

Rettskildenormene og deres grunnlag

1. Innledning

2. Rettskildelærens gjenstand: Normer

2.1. *Rettskildelære som en lære om normer*

2.2. *Rettskildelæren kan være deskriptiv eller normativ*

2.3. *Hva er det som beskrives i en deskriptiv rettskildelære?*

3. Rettskildenormenes rettslogiske karakter I: Avveining av rettskildefaktorer

3.1. Avveiningsnormer

3.1.1. Definisjon

Normer som gir rom for eller krever en avveining av argumenter

3.1.2. Avveiningers rolle i jusen

Kan være åpne eller “skjulte”

- Ordlyden krever avveining. Eks: avtl. § 36, straffeutmåling
- Avveiningskarakteren følger ikke av ordlyden, men pr. fortolkning. Eks: grl. § 97

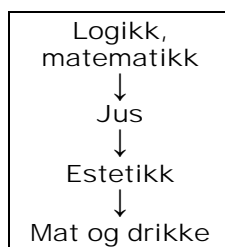
Navn i bruk om avveiningsnormer: «rettslige standarder», «generalklausuler», «skjønnsregler», etc.

3.1.3. Problematisering av avveiningers rolle

Avveininger henger nær sammen med verdier og vurderinger. For, hva er det som kan avveies? Det må være noe som kan tildeles en graduell vekt – og det er det verdier som kan, ikke normer.

Behovet for å styre avveininger: Avveininger bør ikke innebære mangel på forutberegnelighet eller fare for vilkårlighet

Vi har visse intuisjoner om en «objektivitetsstige», i form av en rangering etter hvor sterkt vi vil stå på at det vi sier gjelder bare for oss selv eller for alle. For eksempel:



Innenfor rettssystemet får juridiske avveininger sin “objektivitet” fra *retningslinjene* og fra *typetilfelleutsagnene*

3.2. Styring av avveininger: Retningslinjer

3.2.1. Definisjon av et begrep 'retningslinje'

Normer som sier noe om hva som er relevante eller irrelevante argumenter til en avveining, eventuelt også noe om hvor stor vekt et argument skal tillegges og i hvilken retning det trekker

3.2.2. Typer av retningslinjer, med særlig sikte på karakterisering av rettskildenormene

(a) Regelspesifikke vs ikke-regelspesifikke retningslinjer

Typer av ikke-regelspesifikke retningslinjer

→ rettssikkerhetsprinsipper

→ rettferdighets- og godhetsprinsipper

→ «rettskildeprinsipper»

(b) Lovfestede vs ulovfestede retningslinjer

(c) Positive retningslinjer (hva som er relevant) vs negative (hva som er irrelevant). Særlig om grensen mot politikk

(d) Retningslinjers handlingsangivelse: Argumenters relevans, retning, vekt

(i) Relevansspørsmålet

→ Generell relevans

→ Relevans i det enkelte tilfelle

(ii) Retningsspørsmålet

(iii) Vektspørsmålet

→ Hva kan vi si generelt om forholdet mellom rettskildefaktorene?

Vedlegg 1

→ Vekten mellom rettskildefaktorene innbyrdes i det enkelte tilfelle

Bruken av termen «rettskildefaktor» i litteraturen

3.3. Styring av avveininger: Typetilfelleutsagn

3.3.1. Definisjon av et begrep 'typetilfelleutsagn'

Utsagn som sier noe om utfallet av avveiningen i forhold til typetilfelle

3.3.2. Eksempler på typetilfelleutsagn i rettskildelæren

3.4. Forsåvidt og så langt rettstenkningen består i avveininger: Hva er rettskildelærens avveiningsnorm?

3.5. *Hvilken modalitet har normene om avveininger: Plikt, frihet, kvalifikasjon?*

3.5.1. *Retningslinjene*

3.5.2. *Avveiningsnormen*

3.5.3. *Typetilfelleutsagn*

4. Rettskildenormenes rettslogiske karakter II: Regler og motstrid mellom regler. Særlig om lex superior-prinsippet

4.1. *Avveiningsmodellen (se pkt. 3 ovenfor) uttømmer ikke juridisk tenkemåte.*

4.2. *Løsning av logisk motsigelse mellom regler vs avveining av rettskildedefaktorer*

4.2.1. *Begrepet 'logisk motsigelse mellom regler'*

[P, S → H] M

[Samme **P**erson, samme **S**ituasjon, samme **H**andling] underlegges mer enn én av **M**odalitetene påbud, forbud, frihet

grl. §100: frihet til ytring ↔ strl. §185: forbud mot samme ytring

Vedlegg 2

4.2.2. *Ulikheter mellom løsning av logisk motsigelse mellom regler og avveininger av rettskildedefaktorer*

4.3. *Regelbegrepet og lex superior-prinsippet er nødvendige bestanddeler av juridisk tenkning. Begrunnelse – og overgang til spørsmålet om rettskildelærens grunnlag*

5. Rettskildenormenes grunnlag

5.1. *Rettsseksterne grunnlag*

5.2. *Rettsinterne grunnlag*

5.2.1. *Rettspraksis*

(a) Prejudikatslæren?

(b) Regelmessighet i Høyesteretts praksis?

5.2.2. *Grunnloven*

(a) Den vanlige oppfatning

(b) Min oppfatning: Hovedtesen.

Forelesninger i Rettskildelære (jus4111) – Vedlegg 1:

To modeller i planet for rettskildelæren

For det første kunne vi tenke oss å operere med en *rangordensmodell*, dvs. at rettskildefaktorer av en viss type alltid går foran rettskildefaktorer av en viss annen type.

Et eksempel ville være en norm om at *lovteksten* alltid går foran andre rettskildefaktorer i tilfelle motstrid.

For det andre kunne vi tenke oss å operere med en *avveiningsmodell*, dvs. at rettskildefaktorene må avveies mot hverandre, og peke på momenter som er relevante ved avveiningen.

Eksempler kan være å si at

lovtekstens vekt avhenger av bl.a.

- dens klarhet,
- vurderingspreg,
- hvorvidt vi er på legalitetsprinsippets område;

forarbeiders vekt avhenger av bl.a.

- hva uttalelsen gjelder (f.eks. rent faktiske forhold eller formålet med loven),
- hvem uttalelsen stammer fra (sakkyndig utvalg, departement/ regjering eller Stortinget),
- hvor representativ uttalelsen er,
- hvor klar den er,
- hvorvidt vi er på legalitetsprinsippets område;

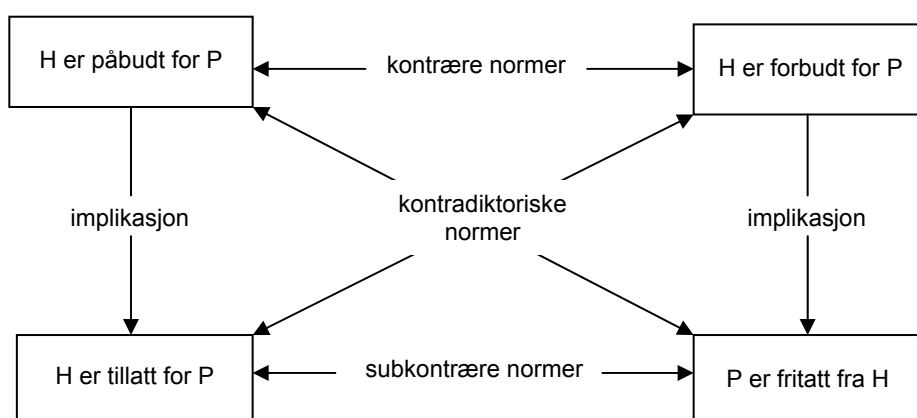
dommers vekt avhenger av bl.a.

- hvilken instans som har avsagt dommen (tingrett, lagmannsrett eller Høyesterett),
- hvorvidt det foreligger enstemmighet eller dissens, og i tilfelle graden av dissens,
- dommens alder,
- dens klarhet.

Forelesninger i Rettskildelære (jus4111) – Vedlegg 2: Motsigelse mellom normer

Fra S. Eng, *Rettsfilosofi*, ss. 73–74

Pliktmodaliteter



For en forklaring av dette opposisjonskvadratet for pliktmodalitetene, se *RF*, ss. 73–74.

For mange formål er vi ikke interessert i frihet i form av implikasjonene i opposisjonskvadrater; vår reelle interesse ligger i stedet i frihet i betydningen 'uavhengighet av påbud og forbud'. I forhold til et normsystem uten motsigelse, så må enhver handling som faller inn under systemet være enten påbudt, forbudt eller valgfri, slik:

	<i>Handlinger man er fritatt fra å foreta</i>	
Påbudt	Valgfri	Forbudt
<i>Handlinger det er tillatt å foreta</i>		