

RAGNA AARLI

SYNNE SÆTHER MÆHLE

Juridisk metode

i et nøtteskall

2. UTGAVE



GYLDENDAL

JURIDISK METODE

I ET NØTTESKALL

RAGNA AARLI OG SYNNE SÆTHER MÆHLE

JURIDISK METODE

I ET NØTTESKALL



GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2023

2. utgave, 1. opplag 2023

ISBN 978-82-05-54676-9

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen

Sats: Type-it AS, Trondheim 2023

Brødtekst: Minion Pro 10/14,5 pkt

Papir: 90 g Amber Graphic

Trykk: Andvord Grafisk AS

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 til andre utgave

«Juridisk metode» er et verktøy for rettsanvendere. Ved hjelp av juridisk metode kan rettsanvendere fastsette rettsregler og ta standpunkt til rettsspørsmål. Hovedbudskapet i denne boken er at den juridiske metoden har noen relativt faste grunntrekk som norske jurister stort sett er enige om, samtidig som metoden også i stor grad består av nokså løse retningslinjer, som skaper rom for fleksibilitet i rettsanvendelsen. Fastheten i grunntrekkene kommer av at den juridiske metoden skal være forankret i rettsstatens prinsipper og verdier. En del grunntrekk har dessuten utkrystallisert seg i ulike former for praksis – først og fremst høyesterettspraksis. Fleksibiliteten i den juridiske metoden skapes av flere forhold. Rettsregler må for eksempel fastsettes i lys av det faktum rettsspørsmålet springer ut av. Dersom rettsspørsmålet springer ut av en ny faktumvariant, spisser denne utfordringen seg til. Både rett og samfunn er dessuten i stadig utvikling. Større grad av internasjonalisering øker i tillegg kompleksiteten i både kildetilfang spesielt og rettsanvendelse generelt. Alle disse utfordringene må løses slik at rettsanvendelse bidrar til rettens legitimitet i rettsfellesskapet, ikke bare blant jurister, men også i samfunnet ellers.

Den juridiske metoden er kontinuerlig oppe til diskusjon,

ikke minst i rettsforskning. Både den juridiske metodens karakter og generell rettsvitenskapelig tenkemåte åpner for at nyanseforskjellige metodesyn kan være legitime og konkurrere med hverandre. Denne boken er vårt innlegg i debatten om hvordan juridisk metode skal forstås og formidles.

Kapittel 2–7 i denne boken er langt på vei en blåkopi av del 2 (kapittel 7–12) av *Fra lov til rett* (3. utg., Gyldendal Akademisk 2022). Vi bygger også på andre tekster vi har utgitt før. Nøtteskallversjonen utgis med tanke på dem som først og fremst ønsker en konsentrert fremstilling av fremgangsmåten for å formulere og besvare rettsspørsmål. Et innblikk i både metodens rettsstatlige grunntrekk og fleksibiliteten i retningslinjene for juridisk argumentasjon kan være av interesse for alle som undrer seg over hvordan gjeldende rett blir til.

Vi har en urokkelig tro på at forståelse av hvorfor den juridiske metoden er basert på rettsstatlige prinsipper og verdier, vil kunne bedre forutsetningene for tilegnelse av det juridiske arbeidsverktøyet. Siden vi har løsrevet vår fremstilling av juridisk metode fra sin opprinnelige og bredere kontekst, har vi laget et eget kapittel 1 og et innledende punkt i kapittel 2, der vi introduserer hovedpoenger fra den juridiske grunnkunnskapen som vår metodelære bygger på. Vi har også laget et kapittel 8 med noen hovedpunkter om rettsanvenderes bidrag til rettens legitimitet, som er et gjennomgangstema i hele *Fra lov til rett*.

Til slutt vil vi rette en takk til Eivind Kolflaath for gode innspill og konstruktiv kritikk til første utgave av denne boken og til teksten som utgjør kapittel 5 i denne versjonen. Det har bidratt til å skape større klarhet i teksten. Takk også til stud.jur. Aksel Nordli, som har lest korrektur og oppdatert registre til denne utgaven.

Bergen, 20. januar 2023

Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli

Innhold

KAPITTEL 1 INTRODUKSJON	13
1.1 Juridisk metode	13
1.2 Rettens nøkkelrolle	14
1.3 Tre grunnhensyn	16
1.4 Rettsutvikling som et samspill	17
1.5 Internasjonal rett	19
1.6 EØS- og EMK-rett	21
1.7 Oversikt over fremstillingen	22
KAPITTEL 2 RETTSLIG ARGUMENTASJON	24
2.1 Vilkårsstyrt argumentasjon	24
2.2 Fastlegging av «gjeldende rett»	25
2.3 Argumentasjon og standpunkt	26
2.3.1 Korrekt argumentasjon	26
2.3.2 Forsvarlige standpunkter	29
2.3.3 Faktumfastsettelse	32
2.3.4 Subsumsjon	35
2.3.5 Konklusjonen	39
2.4 Rettsanvendelsesprosessen	40
2.5 Rettskilder	43
2.6 Informasjonskilder og bevis	45
2.7 Rettskildefunksjoner	46
2.7.1 Rettsgrunnlag	46
2.7.2 Tolkningsbidrag	47
2.7.3 Støtteargument	48
2.8 Utviklingen av den juridiske metoden	48
2.8.1 Høyesterett som drivkraft	48
2.8.2 Rettsvitenskapens bidrag	51

8 INNHOLD

KAPITTEL 3 RETTSKILDENE	53
3.1 Rettskilder har legitimeringsgrunnlag	53
3.2 Rettskilder tilknyttet lovgivende myndighet	57
3.2.1 Lovgiverens demokratiske legitimitet	57
3.2.2 Lovpyramiden	58
3.2.3 Grunnloven	59
3.2.4 Lovtekster	61
3.2.5 Forskrifter	65
3.2.6 Forarbeider	68
3.3 Rettskilder med andre offentlige organers praksis	73
3.3.1 Hierarkier og frittstående organer	73
3.3.2 Høyesterett og prejudikatene	77
3.3.3 Praksis fra tingretter og lagmannsretter	80
3.3.4 Praksis fra internasjonale domstoler	83
3.3.5 Forvaltningspraksis	84
3.3.6 Praksis fra Sivilombudet	88
3.4 Rettskilder forankret i selvbestemmelsesrett og praksis ...	89
3.4.1 Frihet og selvbestemmelsesrett som utgangspunkt .	89
3.4.2 Løfter og avtaler	90
3.4.3 Standardkontrakter	94
3.4.4 Sedvanerett og sedvane	98
3.4.5 Privat tvisteløsning	100
3.5 Andre rettskilder	102
3.5.1 Ulike legitimeringsgrunnlag	102
3.5.2 Legitime hensyn	104
3.5.3 Rettslitteratur	109
3.5.4 Andre lands rett	111
3.5.5 Konvensjoner Norge er ubundet av eller ikke har innarbeidet	112
3.5.6 Juridisk uforpliktende uttalelser i det internasjonale rettssystemet	115
3.6 Oppsummering	117
KAPITTEL 4 RETTSKILDEPRINSIPPENE	119
4.1 Rettskildeprinsipper som argumentasjonsnormer	119
4.1.1 Rettskildeprinsippers funksjoner	119
4.1.2 Tre hovedgrupper av rettskildeprinsipper	122
4.1.3 Nasjonale og internasjonale rettskildeprinsipper ...	125
4.2 Relevans	126
4.2.1 Relevansprinsipper peker ut rettskilder	126
4.2.2 Feltvariasjoner	128
4.2.3 Relevansprinsipper under debatt og utvikling	131

4.2.4	Relevansprinsipper for folkeretten	132
4.2.5	Retningslinjer for rettsvalg i private rettsforhold	135
4.3	Tolkning	139
4.3.1	Generelt om juridisk teksttolkning	139
4.3.2	Lovtolkning	139
4.3.3	Tolkning av folkerettslige tekster	144
4.3.4	Tolkning av EØS-regelverk	147
4.3.5	Tolkning av forarbeider	149
4.3.6	Tolkning av rettspraksis	155
4.3.7	Særlig om tolkning av prejudikater	157
4.3.8	Kort om tolkning av underrettspraksis	158
4.3.9	Tolkning av forvaltningspraksis	159
4.3.10	Testamentstolkning	159
4.3.11	Kontraktstolkning	160
4.3.12	Feltvariasjoner	163
4.3.13	Praktiske tips om tolkningsprinsipper i rettsanvendelse	166
4.4	Samordning	168
4.4.1	Retningslinjer for å skape en rettsregel	168
4.4.2	Harmonisering	170
4.4.3	Vekt	174
4.4.4	Vektvariasjoner for høyesterettsavgjørelser	178
4.4.5	Vektvariasjoner for forarbeider	181
4.4.6	Vektvariasjoner for forvaltningspraksis	184
4.4.7	Retningslinjer for å løse motstrid mellom lovregler	187
4.5	Rettskildeprinsippene i et legitimitetsperspektiv	190

KAPITTEL 5 VURDERINGER SOM LEDD I

	RETTSANVENDELSE	191
5.1	Juridisk metode og vurderinger	191
5.2	Lovformål	192
5.2.1	Formålsparagrafer	192
5.2.2	Formålsstyrte vurderinger	194
5.3	Konkrete helhetsvurderinger	199
5.3.1	Faktumnær, fleksibel og dynamisk rett	199
5.3.2	Vurderingstema	202
5.3.3	Anvisende og avgrensende funksjoner	204
5.3.4	Vurderingsmomenter	207
5.3.5	Argumentasjonsmønster	209
5.4	Balansering av rettigheter	211
5.4.1	Rettigheter i konflikt	211
5.4.2	Rettighetsbalansering i EMD	213

5.4.3	Rettighetsbalansering i norsk rett	216
KAPITTEL 6 TOLKNINGSRESULTATER		
6.1	Rettsanvendelse med lovtekst som rettsgrunnlag	222
6.2	Presiserende tolkning	223
6.2.1	Presiserende tolkning er primærvalget	223
6.2.2	Tre grep for å presisere ordlyden	225
6.3	Innskrenkende tolkning	230
6.3.1	Begrensning av anvendelsesområdet for en lovbestemmelse	230
6.3.2	Særlig om rettsstridsreservasjonen i strafferetten ..	234
6.4	Utvidende tolkning	239
6.5	Analogisk tolkning	242
6.6	Antitetisk tolkning	246
KAPITTEL 7 FAKTUMFASTSETTELSEN		
7.1	Faktumfastsettelse og rettsanvendelse	249
7.2	Variabler i faktumfastsettelsen	250
7.3	Argumentasjonsressurser for faktumfastsettelsen	252
7.3.1	Tilgang til informasjon	252
7.3.2	Vitner, dokumenter, gjenstander og steder	253
7.3.3	Særlig om sakkyndige	254
7.3.4	Rettsfakta og bevisfakta	258
7.4	Krav til beslutningsgrunnlaget	259
7.4.1	Forsvarlig opplysning av faktum	259
7.4.2	Straffesaker	260
7.4.3	Tvistemål	261
7.4.4	Forvaltningssaker	262
7.5	Bevisføring i domstolene	264
7.5.1	Prinsippet om fri bevisføring	264
7.5.2	Kontradiksjonsprinsippet	265
7.5.3	Ulovlig ervervet bevis	267
7.6	Bevisbedømmelse i domstolene	269
7.6.1	Prinsippet om fri bevisbedømmelse	269
7.6.2	Hva skal bevises? Et eksempel fra strafferetten	270
7.6.3	Beviskrav	275
7.7	Virkninger av variable beviskrav	277
7.8	Faktum som drivkraft i rettsutvikling	280

KAPITTEL 8 RETTENS LEGITIMITET	282
8.1 Rettferdiggjøring av retten	282
8.2 Allmenn legitimitet	283
8.2.1 Rettferdiggjøring overfor rettsfellesskapet	283
8.2.2 Toleranseterskelen	284
8.3 Juridisk legitimitet	285
8.3.1 Rettferdiggjøring gjennom juridisk metode	285
8.3.2 Alvoret ved rettsanvendelse	287
 LITTERATUR	 289
 LOVREGISTER	 293
 RETTSAVGJØRELSER	 299
 STIKKORDREGISTER	 303