilfeller lagt avgjørende vekt på reelle hensyn, kunne det samme ramme *alle lover i møtet med alle andre rettskilder*, også de HR stort sett bare viste til som støttemomenter eller ved spesielle anledninger, som forvaltningspraksis og etterarbeider. Rettsanvendelse ble det som *prinsipielt kunne skje når andre rettskilder og hensyn enn loven isolert eller*

samlet var sterke nok. Noen ganger fikk dette absurde trekk, som bruken av Rt-1979-1079 (*Sinnssykes ankerett*) der HR åpnet opp for anke fra en sinnssyk over lengden på en sikringsdom for drap. Dette tilsidesatte en nesten 80 år gammel lov og dens forarbeider, som ga alle partsrettighetene til vergen. I 1927 hadde kjæremålsutvalget i HR gitt en sinnssyk rettsmidler, og det var klart at regelen ville bli endret i straffeprosessloven som var på trappene. Dommer Blom så det da slik:

> (...) (S)amtidig som praksis ikke har vært helt konsekvent, er det i hvert fall i dag i alminnelighet enighet om at det vil være uheldig om siktede ikke får anledning til å søke overprøvet en sikringsdom uten vergens samtykke, og jeg understreker at det bare er dette som er spørsmålet i nærværende sak, ikke om siktedes partsrettigheter i sin alminnelighet. En slik situasjon ligger nær opp til den som forelå i 1927 og til den situasjon hvor en sinnssyk er tvangsinnlagt på sykehus, og hvor loven nå uttrykkelig har godkjent hans adgang til å handle på egen hånd.
>
> I betraktning av dette og at det her dreier seg om rettssikkerhetsvernet for en særlig svaktstillet gruppe mennesker, finner jeg å burde legge til grunn for min avgjørelse at en sikringsdømt sinnssyk som selv har den nødvendige oversikt, ikke er avskåret fra på egen hånd å anvende rettsmidler. Jeg kan derfor ikke stemme for avvisning av anken.

Dette ble tatt til inntekt for at reelle hensyn *generelt* kan tilsidesette kombinasjonen av klar lov, forarbeider og etablert rettspraksis; dommen var et bevis for avveiningsmodellen. Slik ble en unik «frirettslig» dom motivert av *rettssikkerhetshensyn* (her som en rett til domstolsprøving), grunnlag for en generell modell som *underminerer* rettssikkerheten i betydningen forutsigbarhet, der HR skulle ha bestemt at juss handler om avveining.

At det ikke er HR som styrer juridisk metode, og at den normalt ikke går ut på å *avveie* rettskilder eller ta reelle hensyn, er et *empirisk faktum*, som denne boken med all tydelighet skal vise. Som de fleste andre domstoler løser HR rettssakene basert på tekster de ikke selv har forfattet, tolket etter metoder de ikke fritt bestemmer over.