Synne Sæther Mæhle • Ragna Aarli

FORELØPIG VERSJON

FRA LOV TIL RETT

GYLDENDAL
JURIDISK

SYNNE SÆTHER MÆHLE OG RAGNA AARLI

FRA LOV TIL RETT

GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2016
1. utgave, 1. opplag 2016

ISBN 978-82-05-49866-2

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen
Layout: Laboremus
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Innhold

KAPITTEL 1 INNLEDNING 15
1.1 Rettsregler for vår tid 15
1.2 Siktemål og rammer 18
1.3 Kapitteloversikt 19
1.4 Leseveiledning 20

DEL 1 JURIDISK GRUNNKUNNSKAP 23

KAPITTEL 2 NASJONALSTATEN SOM GRUNNLAG FOR RETTSFELLESSKAP 25
2.1 Det nasjonale rettssystemet 25
2.2 Grunnloven som organisatorisk ramme for rettssystemet 27
2.3 Stortinget som lovgivende myndighet 29
2.3.1 Om lovfunksjonen 29
2.3.2 Rammer for lovfunksjonen 31
2.4 Domstolene som dømmende myndighet 32
2.4.1 Høyesteretts oppgaver og organisering 32
2.4.2 Om domstolsvesenet for øvrig 35
2.4.3 Rammer for den dømmende virksomhet 37
2.5 Regjeringen og forvaltningsapparatet som utøvende myndighet 38
2.5.1 Om den utøvende myndighet 38
2.5.2 Sentralforvaltningen 40
2.5.3 Domstolsliknende forvaltningsorgan 42
2.6 Det kommunale selvstyret 43
2.6.1 Om lokaldemokrati som grunnleggende rettighet 43
2.6.2 Organisering av lokaldemokratiet 45
2.6.3 Rammer for det lokale selvstyret 46

2.7 Privatpersoners bidrag til rettsfellesskapet 48
2.7.1 Frihet og selvbestemmelsesrett 48
2.7.2 Privat rettshåndhevelse, ordenstjeneste og granskning 50
2.7.3 Mekling og privat tvisteløsning 52
2.8 Juristenes roller i det nasjonale rettsfellesskapet 54
Refleksjons- og repetisjonsoppgver 56

KAPITTEL 3 LOV SOM UTGANGSPUNKT FOR RETTSANVENDELSE . . . 57
3.1 Lov i fokus 57
3.2 Kort om lover 58
3.2.1 Om lovtekster 58
3.2.2 Kort om lovspråket 63
3.3 Vilkårsstruktur 64
3.3.1 Grunnstruktur 64
3.3.2 Vilkår i en større struktur 67
3.3.3 Ulike typer vilkår 69
3.4 Første trinn fra lovtekst til rettsregel 73
3.4.1 Om å tolke lovteksten ut fra alminnelig språkbruk 73
3.4.2 Utfordringer ved å tolke lovtekst basert på alminnelig språkbruk . . 75
3.4.3 Litt om lovgivervilje og rettslig kontekst for øvrig 79
3.5 Å formidle at lovtekst er utgangspunktet 82
3.6 Om å fastsette en rettsregel 83
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 84

KAPITTEL 4 RETT SOM DEL AV SAMFUNNET 85
4.1 Rettens nøkkelrolle i et samfunn 85
4.2 Grunnleggende utfordringer i et rettssamfunn 87
4.2.1 Autoritet og demokratisk legitimitet 87
4.2.2 Forutberegnelighet 91
4.2.3 Rettferdighet 94
4.2.4 En sammensatt utfordring 96
4.3 Rettens funksjoner 97
4.3.1 Samspillet mellom lovgivningens og rettsreglenes funksjoner 97
4.3.2 Atferdsregulering 99
4.3.3 Konfliktløsning 101
4.3.4 Fastsetting og organisering av rettslig kompetanse 104
4.3.5 Kvalifikasjons- og omfangsregler 105
4.3.6 Forankring av menneskerettigheter, øvrige rettigheter og rettslige grunnverdier 108
4.3.7 Tverrgående trekk 113
4.3.8 Tverrgående utfordringer 118
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 120

KAPITTEL 5 RETTSSTATEN 121
5.1 Om rettsstatsideen 121
5.1.1 Rettsstaten som et bindingsverk for rett og samfunn 121
5.1.2 Bakgrunnen for rettsstatsideen 122
5.2 Grunnprinsipper i rettsstaten 124
5.2.1 Statsmakt skal være bygget på rettsregler og bundet av retten . . 124
5.2.2 Maktfordelingsprinsippet 128
5.2.3 Folkesuverenitetsprinsippet 135
5.2.4 Respekt og sikring av grunnleggende rettigheter 138
5.3 Rettsstatens verdigrunnlag 141
5.3.1 Generelt om rettsstatens verdigrunnlag 141
5.3.2 Frihet og selvbestemmelsesrett 141
5.3.3 Likhet 143
5.3.4 Menneskeverd 143
5.3.5 Prosessuelle rettsstatsverdier 146
5.3.6 Rettssikkerhet 147
5.3.7 Verdigrunnlaget er dynamisk 149
5.4 Et nyansert bilde av rettsstaten 152
5.4.1 Begrunnet og hjemlet maktbruk 152
5.4.2 Rettsstatens nasjonale forankring i internasjonalt perspektiv 153
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 154

KAPITTEL 6 INTERNASJONALE PERSPEKTIVER 155
6.1 Internasjonal orientering av nasjonalstaten 155
6.1.1 Nasjonalstatenes globale utfordringer 155
6.1.2 Grunnlovens alminnelige krav til traktatinngåelser 157
6.1.3 Grunnlovens krav ved suverenitetsoverføring 159
6.1.4 Presumsjonen om at norsk rett er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser 161
6.2 Internasjonalt samarbeid som grunnlag for rettsfellesskap 163
6.2.1 Folkerettens aktører og rettsfelt 163
6.2.2 Forpliktelsesgrunnlag for folkerettsregler 165
6.2.3 Folkerettens institusjoner 168
6.2.4 Transnasjonal juss 171
6.2.5 Juridisk uforpliktende internasjonalt samarbeid 174
6.3 EMK som grunnlag for transnasjonalt rettsfellesskap 176
6.3.1 Europarådet og EMK 176
6.3.2 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen 177
6.3.3 Norske saker for EMD 179
6.3.4 EMD som selvstendig rettsutviklende organ 181

6.4 EØS-avtalen som grunnlag for transnasjonalt rettsfellesskap 183
6.4.1 EU som avtalepart i EØS-avtalen 183
6.4.2 EFTA-pilaren og EØS-avtalen som alternativ til EU 185
6.4.3 EØS-avtalens betydning for Stortinget som lovgiver 187
6.4.4 EØS-avtalens betydning for domstolene 189
6.5 Gjeldende rett i spenningsfeltet mellom det nasjonale og det internasjonale 192
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 194

DEL 2 JURIDISK METODE 195

KAPITTEL 7 DEN JURIDISKE ARGUMENTASJONS- OG BESLUTNINGSMODELLEN 197
7.1 Innføring i juridisk metode 197
7.1.1 Grunnlaget for modellen 197
7.1.2 Modellens potensial og begrensninger 199
7.2 Grunntrekkene i den juridiske argumentasjons- og beslutningsmodellen 200
7.2.1 En modell for rettslig argumentasjon 200
7.2.2 Korrekt argumentasjon og forsvarlige standpunkt 201
7.2.3 Faktum og juss 203
7.2.4 Rettsanvendelsesprosessen 206
7.2.5 Faktumfastsettelsen 208
7.2.6 Subsumsjonen 209
7.2.7 Konklusjonen 211
7.2.8 En modell for juridisk autonomi 213
7.3 Argumentasjonsressurser 215
7.3.1 Terminologi for råstoffene i argumentasjons- og beslutningsprosessen 215
7.3.2 Rettskilder 216
7.3.3 Bevis 217
7.4 Rettskildefunksjoner 218
7.4.1 Primært rettsgrunnlag 218
7.4.2 Tolkningsbidrag 220
7.4.3 Støtteargument 221
7.5 Funksjoner for argumenter fra bevis 221
7.5.1 Rettsfakta 221
7.5.2 Bevisfakta 222
7.6 Utviklingen av den juridiske argumentasjons- og beslutningsmodellen . . 223
7.6.1 Høyesterett som modellbygger og modellutvikler 223
7.6.2 Rettsvitenskapens bidrag 225
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 228

KAPITTEL 8 RETTSKILDENE 229
8.1 Alle rettskilder har et legitimeringsgrunnlag 229
8.2 Rettskilder forankret i Stortingets lovgivende myndighet 231
8.2.1 Forankringer i Stortingets demokratiske legitimitet og autoritet . 231
8.2.2 Lovpyramiden 232
8.2.3 Grunnloven 234
8.2.4 Internasjonale forpliktelser som skal «gå foran» norsk lov 236
8.2.5 Lovtekster 238
8.2.6 Forskrifter 240
8.2.7 Lovforarbeider 242
8.3 Rettskilder forankret i offentlige organers praksis 247
8.3.1 Domstols- og forvaltningshierarkier 247
8.3.2 Rettspraksis fra nasjonale domstoler 250
8.3.3 Rettspraksis fra internasjonale domstoler 256
8.3.4 Annen myndighetspraksis 258
8.4 Rettskilder forankret i privat autonomi og praksis 264
8.4.1 Frihet og selvbestemmelsesrett som utgangspunkt 264
8.4.2 Løfter og avtaler 266
8.4.3 Standardkontrakter 268
8.4.4 Sedvanerett og sedvane 271
8.4.5 Privat tvisteløsning 272
8.5 Andre rettskilder 274
8.5.1 Kilder til argumenter med selvstendig overbevisningskraft 274
8.5.2 Verdi- og konsekvensbaserte resultatvurderinger 275
8.5.3 Juridisk teori 279
8.5.4 Fremmed rett 281
8.5.5 Konvensjoner Norge er ubundet av, eller ikke har innarbeidet . . . 282
8.5.6 Juridisk uforpliktende uttalelser i det internasjonale rettssystemet 284
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 286

KAPITTEL 9 RETTSKILDEPRINSIPPENE 287
9.1 Om rettskildeprinsipper som krav til rettslig argumentasjon 287
9.1.1 Rettskildeprinsipper som fastere argumentasjonsnormer 287
9.1.2 Tre hovedgrupper av rettskildeprinsipper 290
9.1.3 Nasjonale og internasjonale rettskildeprinsipper 292
9.1.4 Rettskildeprinsippene er bygget på og bærer av rettens autoritet 293
9.1.5 Rettskildeprinsippene skal også bidra til forutberegnelighet og rettferdighet 295
9.2 Relevansprinsipper 296
9.2.1 Relevanskriterier og relevansprinsipper 296
9.2.2 Feltvariasjoner 297

9.2.3 Relevansprinsipper under utvikling 299
9.2.4 Relevansprinsippene i folkeretten 301
9.3 Tolkningsprinsipper 303
9.3.1 Juridisk teksttolkning 303
9.3.2 Lovtolkning 304
9.3.3 Tolkning av folkerettslige tekster 308
9.3.4 Tolkning av forarbeider 311
9.3.5 Tolkning av rettspraksis og annen myndighetspraksis 317
9.3.6 Særlig om prejudikater 319
9.3.7 Testamentstolkning 321
9.3.8 Kontraktstolkning 322
9.3.9 Feltvariasjoner 324
9.3.10 Litt oppgaveteknikk 326
9.4 Samordningsprinsipper basert på rettskilders karakter 328
9.4.1 Behovet for samordning oppstår av uklarheter i et sammensatt argumentbilde 328
9.4.2 Vektprinsipper som grunnlag for samordning 328
9.4.3 Vektprinsipper orientert mot spesifikke rettskilder 331
9.4.4 Samordning som koblingspunkt for rettsanvendelsens tre steg . . 331
9.4.5 Samordning av argumenter fra norske og internasjonale rettskilder 334
9.5 Samordningsprinsipper for rettsregler 336
9.5.1 Samordning kan være regulert i lov eller avtale 336
9.5.2 Generelle kollisjonsprinsipper for lover 337
9.5.3 Samordning av norske og internasjonale rettsregler 339
9.5.4 Nasjonale prinsipper for lovvalg i private avtaleforhold 343
9.6 Samordningen skal munne ut i en rettsregel 344
9.7 Rettskildeprinsippene i et legitimitetsperspektiv 345
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 346

KAPITTEL 10 VURDERINGER SOM LEDD
I RETTSLIG ARGUMENTASJON 347
10.1 Argumentasjonsrommet for vurderinger 347
10.2 Vilkårsorienterte vurderinger 352
10.2.1 Vilkår som åpner for vurderinger 352
10.2.2 Rammer for vurderingsrommet 354
10.2.3 Særlig om lovens formål som ramme for vurderinger 357
10.2.4 Vilkårsorienterte vurderinger gir argumentasjonsrom for det ekstraordinære 359
10.2.5 Vurderinger der lovgiver har avstått fra å lovgi 361

10.3 Vurderinger av balansepunkt 362
10.3.1 Motstående hensyn, interesser og rettigheter 362
10.3.2 Balansering av lovformål 365
10.3.3 Balansering av partsinteresser 368
10.3.4 Balansering av rettigheter 372
10.4 Andre typer vurderinger 376
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 378

KAPITTEL 11 TOLKNINGSRESULTATER 379
11.1 Rettsanvendelse med lovtekst som primært rettsgrunnlag 379
11.2 Presiserende tolkning 380
11.2.1 Presiserende tolkning er primærvalget 380
11.2.2 Tre verktøy for å klargjøre ordlydens rammer 381
11.3 Innskrenkende tolkning 385
11.3.1 Innskrenkende tolkning krever en begrunnelse 385
11.3.2 Rettsstridsreservasjonen i strafferetten 387
11.4 Tolkningsresultater som går utenfor ordlyden 389
11.4.1 Å gå utenfor ordlyden krever en begrunnelse 389
11.4.2 Utvidende tolkning 389
11.4.3 Analogisk tolkning 391
11.4.4 Legalitetsprinsippet som skranke 393
11.5 Antitetisk tolkning 394
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 396

KAPITTEL 12 FAKTUMFASTSETTELSEN 397
12.1 Samvirket mellom faktumfastsettelsen og rettsanvendelsesprosessen . . . 397
12.2 Hva skal fastlegges (bevises)? En strafferettslig ekskurs 399
12.3 Ulike bevismidler 403
12.3.1 De vanlige bevismidlene 403
12.3.2 Særlig om sakkyndighet 404
12.4 Krav til beslutningsgrunnlagets kvalitet 407
12.4.1 Krav til beslutningsgrunnlaget i straffesaker 407
12.4.2 Krav til beslutningsgrunnlaget i sivile saker 408
12.4.3 Krav til beslutningsgrunnlaget i forvaltningssaker 409
12.5 Rammer for bevisføring i domstolene 410
12.5.1 Prinsippet om fri bevisføring (relevansnormen for bevis) 410
12.5.2 Kontradiksjonsprinsippet 411
12.5.3 Ulovlig ervervet bevis 412
12.6 Rammer for bevisbedømmelse i domstolene 414

12.6.1 Prinsippet om fri bevisbedømmelse 414
12.6.2 Beviskrav 415
12.6.3 Variable beviskrav som legitimitetsutfordring 417
12.7 Årvåkenhet for faktum som rettslig ressurs 419
12.7.1 Allmenn rettslig årvåkenhet som ressurs for rettsutvikling 419
12.7.2 Rettslig årvåkenhet for faktum som ressurs i juridisk argumentasjon 421
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 422

DEL 3 PERSPEKTIVER 423

KAPITTEL 13 RETT SETT I LYS AV MORAL 425
13.1 Innledning 425
13.2 Fra naturrett til moralsk pluralisme 428
13.3 Rettsstatens rammer for rettsregler med moralsk tilsnitt 429
13.3.1 Lovgivers og domstolenes rolle 429
13.3.2 Aktuelle og fremtidige utfordringer 434
13.4 Rett og moral under press 439
13.4.1 Rett og moral i rettsprosessene etter andre verdenskrig 439
13.4.2 Moral og internasjonal strafferett i dag 441
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 444

KAPITTEL 14 RETTENS LEGITIMITET 445
14.1 Innledning 445
14.2 Uttrykket «rettens legitimitet» 446
14.3 Legitimitetsutfordringer 447
14.4 Rettens allmenne legitimitet 452
14.5 Rettsanvendelsens juridiskfaglige legitimitet 454
14.5.1 Rettferdiggjøring av retten gjennom juridisk metode 454
14.5.2 Om alvoret i det rettslige standpunktet 455
14.6 Utfordringer for toleranseterskelen 456
14.6.1 Ulike typer utfordringer 456
14.6.2 Mulige reaksjonsformer 457
14.6.3 Rettssystemets ansvar 459
Refleksjons- og repetisjonsoppgaver 460

FORKORTELSER 461

LITTERATUR 463

LOVER 469

FORSKRIFTER 476

FORARBEIDER 478

ANDRE OFFENTLIGE DOKUMENTER 481

RETTSAVGJØRELSER OG ANDRE BESLUTNINGER 482

INTERNASJONALE KILDER 485

INTERNETTLENKER 489

STIKKORD 490

KAPITTEL 1

Innledning

1.1 Rettsregler for vår tid

Rettsregler knytter sammen erfaringer fra fortidige samfunnsforhold med vår tids utfordringer og siktemål for fremtiden. Slik sett kan vi si at rettsregler er forankret i vår tid, men også har sider til rettens fortid og fremtid.[1] Et eksempel på dette finner vi i en av våre eldste lovfestede rettsregler, som sier at avtaler skal holdes. Bestemmelsen fra Kong Christian Den Femtis Norske lov 15. april 1687 Femte Bog I Cap. 2 Art. (NL 5-1-2) er fortsatt del av Norges lover med følgende ordlyd:

> Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.

Bestemmelsen er et uttrykk for avtaleformer som var kjente og vanlige på 1600-tallet og gir slik sett et uttrykk for erfaringer. Bestemmelsen har helt siden 1687 gitt et lovgrunnlag for å kreve en avtale oppfylt ved tvang. Rettsregelen bidrar dermed til å løse kontraktrettslige konflikter. Bestemmelsen legger dessuten til rette for verdiskaping for fremtiden. Vissheten om at rettsapparatet er tilgjengelig for å bistå med oppfyllelse, gjør det for eksempel mindre risikabelt å tilby tjenester uten å kreve forhåndsbetaling eller å gi lån uten at låntaker stiller sikkerhet.

Et annet eksempel på at rettsregler for vår tid har sider til rettens fortid og fremtid, er menneskerettigheter. Menneskerettigheter er uttrykk for lærdom av fortiden. Systematiske og svært grove overgrep, som dem som ble begått under andre

1 Jf. Dag Michalsen, *Rett. En internasjonal historie*, Oslo 2011 s. 13.

verdenskrig, viser tydelig at mennesker kan være i stand til å utsette medmennesker for drap, tortur og umenneskelig behandling. Menneskerettigheter skal sikre rettslig vern mot slike handlinger. Grunnlovsfestede menneskerettigheter setter for eksempel rammer for hvilke lover Stortinget kan vedta i fremtiden.

Som andre rettsregler må menneskerettighetene først og fremst forstås i lys av sin samtid. Erfaring er ingen konstant størrelse. Samfunn forandrer seg, og ny kunnskap kommer til. Dette kan føre til at synet på hva som bør være innholdet i en rettsregel, endrer seg. Det finnes utallige eksempler på dette.

Et eksempel kan hentes fra forbudet i Den europeiske menneskerettskonvensjonens (EMK) artikkel 3 mot tortur, umenneskelig eller nedverdigende behandling. Konvensjonen ble vedtatt i 1950, og innholdet i bestemmelsen ble den gang forstått ut fra datidens erfaringer og kunnskap om fysiske og psykiske lidelser. I dag er både erfaringene og kunnskapen en annen. Nesten 70 års erfaring med EMK har både gjort oss mer rettighetsbevisste og gitt oss ny kunnskap om hva som kan være umenneskelig behandling. I en klagesak fra den rumenske soningsfangen Florea kunne derfor Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i 2010 konstatere at opphold i fengsel uten tilgang på røykfrie soner var en krenkelse av EMK artikkel 3.[2] Med dagens kunnskap om skadevirkninger av passiv røyking skal ingen måtte tåle tvungen eksponering for tobakksrøyk som en del av en langvarig fengselsstraff.

Fra lov til rett handler om rettsregler i vår tid. Et av de sentrale omdreiningspunktene for fremstillingen er hvordan retten utvikler seg og nærmere skal forstås i dag. I dag er rettens utvikling sammensatt. Rettsordninger og rettslige ideer har alltid beveget seg over landegrenser,[3] men de siste tiårene har norsk rett blitt mer utpreget internasjonal. Flere prosesser har skapt grunnlaget for en slik mer utpreget internasjonalisering: Samfunnet er globalisert gjennom større grad av og tettere samarbeid over landegrenser på en rekke områder. Folk reiser og flytter oftere og lettere mellom land enn før. Mange samfunnsoppgaver, for eksempel innen forskning og teknologiutvikling, krever kunnskap utviklet i internasjonalt eller flernasjonalt samarbeid. De fleste av oss inngår relativt jevnlig forpliktende leie- eller kjøpsavtaler gjennom internettbaserte tjenester som for eksempel Airbnb, eBay eller Amazon uten at vi tenker over at det i alle disse tilfellene er tale om grenseoverskridende

2 Florea mot Romania, dom 14. desember 2010 (klagesak nr. 37186/03).

3 Michalsen, *Rett. En internasjonal historie* s. 33.

kontraktsinngåelser. Omfanget av slik grenseoverskridende samhandling har gitt grunnlaget for en økende internasjonalisering av nasjonal rett.

Sett i et rettslig perspektiv er internasjonaliseringen særlig formet av at Norge har inngått internasjonalt forpliktende avtaler som EMK og EØS-avtalen. Slikt samarbeid har ført til at den nasjonale retten i større grad blir påvirket og formet av aktører utenfor Norges grenser. Internasjonale domstoler er viktige eksempler på slike eksterne aktører som påvirker innholdet av norsk rett. Med EMK kom EMD, og vi skal senere forklare nærmere hvorfor denne domstolens avgjørelse i en sak mot Romania har betydning for hvordan EMK skal forstås i Norge. Med EØS-avtalen oppsto EFTA-domstolen, og på grunn av EØS-avtalen er, som vi også kommer tilbake til, også avgjørelser fra EU-domstolen relevante for norsk juss. I dag er det antatt at nokså store deler av norsk rett – anslagsvis rundt 20 prosent – er forankret i EMK- eller EØS-retten.[4] Rettsforskerne Finn Arnesen og Are Stenvik har i sin bok om hvilke krav internasjonaliseringen stiller til juridisk metode, kalt internasjonaliseringen av retten for en «stille revolusjon».[5] I *Fra lov til rett* synliggjøres betydningen av denne revolusjonen for grunnkunnskap om norsk rett.

For å forstå og håndtere disse utfordringene må en jurist ikke bare ha gode kunnskaper om og ferdigheter i juridisk metode, men også en bevissthet om *hvorfor* jurister har utviklet en egen metode for å analysere og løse rettsspørsmål. Juridisk metode kan som et foreløpig utgangspunkt forklares som et verktøysett utviklet av og for jurister for å kunne avklare og ta standpunkt til rettsspørsmål. Denne boken gir en innføring i sentrale grunntrekk ved juridisk metode sett i lys av rettens nasjonale forankring og internasjonale dimensjoner.

I tillegg til dette målet om å gi grunnleggende kunnskap om og basal forståelse av juridisk metode, tar boken sikte på å oppøve et aktivt, undersøkende og i noen tilfeller kritisk blikk på jussens roller og utfordringer i rettssamfunnet. Å oppøve slik selvstendig faglig integritet er en del av juss som et universitetsstudium. Jurister har et *samfunnsansvar*, ikke minst fordi mange juristyrker krever at man må treffe avgjørelser som har stor betydning for enkeltmennesker. Dette kommer til uttrykk i en språkdrakt fra 1736, i det kandidatløftet som må avlegges før vitnemålet for oppnådd mastergrad i rettsvitenskap blir mottatt: «Aldrig vidende at ville vige fra Ret og Retfærdighed, mindre raade nogen til ufornødne Processer eller i andre

4 Se Jørn Øyrehagen Sunde, *Høgsteretts historie 1965–2015*, Bergen 2015 s. 406.

5 Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg., Oslo 2015 s. 11.

Maader med sine Raad befordre nogen uretvis Sag eller Intention». Et av målene for juristutdannelsen er altså å oppøve en bevisst, reflektert og velorientert holdning til sin egen og det juridiske fagfellesskapets rolle i et rettssamfunn. Grunnleggende kunnskap om og basal forståelse av sentrale grunntrekk ved juridisk metode, sett i både et nasjonalt og et internasjonalt perspektiv, er første trinn på veien.

1.2 Siktemål og rammer

Boken er skrevet som læremiddel for ex. fac., juridisk forprøve ved juridisk fakultet i Bergen. Som læremiddel tar boken over stafettpinnen fra *Rett, samfunn og demokrati* fra 2007, der en rekke kapitler ble forfattet av Jan Fridthjof Bernt og noen ble skrevet av Synne Sæther Mæhle.[6] Kapitler fra *Rett, samfunn og demokrati* som ble forfattet av Mæhle, er utgangspunkt for kapittel 5, 13 og 14 i *Fra lov til rett*.

Fra lov til rett viderefører kjernebudskapet fra *Rett, samfunn og demokrati* om betydningen av å se rett og samfunn i et dynamisk og kontinuerlig samspill. Boken bygger også videre på en av bærebjelkene i *Rett, samfunn og demokrati* – grunntanken om at den juridiske metode er bygget på og bærer av visse sentrale grunnhensyn. Jan Fridthjof Bernt formulerte disse grunnhensynene som hensynene til folkestyret som legitimering av samfunnsmakt, forutberegnelighet som rettslig verdi og moralsk/fornuftsmessig vurdering av mulige tolkingsalternativer.[7] Vi tar med oss tanken om at visse grunnhensyn preger den juridiske metoden, når vi her i vår fremstilling løfter frem at kravene til rettslig argumentasjon stilles for å sikre forutberegnelig og rettferdig rett basert på rettens autoritet og demokratiske legitimitet.

Et av hovedbudskapene i denne boken er at rett, i allefall overordnet sett, er og bør være verdibasert. Dette var også et hovedbudskap i *Rett, samfunn og demokrati*, men også i andre tekster skrevet av oss. Dette er et rettsteoretisk perspektiv som kan diskuteres og problematiseres. Boken har begrenset rom for slik debatt, men når vi klargjør valg vi har tatt om terminologi, skjematiske oversikter og innfallsvinkler underveis i kapitlene, er det for å vise forbindelseslinjer til slike større rettsteoretiske diskusjoner. For nye jusstudenter er det verdt å nevne at undervisning i juridisk metode kan ha forskjellige rettsteoretiske innfallsvinkler. Som jusstudent bør man alltid ha et undersøkende og spørrende blikk for hvilket rettsteoretisk fundament

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

7 I Bernt og Mæhle, *Rett , samfunn og demokrati*, kapittel 8.

en fremstilling av juridisk metode bygger på. Ingen fremstilling av juridisk metode gir et helt udiskutabelt fasitsvar på hvordan rettslig argumentasjon skal utføres, og meningsbrytningene om juridisk metode er en viktig side av rettsvitenskapen.

Boken er en «foreløpig versjon». Den skal brukes i ex. fac.-undervisningen høsten 2016. Deretter skal teksten bearbeides og videreutvikles før ny utgivelse i 2017. Høsting av erfaringer fra møtet med studenter, undervisere på ex.fac.-kuset og andre lesere er derfor et viktig steg på veien til utgivelsen i 2017.

Vi startet arbeidet med boken med å la kapitlene fra *Rett, samfunn og demokrati* danne en ramme for del 2 om juridisk metode. Ragna Aarli begynte skrivingen av del 2, mens Synne Sæther Mæhle startet i del 1. Samarbeidet vårt ble raskt tett, konstruktivt og effektivt. Vi har skrevet oppå hverandres råtekster, vi har formet store og små tekstbiter sammen, og vi har kontinuerlig samkjørt ideer som danner de store, røde trådene i fremstillingen. Her i boken står vi derfor begge som forfattere av samtlige kapitler – altså også av tekstene som bygger på kapitler fra *Rett, samfunn og demokrati*.

Vi har fått kommentarer og innspill fra Eivind Kolflaath, Halvard Haukeland Fredriksen, Eirik Holmøyvik og Knut Martin Tande. Vit.ass. Constance Jessen Holm har utarbeidet registre, lest korrektur og laget førsteutkast til refleksjons- og repetisjonsoppgavene som står sist i kapittel 2–14. For øvrig har vi i skriveprosessen nytt godt av å være en del av det store og aktive fagmiljøet ved det juridiske fakultet i Bergen, der små og store rettsspørsmål er gjenstand for løpende diskusjon.

Vi tar svært gjerne imot merknader, brukererfaringer og forslag til det videre arbeidet frem mot en ferdig bok: Send epost til ragna.aarli@uib.no eller synne.mahle@uib.no

1.3 Kapitteloversikt

Det gjennomgående temaet i boken er at juridisk metode må forstås som nasjonalt forankret og internasjonalt orientert. Del 1 gir først nødvendig grunnkunnskap om rettens nasjonale forankring i kapittel 2. Kapittel 3 gir et første møte med kravet om lovbasert rettsanvendelse og noen utvalgte utfordringer i den rettslige argumentasjonsprosessen fra lov til rett. Deretter i kapittel 4 skisserer vi rettens nøkkelrolle og grunnleggende utfordringer i et rettssamfunn. Kapittel 5 viser fundamentet for en rettsstat sett i et juridisk perspektiv, mens kapittel 6 løfter frem rettens internasjonale sider.

Del 2 gir en innføring i juridisk metode. Som et pedagogisk fremstillingsgrep har vi valgt å presentere fremgangsmåten for å avklare og treffe standpunkt til rettsspørsmål som en *modell* for juridiskfaglig argumentasjon og for å treffe faglig forsvarlige standpunkt. Modellen er et uttrykk for at juss er et eget fag med en egen metodelære som alle jurister må tilegne seg for å bli akseptert som fagfeller. I redegjørelsen for den juridiske argumentasjons- og beslutningsmodellen vil vi synliggjøre *hvilke* krav som gjelder for rettslig argumentasjon og for faglig forsvarlige standpunkt, og *hvorfor* disse kravene blir stilt.

Del 3 inneholder to utvalgte emner som løfter frem noen sentrale punkter i samspillet mellom rett og samfunn. I kapittel 13 ser vi på rett i lys av moral. Kapittel 14 knytter sammen hovedpoenger i boken og formidler at samspillet mellom rett og samfunn overordnet sett er et spørsmål om rettens legitimitet.

1.4 Leseveiledning

Denne boken er strukturert slik at den juridiske grunnkunnskapen som utvikles i del 1, følges opp i en innføring i juridisk metode i del 2 og ses i overordnet perspektiv i del 3. Flere steder i boken nevner vi at et tema eller en problemstilling vil bli behandlet senere, og noen ganger viser vi til et bestemt punkt i innholdsfortegnelsen. Mange andre steder er forbindelseslinjer ikke uthevet ved å vise til andre deler av boken, dels fordi koblingspunktene er så mange og sammensatte at teksten ikke er tjent med at alle blir nevnt, dels fordi en del av arbeidet med å være universitetsstudent er å skape et selvstendig helhetsinntrykk av lærestoffet.

Når det gjelder henvisning til lover, følger vi vanlig juridisk praksis. Det vil si at første gang en lov blir nevnt, oppgir vi den fulle referansen til loven slik: lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova). Videre nevner vi at vi har valgt å bruke korttitler i den målformen som er angitt i lovsamlingen og Lovdata. Vi henviser for eksempel til barnelova, ikke barneloven, fordi lovens korttittel er nynorsk. Dersom vi henviser til en lov vi har henvist til flere ganger tidligere, og gjerne i slutten av en setning bundet sammen med jf., benytter vi *forkortelsen* av korttittelen til loven, som for barnelova er barnel. Noen slike forkortelser kan være svært knappe. Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) blir for eksempel vanligvis forkortet til dl.

Et par ord om bruken av dommer trengs også før vi setter i gang. Når vi viser til høyesterettsavgjørelser, bruker vi henvisningene til årstall og sidetall i *Norsk*

Retstidende (Rt.), eller referansen i Lovdata når det gjelder avgjørelser som er avsagt i 2016. For mer om dette, se punkt 2.4.1. I tillegg har vi ofte et kortnavn på avgjørelsen. Kortnavnet er et pedagogisk verktøy for å huske dommen, og er ikke en del av avgjørelsen. Jusstudenter bør også merke seg at ulike rettsforskere kan sette noe forskjellige navn på dommer, og at det er henvisningen til *Norsk Retstidende* – eller referansen i Lovdata – som er det viktige når man skal vise til høyesterettsavgjørelser. Vi nevner dessuten at hos oss står kortnavnet i en parentes rett etter at en avgjørelse blir nevnt første gang. Senere i teksten kan vi av og til vise til avgjørelser ved kun å nevne kortnavnet. Endelig nevner vi at noen avgjørelser vil kunne være etterfulgt av bokstaven P, S eller U. Bokstaven P viser at avgjørelsen er truffet av Høyesterett i plenum, S viser at avgjørelsen er truffet av Høyesterett i storkammer, og U viser at avgjørelsen er truffet av Høyesteretts ankeutvalg. Avgjørelser som ikke er etterfulgt av bokstavene P, S eller U er truffet av Høyesterett i avdeling.

Enda et poeng om henvisninger til høyesterettsavgjørelser bør nevnes. Leseren kan merke seg at når vi siterer fra høyesterettsavgjørelser, er det ofte et tall angitt først i eller i forbindelse med sitatet. Det er en referanse til et nummerert avsnitt i avgjørelsen. Nyere høyesterettsavgjørelser har slik nummerert inndeling, mens det er vanlig å referere til sidetall i eldre avgjørelser.

Referansene til annen rettslitteratur krever også en bemerkning. Boken gir juridisk grunnkunnskap, og samme emne behandles i annen rettslitteratur. Vi har måttet begrense fotnoteapparatet og andre referanser til øvrig rettslitteratur for å sikre tekstens leservennlighet. Vi oppfordrer derfor jusstudenter til å oppsøke et bredt spekter av rettslitteratur på egen hånd. Slik aktiv og selvstendig kunnskapsutvikling er en del av et universitetsstudium.

DEL 1

Juridisk grunnkunnskap