



— SYNNE SÆTHER MÆHLE • RAGNA AARLI —

FRA LOV TIL RETT

3. UTGAVE

 GYLDENDAL

FRA LOV TIL RETT

SYNNE SÆTHER MÆHLE OG RAGNA AARLI

FRA LOV TIL RETT

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2022

3. utgave, 1. opplag 2022

ISBN 978-82-05-54674-5

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen

Layout: Bøk Oslo AS

Sats: HAVE A BOOK

Brødtekst: Minion Pro 10,5/15

Papir: 90 g Amber Graphic

Trykk: Andvord Grafisk, Norge 2022

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Akademisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk

akademisk@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.

Alle Gyldendals bøker er produsert i miljøsertifiserte trykkerier.

Se www.gyldendal.no/miljo

Forord

Denne boken utforsker rettens rolle i samfunnet. Utgangspunktet er den norske rettsstaten. Denne staten er i dag både nasjonalt forankret og internasjonalt orientert. Fra dette ståstedet inviterer vi leseren til refleksjon om hva rettsregler er, hvordan jurister kommer frem til rettsregler, og hvordan slike regler kan bidra til å sikre både stabilitet i og utvikling av rettsfellesskapet.

Boken omhandler juridisk grunnstoff og er blant annet utarbeidet for å tjene som litteratur i emnet JUS100 Exfac – Innføring i juridisk metode i masterstudiet i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen. For mange av leserne i denne målgruppen er boken det første møtet med universitetet. I dette ligger det en pedagogisk utfordring knyttet til både innhold og form: Hvilken kunnskapsbase vil være egnet som plattform for selvstendig arbeid med juridiske problemstillinger videre i studiet? Og hvordan kan slik kunnskap formidles til lesere som ofte vil mangle erfaring om hva kunnskapsutvikling ved et universitet dreier seg om?

Vi har valgt å utfordre leseren: Gjennom introduksjonen til juridisk grunnstoff viser vi at det ikke alltid finnes klare og enkle svar på hva juridisk metode, rettsvitenskap og rettens rolle i samfunnet er. Målet er å ruste nye studenter til å bli en del av et fagfellesskap som fører løpende diskusjoner om både utviklingspotensial og usikkerhet ved de mest grunnleggende poengene i faget. Den utfordrende tilnærmingen til leseren er valgt i visshet om at litteraturen inngår som ett av flere elementer i et velfungerende emne. Teksten danner utgangspunktet for forelesninger og seminarer som gir rom for diskusjon og refleksjon. Når emnet er avsluttet, er målet at deltakerne sitter igjen med en juridisk grunnkunnskap og forståelse av rettens rolle i samfunnet som gjør dem rustet til å formulere og besvare rettsspørsmål.

Boken er en viktig brikke i arbeidet med å selvstendiggjøre leserne til å bli reflekterte rettsanvendere. Den er skrevet med et helhetsperspektiv på jusstudiet for øye. *Fra lov til rett* er et startsted. Vi åpner dørene til et juridisk arbeidsunivers som vi håper gir mersmak.

Denne tredje utgaven av boken er en videre utvikling og betydelig revisjon av den første foreløpige versjonen, som ble utarbeidet for bruk i undervisningen høsten 2016, og den andre utgaven fra 2017. Størsteparten av del 3 er nyskrevet, og store deler av del 1 og 2 er vesentlig omarbeidet.

Vi vil takke forlag og alle fagfeller som har bistått oss i arbeidet med boken. En særlig takk til Halvard Haukeland Fredriksen for bistand til omforming av punkt 6.4, som skal gi nødvendig grunnkunnskap i EØS-rett i lys av Nav-saken til denne utgaven av boken. En særlig takk også til Eivind Kolflaath for konstruktive innspill både til denne og tidligere utgaver av boken. Videre takker vi David Undersrud for innspill til fremstillingen av samfunnskontraktteoriene i denne utgaven. Vi vil også takke Arnulf Tverberg, Kristine Helen Korsnes, Thomas Eeg, Eirik Holmøyvik, Knut Martin Tande og Jan-Ove Færstad for innspill og kommentarer til tidligere utgaver av boken. Flere studenter har bistått oss som vitenskapelige assistenter i arbeidet med boken. Takk til Constance Jessen Holm og Eline Sandnes Fosse.

For øvrig har vi i arbeidet med nye versjoner av boken 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. Sist, men ikke minst, vil vi rette en stor takk til professor emeritus Jan Fridthjof Bernt. Han la grunnlaget for emnet JUS100, som er inngangsporten til det juridiske studiet ved Universitetet i Bergen i dag. Emnet førte oss sammen som arbeidskolleger og ledet frem til det inspirerende skrivefellesskapet om denne boken.

Bergen, 1. juni 2022

Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli

Innhold

KAPITTEL 1 OPPTAKT	17
1.1 Rett for vår tid	17
1.2 Oversikt over bokens innhold	20
1.2.1 Kjernebudskapet	20
1.2.2 Kapitteloversikt	21
1.3 Leseveiledning	23
1.3.1 Om å lese forskningsbasert rettslitteratur	23
1.3.2 Henvisninger til rettskilder	24
DEL 1 JURIDISK GRUNNKUNNSKAP	27
KAPITTEL 2 NASJONALSTATEN SOM GRUNNLAG FOR RETTSFELLESSKAP	29
2.1 Det nasjonale rettssystemet	29
2.2 Grunnloven som ramme for rettssystemet	31
2.3 Stortinget som lovgivende myndighet	34
2.3.1 Lovprosessen	34
2.3.2 Lovforarbeider	34
2.3.3 Betegnelser på lovforarbeider	36
2.3.4 Grunnloven og lovfunksjonen	37
2.4 Regjeringen og forvaltningen som utøvende myndighet	37
2.4.1 Regjeringen og departementene	37
2.4.2 Forvaltningen ellers	38
2.4.3 Domstolsliknende forvaltningsorganer	39
2.5 Domstolene som dømmende myndighet	40
2.5.1 Høyesteretts funksjoner	40
2.5.2 Høyesteretts organisering	41

INNHold

2.5.3	De alminnelige domstolene for øvrig	42
2.5.4	Betegnelser på domstolenes avgjørelser	43
2.5.5	Særdomstoler	44
2.5.6	Domstoladministrasjonen	45
2.6	Det lokale selvstyret	46
2.6.1	Retten til lokaldemokrati	46
2.6.2	Rettslig regulering av lokaldemokratiet	47
2.7	Det samiske urfolket	48
2.7.1	Grunnlovsvernet	48
2.7.2	Sametinget	49
2.8	Privatpersoners bidrag til rettsfellesskapet	49
2.8.1	Frihet og selvbestemmelsesrett	49
2.8.2	Privat rettsåndheving og ordenstjeneste	51
2.8.3	Alternativ tvisteløsning	52
2.9	Rettsutvikling som et institusjonelt samspill	54
2.9.1	Om Stortingets og Høyesteretts sentrale roller	54
2.9.2	Stortinget som sentral drivkraft	54
2.9.3	Høyesteretts bidrag til rettsutviklingen	55
2.9.4	Stortingets respons på rettspraksis	58
2.9.5	Rettsutvikling og maktbalanse	60
KAPITTEL 3 LOV SOM UTGANGSPUNKT FOR RETTSANVENDELSE		63
3.1	Lovforankret rett	63
3.2	Om Norges lover	65
3.2.1	Lovvedtak	65
3.2.2	Identifisering av en lov	66
3.2.3	Kunngjøring og ikraftsetting	66
3.2.4	Lovsamling	67
3.2.5	Oppbygging av lovtekster	68
3.2.6	Lovspråket	69
3.3	Rettsregelstrukturen	70
3.3.1	Grunnstrukturen i en rettsregel	70
3.3.2	Variasjoner på tekstnivået	71
3.3.3	Vilkårsstrukturen i rettsregler	74
3.3.4	Ulike typer vilkår	76
3.4	Fra lovtekst til rettsregel	79
3.4.1	Om å tolke lovteksten ut fra alminnelig språkbruk	79
3.4.2	Utfordringer ved å tolke en lovtekst basert på alminnelig språkbruk	82
3.4.3	Litt om lovgivervilje og annen rettslig kontekst	86
3.5	Formidling av at lovtekst er utgangspunktet	89
3.6	Om å fastsette en rettsregel	90

KAPITTEL 4 RETTEN OG SAMFUNNET	93
4.1 Rettens nøkkelrolle	93
4.2 Utfordringer for rettsamfunn	95
4.3 Grunnleggende hensyn i retten	97
4.3.1 Autoritet og demokratisk forankring	97
4.3.2 Forutberegnelighet	100
4.3.3 Rettferdighet	102
4.3.4 En sammensatt utfordring	104
4.4 Rettens funksjoner	105
4.4.1 Fem sentrale funksjoner	105
4.4.2 Atferdsregulering	107
4.4.3 Konfliktløsning	111
4.4.4 Fastsetting og organisering av rettslig kompetanse	113
4.4.5 Forankring av rettigheter	116
4.4.6 Verdimarkering	118
4.5 Retten i et helhetsperspektiv	121
KAPITTEL 5 RETTSSTATEN	125
5.1 Om rettsstatsideen	125
5.1.1 Vern mot vilkårlig maktbruk	125
5.1.2 Bakgrunnen for rettsstatsideen	126
5.2 Grunnprinsipper i rettsstaten	128
5.2.1 Statsmakt bygget på og bundet av rettsregler	128
5.2.2 Maktfordeling	131
5.2.3 Folkesuverenitet	133
5.2.4 Sikring av grunnleggende rettigheter	135
5.3 Rettsstatens verdigrunnlag	137
5.3.1 Generelt om rettsstatens verdigrunnlag	137
5.3.2 Frihet og selvbestemmelsesrett	139
5.3.3 Likhet	140
5.3.4 Menneskeverd	141
5.3.5 Rettssikkerhet	143
5.3.6 Verdigrunnlaget er dynamisk	145
5.4 Et nyansert bilde av rettsstaten	147
5.4.1 Begrunnet og hjemlet maktbruk	147
5.4.2 Rettsstatens nasjonale forankring i et internasjonalt perspektiv	148
KAPITTEL 6 INTERNASJONALE PERSPEKTIVER	151
6.1 Internasjonal orientering av nasjonalstaten	151
6.1.1 Nasjonalstatenes globale utfordringer	151

INNHOLD

6.1.2	Det internasjonale rettslandskapet	153
6.1.3	Grunnlovens alminnelige krav til traktatinngåelser	155
6.1.4	Grunnlovens krav ved suverenitetsoverføring	158
6.1.5	Presumsjonsprinsippet	160
6.2	Internasjonalt samarbeid som grunnlag for rettsfellesskap	161
6.2.1	Folkerettens aktører og rettsfelt	161
6.2.2	Forpliktelsesgrunnlag for folkerettsregler	163
6.2.3	Folkerettens institusjoner	165
6.2.4	Transnasjonal rett	167
6.2.5	Juridisk uforpliktende internasjonalt samarbeid	169
6.3	EMK som grunnlag for rettsfellesskap	171
6.3.1	Europarådet og EMK	171
6.3.2	Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)	172
6.3.3	Norske saker for EMD	175
6.3.4	EMD som selvstendig rettsutviklende organ	176
6.4	Norges avtaler med EU som grunnlag for rettsfellesskap	178
6.4.1	Bakgrunn: EU som et overnasjonalt rettsfellesskap	178
6.4.2	EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU	182
6.4.3	EØS-avtalens betydning for lovgiveren	185
6.4.4	EØS-avtalens betydning for norske rettsanvendere	187
6.4.5	Kravet om EØS-konform tolkning	188
6.5	Den internasjonale strafferetten	190
6.5.1	Nürnbergprosessene	190
6.5.2	Den internasjonale straffedomstolen	191
6.6	Gjeldende rett i spenningsfeltet mellom det nasjonale og det internasjonale	192
DEL 2 JURIDISK METODE		195
KAPITTEL 7 RETTSLIG ARGUMENTASJON		197
7.1	Juridisk metode	197
7.2	Fastlegging av «gjeldende rett»	198
7.3	Argumentasjon og standpunkt	199
7.3.1	Korrekt argumentasjon	199
7.3.2	Forsvarlige standpunkter	201
7.3.3	Faktumfastsettelse	203
7.3.4	Subsumsjon	205
7.3.5	Konklusjonen	207
7.4	Rettsanvendelsesprosessen	208
7.5	Rettskilder	210

7.6	Informasjonskilder og bevis	212
7.7	Rettskildefunksjoner	212
7.7.1	Rettsgrunnlag	212
7.7.2	Tolkningsbidrag	213
7.7.3	Støtteargument	213
7.8	Utviklingen av den juridiske metoden	214
7.8.1	Høyesterett som drivkraft	214
7.8.2	Rettsvitenskapens bidrag	216
KAPITTEL 8 RETTSKILDENE		219
8.1	Rettskilder har legitimeringsgrunnlag	219
8.2	Rettskilder tilknyttet lovgivende myndighet	221
8.2.1	Lovgiverens demokratiske legitimitet	221
8.2.2	Lovpyramiden	222
8.2.3	Grunnloven	223
8.2.4	Lovtekster	225
8.2.5	Forskrifter	227
8.2.6	Forarbeider	229
8.3	Rettskilder med andre offentlige organers praksis	232
8.3.1	Hierarkier og frittstående organer	232
8.3.2	Høyesterett og prejudikatene	235
8.3.3	Praksis fra ting- og lagmannsretter	237
8.3.4	Praksis fra internasjonale domstoler	238
8.3.5	Forvaltningspraksis	239
8.3.6	Praksis fra Sivilombudet	241
8.4	Rettskilder forankret i selvbestemmelsesrett og praksis	242
8.4.1	Frihet og selvbestemmelsesrett som utgangspunkt	242
8.4.2	Løfter og avtaler	243
8.4.3	Standardkontrakter	246
8.4.4	Sedvanerett og sedvane	248
8.4.5	Privat tvisteløsning	250
8.5	Andre rettskilder	251
8.5.1	Ulike legitimeringsgrunnlag	251
8.5.2	Legitime hensyn	252
8.5.3	Rettslitteratur	256
8.5.4	Andre lands rett	257
8.5.5	Konvensjoner Norge er ubundet av, eller ikke har innarbeidet	258
8.5.6	Juridisk uforpliktende uttalelser i det internasjonale rettssystemet	260
8.6	Oppsummering	262

KAPITTEL 9	RETTSKILDEPRINSIPPENE	265
9.1	Rettskildeprinsipper som argumentasjonsnormer	265
9.1.1	Rettskildeprinsippers funksjoner	265
9.1.2	Tre hovedgrupper av rettskildeprinsipper	267
9.1.3	Nasjonale og internasjonale rettskildeprinsipper	269
9.2	Relevans	270
9.2.1	Relevansprinsipper peker ut rettskilder	270
9.2.2	Feltvariasjoner	271
9.2.3	Relevansprinsipper under debatt og utvikling	273
9.2.4	Relevansprinsipper for folkeretten	274
9.2.5	Retningslinjer for rettsvalg i private rettsforhold	276
9.3	Tolkning	278
9.3.1	Generelt om juridisk teksttolkning	278
9.3.2	Lovtolkning	279
9.3.3	Tolkning av folkerettslige tekster	282
9.3.4	Tolkning av EØS-regelverk	285
9.3.5	Tolkning av forarbeider	286
9.3.6	Tolkning av rettspraksis	290
9.3.7	Særlig om tolkning av prejudikater	291
9.3.8	Kort om tolkning av underrettspraksis	292
9.3.9	Tolkning av forvaltningspraksis	293
9.3.10	Testamentstolkning	293
9.3.11	Kontraktstolkning	294
9.3.12	Feltvariasjoner	296
9.3.13	Litt oppgaveteknikk	298
9.4	Samordning	299
9.4.1	Retningslinjer for å skape én rettsregel	299
9.4.2	Harmonisering	300
9.4.3	Vekt	303
9.4.4	Vektvariasjoner for høyesterettsavgjørelser	306
9.4.5	Vektvariasjoner for forarbeid	308
9.4.6	Vektvariasjoner for forvaltningspraksis	310
9.4.7	Retningslinjer for å løse motstrid mellom lovregler	312
9.5	Rettskildeprinsippene i et legitimitetsperspektiv	314
KAPITTEL 10	VURDERINGER SOM LEDD I RETTSANVENDELSE	317
10.1	Juridisk metode og vurderinger	317
10.2	Lovformål	318
10.2.1	Formålsparagrafer	318
10.2.2	Formålsstyrte vurderinger	319

10.3	Konkrete helhetsvurderinger	323
10.3.1	Faktumnær, fleksibel og dynamisk rett	323
10.3.2	Vurderingstema	325
10.3.3	Anvisende og avgrensede funksjoner	326
10.3.4	Vurderingsmomenter	328
10.3.5	Argumentasjonsmønster	329
10.4	Balansering av rettigheter	331
10.4.1	Rettigheter i konflikt	331
10.4.2	Rettighetsbalansering i EMD	332
10.4.3	Rettighetsbalansering i norsk rett	334
KAPITTEL 11 TOLKNINGSRESULTATER		339
11.1	Rettsanvendelse med lovtokst som rettsgrunnlag	339
11.2	Presiserende tolkning	340
11.2.1	Presiserende tolkning er primærvalget	340
11.2.2	Tre grep for å presisere ordlyden	341
11.3	Innskrenkende tolkning	344
11.3.1	Begrensning av anvendelsesområdet for en lovbestemmelse	344
11.3.2	Særlig om rettsstridsreservasjonen i strafferetten	348
11.4	Utvidende tolkning	351
11.5	Analogisk tolkning	352
11.6	Antitetisk tolkning	355
KAPITTEL 12 FAKTUMFASTSETTELSEN		359
12.1	Faktumfastsettelse og rettsanvendelse	359
12.2	Variabler i faktumfastsettelsen	360
12.3	Argumentasjonsressurser for faktumfastsettelsen	361
12.3.1	Informasjonskilder og bevis	361
12.3.2	Vitner, dokumenter, gjenstander og steder	361
12.3.3	Særlig om sakkyndige	362
12.3.4	Rettsfakta og bevisfakta	365
12.4	Krav til beslutningsgrunnlaget	366
12.4.1	Forsvarlig opplysning av faktum	366
12.4.2	Straffesaker	366
12.4.3	Tvistemål	367
12.4.4	Forvaltningssaker	368
12.5	Bevisføring i domstolene	369
12.5.1	Prinsippet om fri bevisføring	369
12.5.2	Kontradiksjonsprinsippet	370
12.5.3	Ulovlig ervervet bevis	371

INNHOOLD

12.6	Bevisbedømmelse i domstolene	372
12.6.1	Prinsippet om fri bevisbedømmelse	372
12.6.2	Hva skal bevises? Et eksempel fra strafferetten	374
12.6.3	Beviskrav	377
12.7	Virkninger av variable beviskrav	378
12.8	Faktum som drivkraft i rettsutvikling	381
DEL 3 PERSPEKTIVER		383
KAPITTEL 13 BÆREKRAFT OG MULIGGJØRENDE TEKNOLOGI		385
13.1	De store samfunnsutfordringene	385
13.2	Bærekraftperspektiver i retten	387
13.2.1	Mål for samfunnsutviklingen	387
13.2.2	Føre var-prinsippet	389
13.2.3	Andre rettsprinsipper og virkemidler	390
13.3	Teknologiperspektiver i retten	391
13.3.1	Teknologidrevet rettsutvikling	391
13.3.2	Endring av juridiske arbeidsprosesser	393
13.3.3	Kunstig intelligens	395
13.3.4	Bærekraftig bruk av teknologi	397
13.4	Juridisk metode i møte med samfunnsutfordringene	398
KAPITTEL 14 JURIDISK PROFESJONSETIKK		401
14.1	Etiske normer for arbeidslivet	401
14.2	Etikk og rett	403
14.3	Allmenn juridisk profesjonsetikk	404
14.4	Etiske retningslinjer for ulike juridiske yrkesgrupper	405
14.4.1	Offentlig og privat ansatte jurister	405
14.4.2	God advokatskikk	407
14.4.3	God påtaleskikk	408
14.4.4	God forsvarerskikk	409
14.4.5	God bistandsadvokatskikk	410
14.4.6	God dommerskikk	411
14.4.7	Forskningsetikk	412
14.5	Etiske kontrollsystemer	413
14.6	Juristrollen når rettsstaten kommer under press	414

KAPITTEL 15 RETTENS LEGITIMITET	415
15.1 Rettferdiggjøring av retten	415
15.2 Allmenn legitimitet	416
15.2.1 Rettferdiggjøring overfor rettsfellesskapet	416
15.2.2 Toleranseterskelen	417
15.2.3 Mulige reaksjonsformer	417
15.2.4 Sivil ulydighet	418
15.3 Juridisk legitimitet	421
15.3.1 Rettferdiggjøring gjennom juridisk metode	421
15.3.2 Alvoret ved rettsanvendelse	422
FORKORTELSER	425
LITTERATUR	427
LOVREGISTER	433
FORSKRIFTER	440
FORARBEIDER	441
AVGJØRELSER FRA HØYESTERETT	443
INTERNASJONALE KILDER	445
STIKKORD	448

