

# Mønsterbesvarelse JUS133 Rettskilde- og metodelære

## Eksamen våren 2017

Kandidat: Anonym  
*Ikke kommentert*

### 1. Innledning:

Lovtolkning er betegnelsen på prosessen en rettsanvender utfører for å komme frem til en lovregel. I denne prosessen vil man ta utgangspunkt i lovteksten, og utpensler dens nærmere meningsinnhold ved hjelp av andre rettskildefaktorer. Forarbeider har en særlig betydning i denne prosessen, og det kommer til å være et hovedtema for denne oppgaven.

Rettsstatens grunnleggende idé og prinsipp er at all myndighetsutøvelse skal være hjemlet i og bundet av rettsregler, som skal utøves etter et grunnleggende likhetsprinsipp. For å oppnå dette idealet kreves det at rettsanvendelsen ikke er vilkårlig - altså utslag av rent subjektive synpunkter og ad hoc beslutninger.

For å oppnå dette idealet er det over tid i praksis utviklet rettskildeprinsipper. Det er disse prinsippene som blant annet styrer at forarbeider er en relevant rettskilde, hvordan det skal trekkes argumenter ut fra dem, og hva vekten til disse argumentene er mot andre rettskildefaktorer. Det er bred enighet i juridisk teori at en rettsanvendelse må følge disse prinsippene for at argumentasjonen skal være legitim.

Rettskildeprinsippene utgjør dermed en felles ramme for juridisk argumentasjon, men innenfor denne rammen er det ulike valgmuligheter. De styrer eksempelvis ikke fullt ut hvordan man skal trekke argumenter fra forarbeider, og rettsanvenderen selv må foreta en vurdering av hvordan dette skal gjøres. Disse valgene vil ha betydning for ivaretagelsen av demokratisk legitimitet, og skal belyses gjennom den videre fremstillingen. I juridisk teori er det imidlertid uenigheter om hvordan disse valgene og vurderingene skal fattes, disse forskjellene vil også bli nevnes nedenfor.

Jeg kommer først til å foreta en gjennomgang av sentrale begreper for den videre fremstillingen, samt en kort gjennomgang av ulike forfatteres innfallsvinkel til valg og vurderinger. Videre kommer jeg til å gjennomgå hva forarbeider er, og hvorfor de er relevante i juridisk sammenheng. Når dette er gjort skal det undersøkes hvordan man best trekker slutninger fra lovforarbeidene før det skal sees på lovforarbeiders plass i lovtolkningen. Avslutningvis vil jeg komme med en sammenfatning, og bemerkninger til de ulike teoretiske fremstillingene og veien videre for metodelæren.

### 2. Begrepsavklaring:

Verdier:

Grunnleggende handler verdier om om noe en gruppe mennesker ser på som godt. I rettslig sammenheng handler dette om tanker og ideer som skal og ønskes ivarettatt gjennom juridisk virksomhet. Disse verdiene kan grovt sett deles inn i to ulike kategorier: Grunnleggende rettslige verdier/autorisasjonsgrunnlag og reelle hensyn.

Autorisasjonsgrunnlag er fellesbetegnelsen på verdier som autoriserer de ulike rettskildefaktorene. For lovtekst og forarbeider den autoriserende verdien demokratisk legitimitet, og for rettspraksis hensynet til den dømmende makt. Dette er helt sentrale verdier som springer ut av grunnloven, og som må ivaretas gjennom juridisk virksomhet. Forarbeidenes forhold til demokratisk legitimitet vil døftes nærmere nedenfor.

Reelle hensyn er en rettskildefaktor som er samlebetegnelsen på verdier som ikke fanges opp av de øvrige rettskildefaktorene, men som rettssystemet likevel ønsker å ivareta. Disse verdiene gjør seg gjeldende i ulik grad på ulike rettsområder, hvor eksempelvis hensynet til proposjonalitet gjør seg gjeldende på forvaltningsrettens område, mens hensynet til forutberegnelighet er viktigere på kontraktrettens område. Dette er dermed verdier som ligger utenfor rettssystemet, og en bro mellom den formalistiske jussen og samfunnet utenfor.

Kvalitetssikring:

Som nevnt over er et grunnleggende mål for rettsanvendelsesprosessen å unngå vilkårlighet. For å oppnå dette kreves det en grundig og åpen argumentasjon. Det er først da man kan sikre at argumentasjonen holder en tilstrekkelig kvalitet. For forarbeidene vedkommende vil det innebære at de ikke brukes på en vilkårlig måte, og knytter seg direkte opp til ulike valg og vurderinger som må gjøres i behandlingen av disse.

Legitimitetsintervall:

Innledningvis ble det nevnt at ulike forfattere har forskjellig syn på hvordan valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen skal fattes. Dette innebærer at ulike rettsanvendere har forskjellig fremgangsmåte, og kan komme til ulikt resultat. Ettersom disse fremgangsmåtene er innenfor rettskildeprikkene er de like "korrekte", og vil utgjøre et handlingsrom for rettsanvenderen som kan kalles legitimitetsintervall.

### **3. Kort om ulike forfatteres syn på valg og vurderinger:**

Det er hensiktsmessig å gjøre rede for ulike forfatteres syn på valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen her, da dette kommer til å bli en referanseramme for den videre drøftelsen.

Torstein Ekchoff understreker at det skjer valg og vurderinger gjennom hele rettsanvendelsesprosessen, som rettsanvenderen må ta stilling til. Likevel gir han ikke mye veiledning om hvordan disse skal fattes, men hevder rettsanvenderen foretar slike vurderinger basert på en verdiavveining gjennom en kvalifisert juridisk intuisjon. Denne styres i stor grad av ikke-artikulerte normer. Det er dermed denne intuitive verdiavveiningen som kvalitetssikrer valg og vurderingene.

Nils Nygaard fremhever valg og vurderinger i mindre grad, og baserer seg i større grad på at rettssystemet er bygget på forhåndsgitte verdier og regler som rettsanvenderen blir gitt en løsning av. Rettsanvenderen skal i stor grad koble seg selv ut, og fokusere på det objektive - herunder grunnleggende rettslige verdier. Likevel ser han at valg i enkelte tilfeller ikke kan unngås, men at rettsanvenderen i så fall må bygge på egen rettsfølelse. Resultatet blir dermed i stor grad det samme som hos Ekchoff, men at valgene og vurderingene blir mindre fremtredende.

Nyere juridisk teori, i denne oppgaven referert til som Knut Martin Tande har det samme verdimesse utgangspunktet som Nygaard, men deler Eckhoffs syn på at valg og vurderinger gjør seg gjeldende gjennom hele rettsanvendelsesprosessen. Forskjellen fra Eckhoff er at Tande gir retningslinjer for rettsanvenderen gjennom disse valgene og vurderingene, ved å fokusere på idealet om et verdi og fornuftmessig koherent rettssystem. Rettsanvenderen står dermed ikke like fritt som hos Ekchoff, og må foreta en aktiv verdiforvaltning til for å oppnå en tilstrekkelig kvalitetssikring

I denne oppgaven kommer det til å tas utgangspunkt i nyere juridisk teori, men som jeg vil vise er ikke Høyesterett alltid i tråd med denne læren. Det vil dermed vises til de ulike forfatterne for forklare deres fremgangsmåte.

#### **4. Hva er forarbeider og hvorfor er det relevant?**

Forarbeider er samlebetegnelsen på dokumenter som utbedres i samsvar ved vedtakelsen av en lov. Dokumentene kan inneholde vurderinger om formålet med loven, hvordan bestemmelsene i loven er ment å forstås samt mer generelle betraktninger. For større lovarbeider kommer de til uttrykk som en NOU utferdiget av et fagutvalg, en preposisjon utferdiget av departementet og som en instilling til Stortinget uferdiget av den relevante fagkomiteen. I denne oppgaven kommer det ikke til å skilles mellom disse dokumentene, men betegnes samlet som forarbeider.

Det avgrenses i denne oppgaven mot etterarbeider, som er dokumenter utferdiget av forskjellige organer etter at loven er vedtatt. Disse har en helt annen rettskildemessig verdi, da de ikke har direkte sammenheng med utferdigelsen av loven.

Siden forarbeidene utgjør grunnlaget for den endelige lovtekst, kan lovteksten sees på som en konklusjon av de foregående drøftelsene i forarbeidene. På denne måten blir lovtekstens demokratiske legitimitet ved å være vedtatt gjennom lovgivende forsamling etter prosessedyren i Grunnloven § 76 flg avledet over til forarbeidene som forklarer dens nærmere innhold. På denne måten bærer forarbeidene en avledet form for demokratisk legitimitet av lovteksten. Dette kan understrekes videre av den norske lovgivingstradisjonen, med korte lovtekster og utførlige forarbeider. Det kan dermed sies som forutsatt av lovgiver at lovteksten leses i samssvar med forarbeidene for å få et fyllestgjørende bilde av loven.

Dette innebærer i at ved å bruke lovteksten i lovtolkningsprosessen vil man fremme den underliggende verdien om demokratisk legitimitet. Denne verdien er helt grunnleggende i rettssystemet, og må ivaretas gjennom juridisk virksomhet. Dette har sammenheng med maktfordelingsprinsippet, hvor lovgiver har som oppgave å gi generelle regler som domstolene og andre rettsanvendere er bundet til å følge. Et videre spørsmål for dette blir dermed hvordan man kan ivareta hensynet til demokratisk legitimitet best mulig ved slutninger og bruk av forarbeider i lovtolkningsprosessen.

#### **5. Generelt om slutninger fra forarbeider:**

Slutningsomgangen er betegnelsen på den delen av rettsanvendelsesprosessen hvor rettsanvenderen kartlegger og trekker ut relevante argumenter fra rettskildefaktorene som kan bidra med å løse rettsspørsmålet rettsanvenderen står ovenfor. Likevel regulerer ikke rettskildeprinsippene dette fullt ut, og det er valg og vurderinger knyttet til hvordan dette skal gjøres. Nedenfor her kommer det dermed å drøftes hvordan hensynet til demokratisk legitimitet kan ivaretas gjennom valg og vurderinger gjennom slutninger fra forarbeidene.

Slutningsprinsippene fra forarbeider er åpne, og gir mulighet til å foreta slutninger fra separate deler av forarbeidene samt etter en helhetlig vurdering av dem. Dette kan belyses av å se på begge fraksjonene i Fostervanndiagnostikkdommen:

Her var spørsmålet om vilkåret for skade i pasientskadeloven § 2 nr. 1a var oppfylt, når en kvinne hadde fått psykisk skade ved å ikke bli tilbudt fostervannsprøve som til slutt resulterte i at hun fikk et barn med downs syndrom. Flertallet la vekt på flere momenter, men la avgjørende vekt på forarbeidsuttalelsen. Her var det skrevet at i forbindelse med behandling av et eksempel om erstatning for misykket sterkliseringsinngrep, at skade "som følge av" fødsel ikke skal regnes som "skade" i lovens forstand. Formuleringen "som følge av" ble av flertallet tolket inngående, og tilsa at kvinnen i denne saken ikke kunne få erstatning.

Mindretallet ville derimot ikke se denne uttalelsen såpas isolert, men at den måtte sees i sammenheng med eksempelet den behandlet som var noe annet enn spørsmålet om forelå i denne saken. De foretok en mer helhetlig behandling av forarbeidene, som etter deres mening ikke tok standpunkt til spørsmålet de behandlet. Dette var et av momentene som medførte at de kom til et annet resultat.

Vi ser her at både mindre og flertallet foretok et valg om hvordan de skulle forstå forarbeidene, og at dette var innenfor legitimitetsintervallet. Likevel kan det hevdes at mindretallets behandling av forarbeidene best ivaretok forarbeidenes underliggende verdi om demokratisk legitimitet. Dette fordi forarbeider er omfattende dokumenter som er ment å sees i sammenheng: Enkeltuttalelser og formuleringer er ikke formulert med samme presisjon som en lovtekst, men må sees i sammenheng med helheten. Flertallets fokus på den enkelte formuleringen kan dermed hevdes å gå utover hvordan forarbeidene var ment å leses, og ivaretar dermed ikke hensynet til demokratisk legitimitet på en like god måte. Det er vanskelig å si at denne formuleringen var ment å ha generelt anvendelse utover det eksempelet den behandlet.

Likevel er flertallets behandling av forarbeidene i tråd med Eckhoff sin fremstilling av valg og vurderinger. Som sagt ser han på det som en intuitiv avveining etter et juridisk skjønn, med fokus på hva rettsanvenderen synes er et godt resultat. Dette gir dermed mulighet for å tone ned deler av forarbeidene, og fokusere på mer avgrensede deler. Fordelen med denne fremgangsmåten er at rettsanvenderen kan være pragmatisk, men kan kritiseres for å gi en mindre konkret vurdering av hensynet til demokratisk legitimitet enn der som kan forventes etter dens sentrale plass i rettssystemet.

Vi ser dermed at det muligens mest ideelle er å forata en slutning fra forarbeidene som er best mulig i samsvar med helheten dokumentene, da det er på denne måten man ivaretar hensynt til demokratisk legitimitet på best mulig måte. Likevel ser man at dette ikke alltid følges i praksis, og at dette kan forsvares av Eckhoff sin tilnærming til rettsanvendelsesprosessen. Dette blir likevel ikke en ideell fremgangsmåte, siden forarbeidenes underliggende verdi om demokratisk legitimitet kommer i skyggen av mer ikke artikluerte normer.

## **6. Forholdet mellom lovforarbeider og de øvrige rettskildedefaktorene**

### **6.1: Lovtekst som primært rettsgrunnlag**

Nils Nygaard fremhever at i et lovtolkningsspørsmål vil den lovbestemmelsen som inneholder det primære rettsvikåret for den ønskede rettsvirkningen være det primære rettsgrunnlaget. Eksempelvis ved hevning av en kjøpskontrakt vil kjøpsloven § 25 være det primære rettsgrunnlaget, da den inneholder at vilkåret for hevning er at det foreligger et "vesentlig kontraktsbrudd".

Når en lovtekst er primært rettsgrunnlag, vil den utgjøre tolkningsobjektet for den videre rettsanvendelsesprosessen. Den vil på denne måten utgjøre en ramme for rettsanvendelsesprosessen, hvor rettsanvenderens oppgave er å finne det nærmere meningsinnholdet i det primære rettsgrunnlaget gjennom bruk av de øvrige rettskildedefaktorene, deriblant lovteksten selv og forarbeidene. For hevningseksemplet sin skyld vil dermed rettsanvenderens oppgave være å finne ut hva som ligger i begrepet "vesentlig kontraktsbrudd" ved å se på ordlyden isolert, samt trekke ut argumenter fra forarbeider og andre rettskildedefaktorer som praksis.

På denne måten vil lovteksten få en sentral og opphevet plass i rettsanvendelsen, helt i tråd med den underliggende rettslige verdien demokratisk legitimitet som den representerer. Slutninger fra de øvrige rettskildedefaktorene må dermed relateres til lovteksten, som utgjør rammen for denne.

I den videre oppgaven forutsettes det at lovteksten er det primære rettsgrunnlaget, da oppgavens spørsmål er forarbeidenes betydning i lovtolkningsprosessen.

6.2: Overordnet problemformulering med utgangspunkt i utvidende, presierende og innskrenkende tolkning:

Begrepene innskrenkende, utvidende og presierende tolkning er begreper som normalt benyttes som betegnelser på resultatet av en rettsanvendelsesprosess. Likevel kan disse begrepene benyttes i en problemformulering allerede innledningsvis, og på denne måten foreta en kvalitetssikring av bruk av lovteksten allerede i problemformuleringen.

Presierende tolkning er en betegnelse på når lovteksten er uklar, og åpner for ulike tolkningalternativ. I en slik situasjon kommer ikke hensynet til demokratisk legitimitet på spissen, ettersom lovteksten i seg selv åpner for flere løsninger. Dermed blir oppgaven for rettsanvenderen å finne ut hvilket tolkningsalternativ, ved hjelp av de andre rettskildedefaktorene. Ved å stille et spørsmål dette innledningsvis synliggjør rettsanvenderen at hensynt til demokratisk legitimitet ikke kommer på spill, og at han må ta et valg. På denne måten vil han også avdekke mulige verdipenninger fra de øvrige rettskildedefaktorene, som må avklares.

Dette kan belyses av Passbåtdom I, hvor spørsmålet var om en beruset fører av en mindre passbåt kunne straffes for å ha vært beruset for å ført et "skip (..) i tjeneste". Retten kom til et positivt svar, og begrunnet dette med at praksis og forarbeider knyttet til andre lovbestemmelser tilsa at et mindre fartøy var et "skip" i lovens forstand, og at fritidsbåtføreren dermed kunne straffes.

Av premissene kan det sees ut som at retten forutser at ordlyden av "skip" er uklar, og at den videre oppgaven er å finne ut hva som er den nedre grensen for at et fartøy skal kunne komme inn under ordlyden av "skip". Likevel oppstiller ikke retten en problemformulering om presierende tolkning, og synliggjør ikke at lovteksten underliggende verdi ikke kommer på spissen. Den videre argumentasjonen blir dermed ikke skilt ut fra lovteksten, og man ser ikke de underliggende verdipenningene - særlig hensynet til demokratisk legitimitet. Man ser dermed at hensynt til demokratisk legitimitet ikke blir fremhevet, og at det kunne ha blitt kvalitetssikret i enda større grad ved å oppstille en problemformulering.

Likevel må man ved presierende tolkning forsikre seg om at lovteksten er uklar, og ikke faktisk gir et bidrag til en løsning i en eller annen retning. Dette belyses av Passbåtdommen, hvor ordlyden av "skip" kan sies å gi et klart uttrykk for at det kun omfatter større fartøy. I så fall var spørsmålet i realiteten for Høyesterett om det skulle foretas en utvidende tolkning av vilkåret, noe som vil sette hensynet til demokratisk legitimitet på spissen. Dette viser viktigheten av at man foretar en selvstendig tolkning av ordlyden først, for så å oppstille en problemformulering. På denne måten oppnår man ideell kvalitetssikring allerede i begynnelsen av vurderingen.

Ved innskrenkende og utvidende tolkning komme imidlertid hensynet til demokratisk legitimitet på spissen. Dette fordi rettsanvenderen i et slik tilfelle vil forlate den naturlige forståelsen av lovteksten, som også er det bærende hensynet for demokratisk legitimitet. Ved å oppstille en problemformulering om dette etter å ha foretatt en isolert slutning fra lovteksten, vil rettsanvenderen tvinges til å foreta en argumentasjon som må relateres til dette. Hensynet til demokratisk legitimitet kommer vil dermed bli gjennomgående for argumentasjonen, og det blir et spørsmål om hensynet til demokratisk legitimitet må vike for andre verdier representert ved de øvrige rettskildedefaktorene.

Dette kan belyses av Advokatpartnerdommen, hvor spørsmålet var om en partner i et advokatfirma var en "arbeidstaker" og firamet dermed var ansvarlig for hans handlinger gjennom skadeerstatningsloven § 2-1. Retten kom til et positivt svar, og begrunnet det blant annet med formålsbetraktninger og enkelte forarbeidsuttalelser. Likevel stilte de ikke opp et spørsmål om

innskrenkende eller utvidende tolkning innledningsvis. Ordlyden av "arbeidstaker" kan sies å rette seg til personer som arbeider hos en arbeidsgiver, i arbeidsgiverens interesse. Sett i lys av at en advokatpartner ikke er ansatt med vanlig lønn, men en selskapsdeltaker med betydelig utbytte, var det et mulig spørsmål om utvidende tolkning av begrepet. På denne måten ville hensynet til demokratisk legitimitet komme frem, og spenningen mellom den og de øvrige verdiene hadde blitt adressert. Imidlertid kan dette ikke være sikkert, ettersom man ikke ser om Høyestrett faktisk foretar en utvidende tolkning, eller om de mener den er presierende. Igjen understreks det foreligger en kvalitetssikringsmekanisme i å forta en slik problemformulering på overordnet nivå.

Likevel vil ikke Eckhoff på samme måte forutsette at rettsanvenderen foretar en slik overordnet problemformulering. Han forutsetter mer at de ulike rettskilefaktorene behandles samlet, og fremhever ikke i like stor at hensynet til demokratisk legitimitet bør få en overordnet plass i rettsanvendelsen. Fokuset er på å komme til et godt resultat, og her kan man da nedtone rettskilefaktorer som taler mot dette. På denne måten er det heller ikke et krav om å stille et overordnet spørsmål knyttet til innskrenkende, utvidende eller presierende tolkning.

### 6.3 Forarbeidenes bidrag til avgjørelsen av det overordnede spørsmålet om utvidende, presierende eller

innskrenkende tolkning:

Som forklart tidligere bærer også lovforarbeidene hensynet til demokratisk legitimitet. Dermed vil det være mulig å foreta en utvidende eller innskrenkende tolkning av lovteksten, med den begrunnelse av at det fremmer hensynet til demokratisk legitimitet. I enkelte tilfeller kan man også se at lovforarbeidene ivaretar dette hensynet *bedre* enn lovteksten, spesielt om den er uklar og forarbeidene er utførlige og klare. Dette kan være forklaringen på at man ser Høyesterett i enkelte tilfeller behandler lovteksten og forarbeidene som en enhet. Dette har også sammenheng med lovforarbeidenes posisjon som begrunnelse for lovteksten, som en konklusjon på disse dokumentene.

Denne fremgangsmåten ble benyttet i flertallet i GMAC dommen, hvor spørsmålet var om en salgspant i biler ment til videresalg etter de var betalt var lovlig etter pantel. § 3-15 nr. 2. Retten kom til at pantet var ulovlig. Flertallet foretok en kort presentasjon av lovteksten, før de foretok en bred og helhetlig gjennomgang av forarbeidene til bestemmelsen. Der ble det sett på lovformålet, lovhistorikken og grunnen til at bestemmelsen var utført slik den var. Disse uttalelsene pekte for at salgspant i varer ment for videresalg var ulovlig generelt, uavhengig av om de var betalt for eller ikke før videresalget. Flertallet uttalte at det var på dette grunnlaget lovbestemmelsen måtte forstås, og dette talte samlet sett for at avtalen var ulovlig.

I første øyekast kan dette sees på som en valg og vurdering som ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet på en god måte. Gjennomgangen av forarbeidene var grundlig, og ikke basert på enkeltuttalelser, og at de på denne måten fikk godt frem hvordan loven var ment å forstås. Likevel må man se dette i tilknytning til mindretallets fremgangsmåte: De foretok først en grundlig ordlydstolkning isolert fra forarbeidene, som de mente talte for at avtalen om salgspantet var lovlig. Etter dette foretok de en gjennomgang av forarbeidene, som de ikke mente var like klare som flertallet kom frem til, da de mente det kun antydte at løsningen kunne være ulovlig, men ikke i alle tilfeller som her - hvor det var snakk om kostbare gjenstander.

Selv om begge fraksjonene forsøker å ivareta hensynet til demokratisk legitimitet bet mulig gjennom sine valg og vurderinger, kan det påstås at mindretallets valg om å se lovteksten først isolert fremfor å se dem i en enhet som flertallet, ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet på en bedre måte: Lovteksten er tross alt den eneste rettskilefaktorene som er direkte utslag av lovgivers lovgivingsmyndighet, og bør få sentral plass. Ved å se på denne rettskilefaktoren alene, og dermed

spenningen mellom denne og forarbeidene som fremmer det samme hensynet på en mer avledet måte får man en mer nyansert argumentasjon. Hensynet til demokratisk legitimitet bli behandlet grundlig, og man kan sies å oppnå en bedre kvalitetssikring totalt sett.

Likehetstrekk med GMAC dommen finnes i Støvlethældommen, hvor spørsmålet var om en kvinne kunne kreve omlevering av en støvlett med brukket hæl eller om selgeren kunne kreve å rette skaden. Vilkåret for at selgeren kunne kreve retting, var at det ville medføre en "urimelig kostnad" å utføre et omleveringkrav fremfor rettingskrav. Flertallet kom til at spørsmålet dreide seg om "urimelig" knyttet seg til om det var et forholdstall mellom kostnaden av retting og omlevering eller om det var den totale kostnaden ved omlevering isolert. De mente ordlyden ikke gav svar på dette, og søkte veiledning i forarbeidene. Gjennomgangen av forarbeidene fokuserte kun på enkelte uttalelser, spesielt om miljøhensyn knyttet mer generelt til brune- og hvitevarer. I lys av slike miljøhensyn, samt at man vil unngå en "bruk og kast" mentalitet, kom flertallet til at selgeren kunne kreve retting. Mindretallet derimot, foretok en isolert tolkning av ordlyden som de mente oppstilte en klar hovedregel om omlevering, og at det er kun i snevre unntakstilfeller retting kan kreves av selgeren. De foretok også en mer helhetlig vurdering av forarbeidene, som de mente fokuserte på forbrukerhensyn. Miljøhensynene som flertallet la avgjørende vekt på, ble mindre viktige for mindretallet da de mente det kun knyttet seg til de spesifikke varene, og ikke kunne rokke ved det generelle innstykket av at forbrukerhensyn skal være i forsetet.

Man ser dermed at flertallet på samme måte som i GMAC behandler lovteksten og forarbeidene som en enhet, mens mindretallet foretar en mer nyansert drøftelse hvor de skiller klart mellom forarbeidene og lovtet. Denne dommen skiller seg dog fra GMAC ved at flertallet i tillegg til å behandle lovteksten som en enhet med forarbeidene, foretar en fragmentert behandling av dem uten å se på helheten i samme grad som flertallet. På denne måten illustreres også poenget ovenfor om å behandle forarbeidene som en helhet, fremfor å se på enkelt uttalelser - da de kan gi et falskt inntrykk av hva som er relevant. Igjen kan man argumentere med at mindretallet gjennom sine valg og vurderinger knyttet til bruk av lovforarbeider og lovtekst ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet på en bedre måte, gjennom å gi lovteksten en bredere plass og illustrerer verdispenningen som oppstår på dette punktet. Flertallet går glipp av denne verdispenningen, og hele spørsmålet om hva som ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet på en best mulig måte: Lovteksten eller forarbeidene? Selv om begge rettskildefaktorer fremmer det samme hensynet, går man glipp av dette ved å behandle det som en enhet - og kvalitetssikringen blir ikke optimalt.

På samme måte som over, vil likevel denne løsningen være mer i tråd med Eckhoff sin lære. Siden han ikke gir rettsanvenderen veiledning i hvordan disse valgene skal foretas, men at de skal baseres på en mer intuitiv avveining. I hans øyne ligger fokuset på hva som er det beste resultatet som en generell regel, eller i det individuelle tilfellet. Her blir det dermed enklere å forstå flertallet i Støvlethældommen: Resultatet kan sies å være rimelig, og i tråd med dagens miljøhensyn. I lys av dette kan de foreta valg og vurderinger som kan oppfylle det resultatet de mener er rimelig, ut fra deres underliggende verdisyn basert på en juridisk intuitiv argumentasjon. Igjen ser vi fordelen med læren, ved at den gir en åpning for å komme til gode resultater også som en generell regel. Likevel medfører dette at hensynet til demokratisk legitimitet ikke på samme måte fremmes gjennom argumentasjonen, og kan være betenkelig sett i lys av dens grunnleggende betydning i rettssystemet.

## 6.4 Forarbeiders betydning på legalitetsprinsippet sitt område

### 6.4.1 Legalitetsprinsippet i strafferetten

Legalitetsprinsippet i strafferetten er fastsatt i Grunnloven § 96, og gir et krav på lovhjemmel for straff. Med andre ord: Lovtekst som må være primært rettsgrunnlag for å kunne straffe. Dette i motsetning til privatreten, hvor blant annet rettspraksis kan utgjøre primært rettsgrunnlag.

Prinsippet er også et lovtolkningsprinsipp, ved at den ikke bare stiller krav til lovhjemmel, men legger begrensninger på hvilken vekt på kan tillegge andre rettskildedefaktorer. Dette prinsippet har utviklet seg over tid, og kan belyses gjennom forholdet mellom overnevnte Passbåtdom I og Bloggerdommen:

I passbåtdommen kom retten til at det kunne straffes for å ha fylleseilet en passbåt, etter vilkåret av å være beruset under "skip (..) i tjeneste". Ved fastleggelsen av vilkåretes innhold ble de vist til forarbeidsuttalelser knyttet til andre lovbestemmelser, som pekte på at den nedre grensen for skip var lav og at også større fartøy kunne falle innenfor bestemmelsens virkeområde. Disse uttalelsene ble brukt aktivt for å undersøke på passbåten falt innenfor lovbestemmelsen, og dermed avgjørende for resultatet. Ordlyden ble ikke tolket isolert, men retten utpenslet vilkåret "skip" ved hjelp av forarbeider og praksis. De hadde dermed en lovhjemmel, men andre rettskildedefaktorer ble benyttet aktivt for å fastlå bestemmelsens virkeområde.

Denne fremgangsmåten er i sterk kontrast med Ankeutvalgets tolkning av straffevilkåret i Bloggerdommen. Her var spørsmålet om en person som oppfrodret til drap på sin blogg, kunne straffes ved å ha fremskaffet disse "offentlig". Dette vilkåret var i legaldefinert som å fremskaffe det i "trykken (..) eller på annen kjemisk eller mekanisk måte". Flertallet foretok en grundlig ordlydstolkning av legaldefinisjonen, og kom til at denne ikke kunne omfatte publisering på nettet. Selv om handlingen var klart straffverdig og lovens formål tilsa at det skulle straffes, kunne dette ikke straffes på bakgrunn av ordlyden ikke gav uttrykk for det. Dermed kunne han ikke straffes. Mindretallet kom til motsatt resultat, men mente at ordlyden ikke skulle forstås så stramt ut fra konteksten den ble gitt i. Legaldefinisjonen var heller ment som en eksemplifisering, og ikke en avgrensning etter hvilken metode som ble benyttet for å fremskaffe ytringen.

Som man ser benytter både flertallet og mindretallet ordlyden isolert for å fastsette om det kunne straffes. Det ble vist til forarbeidsuttalelser, men de var ikke avgjørende. Dissensen i dommen er begrunnet i hvordan fraksjonene tolker ordlyden isolert, og ikke hvordan de trekker inn de øvrige rettskildedefaktorene. På denne måten ser man forskjellen fra Passbåtdommen: Det er ikke mulig å tolke en straffebestemmelse utvidende eller innskrenkende på legalitetsprinsippets område, og straffevilkåret taler dermed kun for seg selv. Forarbeidene har dermed ikke like stor betydning her, som på andre rettsområder. I Passbåtdommen gjorde de nettopp dette, ved at forarbeidene fikk avgjørende plass for å fastsette innholdet i straffevilkåret. Bloggerdommen markerer dermed et skille, hvor den demokratiske legitimiteten uttrykt av lovteksten alene skal være avgjørende. Forarbeidene får dermed mindre betydning i dette henseende, og valg og vurderinger knyttet til bruken av disse blir mindre fremtredende.

Likevel skal ikke forarbeidene undergraves fullstendig på strafferettens område. Stedatterdommen kan gi uttrykk for dette. Her var spørsmålet om en mann kunne straffes for å ha sex med sin myndige stedatter, hvor lovteksten uttalte at det var ulovlig å ha sex med "stebarn (..) eller noen annen person under 18 år". Spørsmålet for retten var dermed om 18års grensen også gjaldt stedøtre, eller bare "annen person". Flertallet kom til at lovteksten var uklar, og åpnet for begge løsnignene. Forarbeidene ble dermed benyttet aktivt for å fastsette hvilket tolkningalternativ som var det riktige, og kom til at stefaren kunne straffes. Mindretallet mente derimot at ordlyden ikke var like uklar, og at "annen" pekte på at aldersgrensen gjaldt alle gruppene - også at det pekte på "stebarn" henviste til myndighetsalderen. Det var dermed ikke nærliggende for dem å gå inn på forarbeidsuttalelsen.

Man ser dermed at på legalitetsprinsippets område har forarbeidene er mindre betydning enn ellers i lovtolkningsprosessen, men at det kan ha betydning der lovteksten er uklar. Demokratisk legitimitet fra lovteksten er avgjørende, og valg og vurderinger knyttet til demokratiske legitimitet fra denne rettskildedefaktoren får mindre plass.

#### 6.4.2 Forvaltningsrettens område



Legalitetsprinsippet på forvaltingsrettens område er grunnlovsfestet i § 113, og forutsetter at "inngrep ovenfor den enkelte må ha hjemmel i lov".

Prinsippet har en litt annen betydning på forvaltningsrettens område enn strafferetten, da det er mer relativt. Er det først krav til lovhjemmel, har Høyesterett fastsatt i fjordlaksdommen at kravet til lovhjemmelens klarhet vil avhenge av hvor inngripende inngrepet er. Dette innebærer at jo sterkere inngrepet er, jo sterkere krav stilles til lovhjemmelen. Man vil dermed ha situasjoner hvor inngrepet er såpass sterkt at legalitetsprinsippet er like sterkt som på strafferettens område, men i andre tilfeller vil det være mer åpenhet for at rettsanvenderen trekker inn forarbeider for å kunne tolke utvidende eller innskrenkende.

Samlet kan man dermed si at på forvaltingsrettens område vil hensynet til demokratisk legitimitet gjennom lovtteksten ikke være like absolutt som på strafferettens område. Utgangspunktet er fortsatt at lovtteksten har sterk vekt her, men det vil kunne benyttes argumenter fra forarbeidene for å tolke meningsinnholder i lovtteksten. Rettsanvendelsen vil dermed i større grad ha mulighet til å forta valg og vurderinger her, som åpner for andre tolkningalternativer.

### 6.5 Forholdet mellom forarbeider og reelle hensyn

Forholdet mellom forarbeider og reelle hensyn aktualiseres ved bruk av lovformål i lovtolkningsprosessen. Det er i juridisk teori noe usikkerhet om lovformål er en egen rettskildedefaktor, eller om det kun er noe som utledes fra de andre rettskildefaktorene - deriblant gjennom lovttekstens formålsbestemmelse eller forarbeidene. Det synes som at den siste oppfatningen er mest utbredt i juridisk teori, deriblant av Eckhoff og Tande.

Dersom et lovformål kan utledes av forarbeider eller juridisk teori, vil dette være et argument som bærer demokratisk legitimitet. Det kan dermed sies å være positivt, og skal tillegges den betydning hensynt til demokratisk legitimitet tilsier i rettsanvendelsen.

Imidlertid vil det være annerledes om lovformålet ikke kan utledes direkte av lovtteksten eller lovforarbeidene. Dersom de ikke kan det, er det i realiteten et reelt hensyn. Dette er verdier som også må skal tillegges vekt, men som ikke har samme gjennomslagskraft som det grunnleggende hensynet til demokratisk legitimitet. Det er dermed nødvendig å skille mellom type lovformål: De som er utledet av forarbeidene og lovttekst, og antatt lovformål som kan utledes av generelle legalitets hensyn som går under fellesbetegnelsen reelle hensyn.

Likevel ser man at Høyesterett i stor grad legger vekt på lovformål i lovtolkningsprosessen. Advokatpartnerdommen kan igjen være illustrerende, hvor retten la avgjørende vekt på at formålet med bestemmelsen i skl. § 2-1 var å gi skadelidte et tilstrekkelig vern. Dette tilsa at parneren var en arbeidstaker, og at firmaet heftet for hans forsettelige handlinger. Imidlertid var det usikkert om dette formålet kunne utledes av forarbeidene eller lovtteksten, og spesielt om dette var det eneste hensynet med bestemmelsen. Andre legislative hensyn som dekningshensynet (arbeidsgiver har normalt mer penger enn skadevolder) eller rimelig ansvarsbegrensing mellom arbeidsgiver og øvrige personer ble ikke lagt vekt på. Høyesterett mister dermed noen hensyn i argumentasjonen, og legger mye vekt på hensynet til skadelidte uten å ha klar dekning for dette i hverken lovttekst eller forarbeider.

Gjennom argumentasjonen fremstår det dermed som at hensynet til demokratisk legitimitet tilsier at formålet med bestemmelsen er utelukkende å gi skadelidte et adekvat vern. Det skiller dermed ikke mellom formål som er utledet av reelle hensyn og de som kommer av demokratisk legitimitet. På denne måten fikk formålet stor vekt og ble en rød tråd gjennom premissene, da retten fremstid dette som et lovformål som bærer demokratisk legitimitet. Det kan dermed sies at gjennomslaget til

formålet ble større enn det som det egentlig kunne tilskrives, da det ikke var et klart uttrykk for demokratiske legitimitet. Dette viser viktigheten av å skille mellom

lovformål som skriver seg fra forarbeidene og lovttest versus de som ikke gjør det. Her ser man at rettsanvenderen ved sine valg og vurderinger knyttet til bruk av lovformål og forarbeider har betydning for ivartekelse av hensynet til demokratisk legitimitet. Høyesterett kan sies i Advokatpartnerdommen å ha foretatt valg knyttet til lovformål, som tilskriver hensyn som egentlig ikke fremmer demokratisk legitimitet.

Det samme ser skje i Passbåtdommen, hvor retten utleder av forarbeidene at det sikkerhet til sjøs som var formålet med straffebestemmelsen. Likevel var dette forarbeider som knyttet seg til andre bestemmelser i straffeloven, som omhandlet bruk av skip i mer profesjonelle forhold. Det kan dermed stilles spørsmål ved om dette lovformålet også knytte knyttes til straffebestemmelsen de benyttet. Hvis det ikke var det, vil det ha konsekvenser for vekten lovformålet vil ha i den videre prosessen. Hvis retten hadde problematisert dette, og foretatt et mer informert valg opp mot hensynt til demokratisk legitimitet kunne argumentasjonen i en da større grad blitt kvalitetssikret.

#### 6.6 Forholdet mellom lovforarbeider og rettspraksis:

Det er i utgangspunktet når en lov er ny, forarbeidene har best betydning da det ikke foreligger praksis som har uttalt seg om hvordan loven kan forstås. Forarbeidene vil dermed være den eneste autoriserte, skriftlige rettskilde faktoren utover lovttesten som fastsetter hva som er meingsinnholdet i lovttesten - og kan besvare det overordnede spørsmålet om innskrenkende, utvidende eller presiserende tolkning.

Imidlertid vil forarbeidene kunne miste sin betydning ettersom det kommer praksis på et område. Et godt eksempel på dette er skl § 2-1 som fastsetter at forsettelige handlinger faller som regel utenfor det arbeidsgiveren er ansvarlig for. Imidlertid har det gjennom en lang rekke praksis som Vaktmesterdommen og Hjemmehjelpdommen blitt fastsatt at arbeidsgiver kan bli ansvarlige for forsettelige handlinger. Forarbeidene sin betydning som ivaretaker av demokratisk legitimitet blir fortrent mot hensynet til den dømmende makt.

### 7. Avslutning og sammenfatning av lovforarbeider og valg og vurderinger.

Som sett gjennom oppgaven åpner rettskildesprinsippene for flere valg og vurderinger gjennom bruk av forarbeider i rettsanvendelsesprosessen. Hvordan disse valgene fortas har direkte betydning for hvordan hensynet til demokratisk legitimitet ivaretas gjennom rettsanvendelsesprosessen, både gjennom slutninger fra forarbeider og forholdet mellom lovttesten og forarbeidene i lovttolkningsprosessen.

Jeg har i fremstillingen som sagt basert meg på nyere teori for å fastlegge hvordan en kan ivareta hensynet til demokratisk legitimitet best mulig gjennom valg og vurderinger knyttet til forarbeider. Grunnen til dette er at det er først og fremst denne teoretiske retningen som fokuserer på slik aktiv verdiforvaltning, og gir veiledning til rettsanvenderen for å fatte valg. Målet er at valgene og vurderingene skal bidra med å oppnå et verdi- og fornuftmessig koherent rettsssystem - som er en videreføring av rettskildesprinsippene sine formål: De peker nettopp ut lovttest og forarbeider som relevante rettskildes faktorer fordi de er autorisert av det grunnleggende rettslige hensynet om demokratisk legitimitet. I dette synspunktet er det dermed naturlig å ivareta denne verdien videre gjennom rettsanvenderens egne valg og vurderinger.

Imidlertid har jeg påpekt at dette ikke alltid er tilfelle i praksis. Høyesterett kan sies å forta mer skjulte valg og vurderinger, hvor hensynet til demokratisk legitimitet ikke blir like problematisert i like sterk grad som jeg gjennom nyere har tatt til orde for. Dette må sees i lys av den rådende

oppfatningen som har vært blandt jurister, representert ved Torstein Eckhoff. Fokuset har vært å komme til et godt resultat, og det er ikke et en like stor forventning om å synliggjøre og vise hvordan valg og vurderinger tas - og dermed ivaretar hensynt til demokratisk legitimitet. Fordelen er selvsagt at man kan en mer pragmatisk tilnærming, men som jeg har understreket flere ganger mister man en viktig dimensjon ved å ikke drive en aktiv verdiforvaltning. Kvalitetssikringen blir dårligere, og i verste fall vil man kunne undergrave hensynet til demokratisk legitimitet og at rettsavvendelsen blir vilkårlig.

Et motsvar til denne kritikken er at forholdet til valg og vurderinger som er fulgt av Høyesterett og andre rettsanvendere i lang tid har fungert godt. Det er også sant, og det er vanskelig å si vi i dag har eller har hatt et vilkårlig rettssystem. Imidlertid er det et faktum at retten er i stor endring, og blir mer omfattende og mer internasjonalisert hvor hvert år som går. Den blir mer komplisert og vanskeligere å sette seg inn i: Det er dermed et helt annet rettslig bilde vi ser i dag enn det vi hadde for bare 20 år siden. I lys av dette perspektivet er mulig å påstå at en aktiv verdiforvaltning vil være avgjørende for å ivareta rettssystemet vi har og de de grunnleggende rettlige verdiene det bygger på - deriblant demokratisk legitimitet. Metodelæren vil dermed være et viktig bidrag fremover for å ivareta et rettssystem som står i tråd med rettsvitenskapens idé. Det hjelper ikke å holde seg på stedet hvil, mens retten og verden raser videre.