



# RETT OG RETTS- ANVENDELSE

JENS EDVIN A. SKOGHØY

2. UTGAVE



RETT OG  
RETTSANVENDELSE



Jens Edvin A. Skoghøy

# RETT OG RETTSANVENDELSE

2. UTGAVE

Universitetsforlaget

© Universitetsforlaget 2023

1. utgave 2018

ISBN 978-82-15-06847-3

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS  
Postboks 508 Sentrum  
0105 Oslo

[www.universitetsforlaget.no](http://www.universitetsforlaget.no)

Omslag: Nina Lykke

Sats: ottaBOK

Trykk: Aksell

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Sabon LT Std 10,5/13 pkt.

Papir: 90 g Amber Graphic 1,25



# Forord

Da jeg studerte juss ved Universitetet i Oslo på siste halvdel av 1970-tallet, var Torstein Eckhoffs *Rettskildelære*, som kom i første utgave i 1971, relativt ny. Boken ble oppfattet som banebrytende innenfor rettskildelæren. Senere rettskildefremstillinger har i stor grad bygd på Eckhoffs systematikk.

Den grunnleggende juridiske metoden har ikke endret seg vesentlig siden Eckhoff første gang gav ut sin rettskildelærebok i 1971. Rettskildetilfanget er imidlertid i dag et helt annet. Rettskildene har også i betydelig grad endret karakter. Det mest iøynefallende er inkorporasjonen av internasjonale menneskerettigheter og fremveksten av EØS-retten. Det er et kjennetegn ved begge disse regelsettene at de på viktige områder oppstiller grunnleggende verdier eller overgripende prinsipper som lovgiverne kan gjøre inngrep i etter en interesseavveining. Ved grunnlovsreformen av 2014 fant denne form for lovgivning også veien inn i Grunnloven. Regler av denne karakter stiller domstoler og andre rettsanvendere overfor helt andre utfordringer enn tidligere. De må foreta rettspolitiske avveininger som tidligere tillå lovgivningsmyndigheten.

Mitt første rettskildeteoretiske arbeid var en artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* i 1994 – «Rett, politikk og moral». Jeg systematiserte der rettskildelæren på en noe annen måte enn det som hadde vært vanlig i tidligere rettskildelitteratur. Denne endrede systematikken tok sikte på å bevisstgjøre hva som «autoriserer» de ulike kildene til rettskilder.

Min hovedsakelige yrkesbakgrunn er som advokat, professor og høyesterettsdommer. Jeg var dommer i Høyesterett fra 15. august 1998 til 31. januar 2017 og tiltrådte igjen som dommer i Høyesterett 12. oktober 2020. Tiden i Høyesterett har gitt meg foranledning til å reflektere grundigere over den juridiske metoden. Da jeg 31. januar 2017 sluttet i Høyesterett og vendte tilbake til UiT Norges arktiske universitet som professor i rettsvitenskap, stod det klart for meg at det første jeg skulle gjøre, var å skrive en bok i rettskildelære. Resultatet er denne boken, som kom i første utgave i 2018. Da den nå er ut-solgt, gir jeg ut en ny utgave.

Jeg har i denne boken bygd videre på den grunnleggende systematikken i min artikkel fra 1994. Synspunktene er illustrert ved avgjørelser av Høyesterett. På noen punkter har jeg nøyd meg med henvisninger i fotnoter, mens jeg på andre punkter har funnet behov for å gjennomgå Høyesteretts resonnementer i teksten. I tilfeller hvor jeg har funnet Høyesteretts uttrykksmåte eller oppbygning av resonnement viktig, har jeg ikke bare omtalt avgjørelsene, men også gjengitt de sentrale elementene i begrunnelsen.

Etter mitt syn kan man innenfor rettskildelæren ikke operere med vanlig prejudikatlære. Samtidig er Høyesteretts metode retningsgivende for andre rettsanvendere. Metoden bestemmes ikke av enkeltstående avgjørelser, men fremgår av det samlede avgjørelsesmaterialet. Høyesteretts avgjørelser blir i denne boken benyttet som materiale til å illustrere Høyesteretts metode.

Målgruppen for boken er først og fremst jusstudenter. Jeg håper imidlertid at også praktiserende jurister kan ha nytte av den. I løpet av de siste 30 årene har det skjedd en betydelig endring både av rettskildetilfanget og av rettskildenes karakter. Det kan derfor være flere som kan ha behov for en oppdatering.

Boken er søkt ført à jour med lovgivning og rettspraksis per 31. desember 2022. I korrekturrunden har jeg tilføyd henvisninger til et par senere rettsavgjørelser.

Oslo, mars 2023

*Jens Edwin A. Skoghøy*



# Innhold

Forord .....	5
Forkortelser .....	14
<b>Kapittel 1</b>	
<b>Noen utgangspunkter .....</b>	<b>15</b>
1.1 Innledning .....	15
1.2 Hvilke spørsmål som skal behandles .....	17
1.3 Grunnlaget for rettskildelæren .....	19
1.4 Gjeldende rett blir fastsatt ved beslutninger .....	23
1.5 Noen sentrale rettskildeteoretiske begreper .....	25
1.6 Rettsdogmatikk og tilgrensende vitenskapsgrener .....	28
1.7 Tidligere rettskildelitteratur .....	29
<b>Kapittel 2</b>	
<b>Inndeling og oppbygning av rettsreglene .....</b>	<b>32</b>
2.1 Innledning .....	32
2.2 Lovfestet og ulovfestet rett .....	32
2.3 Privat og offentlig rett .....	35
2.4 Pliktregler, kompetanseregler og kvalifikasjonsregler .....	36
2.5 Vilkår og rettsfølge .....	37
2.6 Rettsreglens fragmentariske karakter .....	38
2.7 Regler, retningslinjer og skjønn .....	39
<b>Kapittel 3</b>	
<b>Oversikt over de ulike rettskildene .....</b>	<b>41</b>
3.1 Introduksjon .....	41
3.2 Primære rettskilder .....	44
3.2.1 Innledning .....	44
3.2.2 Autoritative kilder .....	44
3.2.3 Sedvaner (etablert praksis) .....	48
3.2.4 Reelle hensyn .....	49
3.3 Sekundære rettskilder .....	51
3.4 Mangel på rettskildebevissthet i det praktiske rettsliv .....	53

**Kapittel 4**

<b>Kilder som bygger på lovgivningskompetanse</b> .....	55
4.1 Noen utgangspunkter .....	55
4.2 Lovtekster .....	56
4.2.1 Innledning .....	56
4.2.2 Lovkravet i strafferetten .....	57
4.2.3 Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp .....	64
4.2.4 Lovtekstens betydning på områder hvor verken Grunnloven eller menneskerettskonvensjonene stiller krav om lovhjemmel .....	72
4.2.5 Analogisk anvendelse av lovbestemmelser .....	80
4.2.6 Antitetisk tolkning av lovbestemmelser .....	83
4.2.7 Omgåelse av rettsregler .....	85
4.2.8 Særlig om tolking av grunnlovstekster .....	85
4.3 Lovforarbeider og lovgivningshistorikk .....	90
4.3.1 Innledning .....	90
4.3.2 Hvilke forarbeider er relevante? .....	91
4.3.3 Særlig om forarbeider til grunnlovsvedtak .....	96
4.3.4 Betydningen av lovgivningshistorikken .....	98
4.3.5 Etterfølgende lovgiverutsagn («etterarbeider») .....	99
4.3.6 Hva med ikke-vedtatte lovforslag? .....	100

**Kapittel 5**

<b>Internasjonale traktaters rettskildestatus</b> .....	102
5.1 Noen utgangspunkter .....	102
5.2 Rettskildestatusen for traktater som er inkorporert eller transformert .....	102
5.3 Rettskildestatusen for traktater som verken er inkorporert eller er transformert .....	105
5.4 Inkorporerte menneskerettskonvensjoners horisontale virkning .....	108

**Kapittel 6**

<b>Kilder som bygger på privatautonomien – avtalekompetansen</b> .....	111
6.1 Noen utgangspunkter .....	111
6.2 Ved avtaletolking må det tas utgangspunkt i ordlyden .....	115
6.3 Betydningen av forutgående forhandlinger .....	117
6.4 Betydningen av partenes etterfølgende opptreden .....	118
6.5 Partene har en felles forståelse av avtalen .....	119
6.6 En kontraktspart har gitt uttrykk for noe som den andre parten burde ha reagert på .....	119
6.7 Særlig om betydningen av standardkontrakter .....	120

## Kapittel 7

Kilder som bygger på organisasjons- eller instruksjonsmyndighet . . . . .	122
---	-----

## Kapittel 8

### Kilder som bygger på kompetanse som sisteinstansdomstol

– prejudikatlæren . . . . .	125
8.1 Innledning . . . . .	125
8.2 Hvordan skal prejudikatvirkningen av den enkelte avgjørelse fastlegges? . . . . .	127
8.3 Noen grunnleggende hensyn ved utformingen av prejudikatlæren . . . . .	130
8.4 Betydningen av avgjørelser av internasjonale domstoler og klageorganer . . . . .	132
8.4.1 Innledning . . . . .	132
8.4.2 Avgjørelser av EFTA- og EU-domstolen . . . . .	137
8.4.3 Avgjørelser av EMD . . . . .	140
8.4.4 Uttalelser av FNs menneskerettskomité . . . . .	142
8.4.5 Uttalelser av FNs barnekomité . . . . .	146
8.5 Betydningen av avgjørelser av utenlandske domstoler . . . . .	150
8.5.1 Noen utgangspunkter . . . . .	150
8.5.2 Konvensjonsbasert lovgivning . . . . .	150
8.5.3 Lover som bygger på internasjonalt lovsamarbeid . . . . .	151
8.5.4 Tilfeller hvor det verken foreligger konvensjon eller internasjonalt lovsamarbeid . . . . .	152
8.6 Grunnvilkår for å fravike prejudikater . . . . .	153
8.6.1 Noen utgangspunkter . . . . .	153
8.6.2 Prejudikatfravikelser på grunn av regelendringer . . . . .	153
8.6.3 Prejudikatfravikelser på grunn av nye avgjørelser av internasjonale domstoler . . . . .	155
8.6.4 Ny fagkunnskap, faglig utvikling og endringer i samfunnsforhold eller samfunnsoppfatninger kan gi grunnlag for prejudikatfravikelse . . . . .	156
8.6.5 Fravikelse av prejudikat som er i strid med grunnleggende rettsprinsipper . . . . .	159
8.6.6 Fravikelse av prejudikater som ikke bygger på en tilstrekkelig bred og inngående vurdering . . . . .	160
8.6.7 Prejudikatfravikelser må ikke gripe uforholdsmessig inn i etablerte rettsposisjoner . . . . .	165
8.7 Hvorvidt et tidligere prejudikat bør fravikes dersom grunnvilkårene for dette er oppfylt, beror på en totalvurdering . . . . .	167
8.7.1 Innledning . . . . .	167
8.7.2 Hvor sterkt er fravikelsesbehovet? . . . . .	167

8.7.3	På hvilket nivå innenfor Høyesterett er avgjørelsen truffet? . . . . .	168
8.7.4	Normens trinnhøyde . . . . .	170
8.7.5	Hvor klart, fullstendig og nyansert har Høyesterett uttalt seg? . . . . .	171
8.7.6	Hvor sentralt står rettssetningen i begrunnelsen for resultatet? . . . . .	171
8.7.7	Er det tale om en totalfravikelse eller bare en justering? . . . . .	173
8.7.8	Er avgjørelsen enstemmig eller avsagt under dissens? . . . . .	176
8.7.9	Gjelder fravikelsen en enkeltstående avgjørelse eller en mer omfattende praksis? . . . . .	177
8.8	Hvem skal kunne fravike prejudikater? . . . . .	177

## Kapittel 9

Reelle hensyn . . . . .	180
9.1 Noen utgangspunkter . . . . .	180
9.2 Hvordan blir reelle hensyn brukt i norsk rettspraksis? . . . . .	182
9.3 Rammene for bruk av reelle hensyn . . . . .	191
9.3.1 Noen utgangspunkter . . . . .	191
9.3.2 Bruk av reelle hensyn hvor det gjelder et lovkrav . . . . .	191
9.3.3 Bruk av reelle hensyn hvor det foreligger en inngående lovregulering . . . . .	192
9.3.4 Forholdet til folkesuverenitetsprinsippet . . . . .	202
9.4 Rettspolitiske vurderinger på ulovfestede eller bare rudimentært regulerte områder . . . . .	207
9.4.1 Noen utgangspunkter . . . . .	207
9.4.2 Bruk av reelle hensyn innenfor lovvalgsretten . . . . .	209
9.4.3 Utviklingen av kombinasjonsfullmakten i avtaleretten . . . . .	213
9.4.4 Utviklingen av informasjonsansvarsregelen i erstatningsretten . . . . .	215
9.4.5 Utviklingen av reglene om passiv identifikasjon i erstatningsretten . . . . .	217
9.4.6 Reelle hensyn som grunnlag for ulovfestet objektivt risikoansvar . . . . .	220
9.5 Domstolenes rolle ved vurderingen av om inngrep i menneskerettigheter eller andre overordnede normer er akseptable . . . . .	223
9.5.1 Innledning . . . . .	223
9.5.2 Inngrep i internasjonale menneskerettigheter . . . . .	223

9.5.3	Inngrep i prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen . . . . .	230
9.5.4	Inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter . . . . .	233

## Kapittel 10

<b>Sedvaner (etablert praksis)</b> . . . . .	236
10.1 Innledning . . . . .	236
10.2 Praksis mellom borgere (privates praksis) . . . . .	237
10.3 Forvaltningspraksis . . . . .	242
10.4 Forfatningspraksis . . . . .	245
10.5 Internasjonal praksis . . . . .	248
10.6 Norges forpliktelse etter ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk artikkel 8 til å tillegge samiske sedvaner vekt . . . . .	249

## Kapittel 11

<b>Sekundære rettskilder</b> . . . . .	252
11.1 Innledning . . . . .	252
11.2 Juridisk teori . . . . .	252
11.3 Rettslige prinsipper . . . . .	255
11.4 Allmenne retts- eller verdioppfatninger i samfunnet . . . . .	259
11.5 Avgjørelser av underordnede domstoler . . . . .	265
11.6 Avgjørelser av utenlandske domstoler . . . . .	267
11.7 Avgjørelser av voldgiftsretter . . . . .	269
11.8 Etterfølgende lovgiverutsagn («etterarbeider») . . . . .	271
11.9 Vedtak eller uttalelser av forvaltningen . . . . .	274
11.10 Rundskriv fra forvaltningen . . . . .	277
11.11 Uttalelser fra klagenemnder . . . . .	278
11.12 Allmenne mellomstatlige retts- eller verdioppfatninger . . . . .	278

## Kapittel 12

<b>Hva som kan utledes av de enkelte rettskildene – slutningsprosessen</b> . . .	280
12.1 Innledning . . . . .	280
12.2 Tekstkilder må tolkes ut fra normal språkbruk og antatt intensjonsdybde . . . . .	280
12.3 Det som er uttalt, må tolkes ut fra sammenhengen («konteksten») . . . . .	282
12.4 Forholdet mellom hovedregler og unntak . . . . .	283
12.5 Betydningen av paragrafoverskrifter . . . . .	284
12.6 Grunnlaget for formålsslutninger . . . . .	285
12.7 Rettsavgjørelser må forstås på bakgrunn av tvistetemaet og domstolens kompetanse og domsskrivingstradisjon . . . . .	288
12.8 Rettskildene inngår ofte som ledd i en utvikling . . . . .	291
12.9 Dynamisk tolking av rettsregler . . . . .	292

**Kapittel 13**

<b>Vekten av de enkelte rettskildene</b> . . . . .	298
13.1 Innledning . . . . .	298
13.2 Prioritetsforholdet mellom ulike rettsregler . . . . .	298
13.2.1 Innledning . . . . .	298
13.2.2 Rettsregler kan ha forskjellig trinnhøyde – «lex superior»-prinsippet . . . . .	299
13.2.3 Spesiell lov går foran generell – «lex specialis»-prinsippet . . . . .	300
13.2.4 Nyere lov går foran eldre – «lex posterior»-prinsippet . . . . .	303
13.3 Avveining av kilder som knytter seg til samme regel . . . . .	304

**Kapittel 14**

<b>Den konkrete rettsanvendelsen – subsumsjonen</b> . . . . .	308
14.1 Hva menes med «subsumsjon»? . . . . .	308
14.2 Undertiden er det en flytende overgang mellom bevisbedømmelse og rettsanvendelse . . . . .	309
14.3 Subsumsjon under regler med flytende ordgrense . . . . .	310
14.4 Subsumsjon under regler som gir anvisning på en skjønsmessig vurdering . . . . .	317
14.5 Standardisering av skjønsmessige vurderinger . . . . .	318
14.6 Regler som viser til en målestokk utenfor regelen selv . . . . .	320
14.7 Enkelte regler oppstiller ikke noe vurderingstema . . . . .	321

**Kapittel 15**

<b>Domstolenes rettsskapende virksomhet innenfor prosessretten</b> . . . . .	322
15.1 Introduksjon . . . . .	322
15.2 Prosessregler som er skapt av domstolene uten grunnlag i lovgivningen . . . . .	325
15.2.1 Innledning . . . . .	325
15.2.2 De grunnleggende regler om beviskrav, bevisbyrde og bevisbedømmelse . . . . .	327
15.2.3 Forbudet mot bevisførsel om forhold som har vært drøftet på regjeringskonferanse . . . . .	329
15.2.4 Forbudet mot bevisførsel om resultater av løgndetektorprøver . . . . .	330
15.2.5 Begrensninger i adgangen til å benytte ulovlig ervervede bevis . . . . .	333
15.2.6 Høyesteretts kompetanse ved videre kjæremål . . . . .	334
15.2.7 I hvilken utstrekning kan det påberopes nye bevis under domstolsbehandlingen av forvaltningsvedtak? . . . . .	335

---

15.3	Domstolsutviklede prosessregler med et rudiment av lovgrunnlag . . . . .	338
15.3.1	Innledning . . . . .	338
15.3.2	Kravene til søksmålsgjenstand og rettslig interesse . . .	339
15.3.3	Behandlingen av straffesak etter at tiltalte er død . . . .	342
15.4	Prosessregler som er blitt «omskrevet» av Høyesterett . . . . .	344
<b>Kapittel 16</b>		
<b>Årsaker til uenighet om rettsspørsmål . . . . .</b>		
16.1	Noen utgangspunkter . . . . .	346
16.2	Dommere kan ha forskjellig syn på hvilke kilder som er relevante . . . . .	348
16.3	Dommere kan oppfatte rettskildene eller rekkevidden av dem forskjellig . . . . .	349
16.4	Dommere kan vekte kildene ulikt . . . . .	355
<b>Høyesterettsavgjørelser . . . . .</b>		<b>357</b>
<b>Stikkordregister . . . . .</b>		<b>380</b>

# Forkortelser

## Litteratur

- Augdahl: Per Augdahl, *Rettskilder*, 3. utgave, Oslo 1973
- Eckhoff/Helgesen: Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001
- Nygaard: Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Bergen 2004

## Domstoler

- A Avdelingsavgjørelse av Norges Høyesterett
- EMD Den europeiske menneskerettsdomstol (i Strasbourg)
- F Avgjørelse av forberedende dommer i Norges Høyesterett
- ICJ International Court of Justice – Den internasjonale domstol (i Haag)
- P Plenumsavgjørelse av Norges Høyesterett
- S Storkammeravgjørelse av Norges Høyesterett
- U Avgjørelse av Høyesteretts ankeutvalg (som før 2008 het Høyesteretts kjæremålsutvalg)

## Henvisninger til rettsavgjørelser

- HR Avgjørelsesnummer for avgjørelser av Norges Høyesterett
- NJA *Nytt Juridiskt Arkiv*, Stockholm (1875–)
- RG *Rettens Gang*, Oslo (1933–2014)
- Rt. *Norsk Retstidende*, Oslo (1836–2015)
- UfR *Ugeskrift for Retsvæsen*, København (1867–)



# Noen utgangspunkter

## 1.1 Innledning

For at mennesker skal kunne leve fredelig sammen på et territorium, må de danne en form for fellesskap («samfunn») og ha regler som bestemmer hvilke rettigheter og plikter som de enkelte samfunnsmedlemmene («borgerne») har eller kan etablere overfor hverandre og overfor samfunnsfellesskapet og samfunnets organer («myndighetene»). Hvilke regler som er nødvendige, og hvilket innhold de skal ha, bestemmes av det samfunnsorgan som har myndigheten til å gi lover.

Også i samkvemmet mellom stater er det behov for regler om hvordan statene kan opptre overfor hverandre. I den utstrekning statene ikke har avgitt suverenitet til overnasjonale organer, må regler mellom stater som utgangspunkt fastsettes ved overenskomst mellom dem.

På nasjonalt, norsk, nivå bestemmer Grunnloven § 49, jf. § 75 bokstav a, at folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget. Stortinget står imidlertid ikke fritt i sin lovgivningsmyndighet. Den må utøves innenfor de rammer som Grunnloven setter, jf. Grunnloven § 89, slik bestemmelsen lyder etter grunnlovsendringer i 2015 og 2020.

Etter Grunnloven § 2 andre punktum skal Grunnloven ikke bare «sikre demokratiet», men også «rettsstaten og menneskerettighetene». Myndighetenes plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene er dessuten særskilt knesatt i § 92. Ved HR-2016-2554-P (Holship) ble det avklart at denne bestemmelsen ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, se punkt 5.3 nedenfor. Bestemmelsen retter seg likevel ikke bare mot domstolene og den utøvende makt, men har også Stortinget som adressat: Internasjonale menneskerettigheter skal være en ledetråd for lovgivningen.

Det er et grunnleggende krav til en rettsstat at regler som pålegger borgerne plikter overfor myndighetene, eller som griper inn i grunnleggende individuelle rettigheter eller friheter i et demokratisk samfunn, må være truffet av kompetente regelgivende myndigheter og være gjort tilgjengelige for dem de gjelder, og de må være utformet på en slik måte at borgerne – ved å sette seg inn i dem – har en rimelig mulighet til å forutberegne sin rettsstilling («materieell lov»)<sup>1</sup>. Så lenge det ikke blir gjort inngrep i borgernes grunnleggende individuelle

---

1 Rettsstatsbegrepet blir problematisert av Ingvald Falch, «Rettsstatens betydning», *Lov og Rett*, 2021, s. 43–57.

rettigheter eller friheter, er det derimot ikke noe i veien for at domstoler eller andre rettshåndhevende myndigheter kan pålegge borgerne plikter overfor hverandre uten at det har hjemmel i lov eller andre forhåndsfastsatte regler.<sup>2</sup> Det finnes flere eksempler på at domstolene har gjort dette uten hjemmel i eksisterende regler. Blant annet kan nevnes utviklingen av partenes gjensidige lojalitetsplikt i kontraktsforhold<sup>3</sup> og konkurrerende rettighetshavers plikt til lojalt å respektere hverandres rettigheter i et formuesgode.<sup>4</sup> Slike plikter kan domstolene pålegge på grunnlag av en rettspolitisk vurdering av regelbehov. Rettsavgjørelser som på denne måten blir truffet ut fra en regel som ikke eksisterte fra før av, gir grunnlag for utvikling av en fremtidig ulovfestet regel, som borgerne kan innrette seg etter. For at en nyutviklet regel ikke skal komme overraskende på borgerne, må avveiningen av de hensyn som begrunner regelen, være basert på et velkjent argumentasjonsmønster og allment aksepterte retts- og verdioppfatninger i samfunnet, jf. punkt 2.2 nedenfor.

I motsetning til det som kreves for å pålegge borgerne plikter, er det ikke noe i veien for at borgerne blir tilkjent rettigheter overfor myndighetene uten at det har hjemmel i lovvedtak eller annen forhåndsfastsatt rettsregel. Som eksempel kan her nevnes Rt. 1977 s. 1035 A (sykejournaldommen). I dommen gav Høyesterett – uten at det fantes noen regel om det fra før av – en pasient som hadde vært behandlet ved et offentlig sykehus, rett til innsyn i egen legejournal, se punkt 9.4.1 og 11.3 nedenfor. Denne retten er senere blitt lovfestet, se pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1. For tilkjennelse av rettigheter overfor det offentlige gjør det seg ikke gjeldende noe forutberegnelighetsbehov.

Virkeligheten er mangfoldig, og det er ikke praktisk mulig for lovgivningsmyndigheten å ha oversikt over alle regelbehov. Samfunnet er dessuten i stadig forandring, og som følge av dette kan det oppstå behov for regler som det tidligere ikke var behov for. Behovet for en regel som er gitt, kan også endre seg med tiden. De forhold som begrunnet regelen, kan ha opphørt eller ha endret karakter. Med mindre det aktuelle rettsområdet er omfattet av et lovkrav – det vil si et krav om at regler må gis ved lov av Stortinget («formell lov») eller ha karakter av en forhåndsfastsatt tilgjengelig rettsregel – må dommere og andre rettsanvendere, dersom det ikke fra før av finnes regler for løsning av den tvisten de har fått seg forelagt, sette seg i lovgivningsmyndighetens sted og søke å løse tvisten ut fra lovgivningspolitiske overveielser. Dersom samfunnsforholdene har endret seg vesentlig, kan det også være behov for å omfortolke regler som er gitt, og gi dem et annet innhold enn det de tidligere hadde.

2 Ingvold Falch har stilt seg kritisk til dette, se Falch, op.cit. s. 56–57.

3 Om lojalitetsplikt i kontraktsforhold, se særlig Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007. Jf. HR-2020-1947-A avsnitt 44 ff.

4 Se for eksempel Rt. 1994 s. 775 A på s. 781, hvor det – uten at det fantes noen forhåndsfastsatt regel om dette – blir vist til «det lojalitetsprinsipp som må gjelde mellom konkurrerende rettighetshavere».

Ved løsningen av rettsspørsmål på områder som er lovregulerte, må dommere og andre rettsanvendere ta utgangspunkt i de lovbestemmelsene som finnes. Selv om et spørsmål er lovregulert, følger det imidlertid ikke alltid uten videre av lovbestemmelsen selv hvordan spørsmålet skal løses. Lovbestemmelser er utformet generelt med tanke på å fange opp ulike situasjoner. Ofte inneholder lovbestemmelser også vage eller skjønsmessige uttrykk eller begreper uten et eksakt definert innhold. Ved fastleggelsen av regelens innhold må det blant annet tas hensyn til hva lovgiverne har ment med regelen, hvilke virkninger ulike tolkningsalternativer vil ha, og hva samfunnets behov og allmenne rettsoppfatninger tilsier. Lovtolking beror derfor ikke bare på språklig analyse av lovbestemmelsen, men er en sammensatt prosess, som består av en rekke ulike analyser og vurderinger. Ved tolking av lovbestemmelser vil det endelige tolkningsresultat ofte ikke falle sammen med det språklige innhold av bestemmelsen. På enkelte punkter kan regelen rekke lengre enn ordlyden, mens den på andre punkter kan ha et snevrere innhold.

Rettsanvendelse består i å *anvende rettsregler på faktiske forhold*. Først må det generelle – abstrakte – innholdet av rettsregelen klarlegges. Det er vanlig å kalle dette den *generelle tolking* av regelen. I tvisteloven § 30-6 bokstav c blir den generelle tolkingen kalt «den generelle rettslige forståelse» av regelen, mens straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 3 bare bruker uttrykket «tolking» om det samme fenomenet.

Etter at det generelle innhold av rettsregelen er fastlagt,<sup>5</sup> må det tas stilling til om det aktuelle tilfellet omfattes av regelen, og – i så fall – hvilken konkret løsning som følger av denne. Dette kalles *den konkrete rettsanvendelse* eller *subsumsjonen*. Ofte brukes uttrykket «konkret subsumsjon» for å understreke at det er den konkrete anvendelse av regelen det er tale om.

Det må skilles mellom *rettsanvendelse* og *bevisbedømmelse*. Bevisbedømmelsen går ut på å bestemme hvilke faktiske omstendigheter som skal legges til grunn for avgjørelsen. I den utstrekning det finnes regler om hvilke bevis som kan føres, hvordan de skal vurderes, hva som skal påvises for å kunne konstatere et nærmere angitt faktum, eller hvilke sannsynlighetskrav som skal stilles, vil bevisbedømmelsen også inneslutte en rettsanvendelse. Hvordan bevisene rent faktisk skal bedømmes, inngår derimot ikke i rettsanvendelsen.

## 1.2 Hvilke spørsmål som skal behandles

Det som er temaet for denne boken, er hvilke kilder som er relevante ved lovtolking og annen rettsanvendelse, og hvordan kilder som peker i forskjellige retninger, skal avveies mot hverandre.

<sup>5</sup> Se nærmere Jussi E. Pedersen og Roger Stelander Magnussen, «Norm- og subsumsjonslæren – behovet for et supplement til den tradisjonelle rettskilde- og metodelæren», *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 702–720.

De kildene som det kan hentes argumenter fra, kalles «rettskilder», og læren om rettskildene er det vanlig å kalle «rettskildelæren». Rettskildelæren blir til dels kalt «juridisk metode» eller «juridisk metodelære». <sup>6</sup> Også uttrykket «rettsdogmatisk metode» har vært benyttet. <sup>7</sup> Språkbruken er imidlertid her ikke ensartet. Noen skiller mellom rettskildelære og metodelære. <sup>8</sup> Jeg bruker disse betegnelsene om hverandre. De retningslinjene som gjelder for metodebruken, er det vanlig å kalle *rettskildeprinsipper*. <sup>9</sup>

*Gjeldende rett* er den rett som domstoler og andre rettsanvendere *plikter å anvende*. Hva de regler som er vedtatt av kompetente myndigheter, går ut på, kan by på tvil, og det er heller ikke alltid at det er fullt samsvar mellom gjeldende rett og den rett som er formelt vedtatt. Når gjeldende rett ikke alltid sammenfaller med formelt vedtatte regler, kan det blant annet skyldes at samfunnsforholdene har endret seg, og at det har vært nødvendig for domstolene å tilpasse rettsreglene til samfunnsutviklingen. Det kan også skyldes at en lovbestemmelse er blitt utformet på en måte som ikke samsvarer med intensjonen, eller at lovgiverne ikke har hatt full oversikt over rettsreglene på tilgrensende rettsområder eller over de konfliktsituasjoner som kan oppstå, og at det derfor har vært nødvendig å tolke regelen på en måte som avviker fra ordlyden. Dessuten kan ulike kilder peke i forskjellige retninger, og det må da foretas en harmonisering. Dette gjelder for eksempel dersom ordlyden og forarbeidsuttalelser peker i forskjellige retninger, og det ikke er mulig å finne ut hva lovgiverne har ment. Rettskildelæren er læren om hvilke kilder som er relevante ved fastleggelsen av innholdet av gjeldende rett, og hvordan de ulike kildene skal avveies mot hverandre.

Fastleggelsen av gjeldende rett utgjør en flerleddet prosess. Første ledd i rettsanvendelsesprosessen består i å finne frem til de relevante rettskildene. I rettskildeteorien er uttrykket «rettskildefaktor» ofte blitt benyttet synonymt med «rettskilder». <sup>10</sup> Jeg foretrekker bare å tale om «rettskilder». Etter at kildene er funnet, må de underkastes en nærmere undersøkelse, og det må trekkes slutninger fra disse. Hvilken løsning tilsier de enkelte kildene? Dette er det vanlig å kalle for slutningsprosessen.

Dersom de argumentkilder som er relevante for forståelsen eller anvendelsen av en rettsregel, peker i forskjellige retninger, må kildene avveies mot hverandre. Det blir da spørsmål om hvilken vekt de ulike kildene skal tillegges. Vektspørsmålene hører til de mest diffuse spørsmål i rettskildelæren. Det er vanskelig å gi generelle og allmenngyldige retningslinjer for vektingen. Hvor stor vekt ulike kilder skal tillegges, avhenger blant annet av hvor sikre slutninger som kan

6 Se for eksempel Erik Magnus Boe, *Grunnleggende juridisk metode. En introduksjon til rett og retstenkning*, 4. utgave, Oslo 2020.

7 Jf. Eckhoff/Helgesen s. 17–18 og Nygaard s. 24.

8 Se for eksempel Jørn R.T. Jacobsen, «Om omgrepet 'juridisk metode'», *Jussens Vener*, 2003, s. 360–375 og Ragna Aarlie, «Digitale juridiske utdrag og utviklingen av norsk metodelære», *Lov og Rett*, 2019, s. 640–657 på s. 649–650.

9 Se for eksempel Nygaard s. 31, jf. s. 84–85.

10 Se for eksempel Eckhoff/Helgesen s. 22–23 og Nygaard s. 29.

trekkes av de aktuelle kildene. I denne boken blir avveiningen av rettskilder som peker i forskjellige retninger, drøftet i punkt 13.3.

Dersom det ikke er tale om motstrid mellom kilder som knytter seg til samme rettsregel, men om motstrid mellom flere rettsregler, må motstridsspørsmålet løses på grunnlag av et prioritetsystem, se punkt 13.2.

## 1.3 Grunnlaget for rettskildelæren

Det er på det rene at domstolene etter gjeldende norsk statskikk ikke bare har som oppgave å avgjøre enkeltsaker, men også å *avklare* og – i samspill med de lovgivende myndigheter – å *utvikle* retten.<sup>11</sup> Dette utgjør en viktig del av den dømmende myndighet. I Tvistemålsutvalgets utredning er domstolenes – og da særlig Høyesteretts – ansvar for rettsavklaring og rettsutvikling oppsummert på denne måten:

«Som påpekt i sammenheng med den samfunnsmessige betydning av løsningen av sivile rettstvister, har domstolene – først og fremst Høyesterett – en viktig funksjon ved å virke for rettsavklaring og rettsutvikling. Selv om domstolene er rettsanvendere og avgjør saker på grunnlag av rettsregler, først og fremst lov og forskrifter gitt med hjemmel i lov, er det også helt klart at domstolene har en betydelig rettsavklarende og rettsskapende funksjon. Den rettsoppfatning som kommer til uttrykk gjennom Høyesteretts avgjørelser, binder lavere domstoler og i betydelig grad også Høyesterett selv. Man kan si det slik at domstolene – Høyesterett – supplerer Stortingets lovgivningsmyndighet, selv om det selvfølgelig i omfang og betydning skjer i en langt mer beskjeden grad, og bare fragmentarisk i tilknytning til de enkeltsaker som kommer opp.»<sup>12</sup>

Dette syn på domstolenes samfunnsmessige rolle ble fulgt opp av Justisdepartementet i odelstingsproposisjonen. Det blir her blant annet uttalt:

«Departementet er enig [med Tvistemålsutvalget] i at Høyesteretts hovedoppgave er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling i samspill med de lovgivende myndigheter. ... Når regelverket er uklart, enten i seg selv eller fordi samfunnsutviklingen skaper tvil om hvordan reglene skal anvendes, ligger det til Høyesterett å foreta den endelige avklaring. Rettsutviklingen gjennom Høyesteretts praksis må skje i samspill med de

11 Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 13–14, jf. s. 44–46 og s. 302–303 og NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind A, s. 128–129. Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn')», *Jussens Venner*, 2015, s. 287 ff. på s. 287–289 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Forholdet mellom ansvar overfor kommunen etter plan- og bygningsloven og ansvar overfor private i og utenfor kontrakt», *Jussens Venner*, 2016, s. 189 ff. på s. 205.

12 NOU 2001: 32, Bind A, s. 128–129.

lovgivende myndigheter og med vekt på spørsmål der Stortinget har overlatt den videre rettsutvikling til domstolene.»<sup>13</sup>

Når Grunnloven § 88 sier at «Høyesterett dommer i siste instans», er det således ikke bare avgjørelsen av den konkrete sak som er overlatt til Høyesteretts endelige avgjørelse, men også den endelige fastleggelse av innholdet av rettsregler som ikke kan overprøves av internasjonale domstoler eller andre former for internasjonale klageorganer.<sup>14</sup>

Hva som utgjør rettskildene i folkeretten, er langt på veg kodifisert gjennom folkerettslige instrumenter.

Wien-konvensjonen av 1969 om traktatretten gir retningslinjer for tolking av internasjonale konvensjoner. Denne konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men den antas å gi uttrykk for alminnelig folkerettslig sedvanerett.<sup>15</sup> På dette grunnlag er konvensjonen bindende for alle stater.

Hovedbestemmelsen finnes i artikkel 31 nr. 1, som sier at traktater skal tolkes lojalt («in good faith») i samsvar med ordenes vanlige mening i den kontekst de er benyttet,<sup>16</sup> og i lys av bestemmelsenes formål («in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose»). Ved tolkingen skal blant annet etterfølgende statspraksis tas i betraktning hvis den etablerer enighet om tolkingen, se artikkel 31 nr. 3 bokstav b.<sup>17</sup> Etter artikkel 32 utgjør også forarbeider og omstendigheter ved traktatlutningen supplerende tolkingsmomenter («supplementary means of interpretation»), såfremt de bekrefter den tolkning som følger av artikkel 31,<sup>18</sup> eller tolking i samsvar med artikkel 31 enten gir et flertydig eller uklart tolkningsresultat («leaves the meaning ambiguous or obscure») eller fører til et resultat som er meningsløst eller åpenbart urimelig («leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable»).<sup>19</sup>

13 Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 302–303.

14 Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Utvikling i dommerrollen de siste 50 år», *Lov og Rett*, 2011, s. 4 ff. på s. 14 og Jens Edvin A. Skoghøy, «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?», *Lov Sannhet Rett. Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 254 ff. på s. 255–257.

15 Se for eksempel HR-2019-282-S (snøkrabbesaken) avsnitt 48.

16 Jf. HR-2018-2164-U avsnitt 35.

17 Se for eksempel HR-2019-610-A, som gjaldt tredjemannsransaking og beslag i data-materiale som var lagret på utenlandsk server. Statspraksis varierte, og det ble på dette grunnlag konkludert med at det ikke var etablert «noen folkerettslig sedvane på dette området» (avsnitt 58). I HR-2019-282-S (snøkrabbesaken) fant Høyesterett det ikke nødvendig å gå inn på statspraksis, da løsningen fulgte av konvensjonsbestemmelsens ordlyd og konteksten (avsnitt 57).

18 I HR-2019-282-S (snøkrabbesaken) fant Høyesterett det heller ikke nødvendig å gå inn på forarbeidene eller forhistorien, da løsningen fulgte av ordlyden og konteksten (avsnitt 57).

19 Om Wien-konvensjonens tolkningsregler, se Amrei Müller, «En kort innføring i folkerettslig traktattolkning», *Jussens Venner*, 2017, s. 222–259 og Eirik Bjørge, «Er snøkrabben en ‘sedentær art’ etter FNs havrettstraktat?», *Lov og Rett*, 2018, s. 291–301.



**Temaet for boken er hvordan dommere og andre rettsanvendere går frem ved fastleggelsen av innholdet i og anvendelsen av rettsregler.**

På lovregulerte områder utgjør loven vanligvis den tyngste rettskilden. Mange livsområder er imidlertid ikke lovregulerte, og selv om et område er lovregulert, følger det ikke alltid uten videre av selve lovbestemmelsen hva løsningen skal bli i det enkelte tilfellet. Det blir i denne boken gjort nærmere rede for hvilke kilder som er relevante ved løsning av rettsspørsmål, og hvordan kilder som peker i forskjellige retninger, skal avveies mot hverandre.

Denne andre utgaven følger samme opplegg som første utgave, som kom i 2018. Boken er oppdatert med ny lovgivning og rettspraksis. På enkelte punkter er argumentasjonen noe utvidet.

**Jens Edvin A. Skoghøy** (f. 1955) ble cand.jur. i 1980 og dr.juris. i 1990. Han har vært dommer i Høyesterett siden 1998, avbrutt av en periode som professor i rettsvitenskap ved UiT Norges arktiske universitet mellom 2017 og 2020. Skoghøy var professor samme sted også før han tiltrådte i Høyesterett. I tillegg til å ha vært dommer og professor har han erfaring fra privat advokatpraksis.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-06847-3



9 788215 068473