

Eksamen i Juridisk metode Mønsterbesvarelse fra 2017

Kandidat: Anonym

Oppgaven skal gi en analyse av Rt. 2010 s. 684. Saken gjaldt om en mann kunne straffes for å ha kjørt en 14 fots småbåt i alkoholpåvirket tilstand. Retsspørsmålet var om forbudet i fritids- og småbåtloven § 33 kommer til anvendelse når motoren ikke kunne anvendes på grunn av drivstoffmangel.

Retsspørsmålet er et spørsmål som skal besvares ved hjelp av juridisk metode og som er bestemmende for rettigheter eller plikter til juridiske personer. Disse rettighetene eller pliktene kjennetegnes gjerne av at de kan håndheves ved hjelp av statens tvangsmakt.

Det primære rettsgrunnlaget var småbåtloven § 33. Rettsanvendelsesprosessen var som sådan en lovtolkningsprosess. Lovtolkningsprosessen skiller seg fra andre rettsanvendelsesprosesser, for eksempel, en rettsanvendelsesprosess der ulovfestet rett utgjør det primære rettsgrunnlaget. Hovedforskjellen er at rettsanvender, der ulovfestet rett utgjør primært rettsgrunnlag, ikke har en autoritativt vedtatt tekst å forholde seg til.

Rettsanvendelsesprosessen er prosessen fra reisingen av et retsspørsmål til fastleggelsen, gjennom rettslig argumentasjon, av en rettsregel som kan subsumeres på det aktuelle faktum. Rettsanvendelsesprosessens to hovedsteg er identifisering og fortolkning av det primære rettsgrunnlaget.

Ved domfellelse risikerte tiltalte straff og saken befinner seg som sådan på legalitetsprinsippets område.

Rettskildene Høyesterett benyttet seg av var lovtekst, forarbeider, lovformål, høyesterettspraksis, reelle hensyn, underrettspraksis og folkerett. Rettskilder er legitime argumentkilder til bruk i rettslig argumentasjon. Rettskildebruken styres av rettskildeprinsippene.

De tre kategoriene av rettskildeprinsipper er relevansprinsipper, slutningsprinsipper og vektprinsipper. Relevansprinsippene styrer hvilke rettskilder som er legitime til bruk i rettslig argumentasjon. Slutningsprinsippene styrer hvordan rettsanvender legitimt kan utlede argumenter ut fra rettskildene. Ved motstrid vil vektprinsippene, et stykke på vei, avgjøre hvilke argumenter som skal tillegges mest vekt for å avgjøre det foreliggende retsspørsmålet.

Høyesterett kom til at mannen kunne dømmes etter småbåtloven § 33. Dommen ble enstemmig avsagt.

Hoveddel
I avsnitt ni presenteres det primære rettslige grunnlaget, lov om fritids- og småbåter § 33.

Det primære rettslige grunnlaget er den rettsdannelse som inneholder de vilkår som må være oppfylt for at ønsket rettsvirkning skal inntre, eller at et pretendert krav skal kunne gis medhold. Etter norsk retts alminnelige hjemmelskrav kan lov, avtale, ulovfestet rett og sedvanerett utgjøre det primære rettslige grunnlaget. Det alminnelige hjemmelskravet er som sådan et uttrykk for at juridiske rettigheter eller plikter må ha hjemmel i en rettsregel for å kunne eksistere.

Det på enkelte områder vil rettsanvender også måtte forholde seg til et særlig hjemmelskrav. De særlige hjemmelskravene betinger at spesielle rettsdannelser må tjene som primært rettsgrunnlag. Legalitetsprinsippet er et uttrykk for et særlig hjemmelskrav.

Kommentert [EM1]: I denne innledningen (som mangler overskrift) blir det gjort rede for noen sentrale begreper: retsspørsmål; rettsanvendelsesprosess; rettskilde; relevans-, slutnings- og vektprinsipper. Det er greit med en slik innledning, men det er samtidig grunn til å understreke at det er viktig å knytte fremstillingen til den konkrete rettsavgjørelsen.

Kommentert [EM2]: I første setning nevnes at det i besvarelsen skal gis «en analyse» av dommen. Dette er en uøyaktig angivelse av emnet, idet oppgaven vedrører analyse i et *rettskildoperspektiv*. Hvis setningen skal gi noe mer enn oppgaveteksten, må det sies noe om hva som menes med analyse i et rettskildoperspektiv.

Studenten nevner sakens retsspørsmål allerede i første avsnitt. Det er hensiktsmessig å nevne dette tidlig i fremstillingen. For øvrig bør det også vises til relevant(e) avsnitt i rettsavgjørelsen.

Kommentert [EM3]: Her er det en forstandig overgang mellom første og andre avsnitt; i andre avsnitt gis en definisjon av et begrep som er nevnt i første avsnitt. Fremstillingen i andre avsnitt indikerer *kunnskap*, men den gir ingen tydelig beskjed om *forståelse*. Her kunne man tenke seg en omtale av *hvorfor* det er behov for en juridisk metode.

Kommentert [EM4]: Overgangen mellom andre og tredje avsnitt er ikke ubetinget heldig. For det første er det uheldig at begrepet «primært rettsgrunnlag» blir benyttet uten nærmere forklaring; begrepet blir avklart nedenfor i hoveddelen. For det andre – og i forlengelsen av forrige setning – bør det gis en pekepinn på sammenhengen mellom retsspørsmål og primært rettsgrunnlag. Dette vil kunne skape en tydeligere sammenheng mellom avsnittene. Kunne det her ha blitt sagt noe om hjemmelskrav?

Kommentert [EM5]: Her blir det i overkant mye om «rettsanvendelsesprosess». Fremstillingen fremstår som «innlært». For å knytte fremstillingen tettere til rettsavgjørelsen kunne det ha blitt bygget videre på det alminnelige hjemmelskravet og legalitetsprinsippet som et særlig hjemmelskrav. I påfølgende avsnitt nevnes «legalitetsprinsippet», uten nærmere utdypninger i noen retning.

Kommentert [EM6]: Som antydning i forrige merknad, er det noe knapt å bare slå fast at saken befinner seg på legalitetsprinsippets område. Hvis dette først skal nevnes innledningsvis, bør prinsippet i det minste gis en viss utdypende forklaring.

Kommentert [EM7]: En nærmere forklaring i forrige avsnitt av legalitetsprinsippets innhold, kunne ha dannet grunnlag for en naturlig overgang til dette avsnitts omtale av rettskilder. Dette fordi legalitetsprinsippets funksjon som tolkningsprinsipp jo har betydning for hvor stor vekt rettsanvenderen kan legge på andre kilder enn lovtekst. (Uten forstandige overganger mellom de enkelte avsnittene, kan fremstillingen lett få et preg av å være «innlært» på forhånd.)

Kommentert [EM8]: Her er det antydninger til en forstandig overgang mellom avsnittene. Til innholdet i avsnittet er det grunn til å nevne at det finnes flere rettskildeprinsipper enn de tre nevnte. En annen sak er at de tre nevnte prinsippene er sentrale på JUS114. For øvrig er det uklart for denne leseren hva som ligger i reservasjonen «et stykke på vei», jf. siste setning. Det er uheldig med slik «uforpliktende» språkføring.

Kommentert [EM9]: I innledningen ovenfor kunne det med fordel ha blitt skissert hva som skal behandles i hoveddelen. Det blir ikke engang sagt at rettsavgjørelsen skal analyseres i et «rettskildoperspektiv». Dette burde ha blitt presisert sammen med en nærmere omtale av hva denne analysen vil inneholde.

Kommentert [EM10]: Gjentakelse, noe som i alminnelighet bør unngås.

Kommentert [EM11]: Slike begrepsavklaringer bør som hovedregel gis første gang det aktuelle begrepet blir benyttet i fremstillingen, se ovenfor. Til det innholdsmessige: (i) Sedvanerett er en type ulovfestet rett. (ii) Det er ingenting i dette avsnittet som forklarer sammenhengen mellom primært rettsgrunnlag og rettsregel, og derfor fremstår siste setning som et ubegrunnet «postulat». Det som mangler, er en omtale av prosessen fra identifisering av primært rettsgrunnlag til fastleggelsen av rettsregelen.

På legalitetsprinsippets område må myndighetenes inngrep overfor den enkelte ha hjemmel i lov. Dette betinger at det primære rettsgrunnlaget må være Grunnlov, lov eller forskrift. Det utelukker som dermed at avtale, ulovfestet rett eller sedvanerett kan tjene som primært rettsgrunnlag. Det må i forlengelsen av dette skilles mellom det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, knesatt i Grunnloven § 113, og det strafferettslige legalitetsprinsippet, etter Grunnloven § 96.

Dette skillet er viktig med tanke på legalitetsprinsippets rolle som tolkningsprinsipp. På det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippets område, vil legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp oppstille seg som et relativt klarhetskrav. Dette følger av "Fjordlaksdommen", Rt. 1995 s. 530. Det relative klarhetskravet går ut på at hvor klart en lovhjemmel må være, avpasses etter inngrepets art, saksområdet og virkninger for borgeren.

På det strafferettslige legalitetsprinsippets område er det mindre treffende å snakke om et relativt klarhetskrav. Straff er statens sterkeste inngrep overfor den enkelte, og krever som sådan uttrykkelig hjemmel i lov. Det vil dermed være mer hensiktsmessig å si at det strafferettslige legalitetsprinsippet, som tolkningsprinsipp, tegner seg som et "absolutt" klarhetskrav på saksområder der dette gjør seg gjeldende. Dette kan også omtales som det strafferettslige lovkravet.

Der det finnes en relevant lovbestemmelse som regulerer det aktuelle rettsspørsmålet, plikter rettsanvender å ta denne i bruk som primært rettsgrunnlag. Dette gjelder også utenfor legalitetsprinsippets område. Utenfor legalitetsprinsippets område kan imidlertid gyldig avtale tjene som primært rettsgrunnlag foran lov, sett at avtalen ikke kommer på tvers av deklarasjon, ufravikelig, lovgivning. Dette følger av norsk rettsprinsipp om alminnelig avtalefrihet.

Presentasjonen av det primære rettslige grunnlaget i avsnitt ni legger opp til en etterfølgende problemformulering. Denne kommer i avsnitt 10, i forbindelse med en oppklaring førstvoterende gjør. Det er klart at tiltalte var beruset i lovens forstand og spørsmålet blir om § 33 første ledd får anvendelse selv om båtens motor ikke kan anvendes på grunn av drivstoff. Dette er sakens overordnede rettsspørsmål.

Videre reises det i saken to tolkningsspørsmål og en opprydning av fastsatte vilkår. Det første dreier seg mer konkret om vilkåret "motor som fremkomstmiddel" er oppfylt. Det andre om tiltalte var å anse som "fører", selv om han ikke hadde kontroll over båten.

Et tolkningsspørsmål er et spørsmål som reises underveis i rettsanvendelsesprosessen og som må besvares for å komme frem til en løsning på det overordnede rettsspørsmålet. Om det overordnede rettsspørsmål er en hovedproblemstilling, vil tolkningsspørsmålet være å regne som en underordnet delproblemstilling. Svaret på et tolkningsspørsmål vil, etter omstendighetene, lede rettsanvender nærmere en løsning på det overordnede rettsspørsmålet.

I det påfølgende avsnitt, avsnitt 11, starter Høyesterett med en slutning fra det primære rettslige grunnlagets ordlyd. Det startes her med en tolkningsprosess for å komme frem til et svar på det første tolkningsspørsmålet. Førstvoterende kommer frem til at det ikke er holdpunkter i lovteksten for at § 33 første ledd ikke kan anvendes når en båt er gått tom for drivstoff. Tolkingsspørsmålet blir imidlertid ikke umiddelbart besvart og det må dermed løses med bidrag fra argumenter utledet av andre rettskilder.

Det tas i dette avsnittet utgangspunkt i lovtekstens ordlyd. Lov som rettskilde har autoritetsforankring, forankring demokratisk legitimitet og sikrer forutberegnelighet i rettsanvendelsesprosessen. Det er Stortinget som er rettssystemets primære regelprodusent. Dette følger av Grunnloven § 76 flg. Lovtekst som rettskilde har som sådan legitimitet og forankring direkte gjennom konstitusjonen. Å ta utgangspunkt i lovtekst som en kilde til argumenter, der dette finnes, vil bidra til å hindre vilkårlighet i rettsanvendelsesprosessen.

Kommentert [EM12]: Disse to avsnittene henger godt sammen, og overgangen fra foregående avsnitt er fornuftig.

Kommentert [EM13]: Fin overgang fra omtale av legalitetsprinsippet som hjemmelskrav til omtale av legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp. Til det innholdsmessige: Her kan det med fordel forklares nærmere hva som menes med relativt/absolutt klarhetskrav. Det er tale om uøyaktige termer (brukt i undervisningsøyemed), og i et rettskildeperspektiv er det mye mer interessant å få vite litt om klarhetskravenes betydning for avveining og vektning av argumenter hentet fra ulike rettskilder, og kanskje også litt om ulike lovtolkningsresultater. Det er gjennom slike utdypende fremstillinger og resonneringer at det gis klar beskjed om at stoffet er forstått.

Kommentert [EM14]: For så vidt grei sammenheng til forrige avsnitt, men jeg sliter med å se at dette er relevant og interessant i en analyse i et rettskildeperspektiv av den aktuelle rettsavgjørelsen. Igjen kan det hevdes at fremstillingen har et visst preg av å være «innlært» på forhånd. I en domsanalyse i et rettskildeperspektiv må man bestrebe seg på å knytte det teoretiske stoffet ganske direkte opp til rettsavgjørelsen.

Kommentert [EM15]: Dette er synspunkter vedrørende det som i kurset blir omtalt som "oppgaveteknikk". Slike synspunkter hører ikke uten videre hjemme i en analyse i et rettskildeperspektiv. Noe annet ville det ha vært dersom f.eks. «oppdyrkingen» hadde blitt vurdert i lys av lovtolkningsresultater.

Kommentert [EM16]: I forrige avsnitt blir det gitt en beskrivelse av rettens rettskildebruk. I dette avsnittet gis det en analyse av rettens rettskildebruk. Dette er to hovedelementer i en domsanalyse i et rettskildeperspektiv: For det første skal det finne sted en identifisering av det i avgjørelsen som er rettskildemessig sett interessant. For det andre skal det rettskildemessig sett interessante undergis en analyse, gjerne i lys av det teoretiske metodestoffet. Gjennom slik identifisering og analyse skal studentene få vist kunnskap og forståelse.

Selv om det ikke kommer eksplisitt til uttrykk i avsnittet, er det naturlig å anta at det er fattet slutning basert på en alminnelig språklig forståelse av ordlyden. Dette er et alminnelig slutningsprinsipp når det gjelder tolkning av lov i rettsanvendelsesprosessen. Rettsanvender søker ikke begrepenes semantiske betydning, men ønsker å forstå lovteksten slik "vanlige borgere" ville lest den. Dette bidrar til forutberegnelighet. Borgerene kan selv gå inn i lovteksten og, til en viss grad, forutberegne sin rettsstilling.

Argumenter utledet fra klar lovtekst vil desuten være i tråd med lovgiverviljen. Slutninger fra klar lovtekst vil ta hensyn til de rettsikkerhetsbetraktninger som er lagt inn i den formelle lovgivningsprosessen og respektere de vurderinger som er gjort i lovgivningsarbeidet.

Det finnes likevel unntak fra at lovens ordlyd skal forstås i tråd med en alminnelig språklig forståelse. Dette er situasjoner der det i lovteksten, typisk forskrift, er anvendt faguttrykk eller situasjoner der lovvilkårets betydning har endret seg mellom lovgivningstidspunktet og rettsanvendelsestidspunktet. Da er det henholdsvis den faglige betydningen eller betydningen på lovgivningstidspunktet som skal legges til grunn.

Likevel er det et visst rom for rettsanvender til å komme til lovtolkningsresultater som skiller seg noe fra slik lovteksten kan forstås etter en alminnelig språklig forståelse. Det sonderes her mellom lovtolkningsresultater i tråd med og på tvers av slik lovteksten kan forstås etter vanlig språkbruk.

Lovtolkningsresultater i tråd med en alminnelig språklig forståelse er presiserende og bokstavelig tolkning. Ved presiserende tolkning av vag lovtekst vil rettsanvender, gjennom rettslig argumentasjon, nærmere avgrense hva som faller innenfor eller utenfor et vilkårs rekkevidde eller omfang. Et verktøy her kan være å ta en situasjon, handling eller et rettssubjekt som klart faller innenfor det vage vilkårs virkeområde og sammenligne dette med det som mulig faller innenfor. Ved presisering av tvetydig eller fleydig lovtekst vil rettsanvender velge et av flere mulige alternativer, som alle faller innunder en naturlig språklig forståelse av lovteksten.

Ved bokstavelig tolkning av lovtekst vil rettsanvender "la loven på ordet" og tolke bestemmelsen slik den er. Det vil som sådan være bokstavelig tolkning av lovtekst som i størst mulig grad fremmer forutberegnelighetshensyn.

Lovtolkningsresultater som kommer på tvers av lovteksten er utvidende og innskrenkende tolkning. Ved utvidende tolkning vil rettsanvender "strekke" litt på lovteksten for å fange opp et faktum som, etter en alminnelig språklig forståelse, faller utenfor lovtekstens rekkevidde. Den aktuelle lovbestemmelses eller det aktuelle vilkårs virkeområde og omfang vil dermed bli noe større enn det som direkte følger av ordlyden.

Ved innskrenkende tolkning vil rettsanvender "snevre inn" den aktuelle lovbestemmelses omfang og rekkevidde. Deler av det aktuelle vilkårs rekkevidde "skjæres bort", slik at et faktum som etter vanlig språkbruk ville vært rammet av vilkåret, nå faller utenfor.

Høyesterett slutning fra lovens ordlyd er imidlertid mindre presis. Førstvoterende kommenterer at "en motorbåt ikke endrer karakter ved at motoren ikke benyttes". Det er som sådan fattet en slutning fra den alminnelige språklige forståelsen av "motorbåt" og ikke "småbåt som har (...) motor som fremkomstmiddel", slik det står i lovteksten.

Det er innskrenkende tolkning av § 33 første ledd som førstvoterende reiser spørsmål om i avsnitt 12. Saken befinner seg på legalitetsprinsippets område og en tolkning på tvers av lovtekst, til ugunst for borger, vil være problematisk. De hensynene til forutberegnelighet, demokratisk legitimitet og autoritet som gjør seg sterkt gjeldende etter verdihierarkiet, og som særlig må ivaretas når det

Kommentert [EM17]: Også her kommer de to nevnte hovedelementene til syne.

Kommentert [EM18]: Her er det en diskutabel påstand i første setning, og meningsinnholdet av andre setning fremstår som temmelig uvisst. Hvordan unngå slikt? Eksempelvis kunne man her ha vært mer nøye med å avklare hva som menes med «lovgiverviljen», og på den måten blitt bevisst at setningens meningsinnhold er korrekt bare dersom «lovgiverviljen» gis et særskilt innhold. Når det gjelder kritikken mot andre setning, er det det å si at det til setningen bør gis noen forklarende setninger.

Kommentert [EM19]: Dette er greit i den forstand at studenten får vist *kunnskap*. Men studenten benytter ikke muligheten til å få vist *forståelse* gjennom å utbrodere om slutningsprinsippenes begrunnelse.

Kommentert [EM20]: I forrige avsnitt omtales prinsipper vedrørende slutning fra lovtekst, mens fremstillingen i dette avsnittet dreier over på lovtolkningsresultater. Jeg er usikker på om studenten er bevisst dette, jf. «Likevel». En annen sak er at det er korrekt som antydning i teksten, at det er slutningen fra lovtekst som er referansepunktet for karakteriseringen av lovtolkningsresultatet som bokstavelig, presiserende, utvidende eller innskrenkende.

offentlige skal gjøre inngrep i innbyggernes rettsfære, kan ikke undergraves ved at rettsanvender kreativt tolker lovteksten innskrenkende eller utvidende etter eget skjønn.

Det er imidlertid, i relasjon til skillet mellom legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp på det forvaltningsrettslige og det strafferettslige området, rom for å nyansere. Det er til en viss grad muligheter til å foreta utvidende tolkning på det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippets område, selv til ugunst for borger. Det må i så fall være snakk om lite tyngende inngrep som den aktuelle borger ikke har innrettet seg etter i stort omfang. Det er dermed særdeles liten anledning til å komme til det samme lovtolkningsresultat, til ugunst for borger, på det strafferettslige legalitetsprinsippets område.

I forlengelsen av dette er det en glidende grensdragning mellom utvidende tolkning av lovtekst og analogisk anvendelse av lovregel. Analogisk anvendelse av lovregel er imidlertid anvendelse av ulovfestet rett. Ulovfestet rett er som nevnt ikke kvalifisert som primært rettsgrunnlag på legalitetsprinsippets område.

I foreliggende sak vil en innskrenkende fortolkning av lovbestemmelsen være til gunst for den aktuelle borger. Selv om forutberegnelighetshensyn gjør seg gjeldende, vil en tolkning på tvers av lovtekst her være mindre problematisk. En innskrenkende fortolkning fører til at straffebestemmelsen får et snevrere virkeområde og omfang. Et slikt resultat vil ikke komme i strid med de rettssikkerhetsbetraktninger og forutberegnelighetshensyn som gjør seg gjeldende der lovtekst tolkes utvidende til borgerens ugunst.

Høyesterett knytter i avsnitt 12 spørsmålet om en innskrenkende fortolkning til lovens formål. Spørsmål om tolkning på tvers av lovtekst, der lovteksten ikke gir noe klart svar, forankres ofte med tilknytning til den aktuelle lovens formål eller uttalelser i forarbeidene.

Det skilles i norsk metodelære mellom subjektive og objektive formål. De subjektive formål er de formål Høyesterett eller lovgiver ønsker å ivareta gjennom autorisering av ulovfestet rett eller vedtakelse av lovgivning. Henholdsvis subjektive regelformål og subjektive lovformål. På den andre siden finnes de objektive formål. Dette er formål som rettsanvender med rimelighet kan anta at en aktuell lov eller ulovfestet rett skal ivareta.

Subjektive formål har verdiforankring i autoritetsbetraktninger og hensyn til lovgiverviljen. Et argument utledet av subjektive lov eller regelformål vil med andre ord være i tråd med de vurderinger og interesseavveininger som lovgiver foretok under lovgivningsprosessen. Objektive formål har som sådan rasjonalitetsforankring og legitimitet gjennom rettssikkerhetsbetraktninger.

Et lovformål kan ofte utledes av forarbeider eller direkte fra en formålsbestemmelse i den aktuelle lovteksten. I siste del av avsnitt 12 vise førstvoterende at det, samlet sett, ikke er rom for innkrenkende fortolkning etter forarbeidene.

De aktuelle forarbeider er presentert i avsnitt 13 og avsnitt 14 henviser til en aktuell høringsuttalelse.

Den norske lovgivningsprosessen bygger på en tanke om kortere lovbestemmelser som utfylles av mer omfattende forarbeider. Forarbeiders legitimeringsgrunnlag ligger i en avledet autoritet og kyndighetsbetraktninger. Det er ikke lovforarbeidene som vedtas, men de får en mer indirekte autoritet fra den lovgivningsprosess som de utarbeides som en del av. Forarbeider utarbeides ofte av personer som er ansett som spesielt kyndige på det aktuelle rettsområdet. De har dermed legitimitet gjennom rasjonalitetsbetraktning i relasjon til de aktuelle menneskenes fagkunnskap og kyndighet.

Slutning fra forarbeidene foretas i avsnitt 16. Det konkluderes med at lovgiver har åpnet for at båtbruk med lav risiko skal inkluderes i bestemmelsen.

Kommentert [EM21]: Det er fint at forutgående teoretiske omtale av lovtolkningsresultater her blir knyttet opp mot rettsavgjørelsen. For å illustrere hvor viktig språket er, vil jeg her rette oppmerksomheten mot de to siste ordene i dette avsnittet: Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp er ikke ment utelukkende som et vern mot tolkning på tvers av lovteksten på basis av rettsanvenderens «eget skjønn». Det er derimot et spørsmål om legitim vektlegging av argumenter utledet fra andre rettskilder enn lovtekst. Dette kommer ikke tydelig frem gjennom en henvisning til «eget skjønn».

Kommentert [EM22]: Dette tenderer mot gjentagelse.

Kommentert [EM23]: Her får studenten vist *kunnskap*. En nærmere omtale av grensdragningen kunne ha vært egnet til å få vist *forståelse*.

Kommentert [EM24]: Temmelig presis omtale av relevante deler av rettsavgjørelsen. Dette tyder på god forståelse.

Kommentert [EM25]: Her identifiseres noe rettskildemessig sett interessant, nemlig at Høyesterett formulerte et spørsmål om innskrenkende fortolkning av lovtekst, og at tolkning på tvers av lovtekst ofte har forankring i lovformål. Dernest gis det en omtale av hva som menes med (lov)formål. Indirekte gir dette en forklaring på det faktum at tolkning på tvers av lovtekst ofte blir forankret i formålsbetraktninger. Dette kunne imidlertid ha blitt sagt tydeligere og mer direkte, og da på en måte som ville ha vist studentens *forståelse* av hvorfor det ofte er «lettere» å begrunne en tolkning på tvers av lovteksten med formålsbetraktninger enn ved å vise til f.eks. rettsoppfatninger i juridisk teori. Jeg etterlyser med andre ord klare henvisninger til og analyser med forankring i legitimeringssystemet og verdihierarkiet.

Kommentert [EM26]: Studenten får her vist kunnskap og forståelse.

Ved slutning fra forarbeider gjelder det alminnelige slutningsprinsippet som er utgangspunktet ved fortolkning av alle skriftlige rettskilder, de skal forstås i tråd med en vanlig språklig forståelse. Å fatte slutning fra forarbeider skiller seg imidlertid fra å fatte slutning fra lovttekst. Forarbeidene inneholder et atskillig større tekstmateriale og vil, etter omstendighetene, inneholde mindre presise formuleringer. De er som sådan ikke gjenstand for en like finmasket og kontekstuell tekstanalyse. Lovteksten er utformet på bakgrunn av dette.

Videre i avsnittet vises det til hensynet til praktiskable regler og den negative signaleffekten ved unntak. Etter Høyesteretts var hensynet til praktiskable regler og negativ signaleffekt avgjørende i forarbeidenes drøftelser.

Reelle hensyn er en uomtvistet kilde til argumenter i rettslig argumentasjon og de deles gjerne inn i tre ulike kategorier. De alminnelige reelle hensyn er hensyn som rettsanvender med rette kan vurdere som aktuelle argumentkilder på tilnærmet alle rettsområder. Reelle hensyn i denne kategorien er hensynet til forutberegnelighet, rettskildemessig hensyn eller prosessøkonomiske hensyn.

De saksspesifikke, eller kvalifiserte reelle hensyn, er hensyn som gjør seg særlig gjeldende på sine respektive rettsområder. De kan fungere som en rettesnor og "vise vei" på rettsområdet. Et kvalifisert reelt hensyn kan derfor styre rettsanvendelsesprosessen og utgjøre et overordnet holdepunkt som de øvrige argumenter i den rettslige argumentasjonen må harmoniseres med. Som eksempel her kan hensynet til effektivitet i forvaltningen eller hensynet til kontradiksjon på forvaltningsrettsens område nevnes.

Den siste gruppen reelle hensyn er en restgruppe med rettferlighets- og rimelighetsbetraktninger. Dette er reelle hensyn som er utpreget skjønnsmessige, og som er et resultat av rettsanvenderens egne vurderinger i hver enkelt sak. En sak fra 1921, Sterilitetsdommen, illustrerer at rettferlighets- eller rimelighetsbetraktninger kan ha avgjørende rettskildemessig vekt. I saken ble en mann fritatt fra å måtte betale barnebidrag til en gravid kvinne. Bakgrunnen var at han hadde hatt samleie med kvinnen på et tidpunkt som gjorde det naturlig at han var faren. Mannen var imidlertid steril og Høyesterett fant betalingsplikt, selv om dette kunne vært pålagt i tråd med klar lovttekst, som klart urimelig.

De reelle hensyns legitimitet ligger i at de bygger på en tanke om at rettsanvender skal finne en løsning på rettsspørsmålet som er god, konkret og generelt for typetilfellet. De ligger forankret i den juridiske kulturarven og kan, etter omstendighetene, ha forankring i forutberegnelighetshensyn.

Reelle hensyn er et pragmatisk innslag i den norske metodelæren. Ved å utlede disse fra forarbeidene, graviterer førstvoterende disse mot positiv rett. Dette gir de reelle hensyn en mer konkret forankring og gir etterprøvbarehet i rettsanvendelsen. Ellers vil det, i situasjoner der det finnes argumenter utledet av kilder med autoritetsgrunnlag, være begrenset hvor stor vekt rettsanvender kan legge på argumenter utledet på bakgrunn av reelle hensyn. Vektingsprinsipper vil som sådan legge en begrensning på hvor mye rettsanvenderens egne meninger kan telle for rettsspørsmålets resultat og begrense risikoen for at problemstillingen avgjøres på bakgrunn av "friretslig synsing".

Det henvises i avsnitt 17 til en tidligere avsagt høyesterettsdom.

Tidligere avsatte høyesterettsavgjørelser er viktige kilder til argumenter i rettslig argumentasjon. Høyesterett dømmer i siste instans etter Grunnloven § 88 og argumenter utledet av høyesterettsavgjørelser har som sådan autoritetsgrunnlag. Videre har høyesterettsavgjørelser forankring i forutberegnelighetshensyn, likhetsbetraktninger og prosessøkonomiske hensyn. Målet med slutning fra høyesterettsavgjørelser er å komme frem til Høyesteretts rettsoppfatning. Dømmer der dette finnes skaper presedens for senere avgjørelser og en oppfatning som er kommet til uttrykk gjennom en klar høyesterettsavgjørelse er dermed tilnærmet bindende for senere rettsanvendelse.

Kommentert [EM27]: Studenten får her vist kunnskap og forståelse.

Kommentert [EM28]: Studenten får her vist kunnskap og forståelse.

Kommentert [EM29]: Dette er et krevende avsnitt, og jeg skal peke på noe av det som gjør det krevende for leseren: (i) Hva menes med «pragmatisk innslag»? Det blir for enkelt å påstå slikt uten nærmere forklaring. (ii) Har det pragmatiske noen sammenheng med synspunktet om gravitering mot positiv rett? Sammenstillingen av første setning på den ene siden og andre og tredje setning på den annen side, tyder på en slik sammenheng. Jeg som leser får ikke noe klart svar. (iii) Er reelle hensyn det samme som «rettsanvenderens egne meninger» og «friretslig synsing»? Siste setning tyder på at studenten besvarer dette bekreftende. Et slikt synspunkt står imidlertid i direkte motstrid med fremstillingen ovenfor av ulike typer reelle hensyn. Jeg som leser er undrende. Mine kommentarer er ment å understreke særlig ett forhold, nemlig at hvert eneste ord og hver eneste setning må ha et klart innhold.

Kommentert [EM30]: Her omtales flere forhold i ett og samme avsnitt. Normalt bør dette unngås. Det skaper en mer oversiktlig og leservennlig fremstilling dersom hvert avsnitt omtaler ett tema. Dette har også en side til å få vist forståelse – når flere liknende forhold omtales i ett og samme avsnitt, kan leseren få et inntrykk av at studenten ikke helt har sett at det er tale om flere ulike forhold. Til det innholdsmessige: (i) De to første setningene slår fast legitimeringsgrunnlag, uten nærmere forklaringer – intet om hva som menes med «autoritetsgrunnlag»; intet om hvorfor rettspraksis er egnet til å ivareta forutberegnelighetshensyn mv. Utdypinger på disse punktene ville ha fått frem forståelse. (ii) I tredje setning påstår studenten noe om slutning, uten noen form for begrunnelse. Slike postuler gir ingen uttelling. (iii) Siste setning fremstår som en slutning fra det foregående (se «dermed»), men jeg klarer ikke å se det «logiske» i dette. Følgelig gis det også her uttrykk for et postulat. (Hovedpoenget mitt i denne sammenhengen er at de normene/rettskildepriinsippene som fremstilles må gis en nærmere forklaring og begrunnelse, og i så måte er det særlig interessant å se hen til legitimeringssystemet og de verdipremissene som ligger til grunn for metodelæren.)

Det kreves sterke rettskildemessige grunner for å fravike høyesteretts rettsoppfatning. Et eksempel kan imidlertid være i en situasjon der Høyesterett har oversett sentrale tolkningsbidrag, eller situasjoner der rettsoppfatningen ikke lenger er avspeiler rettsoppfatningen på det aktuelle rettsområdet. Sistnevnte var tilfellet i "Husmordommen", Rt. 1977 s. 220, der Høyesterett likestilte en ektefelles arbeid i hjemmet med den andre ektefelles inntektsgivende arbeid. Det ble da sett bort i fra en høyesterettsavgjørelse som ble ansett som prejudikat på området.

I avsnitt 18 fattes det en delkonklusjon. Det er etter førstvoterendes syn klart at båten anses å ha "motor som fremkomstmiddel". Det gjøres dermed klart for at det andre tolkningsspørsmålet, om tiltalte kunne anses for å "føre" den aktuelle båten.

Det fattes nok en gang slutning fra lovtekstens ordlyd i avsnitt 20 og det henvises til en tilsvarende formulering i tilgrensende lovverk, sjøloven § 143. Det utledes ingen holdepunkter for at tiltalte ikke skal anses som å føre båten, selv om motoren slutter å fungere.

Dette kommer også frem av lovens forarbeider, som førstvoterende fatter slutning fra i avsnitt 21.

En henvisning til tilgrensende lovverk er forsvarlig etter den norske metodelæren. Like betraktninger i ulikt lovverk, på problemstillinger som det er naturlig å se i sammenheng, vil kunne skape forutberegnelighet, sammenheng i rettsystemet og et helhetlig lovverk.

I avsnitt 22 fremhever førstvoterende en uttalelse fra lagmannsretten i favør av at tiltalte må kunne anses som å fører.

Lagmannsrettens avgjørelser og praksis er, som andre myndighetsorganers avgjørelser, legitime argumentkilder i rettslig argumentasjon. Av høyesterettspraksis, blant annet Rt. 2012 s. 585, fremkommer det imidlertid at praksisen må være langvarig, konsekvent og omfattende for å kunne bli lagt til grunn. Videre må lovtolkingen være forvarlig og praksisen må være uttrykk for en god regel. Rettsanvendelsen kan som sådan ikke bære preg av å være en omgåelse av autoriteter.

I foreliggende sak må imidlertid lagmannsrettens uttalelse sies å ha begrenset rettskildemessig vekt, da det ikke henvises til noen langvarig praksis. Uttalelsen viser heller til et synspunkt til støtte for førstvoterendes argumentasjon.

Høyesterett tar stilling til en anførsel fra tiltaltes advokat om at domfellelsen er i strid med klarhetskravet etter EMK art.7.

Europeisk rett, EU-/EØS-rett og den europeiske menneskerettskonvensjonen, er internasjonale rettskilder med legitimitet etter norsk metodelære. Den norske rettsstaten bygger på dualisme, i motsetning til monisme, som krever at lovverk gitt av utenlandske institusjoner må innarbeides i norsk rett for at norske borgere kan bygge rettigheter eller pålegges forpliktelser på grunnlag av den. Rett som den norske staten er forpliktet av, men som ikke gjelder for borgerne før den er innarbeidet gjennom transformasjon eller inkorporasjon, er å regne som folkerett. Folkerett har legitimeringsgrunnlag etter presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning. Henholdsvis prinsippet om at norsk rett, så langt det lar seg gjøre, skal tolkes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, og at norsk rett, så langt det lar seg gjøre, skal tolkes i henhold til EU-gitte direktiver.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er imidlertid innarbeidet i norsk rett og det aktuelle legitimeringsgrunnlag er dermed den aktuelle gjennomføringslov. I dette tilfelle menneskerettsloven av 1999.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, EMD, er den autoritative fortolker av EMK. Førstvoterendes slutning fra EMK må dermed gjennomføres i tråd med den metode som EMD legger til grunn. Dommer Endresen kan ikke se at anvendelse av den aktuelle straffebestemmelse strider mot

Kommentert [EM31]: I første setning gis uttrykk for en retningslinje for rettskildebruk. Synspunktet er korrekt, men studenten gir ingen nærmere begrunnelse for retningslinjen. Dersom man skal få vist grunnleggende forståelse, må det gis en relevant og treffende begrunnelse. Se for så vidt bl.a. forrige merknad.

Kommentert [EM32]: Slik studenten skriver, må dette forstås som en omtale av såkalt "relevans". I andre, tredje og fjerde setning angis betingelser for å kunne gjøre bruk av underrettspraksis i rettslig argumentasjon. Dette er ikke helt treffende. De synspunktene som gjøres gjeldende, gjelder vekt mer enn relevans. Jeg understreker igjen hvor viktig det er å være bevisst meningsinnholdet i hvert eneste ord og hver eneste setning.

Kommentert [EM33]: Her treffer studenten, jf. "rettskildemessig vekt". Problemet ligger i uriktige uttrykksmåter i forrige avsnitt; det ser ut til at studenten der skriver om relevans og legitimeringsgrunnlag. Igjen: Man må hele tiden jobbe bevisst med forstandige og meningsfulle overganger mellom avsnitt.

Kommentert [EM34]: Her viser studenten god kunnskap og forståelse.

EMK art. 7, som innholdmessig går ut på at ingen kan straffes uten hjemmel i lov. Ved motstrid måtte småbåtlovens bestemmelse veket for EMK art. 7. Dette følger av et alminnelig prinsipp ved motstrid mellom rettsregler, lex- superiorprinsippet.

Førstvoterende kommenterer her at det ikke er snakk om en analogisk anvendelse av lovteksten, som er anvendelse av uovfestet rett. Lovteksten er, etter Høyesteretts mening, adekvat utformet og problemstillingen var om loven kunne tolkes innskrenkende.

Det kommer her til uttrykk at førstvoterende mente avgjørelsen bygget på en bokstavelig eller presiserende tolkning av lovtekst, lovtolkningsresultater som ikke er i strid med lovkravet som oppstilles i EMK art. 7.

Dersom det i avsnitt 11 hadde blitt foretatt en tolkning av lovbestemmelsens eksakte vilkår, "småbåt som har (...) motor som fremkomstmiddel", kunne resultatet blitt annerledes. Det kunne ikke utledes noe klart svar direkte fra lovbestemmelsens ordlyd. Høyesteretts problemformulering i avsnitt 12, om bestemmelsen kunne tolkes innskrenkende, kunne som sådan blitt annerledes. Utgangspunktet kunne blitt at den aktuelle småbåt ikke hadde hatt "motor som fremkomstmiddel", siden motoren ikke gir fremdrift som følge av drivstoffmangel..

Dermed måtte det blitt foretatt en utvidende tolkning av småbåtloven § 33 for at tiltalte kunne trafes. Dette ville det imidlertid ikke vært rom for, da saken befinner seg på legalitetsprinsippets område.

At Høyesteretts rettsanvendelse ikke strider med EMK art. 7 er som sådan et resultat av en spesiell måte å oppstille tolkningsspørsmålet på. Dersom utgangspunktet for videre lovtolkning, etteDet r at ordlydstolkning var gjennomført, var at båten ikke hadde "motor som fremkomstmiddel", ville det å straffe tiltalte vært i strid med lovkravet i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

Det kunne som sådan oppstått en autoritetskonflikt mellom lovens ordlyd og EMK art 7, som kunne talt for frifinnelse, på den ene siden og lovens forarbeider, lovformål, høyesterettspraksis, underrettspraksis og reelle hensyn på den andre. Saken kunne dermed fått et annet utfall.

Høyesterett kom, på tross av dette, frem til at tiltaltes båt måtte anses for å ha "motor som fremkomstmiddel" og at han var fører av av denne i beruset tilstand.

Høyesterett tok beslutningen på bakgrunn av argumenter utledet på bakgrunn av kilder med autoritetsgrunnlag. Et alminnelig vektingsprinsipp er at argumenter utledet av rettskilder med autoritetsgrunnlag er de argumenter som skal tillegges tyngst rettskildemessig vekt. Dette ligger i en betraktning om at autoritetene, Høyesterett og lovgiver, foretar de vurderinger og interesseavveininger som gir løsninger som har de beste rettskildemessige løsninger for seg. Unntak fra denne hovedregelen kan foretas om sterke rettskildemessige grunner taler for det.

Avgjørelsen var utledet argumenter på bakgrunn av lovtekstolkning, lovformål og forarbeidsuttalelser, alle rettskilder med autoritetsgrunnlag. Når i tillegg alminnelige reelle hensyn trekkes i retning av at tiltalte straffes, kan rettkildebruken kalles forsvarlig.

Tidsnød.

Kommentert [EM35]: Her skriver studenten meget overbevisende. Det er på dette punkt tale om en temmelig kompleks analyse av rettens rettskildebruk, og studenten makter å skrive oversiktlig om dette.

Kommentert [EM36]: Jeg synes ikke dette gir noe mer enn det som allerede har blitt fremstilt i det foregående.

Kommentert [EM37]: Jeg synes det er unødvendig å opplyse om dette.

Mine kommentarer i det foregående bygger på et uforholdsmessig kritisk blikk. Hensikten med slike uforholdsmessig kritiske kommentarer er selvsagt å bidra til læring. For øvrig illustrerer kommentarene mine at det er fullt mulig å oppnå en karakter i øvre sjikt uten å skrive tilnærmet «perfekt».

Den læringen jeg ønsker å bidra med i denne sammenhengen kan i hovedsak sammenfattes slik:

-En domsanalyse i et rettskildeperspektiv vil måtte inneholde to hovedelementer, nemlig identifisering av rettskildemessig sett interessante uttalelser og analyse av disse.

-I analysedelen er det viktig at studentene viser ikke bare kunnskap (gjennom å postulere rettskildeprinsipper), men også forståelse. Slik forståelse kan man ofte få vist gjennom resonnementer basert på legitimeringssystemets verdipremisser og metodelærens verdimesse fundament.

-Det er viktig å jobbe med språket og fremstillingens struktur. Vær hele tiden bevisst den enkelte setnings meningsinnhold og den forstandige sammenheng mellom setninger og avsnitt. Svak sammenheng mellom setninger og avsnitt («stakkato» fremstilling), kan lett bli tatt til inntekt for manglende forståelse. Slikt kan også bli tatt til inntekt for at det som skrives er «innlært» på forhånd.