

Høyesterett og folkeretten

Anders Narvestad



AVHANDLING FOR GRADEN PHILOSOPHIAE DOCTOR (PH.D.)

DET JURIDISKE FAKULTET, UNIVERSITETET I OSLO

2. JULI 2021

INNHALDSOVERSIKT

1	PROBLEMSTILLING, METODE OG BEGREPER	1
2	BAKTEPPE.....	15
3	DET DUALISTISKE PRINSIPP	27
4	LEGALITETSPRINSIPPET OG FOLKERETTEN	85
5	PRESUMPSJONSPRINSIPPET OG ANDRE RELEVANSGRUNNLAG.....	101
6	INKORPORERT FOLKERETT	137
7	IKKE-INKORPORERT FOLKERETT: VED RETTSKILDEHARMONI.....	173
8	IKKE-INKORPORERT FOLKERETT: VED RETTSKILDEKONFLIKT	195
9	FOLKERETTSTOLKING OG MAKTFORDELING	245
10	AVSLUTNING: FOLKERETT OG NORSK RETT.....	263

INNHOILDSFORTEGNELSE

1	PROBLEMSTILLING, METODE OG BEGREPER	1
1.1	Tema, problemstilling og oppbygning.....	1
1.2	Metode.....	3
1.3	Avgrensninger	7
1.4	Begreper.....	9
2	BAKTEPPE	15
2.1	Innledning.....	15
2.2	Moderne folkerett	15
2.3	Dualistiske stater og monistiske stater.....	19
2.4	Folkerettsharmoniserende tolking i komparativt lys	23
2.5	Krav til nasjonal innarbeiding og håndhevelse	25
3	DET DUALISTISKE PRINSIPP.....	27
3.1	Innledning.....	27
3.2	Litteraturen: historiske og rettspolitiske linjer	28
3.2.1	Innledning.....	28
3.2.2	Dualismens fødsel	29
3.2.3	Resepsjonen i Norge	33
3.2.4	Prinsippets «støttespillere»	39
3.2.5	Prinsippets «motstandere».....	43
3.3	Litteraturen: Den ontologiske arven fra Triepel mfl.	50
3.3.1	Innledning.....	50
3.3.2	Den fundamentale dualismen	50
3.3.3	Posisjonens begrunnelser.....	54
3.4	Litteraturen: forholdet til Grunnloven	61
3.4.1	Innledning.....	61
3.4.2	Grunnlovens taushet	62
3.4.3	Grunnlovens maktfordeling: overordnede linjer.....	64
3.4.4	Grunnlovens maktfordeling: et inkorporasjonskrav.....	67
3.4.5	Grunnloven § 26 andre ledd.....	71
3.4.6	Avsluttende diskusjon: Grunnloven og det dualistiske prinsipp.....	74
3.5	Prinsippet i Høyesterett	77

3.6	Sammenfatning	83
4	LEGALITETSPRINSIPPET OG FOLKERETTEN	85
4.1	Innledning.....	85
4.2	Det formelle lovskravet	86
4.2.1	Innledning	86
4.2.2	Litteraturen	88
4.2.3	Høyesterett.....	89
4.3	De materielle lovskravene: ikke-inkorporert folkerett.....	90
4.4	De materielle lovskravene: inkorporert folkerett.....	95
5	PRESUMPSJONSPRINSIPPET OG ANDRE RELEVANSGRUNNLAG.....	101
5.1	Innledning.....	101
5.2	Presumpsjonsprinsippet: overordnede linjer	102
5.2.1	Innledning	102
5.2.2	Litteraturen	102
5.2.3	Høyesterett.....	106
5.3	Presumpsjonsprinsippet: noen spørsmål	110
5.3.1	To tolkninger av presumpsjonsprinsippet.....	110
5.3.2	Traktatrett, annen folkerett og det dualistiske prinsipp	114
5.3.3	Presumpsjonsprinsippet og inkorporert folkerett	119
5.4	Transformasjon og konstatering av rettsharmoni	120
5.4.1	Grunnlagene i litteraturen og i Høyesterett	120
5.4.2	Forholdet til presumpsjonsprinsippet.....	125
5.5	Effektivitet og konsistens	128
5.5.1	Effektivitet.....	128
5.5.2	Konsistens.....	134
6	INKORPORERT FOLKERETT	137
6.1	Innledning.....	137
6.2	Klassisk inkorporasjon og punkt-inkorporasjon	138
6.3	Generelle folkerettsbegrensninger.....	143
6.3.1	Reguleringsformen	143
6.3.2	Høyesteretts praksis.....	145
6.4	Plikter til folkerettsharmonisert lovanvendelse.....	153
6.5	Inkorporasjon uten lovgrunnlag?	157
6.6	Noen felles spørsmål.....	161
6.6.1	Lex posterior og forrangsbestemmelser	161

6.6.2	Selvkraft.....	164
6.7	Sammenfatning	169
7	IKKE-INKORPORERT FOLKERETT: VED RETTSKILDEHARMONI	173
7.1	Innledning.....	173
7.2	Funksjoner	174
7.2.1	Innledning.....	174
7.2.2	Lovtolking og lovanvendelse	174
7.2.3	Ulovfestet område.....	179
7.2.4	Rettstomme rom	180
7.3	Vekt.....	183
7.3.1	Stor, mindre og ingen vekt.....	183
7.3.2	Forklaringer på variasjoner.....	187
7.4	Folkerett og tolkingstvil	190
8	IKKE-INKORPORERT FOLKERETT: VED RETTSKILDEKONFLIKT	195
8.1	Innledning.....	195
8.2	Finanger-momentene.....	197
8.3	Harmonisering i én eller to omganger?	200
8.3.1	Innledning.....	200
8.3.2	En to-nivå-modell.....	200
8.3.3	En ett-nivå-modell.....	203
8.3.4	Konsekvenser for motstridsregelen	206
8.4	Lovregulert område: lovens ordlyd som folkerettens grense?.....	207
8.4.1	Innledning.....	207
8.4.2	Litteraturen	208
8.4.3	Høyesterett: loven ikke tolket korrigerende	210
8.4.4	Høyesterett: korrigerende lovtolking	213
8.5	Lovregulert område: signaler fra lovgiver	216
8.5.1	Innledning.....	216
8.5.2	Litteraturen	217
8.5.3	Høyesterett: bevisst motstrid.....	219
8.5.4	Høyesterett: ubevisst motstrid.....	221
8.5.5	Høyesterett: sammenfatning og diskusjon	224
8.6	Lovregulert område: menneskerettighetenes betydning.....	225
8.6.1	Innledning.....	225
8.6.2	Litteraturen	225

8.6.3	Høyesterett.....	227
8.6.4	Avsluttende diskusjon: folkeretten og Grunnloven § 92	230
8.7	Lovregulert område: privatrettslige relasjoner	234
8.7.1	Litteraturen	234
8.7.2	Høyesterett.....	235
8.8	Ulovfestet rett og kolliderende folkerett.....	238
8.9	Avslutning.....	239
8.9.1	Sammenfatning	239
8.9.2	Et sideblikk til EØS-litteraturen.....	241
8.9.3	Hvilken plikt til folkerettsharmoniserende tolking?	242
9	FOLKERETTSTOLKING OG MAKTFORDELING	245
9.1	Innledning.....	245
9.2	Domstolene og stortinget.....	247
9.2.1	Litteraturen	247
9.2.2	Høyesterett.....	250
9.3	Domstolene og regjeringen	255
9.3.1	Litteraturen	255
9.3.2	Høyesterett.....	257
10	AVSLUTNING: FOLKERETT OG NORSK RETT.....	263
11	REGISTER.....	267
11.1	Lovgivning og traktater mv.	268
11.1.1	Norske lover og forskrifter.....	268
11.1.2	Folkerettslige avtaler mv.	271
11.1.3	Annet regelverk.....	275
11.2	Rettspraksis	276
11.2.1	Norske rettsavgjørelser.....	276
11.2.2	Andre avgjørelser og saker.....	283
11.3	Offentlige dokumenter	284
11.3.1	Stortinget og regjeringen.....	284
11.3.2	Utredninger, anbefalinger o.l.	285
11.4	Bøker og artikler.....	286
11.5	Annet.....	312
11.5.1	Rapporter	312
11.5.2	Aviskronikker, foredrag, blogger, nettsider mv.	312