

SVEIN ENG

RETTSKILDE- LÆRENS GRUNNLAG



FAGBOKFORLAGET

SVEIN ENG

RETTSKILDELÆRENS GRUNNLAG



FAGBOKFORLAGET

FORORD

Den oppfatning at rettskildelærens grunnlag ligger i rettspraksis, ble allerede i min studietid på 1970-tallet regnet som en uomtvistelig og tradisjonell oppfatning. Siden den gang har oppfatningen befestet sin styrende kraft i juridisk litteratur, rettspraksis og det juridiske miljø generelt. Som student kunne jeg hverken akseptere oppfatningen eller det perspektiv den springer ut av, og spørsmålet om rettskildelærens grunnlag har fulgt meg siden. I denne boken har jeg samlet tre studier hvor jeg i sum argumenterer for et skifte av perspektiv: fra rettspraksis til grunnlov.

Studiene er blitt til i vekselvirkning med hverandre siden første halvdel av 1980-tallet, da jeg begynte å skrive med tanke på rettsvitenskapelig produksjon; fra denne enhet i tilblivelsen stammer enhet i spørsmålsstilling og argumentasjon. Med boken ønsker jeg for det første å legge fram undersøkelsen i del II – en undersøkelse som i omfang, innholdsmessig grunnlegging og metodisk refleksjon utgjør bokens sentrum. Dernest er det et mål å demonstrere det fellesskap mellom de to første delene som ligger i deres karakter av rettslogiske undersøkelser. Endelig er det et mål med boken å demonstrere sammenhengene mellom alle tre delene: fra den lokale spørsmålsstilling og negative konklusjon i del I, over den systematisk plasserte spørsmålsstilling og positive hovedtese i del II, til den rettspolitiske og allmennpolitiske anvendelse i del III.*

Jeg takker forlagsredaktør Marius Gulbranson Nordby for hans imøtekommenhet overfor prosjektet og for nyttige kommentarer og innspill underveis i prosessen fram mot bok.

Oslo, mai 2021

Svein Eng

* De to sistnevnte målsettingene med boken – demonstrering av fellesskap i form av det rettslogiske perspektiv i de to første delene og demonstrering av sammenhengene mellom alle tre delene – blir nærmere presentert i *Synopsis*.

INNHOLDSFORTEGNELSE

SYNOPSIS	13
KILDER	16
DEL I FÅR PREJUDIKATLÆREN ANVENDELSE PÅ DOMSARGUMENTER VEDRØRENDE RETTSKILDELÆREN?	
1. Spørsmålsstilling	19
2. Hvordan passer prejudikatlæren etter sitt innhold på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?.....	23
2.1. Relevansen av domsargumenter vedrørende rettskildelæren	24
2.2. Måter å generere domsargumenter vedrørende rettskildelæren	24
2.2.1. Anførte domsargumenter	25
2.2.2. Konstruerte domsargumenter	29
2.2.3. Sammenligning av fakta.....	31
2.2.4. Konklusjon	32
2.3. Vekten av domsargumenter vedrørende rettskildelæren. Overgang til ny spørsmålsstilling	32
3. Får prejudikatlæren ut fra sitt grunnlag anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?.....	34
3.1. Frie hensyn.....	34
3.2. Rettspraksis	36
4. Lovgivning; særlig om reglene om utvidet forum i Høyesterett	38
5. Juridisk teori.....	40

6. Sammenfatning og overgang til del II.....	42
--	----

**DEL II «RETTSKILDELÆRENS GRUNNLAG»:
PROBLEMSTILLINGEN OG EN HOVEDTESE**

A. INNLEDNING.....	47
A.1. Hovedtese: Rettskildelærens grunnstruktur er en side av grunnlovens normeringer. Deltaser.....	47
A.2. Formål	48
A.3. «Rettskildelære»; «rettskildelærens grunnstruktur».....	48
A.4. «Rettskildelærens grunnlag».....	50
A.4.1. Begrunnelseperspektivet.....	50
A.4.2. Det allmenne og det systemspesifikke: Hovedtesens to sider	52
A.4.3. Spørsmålsstillingen er rettsintern; rettskildenormentene er rettsnormer	54
A.4.3.1. Avgrensning mot visse direkte begrunnelsesformer.....	54
A.4.3.2. Avgrensning mot visse indirekte begrunnelsesformer	55
A.4.3.3. Hovedtesens påstandsstyrke: Presiseringer	57
A.4.4. Sammenfattende om spørsmålsstillingens innhold.....	58
A.4.5. Spørsmålsstillingens teoretiske og praktiske betydning	58
A.5. «...en side av grunnlovens normeringer». Grunnlovens primat i begrunnelseperspektivet.....	60
A.5.1. Hva jeg hevder.....	60
A.5.2. Avgrensning mot planet for grunnnormstenkning. Forholdet til drøftelsene i Kelsen, Hart og Raz.....	63
A.5.3. Forholdet til planet for teorier om den «bindende kraft» av norm og normativitet.....	68
A.5.3.1. Utgangspunktet og et aksiom	68
A.5.3.2. To uforenligheter	68
A.5.3.3. Overgang.....	71
A.5.4. Svar til og avvisning av innvending om sirkularitet.....	72

A.5.4.1. Innvendingen.....	72
A.5.4.2. Første steg: Nødvendigheten av et dobbelt perspektiv. Avgrensning mot konstitusjonelle normer om domstolenes kompetanse	73
A.5.4.3. Andre steg: Grunnlovens primat i begrunnelsesperspektivet	75
A.5.4.4. Tredje steg: Valget av den premiss at grunnloven er gjeldende rett.....	83
A.5.5. Teoristruktur og teorivalg I: Hensynene til rendyrking av spørsmålet og konsistens i svarets forhold til rettstenkningen forøvrig	84
A.5.5.1. Innledning.....	84
A.5.5.2. Teoriens grunnpremiss: Grunnloven er gjeldende rett uavhengig av grunnlaget for at den er så.....	84
A.5.5.3. Grunnpremissens begrunnelse	84
A.5.6. Teoristruktur og teorivalg II: Forholdet til Alf Ross' drøftelser av rettskilder og rettskildelære.....	86
A.5.6.1. Innledning.....	86
A.5.6.2. Ross' perspektiver på retten og rettskildelæren	86
A.5.6.3. Ved vårt spørsmål om rettskildelærens grunnlag - om hjemmelen for rettskildenormene i egenskap av normer - er Ross' teori uten svar	89
A.5.6.4. Ross' strikt lineære tenkemåte	90
A.5.7. Den to-dimensjonale materielle grunnlov.....	93
A.6. Uenighet med tradisjonelle synsmåter og litteratur; hovedkasus; øverste premiss.....	95
A.7. «Realisme» som en ukonstitusjonell tenkemåte.....	97
B. FORHOLDET TIL RETTSLOGISK MULIGE GRUNNLAG OG TIL FORELIGGENDE DRØFTELSE I LITTERATUREN.....	99
B.1. Et rettsinternt perspektiv, første del: Rettskildenormene som selvbegrunnende.....	99

B.2. Et rettseksternt perspektiv: Rettskildenormene som rettslig ubegrunnbare grunnnormer.....	100
B.3. Overgang til et rettsinternt perspektiv, andre del: Begrunnelse for rettskildenormene gjennom andre rettslementer enn rettskildenormene selv	100
B.4. Rettskildenormene som en side av grunnlovens normeringer..	101
B.4.1. Oversikt.....	101
B.4.2. Illustrasjonsplanet: De grunnleggende rettskilder	102
B.4.3. Teoriplanet: Sammenhengsfunksjonen. Overgang til del C.....	105
C. LEX SUPERIOR-PRINSIPPET SOM KASUS	107
C.1. Begrepet 'lex superior-prinsipp': Kollisjonsprinsippet og dets forutsetning om en trinnhøydetilordning	107
C.2. Avgrensning mot lex superior-prinsippet som tolkingsprinsipp; fastholding av regelbegrepet	109
C.2.1. Innledning.....	109
C.2.2. Positiv begrunnelse for lex superior-prinsippet og regelbegrepets realitet - og nødvendighet.....	110
C.2.3. Svar til innvendinger som har vært reist mot lex superior-prinsippet og regelbegrepet	111
C.2.4. En teori som knytter lex superior-prinsippet til en «tekst» - mer generelt, til annet enn en regel - er enten usann eller selvmotsigende.....	112
C.2.4.1. Innledning.....	112
C.2.4.2. En usann teori	112
C.2.4.3. En inkonsistent teori.....	113
C.2.4.4. En ubestemt teori - med statsrettslige og politiske konsekvenser	115
C.3. Avgrensning mot former for håndhevelse av lex superior-prinsippet.....	117
C.4. Begrepsdannelse og abstraksjonsnivå; irrelevansen av tolkingsdimensjonen og håndhevingsdimensjonen	119

C.5. Et kasus til illustrasjon: Rettskildeprinsippet om lovens regel som lex superior (innenfor rammen av grunnloven) speiler grunnlovens norm om demokrati	122
C.6. Lex superior-prinsippet er et rettskildeprinsipp med grunnlovs kraft	127
C.7. Rekkevidden til lex superior-prinsippetets grunnlovskraft – mer allment: trinnhøyden til lex superior-prinsippet selv	128
D. RETTSKILDENORMENE SOM EN SIDE AV PRAKSISER	133
D.1. Rettskildenormene som en side av rettspraksis – alene eller i praksisens samspill med juridisk teori.....	133
D.2. Rettskildenormene som en side av «tradisjonen», «kulturen», «samfunnet», e.l.....	139
E. AVSLUTNING	141
 DEL III RETTSKILDELÆRE OG PUBLIKASJONSPRAKSIS	
1. Innledning	145
2. Betydningen ifølge prejudikatlæren av at underrettenes redegjørelse for sakens faktum blir publisert	146
3. En publikasjonspraksis som ikke lever opp til den norm å tjene rettskildelæren	150
4. Bør publisering av rettskildene organiseres på en annen måte enn idag?	152
LITTERATUR	155
REGISTER OVER OFFENTLIGE DOKUMENTER	165
DOMSREGISTER	166
NAVNEREGISTER	167