

Mønsterbesvarelse JUS133 Rettskilde- og metodelære

Eksamen våren 2018

Kandidat: Sara Warda

Ikke kommentert

1. Innledning

Rettslæren er betegnelsen på læren om hvordan man fastlegger innholdet av en rettsregel. Fremgangsmåten for å finne den beste og rimeligste løsningen på et rettsspørsmål kalles for rettsanvendelsesprosessen. Rettsanvendelsesprosessen deles i to prosesser hvor rettsanvenderen først må identifisere og fortolke det primære rettsgrunnlag som danner innholdet for rettsregelen, og videre anvende den aktuelle rettsregelen på faktum (subsumsjon).

Rettsanvendelsesprosessen styres av metodiske retningslinjer som er utviklet av Høyesterettspraksis over tid. De metodiske retningslinjene vil nyte en autoret og anses som legitime ettersom det er utviklet av Høyesterett etter deres konsitusjonelle plikt som den dømmende makt jf. GrL § 88. De overordende metodiske retningslinjene kalles for rettskildeprinsippene, og disse angir hvilke rettskilder som er relevante og legitime for å sikre en forsvarlig juridisk argumentasjon.

Rettskildeprinsippene er ikke bindende for rettsanvenderen, men kun retningsgivende. Med dette vil rettsanvenderen stå overfor ulike valg og vurderinger når det gjelder hvilke rettskilder som skal anvendes, hvordan de skal tolkes og vektas mot hverandre for å sikre en legitim rettslig argumentasjon. Hvilke valg og vurderinger som må foretas for å sikre en nødvendig og kvalitetssikret juridisk argumentasjon beror på hvilken metodisk grunnposisjon en tar utgangspunkt i.

I norsk rett er det særlig tre metodiske innfallsvinkler som har gjort seg gjeldende når det gjelder hva som må til for å sikre en forsvarlig juridisk argumentasjon og hva som må med for å sikre sammenhengen i rettssystemet. Oppgaven vil avgrenses mot å gi omstendelige beskrivelser av de ulike metodiske posisjonene, og de vil derfor kun omtales som rettspragmatisme (Eckhoff), rettspositivisme (Nygaard) og den vitenskapelige tilnærmingen (nyere juridisk teori, jf. bl.a. Tande).

Denne besvarelsen vil redegjøre for lovtekstens betydning ved tolkning av lover. Med dette vil oppgaven gjøre rede for lovtekst som rettskildefaktor og hvordan rettsanvenderen kan trekke slutninger og tolkningsbidrag fra lovtekst i rettsanvendelsesprosessen. Oppgaven bes vise til rettspraksis og gjennomgangen av lovtekstens betydning i rettsanvendelsesprosessen vil illustreres gjennom eksempler fra rettspraksis.

2. Lovtekst som rettskildefaktor

Nygaard tar i sin rettspositivistiske tilnærming til orde for at en rettskilde må ha autorativ kraft og være legitimert for at den skal anses for å utgjøre en rettskildefaktor i rettsanvendelsesprosessen. Her oppstiller han krav om at rettskilden må ivareta grunnleggende samfunnsmessige og rettslige hensyn for å kunne betraktes som rettskildefaktorer.

Når det gjelder lovtekst vil det være på det rene at det er å anse som en legitim rettskilde med autorative kraft. Lovtekst vil alltid kunne fungere som primært rettsgrunnlag på lovfestet område fordi lovteksten er velovereid, behandlet og vedtatt av Stortinget etter deres konstitusjonelle plikt som lovgiver jf. Grl. § 75 a. Med dette vil lovtekst være legitimert som rettskilde fordi den gir uttrykk for demokratiet og vil på denne måten ha demokratisk legitimitet. Lovteksten vil også ha autoritet og legitimitet ved at den ivaretar grunnleggende rettstatlige hensyn som demokrati, forutberegnelighet og rettssikkerhet.

2.1 Lovteksten må være relevant og inneholde den aktuelle rettsvirkningen

For at en aktuell lovtekst skal kunne anvendes som primært rettsgrunnlag (eller bidra til å danne et primært rettsgrunnlag) i rettsanvendelsesprosessen, må lovteksten være relevant ved at den inneholder de aktuelle rettsvirkningene for det konkrete tilfellet. Med dette menes at lovteksten må inneholde den aktuelle vilkårsordlyden som passer på tvistens tilfelle. Her oppstilles således et krav om relevans og innhold.

2.2. Tolkningen av ordlyden danner rammen for den aktuelle rettsvirkningen

For å danne innholdet av rettsvirkningene i den aktuelle lovteksten må rettsanvenderen tolke ordlyden i samsvar med de tradisjonelle tolkningsprinsipper. I norsk rett er det tradisjon for å tolke ordlyden i samsvar med naturlig språklig forståelse. Denne tolkningsmetoden er utviklet gjennom langvarig og omfattende rettspraksis og vil være den tolkningsmetoden som best ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet. Ved å tolke ordlyden etter dens naturlige språklige forståelse vil samfunnsborgerne kunne innrette seg etter lovteksten slik at de kan forutse sin rettsstilling ved eventuelle konflikter.

2.3. Valg og vurderinger knyttet til tolkning av den naturlige språklige forståelse

Når lovteksten skal tolkes etter naturlig språklig forståelse vil det oppstå valgmuligheter for rettsanvenderen når det gjelder hvilket språkbruk som skal legges til grunn. Her finnes det valgmuligheter om hvorvidt lovteksten skal tolkes etter alminnelig dagligtale, juridisk språkbruk eller leksikalsk språkbruk. Hvilket språkbruk som skal legges til grunn i de konkrete tilfellene vil variere etter hvilket rettsområdet en befinner seg og etter hvilket språkbruk som best vil ivareta og fremme de bakenforliggende verdier og sammenhenger i rettssystemet og samfunnet generelt. Etter den vitenskapelige grunnposisjonen vil en best mulig kvalitetssikre sin argumentasjon dersom man ved språkbruket klarer å fremme akkurat disse bakenforliggende verdier og hensyn.

Passbåtdommen I fra 1973 er illustrerende når det gjelder hvilket språkbruk som best vil ivareta de bakenforliggende hensyn og verdier på det aktuelle rettsområdet. Saken gjaldt en snekker som på sin fritid hadde ført en 17 fots passbåt med 115hk under beruset tilstand. Spørsmålet i saken gjaldt hvorvidt vedkommende kunne rammes av ordlyden i den gamle straffeloven (gml.strl.) § 422 om å føre et «skip under tjeneste». Høyesterett la avgjørende vekt på en juridiske språkbruket av begrepet «skip» slik at passbåten ble ansett å falle innenfor rammen av ordlyden. Dommen er sterkt kritisert i ettertid grunnet Høyesteretts utvidende tolkning på strafferettens område.

2.3. Valg og vurderinger knyttet til tolkning av den naturlige språklige forståelse

Når lovteksten skal tolkes etter naturlig språklig forståelse vil det oppstå valgmuligheter for rettsanvedneren når det gjelder hvilket språkbruk som skal legges til grunn. Her finnes det valgmuligheter om hvorvidt lovteksten skal tolkes etter alminnelig dagligtale, juridisk språkbruk eller leksikalsk språkbruk. Hvilket språkbruk som skal legges til grunn i de konkrete tilfellene vil variere etter hvilket rettsområdet en befinner seg og etter hvilket språkbruk som best vil ivareta og fremme de bakenforliggende verdier og sammenhenger i rettssystemet og samfunnet generelt. Etter den vitenskapelige grunnposisjonen vil en best mulig kvalitetssikre sin argumentasjon dersom man ved språkbruket klarer å fremme akkurat disse bakenforliggende verdier og hensyn.

Passbåtdommen I fra 1973 er illustrerende når det gjelder hvilket språkbruk som best vil ivareta de bakenforliggende hensyn og verdier på det aktuelle rettsområdet. Saken gjaldt en snekker som på sin fritid hadde ført en 17 fots passbåt med 115hk under beruset tilstand. Spørsmålet i saken gjaldt hvorvidt vedkommende kunne rammes av ordlyden i den gamle straffeloven (gml.strl.) § 422 om å føre et «skip under tjeneste». Høyesterett la avgjørende vekt på en juridiske språkbruket av begrepet «skip» slik at passbåten ble ansett å falle innenfor rammen av ordlyden. Dommen er sterkt kritisert i ettertid grunnet Høyesteretts utvidende tolkning på strafferettens område.

lovteksten på en tilstrekkelig presis og forståelig måte slik at de ulike utfall faller innenfor rammen av ordlyden. Derimot er det en umulig oppgave for lovgiver å utforme all lovtekst på en slik måte at alle mulige og tenkelige utfall faller innenfor rammen for en lovbestemmelse. Det er i slike tilfeller hvor lovteksten er vag, tvetydig eller uklar at det oppstår konflikter for hvordan lovteksten skal tolkes og forstås. Her det oppstår det ytterligere valg og vurderinger for rettsanvenderen knyttet til hvilke slutninger som skal trekkes fra lovteksten og hvordan dette skal gjøres.

Vage ord og uttrykk kan medføre at rettsanvenderen ikke klarer trekke slutninger fra lovtekst fordi disse kan være tvetydige eller uklare. Her oppstår det et spørsmål om hvorvidt rettsanvenderen kan tolke ordlyden i lys av kontekst eller om lovtekstens ord og uttrykk skal tolkes isolert. Det er i de metodiske grunnposisjonene ulike oppfatninger om. Å tolke et ord eller uttrykk i kontekst av enten lovoverskrift, tittel, punktum eller annen relevant lovgivning kan være retningsgivende og veiledende for rettsanvenderen. Nygaard har i sin rettspositivistiske tilnærming tatt til ordet for at det vil være mulighet for å tolke lovteksten i kontekst dersom lovteksten er vag eller tvetydig dersom det er det beste tolkningsalternativet for å bevare hensynet til den demokratiske legitimitet. Den vitenskapelige tilnærmingen sier derimot at det er betenkelig å tolke lovteskten i kontekst fordi det kan bidra til å overskygge lovtekstens selvstendige betydning og svekke hensynet til den demokratiske legitimitet. Det er derfor viktig å behandle lovteksten tidlig, grundig og balansert før en eventuelt starter å se på en kontekstuell tolkning vil gi et mer legitimt og forsvarlig resultat.

En illustrerende dom knyttet til kontekstuell teksttolkning er Bloggerdommen fra 2010. Dommen gjaldt en person som hadde oppfordret til drap på polititjenestemenn på sin internettblogg. Spørsmålet i saken var hvorvidt vedkommende kunne straffes etter gml.strl. § 140 jf. § 7 nr. 2 jf. § 10 og hvorvidt ytringene på bloggen kunne anses for å være publisert «offentlig» slik at de etter legaldefinisjonen var å anse som «trykt skrift». Dette er en dissensdom hvor flertallet og mindretallet legger avgjørende vekt på tolkningen av lovtekstens ordlyd av hva som er naturlig å falle innefor lovbestemmelsen. Flertallet har i sitt votum lagt avgjørende vekt på at trykt skrift ikke er å anse som internettpubliseringer da det fremgår av lovteksten at teksten må være fremstilt ved «mekanisk eller kemisk Maade».

Flertallet velger altså å tolke vilkårene i lys av lovtekstens vedtakelsestidspunkt og foretar således en statisk tolkning av ordlyden. Mindretallet derimot mener at lovteksten må tolkes dynamisk i kontekst av den teknologiske samfunnsutviklingen slik at internettpublisering også kan omfattes som trykt skrift. Valgmulighetene knyttet til hvilken kontekst man skal tolke lovteksten i vil derfor kunne være avgjørende.

Flertallet sitt votum i Bloggerdommen vil anses å være forsvarlig etter Nygaards positivistiske tilnærming ettersom Høyesterett er lojale til lovtekstens ordlyd på vedtakelsestidspunktet. Derimot vil Eckhoffs pragmatiske tilnærming mene at mindretallets votum vil anses som den rimeligste løsningen ettersom forholdet er klart å anse som straffeverdig. Ut fra den vitenskapelige tilnærmingen kan flertallets avgjørelse anses som legitim ettersom lojaliteten overfor lovgiver bidrar til å ivareta hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet på strafferettens- og legalitetsprinsippets område. På den annen side vil den statiske tolkningen være uheldig med tanke på de bakenforliggende samfunnsverdiene i dagens samfunn og sammenhengen i rettssystemet. Å ikke straffedømme for slike straffverdige ytringer vil stride mot den alminnelige rettsfølelsen i samfunnet.

2.4.1. Tolkning av lovtekst i kontekst med en antatte lovgivervilje og lovformål

I flere dommer fastslår Høyesterett at en spesifikk slutning fra lovtekst vil være legitim og forsvarlig ettersom den vil være i samsvar med «lovgiverviljen» eller «lovformålet». I juridisk litteratur er det uenighet om hvorvidt lovgivervilje eller lovformål kan anses som en legitim og autorativ rettskildefaktor som kan gi avgjørende vekt. Lovgiverviljen og lovformål er formelt sett ikke legitimerede rettskilder ettersom de ikke har samme autorative kraft og legitimert på samme måte som andre rettskildefaktorer. Lovformål og lovgiverviljen kan dog i noen tilfeller ha avgjørende betydning dersom de står i en formålsparagraf i en lov eller dersom lovgiverviljen er eksplisitt utformet i lovteksten eller forarbeidene til den aktuelle bestemmelsen. Å vektlegge lovgivervilje eller lovformål kan derfor være uheldig i tilfeller hvor de vil overskygge lovens selvstendige betydning. Dette kan igjen illustreres gjennom Passbåtdommen I.

I Passbåtdommen blir snekkeren straffedømt fordi Høyesterett legger vekt på sentrale trafikkformål og antatt lovgivervilje som de utleder fra forarbeidene. Trafikkformålet utledes av forarbeidene på en slik måte at de fremstår som reelle hensyn eller positiverte verdier. Selv om det etter en alminnelig rettsfølelse og ut fra generelle samfunnsverdier vil kunne anse det som legitimt å straffedømme fyllekjøring i båt, er det uheldig å vektlegge disse formål for stor vekt i vurderingen - slik Høyesterett gjør. Å anvende en antatt lovgivervilje eller lovformål i slike tilfeller vil bidra til å nedtone lovtekstens selvstendige betydning og med dette svekke hensynet til den demokratiske legitimitet og forutberegnelighet som på strafferettens område er de grunnleggende verdier og hensyn.

2.5 Valg og vurderinger knyttet til presiserende, innskrenkende eller utvidende tolkning i problemformuleringen

Overfor er det gjort rede for rettsanvendelsesprosessens første fase eller prosess hvor det er redegjort for hvordan lovtekst kan fungere som primært rettsgrunnlag og hvilke slutninger som kan trekkes fra rettskildefaktoren for å danne innholdet i rettsregelen. Ved å starte å behandle lovteksten tidlig, tydelig og grundig og å starte i den naturlige språklige forståelsen vil man ivareta grunnleggende rettsstatelige hensyn som demokratisk legitimitet og forutberegnelighet. I tillegg vil man etter en tolkning av den naturlige språklige forståelsen

allerede i problemformuleringen kunne ta stilling til hvorvidt lovteksten skal tolkes presiserende på det konkrete tilfellet, eller hvorvidt det er behov for å tolke ordlyden utvidende eller innskrenkende.

Ved utvidende tolkning vil rettsanvenderen måtte tolke ordlyden utvidende slik at rettsvirkningen omfatter et større området enn det naturlige språklige forståelsen av ordlyden skulle tilsa. Motsatt ved innskrenkende tolkning vil ordlyden tolkes snevrere enn den naturlige forståelsen av ordlyden. Innskrenkende og utvidende tolkninger av ordlyden vil ikke alltid kunne gøres ettersom rettsområdet kan sette begrensninger for dette. Eksempelvis vil det på legalitetsprinsippets området kunne sette begrensninger for utvidende da det vil stride mot hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet.

En utvidende tolkning av ordlyden vil medføre at forhold som egentlig ikke skal rammes av ordlyden gjør det likevel. Dette kan blant annet illustreres gjennom Passbåtdommen hvor vilkåret «skip» ble tolket utvidende til ugunst for tiltalte. Motsatt kan en utvidende tolkning også tolkes til gunst for tiltalte. Et illustrerende eksempel er Hønsehauksommen.

Hønsehaukdommen gjaldt en bonde som skjøt og drepte en hønsehauk etter vedkommede hauk hadde gått til angrep på hans høner. Spørsmålet i saken var hvorvidt tiltalte kunne rammes av unntaksbestemmelsen som frifant ham for staff etter viltloven. Det avgjørende spørsmål var hvorvidt bondens høns kunne anse som «bufe». Etter den dagligdagse, leksikalsk og juridiske språkbruken var vilkåret kun forbeholdt større husdyr bl.a. kyr. Retten fant det likevel at hønene var å anse som «bufe» og bonden ble frikjent.

3. Betydningen av lovforarbeider ved tolkning av lovtekst

3.1. Forarbeider som rettskildedefaktorer

Forarbeider er referater, dokumenter og proposjoner som gjøres av Stortinget for å vedta eller endre en ny lovgivning. Lovtekst kan altså ses på som konklusjonen av forarbeidene. Forarbeidene vil anses som legitime rettskilder fordi de også vil kunne ha en autorativ kraft ved at de er rettskilden som ligger nærmest til lovteksten. Med dette vil forarbeider også anses å ha avledet demokratisk legitimitet og vil dermed anses som legitime rettskildedefaktorer som kan bidra til tolkning av lovtekst.

Når det gjelder bruken av forarbeider ved tolkning av lovtekst oppstår det særlig spørsmål om hvor mye som skal trekkes ut eller legges vekt på. Det finnes ingen særlige retningslinjer om hvordan forarbeidene skal tolkes og rettspraksis viser i stor grad en variasjon når det gjelder å trekke slutninger fra forarbeider. Det er spesielt for de tilfeller hvor lovteksten er vag eller uklar at forarbeidene benyttes til å kaste et lys over innholdet eller fylle ut innholdet av en lovtekst. I tilfeller hvor forarbeidene er dekkende og uttømmende vil forarbeidene anses som legitime rettskilder å trekke slutninger fra fordi de kan bidra til å avklaring og regeldanning.

3.2. Faren ved bruk av forarbeider ved tolkning av lovtekst

Rettspraksis behandler forarbeidene i varierende grad når det gjelder å trekke slutninger. Noen ganger fremstår retten som selektiv hvor det trekkes ut utdrag fra forarbeidene, mens andre ganger foretar retten en samlet vurdering av forarbeidenes betydning som helhet og hvordan disse skal tolkes i lys av lovteksten. Ut fra en vitenskapelig tilnærming og rettspositivistisk syn vil det anses som mest forsvarlig å trekke slutninger fra forarbeidene når

disse ses i sammenheng. Det vil anses som manglende kvalitetssikring og dårlig juridisk metode dersom rettsanvenderen i behandlingen av forarbeider kun trekker ut de bidrag som er relevante for den ene løsningen. Å se forarbeidene i sammenheng vil også skape balanse, grundighet og koherens i den juridiske argumentasjonen slik at denne anses som nyansert og best mulig kvalitetssikret.

Til tross for at forarbeidene kan være til hjelp vil det likevel være betenkelig å anvende disse i for stor grad slik at de overskygger lovteksten. Den vitenskapelige tilnærmingen og rettspositivismen legger til grunn at det må legges en viss begresning for hvor stor vekt forarbeidene kan ha. Det vil være en fare ved at forarbeidenes betydning vil vektlegge større vekt enn det lovteksten isolert sett vil gi uttrykk for. Den rettspositivistiske tilnærmingen tar til orde for at forarbeidene ikke bør legges for stor vekt ettersom de ikke er behandlet, overveid og grundig vurdert av lovgiver på samme måte som lovtekst. Derfor må rettsanvenderene være forsiktige med å vekte forarbeidene da disse ikke har samme autorative kraft og bærer av hensynet til demokratisk legitimitet.

Høyesterett har i flere dommer bruk forarbeider og lovtekst sammen på en slik måte at disse fremstår som en enhet. En slik fremstilling vil føre til en dårlig kvalitetssikret argumentasjon ettersom den selvstendige betydningen av lovteksten ikke vil kunne få gjennomslagskraft som bærer av de bakenforliggende verdier i rettssystemet. To illustrerende dommer hvor Høyesterett har behandlet lovforarbeider og lovtekst som en enhet er i Støvlethældommen og i GMAC-dommen.

Støvlethældommen gjaldt en kvinne som mistet hælen på den ene støvletten fire uker etter kjøpet. Vedkommende krevde å få omlevert nye sko, mens selgeren ønsket å reparere skoene. Et nytt par ville koste butikken 450kr, mens reparasjon ville koste butikken 65kr. Spørsmålet i saken gjaldt hvorvidt kvinnen kunne kreve omlevering etter forbrukerkjøpsloven (fbkjl.) § 29 om «krav på omlevering eller retting» dersom det ikke voldte selgeren «urimelige kostnader». Retten kom til at kvinnen ikke hadde krav på omlevering og la avgjørende vekt på selektive uttalelser i forarbeidene som knyttet seg til miljøhensyn.

Flertallet i Støvlethældommen konkluderer med at lovteksten ikke gir tilstrekkelige tolkningsbidrag når det gjelder hvorvidt kvinnen har krav på omlevering. Det vises også til utdrag fra forarbeider hvor hensynet til miljø og forebyggingen av et «bruk-og kast»-samfunn. Flertallet legger dermed avgjørende vekt på forebygging av forsøpling av brune-og hvitevarer og at omlevering vil føre til et økt samfunnsproblem.

Mindretallet i dommen mener på den annen side at kvinnen har krav på omlevering ettersom det er det som er hovedregelen i fbkjl. § 29. Unntak fra hovedregelen er snever og kommer kun til anvendelse dersom omlevering vil volde selgeren «urimelige kostnader». Mindretallet behandler lovteksten mer grundig og tidlig i motsetning til flertallet. Det tas utgangspunkt i ordlyden hvor lovteksten får den avgjørende vekt ved vurderingen. En slik tolkning vil bedre ivareta hensynet til demokratisk legitimitet og hensynet til forbrukerne. Mindretallet trekker også slutninger fra forarbeidene, men ser på forarbeidene som et helhetlig og sammenlagt dokument. Med dette unngår de å trekke selektive slutninger slik som flertallet gjør.

Sett fra et vitenskapelig perspektiv vil mindretallets vurdering anses mer som kvalitetssikret og grundig enn flertallets. Mindretallet er grundige, balanserte og nyanserte når det gjelder hvilke slutninger som trekkes fra forarbeidene og klarer i argumentasjonen å skille forarbeidsuttalelsene fra lovteksten slik at den får tyngst vekt. Mindretallets vurdering bidrar

med dette til å skape sammenheng av de rettslige verdier som gjør seg gjeldende på det aktuelle rettsområdet og i rettssystemet generelt.

GMAC-dommen gjaldt en forhandlingsavtale i bilbransjen hvor spørsmålet i saken var om avtale om salg og kjøp av biler kunne anses som en salgspant etter pantloven. Retten kom til at dette ikke var mulig og flertallet tolket forarbeidene og lovteksten som en enhet slik som i Støvlethæl-dommen. I denne dommen starter flertallet i forarbeidene til bestemmelsen om salgspant, istedenfor å starte i

ordlyden. Dette kan anses som noe betenkelig da utgangspunktet er at lovteksten skal fungere som det primære rettsgrunnlag på lovfestet område. Ut fra et rettspositivistisk perspektiv kan det derfor anses på som uheldig å starte i lovforarbeidene med hensyn til ivaretagelsen av hensynet til demokratisk legitimitet og forutberegnelighet.

På den annen side kan det etter den vitenskapelige tilnærmingen anses å være forsvarlig at flertallet starter i forarbeidene slik de gjør. Saken befinner seg på et spesialisert rettsområde hvor det opereres med særlige begrep og uttrykk som må avklares og defineres for å kunne forstås etter en naturlig språkbruk. Til tross for at det er uheldig å se forarbeider og lovtekst som en enhet i vurderingen, må det likevel legges vekt på at saken befinner seg på et særskilt rettsområde.

4. Betydningen av rettspraksis ved tolkning av lovtekst 4.1 Rettspraksis som rettskildedefaktor

Når det oppstår ulike tvister som Høyesterett må ta stilling til å løse, vil lovtekst og forarbeider anses som de relevante rettskildene for å danne innholdet av den konkrete rettsregelen. Over tid vil det de avsagte dommene av Høyesterett også kunne bidra til løsning av rettsspørsmålet ved at like tilfellet skal behandles likt. Det er Høyesterett sin plikt og praksis som dømmende makt jf. Grl. § 88 som gir de avsagte avgjørelsene legitimitet og autoritet ved at de anses som legitime rettskildedefaktorer. Vi sier med dette at dommene som er avsagt av Høyesterett har prejudikatsvirkning for fremtidige lignende avgjørelser.

4.2. Retningslinjer for tolkning av rettspraksis i samsvar med lovtekst

Rettspraksis er en rettskildedefaktor som ivaretar et annet hensyn enn lovtekst, nemlig hensynet til Høyesterett som den dømmende makt. Rettspraksis er en spesiell rettskildedefaktor ved at den allerede etablerer innholdet av en rettsregel som kan benyttes på et likt tilfelle i fremtiden. Med dette kan rettspraksis anses som forhåndsdefinert rettskildedefaktor. Det er de nødvendige momentene og avgjørelsene som har vært nødvendig for å avsi den aktuelle dom som vil ha prejudikatsvirkning for fremtidige avgjørelser. Prejudikatsvirkningen vil dermed avgrenses mot andre uttalelser som ikke har vært avgjørende for domsresultatet - disse avgjørelsene som ikke har vært avgjørende for domsresultatet kalles for obiter dictum (slengbemerking).

Når det gjelder hvilke ytterligere retningslinjer som kan trekkes ved slutninger fra rettspraksis skiller vi mellom ratio decidendi (generelle retningslinjer utledet fra dommen) og parallelltolkning. Dette er ulike måter å videreføre en doms prejudikatsvirkning på til det konkrete tilfellet. Ved ratio decidendi vil rettsanvenderen overføre de generelle retningslinjene som var utsalgsgivende for tolkningsresultatet til den aktuelle tvisten, mens

det for parallelltolkning vil foretas en grundig analyse og sammenligning av prejudikatet og faktum i det aktuelle tilfellet.

Den ideelle juridiske argumentasjonen krever at det foretas begge deler; både generelle tolkningslinjer og parallelltolkning med sakens tilfelle. Dette skjer dog ikke i praksis og Høyesterett foretar ofte det ene eller det andre. Her er må det presiseres at selv om det ideelle er å gjøre begge deler er det forståelig med tanke på rettens tidspress og hensynet til effektivitet og ressurs at slike sammenligninger ikke skjer. Poenget her er altså ikke å kritisere Høyesterett for måten prejudikatene anvendes på, men snarere vise et avvik fra det ideelle.

Passbåtdommen I er illustrerende når det gjelder hvordan rettspraksis kan påvirke domsresultat og lovtekst. I behandlingen av saken viste retten til en dom fra 1966 (Sjarkdommen). I Sjarkdommen gjaldt saken en sjømann som hadde leid en 25 fots sjark med 18hk til lofotfiske. Vedkommende ble som i Passbåtdommen tiltalt for fyllekjøring etter gml. strl. § 422. Høyesterett overførte de generelle retningslinjene i Sjarkdommen til Passbåtdommen hvor snekkeren også ble dømt etter samme bestemmelse. De generelle retningslinjene som ble tillagt vekt i begge dommene var trafikkformål til sjøs og hensynet til liv og forebygging av fare på sjøen.

Etter de generelle retningslinjer som overføres til Passbåtdommen I kan det anses som forsvarlig at retten kommer til den konklusjonen som de gjør. Imidlertid ville en parallelltolkning av faktum kunne medføre et annet resultat. Det bør fremheves at tiltalte i Passbåtdommen var en snekker, mens Sjarkdommen gjaldt en sjømann. Sjømannen vil med sitt yrke anses å stå nærmere til å være en fører av et «skip under tjeneste» enn det en snekker vil. Videre gjaldt båten som vedkommende førte i 1966 en sjark som var leid til kommersielt bruk, altså lofotfiske. Vedkommende snekker i 1973 brukte sin egen fritidsbåt på sin fritid. I tillegg bør båtens størrelse også i større grad ha vært sammenlignet. Det vil være en forskjell på en 17 fots plastbåt og en 25 fots fiskesjark. Det er klart at dersom retten i hadde parallelltolket faktum i begge saker ville det kunne medføre en grundigere og mer nyansert argumentasjon som i større grad ville vært kvalitetssikret.

4.3 Særlig om rettspraksis sin betydning på erstatningsrettens område

Erstatningsretten er et rettsområde hvor hensynet til den dømmende makt vil gjøre seg gjeldende i større grad hvor rettspraksis i noen tilfeller kan veie tyngre enn lovtekst. Rettspraksis har en slik avgjørende betydning fordi store deler av rettsområdet er utviklet av rettspraksis, til eksempel ansvarsgrunnlaget om culpa og ulovfestet objektivt ansvar. Rettspraksis vil som rettskildefaktor veie tungt her ettersom rettsområdet har retningslinjene er utformet av rettspraksis. På erstatningsrettens området kan vi dermed si at rettspraksis har en spesielt rettsutviklende-og rettskapende kompetanse.

På erstatningsrettens område vil Advokatpartnerdommen være illustrerende når det gjelder rettspraksis sin rettskapende karakter. Saken gjaldt en advokatpartner som hadde forsettlig tilegnet seg aksjer til klientens barn. Spørsmålet i saken var hvorvidt vedkommende advokatfirma kunne heftes ansvarlig for handlingene og hvorvidt barna til klienten kunne kreve erstatning på bakgrunn av arbeidsgiveransvaret etter skl. § 2-1. Det avgjørende i saken var hvorvidt advokatpartneren kunne anses som en «arbeidstaker» i lovens forstand. Flertallet så hen til lovens forarbeider og kom til at begrepet kunne tolkes utvidende slik at også en advokatpartner kunne anses som en arbeidstaker. Her var retten rettskapende ved at arbeidstakerbegrepet ble utvidet fra å ikke bare gjelde ansettelsesforhold, men også forhold

som gjaldt selskapsdeltakelse. Rettspraksis nedtoner dermed den naturlige språklige forståelsen av ordteksten til fordel for den rettsskapende utviklingen og reelle hensyn.

5. Betydningen av reelle hensyn ved tolkning av lovtekst

5.1 Er reelle hensyn en legitim rettskildefaktor?

I forlengelsen av tolkning av rettspraksis i på erstatningsrettens område reises også spørsmål om reelle hensyns om rettskildefaktor. De ulike metodiske posisjonene har ulikt syn på reelle hensyn og disse presenteres på ulike måter. Eckhoff mener at reelle hensyn er valg og vurderinger som rettsanvenderen foretar ved valgets godhet når det gjelder innholdet av en forsvarlig og rimelig rettsregel. Nygaard mener på sin side at reelle hensyn kan være positive verdier (slutninger fra lovtekst, forarbeider eller rettspraksis) eller samfunns og rettstatsverdier. Den vitenskapelige tilnærmingen sies å forene seg med Nygaards positivistiske tilnærming. Ettersom Nygaard mener at også slutninger fra de øvrige rettskildefaktorerene også kan anses som reelle hensyn vil de egentlige reelle hensyn være alminnelige samfunns- og rettstatsverdier. Disse kan anses som legitime fordi de fremme og ivareta den alminnelige rettsfølelse og verdiene som søkes å fremmes i samfunnet. Med dette kan reelle hensyn også anses som legitime rettskilder som kan trekkes inn i en juridisk argumentasjon.

5.2. Rettspraksis hvor reelle hensyn har fått særlig betydning

Det er særlig på erstatningsrettens område hvor hensynet til den dømmende makt at reelle hensyn har hatt avgjørende betydning for domsresultatet. Illustrerende dommer her er Steriliseringsdommen, Fosterdiagnostikkdommen og Prostitusjonsdommen.

Steriliseringsdommen gjaldt en mann som etter et mislykket steriliseringsforsøk hadde blitt far til et barn. Vedkommende krevde så erstatning for oppfostringsutgifter, men retten fant det at slik erstatning ikke kunnen gis. Til tross for at ordlyden i bestemmelsen var klar fant retten det at det ville stride mot «alminnelige verdier» i samfunnet dersom det skulle tilkjennes erstatning for et slikt tilfellet - at det var født et friskt barn. Avgjørelsen legger avgjørende vekt på samfunnsverdiene og trekker endelige konklusjoner fra det. I dette tilfellet vil det kunne oppstå motstrid mellom hensynet til den dømmende makt og hensynet til demokratisk legitimitet. Ettersom man er på erstatningsrettens område hvor hensynet til domstolene veier tungt vil det dermed være motstrid om hvilke verdier som skal fremmes.

Fosterdiagnostikkdommen anses som en oppfølger til Steriliseringsdommen. En mor som hadde født to funksjonshemmede barn var redd for å få et tredje funksjonsnedsett barn og ønsket å få fostervannsdiagnostikk. Kvinnen ble ikke tilbydd dette og det forelå en svikt fra svikt i helsehjelpen fra sykehuset. Kvinnen fødte så et barn med downs syndrom og krevde således erstatning for tapt arbeidsinntekt grunnet hun ikke kunne være i arbeid når arbeid i hjemmet og oppforstringen av barna overtok. Retten la igjen vekt på reelle hensyn og grunnleggende samfunnsverdier om at barn ikke kan anses som «skade» hvor moren kunne oppnå et økonomisk mål. Kvinnen krevde erstatning med hjemmel i skl. § 3-1 og til tross den klare hjemmelen ble ordlyden igjen nedtonet til fordel for samfunnsbaserte verdier.

Prostitusjonsdommen gjaldt noen prostituerte som ble ranet og banket opp. De krevde så erstatning av skadevolderene for skadene de ble påført og faktum at de ikke var i stand til å selge seksuelle tjenester i tiden etter ranet. Spørsmålet i saken var hvorvidt skadene de var

påført som medførte at de ikke var i stand til å tjene penger på seksuelle tjenester kunne anses som en erstatningsrettslig vernet skade etter skl. § 3-1. Flertallet la i sitt votum avgjørende vekt på at til tross for at pengene som de ble frastjålet og det økonomiske tapet de led var skattepliktig, ville samfunnshensyn og hensynet til de prostituerte som en skadelidtegruppe i samfunnet tale mot å gi erstatning for slike handlinger da prostitusjon var et uønsket samfunnsproblem. Mindretallet på sin side mente at det økonomiske tapet var vernet av skl. § 3-1 og at ordlyden i bestemmelsen måtte få avgjørende betydning.

6. Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp på lovfestet område 6.1. Legalitetsprinsippet på strafferettens område

På strafferettens område vil legalitetsprinsippet kunne gjøre seg gjeldende som tolkningsprinsipp og tolkningsbidrag når det gjelder tolkning av lovtekst. Etersom det på strafferettens område vil aktualisere legalitetsprinsippet er det klart at det vil stilles skjerpere krav til tolkning av lovtekst og ordlyd fordi straff er den strengeste formen for sanksjon som staten kan ilegge borgerne. På dette rettsområdet står dermed hensynet til forutberegnelighet og demokratisk legitimitet særlig sterkt hvor det kreves formell lov for å idømme borgerne straff. Dette er konstitusjonelt hjemlet i Grl. § 96 og fremgår av de internasjonale forpliktelsene som Norge er bundet av jf. bl.a. EMK art 7.

Rettspraksis har gjennom en rettsutvikling vist et skjerpet krav for å straffedømme borgere. Dette kommer også i stor grad av den internasjonale påvirkningen hvor det oppstilles et klarhetskrav: jo større inngrep, desto klarere må lovhjemmelen for straff være. Etersom klarhetskravet stiller skjerpede krav til lovhjemmelen vil dermed analogi og utvidende tolkning være utelukket på strafferettens område. Rettsutviklingen fra å ha et skjerpet legalitetsprinsippet kan illustreres fra utviklingen fra Passbåtdommen til Bloggerdommen.

Passbåtdommen på strafferettens område ble det foretatt en utvidende tolkning av vilkåret skip. Her ble lovteksten nedtonet til fordel for trafikkformål og andre reelle hensyn som retten anså som legitime ut fra samfunnsbetraktninger.

Telefonsjikanedommen omhandlet et ektepar som ble oppringt hver kveld og sjikanert på telefonen. På den tid fantes det ingen prejudikater som kunne gi svar ei heller en lov som kunne gi svar på det aktuelle tilfellet og retten fant derfor at straff var utelukket for vedkommende som ringte. Dette viste seg å være det første steget i utviklingen av et strengere legalitetsprinsippet. Retten fant det at selv om forholdet var straffeverdige fantes det ikke hjemmel lov for å kunne straffedømme.

I Elvebåtdommen tar også retten avstand fra uttalelsene i Passbåtdommen og finner det at å føre en mindre båtfartøy i beruset tilstand ikke kunne rammes av gml. strl. § 422. Også nyere dommer som Narkotikadommen hvor et derivat av GHB, GBL ikke var oppført på narkotikalistene ikke ble ansett som narkotika. Retten fant det at dersom derivatet skulle anses som narkotika så måtte det fremgå klart av ordlyden. Ilustrerende dommer som også viser til strengt legalitetsprinsipp er Bloggerdommen og dom om vold i nære relasjoner.

6.2. Legalitetsprinsippet på det forvaltningsrettslige område

Legalitetsprinsippet her har tidligere vært sedvanerett, men er nå konstitusjonelt forankret i Grl. § 113. På forvaltningsrettens område er ikke legalitetsprinsippet like strengt, men det

oppstilles likevel krav om klar lovhjemmel for å gripe inn i borgernes rettsstilling. En illustrerende dom på området er Sårstelldommen.

Dommen gjaldt en uteligger som var innlagt på et pleiehjem for store sår på kroppen. Det var en spesiell situasjon og vedkommende nektet stell av sår som senere ble infisert og var illeluktende. I tillegg hadde pasientene et kronisk avføringsproblem som medførte at vedkommende fikk store mengder med avføring på kroppen og dette blandet seg med sårene. Pasienten motsatte seg vask og stell for sårene og avføringen og dette medførte store problemer for mannen selv og pleirne som bodde der.

- Fant ingen hjemmel for inngrep i å stelle sår mot vedkommendes vilje. Rette