

# Mønsterbesvarelse – JUS133 Rettskilde- og metodelære

Eksamen våren 2019

Kandidat: Anonym

*Ikke kommentert*

## Samvirket mellom lovtekst og lovforarbeider

### 1. Innledning

Med tolkning av lover menes det at man tar utgangspunkt i en formell lov vedtatt av Stortinget etter deres konstitusjonelle plikt som lovgiver etter Grunnloven § 75a og prosedyrene for dette i Grunnloven § 76 flg. I tillegg går lovtolkningsprosessen ut på at man trekker inn andre rettskildefaktorer for å klargjøre innholdet i regelen. Eckhoff deler disse rettskildefaktorene opp i syv grupper, på kurset i Rettskilde- og metodelære har vi fokusert særlig på fire av dem; Lovtekst, lovforarbeid, rettspraksis og reelle hensyn.

Rettslæren er betegnelsen på den fremgangsmåten rettsanvenderen tar i bruk for å komme frem til en løsning på et rettsspørsmål. Denne fremgangsmåten kalles for rettsanvendelsesprosessen som er en tredelt prosess bestående av relevans, slutning og harmonisering (vekting). Relevans går ut på å finne relevante rettskildefaktorer for å løse et rettsspørsmål, slutning går ut på hvordan en skal trekke slutninger fra den aktuelle lovbestemmelsen og harmonisering dreier seg om vekting av de ulike rettskildefaktorene.

Rettsanvendelsesprosessen styres av metodiske retningslinjer. Disse metodiske retningslinjene har autoritet og er legitime ettersom de er utviklet av Høyesterett over tid etter deres konstitusjonelle plikt som den dømmende makt etter Grunnloven § 88. De metodiske retningslinjene betegnes som rettskildeprinsipper og sier noe om hvordan man skal foreta slutning fra rettskildefaktorene og hvordan samvirket mellom dem er.

Det er alminnelig enighet om at rettskildeprinsippene ikke er bindende for rettsanvenderen, men bare av retningsgivende karakter. Dette medfører at rettsanvenderen vil stå ovenfor ulike valg og vurderinger underveis i rettsanvendelsesprosessen, både når det gjelder hvordan man skal foreta slutning fra de ulike rettskildefaktorene, men også når en skal harmonisere disse (klarlegge samvirket mellom de). Rettsanvenderens oppgave blir her å foreta slutning og harmonisering på en måte som best kvalitetssikrer den juridiske analysen. Hvilke valg og vurderinger som best kvalitetssikrer den juridiske analysen beror på hvilken metodiske grunnposisjon det tas utgangspunkt i. På kurset i Rettskilde- og metodelære har vi fokusert særlig på to grunnleggende metodiske posisjoner; Den rettslige pragmatisme og den rettslige positivisme. Innenfor disse metodiske posisjonene gjør det seg gjeldende metodiske retningslinjer innenfor rammen av rettskildeprinsippene som det skal redegjøres nærmere for under i punkt 2.

Denne oppgaven skal ta sikte på å særlig redegjøre for de metodiske retningslinjene som gjør seg gjeldende for samvirket mellom lovtekst og lovforarbeider, innenfor og utenfor legalitetsprinsippets område. Fremstillingen vil også innholde illustrerende eksempler fra rettspraksis. Det er hensiktsmessig å si noe om hva lovtekst og lovforarbeider er, hvorfor de er en relevant rettskildefaktor, hvordan de kan anvendes i rettsanvendelsesprosessen samt samvirket mellom dem som er hovedtema for oppgaven.

### 2. Metodiske grunnposisjoner

## 2.1 Den rettslige pragmatismen

For det første kan man ha en rettspragmatisk og intuitiv tilnærming til rettsanvendelsesprosessen. Denne tilnærmingen har vokst frem gjennom rettspraksis, ved at en har studert Høyesteretts mønster over tid. Innenfor denne tilnærmingen er det vanskelig å stille opp noen spesifikke og detaljerte metodiske retningslinjer utover at det overordnede siktemålet er å komme frem til en rimelig og god løsning i den konkrete sak og på den generelle plan innenfor rammen av rettskildепrinsippene. Dette medfører et stort spillerom for rettsanvenderen og som vi skal se så vil en i større grad akseptere aktiv bruk av rimelighetsog rettferdighetsbetraktninger enn det som gjelder dersom man følger etablerte verdier og elementer i rettssystemet, jf. nedenfor om rettspositivisme.

Den rettslige pragmatismen har vi på kurset i stor grad knyttet opp til Eckhoff og hans metodelære. Hans fremgangsmåte kjennetegnes ved at rettsanvenderen står seg fritt til å tone ned eller fremheve de rettskildefaktorer eller argumenter alt ettersom de taler i motsatt eller samme retning som det rimelige og ønskede resultat.

Fordelen med en slik tilnærming til rettsanvendelsesprosessen er at man er svært resultatorientert og baserer seg på de forventningene jurister, alminnelige borgere og samfunnet har til en rettferdig og rimelig avgjørelse. Det er heller ikke til å unngå at det blir foretatt slike "snarveier" særlig med tanke på rettens tidspress og hensynet til effektivitet og ressurser. Ulempen er likevel at en slik aktiv bruk av rimelighetsbetraktninger for å komme frem til det som fremstår som et rimelig resultat uten særlige metodiske retningslinjer vil kunne medføre vilkårlighet. Videre vil også den fremhevingen og nedtoningen som Eckhoff står for medføre at den juridiske argumentasjonen blir ensidig og lite egnet for etterprøvbarehet.

## 2.2 Den rettslige positivismen

Den rettslige positivismen kjennetegnes av at man føler seg bundet av å anvende autoriserte rettskilder og ivareta grunnleggende etablerte elementer og verdier i rettssystemet. Dette går primært ut på å ivareta de etablerte verdiene som autoriserer den enkelte rettskildefaktor. For denne oppgaven som i hovedsak skal dreie seg om lovtekst og lovforarbeid skal vi nedenfor se at autorisasjonsgrunnlaget er hensynet til demokratisk legitimitet. Valg og vurderinger er ikke tilstrekkelig kvalitetssikret før en har ivaretatt hensynet til demokratisk legitimitet, det gjelder både når det trekkes slutninger fra dem, men også de valg og vurderinger som gjør seg gjeldende på harmoniseringsstadiet.

Rettspositivismen har i stor grad vært knyttet opp til Nygaard og nyere metodisk litteratur, jf. bl.a. Tande. Nygaard fremhever at man bør koble seg selv ut som rettsanvender for å være så objektiv som mulig samt ivareta rettssystemet underliggende verdier. Utover dette oppstiller ikke Nygaard nærmere metodiske retningslinjer for hvordan valg og vurderinger skal kvalitetssikres.

Nyere juridisk teori oppstiller derimot nærmere metodiske retningslinjer for hvordan en kan kvalitetssikre de valg og vurderinger rettsanvenderen står ovenfor, disse er; synliggjøre valg og vurderinger, herunder valgmuligheter som gjør seg gjeldende i rettsanvendelsesprosessen, tekstlojalitet for å ivareta hensynet til demokratisk legitimitet, aktiv sikring av verdi- og fornuftsmessig koherens og identifisere og avklare spenninger mellom de grunnleggende verdiene i rettssystemet. På denne måten blir de metodiske valg og vurderinger som oppstår ved samvirket mellom lovtekst og lovforarbeid (men rettspraksis og reelle hensyn) tilstrekkelig kvalitetssikret.

Fordelen med en slik tilnærming er at man unngår den vilkårligheten og ensidigheten som den rettslige pragmatismen kan medføre og man foretar en grundig og balansert juridisk analyse som er egnet for etterprøvbarehet.

### **3. Slutning- og harmonisering fra lovtekst og lovforarbeid**

Når det gjelder slutning fra lovtekst og lovforarbeid gjør det seg gjeldende en rekke valg og vurderinger som må kvalitetssikres ut fra de metodiske retningslinjene som pragmatismen og positivismen oppstiller. Tradisjonell metodelære fordrer at man etter slutning fra rettskildefaktorene skal foreta en harmonisering av dem avslutningsvis i rettsanvendelsesprosessen. Dette gjøres ved at det foretas en helhetsvurdering av alle de bidragene som er trukket ut fra rettskildefaktorene. Utover dette oppstilles det ikke nærmere retningslinjer for hvordan denne harmoniseringen skal skje.

Vi ser imidlertid sjeldent at Høyesterett foretar en slik avsluttende harmonisering som tradisjonell metodelære fordrer. Harmoniseringen mellom lovtekst og lovforarbeid skjer heller mer indirekte gjennom de valg og vurderinger rettsanvenderen tar ved at han utelater den rettskildefaktor og de arumenter som taler i motsatt retning av den endelige konklusjon. Vi ser derfor at harmoniseringen skjer skjult og indirekte (pragmatisk tilnærming).

Det er nettopp dette den rettspositivistiske posisjonen søker å unngå ved å synliggjøre de valg og vurderinger som gjør seg gjeldende både på slutnings- og harmoniseringsstadiet. Ved å synliggjøre valgene skjer harmoniseringen mer transparent og åpent fremfor indirekte og skjult som ved en pragmatisk tilnærming. Men heller ikke etter denne tilnærmingen er det påkrevd med et avsluttende harmoniseringsstadie, det er tilstrekkelig å synliggjøre de valg og vurderinger som gjør seg gjeldende på slutningsstadiet, og slik sett ser vi at harmoniseringen gjør seg gjeldende allerede her uten at det er nødvendig å gå inn i en isolert harmonisering avslutningsvis.

I det videre vil det derfor gjøres en redegjørelse for slutningsomgangen for henholdsvis lovtekst og lovforarbeid nettopp fordi man ser at allerede på slutningsstadiet skjer det en harmonisering, denne kvalitetssikres ved at de metodiske valg og vurderinger synliggjøres og de rettskildefaktorens underliggende verdier ivaretas.

## **4. Lovtekst**

### **4.1 Lovtekst som rettskildefaktor**

Lovteksten fungerer for det første som primært rettsgrunnlag på lovfestet område da den inneholder rettsvilkårene for den aktuelle rettsvirkningen i den konkrete saken. Her dreier det seg først og fremst om å identifisere det rettslige grunnlaget for tvisten. I tillegg til å fungere som primært rettsgrunnlag vil lovteksten i seg selv også fungere som en rettskildefaktor med rettslig autoritet og legitimitet ettersom den er vedtatt av Stortinget etter deres konstitusjonelle lovgivningsmyndighet, jf. Grunnloven § 75a og prosedyrene for lovgivningen i Grunnloven § 76 flg.. Lovteksten er dermed uttrykk for demokratiet og en tidlig, tydelig og grundig behandling av lovteksten som rettskildefaktor ivaretar den grunnleggende konstitusjonelle verdien, nemlig hensynet til demokratisk legitimitet.

Ettersom lovtekstens ord og uttrykk er direkte uttrykk for Stortinget lovgivningsmyndighet bør den også ha tilsvarende plass i rettsanvendelsesprosessen. Vi sier ofte at lovteksten er selve bæreren av hensynet til demokratisk legitimitet.

### **4.2 Slutning fra lovteksten**

Når det gjelder hvordan man skal trekke slutninger fra lovteksten gjør det seg gjeldende ulike valg og vurderinger og ut fra den rettslige positivismen kvalitetssikres valgmulighetene som oppstår gjennom å ivareta hensynet til demokratisk legitimitet.

Utgangspunktet ved slutning fra lovtekst er at man skal ta utgangspunkt i den alminnelige forståelsen av ord og uttrykk. Men selv denne enkle metodiske retningslinjen byr på tvil ettersom den alminnelige forståelsen ikke er en absolutt størrelse. Vi ser at Høyesterett ikke er konsekvente når det gjelder hvilke språkbruk som skal legges til grunn, de varierer mellom å legge til grunn den dagligdagse, folkelige forståelsen, den juridiske forståelsen og den dagligdagse forståelsen. Utgangspunktet må være at man trekker slutninger basert på den språkbruken som best ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet.

Det er på mange måter lovgivers forutsetning at det skal slutes fra den dagligdagse, folkelige forståelsen da lovteksten er vedtatt av Stortinget som består av alminnelige personer og lovteksten er ment å henvende seg til den alminnelige borgeren. Videre må det også ut fra forutberegnelighetshensyn, det at borgeren ved å lese lovteksten skal kunne skaffe rede på sin rettsstilling medføre at det er den dagligdagse forståelsen som best ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet.

Noen ganger foreligger det en etablert juridisk forståelse av ord og uttrykk i lovteksten. Det kan da være nærliggende å ta i bruk denne forståelsen, særlig dersom lovgivningen henvender seg til spesielle fagdisipliner som det kan forutsettes at er kjent med innholdet i den juridiske forståelsen. I et slikt tilfelle er det mer nærliggende å bygge på den juridiske.

Illustrerende er Advokatpartnerdommen. Saken gjaldt bl.a. hvorvidt en selskapsdeltaker kunne regnes som en "arbeidstaker" etter skl. § 2-1 slik at advokatfirmaet måtte heftes ansvarlig for at advokatpartneren forsettlig hadde tilegnet seg midler fra en klients barn. Høyesteretts flertall kom til bekreftende svar og baserte seg på den dagligdagse forståelsen av "arbeidstaker" selv om det har et nokså festnet juridisk innhold, nemlig at det retter seg mot formelt ansatte slik at en selskapsdeltaker ville falt utenfor. I tillegg henvender lovgivningen seg til arbeidsgivere som må være kjent med et slikt innhold, særlig gjennom ferie- og trygdellovgivningen. Fremfor å basere seg på den abstraherte forståelsen som flertallet tok i bruk, ville en ivaretatt hensynet til demokratisk legitimitet på en bedre måte ved å legge til grunn den juridiske forståelsen.

I andre tilfeller, hvor den dagligdagse og juridiske forståelsen er uklar kan det være mer nærliggende å bygge på den leksikalske forståelsen av ord og uttrykk, enn rettsanvenderens egen oppfatning av hva som faller innenfor ordlyden. Ved å heller bygge på den leksikalske forståelsen oppnås en objektiv korrigerende. I dette tilfellet er Hønsehaukdommen illustrerende. Den dagligdagse forståelsen av "bufe" var uklar slik at Høyesterett så hen til den leksikalske forståelsen.

Videre oppstår det spørsmål om en skal lese ord og uttrykk i lovteksten i sin kontekst eller isolert. Igjen må dette besvares ut fra det som best ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet. Det er lovteksten i sin helhet som vedtas av Stortinget og dermed tyder dette på at det ikke er enkelte ord og uttrykk som nyter demokratisk legitimitet, men lovteksten som en helhet. Videre er det også slik at den alminnelige borgeren må det antas lese lovteksten i sin helhet.

Når det gjelder å lese lovteksten i sin kontekst er Passbåtdom I et illustrerende eksempel på at Høyesterett inntar en mer pragmatisk holdning hvor de trekker ut de argumenter som taler i det ønskede resultats retning. Saken gjaldt hvorvidt en 17 fots passbåt med 117 HK motorkraft ført av en privatperson på fritiden var å anse som et "skip" ført i beruset tilstand "under tjenesten". Høyesterett kom til bekreftende svar. I forhold til den valgmuligheten om å lese i kontekst eller

isolert ser vi at Høyesterett fokuserer på "skip" og nærmest uten videre slår fast at da må også "under tjenesten"-vilkåret være oppfylt. Dersom Høyesterett hadde lest "skip" i sammenheng med "under tjenesten" ville flertydigheten av "skip" minsket. Den alminnelige forståelsen av "under tjenesten" tilsier at handlingen har skjedd under et aktivt formelt tjenesteforhold og leder oss i retning av at kjerneområdet for bestemmelsen må være større fartøy som frakter folk og gods. I så fall vil det man i realiteten står ovenfor være en utvidende tolkning, jf. nedenfor om legalitetsprinsippet.

## 5. Lovforarbeid

### 5.1 Lovforarbeid som rettskildefaktor

Lovforarbeider er de innstillinger og referater som produseres på bakgrunn av et lovvedtak, lovproposisjon og eventuelt en sakkyndig utredning (NOU) som første steg i lovgivningsprosessen. Lovteksten regnes ofte som konklusjon på den prosessen som lovforarbeidene representerer og da slik at lovforarbeidene angir premissene for konklusjonen. På bakgrunn av den nære tilknytningen til lovgivningsprosessen som lovforarbeidene har så sier vi ofte at de har en avledet autoritet og indirekte ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet.

Det er også på mange måter Stortingets forutsetning når de følger den tradisjonelle lovgivningsteknikken ved å vedta nokså kortfattet og generelt utformede lovtekster at disse må suppleres og utfylles av lovforarbeidene. Lovforarbeidene er mer utførlige og kan angi nærmere retningslinjer for hvordan lovtekstens innhold skal forstås eller det kan følge mer generelle formål som bestemmelsen er ment å ivareta. På denne måten kan man kanskje hevde at lovforarbeidene vil ivareta hensynet til demokratisk legitimitet på en mer tilstrekkelig måte enn lovteksten. Det er dette som gjør til at lovteksten og lovforarbeidene ofte betraktes som en enhet, jf. nedenfor.

### 5.2 Slutning fra lovforarbeidene

For det første oppstår det valg om hvorvidt lovforarbeidene skal betraktes som en enhet eller om det er rom for en selektiv bruk av dem. Det blir her et spørsmål om hvilket valg og vurderinger som best ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet. Ettersom det, i likhet med lovteksten, er helheten av lovforarbeidene som er vedtatt tilsier dette at det er helhetsinntrykket av lovforarbeidene som ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet, og ikke fragmenter av dem. En selektiv bruk av lovforarbeidene vil derfor ikke fremstå som grundig og balansert.

Et eksempel på at Høyesterett inntar en pragmatisk posisjon er Støvlethældommen. Saken gjaldt ei kvinne som kjøpte et par støvletter og fire uker etter kjøpet falt den ene hælen av. Kvinnen krevde omlevering etter fkjl. § 29, men selgeren nektet dette og ville heller foreta en reparasjon. Flertallet kommer til at selgeren kunne nekte en omlevering og gikk til forarbeidene og konstruerte et miljøhensyn på bakgrunn av det som fremgikk av lovforarbeidene om en reduksjon av "bruk og kast" mentalitet som talte mot omlevering. Mindretallet på si side så på andre deler av lovforarbeidene og kom til at "bruk og kast" mentaliteten primært gjaldt brunevarer samt at forbrukerhensyn gjør seg særlig gjeldende. Flertallets bruk av lovforarbeidene synes derfor å ikke være grundig og balansert ved at den delen som mindretallet fremhever utelates fra argumentasjonen. Etter en pragmatisk tilnærming er det større rom for denne type selektive bruk av lovforarbeidene da rettsanvenderen har et større spillerom til å tone ned de argumenter som går i motsatt retning av det ønskede resultat (forbrukerhensyn). Ser vi det derimot fra den rettspositivistiske tilnærmingen er dette et avvik fra det optimale, forarbeidene behandles ikke grundig og balansert nok til å i tilstrekkelig grad ivareta hensynet til demokratisk legitimitet. I det hele tatt kan det stilles spørsmål om det faktisk forelå grunnlag i lovforarbeidene til å konstruere et slikt miljøhensyn, ut fra flertallets ubalanserte

argumentasjon er dette betenkelig og derfor burde ikke lovforarbeidene fått den gjennomslagskraft som de fikk i denne saken. Her ser vi at det allerede på slutningsstadiet gjør seg gjeldende valg og vurderinger tilknyttet harmonisering, en grundig behandling av lovforarbeidene ville avdekket forarbeidenes helhetsintrykk og dermed også ivaretagelsen av hensynet til demokratisk legitimitet slik at lovforarbeidene ikke burde hatt den gjennomslagskraft som de fikk i denne saken.

For det andre oppstår det et valg om hvorvidt de samme slutningsprinsipp som gjelder for lovteksten også må gjelde for lovforarbeidene. Utgangspunktet ved slutning fra lovforarbeidene er at man skal basere seg på den alminnelige forståelsen. Likevel kan det ikke være rom for den type fintolkning som gjelder for lovtekstens vedkommende da innholdet i lovforarbeidene ikke har vært gjenstand for den samme kvalitetssikringen som lovteksten har. Det er derfor betenkelig å foreta en ren fintolkning av enkelte ord og uttrykk i lovforarbeidene, særlig da mange av uttalelsene ikke kan stå på egne ben.

Her vil Fosterdiagnostikkdommen være illustrerende. Saken gjaldt en kvinne som feilaktig ikke var tilbudt fostervannsprøve i forbindelse med et svangerskap. Kvinnen fikk så et barn med downs syndrom og krevde erstatning for sitt inntektstap på grunn av den psykiske lidelsen hun pådro seg etter skl. § 3-1. Høyesterett fant at erstatning ikke kunne tilkjennes og foretok nærmest en ren ordlydstolkning av NOUuttalelsen som sa at "krav som følge av at det fødes et barn" har ikke erstatningsrettslig vern. Høyesterett kom til at uttalelsen måtte tillegges en vid betydning og at tilfellet her også måtte falle innenfor selv om tapet ikke hadde den direkte tilknytningen som det Høyesterett ser ut til å legge til grunn. Dette er betenkelig siden enkelte ord og uttrykk ikke står på egne ben.

## **6. Forholdet mellom lovtekst og lovforarbeid**

### **6.1 Om presiserende, innskrenkende og utvidende tolkning som problemformulering**

Uttrykkene presiserende, innskrenkende og utvidende tolkning er tradisjonelt navn på det tolkningsresultat man lander på når man har kommet frem til den endelige rettsregelen, uttrykkene beskriver da avviket mellom den alminnelige forståelsen og det endelige tolkningsresultatet. Hverken Nygaard som representant for rettspositivismen eller Eckhoff som representant for rettspragmatismen anvender uttrykkene som et kvalitetssikringselement. Nyere juridisk teori (bl.a. Tande) fremhever uttrykkene presiserende, innskrenkende og utvidende tolkning som et kvalitetssikringselement for å synliggjøre særlig de valg og vurderinger som gjør seg gjeldende på harmoniseringsstadiet (men også slutningsstadiet).

Ved å gjøre uttrykkene presiserende, innskrenkende og utvidende tolkning til et fast element allerede innledningsvis i rettsanvendelsesprosessen fordrer man for det første en tidlig, tydelig og grundig behandling av lovteksten som bærer av hensynet til demokratisk legitimitet. For det andre fungerer det også som en metodisk retningslinje (særlig innenfor den rettslige positivismen) for å identifisere og avklare eventuelle spenninger mellom rettskildefaktorene og deres underliggende verdier, herunder for lovteksten og lovforarbeidenes vedkommende; hensynet til demokratisk legitimitet.

Med en presiserende tolkning menes det de tilfeller hvor lovteksten er uklar, vag eller tvetydig og ikke gir et bestemt tolkningsbidrag i en bestemt retning. Her vil rettsanvenderens oppgave være å velge det tolkningsalternativet som har støtte i lovforarbeidene (også andre autoriserte rettskildefaktorer). På denne måten blir hensynet til demokratisk legitimitet tilstrekkelig ivarettatt.

Ved en utvidende eller innskrenkende tolkning av lovbestemmelsen gir lovteksten tolkningsbidrag i en bestemt retning, mens det endelige tolkningsresultatet gir lovbestemmelsen et videre eller

snevrrere virkeområde. I et slikt tilfelle oppstår det et spenningsforhold mellom rettskildefaktorene og deres underliggende verdier. Hensynet til demokratisk legitimitet kommer i press som følge av at man beveger seg utenfor lovtekstens kjerneområde.

Det er særlig ved en presiserende tolkning av lovteksten at lovforarbeidene kommer inn som tolkningsbidrag. Men det er imidlertid viktig å forsikre seg om at lovteksten faktisk ikke gir et tolkningsbidrag i en bestemt retning og at man ikke i realiteten står ovenfor er en utvidende tolkning. Kan man betrakte lovteksten og lovforarbeidene som en enhet

Ettersom lovteksten er den sentrale bærer av hensynet til demokratisk legitimitet tilsier dette alene at lovteksten må behandles tidlig, tydelig og grundig for å i tilstrekkelig grad ivareta dette hensynet. Det er derfor betenkelig at Høyesterett ofte inntar en pragmatisk posisjon og toner ned lovteksten i så stor grad at det nærmest ikke trekkes isolerte slutninger fra den. Man kan da spørre seg, ut fra et rettspositivistisk perspektiv om man virkelig har ivaretatt hensynet til demokratisk legitimitet.

Dette er problematisk, særlig der det ser ut til at lovteksten gir tolkningsbidrag i en bestemt retning. Denne pragmatiske fremgangsmåten ved å unnlate isolerte slutninger fra lovteksten, selv om den ser ut til å gi tolkningsbidrag i en bestemt retning er også en form for indirekte harmonisering ved at en toner ned de rettskildefaktorer som taler i motsatt retning av det ønskede resultat. Ut fra den rettspositivistiske tilnærmingen burde tolkningsbidraget fra lovteksten vært synliggjort for å identifisere og avklare spenningen mellom lovteksten og lovforarbeidene.

Vi ser at Høyesterett ofte har denne pragmatiske tilnærmingen hvor de toner ned lovteksten i så stor grad at det nærmest ikke trekkes slutninger fra den isolert. På denne måten får man ikke avklart potensielle spenninger mellom lovteksten og lovforarbeidene.

### 6.3 Illustrerende eksempler fra rettspraksis utenfor legalitetsprinsippets område

Et eksempel på at Høyesterett betrakter lovteksten og lovforarbeidene som en enhet er GMAC-dommen. Saken gjaldt hvorvidt ei forhandlerordning i bilbransjen kunne aksepteres som salgspant etter pantel. § 3- 15. Høyesteretts flertall kom til at ordningen falt utenfor ved å gå rett i lovforarbeidene uten å foreta isolerte slutninger fra lovteksten. Mindretallet derimot kom til at ordningen falt innenfor lovtekstens ordlyd og leste lovforarbeidene på en annen måte enn det flertallet gjorde.

Fra et pragmatisk ståsted kan Høyesteretts argumentasjon virke forsvarlig og innenfor rammene til rettskildeprinsippene. En toner ned lovteksten fordi den talte i motsatt retning av det ønskede resultat, på denne måten ser vi også at flertallet foretar en indirekte harmonisering mellom lovtekst og lovforarbeid uten å synliggjøre dette. Ut fra en rettspositivistisk tilnærming er dette betenkelig. For det første er det tvilsomt om hensynet til demokratisk legitimitet faktisk er ivaretatt ved å hoppe over lovteksten, som etter mindretallets mening ga tolkningsbidrag i en bestemt retning, for det andre er det betenkelig at de ikke synliggjorde dette for å avklare spenningen mellom lovteksten og lovforarbeidene slik at en da kunne oppstille en problemformulering om utvidende tolkning som krever særlige holdepunkter. På denne måte er det ikke gitt at flertallet ville kommet til samme konklusjon ved en tidlig, tydelig og grundig behandling av lovteksten og synliggjøring av samvirket mellom lovtekst og lovforarbeider.

Et annet eksempel er Advokatpartnerdommen. Høyesteretts flertall fant at ordlyden av "arbeidstaker" var uklar etter en dagligdags forståelse og så derfor hen til lovforarbeidene som ga anvisning på at det med "arbeidstaker" var ment en "vid personkrets" slik at en selskapsdeltaker måtte falle innenfor begrepet. Mindretallet på si side fant at den juridisk etablerte forståelsen av

"arbeidstaker" tilsa kun formelt ansatte samt at lovforarbeidsuttalelsen som flertallet gjorde bruk av begrenset seg til et formelt ansettelsesforhold. Det ser derfor ut til at Høyesterett selv mener at de foretar en presiserende tolkning, mens det i realiteten skjer en utvidende tolkning dersom man legger til grunn at ordlyden av "arbeidstaker" taler for et formelt ansettelsesforhold.

Fremgangsmåten til flertallet er betenkelig ut fra et rettspositivistisk ståsted. De burde oppstilt en problemformulering om utvidende tolkning for å få frem spenningsforholdet mellom lovteksten og lovforarbeidene. Likevel ut fra en pragmatisk tilnærming er det ikke gitt at fremgangsmåten er mangelfull. Det kan fremstå nødvendig å tone ned lovteksten ut fra at det er nemlig rimelig å tilkjenne erstatning i et slikt tilfelle ettersom en advokatpartner har minst like nær tilknytning til advokatfirmaet som en vanlig fast ansatt advokat. Det kan likevel spørres som dette er en endring av rettstilstanden som lovgiver burde tatt seg av. Siden vi befinner oss på erstatningsrettens område hvor det er behov for en slik generell lovgivning er det vanskelig å utforme regler som primært retter seg mot selskapsdeltakere slik at det nok i dette tilfellet ikke ville vært en lovgiveroppgave å endre rettstilstanden.

Støvletthældommen er også illustrerende for samvirket mellom lovtekst og lovforarbeider. Høyesteretts flertall fant at lovteksten ikke ga klart tolkningsbidrag i en bestemt retning og gikk derfor hen til lovforarbeidene og konstruerte et miljøhensyn som talte mot en omleveringsadgang. Mindretallet foretar imidlertid en tidlig, tydelig og grundig behandling av lovteksten etter dens alminnelige forståelse og kom til at den ga anvisning på en fri valgrett for forbrukerne hvorvidt en omlevering eller retting kunne kreves med mindre det gjorde seg gjeldende særlige forhold.

Det er betenkelig at flertallet ikke går grundig inn i lovteksten når denne gir tolkningsbidrag, en undergraver dermed hensynet til legitimitet ved å ikke se dette tolkningsbidraget. Mindretallet gjør en overbevisende gjennomgang av lovteksten, ettersom det er betenkelig om flertallet i det hele tatt har grunnlag for å hevde at et miljøhensyn gjør seg gjeldende fremstår argumentasjonen lite grundig og balansert. Flertallet burde oppstilt en problemformulering om utvidende tolkning for så gå til forarbeidene for å se hen til om det forelå tilstrekkelig holdepunkter for å foreta en slik utvidende tolkning. På bakgrunn av det som er sagt om manglende holdepunkter for et slikt miljøhensyn ville en utvidende tolkning vært betenkelig her.

## **7. Forholdet mellom lovtekst og lovforarbeid på legalitetsprinsippets område**

### **7.1 Særlig om de metodiske retningslinjer som gjør seg gjeldende på legalitetsprinsippets område**

Innenfor strafferettens og forvaltningsrettens område gjør legalitetsprinsippet seg gjeldende og krever at man har hjemmel i lov for å straffe, jf. Grunnloven § 96 og EMK art. 7 og for å fatte vedtak, jf. Grunnloven § 113. På strafferettens område anses legalitetsprinsippet som absolutt, mens det på forvaltningsrettens område betraktes som relativt etter hvor inngripende vedtak det er tale om. I denne fremstillingen avgrenses det mot det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, særlig da kurset har hatt fokus på det strafferettslige.

På legalitetsprinsippets område er det grunn til å innta en rettspositivistisk tilnærming ved å særlig vise lojalitet ovenfor lovteksten og ivareta etablerte underliggende rettslige verdier i rettssystemet. Det er særlig de autoriserte rettskildefaktorene, herunder lovtekst, lovforarbeid og rettspraksis som må gjøre det forutberegnelig med straff i det konkrete tilfellet. Ikke-autoriserte rettskilder, som reelle hensyn kan ikke alene legges til grunn som grunnlag for å straffe, og ikke for en utvidende tolkning. Det er en begrenset adgang til å foreta en utvidende eller innskrenkende tolkning på legalitetsprinsippets område, dette krever klare holdepunkter i de andre rettskildefaktorene.



## 7.2 Illustrerende eksempler fra rettspraksis

I Passbåtdom I finner Høyesterett at ordlyden av "skip" er uklar og prøver å klarlegge innholdet ved hjelp av tidligere rettspraksis og lovforarbeidene. Høyesterett gjør bruk av den tidligere Sjarkdommen og hvordan Høyesterett der forstod lovforarbeidene samt det foretas noen isolerte slutninger fra lovforarbeidene uavhengig av Sjarkdommen. Det ser derfor ut til at Høyesterett faktisk foretar en presiserende tolkning. Da er det betenkelig at Høyesterett ikke har oppstilt en problemformulering med hensyn til presiserende tolkning for å få frem at det ikke er et spenningsforhold mellom lovteksten og lovforarbeidene fordi et tolkningsalternativ som ligger innenfor den alminnelige språklige forståelsen velges.

På den annen side kan det fremstå som at Høyesterett i realiteten foretar en utvidende tolkning dersom en legger til grunn at den alminnelige forståelsen av "skip" taler for større fartøy som frakter folk og gods. Den tolkningen som Høyesterett da legger til grunn, at en 17 fots passbåt kan omfattes av "skip" vil være en tolkning langt fra kjerneområdet til bestemmelsen. Det er betenkelig å foreta en utvidende tolkning av "skip" når man befinner seg på legalitetsprinsippets område, det kreves da i så tilfelle klare holdepunkter i rettspraksis for å gjøre en slik tolkning. Ettersom de lovforarbeid Høyesterett gjør bruk av for det første omhandler andre lovbestemmelser enn strl. § 422 samt at disse lovbestemmelsene knytter seg til fører og båt med et kommersielt preg er ikke lovforarbeidsuttalelsene klare på at tilfellet faller innenfor bestemmelsen. Ved en grundig parallelltolkning vil en også se at Sjarkdommen trolig ikke ville hatt prejudikatsvirkning for tilfellet i Passbåtdom I da det gjorde seg gjeldene en rekke ulikheter i faktum. Det foreligger trolig ikke klare nok holdepunkter for å foreta en slik utvidende tolkning og i et slikt tilfelle burde lovteksten og hensynet til demokratisk legitimitet fått gjennomslag på bekostning av lovforarbeidene (og rettspraksis).

Fra en pragmatisk posisjon står Høyesterett fritt til å tone ned lovteksten til fordel for rettspraksis og lovforarbeidene som de her gjør. Det kan også anses nødvendig for å komme frem til det rimeligste resultatet, og i dette tilfellet fremstår handlingen som klart straffverdig for både jurister og folk flest. Da vi befinner oss på legalitetsprinsippets område er det likevel betenkelig å foreta en slik utvidende tolkning, særlige uten klare holdepunkter i lovforarbeidene (og Sjarkdommen som ikke har særlig prejudikatsvirkning). I dette tilfellet burde det heller være opp til lovgiver å gjøre endringer i rettstilstanden.

I Telefonsjikanedommen ser vi hvordan lovteksten og lovforarbeidene samvirker i særlig grad. Saken gjaldt en person som drev telefonterror. Spørsmålet i saken var om dette var en forstyrrelse av den "alminnelig fred og orden" eller forstyrrelse av "nattero". Ettersom telefonterroren begrenset seg til husets fire vegger samt at den opphørte ved leggetid var det hverken tale om forstyrrelse av den "alminnelige fred og orden" eller "nattero". Høyesterett kom til at lovforarbeidene talte i samme retning og at det ikke var grunnlag for utvidende tolkning til tross for at handlingene var forkastelige. Telefonsjikanedommen blir ofte sett på som en kontrast til Passbåtdom I fordi Høyesterett tar konsekvensen av legalitetsprinsippet i større grad enn det som var tilfellet i Passbåtdom I.

## 8. Avslutning

De metodiske retningslinjene som gjør seg gjeldende for samvirket mellom lovtekst og lovforarbeid ser vi beror på hvilken metodisk grunnposisjon man tar utgangspunkt i. Innenfor den pragmatiske posisjonen er det vanskelig å oppstille spesifikke og detaljerte retningslinjer, det er ofte denne pragmatiske tilnærmingen Høyesterett inntar som medfører at harmoniseringen mellom lovteksten og lovforarbeidene blir indirekte og skjult som gjør avgjørelsene ensidige og lite egnet for etterprøving. Det oppstår ofte at Høyesterett unnlater å gå grundig og balansert inn i lovteksten som

bærer av hensynet til demokratisk legitimitet, på denne måten kan lovteksten og hensynet til demokratisk legitimitet undergraves.

Ved å oppstille problemformulering om presiserende, innskrenkende og utvidende tolkning ville en fått tydeligere frem forholdet og samvirket mellom lovteksten og lovforarbeidene og hensynet til demokratisk legitimitet. Særlig på legalitetsprinsippets område er det viktig å innta en slik rettspositivistisk posisjon da det står viktige verdier og interesser på spill som fordrer at man viser tekstlojalitet ovenfor lovteksten og hensynet til demokratisk legitimitet og ivaretar grunnleggende verdier som rettsikkerhet. Det er særlig betenkelig å ikke behandle lovteksten tidlig, tydelig og grundig på legalitetsprinsippets område, særlig når den gir tolkningsbidrag i en bestemt retning og det ikke ser ut til at lovforarbeidene er så entydige som Høyesterett ofte gir uttrykk for. Dersom en gir lovforarbeidene gjennomslagskraft på bekostning av en klar lovtekst vil det ikke fremstå som en tilstrekkelig ivaretagelse av hensynet til demokratisk legitimitet.