

KNUT BERGO

**RETT
PRAKSIS**

**LÆREBOK I NORSK
JURIDISK METODE**



FAGBOKFORLAGET

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 skjønsmessig 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 <i>Subsumsjonsbegreper - deduksjonsmetoden</i>	54
2.4.2 <i>Familielikhetsbegreper - induksjonsmetoden</i>	55
2.4.3 <i>Forholdsmessighetsvurderinger</i>	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, rettsikkerhet 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