

# **Eksamen 2013, Rettskilde og metodelære JUS 133.**

*Skrevet av Emma Nilsen Vonen*

*Kommentert av Knut Martin Tande*

Innhold:

- 1) Innledning
- 2) Slutninger
  - a) Generelt
  - b) Individuelle valg og vurderinger
  - c) Rasjonalitetskriteriene
  - d) Å sette de teoretiske modellene og tilnærmingene ut i praksis
    - i) Lovtekst
    - ii) Forarbeider
    - iii) Rettspraksis
    - iv) Reelle hensyn
  - e) Legitimeringsintervallet
- 3) Konsekvensene av slutningsfasen

## **Innledning**

I oppgaven vil det bli vurdert hvordan en avgjør om slutninger fra ulike rettskildefaktorer er forsvarlige eller uforsvarlige i et tvilstilfelle på lovfestet område.

**I det følgende kommenterer jeg denne besvarelsen av fjorårets eksamensoppgave, med det hovedformål å gi leserne, og særlig årets eksamenskandidater i rettskile- og metodelære, økt innsikt i metodefaget. Denne kandidatens besvarelse skiller seg klart ut i positiv retning sammenliknet med gjennomsnittet av eksamensbesvarelser, og plasserer seg i toppsjiktet karaktermessig av de grunner jeg skal redegjøre for underveis. Til tross for dette vil jeg påpeke punkter hvor fremstillingen kan forbedres, og ut fra det nevnte hovedformålet vil disse påpekningene være mer detaljerte og kritiske enn det en alminnelig sensorkommentar ville vært.**

Rettsanvendelsesprosessen er i den tradisjonelle metodelæren delt opp i tre faser. Relevans, slutninger og harmonisering. Innenfor disse fasene er det rettskildeprinsipper som er retningslinjer for hvilke kilder som er juridisk relevant, hvordan en kan trekke slutninger fra rettskildefaktorene og hvordan disse faktorene kan harmoniseres mot hverandre. Disse prinsippene vil derfor gjøre seg gjeldende igjennom hele prosessen, og skal sikre en forsvarlig rettsanvendelse.

**Det er fint at den tradisjonelle rettskildelæren presenteres innledningsvis, og at det gjøres relativt kort og poengtert. Det bør likevel fremgå at rettskildeprinsippene er utledet av argumentasjonsmønsteret i høyesterettspraksis over tid, og at dette argumentasjons-mønsteret legges til grunn som det korrekte fordi Høyesterett etter Grl. § 88 dømmer i siste instans. Grl. § 88 gjelder selvsagt i utgangspunktet konkrete rettsvister for domstolene, men denne posisjonen gir Høyesterett også innflytelse når det gjelder hva som regnes som korrekt argumentasjon mer generelt i rettssystemet.**

Den vitenskapelige tilnærmingen er ikke en egen modell, men et substitutt og delvis kritikk av den tradisjonelle læren. Den vitenskapelige tilnærmingen hevder at rettskildedeprinsippene kun er en minstandard, og bare er en del av denne sikringen som her kalles rasjonalitetskriteriene. I tillegg til prinsippene må man også følge vitenskapsidealene og søke et verdi- og fornuftsmessig koherent rettssystem. Den vitenskapelige tilnærmingen hevder at alle rasjonalitetskriteriene bør følge med igjennom hele prosessen.

**Selv om vi på kurset taler om ulike teoretiske modeller rettsanvendelsesprosessen, bør en forsøke å være så konkret som mulig når en redegjør for disse. Det dreier seg om ulike grunntrekk eller tendenser med hensyn til hva som regnes som god eller forsvarlig argumentasjon som en kan utlede av ulike forfatteres bøker eller artikler om juridisk metode. Her er det mulig å knytte direkte an til eksamensoppgavens tema: De ulike modellene for (eller innfallsvinklene til) rettsanvendelsesprosessen, vil nemlig dermed også ha ulike kriterier for hva som regnes som forvarlige eller uforsvarlige slutninger fra rettskildefaktorene.**

Den vitenskapelige tilnærmingen er den typen tilnærming til rettsanvendelsesprosessen som jeg skriver om i kapittel 4 av artikkelen ”Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen” i Jussens Venner 1/2011 (heretter kalt Tande 2011). Denne tilnærmingen er et supplement til den tradisjonelle rettskildelæren, og gjør seg gjeldende innenfor rammen av de alminnelige rettskildedeprinsippene. Dermed blir det ikke helt treffende å tale om et substitutt for (altså en erstatning for) den tradisjonelle læren.

**Det kandidaten skriver om rasjonalitetskriteriene er dessuten ikke selvforklarende, og bør utdypes nærmere: En kan regne de tradisjonelle rettskildedeprinsippene som ett sett av kriterier for hva som er godt og forsvarlig når det gjelder juridisk argumentasjon, og de utgjør i denne forstand én type rasjonalitetskriterium. Den vitenskapelige tilnærmingen supplerer disse kriteriene med et krav om behandling og balansering av rettskildefaktorenes underliggende verdier, og med vitenskapsidealenes krav om grundighet, balanse, etterprøvnbarhet og kritisk holdning. Dette kan en kalle rasjonalitetskriterier basert på henholdsvis verdier og vitenskapsidealene. Poenget blir å se hvordan disse ulike rasjonalitetskriteriene påvirker vurderingen av hva som regnes som forsvarlige slutninger fra rettskildefaktorene.**

Videre i besvarelsen vil det ses nærmere på hvordan en finner legitimeringsintervallet for slutninger og videre finner de forsvarlige slutningene innenfor legitimeringsintervallet.

**Det er veldig bra at dette med legitimeringsintervallet (eller legitimitetsintervallet som vi kaller det på metodekurset) tas med i besvarelsen, men igjen må uttrykket forklares nærmere. Poenget er at det ofte vil kunne finnes et visst spillerom (eller intervall) for hva som regnes for forsvarlig, og at det sentrale vil være å plassere sin argumentasjon og sitt standpunkt innenfor dette intervallet. En må altså identifisere intervallet for forsvarlig argumentasjon, og ta stilling til hva som er det mest riktige innenfor dette intervallet. I forhold til eksamensoppgaven ser en da at en ikke bare kan fokusere på hva som er en forsvarlig slutning, men også må ta nærmere stilling til hva som er den riktige slutningen.**

**Slutninger**

## Generelt

I denne fasen har man allerede funnet fram de rettskildedefaktorene som er relevante for rettsanvendelsesprosessen, og det primære rettsgrunnlaget. Oppgaven i denne fasen er å trekke slutninger fra hver enkelt faktor. Eckhoff mener fasene bør skilles klart. Likevel er hans modell bygd opp av allerede eksisterende rettspraksis, og Høyesterett blander til dels fasene. Hans modell åpner derfor likevel for at fasene kan gå over i hverandre.

**Det er riktig at det skjemaet for rettsanvendelsesprosessen som det juridiske miljøet har trukket ut av Eckhoff sin lærebok, skiller klart mellom slutnings- og harmoniseringsstadiet. Men Eckhoff selv skiller ikke alltid så klart mellom slutning og harmonisering, antakelig av den grunn kandidaten nevner.**

Nygaard er i midlertid streng med at fasene ikke skal blandes. Han mener det blir et problem dersom slutningsfasen og harmoniseringsfasen blandes, ettersom det da kan bli vanskelig å trekke ut den selvstendige betydningen av hver faktor.

**Nygaard skiller i hvert fall klart mellom slutning og harmonisering, jf. s. 35-37 i læreboken Rettsgrunnlag og standpunkt, og forutsetter at slutningsprosessen skjer separat for hver enkelt rettskildedefaktor.**

Den vitenskapelige tilnærmingen er også streng på at en ikke skal fasene gå inn i hverandre. Det er satt fokus på at å trekke selvstendige slutninger fra hver enkelt faktor er essensielt.

**Poenget her er at den vitenskapelige tilnærmingen forutsetter at valg og vurderinger synlig-gjøres på de ulike stadiene av rettsanvendelsesprosessen, og da blir det nødvendig å skille ut valgene og vurderingene knyttet til slutningsstadiet.**

Både den tradisjonelle lære og den vitenskapelige tilnærmingen innrømmer at det er fare for forforståelse. Forforståelse vil si at rettsanvender har en bevisst eller ubevisst forståelse av hva slutningen fra en faktor skal inneholde før en faktisk analyserer faktoren. Den vitenskapelige tilnærmingen mener at forforståelse er greit dersom en synliggjør denne klart og tydelig og er seg selv bevisst sin egen forforståelse. Et hjelpemiddel for sin egen bevissthet er klare og tydelige problemformuleringer som setter spenningene i tvisten på spissen.

**Det er særlig Eckhoff av tidligere forfattere som har fremhevet faren for at forforståelsen preger rettsanvenderens vurderinger, jf. avsnitt 5 i Tande 2011. Den tradisjonelle rettskilde-læren som er trukket ut av Eckhoffs lærebok av andre, har hatt lite fokus på dette. Ellers får kandidaten frem poengene på en kort og poengtert måte.**

## Individuelle valg og vurderinger

I tvilstilfellene vil rettsanvendelsen bære større preg av individuelle valg og vurderinger. Eckhoff mener disse valgene og vurderingene er en stor del av rettsanvendelsesprosessen, og at denne styres av individenes intuisjon. Intuisjonen kvalitetssikres imidlertid av en felles juridisk plattform, som jurister står på etter endt studie og etter en samhörighet i det juridiske fagfellesskapet. På lovfestet område er Eckhoff likevel klar på at det skal legges størst vekt på en klar lovtekst, og dermed at man skal forholde seg objektiv. Det kan diskuteres om han med

dette går imot sin egen modell. Han har uansett laget et unntak, hvor han viser at lovtekst er grunnleggende i prosessen, og rettsstaten på grunn av sin demokratiske legitimitet.

**Det er riktig at Eckhoff ser dette med intuisjon som noe sentralt, men det er viktig å presisere at det er en intuisjon innenfor rammen av rettskildeprinsippene, jf. det kandidaten tidligere har skrevet om Eckhoff. Sett isolert, blir det som skrives her ikke helt treffende, selv om kandidaten sikkert har tenkt det satt i sammenheng med det foregående. Og når det gjelder det at Eckhoff går i mot sin egen modell, så er poenget i Tande 2011, at Eckhoff ikke ser det slik at Høyesterett bestemmer hvilket argumentasjonsmønster som er riktig når det gjelder klar lovtekst, i motsetning til ellers. Så det er mer tale om å modifisere enn å gå imot egen modell.**

Nygaard mener imidlertid at valg og vurderinger ikke eksisterer i like stor utstrekning. Han mener rettsanvender må koble seg ut i mest mulig grad og forholde seg til de objektive elementene i prosessen. Det vil si i størst mulig grad å forholde seg til ordlyden i lovteksten fremfor å benytte rimelighetsstandarder. Han er imidlertid åpen for at det i noen av tvilstilfellene er nødvendig med individuelle valg og vurderinger, men dette vil kun gjøre seg gjeldende på harmoniseringsstadiet og ikke i slutningsfasen.

**Den første setningen i dette avsnittet krever en nærmere forklaring: Poenget er at Nygaard plasserer valg og vurderinger på harmoniseringsstadiet i rettsanvendelsesprosessen, og i den forstand gir inntrykk av at valg og vurderinger ikke gjør seg gjeldende på tidligere stadier, slik kandidaten kommer inn på avslutningsvis i avsnittet.**

Den vitenskapelige modellen baserer seg på at det vil være individuelle valg og vurderinger i alle ledd av rettsanvendelsesprosessen. Til og med å slå fast om saken er klar eller et tvilstilfelle er et individuelt valg. Den vitenskapelige modellen mener valgene og vurderingene er bygd opp av de grunnleggende rettsstatlige verdiene som ligger i rettssystemet. Hovedsakelig er det tre verdier som her gjør seg gjeldende. Hensynet til demokratisk legitimitet, hensynet til rimelighet og rettferdighet og hensynet til rettsforutberegneligheten.

**Fremstillingen av den vitenskapelige tilnærmingen er grei så langt den rekker, men kunne vært mer presis. Det er positivt at kandidaten både her og nedenfor er inne på betydningen av verdier, men noe av det helt sentrale kommer ikke klart frem: Gjennom rettsanvendelsesprosessen må en identifisere de verdikonfliktene som gjør seg gjeldende, og forholde seg aktivt til avklaringen av dem slik at vitenskapsidealene knyttet til grundighet, balanse og etterprøvbarehet blir oppfylt så langt som mulig. Jeg kunne også ønsket meg mer fokus på det oppgaven spør om, nemlig slutningsstadiet av rettsanvendelsesprosessen.**

Hensynet til demokratisk legitimitet går på at man skal ha respekt for lovteksten, fordi det er den som representerer lovgiverens vilje i størst mulig grad. Samtidig kan forarbeidene støtte opp om dette hensynet dersom lovteksten er klar. Dette hensynet gjør seg sterkest gjeldende på legalitetsprinsippets område, ettersom det er her rettsikkerheten står mest på spissen.

Hensynet til rimelighet er å vurdere de rimelighetshensynene som gjør seg gjeldende på områdene. Mer overordnet er de generelle rettsslige verdiene likhet, proporsjonalitet,

rettstekniske hensyn mm. På nivå under dette igjen kommer typiske reelle hensyn slik vi kjenner dem.

**Dette blir uansett noe generelt i forhold til oppgavens tema, men når det først tas opp av kandidaten kan det antakelig sies noe mer presist: En kan se det slik at hensynet til rimelighet og rettferdighet er et grunnleggende hensyn i rettssystemet, og at reelle hensyn på ulike nivå (rettsområdenivå, typetilfellenivå eller partsnivå) ivaretar dette hensynet.**

Hensynet til restforutberegnelighet går på både forutberegnelighet for borger og for den trente jurist. Når hensynet til demokratisk legitimitet og rimelighet er oppfylt, er forutberegneligheten som regel også oppfylt. Hensynet går likevel mer på krav om å forholde seg til eksisterende rettspraksis, og viser med dette mer eksplisitt til rettskildefaktor som gjør seg gjeldene.

**Her er poenget at forutberegnelighet er et generelt hensyn for hele rettsanvendelsesprosessen, og også ivaretas gjennom å ivareta hensynet til demokratisk legitimitet og hensynet til rimelighet og rettferdighet. Siden ikke alle rettskildefaktorer fanges opp av de to sistnevnte hensynene, har vi på kurset operert med restforutberegnelighet som en egen kategori, blant annet for å fange opp rettspraksis og den dømmende makt som sentrale elementer i rettssystemet.**

Utfordringen vil etter dette være å sikre de individuelle valgene og vurderingene, slik at en likevel trekker slutninger fra rettskildefaktorene som er forsvarlige og gode etter en objektiv standard. Her vil rasjonalitetskriteriene som klarlagt over komme til anvendelse, og vil være utgangspunkt for den videre drøftelse.

### **Rasjonalitetskriteriene**

**Det følgende er en god oversikt over vitenskapsidealene som grunnlag for hva som regnes som godt eller forsvarlig, og kandidaten får også godt frem poenger knyttet til anvendelsen av verdier som rasjonalitetskriterium. Likevel blir det kanskje litt mye teori og abstraksjon i denne delen av fremstillingen, og det blir ikke helt klart hvilken betydning det som skrives har for spørsmålet om forsvarlige slutninger fra rettskildefaktorene. Kandidaten kommer tilbake til dette i neste avsnitt, men så langt har fremstillingen inneholdt mye av mer generell karakter.**

Rettskildeprinsippene er en minimumsstandard rettsanvenderne må forholde seg til og det er stor oppslutning om dette i den juridiske felleskapet. Jeg går derfor ikke videre inn i dette.

Vitenskapsidealene er kriterier som skal kvalitetssikre slutningsprosessen ytterligere enn rettskildeprinsippene. Den vitenskapelige modellens formål er å styre den juridiske argumentasjonen og tenkningen inn i en mer regelbundet form i forsøk på å få en klarere kvalitetssikring. Vitenskapsidealene er et redskap for dette. Idealene krever at en skal ha en balansert, tydelig drøftelse av hver rettskildefaktor. Valgene og vurderingene skal være synlige, både for rettsanvenderen selv og for den som leser argumentasjonen i ettertid. Dette igjen fører til at rettsanvender blir seg selv bevisst sine egne valg og vurderinger, og det er lettere å kvalitetssikre anvendelsen i etterkant. Dette vil igjen føre til at borgerens rettsikkerhet vil styrkes.

Å søke et verdi- og fornuftsmessig koherent rettssystem er et overordnet mål innenfor den vitenskapelige tilnærmingen. Nygaards modell forutsetter at rettssystemet allerede er koherent, mens den vitenskapelige modellen mener en aldri vil kunne oppnå et koherent rettssystem. Noe av grunnen til dette er fordi en aldri helt kan vite den eksakte størrelsen og innholdet av et koherent rettssystem, blant annet fordi systemet er dynamisk og hele tiden i utvikling. Det er derfor den vitenskapelige tilnærmingen som det vil bli tatt utgangspunkt i videre om dette.

**Det mest presise vil nok være å si at Nygaard i større grad enn Eckhoff og den vitenskapelige tilnærmingen forutsetter at rettssystemet allerede er koherent, slik at en i stor grad kan basere seg på allerede eksisterende elementer i rettssystemet når en skal argumentere juridisk, jf. det Nygaard skriver om å koble seg selv ut i så stor grad som mulig. Og selv om det nok er riktig at en ut fra andre innfallsvinkler neppe kan tenkes å oppnå et helt koherent rettssystem, så er det i hvert fall et helt sentralt ideal for den vitenskapelige tilnærmingen. Kandidaten synes å forstå dette, så det er nyansene i formuleringene jeg er ute etter å få frem.**

Å søke et verdimesig koherent rettssystem vil si at en i sine valg og vurderinger hele tiden har de grunnleggende rettsstatlige verdiene i tankene. Den vitenskapelige modellen forutsetter at det i enhver tvilsom tvist vil være flere grunnleggende rettsstatlige verdier som står i spenning med hverandre. Dette gjelder også i slutningsfasen. Dersom en gjør seg selv bevisst dette, finner ut hvor skoen trykker, og gjør dette på en synlig måte, vil dette føre til et mer koherent rettssystem. Dette er fordi en da knytter slutningene til det som er aller mest sentralt i rettssystemet, slik at slutningene vil holde seg i sentrum.

Å søke et fornuftsmessig koherent rettssystem vil si å forholde seg til det allerede eksisterende systemet på en fornuftig måte. For eksempel må en forholde seg til generelle rettsstatlige verdier som at like tilfeller skal behandles likt. Dersom alle forholder seg konsekvent til dette vil det bli mer sammenheng mellom avgjørelsene. Dersom det er en oppslutning rundt å trekke en type slutninger ut av en konkret faktor, bør en fortsette denne linjen for å søke et fornuftsmessig koherent system. Dersom dette strider mot for eksempel rimelighet i et spesielt tilfelle, vil en måtte ta hensyn til dette og sette dette opp mot de andre verdiene dersom en ønsker et verdimesig koherent system. Dette vil derfor bli en samlet vurdering, hvor målet er å finne den løsningen som fører til størst mulig koherens generelt.

**Hva som er fornuftsmessig koherent, vil avhenge av hvilke rasjonalitetskriterier som legger til grunn, jf. kandidatens første setning i avsnittet. Argumentasjonen må gi sammenheng både i relasjon til rettskildefrinsippene og i relasjon til underliggende verdier i rettssystemet, på rettsområdet, i typetilfellet og på partsnivå.**

Å sette de teoretiske modellene og tilnærmingene ut i praksis

Det vil her bli tatt utgangspunkt i rettskildefaktorene lovtekst, forarbeid, rettspraksis og reelle hensyn, ettersom det er disse det har vært mest fokus på i kurset.

## **Lovtekst**

På lovfestet område er lovteksten alltid primært rettsgrunnlag, og dermed den faktoren en tar utgangspunkt i. Lovteksten er den sterkeste representanten for demokratisk legitimitet av alle rettskildefaktorene, og har sin autorisasjon igjennom Grl §49.1 forlengelsen av demokratisk

legitimitet er den også bærer av maktfordelingsprinsippet. Det er derfor opplagt at en tidlig og tydelig bruk av lovtekst er essensielt for å ta vare på disse hensynene.

**Her har kandidaten kommet frem til det som fremstår som mer direkte relevant for oppgavens tema, og har gode poenger. En bør imidlertid ikke bruke så kategoriske ord som ”opplagt” i slike sammenhenger. Vi har flere eksempler på at Høyesterett ser lovteksten og forarbeidene som en enhet, og toner ned rent språklige slutninger fra lovteksten, og ikke anser dette for å være i strid med hensynet til demokratisk legitimitet.**

Det er flere måter å anvende lovteksten på. Den første inndelingen er om en skal legge til grunn en statisk eller dynamisk tolkning. Statisk tolkning tilsier at en skal tolke teksten ut fra hva som var betydningen på det tidspunktet loven ble laget. Dynamisk tolkning tilsier at en skal tolke lovteksten i takt med tiden.

Et godt eksempel på dynamisk tolkning er pornodommen, hvor man i spørsmålet om en film var støtene måtte se på hva som var støtende i dagens samfunn, ikke på den tiden loven ble laget. Dette eksemplet er satt på spissen, og det er ikke alltid en kan se de store forskjellene som en kunne i denne dommen. I den saken var det også presisert i lovteksten at en skulle legge til grunn en dynamisk tolkning. Men dersom dette ikke er presisert i lovteksten blir det vanskeligere å bestemme når en kan benytte denne formen for tolkning. For å sikre at det er forsvarlig å benytte dynamisk tolkning må en ta støtte i de grunnleggende rettstatlige verdiene. Generelt kan en si at det er den dynamiske tolkningen som stiller sterkest i forhold til demokratisklegitimiteten. Dette er fordi stortinget vil som regel gå igjennom lovbestemmelser flere ganger opp igjennom tiden for revisjon. Den vil derfor bli lest med nye og oppdaterte øyne flere ganger. De som går igjennom dette vil lese den naturlige språklige forståelsen av lovteksten i kontekst med dagens samfunn. Dersom de mener loven fortsatt skal være gjeldende vil det de leser i teksten være stortingets vilje. Det er derfor generelt tryggest å velge den dynamiske tolkningsmetoden.

**Når lovteksten viser til en rettslig standard, så blir slutningen fra lovteksten nærmest per definisjon av det dynamiske slaget, så dette er ikke et helt treffende eksempel på en valgsituasjon mellom det dynamiske og statiske. Kandidaten ser dette poenget, men burde ikke begynt med et slikt typetilfelle ut fra sammenhengen i teksten. Kandidatens begrunnelse for dynamisk tolkning av lovteksten er absolutt inne på noe, men dette er ikke noe som er fremhevet på metodekurset. På metodekurset er det fremhevet at en viss dynamisk tolkning kan være nødvendig for at bruken av lovteksten ikke skal bli for statisk eller rigid, selv om det går en grense for hvor dynamisk en kan være.**

Et eksempel på dette er bloggerdommen. Her var det snakk om en person som oppfordret til drap på bloggen sin. Her var spørsmålet om uttalelser på blogg var «trykt skrift». Her tolket Høyesterett lovteksten statisk, slik at de ikke tok med i vurderingen at det har vært en teknologisk eksplosjon etter lovteksten ble utformet. Resultatet ble at personen ikke ble dømt for uttalelsene, selv om rimelighetshensyn tilsa det motsatte.

**Det er fint at kandidaten gir et konkret eksempel på en statisk tolkning her. Mindretallet i denne dommen kunne vært anvendt som et eksempel på en mer dynamisk preget slutning fra lovteksten.**

Selv om det generelt er tryggest å velge den dynamiske tolkningen, er det imidlertid et krav etter vitenskapsidealene at en må tilpasse dette etter den enkelte situasjon. Man må alltid se på alle de tre grunnleggende verdiene samlet for å komme til et tolkningsresultat, ikke bare demokratisk legitimitet. I forlengelsen av dette må en også se på hvilket rettsområde man er på. Et eksempel på dette er dersom man befinner seg på legalitetsprinsippets område. Da stilles det strengere krav til demokratisk legitimitet fordi borgerens rettsikkerhet står sterkere.

Kandidaten burde tatt stilling til om det var mest riktig med en statisk eller en dynamisk tilnærming til ordlydstolkning i bloggerdommen, siden dette eksemplet først er trukket frem.

Et eksempel på dette er napster.no-dommen. Dette gjaldt en person som lenket til en musikkfil på sin internettside. Spørsmålet var om dette var «tilgjengeliggjøring» av det opphavsberettiget materialet. Istedenfor å sette seg inn i rettsområdet og utviklingen av dette og teknologien rundt, forholdt Høyesterett seg passiv til utviklingen på dette området. Det endte med at de ikke tok standpunkt til kriteriet og dømte personen for medvirkning istede. De faktiske konsekvensene ble derfor at de tolket lovteksten statisk og kom til at lenking på internett ikke falt under kriteriet «tilgjengeliggjøring». De som har spesialisering innenfor dette rettsområdet er imidlertid ikke i tvil om at lenking omfattes i en dynamisk tolkning. Problemet her var at Høyesterett ikke så den grunnleggende verdien om hensynet til rimelighet i sammenheng med kravet til demokratiske legitimitet. Det ser mest ut som de ikke tok standpunkt til verdiene i det heletatt.

**Poenget i napster.no-dommen som vi fokuserte en del på i fjorårets kurs, er at Høyesterett i stor grad lot være å trekke slutninger fra lovteksten og forarbeidene i det hele tatt, selv om begge faktorene kan sies å tale for at lenker skal regnes som tilgjengeliggjøring. Så dette er vel mer et eksempel på en nedtoning av hensynet til demokratisk legitimitet mer generelt, til fordel for rimelighetsbetraktninger, mer enn et valg mellom statisk og dynamisk tilnærming til lovteksten. Dommen er relevant for oppgavens tema, men ikke helt på den måten som kandidaten angir, slik jeg vurderer det.**

En neste inndeling av anvendelsen av lovtekst er om en skal foreta innskrenkende, utvidende eller presiserende lovtolkning. Denne inndelingen kommer egentlig inn etter prosessen er over, men en må likevel ha inndelingen i bakhode ved tolkningen av lovteksten for å kunne ta tydeligere standpunkt til de underliggende verdiene.

**Her bør kandidaten preisere hvilken relevans denne inndelingen har i forhold til oppgavens tema, altså slutninger fra rettskildefaktorer. Det må foretas en grundig behandling av lovteksten for å se hvilken type tolkningsresultat som er aktuelt, og for å se hvordan hensynet til demokratisk legitimitet gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Derfor kan det i mange tilfeller fremstå som uforsvarlig med en mer overfladisk behandling av eller slutning fra lovteksten. Det er antakelig dette studenten sikter til også, men det burde komme klarere frem etter min mening.**

Innskrenkende tolkning er hvor rettsfølgene gjeldet et stort område, men man tolker det slik at rettsfølgene bare gjelder en mindre del innenfor dette området.

Et eksempel på dette er sterilitetsdommen fra 1921. lovens ordlyd i den daverende lov ga uttrykk for at dersom man hadde hatt samleie med moren innenfor befrukningsintervallet var man barnets far. I den konkrete saken var mannen steril, men det fantes ingen



unntaksbestemmelser for dette. Her så høyesterett på hensynet til demokratisk legitimitet og hensynet til rimelighet, og satte disse opp mot hverandre. Her var rimelighetshensynene så sterke at mannen ble ikke ansett som far.

**Her blir relevansen i forhold til oppgavens tema mer uklar enn i det foregående. Hvordan relaterer dette seg til hvilke slutninger fra ulike rettskildefaktorer som er forsvarlige?**

Utvidende tolkning er når rettsølgene gjelder ett område, men etter tolkningen vil den favne videre og omfatte tilfeller som egentlig ikke er innenfor.

Et eksempel på dette er passbåtdommen. Her var det spørsmål om den private føreren av en 17 fots passbåt med 170 hk førte et «skip» under «tjeneste». Dette er egentlig ikke et skoleeksempel på utvidende tolkning innenfor slutningsfasen fordi den største vurderingen i dommen lå i harmoniseringsfasen. Det er likevel nyttig som en illustrasjon av hva utvidende tolkning er, og at den kan gjøre seg gjeldende også på legalitetsprinsippets område. Det er også et eksempel på at Høyesterett i slutningsfasen ikke holdt de grunnleggende rettslige verdiene opp mot hverandre. Dersom de hadde sett at både hensynet til demokratisk legitimitet, og hensynet til rest-forutberegneligheten opp mot hensynet til rimelighet i den forstand hensynet til sikkerhet, ville de i større grad hatt en mer avventende holdning til å utføre denne utvidende tolkningen når det kom til harmoniseringen.

**Her beveger kandidaten seg altså over til å behandle harmonisering mer enn slutning fra rettskildefaktorene. Noen studenter lurert sikkert på hvordan dette påvirker karaktervurderingen, men karakterfastsettelsen avhengier alltid av en helhetsvurdering. Det spiller liten rolle at det skrives enkelte partier i teksten med uklar relevans, så lenge helhetsinntrykket er overbevisende.**

Presiserende tolkning er når det er flere forskjellige tolkninger som en kan anse som forsvarlige. Et eksempel på dette er støvletheldommen. Saken gjaldt om et par sko med mangel, og spørsmålet var om de skulle omleveres eller byttes inn. Her kunne man både tolke «urimelig kostnad» til å bety i kroner og øre, eller i en prosentandel.

Som beskrevet over er det viktig at uansett hvilken tolkningsmetode som brukes blir foretatt en tidlig, tydelig og selvstendig bruk av lovteksten på en grundig måte på lovfestet område. Dette kvalitetsikrer prosessen, og sikrer hensynet til demokratisk legitimitet.

**Her er kandidaten tilbake på sporet igjen, og behandler slutning fra lovtekst.**

Et eksempel på hvor dette ikke blir gjort på en god måte er passbåtdommen, jf. over. Her ser førstevoterende kort på lovteksten, også viser de bare til tolkningen av dette i en tidligere dom. Den oppfylder dermed klart ikke kravene til selvstendig lovtolkning. Dette fører etter min mening til at den resterende behandlingen av spørsmålet kommer skjeft ut, og virker lite balansert. Man får også inntrykk av at dommeren sitter med en ikke artikulert forforståelse. Denne forforståelsen kan være bevisst eller ubevisst, men problemet er at den ikke er uttrykt.

Forforståelsen kan slik jeg ser det ta utgangspunkt i to forskjellige utspring. Enten har flertallet en forforståelse i forhold til den allerede eksisterende dommen på området. Dette vil i så fall forklare den uselvstendige ordlydstolkningen, og setter på spissen hvor viktig det faktisk er å foreta en selvstendig tolkning. Dette setter også på spissen hvor viktig det er å

skille mellom slutningsdelen og harmoniseringsdelen. Det andre utspringet til forforståelsen kan være at flertallet kom inn i rettsalen med en tanke om at å kjøre båt å alkoholrus er farlig og at det må straffes. Dette viser i så fall viktigheten av å sette verdiene opp mot hverandre for å se sammenhengen mellom de, og ha et bevisst valg av hvilket hensyn som gjør seg mest gjeldende. På legalitetsprinsippets område er det jo påfallende at det er rimelighetshensyn som får størst vekt uten noen videre drøftelse rundt dette i slutningsfasen.

Et eksempel på det motsatte er elvebåtdommen. Dette er en dom i forlengelsen av alle dommene som vedrører «skip» ført under «tjeneste», jf. Bla passbåtdommen. Her går Høyesterett tidlig inn i lovteksten, og ser at det er utført en stor del av utvidende tolkning på området. Dette er en selvstendig og separat tolkning av ordlyden. Likevel blir spørsmålet stilt om en kan videreføre denne utvidende tolkningen. Her blir hensynene satt opp mot hverandre på en god måte også.

**God bruk av dommene i det foregående, hvor kandidaten illustrerer de sentrale poengene som tidligere bare er behandlet teoretisk. Likevel blir det såpass lite om innholdet i dommene, at det er vanskelig for den uinnvidde leser å følge med. Siden mange studenter bare skriver om innholdet i dommene, uten å få frem poenget i forholdet til oppgavens tema, er denne kandidatens variant likevel å foretrekke.**

### **Forarbeider**

Forarbeider er også bærer av hensynet til demokratisk legitimitet, men ikke i like stor grad som lovteksten. Dette vil også gjøre seg gjeldende i større eller mindre grad, i hver enkelt sak. Det lovteksten er vag, vil forarbeidene stille sterkere. Et eksempel på dette er flertallsvotumet i støvlettheldommen. Dette igjen viser at det kan være vanskelig å foreta en helt adskilt vurdering av forarbeidene, fordi den er så nært knyttet opp mot lovteksten. En må likevel forsøke å trekke noe eget ut av forarbeidene, og ikke la dette bare bli liggende som en ekstra klump i vektskålen til lovteksten i slutningsfasen.

**Dette vil jeg si er et mer sentralt punkt ut fra oppgavens tema, enn det kandidaten gir inntrykk av. I mange av de dommene vi går gjennom på kurset, ser en at lovteksten ikke skilles ut til isolert behandling i særlig grad, mens det trekkes grundigere slutninger fra forarbeidene. Spørsmålet er da om dette fremstår som forsvarlig, noe som igjen avhenger av synet på forholdet mellom lovteksten og forarbeidene som ivaretagere av hensynet til demokratisk legitimitet – både generelt og i det konkrete tilfellet. Dette burde kandidaten gått nærmere inn på.**

### **Rettspraksis**

Å benytte rettspraksis i slutningsfasen ligger mer opptil hensynet til restforutberegneligheten. Rettspraksis har sin autorisasjon igjennom Grl § 88, hvor domstolen har sin dømmende makt. Her kan jurister og borgere forutse at tilfeller som likner på hverandre gjerne blir behandlet noe likt. Her er det tre forskjellige måter å trekke slutninger fra rettspraksis. Enten kan man bruke ratio desidendi, obiter dictum eller så kan man parallelltolke.

**Ut fra det kandidaten skriver, blir altså det sentrale å trekke slutninger fra rettspraksis som ivaretar hensynet til den dømmende makt og den nevnte forutberegneligheten.**

Ratio decidendi (anført ratio decidendi) er der hvor man bruker enkelte rettssetninger fra dommen og overfører de til sin avgjørelse. En adopterer da ikke hele avgjørelsen, men bruker utdrag fra den. I disse tilfellene er det ikke av stor betydning hvor stor likhet sakene har med hverandre. Det er i disse tilfellene gjerne generelle uttalelser om jussen i saken som blir brukt. Når man benytter dette er det avgjørende at man ser på verdiene som er på spissen i den saken en henter uttalelsene fra. Og ser om verdiene gjør seg gjeldende i samme grad også i det foreliggende tilfellet. På denne måten kan en oppnå større verdi- og fornuftsmessig koherens.

**Det blir for enkelt å si at at likheten mellom sakene ikke er av stor betydning ved bruk av ratio decidendi. Sakene må ha en ganske stor grad av likhet for at det skal gi mening å overføre en generell retningslinje fra en tidligere dom, selv om graden av likhet ikke kommer like mye i fokus som ved paralleltolkning. Og det er uklart hva kandidaten mener med å adoptere hele avgjørelsen i denne sammenhengen.**

Obiter dictum er en form hvor dommeren i en annen dom har sagt noe i en bisetning, som egentlig ikke gir noe til vurderingen av den angitte saken. Gjerne er dette generelle uttalelser som blir gjeldende rettsområdet dommen er på. Det er diskutert i teorien om dette er forsvarlig å benytte seg av, ettersom dommerne er gitt myndighet til å dømme i enkeltsaker, ikke å drive lovregulerende arbeid. Likevel blir disse uttalelsene til stadighet brukt av Høyesterett. Dersom en velger å trekke slike slutninger ut fra en dom er det særs viktig at en holder uttalelsen opp mot de verdipenninger som ligger i den foreliggende saken, og ser om det er forsvarlig å bruke den.

**Fint at kandidaten behandler dette, og dette er treffende i forhold til oppgavens tema.**

Parallelltolkning er når en nærmest adopterer vurderingene til en annen dom i sin egen avgjørelse. Her stilles det krav til likheten mellom den gamle dommen og avgjørelsen som skal skrives. Det stilles også krav til å se på prejudikatsstyrken av dommen. Her er det flere momenter som må vurderes. For eksempel om dommen er kritisert i ettertid, om den er ny, gammel eller midt i mellom, om det har kommet senere avgjørelser som går for og i mot. Denne vurderingen er med på å kvalitetssikre anvendelsen av parallelltolkning. Det er derfor lett å si at dette er den tryggeste formen å trekke slutninger fra rettspraksis på. Et eksempel på parallelltolkning er passbåtdommen, jf. over.

**Jf. tidligere kommentar om forholdet mellom ratio decidendi og parallelltolkning, og om det uklare i det å adoptere vurderingene fra en annen dom. Dette blir uklart. Og det bør skilles klarere mellom ulike måter å trekke slutninger på, og spørsmålet om prejudikatsstyrken. Det siste ligger utenfor oppgavens tema siden det dreier seg om harmonisering med andre rettskildedefaktorer.**

### **Reelle hensyn**

Bruken av reelle hensyn er det stor uenighet om i juridisk teori. Eckhoff mener reelle hensyn styrer store deler av prosessen, at det er en del av individuelle valg og vurderinger og kan også være et rettskildepriussipp. Mens Nygaard mener reelle hensyn allerede ligger i rettssystemet, og at rettsanvender må finne disse og plukke de fram.

Den vitenskapelige modellen mener reelle hensyn har sitt utspring i den grunnleggende verdien i rettssystemet hensynet til rimelighet. Verdiene er som sagt del inn i flere nivå, og verdiene rundt reelle hensyn ligger på partsområde, tilfelleområde og rettsområdenivået.

Den vitenskapelige modellen mener at en i slutningsfasen skal se hver rettskildefaktor for seg. Dette gjelder også reelle hensyn. Men ofte er det flere enn ett reelt hensyn som gjør seg gjeldende. Den vitenskapelige modellen mener at en derfor må se hver for seg først, men så se hele faktoren reelle hensyn samlet, før man trer inn i harmoniseringen. På denne måten vil en skape seg et bilde av de verdiene som ligger i spenn i saken.

**Kandidaten skriver greit så langt det rekker om reelle hensyn, men jeg savner konkretisering i form av konkrete dommer.**

### **Legitimeringsintervallet**

Ved å benytte disse rasjonalitetskriteriene i sin avgjørelse vil en først komme fram til et legitimeringsintervall. Dette betyr at i rettsanvendelsen vil det kunne være flere forsvarlige og gode slutninger fra faktorer, harmoniseringer og kanskje også avgjørelser. Noen løsninger underveis og avgjørelser vil imidlertid være mer forsvarlig, eller mer god enn andre innenfor intervallet. Den vitenskapelige modellen mener derfor at det ikke er nok å komme fram til de forsvarlige slutningene, en må søke de anvendelsene som er mest forsvarlig, mest god, og som vil føre til et mest mulig verdi og fomuftsmessig koherent rettssystem. Dette blir den siste avveiningen innenfor slutningsfasen før en beveger seg over på harmoniseringen.

**Solid om dette, selv om det igjen kunne vært gitt et konkret eksempel. Det kan for eksempel være forsvarlig med en statisk tolkning av lovteksten i bloggerdommen, men det er ikke nødvendigvis den beste anvendelsen av slutningsprinsippet for lovtekst, selv på legalitetsprinsippets område. Det kan være uheldig dersom rettssystemet blir for formalistisk og rigid, og ikke åpner for en viss dynamisk utvikling uten at lovgiveren må vedta nye lover.**

### **Konsekvenser av slutningsfasen**

Dersom man ikke har kvalitetssikret slutningsprosessen, og i forlengelsen av dette ikke har avgjort hva som er en forsvarlig slutning og den mest forsvarlige slutningen vil være at man kommer skjeft ut i vektingen og harmoniseringen. Et illustrerende eksempel er dersom man har trukket en uforsvarlig slutning fra lovteksten. I harmoniseringen vil rettsanvenderen ha krav på seg til å vektlegge lovteksten, og da slutningen fra denne, mest. Det kan derfor i realiteten føre til en uforsvarlig avgjørelse. Dette igjen vil sette rettsikkerheten til borgerne i en utsatt posisjon. På denne måten er kvalitetssikringen en essensiell del av argumentasjonen.

**Bra også avslutningsvis, selv om det igjen hadde vært greit med en konkretisering.**

**Samlet har kandidaten skrevet en besvarelse som ikke er uten svakheter, men som likevel skiller seg klart ut i positiv retning gjennom selvstendig forståelse og analyse godt over gjennomsnittet. Særlig positivt er det at mange av hovedpoengene på kurset fanges opp i fremstillingen, og relateres klart til oppgavens tema. I eksamenssammenheng er det mindre vanlig å svare direkte på oppgaven enn det en skulle tro.**