

Innhold

Forord	5
Forkortelser	14
Kapittel 1	
Noen utgangspunkter	15
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
Kapittel 2	
Inndeling og oppbygning av rettsreglene	32
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
Kapittel 3	
Oversikt over de ulike rettskildene	41
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

Kilder som bygger på lovgivningskompetanse	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

Internasjonale traktaters rettskildestatus	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

Kilder som bygger på privatautonomien – avtalekompetansen	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

Sedvaner (etablert praksis)	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

Sekundære rettskilder	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

Hva som kan utledes av de enkelte rettskildene – slutningsprosessen	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

Vekten av de enkelte rettskildene	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

Den konkrete rettsanvendelsen – subsumsjonen	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

Domstolenes rettskapinge virksomhet innenfor prosessretten	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 søksmålgjenstand 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
Kapittel 16		
Årsaker til uenighet om rettsspørsmål		
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
Høyesterettsavgjørelser		357
Stikkordregister		380