

## Kommentert mønsterbesvarelse

Fag: BRV 120 Juridisk metode I  
Eksamensdato: 17.02.2023  
Kandidat: Ingrid Melgård Vangsnes

Besvarelse kommentert av: Haver Advokatfirma AS

I samarbeid med



**J U F O**  
Juristforeningen i Stavanger

Overført fra originaldokument av Carina Kristoffersen, fagansvarlig JUFO 2023. Oppgaven inneholder både kandidatens besvarelse og oppgaveteksten. Da oppgaveteksten vises løpende i oppgaven er denne farget lysegrå slik at det skal være lettere å skille fra kandidatens besvarelse.

Oppgavetekst:

Drøft rettskildenes legitimeringsgrunnlag.

### Rettskildenes legitimeringsgrunnlag

Det ligger et legitimeringssystem til grunn for norsk rettsanvendelse som sier noe om hvilke rettskilder som er tillatt å benytte i den rettslige argumentasjonen. Vurderinger av hvilke kilder som prinsipielt sett skal tillates foretas tidlig i rettsanvendelsesprosessen, og retningslinjene som brukes for dette kan omtales som relevansprinsippene. Når vurderingen av hvilke rettskilder som er legitime skal foretas, gjøres dette fra et perspektiv om at retten er ment for å ivareta visse verdier. Autoritet, rasjonalitet og forutberegnelighet kan fremheves som viktige. Disse verdiene vil bli redegjort for videre i oppgavens første del. Deretter vil hver rettskilde omtales for seg, og det vil gjøres rede for deres legitimeringsgrunnlag gjennom det verdimeslige fundamentet som metodelæren bygger på. Oppgaven må ikke oppfattes som en uttømmende liste over alle eksisterende rettskilder, heller som en fremheving av de fleste sentrale rettskilder som benyttes i høyesterettspraksis i dag.

### Metodelærens verdimeslige fundament

Det norske rettssystemet bygger på både positivisme og pragmatisme. Positivisme handler om å knytte den rettslige argumentasjonen opp mot det "uttalte ord", og stort sett holde seg til de skriftlige argumentkildene. Positivisme utelukker ikke anvendelsen av ulovfestet rett, men forutsetter at den må være bygger på klare tegn fra lovgiver. På denne måten er positivismen godt egnet til å ivareta forutberegneligheten. Det pragmatiske aspektet handler om å åpne for rasjonalitetsbetraktninger og ha mulighet for å vektlegge godhetsvurderinger i argumentasjonen. Her tas det høyde for at godhet og rimelighet kan bli fremhevet på bekostning av forutberegneligheten. At den norske juridiske metoden har innslag av både positivisme og pragmatisme er en naturlig konsekvens når systemet åpner for anvendelse av både skriftlige og ikke-skriftlige kilder.

Av aspektene om positivisme og pragmatisme kan det utledes et verdihierarki som utgjør metodelærens fundament. Her er autoritet og rasjonalitet fremhevet som spesielt viktige verdier. Autoriteten knytter seg til det positivistiske aspektet av rettssystemet, og handler om at rettskilden har forankring i konstitusjonen. Konstitusjonelt forankrede rettskilder står på toppen av verdihierarkiet, naturlig nok med Grunnloven øverst. Grunnloven konstituerer Stortinget som den lovgivende makten, og formelt vedtatte lover og forskrifter fra Stortinget

**Kommentert [1]:** Det kan i innledningen være hensiktsmessig å definere hvordan man forstår oppgaven, og hvordan oppgaven avgrenses.

**Kommentert [2]:** Bra. Dette er viktige grunnprinsipper for det norske rettssystemet. Det er derfor fint å få det frem tidlig i oppgaven.

**Kommentert [3]:** Det er bra oppgavens disposisjon blir presentert i innledningen. Det gjør det lettere å følge med når man leser oppgave.

**Kommentert [HA4]:** Positivisme og pragmatisme er metodiske "grunnposisjoner". Hvilke grunnposisjon man innehar har betydning for hvordan man bruker rettskildene og hvilken vekt de tillegges i en rettsanvendelsesprosess. Dette burde presiseres her, slik at leser tydelig forstår hvorfor dette redegjøres for. Det er viktig å få frem at utgangspunktet er det samme. Man starter i lovtokst, de autoritative kildene er de samme i begge tilnærmingene mv. Forskjellen ligger i hvor bundet man anser seg av de autoritative kildene: hvor "lojal" man er mot ordlyden og hvor grundig og balansert man vurderer de rettskildene.

**Kommentert [HA5]:** I positivismen er man mer tro til "autoriserte" rettskilder, mest av alt lovtokst. "Skriftlige argumentkilder" blir noe upresist.

**Kommentert [HA6]:** Her kan man være noe mer presis. I en pragmatisk tilnærming, likestilles rettskildene noe mer. Man er mer fri i vurderingen og vektleggingen, og dermed er det større mulighet for rimelighet- og rettferdighetsbetraktninger. Man har fokus på å finne den beste løsningen ut fra en helhetlig vurdering av rettskildene.

**Kommentert [HA7]:** Se kommentar til siste avsnitt under denne underoverskriften. Forklar ord og uttrykkene som man bruker etter hvert som man bruker dem.

**Kommentert [HA8]:** De autoritative kildene er de samme i den positivistiske og den pragmatiske tilnærmingen, det er viktigheten og vektleggingen som er annerledes.

er dermed også autorativt forankrede rettskilder. Autorative kilder skal i utgangspunktet bli vektlagt uavhengig av kildens innhold, men dette utgangspunktet kan fravikes ved tungtveiende rettskildemessige grunner, som ofte vil knytte seg til den rasjonelt baserte delen av rettssystemet.

Rasjonalitet som verdi henger sammen med pragmatismen. Her kommer godhetsvurderinger inn gjennom et standpunkt om at rettslig argumentasjon skal være saklig, rimelig og rettferdig oppbygget. Rettskilder forankret i rasjonalitet kommer ofte inn som støtteargumenter eller tolkningsbidrag, men kan også gi grunn for å fravike den autorativt forankrede løsningen. Dette finnes det eksempler på i rettspraksis, Husmorddommen, Sterilitetsdom II og Sinnsykes ankerett-dommen, som jeg vil komme tilbake til senere.

Da autoritet og rasjonalitet er mer eller mindre uforenlige, må de organiseres i et verdihierarki for å gi mer håndfaste retningslinjer. Autoritet er i utgangspunktet plassert på toppen. Forutberegnelighet er også et hensyn som står høyt i metodelæren. Forutberegnelighet er et viktig rettsikkerhensyn som har sider både til autoriteten og rasjonaliteten. Autorative kilder er ofte skriftlige og er derfor godt egnet til å ivareta forutberegnelighet, men rasjonelle godhetsvurderinger kan også ha en side til dette med at reglene ikke må komme som en overraskelse på borgerne som føles urettferdig.

## "Rettskilder"

En rettskilde er en argumentkilde som er legitim i rettslig argumentasjon. Det foreligger stor grad av enighet i det norske rettssamfunnet om hvilke kilder dette omfatter. I det forestående vil de viktigste rettskildenes legitimeringsgrunnlag drøftes for seg, knyttet opp mot verdifundamentet jeg nå har redegjort for.

## Lov

Loven sammen med forskriftene utgjør en praktisk viktig rettskilde. Stortinget er konstitusert som regelprodusent, og lovtekstene er derfor gitt med forankring i Grunnloven. Forskriftene er ofte gitt med hjemmel i en lovtekst. På denne måten bygger det seg opp et forankringsnettverk som bygger på autoritet fra Grunnloven, og det er derfor naturlig å behandle disse tre rettskildene sammen når det er snakk om legitimeringsgrunnlag. At lovteksten og forskriftene skriver seg fra konstitusjonen er tilstrekkelig for å begrunne deres

**Kommentert [HA9]:** Dette er forklarende for hva den pragmatiske tilnærmingen er, og kunne vært flyttet lengre opp for en god forklaring av pragmatismen allerede i første avsnitt.

**Kommentert [HA10]:** Det er fint at man avklarer og forklarer begrepene man bruker, men dette kunne med fordel vært avklart noe tidligere. Allerede i første avsnitt er det tale om forutberegnelighet, og man kan med fordel forklare det allerede der.

**Kommentert [HA11]:** Bra man forklarer begrepene man benytter. Men dette burde vært redegjort for allerede i første avsnitt. Begrepet er benyttet en rekke ganger før denne definisjonen kommer, og da blir det litt "unaturlig" plassering.

**Kommentert [12]:** Bra at kandidaten ser denne sammenhengen, og den avledede autoriteten lov og forskrift får fra Grunnloven. Kandidaten kunne gjerne i denne sammenheng vist til hvorfor Grunnloven nyter en slik autoritet - den utgjør grunnlaget for vårt rettssystem og rettsstaten.

legitimitet som rettskilde. Dette henger sammen med synspunktet om at autoritet er en absolutt størrelse som i utgangspunktet skal bli vektlagt uavhengig av kildens innhold.

Ved siden av autoriteten ligger det et sentralt legitimeringsgrunnlag i lovttekstens demokratiske legitimitet. Maktfordelingsprinsippet innebærer at Stortinget er den folkevalgte regelprodusenten. At folket har valgt dem gir Stortinget en demokratisk legitimitet som et spesielt legitimeringsgrunnlag som ikke finnes hos andre rettskilder enn de som skriver seg fra den lovgivende makt.

Til slutt kan forutberegnelighetshensynet også fremheves som et viktig synspunkt ved lovttekstens legitimeringsgrunnlag. At lovene er en skriftlig argumentkilde som er tilgjengelig for alle er to synspunkter som er sterkt egnet for å ivareta forutberegnelighet. Som tidligere nevnt er forutberegneligheten en verdi med høytstående posisjon i metodelærens verdihierarki. Det at lovtteksten både skriver seg fra konstitusjonen, har demokratisk legitimitet og er sterkt egnet for å ivareta forutberegnelighet legger et grunnlag for å gi lovtteksten en sterk posisjon i rettskildehierarkiet.

At lovtteksten er autorativt vedtatt av Stortinget medfører et viktig slutningsprinsipp som gjelder kun for lovtteksten spesielt. Når lovtteksten skal tolkes, skal den forstås ut fra en alminnelig språklig forståelse, men det er også rom for å gå inn i hvert uttrykk og fintolke ordlyden. Det skal også foretas en kontekstuell tekstanalyse, men dette vil ikke redegjøres for nærmere. Slutningsprinsippet som åpner for å fintolke ordlyden i lovtteksten viser hvordan rettskildenes ulike legitimeringsgrunnlag får konsekvenser også videre i rettsanvendelsesprosessen. Også når rettskildene skal veies opp mot hverandre til slutt er det et sentralt vektprinsipp at ordlyden i lovtteksten skal tillegges stor vekt. Dette henger igjen sammen med at den er autorativt vedtatt. Som følge av lovttekstens legitimeringsgrunnlag skal det dermed mye til for å fravike den løsningen ordlyden gir.

## Forarbeider

Med forarbeider menes dokumentene som ligger til grunn for lovgivningsprosessen. Bak lovvedtaket ligger det en prosess som består i ulike forslag til lovttekst som blir drøftet frem med ulike merknader. Som sentrale forarbeider kan NOU, proposisjon og innstilling nevnes. Når det foreligger behov for en ny lov blir det ofte av relevant departement satt ned et utvalg med fagkyndige eksperter på det aktuelle området. Deres forslag og merknader til en ny lov

**Kommentert [13]:** Kandidaten kunne gjerne i denne sammenheng nevnt at autoritet som legitimeringsgrunnlag blir svakere desto lengre vekk fra Grunnloven man kommer.

**Kommentert [14]:** Bra. Dette er et veldig viktig poeng som må med.

**Kommentert [15]:** Det er bra at kandidaten ikke bare konstaterer at forutberegnelighet er et legitimeringsgrunnlag, men også viser på hvilken måte loven bidrar til forutberegnelighet.

**Kommentert [16]:** Det er flere gode enkeltpoeng i dette avsnittet, men avsnittet blir noe tungt å lese, og det er litt vanskelig å se hva kandidaten forsøker å formidle med avsnittet.

blir fremsatt i en NOU (Norges offentlige utredninger). NOUen blir deretter grunnlaget for proposisjonen som blir fremsatt fra departementet til Stortinget. Proposisjonen blir så behandlet i relevant stortingskomité, som til slutt vil fremlegge en innstilling til hele Stortinget. På bakgrunn av denne prosessen kan det utledes legitimeringsgrunnlag som gjør seg gjeldende for forarbeidene.

For det første skriver forarbeidene seg fra den lovgivende makt, og innehar på bakgrunn av dette en viss autoritet og demokratisk legitimitet. På dette punktet kan forarbeidene ikke samholdes med lovtteksten, da det er lovtteksten som er autorativt vedtatt og ikke forarbeidene. Imidlertid følger det av den norske lovgivningsteknikken som en forutsetning av forarbeidene tillegges en viss autoritet, da teknikken bygger på korte og konsise lovbestemmelser med utbroderte og utfyllende uttalelser i forarbeidene. Av og til må dermed forarbeidene brukes for å kunne avklare hva som er ment med lovtteksten.

For de ulike forarbeidene kan også fagkyndighet nevnes som et legitimeringsgrunnlag som gjør seg gjeldende i ulik grad. Forarbeidene er utarbeidet av dyktige fagpersoner eller jurister.

Et viktig vektprinsipp som henger sammen med forarbeidenes legitimitet som rettskilde er at forarbeidet som ligger nærmest Stortingsvedtaket ofte vil ha størst vekt. Dette innebærer at en proposisjon i utgangspunktet vil veie tyngre enn en NOU. Dette følger av at det gjennom forarbeidsprosessen vil kunne skje en utvikling i synspunktene, noe som kan medføre at et standpunkt som er tatt til orde for i NOUen, senere kan bli fraveket i proposisjonen. Dette finnes et eksempel på i dommen HR-2010-684-A, hvor spørsmålet var om en person kunne straffes for å føre en liten motorbåt i alkoholpåvirket tilstand når den var tom for drivstoff og dermed drev med vinden. Høyesterett trekker her frem forarbeider som argumentkilde, og starter i NOUen. Her var det tatt til orde for å unnta de mindre båtene. Videre viser Høyesterett til en høringsuttalelse og en proposisjon, som på bakgrunn av retts tekniske og allmennpreventative hensyn, tar til orde for å inkludere alle motorbåter uansett

størrelse. Dommen illustrerer hvordan forarbeidenes ulike posisjoner i lovgivningsprosessen gir de ulike legitimeringsgrunnlag, som fører til at den løsningen som først er tatt til orde for må forkastes til fordel for den løsningen som kom til uttrykk i forarbeidet som ligger nærmest lovvedtaket. Dette viser hvordan forarbeidene som rettskilde ikke automatisk kan tillegges vekt uten å foreta en undersøkelse av hele bildet av lovgivningsprosessen som ligger til grunn for den aktuelle loven.

**Kommentert [17]:** Bra. Forarbeidene nyter en avledet autoritet fra den formelle loven den tilhører. Det samme gjelder dens demokratiske legitimitet.

**Kommentert [18]:** Bra at kandidaten ser dette. Det er dette som begrunner hvorfor vi i Norge legger så mye vekt på forarbeidene, i motsetning til i de fleste andre rettsstater vi liker å sammenligne oss med.

**Kommentert [19]:** Bra. Fagkyndigheten kan bidra til å sikre saklige og rasjonelle regler.

**Kommentert [20]:** Bra at kandidaten viser til eksempler som illustrerer poenget.

**Kommentert [21]:** Bra kandidaten knytter dette poenget opp mot legitimeringsgrunnlaget for forarbeidene. Det viser stor forståelse.

## Høyesterettspraksis

Høyesteretts rettsoppfatninger innehar en autoritet som kan utledes fra grunnloven. Grunnloven § 88 gir Høyesterett myndighet til å dømme i siste instans. Fra dette kan det utledes at Høyesterett har myndighet til å fastsette rettens innhold, sammen med Stortinget. Høyesterettspraksis som rettskilde innehar derfor autoritet, noe som er tilstrekkelig for å begrunne dens legitimitet.

Som et legitimeringsgrunnlag kan det også pekes på domstolenes forpliktelse til å ta standpunkt, jf. GrL § 89. Domstolene må ta stilling til enhver sak som kommer inn, og de må derfor ha mulighet til å produsere rett der det ikke foreligger standpunkter fra lovgivers side. Det foreligger en anerkjennelse om at positiv rett aldri kan bli fullstendig, og det er derfor nødvendig at domstolene, og Høyesterett i siste instans, har kompetanse til å fastsette rettens innhold.

Når det foreligger en høyesterettsavgjørelse som kan gi grunnlag for et primært rettsgrunnlag, et tolkningsbidrag eller et støtteargument, foreligger det også retstekniske hensyn som tilsier at disse oppfatningene skal tas til følge av neste rettsanvender. Prosessøkonomi taler for å rasjonalisere domstolens virksomhet ved at de skal slippe å ta stilling til like saker flere ganger.

En tidligere høyesterettsavgjørelse skal derfor legges til grunn som prejudikat for en senere avgjørelse.

## Underrettspraksis

Med underrettspraksis menes praksis fra tingretter, lagmannsretter og praksis fra den utøvende makt. Fra disse rettskildene skriver det seg ikke autoritetsbetraktninger, da de ikke har forankring i konstitusjonen. Imidlertid gjør rettssikkerhetshensyn som forutberegnelighet og likebehandling seg gjeldende for å legitimere bruken av underrettspraksis som rettskilde. Like saker bør behandles likt, dette gjør det enklere for borgerne å kunne forutse sin rettsstilling. For at forvaltningspraksis skal kunne legges til grunn som rettskilde må den være langvarig og konsekvent. I tillegg må den være uttrykk for en god regel og en forsvarlig lovtolkning.

**Kommentert [HA22]:** Dette er helt korrekt og et godt poeng. At Høyesterett har myndighet til å fastsette rettens innhold i siste instans, gjør også at hensynet til rettsavklaring og rettsenhet er legitimeringsgrunnlag for høyesterettspraksis. Også hensynet til forutberegnelighet er et viktig legitimeringsgrunnlag som bør nevnes.

**Kommentert [HA23]:** Det er bra at kandidaten nevner hensyn til prosessøkonomi og rasjonalisering av domstolens virksomhet som legitimeringsgrunnlag her. Avsnittet kunne imidlertid vært litt mer presisert formulert, slik at man får frem at dette er legitimeringshensyn på grunn av at Høyesteretts avgjørelser er tilnærmet bindende for øvrige rettsanvendere.

**Kommentert [HA24]:** Praksis fra utøvende makt omtales gjerne ikke som en del av underrettspraksis, men heller som "andre myndigheters praksis" e.l.

**Kommentert [HA25]:** Godt poeng. Bra kandidaten ser dette.

**Kommentert [HA26]:** Bra. Dette er viktige momenter å vurdere når man vurderer relevans og vekt av forvaltningspraksis.

Forvaltningspraksis som rettskilde er særlig aktuelt på skatterettens område. Dommen HR-2003-576-A gir et eksempel på at Høyesterett trekker frem forvaltningspraksis etter anførsler fra staten i avsnitt 38. Høyesterett anerkjenner forvaltningspraksisen som konsekvent, men forkaster løsningen som er tatt til orde for i praksisen da de mener den gir uttrykk for en feil lovtolkning.

### Sedvanerett

En sedvane kan defineres som en festnet rettsoppfatning. Inntil sedvanen er autorisert av Høyesterett foreligger det stor grad av usikkerhet rundt dens eksistens. For å kunne bygge et rettsgrunnlag ut fra en sedvane, må det kunne dokumentere langvarig og konsekvent praksis på området, hvor de involverte må ha handlet i tro om at de har rett eller er forpliktet til å handle på denne måten. Forutberegnelighet vil da gjøre seg gjeldende som et sentralt hensyn som legitimerer sedvaneretten. Tilbakeholdsrett-dommen er et eksempel på Høyesteretts autorisering av en sedvane. Gjennom en undersøkelse av langvarig praksis over flere tiår kunne Høyesterett fastslå at det forelå sedvanerett som ga private inntauingsselskaper mulighet for å tilbakeholde feilparkerte biler de hadde tauet inn, frem til kostnadene i forbindelse med tjenesten var betalt. Det ble en sentral del av vurderingen at det forelå "et reelt og langt på veg godt begrunnet behov" for å holde bilene tilbake. På denne måten kan man se at Høyesterett foretar en vurdering av om sedvanen utgjør en god regel, sammen med momentene om konsekvent og langvarig praksis.

### Alminnelig rettsoppfatning

Alminnelige rettsoppfatninger og sedvane kan skli litt over i hverandre der sedvanen ikke er autorisert av Høyesterett. Sedvanerett er ofte mest aktuelt å snakke om når rettsoppfatningen gjelder innad i en avgrenset gruppe, for eksempel på et fagområde. En alminnelig rettsoppfatning vil ofte være en verdi som gjør seg gjeldende generelt i hele samfunnet, og som det kan tenkes at enhver vanlig person vil kunne ha en mening rundt.

Legitimeringsgrunnlaget til alminnelige rettsoppfatninger henger sammen med rettens funksjon i samfunnet. For å bevare respekten fra befolkningen, må retten og reglene være i samsvar med folks rettsoppfatning.

### Rettsoppfatning i juridisk teori

**Kommentert [HA27]:** Godt eksempel som viser at forvaltningspraksis kan være en relevant kilde, men at man ikke ukritisk skal legge mye vekt på praksisen selv om den er langvarig og konsekvent.

**Kommentert [HA28]:** Bra. Forutberegnelighet er det sentrale legitimeringsgrunnlaget for sedvanerett. Dette kunne gjerne blitt viet noe mer plass i forhold til hva som skal til for at en sedvanerett eksisterer.

**Kommentert [HA29]:** Bra. Dette er gode betraktninger. Også forutberegnelighet kan her nevnes som legitimeringsgrunnlag.

Rettsoppfatninger i juridisk teori blir ofte trukket frem av Høyesterett i deres argumentasjon. Det er imidlertid viktig å se at det foreligger ingen automatikk i at rettsoppfatninger som er tatt til orde for i juridisk teori utgjør legitime bidrag til argumentasjonen. Legitimiteten til rettsoppfatningen i juridisk teori står og faller på grundigheten i argumentasjonen. Dette kan sammenlignes med hvordan Høyesterett selv ville argumentert. Hvis en juridisk forfatter har foretatt en argumentasjon på tilsvarende måte som Høyesterett selv ville gjort, og endt opp på samme resultat, er det ingen ting i veien for å tillegge argumentasjonen legitimitet. Hvis det derimot ikke foreligger en grundig argumentasjon, vil Høyesterett ikke kunne legge rettsoppfatningen uten videre til grunn. Et eksempel på dette finnes i dommen HR-2011-814-A, hvor Høyesterett refererer til juridiske forfattere som tidligere har nevnt problemstillingen. I avsnitt 40 slår domstolen fast at det ikke foreligger noen grundig drøftelse blant noen av forfatterne, og alle kun henviser til hverandre. Slike ubegrunnede postulater kan ikke automatisk legges til grunn som en legitim argumentkilde, og Høyesterett må dermed gå videre til andre rettskilder. I noen tilfeller vil imidlertid rettsoppfatninger blant mange juridiske forfattere kunne legges til grunn hvis det foreligger en form for alminnelig rettsoppfatning. Da vil oppfatningen kunne legitimeres i forutberegnelighetshensynet.

**Kommentert [HA30]:** Bra. Dette er helt sentralt ved vurderingen av juridisk teori.

**Kommentert [HA31]:** Det er strengt talt ikke nødvendig at det gjøres likt som Høyesterett, så lenge argumentene fremstår som godt begrunnede og det er gjort et grundig arbeid.

**Kommentert [HA32]:** Bra. Dette vil påvirke hvilken vekt teorien kan tillegges.

### Innarbeidede internasjonale forpliktelser

En rettskilde som gjør seg stadig mer gjeldende er de internasjonale rettskildene. Norge er en del av flere internasjonale samarbeid, hvorav EØS-samarbeidet og EMK kan fremheves som særlig viktige grunnlag. Legitimeringsgrunnlaget for de internasjonale rettskildene er avhengig av deres status i vårt dualistiske system. Dualismen skiller seg fra monismen ved at den bygger på et todelt system. I Norge er de internasjonale forpliktelsene ansett som et system som ligger utenom men parallelt med vårt eget regelverk. Dette krever at det foretas en gjennomføringsakt av de internasjonale lovverkene for at de i Norge skal anses som gjeldende rett. I et monistisk system vil en slik gjennomføringsakt være unødvendig, da det nasjonale og det internasjonale regelverket vil anses som like gjeldende.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er et eksempel på en internasjonal forpliktelse som Norge har gjennomført i sitt rettssystem, gjennom menneskerettsloven (1999). En stor andel av EØS-regelverket er også gjennomført i norsk rett, med springbrett i EØS-loven (1992). Når de internasjonale regelverkene er gjennomført i norsk rett vil deres legitimeringsgrunnlag være tilsvarende gjennomføringsloven. Dette betyr at alle synspunktene som gjør seg gjeldende for lovvedtak og forskrifter som legitim argumentkilde,

**Kommentert [HA33]:** Bra. Redegjørelsen frem hit var nok noe omstendelig, men likevel korrekt.



også gjør seg gjeldende for de gjennomførte internasjonale regelverkene. Det følger imidlertid av EØS-loven § 2 at Norges forpliktelser til EØS-avtalen vil gå foran norsk lov ved motstrid. Dette er spesielt for når lovene er gjennomført, da det samme ikke er tilfelle uten en gjennomføringakt. Spesielt om EMK kan det nevnes at disse også er grunnlovsfestet i § 92 f.

### Folkerett

Som betegnelse på internasjonale forpliktelser som ikke er gjennomført i vårt dualistiske system brukes "folkerett". Dette omfatter forpliktelser som er bindende statene imellom, men som ikke binder borgerne. Folkeretten er også legitime argumenter i rettslig argumentasjon selv om de ikke er gjennomført i det norske rettssystemet. Dette legitimeringsgrunnlaget bygger på presumsjonsprinsippet, som går ut på at norsk rett presumeres å være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser. Som konsekvens av dette skal tilsynelatende motstrid mellom norsk rett og folkeretten forsøkes harmonisert vekk så langt det gjør seg mulig ved bruk av rettskildeprensippene. Klar motstrid kan derimot ikke harmoniseres vekk, og i slikt tilfelle må folkeretten vike for norsk rett. Dette forklares i den dualistiske modellen. Det ville stride mot maktfordelingsprinsippet i Grunnloven dersom internasjonale forpliktelser alene kunne anses som gjeldende rett uten innblanding fra Stortinget.

### Fremmed rett

Som et siste aspekt ved den internasjonale retten kan fremmed rett trekkes frem. Med fremmed rett menes intern rett i andre land, som for eksempel de danske lovene som bare gjelder i Danmark. Disse lovene har ingen direkte virkning i vårt norske rettssystem, men av hensynet til rettsenhet kan de anses som legitime argumentkilder. Det foreligger et synspunkt om at det ville være uheldig dersom norsk rett går klart i strid med andre land som Norge ønsker å sammenligne seg med når det kommer til rettskultur.

Fra fremmedretten kan det trekkes forbindelseslinjer til EØS-retten. Andre land med et dualistisk system som er en del av EU/EØS-samarbeidet vil ha en tilsvarende gjennomføringslov til den norske gjennomføringsloven. Det kan da være nyttig å se til hvordan disse andre landene har tolket sin gjennomføringslov i rettspraksis for å gi tolkningsbidra til den norske anvendelsen. Dette slås klart fast av førstvoterende i LEGO-dommen (Rt-1994- 1584) nederst på side 1587. I denne avgjørelsen fikk fremmedretten dog ingen avgjørende vekt, da det ikke forelå ensartethet blant avgjørelsene som var aktuelle å se til. Her kommer altså klarhet inn som et vektprinsipp.

**Kommentert [HA34]:** Bra at kandidaten ser dette. Hvilken betydning dette har har vært grundig drøftet både i teori og av Høyesterett tidligere. Det er imidlertid klart at dette gir en særlig legitimitet til menneskerettighetene. Det kan for øvrig nevnes at dette ikke bare gjelder EMK, men også andre menneskerettigheter Norge er folkerettslig bundet av.

**Kommentert [HA35]:** Bra.

**Kommentert [HA36]:** Det er bra kandidaten ser begrensningen i presumsjonsprinsippet.

**Kommentert [HA37]:** Bra. Rettsenhet er det sentrale legitimeringsgrunnlaget.

**Kommentert [HA38]:** Det er bra kandidaten ser at EØS-retten kan stå i en særstilling hva gjelder fremmed rett. Det er imidlertid litt upresist å si at det er gjennomføringsloven som er vurderingstemaet i de fremme landenes rettssystem. Det er heller domstolens praksis og anvendelse av de EU/EØS-rettslige reglene som er det interessante.

## Reelle hensyn

Det følger av vår norske juridiske kulturarv at siktemålet med rettsanvendelsesprosessen skal være å komme frem til en god løsning, generelt og konkret. Rettskildene gir veiledning for hvilken løsning som er god, men av og til må godheten av løsningen forankres utenfor disse.

Reelle hensyn kan være saksspesifikke for det aktuelle rettsområdet, eller mer generelt gjeldende verdier som går igjen i alle rettsområder. Reelle hensyn legitimeres i dette synspunktet om å komme frem til en god løsning, knyttet opp mot rasjonaliteten som en viktig verdi i metodelærens verdihierarki. Bruk av reelle hensyn vil ofte ha rettspolitiske overtoner, og hører til under rettsstatens pragmatiske side. Likevel kan den søkes forankret i positive rettskilder, dette vil gi de reelle hensynene en sterkere legitimitet.

Husmorddommen er et eksempel på at Høyesterett graviterer argumentasjonen mot positiv rett for å gi de reelle hensynene en sterkere legitimitet. Høyesterett utleder et prinsipp fra tilgrensende lovgivning om ektefellers underholdsplikt. I tillegg blir det pekt på forarbeider til den nye skifteloven. På denne måten bruker Høyesterett positivt rettsstoff som støtte i sin fremheving av et reellt hensyn. På side 226 blir dette også omtalt som en allmenn rettsoppfatning, noe som viser at disse som rettskilder har glidende overganger.

Bruk av reelle hensyn som argumentkilde gjør seg særlig gjeldende der de autorative kildene ikke gir uttrykk for en bevisst vurdering. Et eksempel på dette finnes i Sterilitetsdom II, hvor ordlyden åpnet for å dømme en mann til å betale barnebidrag uten å ta hensyn til at han var steril og ikke kunne være barnets far. Høyesterett vektla her reelle hensyn ovenfor ordlyden, noe som strider mot utgangspunktet i metodelæren. Dette viser et eksempel på hvor rasjonalitet kan gå foran autoritet i verdihierarkiet.

## Avslutning

Rettskilder med autoritetsgrunnlag innehar en spesiell legitimitet som gjør at de får plass på toppen av verdihierarkiet. Utgangspunktet er at disse autorative rettskildene skal benyttes fremfor de som ikke innehar samme autoritet. Imidlertid har det norske rettssystemet også innslag av pragmatisme, og det er derfor rom for å fravike autoriteten. Sinnsykes ankerettdommen gir et eksempel på at rasjonalitet av og til må trosse de autorative kildene for å komme frem til den beste løsningen. Spørsmålet i saken var om en sinnssyk hadde selvstendig ankerett, eller om denne rettigheten tillå vergen alene. Ordlyden i loven gå klart uttrykk for sistnevnte løsning. Høyesterett kom derimot frem til at rettssikkerhetsvernet til den sinnssyke

**Kommentert [HA39]:** Bra kandidaten ser dette skillet. Det burde imidlertid her også blitt gjort rede for de forskjellige hensyn som legitimerer alminnelige reelle hensyn og saksspesifikke reelle hensyn. Alminnelige reelle hensyn legitimeres ut fra hensyn til forutberegnelighet, likebehandling og retts tekniske og prosessøkonomiske hensyn. Saksspesifikke hensyn finner legitimering i blant annet selvbestemmelsesrett, hensynet til den svake part og notoritetshensyn.

**Kommentert [HA40]:** Godt eksempel på Høyesteretts bruk av reelle hensyn. Positivt at det vises til eksempler, og at studenten så klarer å se hvordan Høyesterett har gått til verks når de anvender reelle hensyn.

**Kommentert [HA41]:** Dette er et godt eksempel, og relevant å trekke frem. Det bør imidlertid gjøres tidligere i oppgaven, da det ikke bør komme ny informasjon eller ny argumentasjon i avslutningen. Dersom man har med en avslutning er dette bare for å oppsummere tidligere informasjon.

(reelt hensyn) og den allmenne rettsoppfatingen som hadde utviklet seg gjennom tiden skulle tillegges større vekt enn ordlyden i loven. Juridisk metode skal også være saklig, rasjonell, rimelig og rettferdig, og det er derfor viktig at det er rom for å gjøre disse pragmatiske, rasjonelle vurderingene. Dette henger sammen med rettens funksjon i samfunnet; den må være rettferdig og kunne aksepteres av borgerne for å bevare sin posisjon.