

Innhold

| | |
|-------------------|----|
| Forord..... | 5 |
| Forkortelser..... | 13 |

Kapittel 1

| | |
|--|----|
| Noen utgangspunkter..... | 15 |
| 1.1 Innledning | 15 |
| 1.2 Hvilke spørsmål som skal behandles | 17 |
| 1.3 Grunnlaget for rettskildelæren | 18 |
| 1.4 Gjeldende rett blir fastsatt ved beslutninger..... | 20 |
| 1.5 Noen sentrale rettskildeteoretiske begreper | 22 |
| 1.6 Rettsdogmatikk og tilgrensende vitenskapsgrener..... | 25 |
| 1.7 Tidligere rettskildelitteratur | 26 |

Kapittel 2

| | |
|---|----|
| Inndeling og oppbygning av rettsreglene..... | 28 |
| 2.1 Innledning | 28 |
| 2.2 Lovfestet og ulovfestet rett | 28 |
| 2.3 Privat og offentlig rett | 30 |
| 2.4 Pliktregler, kompetanseregler og kvalifikasjonsregler | 31 |
| 2.5 Vilkår og rettsfølge | 32 |
| 2.6 Rettsreglenes fragmentariske karakter | 33 |
| 2.7 Regler, retningslinjer og skjønn..... | 33 |

Kapittel 3

| | |
|--|----|
| Oversikt over de ulike rettskildene..... | 36 |
| 3.1 Introduksjon | 36 |
| 3.2 Primære rettskilder | 38 |
| 3.2.1 Innledning | 38 |
| 3.2.2 Autoritative kilder | 38 |
| 3.2.3 Sedvaner (etablert praksis)..... | 41 |
| 3.2.4 Reelle hensyn..... | 42 |
| 3.3 Sekundære rettskilder | 44 |
| 3.4 Mangel på rettskildebevissthet i det praktiske rettsliv..... | 45 |

Kapittel 4

| | |
|---|----|
| Kilder som bygger på lovgivningskompetanse..... | 47 |
| 4.1 Noen utgangspunkter | 47 |
| 4.2 Lovtekster | 48 |

| | | |
|-------|---|----|
| 4.2.1 | Innledning | 48 |
| 4.2.2 | Lovkravet i strafferetten | 49 |
| 4.2.3 | Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp | 54 |
| 4.2.4 | Lovtekstens betydning på områder hvor verken Grunnloven eller menneskerettskonvensjonene stiller krav om lovhjemmel | 59 |
| 4.2.5 | Analogisk anvendelse av lovbestemmelser | 63 |
| 4.2.6 | Antitetisk tolkning av lovbestemmelser..... | 67 |
| 4.2.7 | Omgåelse av rettsregler..... | 68 |
| 4.2.8 | Særlig om tolking av grunnlovstekster | 69 |
| 4.3 | Lovforarbeider og lovgivningshistorikk | 73 |
| 4.3.1 | Innledning | 73 |
| 4.3.2 | Hvilke forarbeider er relevante?..... | 74 |
| 4.3.3 | Særlig om forarbeider til grunnlovsvedtak | 78 |
| 4.3.4 | Etterfølgende lovgiverutsagn («etterarbeider») | 80 |
| 4.3.5 | Hva med ikke-vedtatte lovforslag?..... | 81 |

Kapittel 5

| | |
|---|-----------|
| Internasjonale traktaters rettskildestatus | 83 |
| 5.1 Noen utgangspunkter..... | 83 |
| 5.2 Rettskildestatusen for traktater som er inkorporert eller transformert | 83 |
| 5.3 Rettskildestatusen for traktater som verken er inkorporert eller transformert..... | 86 |
| 5.4 Inkorporerte menneskerettskonvensjoners horisontale virkning | 89 |

Kapittel 6

| | |
|--|-----------|
| Kilder som bygger på privatautonomien – avtalekompetansen | 92 |
| 6.1 Noen utgangspunkter..... | 92 |
| 6.2 Ved avtaletolking må det tas utgangspunkt i ordlyden..... | 96 |
| 6.3 Betydningen av forutgående forhandlinger | 97 |
| 6.4 Betydningen av partenes etterfølgende opptreden..... | 98 |
| 6.5 Partene har en felles forståelse av avtalen | 99 |
| 6.6 En kontraktspart har gitt uttrykk for noe som den andre parten burde ha reagert på..... | 99 |
| 6.7 Særlig om betydningen av standardkontrakter | 100 |

Kapittel 7

| | |
|---|------------|
| Kilder som bygger på organisasjons- eller instruksjonsmyndighet..... | 102 |
|---|------------|

Kapittel 8

| | |
|--|------------|
| Kilder som bygger på kompetanse som sisteinstansdomstol – prejudikatlæren | 105 |
| 8.1 Innledning | 105 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 8.2 | Hvordan skal prejudikatvirkningen av den enkelte avgjørelse fastlegges? | 107 |
| 8.3 | Noen grunnleggende hensyn ved utformingen av prejudikatlæren..... | 110 |
| 8.4 | Betydningen av avgjørelser av internasjonale domstoler og klageorganer..... | 112 |
| 8.4.1 | Innledning | 112 |
| 8.4.2 | Avgjørelser av EFTA- og EU-domstolen..... | 117 |
| 8.4.3 | Avgjørelser av EMD | 120 |
| 8.4.4 | Uttalelser av FNs menneskerettskomité | 122 |
| 8.4.5 | Uttalelser av FNs barnekomité..... | 125 |
| 8.5 | Betydningen av avgjørelser av utenlandske domstoler | 128 |
| 8.5.1 | Noen utgangspunkter | 128 |
| 8.5.2 | Konvensjonsbasert lovgivning..... | 128 |
| 8.5.3 | Lover som bygger på internasjonalt lovsamarbeid | 130 |
| 8.5.4 | Tilfeller hvor det verken foreligger konvensjon eller internasjonalt lovsamarbeid | 130 |
| 8.6 | Grunnvilkår for å fravike prejudikater | 131 |
| 8.6.1 | Noen utgangspunkter | 131 |
| 8.6.2 | Prejudikatfravikelser på grunn av regelendringer | 132 |
| 8.6.3 | Prejudikatfravikelser på grunn av nye avgjørelser av internasjonale domstoler | 133 |
| 8.6.4 | Ny fagkunnskap, faglig utvikling og endringer i samfunnsforhold eller samfunnsoppfatninger kan gi grunnlag for prejudikatfravikelse | 134 |
| 8.6.5 | Fravikelse av prejudikat som er i strid med grunnleggende rettsprinsipper..... | 137 |
| 8.6.6 | Fravikelse av prejudikater som ikke bygger på en tilstrekkelig bred og inngående vurdering..... | 137 |
| 8.6.7 | Prejudikatfravikelser må ikke gripe uforholdsmessig inn i etablerte rettsposisjoner | 142 |
| 8.7 | Hvorvidt et tidligere prejudikat bør fravikes dersom grunnvilkårene for dette er oppfylt, beror på en totalvurdering ... | 144 |
| 8.7.1 | Innledning | 144 |
| 8.7.2 | Hvor sterkt er fravikelsesbehovet? | 144 |
| 8.7.3 | På hvilket nivå innenfor Høyesterett er avgjørelsen truffet? | 145 |
| 8.7.4 | Normens trinnhøyde..... | 147 |
| 8.7.5 | Hvor klart, fullstendig og nyansert har Høyesterett uttalt seg? | 148 |
| 8.7.6 | Hvor sentralt står rettssetningen i begrunnelsen for resultatet? | 148 |
| 8.7.7 | Er det tale om en totalfravikelse eller bare en justering? .. | 150 |
| 8.7.8 | Er avgjørelsen enstemmig eller avsagt under dissens?..... | 152 |

- 8.7.9 Gjelder fravikelsen en enkeltstående avgjørelse eller en mer omfattende praksis?..... 153
- 8.8 Hvem skal kunne fravike prejudikater? 153

Kapittel 9

| | |
|--|------------|
| Reelle hensyn | 156 |
| 9.1 Noen utgangspunkter | 156 |
| 9.2 Hvordan blir reelle hensyn brukt i norsk rettspraksis? | 158 |
| 9.3 Rammene for bruk av reelle hensyn | 165 |
| 9.3.1 Noen utgangspunkter | 165 |
| 9.3.2 Bruk av reelle hensyn hvor det gjelder et lovkrav..... | 165 |
| 9.3.3 Bruk av reelle hensyn hvor det foreligger en inngående lovregulering..... | 166 |
| 9.3.4 Forholdet til folkesuverenitetsprinsippet..... | 171 |
| 9.4 Rettspolitiske vurderinger på ulovfestede eller bare rudimentært regulerte områder..... | 175 |
| 9.4.1 Noen utgangspunkter | 175 |
| 9.4.2 Bruk av reelle hensyn innenfor lovvalgsretten..... | 177 |
| 9.4.3 Utviklingen av kombinasjonsfullmakten i avtaleretten..... | 182 |
| 9.4.4 Utviklingen av informasjonsansvarsregelen i erstatningsretten | 183 |
| 9.4.5 Utviklingen av reglene om passiv identifikasjon i erstatningsretten | 185 |
| 9.4.6 Reelle hensyn som grunnlag for ulovfestet objektivt risikoansvar | 188 |
| 9.5 Domstolenes rolle ved vurderingen av om inngrep i menneskerettigheter eller andre overordnede normer er akseptable | 190 |
| 9.5.1 Innledning | 190 |
| 9.5.2 Inngrep i internasjonale menneskerettigheter | 191 |
| 9.5.3 Inngrep i prinsippene for det indre marked etter EØS-avtalen..... | 195 |
| 9.5.4 Inngrep i grunnlovfestede menneskerettigheter | 198 |

Kapittel 10

| | |
|---|------------|
| Sedvaner (etablert praksis) | 201 |
| 10.1 Innledning | 201 |
| 10.2 Praksis mellom borgere (privates praksis)..... | 202 |
| 10.3 Forvaltningspraksis | 206 |
| 10.4 Forfatningspraksis..... | 209 |
| 10.5 Internasjonal praksis | 211 |
| 10.6 Særlig om betydningen av samiske sedvaner..... | 212 |

Kapittel 11

| | |
|--|------------|
| Sekundære rettskilder | 215 |
| 11.1 Innledning | 215 |
| 11.2 Juridisk teori | 215 |
| 11.3 Rettslige prinsipper | 217 |
| 11.4 Allmenne retts- eller verdioppfatninger i samfunnet | 221 |
| 11.5 Avgjørelser av underordnede domstoler..... | 226 |
| 11.6 Avgjørelser av utenlandske domstoler..... | 228 |
| 11.7 Avgjørelser av voldgiftsretter | 230 |
| 11.8 Etterfølgende lovgiverutsagn («etterarbeider») | 231 |
| 11.9 Vedtak eller uttalelser av forvaltningen..... | 233 |
| 11.10 Rundskriv fra forvaltningen | 237 |
| 11.11 Allmenne mellomstatlige retts- eller verdioppfatninger | 237 |

Kapittel 12

| | |
|--|------------|
| Hva som kan utledes av de enkelte rettskildene – slutningsprosessen | 239 |
| 12.1 Innledning | 239 |
| 12.2 Tekstskilder må tolkes ut fra normal språkbruk og antatt intensjonsdybde | 239 |
| 12.3 Det som er uttalt, må tolkes ut fra sammenhengen («konteksten») | 240 |
| 12.4 Forholdet mellom hovedregler og unntak | 241 |
| 12.5 Betydningen av paragrafoverskrifter..... | 242 |
| 12.6 Grunnlaget for formålsslutninger | 244 |
| 12.7 Rettsavgjørelser må forstås på bakgrunn av tvistetemaet og domstolens kompetanse og domsskrivingstradisjon | 246 |
| 12.8 Rettskildene inngår ofte som ledd i en utvikling | 249 |
| 12.9 Dynamisk tolking av rettsregler..... | 250 |

Kapittel 13

| | |
|---|------------|
| Vekten av de enkelte rettskildene | 256 |
| 13.1 Innledning | 256 |
| 13.2 Prioritetsforholdet mellom ulike rettsregler | 256 |
| 13.2.1 Innledning | 256 |
| 13.2.2 Rettsregler kan ha forskjellig trinnhøyde – «lex superior»-prinsippet | 256 |
| 13.2.3 Spesiell lov går foran generell – «lex specialis»-prinsippet | 258 |
| 13.2.4 Nyere lov går foran eldre – «lex posterior»-prinsippet..... | 260 |
| 13.3 Avveining av kilder som knytter seg til samme regel | 261 |

Kapittel 14

| | |
|---|------------|
| Den konkrete rettsanvendelsen – subsumsjonen | 264 |
|---|------------|

Kapittel 15

| | |
|---|------------|
| Domstolenes rettskapinge virksomhet innenfor prosessretten..... | 276 |
| 15.1 Introduksjon | 276 |
| 15.2 Prosessregler som er skapt av domstolene uten grunnlag i lovgivningen | 279 |
| 15.2.1 Innledning | 279 |
| 15.2.2 De grunnleggende regler om beviskrav, bevisbyrde og bevisbedømmelse | 281 |
| 15.2.3 Forbudet mot bevisførsel om forhold som har vært drøftet på regjeringskonferanse..... | 283 |
| 15.2.4 Forbudet mot bevisførsel om resultater av løgndetektorprøver | 285 |
| 15.2.5 Begrensninger i adgangen til å benytte ulovlig erhvervede bevis | 287 |
| 15.2.6 Høyesteretts kompetanse ved videre kjæremål..... | 288 |
| 15.2.7 I hvilken utstrekning kan det påberopes nye bevis under domstolsbehandlingen av forvaltningsvedtak? | 290 |
| 15.3 Domstolsutviklede prosessregler med et rudiment av lovgrunnlag..... | 292 |
| 15.3.1 Innledning | 292 |
| 15.3.2 Kravene til søksmålsgjenstand og rettslig interesse..... | 294 |
| 15.3.3 Behandlingen av straffesak etter at tiltalte er død | 297 |
| 15.4 Prosessregler som er blitt «omskrevet» av Høyesterett | 298 |

Kapittel 16

| | |
|--|------------|
| Årsaker til uenighet om rettsspørsmål | 300 |
| 16.1 Noen utgangspunkter..... | 300 |
| 16.2 Dommere kan ha forskjellig syn på hvilke kilder som er relevante..... | 302 |
| 16.3 Dommere kan oppfatte rettskildene eller rekkevidden av dem forskjellig | 303 |
| 16.4 Dommere kan vekte kildene ulikt | 308 |

| | |
|-------------------------------------|------------|
| Høyesterettsavgjørelser..... | 311 |
|-------------------------------------|------------|

| | |
|-------------------------------|------------|
| Stikkordregister | 330 |
|-------------------------------|------------|

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 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–)