

UiO : **Det juridiske fakultet**

Konformitet og legalitet

Et legalitetsperspektiv på EØS-initierte gjerningsbeskrivelser

Kandidatnummer: 227

Leveringsfrist: 10. november

Antall ord: 37 133



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Emnet | 1 |
| 1.2 | EØS-forpliktelsene og det materielle lovkravet..... | 2 |
| 1.3 | Avgrensninger og begrepsbruk | 3 |
| 1.4 | Materialet | 6 |
| 1.5 | Fremstillingen videre | 8 |
| 2 | DET MATERIELLE LOVKRAVET ETTER GRUNNLOVEN § 96 OG EMK ART. 7 | 10 |
| 2.1 | Innledning | 10 |
| 2.2 | Det materielle lovkravets rettsgrunnlag | 11 |
| 2.3 | Det materielle lovkravets begrunnelse | 12 |
| 2.4 | Kravet til klar hjemmel i lov | 14 |
| 2.5 | Forbud mot utvidende og analogisk tolkning | 17 |
| 3 | EØS-KONFORM TOLKNING AV NASJONAL STRAFFERETT | 26 |
| 3.1 | Innledning | 26 |
| 3.1.1 | Oversikt | 26 |
| 3.1.2 | Fremstillingen videre | 27 |
| 3.2 | Plikt til EØS-konform tolkning «så langt det er mulig» | 28 |
| 3.2.1 | Forholdet mellom EU-domstolen og EFTA-domstolens «så langt det er mulig» begrensning..... | 28 |
| 3.2.2 | Forholdet mellom presumsjonsprinsippet og prinsippet om EØS-konform tolkning..... | 31 |
| 3.2.3 | EØS-konform tolkning til gunst | 32 |
| 3.2.4 | EØS-konform tolkning til ugunst | 33 |
| 3.3 | Den EU-rettslige legalitetsbegrensningen..... | 33 |
| 3.3.1 | Innledning | 33 |
| 3.3.2 | Nærmere om «legalitetsbegrensningen» | 34 |
| 3.3.3 | Den EU-konforme tolkningen kan ikke ha til virkning at et straffeansvar «fastsettes eller skærpes»..... | 37 |
| 3.3.4 | Betydningen av at EU-forpliktelsene er forsøkt gjennomført | 39 |
| 3.3.5 | Betydningen av at EU-forpliktelsene ikke er forsøkt gjennomført | 46 |
| 3.3.6 | Konklusjon..... | 51 |
| 3.3.7 | Hvem legalitetsbegrensningen er rettet mot | 52 |
| 3.3.8 | Er legalitetsbegrensningen overflødig? | 55 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 3.3.9 | Konklusjon..... | 57 |
| 3.4 | Den EU-rettslige legalitetsbegrensningens betydning under EØS-avtalen..... | 58 |
| 3.4.1 | Legalitetsbegrensning gjennom «as far as possible»-henvisningen..... | 58 |
| 3.4.2 | Legalitetsbegrensningen som en EØS-rettslig plikt..... | 59 |
| 3.4.3 | Konklusjon..... | 62 |
| 4 | TOLKNINGSPLIKTENS BETYDNING I NORSK RETT | 62 |
| 4.1 | Innledning | 62 |
| 4.2 | Nærmere om presumsjonsprinsippets innhold og rekkevidde | 63 |
| 4.3 | Presumsjonsprinsippet og legalitetsprinsippets betydning ved tolkningen av EØS- initierte gjerningsbeskrivelser | 65 |
| 4.3.1 | Illustrasjon av problemstillingene gjennom rettspraksis | 65 |
| 4.3.2 | Situasjonene der det er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder | 70 |
| 4.3.3 | Situasjonene der det ikke er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder. | 71 |
| 4.3.4 | Konklusjon..... | 76 |
| 5 | BLANKETTSTRAFFEBUD OG EØS-RETT | 77 |
| 5.1 | Generelt om kravet til tilstrekkelig presis hjemmel og blankettstraffebud..... | 77 |
| 5.2 | Særlige spørsmål som reises når straffebudet henviser til EØS-regler..... | 79 |
| 5.3 | Tilgjengelighet | 82 |
| 5.4 | Tolkning av forordninger | 84 |
| 5.5 | Særlig om betydningen av språk..... | 86 |
| 5.6 | Overtredelse av adferdsnormer som ikke foreligger i offisiell norsk versjon..... | 91 |
| 5.7 | Løsningen så langt; unnskyldelig rettsvillfarelse? | 95 |
| 6 | AVSLUTNING..... | 101 |
| 7 | KILDER..... | 104 |
| 7.1 | Konvensjoner og erklæringer | 104 |
| 7.2 | Internasjonal rettspraksis..... | 104 |
| 7.2.1 | EFTA-domstolen | 104 |
| 7.2.2 | EU-domstolen..... | 105 |
| 7.2.3 | Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten..... | 108 |
| 7.2.4 | Den europeiske menneskerettsdomstol | 108 |
| 7.3 | Norske kilder..... | 109 |
| 7.3.1 | Lover og forskrifter | 109 |
| 7.3.2 | Forarbeider..... | 110 |

| | | |
|-------|------------------------------|-----|
| 7.3.3 | Rettspraksis..... | 111 |
| 7.4 | Utenlandske avgjørelser..... | 112 |
| 7.5 | Litteratur..... | 112 |
| 7.6 | Andre kilder | 117 |

1 Innledning

1.1 Emnet

Emnet for denne avhandlingen er tolkningen og anvendelsen av EØS-initierte gjerningsbeskrivelser. Når norske adferdsnormer gjennomfører EØS-rett, innebærer dette at EØS-retten stiller krav til tolkningen av bestemmelsene. Samtidig begrenses tolkningsmulighetene av det strafferettslige legalitetsprinsippet. Avhandlingens tema er derfor spørsmål som ligger i spenningsforholdet mellom legalitetsprinsippet krav til forankring i lov, og EØS-rettens krav på effektivt gjennomslag i norsk rett.

Det norske rettssamfunn er preget av to utviklingstendenser: En sterkere europeisering av retten, og at flere områder blir regulert og rettsliggjort. Når flere områder blir rettsliggjort, og innholdet av norsk rett ikke kan fastlegges ved hjelp av norske rettskilder alene,¹ aktualiseres legalitetsprinsippet krav til hjemmel i lov. De skrankene legalitetsprinsippet setter, både for utformingen av gjerningsbeskrivelser og tolkningen av dem, kan utfordres av EØS-retten og kravet om å komme til et EØS-konformt resultat.

Enkelte vil kanskje hevde at der EØS-retten angir den straffbare gjerningsbeskrivelsen, er det bare ett av mange eksempler på at folkeretten stiller krav til norsk rett, og at en særskilt drøftelse av EØS-rettens betydning ikke bringer med seg noe nytt. Men særlige problemstillinger gjør seg her gjeldende. De mest opplagte har sammenheng med EØS-rettens overnasjonale og ikke minst omfattende karakter. Et søk på lover og forskrifter i lovdatas databaser med emneordene EU/EØS og straff gir over 1300 treff. Alle treffene er selvfølgelig ikke relevante, men de er likevel egnet til å illustrere omfanget av problemstillingen.

Mange straffebestemmelser finnes i spesiallovgivningen. Dette gjelder særlig de straffesanksjonerte adferdsnormene som gjennomfører EØS-forpliktelser. Straffesanksjonerte adferdsnormer som stammer fra EØS-retten, spenner fra veitrafikkloven, kringkastingsloven, matloven og dyrevelferdsloven til verdipapirhandelloven, hvitvaskingsloven og arbeidsmiljøloven. I motsetning til de tradisjonelle folkerettsforbrytelsene, som internasjonale krigsforbrytelser

¹ Jeg bruker begrepet «rettskilde» på samme måte som Eckhoff bruker begrepet «rettskildefaktor» i sin Rettskildelære.

og folkemord, rammer ikke EØS-bestemmelsene like opplagt straffverdige forhold. EØS-retten er først og fremst fundert på økonomiske hensyn, og satt til å verne økonomiske interesser. For eksempel er det i norsk rett straffbart å omsette frø som ikke oppfyller kravene til minimum spireevne.² De fleste mennesker vil intuitivt forstå at folkemord er galt, men det er ikke like klart for alle at salg av frø uten tilstrekkelig spireevne er straffbart. Når det ikke er like innlysende at en overtredelse bør være straffbar, er det enda viktigere at straff har klar forankring i lovens ordlyd.

1.2 EØS-forpliktelsene og det materielle lovkravet

Avhandlingens første tema er *EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett*. Den sentrale problemstillingen her er norske domstolars forpliktelse til å tolke de norske adferdsnormene i overensstemmelse med den underliggende EØS-retten. Formålet med denne tolkningen er å komme frem til et EØS-konformt resultat. Et EØS-konformt resultat vil ofte enten forutsette at den norske bestemmelsens ordlyd legges på strekk, eller gripe inn i selve ordlyden i gjerningsbeskrivelsen.

Dermed har den EØS-konforme tolkningen en side både til forbudet mot utvidende og analogisk tolkning og til kravet til klar hjemmel i lov. Hvilken side av legalitetsprinsippet som utfordres, beror på den norske bestemmelsens ordlyd sammenholdt med den EØS-initierte regelens ordlyd.

Spenningsforholdet mellom legalitetsprinsippets krav til forankring i ordlyd og hensynet til å komme til et resultat som er i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser, er ikke en problemstilling som er særskilt for EØS-retten. Forholdet mellom presumsjonsprinsippet og legalitetsprinsippet vil aktualiseres der folkeretten på en eller annen måte har betydning for tolkningen av norsk strafferett.³ Det som gjør EØS-retten spesiell, er at EFTA-domstolen selv har artikulert et krav om EØS-konform tolkning av nasjonal rett. Hensynet til et EØS-konformt resultat er da ikke bare en internrettslig forpliktelse gjennom presumsjonsprinsippet, men også en uttalt folkerettslig forpliktelse.

² Matloven § 28, jf. forskrift om såvarer av 13. september 1999 §39, jf. §13.

³ Presumsjonsprinsippet går i sin kjerne ut på at norske bestemmelser skal tolkes i overensstemmelse med landets folkerettslige forpliktelser, jf. Arnesen og Stenvik 2009 s. 17.

Avhandlingens andre tema er *bruken av blankettstraffebud som henviser til EU-rettslige forordninger*. Mange av lovene som gjennomfører EØS-rett, enten direkte i lov eller gjennom forskrift, gir forvaltningen kompetanse til å utferdige nærmere bestemte regler innenfor lovens rammer. Ofte inneholder forskriftene kun en henvisning til nærmere bestemte forordninger fra EU/EØS. Disse forordningene er gjerne straffesanksjonerte i medhold av fullmaktsloven. Når den enkelte skal finne ut hvilke handlinger og unnlatelser som er belagt med straff, må han eller hun dermed først gå til fullmaktslovgivningen, deretter til en eventuell forskrift, og så videre til aktuelle forordninger. Bruken av blankettstraffebud er ikke et nytt fenomen i norsk rett, og ofte gir disse straffebudene en fleksibel og effektiv løsning. Idet blankettstraffebudet viser til normer som i realiteten ligger «utenfor» det nasjonale rettssystemet, får imidlertid bruken av blankettstraffebud en ny dimensjon.

Henvisning til EØS-rettslige regler kan være problematiske fra et legalitetsperspektiv i særlig to relasjoner. For det første utfordres kravet til klar hjemmel i lov, både hva gjelder bestemmelsens lovtekniske utfordring, samt tolkningen av den. For det andre kan forbudet mot utvidende og analogisk tolkning aktualiseres når innholdet av den EØS-initierte adferdsnormen skal fastlegges. Når norske blankettstraffebud henviser til forordninger fra EU, betyr det at det norske straffesansvaret fastlegges direkte med hjemmel i EU-rettslige regler. Det betyr at innholdet i disse må fastlegges med bakgrunn i EU-rettslig metode. Dette reiser legalitetsutfordringer. Tre stikkord her er tilgjengelighet, språkmangfold og oversettelse.

1.3 Avgrensninger og begrepsbruk

EØS-retten påvirker norsk strafferett på to sentrale måter. For det første kan EØS-forpliktelsene innebære at myndighetene må avstå fra å straffe. EØS-retten kan da føre til friinnelse. I disse tilfellene anvendes EØS-retten som en negativ forpliktelse. Den andre måten EØS-retten påvirker nasjonal strafferett på, er ved å stille krav til gjerningsinnholdet i nasjonale straffebestemmelser. Her anvendes EØS-retten som en positiv forpliktelse. Jeg behandler ikke bruken av EØS-retten som en negativ forpliktelse. Dette omfattes av straffelovens regler om sektormonisme, jf. strl. § 1 andre ledd, og reiser derfor ikke like interessante problemstillinger som det EØS-retten som en positiv forpliktelse gjør.

EØS-avtalen etablerer i utgangspunktet ikke noen plikt til å straffe for overtredelser av bestemmelser som gjennomfører forordninger og direktiver, men pålegger EØS-statene å sanksjonere overtredelser på en adekvat, proporsjonal og avskrekkende måte.⁴ Det er likevel diskutert hvorvidt det følger en forpliktelse til å straffesanksjonere noen typer av handlinger under EØS-avtalen.⁵ Per i dag har spørsmålet ikke kommet på spissen. Fra et legalitetsperspektiv er det sentrale likevel at brudd på adferdsnormer som gjennomfører EØS-forpliktelser er straffesanksjonert i norsk rett. Det er da ikke nødvendig å drøfte om EØS-avtalen etablerer en plikt til straffesanksjonering.

EU-domstolens tolkning av EU-rettslige bestemmelser påvirkes ikke av om saken nasjonalt er av sivilrettslig eller strafferettslig karakter.⁶ Den EU-rettslige normen får med andre ord samme innhold, uavhengig av hvilket uttrykk den har fått i nasjonal rett, og uavhengig av hvilken sammenheng den inngår i nasjonalt.⁷ I fravær av uttalelser som tyder på det motsatte, tilsier homogenitetsmålsettingen at tilsvarende synspunkt legges til grunn for EFTA-domstolens tolkning av EØS-retten. Dette innebærer at det som utgangspunkt ikke vil ha noen betydning å drøfte hva som regnes som straff etter EU/EØS-retten. Den nasjonale klassifiseringen av sanksjonen vil derimot ha betydning. Dersom det er tale om en straffesak, vil plikten til EU/EØS-konform tolkning være mer begrenset enn dersom det er tale om en sivil sak og eventuell illeggelse av sivilrettslige sanksjoner. Hva som regnes som straff etter Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), reiser ingen særskilte EØS-relevante spørsmål, og problemstillingen blir derfor ikke forfulgt videre. De tilfellene som tas opp underveis i avhandlingen, er saker som nasjonalt klassifiseres som straff.

I avhandlingen fokuserer jeg på bestemmelsene som angir de straffesanksjonerte adferdsnormene og ikke på bestemmelsene som angir *straffetrusselen*. For å lette fremstillingen bruker jeg som regel kun begrepet «adferdsnorm», istedenfor begrepet «straffesanksjonert adferdsnorm». Det innebærer at der begrepet adferdsnorm er brukt må det forstås som straffesanksjonert adferdsnorm, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen. Av hensyn til språklig variasjon bruker jeg begrepene adferdsnorm og gjerningsbeskrivelse noe om hverandre.

⁴ Sak E-2/10 Kolbeinsson avsnitt 47.

⁵ Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 285.

⁶ Se b.la C-60/02 Rolex-dommen.

⁷ Se mer om dette i avsnitt 3.3.7.

I kapittel 2 drøfter jeg innholdet i og rekkevidden av det materielle lovkravet. Legalitetsprinsippet består i realiteten av fire elementer: et krav til hjemmel i lov, et klarhetskrav, et tilbakevirkningsforbud og et forbud mot utvidende og analogisk tolkning.⁸ Jeg avgrenser mot kravet til formell hjemmel i lov og mot tilbakevirkningsforbudet. Temaet i avhandlingen er domstolenes tolkning av EØS-initierte gjerningsbeskrivelser. Det er særlig det materielle lovkravet som er av betydning for denne tolkningsprosessen. Forbudet mot tilbakevirkning reiser interessante spørsmål også i EØS-rettslig sammenheng, men problemstillingen havner noe på siden av emnet for denne avhandlingen, og vil derfor ikke bli behandlet. Kravet til formell hjemmel i lov vil ikke bli særskilt drøftet da det er på det rene at Grunnloven § 96 inneholder et krav om formell hjemmel i lov og fokuset i avhandlingen er på *tolkningen og anvendelsen* av adferdsnormer. Videre er det ingen EØS-spesifikke spørsmål som gjør seg særlig gjeldende. Jeg bruker begrepet «det materielle lovkravet» for å tydeliggjøre at det er de kvalitative kravene til lovhjemmel jeg fokuserer på, og ikke de formelle kravene.⁹

Slik jeg ser det, oppstiller et materielt lovkrav et krav i tre relasjoner. For det første ligger det i kravet til tilstrekkelig klar hjemmel at lovteksten i seg selv må være klart og presist utformet. Borgernes mulighet til å innrette seg og sine handlinger etter loven, krever at det oppstilles materielle krav til utformingen av gjerningsbeskrivelser.¹⁰ Foruten å stille krav til lovtekstens utforming kan lovkravet også sees på som en avveiningsnorm ved tolkningen av lovens ordlyd i møtet med øvrige rettskilder.¹¹ Denne siden av lovkravet stiller krav til rettsanvenderens lovtolkning, og er et spørsmål om lovkravets rettskildemessige betydning i en relevans/ slutning og harmoniseringsomgang. Disse to delene av det materielle lovkravet vil i det følgende gå under betegnelsen klarhetskravet. Det er en glidende overgang mellom klarhetskravet som en avveiningsnorm ved tolkningen og forbudet mot utvidende tolkning og analogi. Utvidende tolkning/analogi er navn på tolkningsresultater man kommer til etter at man har harmonisert argumentene de ulike relevante rettskildene gir grunnlag for. Klarhetskravet som en avveiningsnorm er en del av denne prosessen. Da utvidende tolkning er et resultat, og krav til klarhet er en del av tolkningsprosessen på vei frem mot resultatet, kan man se det slik at utviden-

⁸ Jacobsen 2008 s. 299 flg.

⁹ Et materielt lovkrav innebærer at det stilles materielle krav til innholdet og tolkningen av straffebed, jf. Strandbakken JV 2004 s. 195.

¹⁰ Strandbakken JV 2004 s. 195.

¹¹ Skjerdal JV 2001 s. 345.

de tolkning kan bli resultatet dersom ikke klarhetskravet blir gitt tilstrekkelig vekt i tolkningsomgangen, eller at klarhetskravet ikke oppstiller en skranke mot utvidende tolkning. Slik som avhandlingen er lagt opp, vil forbudet mot utvidende og analogisk tolkning utgjøre en del av det materielle lovkravet. For å gjøre fremstillingen mer variert, bruker jeg begrepene «legalitetsprinsippet» «lovkravet» og «det materielle lovkravet» om hverandre. Med utgangspunkt i de avgrensningene jeg har gjort, gis de tre begrepene samme innhold i avhandlingen.

Jeg tar utgangspunkt i lovkravet slik det kommer til uttrykk i EMK art 7 og Grunnloven § 96, og avgrenser mot FN konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter (SP) art. 15. SP art. 15 har et innhold som i det vesentlige sammenfaller med EMK art. 7.

I avhandlingens kapittel 3 tar jeg for meg plikten til EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett. I EU-domstolens avgjørelser om EU-konform tolkning av nasjonal rett brukes som regel begrepet «direktivkonform tolkning». I avhandlingen bruker jeg begrepet EU-konform tolkning/ EØS-konform tolkning, da tolkningsplikten gjelder all relevant EU/EØS-rett, den er ikke begrenset til direktivene.¹² Det innebærer at avhandlingens kapittel 3 om EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett, gjelder der den EØS-initierte regelen stammer fra et direktiv, forordning, eller andre elementer i EØS-avtalen (hoveddelen, protokoller osv.). Avhandlingens kapittel 5 derimot, gjelder i hovedsak tolkningen av forordninger. Dette er fordi det er bruken av blankettstraffebud som henviser til forordninger, som reiser særskilte legalitetsutfordringer. De særskilte tolkningsutfordringene som jeg behandler i avhandlingens avsnitt 5.2 flg., har imidlertid også betydning for tolkningen av direktivene, og i drøftelsen av betydningen av språk viser jeg også til eksempler som gjelder tolkning av direktiver.

1.4 Materialet

Det er skrevet svært lite om hvilken innvirkning EØS-retten har på tolkningen av gjerningsbeskrivelser. Det er skrevet noe mer om hvilken innvirkning EU-retten har på nasjonal strafferett. Jeg har særlig hatt glede av Petter Asp sin doktoravhandling fra 2002, selv om den nok er noe utdatert.¹³ Heldigvis har Asp også skrevet noe om emnet i nyere tid, hvor han tar opp trå-

¹² Se blant annet sak E-1/07 (Straffesak mot A).

¹³ Asp «EU & Straffrätten» 2002.

den fra doktoravhandlingen.¹⁴ Utover dette har spørsmålet ikke blitt behandlet inngående hverken i skandinavisk, engelsk eller fransk litteratur. I tysk juridisk litteratur er situasjonen ganske annerledes. Manglende tyskkunnskaper har gjort at jeg ikke har hatt mulighet til å følge den tyske diskusjonen, utover at jeg har hatt glede av forfatterens litteraturlister og domsregistre. Én tysk forfatter, Satzger, har skrevet om diskusjonen på engelsk i sin «International and European Criminal law».¹⁵

Størstedelen av litteraturen som drøfter plikten til EU-konform tolkning av nasjonal strafferett, behandler dette som en del av en mer generell fremstilling av innholdet i plikten til å tolke nasjonal rett EU-konformt. Det har som konsekvens at spørsmålet ikke blir behandlet spesielt inngående. Som regel vises det kun til EU-domstolens praksis på området, hvor forfatterne trekker slutninger basert på en naturlig språklig forståelse av avgjørelsens ordlyd. Særlig gjelder dette spørsmålet om hva som er det nærmere innholdet i EU-domstolens legalitetsbegrensning, og hvilke konsekvenser denne begrensningen får for tolkningsplikten.

Problemstillingene er ikke behandlet i norsk rett, bortsett fra at de utgjør en del av den mer generelle problemstillingen om folkerettens innvirkning på nasjonal rett og presumsjonsprinsippets betydning. Disse temaene har blitt til dels grundig behandlet i norsk rett, men betydningen av at man befinner seg på strafferettens område, har ikke blitt særskilt drøftet. Konsekvensen er at store deler av avhandlingen er basert på slutninger fra rettspraksis - fra norske domstoler, EU-domstolen og EFTA-domstolen. Hva gjelder avhandlingens kapittel 3, plikten til EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett, har hverken EFTA-domstolen eller norske domstoler uttalt seg om spørsmålet. Hva som gjelder etter norsk rett, er derfor basert på slutninger fra EU-domstolens praksis. EU-domstolen har avsagt en rekke dommer om plikten til EU-konform tolkning av nasjonal strafferett. Den nyeste dommen som tar opp problematikken, er Caronna-dommen fra 2012.¹⁶ Avgjørelsen bekrefter at rettstilstanden i dag stort sett er den samme som da EU-domstolen avsa sin første dom om temaet i 1989.¹⁷

¹⁴ Asp «Internationell straffrätt fra 2011, og «The Substantive Criminal Law Competence of the EU» fra 2012.

¹⁵ Satzger «International and European Criminal law» 2012.

¹⁶ Sak C-7/11(Caronna).

¹⁷ Sak C-80/86 (Kolpinghuis).

I norsk juridisk litteratur er det skrevet en del om bruken av blankettstraffebud generelt, men uten at spørsmålet om henvisning til EØS-retten har blitt behandlet særskilt. I EU/EØS-rettslig sammenheng er det skrevet mye om hvilke særlige tolkningsutfordringer EU-retten byr på generelt, særlig hva gjelder betydningen av flerspråklighet. Min oppgave har derfor vært å gjøre bruk av de mer generelle betraktningene, når jeg drøfter hva som gjelder på strafferettens område.

Jeg bruker norsk rettspraksis stort sett til å illustrere de problemstillingene som avhandlingen reiser. Da rettskildegrunnlaget er spinkelt, har jeg ikke bare brukt høyesterettsavgjørelser, men også ting- og lagmannsrettsavgjørelser. Foruten at det er en nødvendighet, har det også en egenverdi å bruke avgjørelser også fra disse instansene, da de illustrerer hvordan domstolene angriper problemstillingene. Avgjørelsene kan angi tendenser for hvordan det ser ut til at norske domstoler vurderer problemstillingene. Det er imidlertid ikke mulig å trekke noen klar konklusjon med hensyn til hvordan domstolene behandler spørsmålet om tolkning av EØS-initierte adferdsnormer, og betydningen av legalitetsprinsippet. Dette innebærer at EFTA og EU-domstolens avgjørelser brukes for å fastlegge reglens innhold, mens avgjørelser fra norske domstoler brukes til å illustrere hvordan reglene gir seg utslag i norsk rett.

1.5 Fremstillingen videre

Legalitetsprinsippet setter begrensninger for den EØS-konforme tolkning av nasjonal strafferett, samt tolkningen og anvendelsen av blankettstraffebud som henviser til EU-forordninger. Hvilket innhold og rekkevidde det materielle lovkravet har, utgjør dermed en sentral del av fremstillingen. I kapittel 2 drøfter jeg innholdet i det materielle lovskavet slik det kommer til uttrykk gjennom EMK art. 7 og Grunnloven § 96. I avsnitt 2.2 tar jeg for meg kravet til klar hjemmel i lov, mens avsnitt 2.3 tar for seg forbudet mot utvidende og analogisk tolkning av adferdsnormer. Avsnitt 2.3 er en gjennomgang av rettspraksis, og særlig av Høyesterettspraksis fra de siste fem årene. Formålet med gjennomgangen er å vise hvilke tolkningsresultater som er ansett for å tilfredsstille det materielle lovkravet, og hvilke som ikke er det. På bakgrunn av gjennomgangen kommer jeg til at lovkravet blir praktisert strengt i norsk rett, og at det har skjedd en innskjerping av kravene til klar hjemmel i lov i løpet av de siste årene.

Det materielle lovkravet har betydning i to relasjoner; for hvor langt nasjonale domstoler kan tolke nasjonal strafferett i overensstemmelse med EØS-rettens krav, og for norske blan-

kettstraffebud som henviser til forordninger fra EU/EØS. Jeg har derfor delt avhandlingen inn etter disse to sentrale problemstillingene. Avhandlingens kapittel 3 tar for seg plikten til EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett. Jeg behandler dette temaet først, da plikten til EØS-konform tolkning også gjelder for de EU/EØS-initerte normene som blankettstraffebudene viser til.

I kapittel 3 starter jeg med å etablere det rettslige grunnlaget for nasjonale domstolars plikt til å tolke nasjonal rett EØS-konformt. Avsnitt 3.2 omhandler dette. Da EFTA-domstolen (ennå) ikke har avgjort en sak om EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett, må man se hen til EU-domstolens praksis for å etablere innholdet i forpliktelsen. Avsnitt 3.3 gjennomgår EU-domstolens doktrine, og hva som er det nærmere innholdet i EU-domstolens legalitetsbegrensning. I Avsnitt 3.4 drøfter jeg hvilken betydning den EU-rettslige doktrinen har for forpliktelsene under EØS-avtalen. Til slutt, i kapittel 4, tar jeg for meg hvilken betydning plikten til EØS-konform tolkning har for tolkningen av norske gjerningsbeskrivelser, og på hvilken måte legalitetsprinsippet griper nærmere inn i tolkningen. Av tilgjengelighetshensyn er sitater fra dommene gjengitt på dansk.

Kapittel 5 er bygd opp slik at jeg først drøfter hvilke implikasjoner bruken av blankettstraffebud generelt sett har i et legalitetsperspektiv. Dette gjør jeg i avsnitt 5.1. I avsnitt 5.2 drøfter jeg hvilke særskilte spørsmål som reises når blankettstraffebudene henviser til EU-forordninger. I avsnitt 5.3, 5.4 og 5.5 drøfter jeg de særlige konsekvensene det får for tolkningen at adferdsnormenes innhold må etableres med grunnlag i EU-rettslig metode. I avsnitt 5.6 drøfter jeg hvorvidt det å straffe norske borgere for overtredelse av adferdsnormer som ikke foreligger i offisiell norsk versjon, er i strid med det materielle lovkravet. Det er en tendens til at norske domstoler velger å løse de særskilte problemene bruken av blankettstraffebud reiser, ved å frifinne tiltalte på bakgrunn av reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse. I avsnitt 5.7 gjennomgår jeg rettspraksisen som kan indikere dette, og drøfter om dette er en god løsning.

I avhandlingens kapittel 6 vil jeg kort oppsummere og gjennomgå de funnene jeg har gjort, samt drøfte hvilken betydning disse har i et større perspektiv. Men først, i kapittel 2, vil jeg som nevnt, drøfte innholdet i og rekkevidden av det materielle lovkravet.

2 Det materielle lovkravet etter Grunnloven § 96 og EMK art. 7

2.1 Innledning

Da det strafferettslige legalitetsprinsippet ble tatt inn i Grunnloven av 1814, bygde prinsippet på at makten skulle være fordelt mellom de ulike statsorganene for å hindre maktmisbruk. Det var den folkevalgte forsamlingen som skulle bestemme hva som skulle være straffbart, og hvordan straffebestemmelsene skulle utformes. Straffebudene skulle så håndheves av frie og uavhengige domstoler som anvendte bestemmelsene uten preg av vilkårlighet. Legalitetsprinsippet skulle tvinge domstolenes anvendelse av straff til å bygge på en streng lovmessighet, og på denne måten bidra til rettsikkerhet og forutberegnelighet for borgerne.¹⁸ Beccaria så det slik at loven er en forutsetning for at frie individer skal være en del av et samfunn, og for at de skal overlate en del av denne friheten til makthaverne. Denne friheten trues imidlertid av personer, som ikke bare vil ta tilbake den friheten de har overlatt til makthaverne, men som også vil berøve andre mennesker for deres frihet. Disse menneskene må stanses ved hjelp av en klar beveggrunn, det vil si en straffetrussel i en lovtekst.¹⁹ For Beccaria var derfor lovteksten et middel for å forhindre maktmisbruk og overgrep. Dette leder over i legalitetsprinsippets kriminalpolitiske begrunnelse.

Fra å være begrunnet ut ifra maktfordelingsprinsippet, fikk prinsippet senere en kriminalpolitisk begrunnelse med Feuerbachs lære om straffetrusselen som psykologisk tvang.²⁰ Synspunktet her er at lysten til, eller ønsket om å begå en forbrytelse undertrykkes ved tanken på de strafferettslige konsekvensene. Med fremveksten av menneskerettighetskonvensjonene i etterkrigstiden er det mange som hevder at legalitetsprinsippet har fått en renessanse. Det moderne legalitetsprinsippet kan i hovedsak begrunnes i to hensyn. Det skal fremme forutberegnelighet og motvirke vilkårlighet.²¹ Legalitetsprinsippet begrunnes gjerne i hensynet til individets rettssikkerhet, og forutberegnelighet antas å være en grunnleggende forutsetning for å sikre denne. Cassese omtaler straffelovgivningen som de «kriminelles Magna Carta». Legali-

¹⁸ Røstad, Lovprinsippet i strafferetten i Festskrift til Hans Thornstedt 1983 s. 613.

¹⁹ Beccaria, 1998 s. 55-57.

²⁰ Røstad, Lovprinsippet i strafferetten i Festskrift til Hans Thornstedt 1983 s. 613.

²¹ Røstad, Lovprinsippet i strafferetten i Festskrift til Hans Thornstedt 1983 s. 628.

tetsprinsippet garanterer individets rett til kun å bli straffet ut i fra det som følger av loven, og innenfor grensene som loven oppstiller.²²

2.2 Det materielle lovkravets rettsgrunnlag

Både EMK art. 7 og Grunnloven §§ 96 og 97 oppstiller et krav om at en straffbar handling og straffereaksjonen må ha hjemmel i lov, og at denne loven kan, hverken direkte eller via en tolkning gis tilbakevirkende kraft.²³ Etter menneskerettsloven 2 nr. 1 gjelder EMK som norsk lov. Samme lovs § 3 fastsetter at konvensjonens bestemmelser ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning.²⁴ Det innebærer at det både er Grunnloven § 96 og EMK art. 7 som gir legalitetsprinsippet dets innhold i norsk rett.

Legalitetsprinsippet etter såvel Grunnloven som EMK rommer også flere elementer enn det som kommer klart til uttrykk i bestemmelsene. Det er på det rene at Grunnloven § 96 også inneholder et klarhetskrav og et analogiforbud.²⁵ Tilsvarende har Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) gjennom sin praksis utledet krav både til hjemmel, klarhet og tilgjengelighet av bestemmelser som kan medføre straffeansvar.²⁶ Den grunnleggende dommen om dette er Kokkinakis mot Hellas fra 1993. EMD innfortolket her et generelt krav til de typer rettsgrunnlag som kan hjemle et strafferettslig ansvar.²⁷ Domstolen fant at EMK art. 7 krever at en straffebestemmelse må være klart definert i lov.²⁸ Vilkåret er tilfredsstillt når individet kan «know from the wording of the relevant provision, and if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable».²⁹

²² Cassese 2013 s. 23.

²³ Emberland TFS 2001 s. 58.

²⁴ Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

²⁵ Jacobsen 2008 s. 295.

²⁶ Baumbach 2008 s. 233.

²⁷ Emberland TFS 2001 s. 58.

²⁸ EMD opererer imidlertid med et annet lovsbegrep enn det Grl. § 96 gjør. Der Grl. § 96 krever at straff må ha hjemmel i formell lov, krever EMD at straff har forankring i et rettslig grunnlag, jf. blant annet EMD Kokkinakis mot Hellas 1993. Jeg går som nevnt ikke noe nærmere inn på den formelle siden av lovkravet.

²⁹ EMD Kokkinakis mot Hellas 1993 avsnitt 52.

2.3 Det materielle lovkravets begrunnelse

Bakgrunnen for at man oppstiller materielle krav til hjemmel i lov er at ord ikke har mening i seg selv. Ord må derfor gis mening. Hvilken mening ordet gis, beror blant annet på språket, og hvilken kontekst ordet fremkommer i.³⁰ Ord og språk man bruker i dagliglivet, vil alltid være mer eller mindre ubestemt. Det juridiske språket er basert på dagligtale. Dette innebærer at også juridiske ord og uttrykk alltid vil inneholde en eller annen form for uklarhet eller ubestemthet. Problemet med språk er at språkgrensene som regel er «åpne», slik at den eksakte ordgrensen vanskelig kan defineres. Ord kan være både semantisk vage og semantisk flertydige. Videre kan det også være knyttet syntaktiske tolkningsproblemer til en lovtekst.

Når en lovtekst er semantisk vag, innebærer det at språklige uttrykk ikke har et klart avgrenset meningsinnhold. Dette gjør at det er vanskelig å fastsette hvilke forhold i den virkelige verden uttrykket referer seg til. Et eksempel på dette gir Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2012 s. 752. Spørsmålet i saken var når et helikopter «lander» i lovens forstand. Måtte helikopteret treffe bakken, eller lander det før den tid? Høyesterett kom til at det ikke var noe krav om at helikopteret traff bakken. Det var tilstrekkelig at man kunne lesse av og på helikopteret.

Det er også knyttet tolkningsproblemer til ord som er semantisk flertydige. Når ord er semantisk flertydige, innebærer dette at samme ord kan ha forskjellig meningsinnhold alt ettersom hvilken sammenheng det fremkommer i. Skoleeksempelet her er ordet «sats». Ordet kan bety «å ta sats», «en sats» i et musikkstykke, en tollsats, eller sats i forbindelse med destillering av sprit. Forskjellen mellom semantisk vaghet og semantisk flertydighet går ut på at flertydighet er en egenskap ved et språklig uttrykk, slik at et språklig uttrykk er flertydig når det kan forstås på flere måter. Vaghet på den andre siden er en egenskap ved en bestemt betydning, samme uttrykk kan ha både en vag og en ikke vag betydning.³¹ Sondringen mellom vaghet og flertydighet krever at man deler analysen inn i tre nivåer: Uttrykksnivå, betydningsnivå og virkelighetsnivå. Flertydighet referer til forholdet mellom uttrykk og betydning, mens vaghet er et forhold mellom betydning og virkelighet. Når ord er flertydige, innebærer dette at ordly-

³⁰ Arnesen artikkel under publisering avsnitt 3.1.

³¹ Koflaath Lov og Rett 2004 s. 465.

den kan forstås på to eller flere forskjellige måter, mens vaghet innebærer at det oppstår gråsoner etter at ordets generelle betydning er fastlagt.³²

Når ord er semantisk vage, vil spørsmålet være hvor langt man kan bevege seg fra meningsinnholdets kjerne før den forståelsen man legger til grunn, ikke lenger følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Et illustrerende eksempel gir Rt. 1932 s. 1028 hvor en mann var satt under tiltale for overtredelse av en forskrift som angikk salg av melk. Mannen hadde solgt fløte. Høyesterett kom til at forskriften også rammet salg av fløte, og mannen ble straffet etter bestemmelsen. Når ord er flertydige, innebærer dette at et og samme uttrykk kan ha forskjellig meningsinnhold, men alle forståelsene tar utgangspunkt i ordet og må derfor ligge innenfor ordets ramme. For å finne hvilken betydning et flertydig ord skal ha, må man imidlertid se på hvilken sammenheng ordet er brukt i. Et eksempel her er dommene i Rt. 1935 s. 42 og Rt. 1935 s. 697. Begge sakene omhandlet en situasjon der en mann drev utsalg fra to rom med en gjenspikret dør imellom. Fra det ene rommet solgte han kortevarer, fra det andre tobakk. I Rt. 1935 s. 42 ble mannen satt under tiltalte for overtredelse av lukningsvedtektene. Mannen ble frifunnet fordi de to rommene ikke kunne anses som «samme utsalgssted». I Rt. 1935 s. 697 ble mannen på ny satt under tiltalte, denne gangen for overtredelse av en bestemmelse i da gjeldende handelslov. Loven forbød en handlende å ha mer enn «ett utsalgssted». Også her ble mannen frifunnet i Høyesterett. Begrunnelsen var at mannen ikke kunne anses for å ha mer enn ett utsalgssted i handelslovens forstand.³³ Avgjørelsene viser at hvilken kontekst ordene fremkommer i, kan ha betydning for hvilket meningsinnhold vi gir dem, og at meningsinnholdet dermed kan være forskjellig fra situasjon til situasjon. Et tolkningsresultat kan være i strid med klarhetskravet, dersom det ut i fra en kontekstuell tolkning fremstår som klart hvilket meningsinnhold ordet skal ha, men domstolene velger å tolke ordet i tråd med en av de andre betydningene som kan tenkes.

I forlengelsen av dette har man også de problemer som reises når ord har forskjellig betydning i en rettslig kontekst og i dagligspråket. For eksempel vil ikke ordet «godtroende» ha den samme betydningen i begge relasjoner.³⁴ Dette er særlig aktuelt i EØS-retten fordi ord og uttrykk med EØS-rettslig bakgrunn skal tolkes selvstendig og ensartet, uavhengig av nasjonal

³² Koflaath Lov og Rett 2004 s. 465.

³³ Eckhoff viser til disse to avgjørelsene i Rettskildelære 2000 på side 111.

³⁴ Arnesen, artikkel under arbeid, avsnitt 3.1.

begrepsbruk.³⁵ Dette betyr at for eksempel begrepet «arbeidstaker», kan ha forskjellig betydning i EØS-retten og i norsk rett. Videre vil det være knyttet særlige tolkningsproblemer til EØS-rettens språkmangfold. Dette vil bli belyst nærmere i avsnitt 5.5.

Vagheten i ord og uttrykk er positivt fordi det gjør lovbestemmelser fleksible, slik at bestemmelsene kan brukes på en rekke ulike situasjoner over tid. Samtidig er vaghet og uklarhet problematisk i et legalitetsperspektiv, fordi uklare ordgrenser kan åpne for vilkårlighet og også gjøre det vanskelig for individer å forutberegne sin rettsstilling. I det følgende vil innholdet og rekkevidden av det materielle lovkravet bli gjennomgått og drøftet. Jeg starter med å drøfte innholdet i kravet til klar hjemmel i lov, før jeg drøfter innholdet i forbudet mot utvidende og analogisk tolkning.

2.4 Kravet til klar hjemmel i lov

Det materielle lovkravet stiller krav om tilstrekkelig klar hjemmel i lov. Straff skal ikke komme «som lyn fra klar himmel», men være mulig for individet å forutse.³⁶ For at dette skal være mulig, må lovbestemmelsene være tilstrekkelig klare og presise. Videre må reglene som det kreves at individet skal rette seg etter, være tilgjengelige. I saken *Malone mot Storbritannia* uttaler EMD at EMK art. 7 krever at rettslige pålegg som griper inn i individers rettigheter, må være «adequately accessible» og «formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct.»³⁷

For noen typer forbrytelser er det åpenbart at forholdet bør være straffbart. Det er gjerne i de tilfeller hvor det rettslige forbudet går hånd i hånd med gjeldende moraloppfatning. Selv om man ikke har lest straffeloven § 233, forstår man at det å drepe et annet menneske er straffbart, fordi det også er en umoralsk handling, i hvert fall dersom det ikke foreligger spesielle omstendigheter som krig eller nødverge. Hva gjelder adferdsnormer som gjennomfører EØS-forpliktelser, vil det variere hvorvidt et brudd med disse adferdsnormene også må sies å være i strid med gjeldende moraloppfatning. I og med at disse handlingene ikke alltid er innlysende straffverdige, er det grunn til å kreve at adferdsnormene er lett tilgjengelige. I NOU 2002:4

³⁵ Se blant annet sak C-128/11 (*UsedSoft GmbH*).

³⁶ Aall 2011 s.104.

³⁷ EMD *Malone mot Storbritannia* 1984 avsnitt 66.

om kriminalisering påpekes det at noen handlinger har vært straffbare i lang tid og derfor fremstår som «åpenbart straffverdige», mens straffverdigheten av andre handlinger igjen ikke er like åpenbar.³⁸ Et eksempel på handlinger som ikke er «åpenbart straffverdige», gis i NOU 2003: 15, hvor det uttales at «en del handlinger som ikke fremstår som særlig straffverdige, er gjort straffbare. Det er for eksempel i prinsippet straffbart å merke fettprosenten for ost med andre farger enn svart og lilla».³⁹ Adferdsnormer som gjennomfører EØS- forpliktelser befinner seg nok som oftest nærmere den sistnevnte kategorien enn den førstnevnte. Dette tilsier da at både adferdsnormer og straffetrusler må være tilgjengelige. Hensynet til forutberegnelighet tilsier at loven må være så presis at den gir et «tilstrekkelig veiledende varsel».⁴⁰

Dette betyr imidlertid ikke at vage formuleringer i seg selv vil være i strid med klarhetskravet i alle relasjoner. Cantoni-saken er egnet til å illustrere dette. En kjøpmann var satt under tiltale for ulovlig å ha solgt «medisinske produkter». Etter å ha blitt dømt av fransk høyesterett til å betale en bot, klagde han saken inn for EMD med påstand om at bestemmelsen var i strid med EMK art. 7. Cantoni hevdet at bestemmelsen var upresis og overlot for mye skjønnsfrihet til domstolene. Den franske bestemmelsen gjennomførte et EU-direktiv og hadde identisk ordlyd med direktivet. I relasjon til dette uttalte EMD at selv om bestemmelsen nesten ordrett er basert på et EU-direktiv, vil ikke det ha noen betydning for vurderingen av om bestemmelsen er i strid med EMK art. 7. EMD uttalte så at det er en logisk konsekvens av at lover skal anvendes generelt, at ordlyden ikke alltid kan være like presis. Det er naturlig at lovgiver velger å benytte generelle kategoriseringer. For å unngå uforholdsmessig tunge formuleringer og for å kunne holde følge med samfunnsutviklingen, må bestemmelser bruke formuleringer som kan være vage, slik at tolkningen av dem avhenger av praksis. Det forhold at vage formuleringer kan innebære visse «avgrensingsvanskeligheter», er ikke i seg selv et problem etter EMK art. 7, så lenge reglene er tilstrekkelig presise i «the large majority of cases».⁴¹ Videre legger domstolen til grunn at kravet til forutberegnelighet er relativt. Det vil si at kravet avhenger av innholdet i de relevante bestemmelsene, hvilket rettsområde det er tale om, samt antallet og karakteristika ved adressatene. Domstolen legger til grunn at en bestemmelse kan tilfredsstillte kravet til forutberegnelighet, selv om individet må søke juridisk bistand for å klarlegge retts-

³⁸ NOU 2002:4, delutredning VII, 4.2.1.

³⁹ NOU 2003:15 5.1.2.

⁴⁰ Aall 2011 s. 119.

⁴¹ EMD Cantoni mot Frankrike 1996 avsnitt 32.

tilstanden. Særlig gjør dette seg gjeldende hvor overtredelsen skjer i forbindelse med næringsvirksomhet. Næringsdrivende må i utgangspunktet være vant til å utvise aktsomhet hva gjelder lovmessigheten av sine aktiviteter.⁴² Aktsomhetskrav skjerpes når de næringsdrivende skal vurdere risikoen av hva de gjør, eller ønsker å gjøre.⁴³ I Larissis-dommen uttaler EMD at det i vurderingen av om en bestemmelse er tilstrekkelig klar og presis, skal ordlyden sammenholdes med tolkningen av bestemmelsen og anvendelsen av den i praksis.⁴⁴

Samtidig kan ikke tolkningen av en straffebestemmelse gå utover hva man «med rimelighet kunne forutse på det tidspunktet hvor handlingen eller unnlatsen ble foretatt».⁴⁵ Det beror på en konkret vurdering av det samlede rettskildegrunnlaget, om det på gjerningstidspunktet var forutsigbart at tiltalte risikerte straffeansvar. På bakgrunn av Cantoni-dommen konkluderer Asp med at det etter EMK. art 7 gjelder et «ubestemthetsforbud», men at EMD er såpass pragmatiske at de til en viss grad tillater vage straffebestemmelser.⁴⁶

I Rt. 2012 s. 313 uttaler førstvoterende følgende om forståelsen av klarhetskravet: «Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovkravet i Grunnloven § 96 og i EMK artikkel 7, slik dette er forstått blant annet i Rt-2011-469. Av særlig interesse er avsnitt 9 og 12 i dommen, hvor det fremheves at straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpes ved at forholdet er klart, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det». I Rt. 2010 s. 481 legger førstvoterende til grunn at for at hjemmelskravet etter EMK art. 7 skal være oppfylt, må beskrivelsen være så klar at «det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av straffebestemmelsen».⁴⁷

Problemet med klarhetskravet er, som nevnt, at straffebud i noen grad alltid vil være vage og upresise, fordi språket ikke er presist. Videre tillater både Høyesterett og EMD en viss grad av uklarhet. Det er ikke mulig å gi en helt klar regel for hvilke tilfeller som ligger innenfor klarhetskravets krav, og hvilke som ikke gjør det. Spørsmålet er heller når loven eller tolkningen

⁴² Kjølbro 2010 s. 582.

⁴³ EMD Cantoni mot Frankrike 1996.

⁴⁴ EMD Larissis mfl. mot Hellas 1998.

⁴⁵ EMD Baskaya og Okçuoglu mot Tyrkia 1999 avsnitt 40.

⁴⁶ Asp 2002 s. 275.

⁴⁷ Rt. 2010 s. 481 avsnitt 24.

av den, er så uklar at den ikke lenger ligger innenfor klarhetskravets grenser.⁴⁸ Svaret må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak hvor den overordnede retningslinjen bør være hvorvidt loven ga tiltalte et varsel, eller signal om at handlingen eller unnlattelsen hun foretok seg var straffbar. Det følger av drøftelsen ovenfor at EMD gir anvisning på en konkret vurdering av om en tolkning ligger innenfor eller utenfor legalitetsprinsippets klarhetskrav. Vurderingen beror på om situasjonen alt i alt var forutberegnelig for tiltalte. Dette innebærer etter mitt syn at det ikke bare er en objektiv vurdering av for eksempel det konkrete straffebudets nærmere innhold, men også en vurdering av forhold på tiltaltes side. For eksempel har det betydning om gjerningspersonen opptrådte i næring eller ikke. Karakteristika ved tiltalte i den konkrete saken vil derfor ha betydning for om rettstilstanden var forutberegnelig eller ikke. Det innebærer i sin tur at en adferdsnorm kan være forutberegnelig i ett tilfelle, men ikke i et annet, avhengig av hvem det er som er tiltalt. I *Cantoni*-dommen for eksempel, la EMD vekt på at Mr. Cantoni selv var sjef for et supermarkedet.⁴⁹ Samtidig er legalitetsvurderingen i utgangspunktet objektiv, rettsanvenderen tar utgangspunkt i det rettskildemateriale som foreligger for å vurdere om lovkravet er tilfredsstillt. Dermed er det kanskje mest nærliggende å se på subjekt-siden av vurderingen som en «objektivisert subjektkonsentrert vurdering». Hvilke implikasjoner klarhetskravets «subjektside» har, vil bli drøftet underveis i avhandlingen.

2.5 Forbud mot utvidende og analogisk tolkning

I tillegg til å stille krav til tilstrekkelig klar hjemmel i lov rommer det materielle lovkravet også et forbud mot utvidende og analogisk tolkning. Det tradisjonelle synet på Grunnloven § 96 og hvilke skranker den oppstiller, er at bestemmelsen tillater utvidende tolkning av en straffebestemmelse, men ikke en analogisk anvendelse.⁵⁰ Eckhoff har definert forskjellen på utvidende tolkning og analogi som at det er tale om utvidende tolkning «når det utenforliggende forhold som bestemmelsen anvendes på, er såpass nær beslektet med de forhold ordlyden dekker, at det er naturlig å si at det faller inn under samme regel». Analogisk tolkning derimot forutsetter at forholdet som faller utenfor ordlyden, er såpass annerledes at det ikke omfattes av samme regel, men derimot av begrunnelsen regelen hviler på.⁵¹

⁴⁸ Asp 2002 s. 270.

⁴⁹ EMD *Cantoni mot Frankrike* 1996 avsnitt 35.

⁵⁰ Andenæs «alminnelig strafferett» 2004 s. 117.

⁵¹ Eckhoff 1971 s. 130.

Andenæs påpeker at grensen mellom en utvidende og en analogisk tolkning ikke er klar. Når teorien i tillegg ikke opererer med samme forståelse av hva en hhv. utvidende og analogisk tolkning går ut på, er det ikke lenger hensiktsmessig å opprettholde et skille mellom begrepene.⁵² Utgangspunktet etter EMDs praksis er at straffebud ikke må bli «extensively constructed to an accused's detriment, for instance by analogy».⁵³ Det er antatt at EMK ikke generelt utelukker analogisk anvendelse av adferdsnormer, men at det er grunn til å utvise forsiktighet dersom man benytter seg av analogislutninger til skade for tiltalte.⁵⁴

Etter å ha gått gjennom rettspraksis opp til 1994 trekker Andenæs den konklusjonen at uansett hvordan Grunnloven § 96 har vært ment, har den ikke i praksis fungert som et forbud mot utvidende tolkning. Han konkluderer med at praksis har «artet seg omtrent som den ville ha gjort uten bestemmelsen».⁵⁵ Det ser imidlertid ut til at det har skjedd en utvikling i Høyesteretts syn på legalitetsprinsippet i de senere år. I HR-2014-00497 A uttaler førstvoterende at hva gjelder kravet til hjemmel i lov, har Grunnloven § 96 ikke vært tolket særlig strengt, men at det i nyere høyesterettspraksis har skjedd en «innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen».⁵⁶

Fra og med 2009 ser det ut til at Høyesterett skjerper kravene til hjemmel i lov, og det foreligger en rekke avgjørelser fra senere tid som legger et strengt lovkrav til grunn. En sentral dom i den forbindelse er Rt. 2009 s. 780 (derivatdommen). Saken gjaldt hvorvidt GBL, som ikke sto på narkotikalistens måtte anses som et derivat av GHB, som sto på narkotikalistens, slik at stoffet likevel skal regnes som narkotika etter narkotikaforskriften § 2 annet ledd. Førstvoterende bemerker innledningsvis at det må foretas en tolkning av forskriftens derivatbestemmelse. Da det her var tale om en straffebestemmelse, påpekte førstvoterende at bestemmelsen måtte tolkes på bakgrunn av lovkravet i EMK art. 7. Det er mulig å lage GBL av GHB, men GBL er ikke avledet av GHB ved ombytting av atomer eller atomgrupper. Dette innebar etter Høyesteretts syn at GBL ikke kan anses som derivat av GHB. Høyesterett kom frem til at å tolke

⁵² Andenæs «Alminnelig strafferett» 2004 s. 117.

⁵³ EMD Kokkinakis mot Hellas 1993 avsnitt 52.

⁵⁴ Kjølbro 2010 s. 584.

⁵⁵ Andenæs «Alminnelig strafferett» 2004 s. 120.

⁵⁶ HR-2014-00497 A avsnitt 15.

derivatregelen til også å omfatte GBL, ville representere en «klart utvidende fortolkning av bestemmelsen». En slik utvidende fortolkning ville være i strid med EMK art. 7.⁵⁷

I dommen *Baskaya og Okçuoglu mot Tyrkia* fant EMD at det var foretatt en analogislutning i strid med EMK art. 7. Den nasjonale domstolen hadde straffet en forlegger for å ha spredt propaganda. Den nasjonale straffelovgivningen hadde to straffebestemmelser om spredning av propaganda, en for redaktører og en for forleggere. Straffen for redaktører var strengere enn straffen for forleggere. Klager ble straffet etter det strengeste straffebudet, selv om han var forlegger. EMD fant at dommen var basert på en analogislutning i strid med art. 7, og at det derfor forelå en krenkelse av konvensjonen.⁵⁸ I *Dragotoniu*-dommen fant EMD at det forelå en krenkelse av konvensjonen da klager hadde blitt straffet for å ha tatt i mot en bestikkelse etter en lov som gjaldt offentlig ansatte, når klager var ansatt i privat sektor. Da det ikke forelå noen nasjonal rettspraksis hvor bestemmelsen hadde blitt brukt på ansatte i privat sektor, var det tale om en analogislutning i strid med art. 7.⁵⁹

Rt. 2011 s. 469 gjaldt tolkningen av strl. § 219 om vold i nære relasjoner. Spørsmålet var om bestemmelsen også rammet handlinger begått overfor en tidligere samboer, etter at samboerforholdet var opphørt. Straffeloven § 219 første ledd rammer grov eller gjentatt mishandling av blant annet «tidligere eller nåværende ektefelle» eller noen i gjerningspersonens husstand. Høyesterett slo fast at «husstandalternativet» dekker nåværende samboer. Spørsmålet var om samboerskap må likestilles med ekteskap, slik at også tidligere samboere var omfattet på lik linje med tidligere ektefelle. Førstvoterende påpekte at det her var tale om å utvide straffeansvaret sammenlignet med det som fulgte av ordlyden, og at dette etter Grl. § 96 og EMK art. 7 måtte ha hjemmel i lov. Førstvoterende fremhevet at «straffverdighet eller andre reelle grunner som kan tale for å sidestille tidligere samboere med tidligere ektefeller, er ikke tilstrekkelig.»⁶⁰ Selv om lovgiver hadde forutsatt at mishandling av tidligere samboer var omfattet av bestemmelsen, kom et enstemmig Høyesterett til at lovkravet ikke var oppfylt, og at det ikke var grunnlag for straffeansvar.

⁵⁷ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 31.

⁵⁸ EMD *Baskaya og Okçuoglu mot Tyrkia* 1999.

⁵⁹ EMD *Dragotoniu og Militaru-Pidhorni mot Romania* 2007.

⁶⁰ Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9.

Når spørsmålet er om en bestemmelse som eksplisitt omhandler tidligere ektefelle, også omfatter tidligere samboer, blir det i realiteten et spørsmål om å anvende lovens bestemmelse som regulerer tilfelle a, også på tilfelle b, altså en analogisk anvendelse. Selv om det ikke nødvendigvis er hensiktsmessig å klart skille mellom utvidende og analogisk tolkning, fordi skillene ikke er klare, vil legalitetsprinsippet uansett stå sterkere i et tilfelle som det foreliggende, fordi man har beveget seg utover ordgrensen. Da vil lovgivers forutsetning om hva som dekkes av bestemmelsen, få betydelig mindre vekt. Tilsvarende gjør seg gjeldende for straffverdighet eller andre reelle hensyn.

Et noe mindre opplagt tilfelle gir Rt. 2012 s. 1211, som gjaldt varetektsfengsling av en siktet som i en blogg på internett hadde oppfordret til drap på polititjenestemenn. Spørsmålet var om uttalelsene på bloggen var «trykt skrift». Begrepet «trykt skrift» er definert i straffeloven § 10, og omfatter skrift som mangfoldiggjøres ved trykking, «eller paa anden kemisk eller mekanisk Maade». Førstvoterende uttalte på vegne av flertallet at lovgiver ved denne definisjonen har ment å ramme de former for mangfoldiggjøring som var kjent da straffeloven ble laget. Elektronisk fremstilling falt imidlertid etter flertallets syn utenfor ordlyden. Førstvoterende fremhevet at handlingene var klart straffverdige, og at formålsbetraktninger tilsa at ytringer på internett burde sidestilles med ytringer fremsatt i trykt skrift. Videre var det klart at lovgiver ønsket å ramme elektroniske fremstillinger. Dette var likevel ikke tilstrekkelig når forholdet i siktelsen ikke var omfattet av ordlyden. Klarhetskravet etter EMK art. 7 og Grunnloven § 96 var dermed ikke tilfredsstillt. En dommer dissenterte. Hun la avgjørende vekt på rettspolitiske hensyn og den utviklingen som hadde funnet sted. Mindretallet sa seg enig med påtalemyndigheten i at en gjerningsmann ikke har noen «aktverdig grunn til å tro at det å sende en oppfordring til mange personer om drap på en bestemt persongruppe, skal være mer lovlig når den fremsettes ved bruk av en teknologi enn ved en annen».⁶¹

Etter EMK vil den overordnede normen være hvorvidt rettstilstanden alt i alt er forutberegnelig for tiltalte. Dette innebærer at en domfellelse kan aksepteres, selv om den kan være vanskelig å forene med lovens ordlyd. For eksempel dersom den er ledd i en utvikling gjennom rettspraksis. Det er imidlertid et krav at resultatet av den gradvise utviklingen er i overen-

⁶¹ Rt. 2012 s. 1211 avsnitt 28.

stemmelse med kjernen i den aktuelle bestemmelsen, og at endringen med rimelighet kan forutsees.⁶²

En dom avsagt av Høyesterett i 2014 viser at også innskrenkende tolkning av straffefriende unntak kan være i strid med legalitetsprinsippet.⁶³ Når straffefriende unntak tolkes innskrenkende, utvides det straffbare virkeområdet tilsvarende. Spørsmålet i saken var om fellingen av en totalfredet hønsehauk var straffefri fordi den ble foretatt i nødverge for en høne. Hønsehauk er fredet, og det er ikke tillatt å avlive den. Etter naturmangfoldloven § 75 er overtredelse av forbudet straffbart. Naturmangfoldloven § 17 inneholder imidlertid en bestemmelse som tillater avliving i nærmere angitte situasjoner. Det følger av bestemmelsens annet ledd at:

«Vilt kan avlives når det må anses påkrevd for å fjerne en aktuell og betydelig fare for skade på person. Eieren, eller en som opptrer på vegne av eieren, kan avlive vilt under direkte angrep på bufe, tamrein, gris, hund og fjørfe.»

Hønsehauken ble skutt under «direkte angrep», og spørsmålet for Høyesterett var om det i bestemmelsens annet ledd annet punktum skulle innfortolkes et vilkår om at avlivingen «må anses påkrevd». Førstvoterende presiserer innledningsvis at bestemmelsens ordlyd ikke inneholder noe krav om at avlivingen må anses påkrevd. Deretter fremhever førstvoterende at hvorvidt et slikt tilleggsvilkår kan innfortolkes, må vurderes på bakgrunn av lovkravet i EMK art. 7 og GrL § 96. I avsnitt 19 legger førstvoterende til grunn at dersom det skal innfortolkes et krav om at avlivingen «må anses påkrevet», vil det innebære en innskrenkende tolkning av straffefriheten og dermed en utvidelse av straffeansvaret. Det betyr at det må stilles krav til klarhet og forankring i ordlyden.⁶⁴ Førstvoterende, på vegne av en enstemmig Høyesterett, kommer til at det ikke kan innfortolkes et tilleggsvilkår i unntaksbestemmelsen. Hva som har vært lovgivers intensjon, er ikke avgjørende. Førstvoterende uttaler i den forbindelse at «Er loven ved en glipp blitt annerledes enn forutsatt, må dette rettes opp ved en lovendring».⁶⁵

⁶² EMD Eurofinacom mot Frankrike 2004 avsnitt 2, jf. videre EMD S. W mot Storbritannia 1995.

⁶³ Rt. 2014 s. 238

⁶⁴ I artikkelen «Hønsehauk i Høyesterett», LoR 2014 s. 405 flg. kritiserer Backer Høyesteretts legalitetsargumentasjon. Han viser blant annet til at det ikke er noen selvfølge at det skal stilles krav til klarhet og forankring i ordlyden ved en innskrenkende tolkning av straffefrihetsgrunner. Han argumenterer for at dette gjør lovfestede straffefrihetsgrunner mindre fleksible enn ulovfestede straffefrihetsgrunner.

⁶⁵ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 24.

Selv om det er belegg i høyesterettspraksis for å hevde at det har skjedd en innskjerping av kravene til hjemmel i lov, finnes det eksempler også fra 2009 og fremover hvor Høyesterett i noen grad legger ordlyden på strekk. Rt. 2010 s. 684 gjaldt spørsmålet om en mann kunne straffes for å ha ført en motorbåt i påvirket tilstand. Fritids- og småbåtloven § 33 bestemmer at ingen som er påvirket av alkohol, må føre eller forsøke å føre en småbåt som har motor som fremdriftsmiddel. Tiltalte hadde vært alene og påvirket i en båt som var gått tom for drivstoff. Det var på det rene at han ikke var påvirket mens båten hadde drivstoff. Førstvoterende påpekte at det måtte tas stilling til to spørsmål. Det første spørsmålet var om båten har «motor som fremdriftsmiddel» når den ikke kan anvendes fordi den har gått tom for drivstoff. Det andre spørsmålet var om en båt kan ha en «fører» når den driver for vær og vind.

Hva gjaldt det første spørsmålet, fant Høyesterett at ordlyden ikke tilsa at bestemmelsen bare kan benyttes når motoren faktisk anvendes. Dette ble begrunnet i at en motorbåt ikke endrer karakter ved at motoren ikke benyttes. Når ordlyden etter Høyesteretts syn dekket den aktuelle situasjonen, var spørsmålet om det var holdepunkter for å tolke loven innskrenkende. Det fant Høyesterett at det ikke var grunn til.

Hva gjaldt det andre spørsmålet, om tiltalte var fører av båten når denne drev for vær og vind, fant Høyesterett at ordlyden heller ikke her tilsa at bestemmelsen bare kom til anvendelse når føreren rent faktisk førte båten. Dette ble blant annet begrunnet i konteksthensyn. Det ble vist til at sjøloven bruker samme formulering, og ser en hen til de større passasjerskipene er det lite naturlig å vurdere det slik at disse ikke har noen fører hvis skipets motor slutter å fungere. Det var da ikke grunnlag for å tolke småbåtloven noe annerledes.

Forsvareren hadde anført at domfellelse ville være i strid med klarhetskravet i EMK art. 7. Høyesterett kom til at art. 7 ikke var til hinder for at småbåtloven § 33 kom til anvendelse på det aktuelle tilfelle, fordi det ikke var tale om å «straffedømme på grunnlag av en analogisk anvendelse av loven».⁶⁶ Den aktuelle problemstillingen var om loven måtte tolkes innskrenkende. Samtidig kan man like gjerne se det som at Høyesterett legger ordlyden på strekk når den gir bestemmelsen anvendelse på et tilfelle der båten driver. En kunne ha tolket bestem-

⁶⁶ Rt. 2010 s. 684 avsnitt 24.

melsen slik at for at man skal føre båten, må man rent faktisk styre den. Dermed tolker man loven utvidende når man kommer til at den også gjelder der hvor man ikke fører båten, men kun befinner seg i den. Det er imidlertid et prinsipielt skille mellom denne dommen og de øvrige dommene som oppstiller et forbud mot utvidende tolkning. I de øvrige dommene taler ordlyden isolert sett for frifinnelse, og det blir et spørsmål om andre rettskilder likevel skal føre til at den aktuelle bestemmelsen gis anvendelse på det tilfellet en står overfor. Like klart for frifinnelse taler ikke bestemmelsen i herværende sak.

En annen avgjørelse som berører forholdet mellom en utvidende og innskrenkende tolkning av ordlyden er Høyesteretts ankeutvalgs beslutning i Rt. 2014 s. 907. Tiltalte hadde felt et furutre med et kongeørnerede i, og var i lagmannsretten dømt for overtredelse av naturmangfoldloven § 75, jf. § 15 første ledd. Saken ble anket inn for Høyesterett. Tiltalte anførte blant annet at lagmannsrettens tolkning av naturmangfoldloven § 15 første ledd var feil. Det følger av bestemmelsen at:

«Høsting og annet uttak av naturlig villevende dyr skal følge av lov eller vedtak med hjemmel i lov. Unødig skade og lidelse på villevende dyr og deres reir, bo eller hi skal unngås».

Tiltalte hadde gjort gjeldende at annet punktum må leses i sammenheng med første punktum, slik at bestemmelsen ikke generelt rammer handlingene beskrevet i annet punktum, men bare i forbindelse med «høsting og annet uttak av naturlig villevende dyr.» Tiltalte anførte at dette fulgte av en naturlig språklig forståelse av ordlyden, slik at lovprinsippet i EMK art. 7 og GrL § 96 måtte føre til at tiltalte ble frifunnet. Dette var lagmannsretten ikke enig i. Lagmannsretten uttaler i den forbindelse at praksis rundt klarhetskravet er av mindre interesse i den foreliggende saken, fordi spørsmålet ikke er om man skal tolke bestemmelsen utvidende, men heller om det foreligger «holdepunkter i rettskildematerialet for å tolke ordlyden innskrenkende».⁶⁷ Ankeutvalget sluttet seg til lagmannsrettens begrunnelse og resultat, og anken ble ikke tillatt fremmet.

En større grad av utvidende tolkning ble foretatt i Rt. 2012 s. 387. En mann (A) var tiltalt for å ha hatt seksuell omgang med sin stedatter, som på gjerningstidspunktet var 18 ½ år. Spørs-

⁶⁷ Rt. 2014 s. 907 avsnitt 14.

målet i saken var om straffeloven § 199 første ledd rammer seksuell omgang med stebarn over 18 år. Straffeloven § 199 bestemmer at:

«Den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt, straffes med fengsel i inntil 5 år.»

Tolkningsspørsmålet i saken var om attenårsgrensen bare knytter seg til «noen annen person», eller om den også gjaldt for fosterbarn, pleiebarn og stebarn. Det fremgikk av tingrettens dom at steddatteren fortsatt bodde sammen med A og sin mor. Førstvoterende på vegne av flertallet la til grunn at man sto overfor to tolkningsalternativer som begge lå innenfor bestemmelsens ordlyd. Førstvoterende så det dermed slik at det måtte foretas en presiserende tolkning av bestemmelsen, og at tolkningen da ikke kom i strid med legalitetsprinsippet. Videre la førstvoterende til grunn at det ikke kan oppstilles et prinsipp om at tvil om rettsanvendelsen skal komme tiltalte til gode. På vegne av flertallet konkluderte førstvoterende med at strl. § 199 rammer seksuell omgang med stebarn som er over 18 år, og As anke ble forkastet.

Det var en sterk dissens i dommen, hvor mindretallet på to dommere mente at legalitetsprinsippet var til hinder for å dømme tiltalte etter bestemmelsen. Mindretallet påpekte i den forbindelse at det først er når man har «satt seg inn i den kompliserte forhistorien til dagens formulering i § 199, at man vil se at ordet «annen» ikke er ment å skulle utvide virkeområdet for attenårsgrensen».⁶⁸ På bakgrunn av legalitetsprinsippet's strenge krav til klarhet, mente mindretallet at grensen for det straffbare måtte trekkes etter det som følger av ordlyden, og lovgiverviljen måtte da vike.

Man kan argumentere for at de to sistnevnte dommene tilsier at Høyesterett ikke er så strenge i sin ordlydsfortolkning som det de selv gir uttrykk for. Samtidig, hva gjelder den første dommen, skiller den seg fra de øvrige fordi det her var et spørsmål om innskrenkende fortolkning, heller enn en ren utvidende tolkning. Hva gjelder den andre dommen, bryter den med linjen som de øvrige dommene har lagt seg på. Forskjellen er imidlertid at det her var mer et spørsmål om hvordan et uttrykk i loven skulle forstås, enn et spørsmål om å tolke en ordlyd

⁶⁸ Rt. 2012 s. 387 avsnitt 31.

som talte for straffefrihet utvidende. Alt i alt må konklusjonen være at Høyesterett i tiden etter 2009 har lagt en streng forståelse av legalitetsprinsippet til grunn. Rettskilder slik som forarbeider og reelle hensyn, som tidligere kunne begrunne en utvidende tolkning på strafferettens område, blir i dag som det store utgangspunkt ikke gitt utslagsgivende vekt i møtet med ordlyden.

Det er i dag neppe holdepunkter for å opprettholde den konklusjonen Andenæs traff på bakgrunn av Høyesteretts praksis frem til 1994. Da argumenterte han for at det avgjørende var om domstolene fant en «utvidelse reelt berettiget.»⁶⁹ Ut ifra den gjennomgangen som er gjort av foreliggende rettspraksis, er det mange eksempler på at Høyesterett finner en utvidelse «reelt berettiget», men at de likevel avstår fra en utvidende tolkning, fordi dette ville være i strid med lovkravet.

Innstrammingen som har skjedd på det strafferettslige legalitetsprinsippets område de siste årene, skyldes antakelig den betydningen EMK har fått for rettsanvendelsen, og et økt fokus på grunnleggende individrettigheter. I Hønsehauk II-dommen uttaler førstvoterende at Grunnloven § 96 stiller samme krav til klarhet som EMK art. 7.⁷⁰ I avgjørelsene jeg har gjennomgått ser vi at Høyesterett ikke skiller mellom lovkravet etter EMK art. 7 og Grl. § 96, bortsett fra i en avgjørelse, Rt. 2012 s. 387. I avgjørelsen problematiseres det imidlertid ikke hva et eventuelt skille består i. Det ser dermed ut til at Høyesterett praktiserer lovkravet etter Grl. § 96 like strengt som lovkravet etter EMK art. 7.⁷¹ Samtidig kan det se ut til at Høyesterett har lagt til grunn en strengere norm for hva som er utvidende tolkning i strid med lovkravet, enn hva som følger av EMDs praksis.

Nyere praksis fra Høyesterett viser, som vi har sett, at det stort sett stilles strenge krav til forankring i ordlyden. Hva gjelder EMDs praksis, har vi imidlertid sett at EMK generelt ikke utelukker domfellelse på bakgrunn av en analogisk tolkning, men at domstolene må være forsiktige med å tolke analogisk til skade for en tiltalt.⁷² EMD har selv lagt til grunn at straffebud

⁶⁹ Andenæs, *alminnelig strafferett* 2004 s. 120.

⁷⁰ Rt. 2014 s. 238 avsnitt 18.

⁷¹ Skoghøy, *JV* 2014 s. 332

⁷² Kjølbro 2010 s. 584, tilsvarende Baumbach 2008 s. 449.

ikke må bli «extensively constructed to an accused's detriment, for instance by analogy».⁷³ Dersom Høyesterett har tolket lovkravet strengere enn det EMD har gjort, må det bety at EMK ikke er til hinder for at Høyesterett endrer sin tolkningspraksis. Forutsetningen er imidlertid at praksisomleggingen er forutberegnelig.

Fremstillingen har vist at det er lite rom, for så vel analogiske tolkninger, som for utvidende tolkninger av ordlyden. Der det ikke er lovgiverintensjonen, reelle hensyn, eller andre argumenter forankret i norsk rett som kan tilsi en strengere regel enn den ordlyden gir dekning for, men Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, oppstår spørsmålet om hvilken betydning det har at behovet for utvidende eller analogisk tolkning er diktert av EØS-rettens krav til innholdet i norsk rett. Dette behandles nærmere i kapittel fire. Drøftelsene der forutsetter imidlertid en nærmere analyse av hvilke krav EØS-retten stiller til tolkningen av nasjonal strafferett. Dette behandles derfor i neste kapittel, kapittel tre.

3 EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett

3.1 Innledning

3.1.1 Oversikt

Etter EØS-avtalen har nasjonale domstoler en plikt til å tolke nasjonal rett EØS-konformt. Dette innebærer at nasjonale domstoler må tolke og anvende nasjonal rett i overenstemmelse med de krav EØS-retten stiller til innholdet i nasjonal rett. Plikten til EØS-konform tolkning ble for første gang formulert av EFTA-domstolen i Karlsson-saken.⁷⁴ Saken gjaldt tolkningen av EØS-avtalens art. 11 og 16, og spørsmålet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-rettslige forpliktelser. Plikten til EØS-konform tolkning ble etablert under henvisning til EØS-avtalens formål om å skape et dynamisk og homogent indre marked, ivaretagelsen av individers rettigheter, og hensynet til folkerettens effektivitetsprinsipp. For EFTA-domstolen var tolkningsplikten en naturlig konsekvens av at EØS-avtalen etablerer en særlig rettsorden, forskjellig både fra den man finner innad i EU, og det som ellers er vanlig i internasjonal rett.⁷⁵ Nasjonale domstolars tolkningsplikt gjelder uavhengig av om EØS-forpliktelsen er gjennom-

⁷³ EMD Kokkinakis mot Hellas 1993 avsnitt 52.

⁷⁴ Sak E-4/01(Karlsson).

⁷⁵ Sejersted m.fl. 2011 side. 208.

ført i nasjonal rett eller ikke. Plikten er ikke begrenset til direktiver, men gjelder all relevant EØS-rett. I sak E-1/07, straffesak mot A-avgjørelsen, uttalte EFTA-domstolen at det er «inherent in the objectives of the EEA Agreement referred to...as well as in Article 3 EEA, that national courts are bound to interpret national law, and in particular legislative provisions specifically adopted to transpose EEA rules into national law, as far as possible in conformity with EEA law».⁷⁶

En nøkkel her er «as far as possible». Slik EFTA-domstolen ser det, medfører denne begrensningen at: «They (national courts) must apply the interpretative methods recognised by national law as far as possible in order to achieve the result sought by the relevant EEA rule.»⁷⁷ Utover en begrensning om at nasjonale domstoler skal tolke nasjonal rett EØS-konformt så langt det i samsvar med nasjonale tolkningsprinsipper er mulig, har ikke EFTA-domstolen oppstilt ytterligere begrensninger i tolkningsplikten.

EFTA-domstolen har ennå ikke hatt anledning til å uttale seg om de spørsmål som oppstår der en EØS-konform tolkning av nasjonal strafferett vil være til tiltaltes ugunst. EU-domstolen derimot, har avsagt en rekke dommer om EU-konform tolkning av nasjonal strafferett, hvor de har oppstilt en legalitetsbegrensning. I tillegg til en strafferettslig legalitetsbegrensning har EU-domstolen oppstilt en ytterligere begrensning, som gjelder uavhengig av om det er tale om en straffesak eller ikke. EU-domstolen uttaler, på samme måte som EFTA-domstolen, at nasjonale domstoler bare skal tolke nasjonal rett EU-konformt så langt det etter nasjonal rett er mulig. Herunder følger det av EU-domstolens praksis at det ikke foreligger noen plikt for den nasjonale domstolen til å tolke nasjonal rett contra-legem, i strid med sin ordlyd.⁷⁸

3.1.2 Fremstillingen videre

I neste avsnitt drøfter jeg innholdet i den felles «så langt det er mulig» begrensningen. Jeg drøfter det generelle innholdet i begrensningen i dette kapittelet mens jeg i kapittel 4 kommer

⁷⁶ Sak E-1/07 avsnitt 39 (Straffesak mot A).

⁷⁷ Sak E-1/07 avsnitt 39 (Straffesak mot A).

⁷⁸ Det foreligger ingen praksis fra EU-domstolen som gjør det helt klart hva Domstolen mener med en tolkning «contra-legem», men begrensningen innebærer i hvert fall at det ikke foreligger noen plikt for den nasjonale domstolen til å foreta en tolkning i strid med den nasjonale bestemmelsens ordlyd, jf. Tvarnø og Nielsen 2014 s. 232. Det er denne forståelsen av begrepet contra-legem jeg legger til grunn i det følgende.

nærmere tilbake til hvilket innhold begrensningen får, når det gjelder EØS-konform tolkning av *norsk strafferett*. I avsnitt 3.3 drøfter jeg det nærmere innholdet i EU-domstolens legalitetsbegrensning. Fremstillingen er lagt opp slik at jeg først, i avsnitt 3.3.2, tar for meg det rettslige grunnlaget for EU-domstolens legalitetsbegrensning. I avsnitt 3.3.3 tar jeg for meg diskusjonen i juridisk litteratur og drøfter hvorvidt EU-domstolens avgjørelser må oppfattes slik at Domstolen oppstiller en tilleggsgrensning på tolkningsplikten utover de begrensningene legalitetsprinsippet setter. I avsnitt 3.3.4 og 3.3.5 drøfter jeg om legalitetsbegrensningen slår forskjellig ut, alt ettersom den EU-rettslige forpliktelsen er korrekt gjennomført, mangelfullt gjennomført eller ikke forsøkt gjennomført overhodet. I avsnitt 3.3.6 drøfter jeg hvem legalitetsbegrensningen er rettet mot - nasjonale domstoler eller EU-domstolen selv. Deretter, i avsnitt 3.3.7, vurderer jeg spørsmålet om legalitetsbegrensningen er overflødig. I avsnitt 3.4 går jeg videre til å drøfte hvorvidt en tilsvarende legalitetsbegrensning gjelder på EØS-avtalens område. I kapittel 4 behandler jeg spørsmålet om hvilken betydning den EØS-rettslige tolkningsplikten har for tolkningen av norske adferdsnormer og hvilken betydning legalitetsbegrensningen får i norsk rett.

3.2 Plikt til EØS-konform tolkning «så langt det er mulig»

3.2.1 Forholdet mellom EU-domstolen og EFTA-domstolens «så langt det er mulig» begrensning

Spørsmålet i det følgende er hva som nærmere ligger i «as far as possible». I sak E-1/07 (Straffesak mot A) uttaler EFTA-domstolen at nasjonale domstolers plikt til EØS-konform tolkning innebærer at nasjonale domstoler, så langt det er mulig, må anvende nasjonale metodeprinsipper for å komme frem til et EØS-konformt resultat. Tilsvarende forståelse av begrensningens innhold er lagt til grunn i sak E-6/13 (Metacom AG), E-7/13 (Creditinfo) og E-15/12 (Wahl-saken). Det følger tydelig av EFTA-domstolens praksis at det er *nasjonale metodeprinsipper* som setter rammene for hvor langt nasjonal rett kan tolkes EØS-konformt.

EFTA-domstolens «as far as possible»-begrensning har sin parallell i EU-domstolens praksis. For EU-rettens del pågår det en diskusjon om det er nasjonale eller EU-rettslige metodeprinsipper som bestemmer tolkningspliktens grenser.⁷⁹ Som Fredriksen og Mathiesen påpeker, er

⁷⁹ Se blant annet Franklin JV 2012 s. 277 flg.

EU-domstolen noe mer tvetydig med hensyn til om det er nasjonale eller EU-rettslige metodeprinsipper det henvises til. Praksis fra de senere årene trekker likevel i retning av at det er den nasjonale metodelæren som setter grensene for tolkningen.⁸⁰ I sak C-282/10 uttaler EU-domstolen at tolkningsplikten innebærer at nasjonale domstoler skal gjøre alt hva som «hører under deres kompetence» for å oppnå et EU-konformt resultat. For å gjøre dette må de se hen til den nasjonale rett i sin helhet og «*anvende fortolkningsmetoder der er anerkendt i denne ret*».⁸¹

Fredriksen og Mathiesen viser imidlertid til «visse særtilfeller» hvor det ser ut til at EU-domstolen i større grad pålegger nasjonale domstoler å komme frem til et bestemt tolkningsresultat. De viser i den forbindelse til sakene C-306/12 (Spedition Welter) og C-371/02 (Björnekulla fruktindustrier). I sak C-306/12 slår EU-domstolen fast at nasjonale domstoler vil være forpliktet til å tolke den nasjonale loven i tråd med EU-domstolens forståelse av direktivet, i tilfeller hvor nasjonal lovgivning ordrett gjengir en direktivbestemmelse.⁸² I sak C-371/02 uttaler EU-domstolen at nasjonale domstoler ikke kan tillegge nasjonale forarbeider betydning dersom de står i veien for en EU-konform tolkning. De konkrete tolkningsresultatene som Domstolen her pålegger nasjonale domstoler å komme fram til, kan etter omstendighetene være i strid med det nasjonal metodelære krever.

Franklin synes å være av den oppfatning at EU-domstolen i visse tilfeller pålegger nasjonale domstoler en plikt til å tolke nasjonal rett i strid med sin ordlyd.⁸³ Det kan saktens diskuteres hvorvidt EU-domstolen i særlige tilfeller har pålagt nasjonale domstoler å komme til et bestemt resultat, og dermed også til å tolke på tvers av hva eventuell nasjonal metodelære gjør mulig. Derimot er jeg ikke enig med Franklin i at avgjørelsene han viser til, er eksempler på dette.

Franklin viser blant annet til en engelsk sak fra begynnelsen av 1990-tallet som også var gjenstand for en prejudisiell avgjørelse hos EU-domstolen. Saken gjaldt tolkningen av en engelsk diskrimineringslov, og spørsmålet om denne loven var i strid med likestillingsdirektivets be-

⁸⁰ Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 289.

⁸¹ Sak C-282/10 (Dominguez) avsnitt 27. Se videre sak C-176/12 (Association de médiation sociale) og sak C-42/11 (Lopez da Silva Jorge).

⁸² Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 289.

⁸³ Franklin JV 2012 s. 277 flg.

stemmelser. House of Lords forela en rekke tolknings spørsmål for EU-domstolen, men gjorde samtidig klart hvilke tolkningsresultater som etter engelsk rett var mulige. EU-domstolen tolker likestillingsdirektivet i tråd med EU-rettslig metode, og konkluderer deretter med hvordan direktivets bestemmelser er å forstå. I dommen finner man ingen henvisninger til den EU-konforme tolkningsplikten. Franklin på sin side, konkluderer med at EU-domstolen *de facto* pålegger nasjonale domstoler et bestemt tolkningsresultat. Han begrunner dette med at selv om EU-domstolen ikke direkte pålegger den nasjonale domstolen å komme fram til et bestemt resultat, vil det ikke være noen overdrivelse «å hevde at House of Lords følte seg tvunget til å velge førstnevnte løsning».⁸⁴

Etter mitt syn gjør ikke EU-domstolen her noe annet enn det som er en av Domstolens oppgaver: Å avsi prejudisielle avgjørelse om hvordan EU-retten er å forstå. EU-domstolen kan ikke la være å avsi en prejudisiell avgjørelse fordi EU-retten ikke er forenlig med nasjonal rett. EU-domstolen kan heller ikke være forpliktet til å komme til et bestemt resultat, fordi den må ta hensyn til hva som etter nasjonal rett er mulig. Franklin er selv inne på dette. Han skriver at hvorvidt EU-domstolens avgjørelser skal sees på som et pålegg om å utføre en bestemt tolkning, avhenger av hvilket perspektiv man inntar. Franklin viser i den forbindelse til at EU-domstolen selv mener at den ikke pålegger nasjonale domstoler en slik plikt.⁸⁵

Uavhengig av perspektiv kan ikke det at EU-domstolen gjør det den er satt til, tas til inntekt for at Domstolen pålegger nasjonale domstoler et bestemt tolkningsresultat i saken som verserer for den. Dette må også gjelde i saker hvor EU-domstolens resultat ikke er forenlig med ordlyden i den nasjonale bestemmelsen. Jeg er enig med EU-domstolen når den i sak C-404/06 uttaler at nasjonale domstolers usikkerhet rundt mulighetene for å tolke nasjonal rett EU-konformt, ikke kan påvirke Domstolens plikt «to rule on that question. Any other approach would be incompatible with the very aim of the powers given to the Court by Article 234 EC».⁸⁶ Det samme gjelder på strafferettens område. EU-domstolen tolker EU-retten uavhengig av om saken nasjonalt er av straffe- eller sivilrettslig karakter. Det er den nasjonale

⁸⁴ Franklin JV 2012 s. 284.

⁸⁵ Franklin JV 2012 s. 302.

⁸⁶ Sak 404/06 (Quelle AB) avsnitt 22. Franklin i JV 2012 viser til denne uttalelsen på side 300.

domstolens oppgave å vurdere om det er forenlig med legalitetsprinsippet å tolke den nasjonale bestemmelsen i tråd med EU-domstolens avgjørelse om hvordan EU-retten er å forstå.⁸⁷

Dersom EU-domstolen pålegger nasjonale domstoler å komme fram til et bestemt resultat, i strid med nasjonale metodeprinsipper og ordlyd, er jeg enig med Hartley når han skriver at det ikke lenger er tale om en tolkningsplikt. Det er i stedet tale om å pålegge nasjonale domstoler å gi EU-retten direkte virkning.⁸⁸

For den *EØS-konforme* tolkningen av nasjonal rett er det nasjonale metodeprinsipper som angir tolkningspliktens konsekvenser. Dersom det var en plikt for nasjonale domstoler å tolke nasjonale bestemmelser på tvers av ordlyden, vil det i realiteten innebære en direkte overføring av lovgivningsmyndighet. Slik jeg forstår Franklin, er også han enig i at den *EØS-konforme* tolkningsplikten ikke rekker så langt.⁸⁹ EFTA-domstolen har lagt til grunn at plikten til *EØS-konform* tolkning gjelder all nasjonal rett. Det innebærer at nasjonale domstoler må forventes å utnytte alle de tolknings- og kollisjonsprinsipper som eksisterer i nasjonal rett, for å oppnå et *EØS-konformt* resultat. Dersom man etter nasjonal rettskildelære for eksempel har et presumsjonsprinsipp som kan strekkes så langt at den nasjonale bestemmelsen blir gjort innholdsløs, vil nasjonale domstoler være forpliktet til å bruke dette prinsippet til å tolke nasjonal rett *EØS-konformt*.

3.2.2 Forholdet mellom presumsjonsprinsippet og prinsippet om *EØS-konform* tolkning

Presumsjonsprinsippet og legalitetsprinsippet er to sentrale rettskildeprinsipper i norsk rett, som vil ha betydning for hvor langt man kan tolke norsk rett *EØS-konformt*. Betydningen av disse prinsippene vil jeg behandle nærmere i avsnitt 4.3. Her skal jeg drøfte forholdet mellom presumsjonsprinsippet og prinsippet om *EØS-konform* tolkning. Forholdet mellom disse to

⁸⁷ Se blant annet sak C-60/02 (Rolex). Problemstillingen diskuteres nærmere i avsnitt 3.3.4 om kompetansefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler.

⁸⁸ Hartley 2014 s. 237.

⁸⁹ Han anser imidlertid disse tilfellene for å være «nært sagt hypotetiske» fordi domstolene som regel vil lykkes i å gi *EØS*-forpliktelsene effektivt gjennomslag gjennom andre mekanismer, enten ved å ilegge staten erstatningsansvar eller ved å tolke annen nasjonal lovgivning *EØS-konformt*, slik at man får et motstridstilfelle mellom nasjonal lovgivning som gir et *EØS-konformt* resultat, og lovgivning som ikke gjør det, jf. Franklin JV 2012 s. 317.

prinsippene kan best beskrives som to prinsipper som ikke er parallelle, men at det ene prinsippet tar over der det andre slutter.

Prinsippet om EØS-konform tolkning forutsetter at norske rettskildeprinsipper benyttes for å oppnå et EØS-konformt resultat, og dermed at presumsjonsprinsippet anvendes. Den EØS-konforme tolkningsplikten representerer den folkerettslige forpliktelsen til å benytte presumsjonsprinsippet. Det vil si at presumsjonsprinsippet begynner der prinsippet om EØS-konform tolkning slutter. Hvis man tenker seg en rekkefølge, vil det hele starte med plikten til EØS-konform tolkning, som så gir stafettpinnen videre til presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet vil deretter forutsette en anvendelse av øvrige norske rettskildeprinsipper.

Den avgjørende vurderingen er derfor ikke hvorvidt presumsjonsprinsippet rekker like langt som prinsippet om EØS-konform tolkning. En slik fremgangsmåte forutsetter at man anser prinsippene som parallelle.⁹⁰ Etter mitt syn er vurderingen heller om det er tilstrekkelig å anvende norske rettskildeprinsipper, eller om den EØS-konforme tolkningen krever at man må komme til et bestemt tolkningsresultat. Så langt har ikke EFTA-domstolen pålagt nasjonale domstoler å komme frem til et bestemt tolkningsresultat i strid med hva som etter nasjonale rettskildeprinsipper er mulig. Presumsjonsprinsippet innhold og rekkevidde vil bli diskutert i avsnitt 4.2.

Hvor langt det etter norsk rett er anledning til å tolke norske bestemmelser EØS-konformt, beror på hva som er det aktuelle tolkningsresultatet i saken. Her skiller jeg mellom to ulike situasjoner: De tilfeller hvor EØS-retten fører til et resultat til gunst for tiltalte, og de tilfeller hvor EØS-retten fører til et ugunstig resultat.

3.2.3 EØS-konform tolkning til gunst

Her vil det være tale om en EØS-regel som gir anvisning på en lempeligere regel for tiltalte enn det norske rett alene gir anvisning på. Det klare utgangspunktet er at norske domstoler plikter å tolke norsk rett i overensstemmelse med relevante EØS-bestemmelser der dette er til

⁹⁰ Franklin viser i sin artikkel til «den universale forståelsen blant norske rettsanvendere om at presumsjonsprinsippet og prinsippet om direktivkonform fortolkning strekker like langt», jf. Franklin 2012 s. 314. Forutsetningen for at prinsippene kan måles mot hverandre, er at man anser prinsippene som parallelle.

fordel for tiltalte. Her må EFTA-domstolens krav om en harmoniserende tolkning av nasjonal rett gjelde uinnskrenket, da eventuelle legalitetsbegrensninger ikke gjør seg gjeldende.⁹¹ I tråd med Høyesteretts avgjørelse i Finanger-saken,⁹² vil de norske rettskildene «yte liten motstand» i de tilfellene hvor EØS-retten brukes som en frifinnelsesgrunn eller fører til et gunstigere resultat for tiltalte.⁹³

3.2.4 EØS-konform tolkning til ugunst

I disse situasjonene gir EØS-retten anvisning på et mindre gunstig resultat for tiltalte enn det norsk rett alene gir grunnlag for. Her vil eventuelle legalitetsbegrensninger komme inn med full styrke. Man får dermed et spenningsforhold mellom plikten til å tolke norsk rett EØS-konformt på den ene siden, og plikten til streng ordlydsfortolkning i tråd med legalitetsprinsippets krav på den andre siden. Det er disse situasjonene jeg vil konsentrere meg om i det følgende. Som nevnt i innledningen, har ikke EFTA-domstolen tatt stilling til hvilke begrensninger som gjelder på tolkningsplikten der det er tale om brudd på EØS-initierte adferdsnormer. I det følgende tar jeg derfor utgangspunkt i EU-domstolens praksis. I avsnitt 3.4 drøfter jeg så om EØS-avtalen gir grunnlag for tilsvarende begrensninger på tolkningsplikten, som de begrensningene EU-domstolen oppstiller.

3.3 Den EU-rettslige legalitetsbegrensningen

3.3.1 Innledning

Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at nasjonale domstoler har en plikt til å tolke nasjonal rett EU-konformt. Plikten gjelder uavhengig av om EU-retten er forsøkt gjennomført eller ikke, og den gjelder for all relevant EU-rett.⁹⁴ Mye er skrevet om EU-konform tolkning, og jeg vil ikke gå nærmere inn på pliktens innhold generelt. Fokuset i det følgende vil være hvilke begrensninger som gjelder i plikten EU-konformt tolkning på strafferettens område.

⁹¹ Øvrige begrensninger i plikten til EØS-konform tolkning vil likevel antas å gjelde, slik som for eksempel «as far as possible» begrensningen.

⁹² Rt 2000 s.1811 side 1829.

⁹³ Som påpekt i avsnitt 1.3, vil disse tilfellene også omfattes av regelen om sektormonisme i straffeloven § 1 annet ledd.

⁹⁴ Se blant annet sak C-14/83 (Van Colson) og de forente saker C-397/01-sak C-403/01(Pfeiffer).

I Kolpinghuis-avgjørelsen fra 1989 forklarte EU-domstolen plikten til EU-konform tolkning som en plikt som begrenses av «almindelige retsgrundsætninger, som udgør en del af fællesskabsretten, navnlig retssikkerhedsprincippet og forbudet mod loves tilbagevirkende gyldighed». Ifølge Domstolen medfører dette at et direktiv «ikke i sig selv» og uavhengig av en nasjonal gjennomføringslov kan danne grunnlag for å «afgrænse eller skærpe strafansvar for overtrædelse af direktivets bestemmelser».⁹⁵ I Kolpinghuis avgjørelsen viser Domstolen til en «retssikkerhetsbegrensning». I dag er det på det rene at legalitetsprinsippet utgjør en sentral del av denne. I det følgende bruker jeg derfor uttrykket «legalitetsbegrensningen».⁹⁶

EU-domstolen har avsagt en rekke dommer om EU-konform tolkning av nasjonal strafferett. Jeg har tatt utgangspunkt i de syv mest sentrale dommene.⁹⁷ Helt siden Kolpinghuis-avgjørelsen ble avsagt, har det hersket til dels stor uenighet i litteraturen om hvordan Domstolens avgjørelser er å forstå. Diskusjonen har i det vesentlige handlet om hvilke betydning «legalitetsbegrensningen» har for innholdet av tolkningsplikten, og hva som er det nærmere innholdet i denne.⁹⁸

Som drøftet i avsnitt 3.2, beror konsekvensene av tolkningsplikten generelt på hva nasjonale tolkningsprinsipper tillater. Når EU-domstolen oppstiller en egen legalitetsbegrensning på strafferettens område, danner denne en ytre ramme for hvilke tolkningsresultater som er tillatt, uavhengig av hva som følger av nasjonale tolkningsprinsipper.

3.3.2 Nærmere om «legalitetsbegrensningen»

I 2009 fikk EUs pakt om grunnleggende rettigheter status som primærrett gjennom Lisboa-traktaten. Dette førte til at EU fikk sitt eget legalitetsprinsipp hjemlet i paktens art. 49.⁹⁹ Tidli-

⁹⁵ Sak C-80/86 avsnitt 13.

⁹⁶ Også utenfor strafferettens område har Domstolen lagt til grunn at tolkningsplikten begrenses av «generelle retsprinsipper», og den generelle rettsikkerhetsbegrensningen må antas å omfatte flere elementer enn kun en legalitetsbegrensning. Se blant annet sak C-109/09 (Deutsche Lufthansa AG) avsnitt 54 som omhandlet en sivilrettslig sak. I det følgende konsentrerer jeg meg kun om den strafferettslige legalitetsbegrensningen.

⁹⁷ Sak C-80/86 (Kolpinghuis), C-168/95 (Arcaro), de forente saker C-74/95 og C-129/95 (Straffesak mot X), C-60/02 (Rolex), C-384/02 (Grøngaard og Bang), C-105/03 (Pupino) og C-7/11 (Caronna).

⁹⁸ Se blant annet Drake i «European law review» 2005 s. 341 flg. Jf. også Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i de forente saker C-206/88 og 207/88 (Vessoso og Zanetti), jf. også Satzger 2012 s. 101. Jeg kommer nærmere tilbake til innholdet i denne diskusjonen under avsnitt 3.3.2.

⁹⁹ «Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter», Lisboa 2007.

gere hadde det pågått en diskusjon om henvisningen til «almindelige retsgrundsætninger, som udgør en del af fællesskabsretten, navnlig rettsikkerhedsprincippet og forbudet mod loves tilbagevirkende gyldighed» var en henvisning til fellesskapsrettslige prinsipper, eller om det var en henvisning til prinsippene slik de kommer til uttrykk i de forskjellige medlemsstatene.¹⁰⁰ Det var også diskutert hva som var det nærmere innholdet i Domstolens «rettsikkerhetsbegrensning».¹⁰¹ I dag er denne tvilen ryddet av veien. I Caronna-avgjørelsen knyttes den tidligere rettsikkerhetsbegrensningen direkte opp mot legalitetsprinsippet slik det fremkommer i paktens art. 49. I dommens avsnitt 55 uttaler Domstolen at nasjonale domstoler må vurdere om den nasjonale bestemmelsen hjemler et straffeansvar eller ikke. Dersom den ikke gjør det, «forbyder det strafferetlige legalitetsprinsipp, som er sikret ved artikkel 49, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter, at der kan pålægges en strafferetlig sanktion for en sådan adfærd».¹⁰²

Paktens art. 52 tredje ledd omhandler paktens «rækkevidde og fortolkning af rettigheder og principper» og gir anvisning på hva som er det nærmere innholdet i paktens art. 49. Etter denne bestemmelsen skal rettigheter i pakten ha samme omfang og betydning som tilsvarende rettigheter i EMK. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at EU-retten kan gi en mer vidtgående beskyttelse enn det som følger av EMK. Videre fastsettes det i fjerde ledd at ret-

¹⁰⁰ I Kolpinghuis-avgjørelsen fastsetter Domstolen at nasjonale domstolers plikt til å tolke EU-konformt «begrensnes(...) af de almindelige retsgrundsætninger, som udgør en del af fællesskabsretten navnlig rettsikkerhedsprincippet og forbudet mod loves tilbagevirkende gyldighed. (Min kursivering). Denne uttalelsen må forstås slik at EU-domstolen anser seg for kompetent til å fastlegge rettsikkerhetsprinsippets innhold. I sak C-60/02 (Rolex-saken) viser Domstolen til art. 7 i EMK, men viser til at denne er en «*almindelig fællesskabsretlig grundsætning*, som er fælles for medlemsstaternes forfatningsmæssige traditioner». (Min kursivering). Som et innlegg i diskusjonen har Prechal påpekt at dersom prinsippene må anses for å være EU-rettslige, innebærer dette at deres innhold og rekkevidde bestemmes ene og alene av EU selv. Et argument for at dette er tilfellet, er at plikten til EU-konform tolkning er en forpliktelse som stammer fra EU-retten selv og kan derfor også bare begrenses av EU-retten. På den andre siden viser Prechal til at Domstolen tillater anvendelse av generelle nasjonalrettslige prinsipper, som må anses for også å være en del av EU-retten. Anvendelsen av de nasjonale prinsippene er imidlertid ikke ubegrenset, og kan ikke gå lenger enn EU-retten tillater. Det innebærer at tolkningen og anvendelse av disse er underlagt EU-domstolens kontroll. Det innebærer at enten er de nasjonale prinsippene og EU-prinsippene parallelle, eller så er de nasjonale prinsippene transformert. Derfor hevder Prechal at forskjellen i anvendelsen av EU-prinsipper og nasjonale prinsipper i sin «bundne form» i stor grad er teoretisk, og de praktiske implikasjonene begrenset. Dersom det er tale om anvendelsen av EU-prinsipper, må den nasjonale domstolen først forsikre seg om at et slikt prinsipp eksisterer, for deretter å ta stilling til hvordan det skal anvendes. Dersom det er tale om nasjonale prinsipper kan den nasjonale domstolen ta utgangspunkt i disse, men må senere fastsette hvorvidt prinsippets nasjonale innhold og anvendelse er forenelig med EU-retten. Jf. Prechal 2005 s. 204 samt Elholm i «Jurist uden omsvøb» 2007 s. 107.

¹⁰¹ Elholm i «Europæisering af dansk ret» side 275.

¹⁰² Sak C-7/11(Caronna) avsnitt 55.

tigheter i pakten som også utgjør en del av medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner, skal tolkes i overenstemmelse med disse tradisjonene.

Dette innebærer at legalitetsbegrensningens innhold i EU-retten i det minste samsvarer med legalitetsprinsippet slik det fremkommer av EMK. art. 7. Det må videre innebære at EMDs praksis rundt EMK art. 7, vil utgjøre grunnstammen i den legalitetsbegrensningen EU-domstolen har oppstilt for den EU-konforme tolkningen. I sak C-405/10 uttaler EU-domstolen følgende om innholdet av art. 49 (1): «Dette princip(...)innebærer, at loven klart skal definere overtrædelserne og den straf, de medfører. Denne betingelse er alene oppfylt, når borgerne ud fra den relevante bestemmelsens ordlyd og, om fornødent, ved hjelp af retternes fortolkning heraf, kan vide, hvilke handlinger og undladelser der medfører strafansvar».¹⁰³ Vi ser at EU-domstolen legger samme vurderingsnorm til grunn som EMD.¹⁰⁴

Etter mitt syn er konsekvensen av at legalitetsprinsippet utgjør et eget EU-rettslig prinsipp at nasjonale domstoler får en legalitetsbegrensning på to ulike nivåer. For det første må de forholde seg til en legalitetsbegrensning fra EU. Begrensningen bygger riktignok på EMK art. 7 og kan aldri gi dårligere beskyttelse for individet enn det som følger av EMK. Ettersom begrensningen er basert på EU-retten, vil det imidlertid være EU-domstolen som har det avgjørende ord når det gjelder tolkningen og anvendelsen av prinsippet i konkrete saker. Domstolen kan dermed gi det EU-rettslige legalitetsprinsippet et innhold som er mer vidtgående enn det som følger av EMK.

For det andre vil de fleste europeiske land være bundet av EMK, og mange land har legalitetsprinsippet inntatt i sine respektive forfatninger. Dette innebærer at flere europeiske land vil ha et internrettslig legalitetsprinsipp som de også må forholde seg til, og som EU-domstolen gjennom sin henvisning til «as far as possible», respekterer at de må forholde seg til. Friedrich Rüffler oppfatter EU-domstolens praksis på samme måte. Rüffler mener at kravet til EU-konform tolkning begrenses på to ulike nivåer. Den første begrensningen følger av nasjonale tolkningsregler, ettersom den EU-konforme tolkningen kun gjelder «as far as possible». Det

¹⁰³ Sak C-405/10 (straffesak mot Özlem Garenfeld) avsnitt 48, tilsvarende forståelse av legalitetsprinsippets innhold er lagt til grunn i sak C-546/09 (Aurubis Bulgaria AD) avsnitt 41-42. Se videre sak T-279/02 (Degussa AG) avsnitt 66.

¹⁰⁴ Se blant annet EMD 1993 Kokkinakis mot Hellas (avsnitt 52), EMD 1995 S.W. mot Storbritannia (avsnitt 34-36).

andre nivået av begrensninger følger av EU-rettens egne rettsprinsipper, og innebærer EU-retten setter opp visse ytre grenser, uavhengig av om en tolkning er tillatt etter nasjonale tolkningsprinsipper.¹⁰⁵

3.3.3 Den EU-konforme tolkningen kan ikke ha til virkning at et straffeansvar «fastsettes eller skærpes»

I Caronna-saken viser EU-domstolen til legalitetsprinsippet i paktens art. 49, og uttaler at den generelle tolkningsplikten begrenses av dette prinsippet. I dommens neste avsnitt uttaler Domstolen at dette innebærer at et direktiv ikke kan ha til virkning at et straffeansvar «fastsettes eller skærpes». Spørsmålet er om denne begrensningen er en *tilleggsbegrensning*, utover de skrankene som legalitetsprinsippet i paktens art. 49 (1) oppstiller. Etter det jeg kan forstå, vil det i så fall innebære at enhver EU-konform tolkning i skjerpene retning da vil være forbudt.

Helt siden Kolpinghuis-avgjørelsen har det hersket til dels stor uenighet i litteraturen om hvordan Domstolens uttalelser skal forstås, og om enhver EU-konform tolkning i skjerpene retning er forbudt. Det kan tenkes to måter å angripe denne problemstillingen på. Enten spør man om EU-domstolens praksis må forstås dithen at enhver utvidelse av straffeansvaret er forbudt. Eller man spør om plikten til å tolke nasjonal strafferett EU-konformt ikke gjelder der det er tale om å tolke nasjonal rett til ugunst for borgeren. Jeg mener at førstnevnte innfallsvinkel er den mest fornuftige. Utgangspunktet er at det er en *generell* plikt til å tolke nasjonal rett EU-konformt. På strafferettens område har EU-domstolen oppstilt en legalitetsbegrensning. Dette innebærer at tolkningsplikten er til stede hele veien. Spørsmålet er hva som er innholdet i legalitetsbegrensningen, og hvilke utslag denne får for *konsekvensene* av tolkningsplikten. Jeg mener derfor at det ikke er et spørsmål om plikt eller ikke plikt, men et spørsmål om hva denne plikten nærmere innebærer på strafferettens område.

Asp drøfter spørsmålet i sin doktoravhandling fra 2002. I avhandlingen analyserer han avgjørelser fra EU-domstolen og forslag til avgjørelser fra generaladvokaten. Til støtte for at

¹⁰⁵ Rüfflers synspunkt er gjengitt i en fremstilling av Asp fra 2002 s. 220. Da jeg ikke leser tysk har jeg ikke tilgang på primærkilden.

ethvert steg i negativ retning er forbudt viser han blant annet til generaladvokat Jacobs uttalelse i saken Vessoso og Zanetti.¹⁰⁶ Samtidig viser han til andre uttalelser fra EU-domstolen som kan tyde på at det avgjørende ikke er hvorvidt en EU-konform tolkning fører til at et straffeansvar skjerpes, men om den EU-konforme tolkningen i det konkrete tilfellet er forenlig med legalitetsprinsippet.¹⁰⁷ Han går videre gjennom sentrale standpunkter i tyskspråklig juridisk teori, og viser til at det hersker ulike oppfatninger om nasjonal strafferett kan tolkes i skjerpende retning. Dannecker og Rüffler legger til grunn at nasjonal strafferett kan tolkes i skjerpende retning, mens forfattere som Gröblichhoff og Hugger legger til grunn at det ikke kan oppstilles en plikt til EU-konform tolkning av nasjonal strafferett til ugunst.¹⁰⁸

I en fremstilling fra 2012 legger Satzger til grunn at en EU-konform tolkning av nasjonal strafferett «may «expand» criminal liability», men at den EU-konforme tolkningen like fullt må holde seg innenfor legalitetsprinsippet sine grenser. Satzger viser imidlertid til at det i tyskspråklig juridisk teori ikke er enighet om en slik oppfatning, og at både Brechmann i «Die richtlinienkonforme Auslegung» og Köhne i «Richtlinienkonforme Auslegung im Umweltstrafrecht» er av en annen oppfatning.¹⁰⁹ Elholm på den andre siden legger til grunn at det etter EU-retten «sandsynligvis» «kan ske utvidende fortolkning, så lenge rettsikkerhetsprinsippet respekteres».¹¹⁰ Videre legger han til grunn at nasjonale domstoler «skal fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten».¹¹¹ I en fremstilling fra 2012 legger Asp til grunn at nasjonal lovgivning kan tolkes utvidende til skade for et individ på strafferettens område, forutsatt at domstolene holder seg innenfor legalitetsprinsippet sine skranker.¹¹² Hecker er av den oppfatning at nasjonal strafferett kan tolkes EU-konformt til ugunst, så lenge tolkningsresultatet ligger innenfor den nasjonale bestemmelsens ordlyd.¹¹³

Etter mitt syn kan ikke uttalelsen om at et direktiv ikke kan «fastsette eller skærpe strafansvar», tas til inntekt for at Domstolen oppstiller en tilleggsbegrensning. Dersom enhver

¹⁰⁶ De forente saker C-206/88 og C-207/88 (Vessoso og Zanetti).

¹⁰⁷ Asp 2002 s. 213.

¹⁰⁸ Asp 2002 s. 215 flg.

¹⁰⁹ Satzger 2012 s. 101.

¹¹⁰ Elholm i «Jurist uden omsvøb» 2007 s. 102.

¹¹¹ Elholm s «Europæisering af danske ret» 2008 s. 275.

¹¹² Asp 2012 s. 217.

¹¹³ Hecker 2012 s. 341.

utvidelse av straffeansvaret er forbudt, vil det innebære at EU-domstolen pålegger medlemsstatene en strengere tolkning av EU-rettslige adferdsnormer enn det som gjerne gjelder for tolkningen av internrettslige adferdsnormer. EU-domstolen kan da oppfattes slik at den pålegger nasjonale domstoler å tolke en nasjonal bestemmelse mer restriktivt enn det som følger av den nasjonale ordlyden og nasjonale rettskildeprinsipper. Slik kan ikke Domstolens uttalelse forstås. Jeg er enig med Satzger, Asp og Elholm i at nasjonal strafferett kan tolkes EU-konformt i skjerpene retning, og at det er det EU-rettslige legalitetsprinsippet alene som oppstiller den ytre grensen for tolkningen.

3.3.4 Betydningen av at EU-forpliktelsene er forsøkt gjennomført

3.3.4.1 Oversikt

Drøftelsene over viser at plikten til EU-konform tolkning av nasjonal rett på strafferettens område begrenses av legalitetsprinsippet. Det er EU-domstolen som angir det nærmere innholdet av den *EU-rettslige legalitetsbegrensningen*. Det neste spørsmålet er om legalitetsbegrensningen slår forskjellig ut avhengig av om den EU-rettslige forpliktelsen er korrekt gjennomført, mangelfullt gjennomført eller ikke forsøkt gjennomført i nasjonal rett. Jeg drøfter denne problemstillingen med utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelser.

I Kolpinghuis-avgjørelsen uttaler Domstolen at et direktiv ikke «i sig selv» og «uafhængigt af en medlemsstats vedtagelse af en *lov til gennemførelse af direktivet*» kan «afgrænse eller skærpe strafansvar». (Min kursivering). En sentral problemstilling i denne sammenhengen er derfor om legalitetsbegrensningen må forstås slik at plikten til å tolke nasjonal rett EU-konformt blir uten innhold, når det er tale om å tolke «annen nasjonal strafferett» EU-konformt. Uttrykket «annen nasjonal strafferett» bruker jeg om de tilfeller hvor det er tale om å tolke nasjonal strafferett som *ikke* gjennomfører EU-rett EU-konformt. Dette spørsmålet drøfter jeg i avsnitt 3.3.5. Først tar jeg imidlertid for meg de mindre problematiske tilfellene. I avsnitt 3.3.3.1 redegjør jeg for legalitetsbegrensningen der det er tale om tolkning av nasjonal strafferett som korrekt gjennomfører EU-forpliktelsene. I avsnitt 3.3.3.2 drøfter jeg legalitetsbegrensningens innhold i de tilfeller hvor EU-retten er forsøkt gjennomført, men hvor det hefter mangler eller feil ved gjennomføringen.

3.3.4.2 EU-konform tolkning av nasjonal strafferett der EU-retten er korrekt gjennomført

I 2005 kom spørsmålet om EU-konform tolkning av nasjonal rett der EU-retten var korrekt gjennomført opp for EU-domstolen i Grøngaard og Bangsaken. Spørsmålet kom opp i forbindelse med en dansk straffesak om innsidehandel. Den danske verdipapirhandelloven gjennomfører EUs markedsmisbruksdirektiv, og den danske bestemmelsen hadde samme ordlyd som direktivets bestemmelse. Spørsmålet i saken gjaldt tolkningen av et straffefriende unntak i direktivets art. 3 bokstav a. Etter direktivets art. 3 er det forbudt å videreggi innsideinformasjon til tredjemenn. Det er imidlertid gjort unntak for videregivelse av innsideinformasjon «som et normalt led i udøvelsen af en persons beskæftigelse, erhverv eller funktioner.»¹¹⁴

Generaladvokaten hadde i sitt forslag til avgjørelse tatt til orde for at det straffefriende unntaket skulle tolkes strengt, i tråd med EU-domstolens generelle praksis om innskrenkende tolkning av unntak for å sikre EU-rettens effektivitet.¹¹⁵ De tiltale gjorde imidlertid gjeldende at det ville være i strid med det strafferettslige legalitetsprinsippet å tolke unntaket innskrenkende, slik at området for den straffbare handlingen ble tilsvarende utvidet.

EU-domstolen legger innledningsvis til grunn at plikten til å tolke nasjonal rett EU-konformt også gjelder der den nasjonale bestemmelsen korrekt gjennomfører EU-retten. Samtidig uttaler Domstolen at legalitetsbegrensningen også gjelder i disse tilfellene. I den forbindelse uttaler EU-domstolen at det er opp til den nasjonale domstolen å sørge for at legalitetsprinsippets krav blir ivaretatt. Domstolen selv tolker EU-retten uten hensyn til om saken nasjonalt er av sivil- eller strafferettslig art. I den konkrete saken følger Domstolen Generaladvokatens forslag til avgjørelse og tolker det straffefriende unntaket strengt. Unntaket om at videregivelse av innsideinformasjon kan skje dersom det er et «normalt led i udøvelsen af en persons beskæftigelse, erhverv eller funktioner», blir tolket til at videregivelsen må være «strængt nødvendig».

¹¹⁴ Sak C-384/02 (Grøngaard og Bang) avsnitt 3 flg.

¹¹⁵ Forslag til avgjørelse i sak C-384/02 (Grøngaard og Bang) avsnitt 26 flg. Jf. også blant annet C-5/08 (Infopaq) avsnitt 56 hvor EU-domstolen uttaler at «de bestemmelser i et direktiv, der udgør undtagelser fra et almindelig princip i samme direktiv, efter fast retspraksis, skal fortolkes indskrænkende». Tolkningen av det straffefriende unntaket har også vært oppe for norsk Høyesterett i Rt. 2012 s. 761. Jeg kommer tilbake til Høyesteretts tolkning av unntaket i kapittel fire.

Når EU-domstolen setter som krav at videregivelsen må være strengt nødvendig, snevrer den unntaketets virkeområde betydelig inn. Å videreggi informasjon som er strengt nødvendig, er noe annet enn å videreggi informasjon som er et normalt ledd i utøvelsen av ens yrke.

Det er klart at anvendelsen av en bestemmelse krever en eller annen form for tolkning, uavhengig av om bestemmelsen korrekt gjennomfører EU-rett eller ikke. Dette innebærer at domstolene i prinsippet alltid vil ha en skjønnsmargin når de skal anvende, og dermed også tolke en bestemmelse.¹¹⁶ Det er i dette tolkningsrommet at plikten til EU-konform tolkning må balanseres mot legalitetsprinsippet krav til hjemmel i lov. Konsekvensen av EU-domstolens avgjørelse er at den *danske domstolen* må se hen til den ferdig tolkede EU-rettslige regelen, og vurdere om det ligger innenfor legalitetsprinsippet grenser å tolke den danske bestemmelsens ordlyd slik at en videregivelse av innsideinformasjon kun er straffefri dersom den er strengt nødvendig.

Prechal skiller mellom to tolkningssituasjoner. Der en EU-forpliktelse er mangelfullt eller feilaktig gjennomført, utfører den nasjonale domstolen en *reparerende tolkning*. Der det er tale om et korrekt gjennomført direktiv, er det mer nærliggende å se det som at domstolene utfører en *realiserende tolkning*, eller at domstolen ved sin tolkning bidrar til å gjennomføre direktivet.¹¹⁷ I begge situasjonene er formålet å oppnå et EU-konformt resultat, men veien til målet vil være forskjellig alt etter situasjonen. Domstolene foretar en realiserende tolkning når de tolker gjennomføringslovgivningen i tråd med den underliggende EU-retten. Gjennom denne tolkningen bidrar domstolen til at EU-rettens formål blir realisert. Slik sett kan man se det som at lovgiver setter i gang gjennomføringsprosessen, mens domstolene foretar den siste «finpussen». De nasjonale domstolene realiserer EU-rettens krav i den konkrete sak. Når domstolene foretar en reparerende tolkning, er hensikten også her å realisere EU-rettens formål. Forskjellen er at her har domstolen til oppgave å rette opp feil begått av lovgiver ved gjennomføringen. Eventuelt at domstolen må søke å bøte på at lovgiver ikke har gjennomført en EU-forpliktelse som skulle vært gjennomført.

Uansett må både den underliggende EU-retten og den nasjonale gjennomføringsloven tolkes før man kan fastslå om man har å gjøre med et korrekt gjennomført direktiv, eller om direkti-

¹¹⁶ Prechal 2005 s. 188.

¹¹⁷ Prechal 2005 s. 187 flg.

vet er mangelfullt eller feilaktig gjennomført. Slik sett kan det være mer riktig å se på skillet mellom korrekt gjennomført EU-rett og mangelfullt gjennomført EU-rett som navn på et tolkningsresultat, heller enn utgangspunktet for tolkningsprosessen.

3.3.4.3 EU-konform tolkning av nasjonal rett der EU-retten er mangelfullt eller feilaktig gjennomført

I disse tilfellene har den nasjonale lovgiver gitt lovbestemmelser som er ment å skulle gjennomføre EU-forpliktelser, men gjennomføringen er enten feil eller mangelfull. På samme måte som der EU-forpliktelsen er korrekt gjennomført, vil det være den nasjonale gjennomføringsbestemmelsen som angir startpunktet for den EU-konforme tolkningen. Dette innebærer at det også vil være den nasjonale gjennomføringsbestemmelsen som trekker opp grensene for den tolkningen som skal foretas. I det følgende vil jeg ta for meg to prejudisielle avgjørelser fra EU-domstolen, straffesak mot X-avgjørelsen og Arcaro-avgjørelsen. Avgjørelsene gjaldt EU-konform tolkning av nasjonale gjennomføringsbestemmelser, hvor lovgiver feilaktig hadde gjennomført EU-forpliktelsene. Det sentrale spørsmålet i begge sakene var om det gjelder en legalitetsbegrensning i de tilfeller hvor EU-retten er feilaktig gjennomført, og hvilke konsekvenser dette får for tolkningsplikten.

Straffesak mot X-avgjørelsen gjaldt tolkningen av et arbeidsrettslig særdirektiv som fastsatte minimumsforskrifter «for sikkerhed og sundhed i forbindelse med arbejde ved skærmterminaler».¹¹⁸ De prejudisielle spørsmålene i saken hadde blitt reist av den italienske anklagemyndigheten i forbindelse med en straffesak.

I Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse presiserer han at vurderingstemaet i saken er om det gjelder en legalitetsbegrensning på tolkningsplikten i et tilfelle som det foreliggende. Han fremhever at det strafferettslige legalitetsprinsipp danner en underforstått grense for direktivenes effektivitet i nasjonal rett. Videre viser han til at også i de tilfellene hvor EU-retten er mangelfullt eller feilaktig gjennomført, kan den EU-konforme tolkningen ha til virkning at et straffeansvar «fastsettes eller skærpes», selv om det etter nasjonal rett ikke er grunnlag for dette. Derfor må det gjelde en legalitetsbegrensning også i disse tilfellene. Han

¹¹⁸ De forente saker C-74/95-C-129/95 (straffesak mot X).

påpeker videre at ileggelse av straff krever en klar hjemmel. Selv om strafferettslige regler må tolkes, kan ikke en utvidende tolkning reparere lakuner i nasjonal rett.

Colomers fremhever at dette innebærer at man får en konflikt mellom to sentrale prinsipper, legalitetsprinsippet og dets hjemmelskrav på den ene siden og kravet til EU-konform tolkning på den andre. Løsningen på konflikten mellom disse to prinsipper er at legalitetsprinsippet har forrang, slik at plikten til EU-konform tolkning bare gjelder så lenge den ikke krenker legalitetsprinsippets grenser.¹¹⁹

Domstolen følger Generaladvokatens forslag til avgjørelse, og legger til grunn at den strafferettslige legalitetsbegrensningen også gjelder i de tilfellene hvor den nasjonale bestemmelsen enten mangelfullt eller feilaktig gjennomfører EU-forpliktelsen. Domstolen uttaler at et direktiv ikke «i sig selv» og «uafhængigt af en medlemsstats vedtagelse af en lov til gennemførelse», kan danne grunnlag for å «afgrænse eller skærpe strafansvar». I følge Domstolen innebærer dette at den nasjonale domstolen, må tolke nasjonal rett i tråd med de krav legalitetsprinsippet oppstiller, når den skal tolke nasjonal rett EU-konformt.

I den konkrete saken var hvem som falt inn under definisjonen av arbeidstaker, avgjørende for om det skulle ilegges strafferettslig ansvar eller ikke. Den italienske gjennomføringsbestemmelsen hadde en mer snever definisjon av begrepet enn hva det aktuelle direktivet hadde.

Direktivets art. 2 definerte en arbeidstaker som «enhver arbejdstager, som defineret i artikel 3, litra a), i direktiv 89/391/EØF, der regelmæssigt og i en ikke ubetydelig del af sin normale arbejdstid anvender en skærmterminal». Italiensk rett definerte en arbeidstaker som en som «sædvanligt og på systematisk måde i ugens løb i mindst fire på hinanden følgende timer daglig, ekskl. de i artikel 54 nævnte pauser, anvender udstyr med skærmterminaler».¹²⁰

Arbeidstakerne i den aktuelle saken falt ikke inn under den italienske lovens snevre definisjon av arbeidstaker. Handlingene var derfor ikke straffbare etter italiensk rett. Derimot falt

¹¹⁹ Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse i de forente saker C-74/95 og C-129/95 (straffesak mot X), avsnitt 55 flg.

¹²⁰ Sak C- 74/95 og C-129/95 (straffesak mot X) avsnitt 6 flg.

handlingene under den videre definisjonen av arbeidstaker i direktivet. Dersom man la direktivets bestemmelser til grunn, ville handlingene derfor være straffbare. I den konkrete saken kom Domstolen frem til at legalitetsbegrensningen var til hinder for et EU-konformt tolkningsresultat.

Arcaro-avgjørelsen gjaldt også EU-konform tolkningen av nasjonale gjennomføringsbestemmelser som var straffesanksjonert.¹²¹ Konkret gjaldt saken tolkningen av to forurensningsdirektiver. EU-domstolen måtte ta stilling til hvordan de to forurensningsdirektivene skulle tolkes, og om denne tolkningen var i overenstemmelse med den italienske gjennomføringslovgivningen. Direktivene inneholdt blant annet krav om tillatelse fra offentlige myndigheter for å få lov til å foreta utslipp av cadmium. Den italienske loven hadde oppstilt et skille mellom «bestående og nye anlegg». Som utgangspunkt var det bare nye anlegg som måtte ha utslippstillatelse.¹²² Dette skillet var i strid med de relevante forurensningsdirektivene, da både nye og bestående anlegg måtte ha en særlig utslippstillatelse for å lovlig kunne foreta utslipp av cadmium.

Spørsmålet for Domstolen var dermed om den nasjonale lovgivningen kunne tolkes på en slik måte at den kom i overenstemmelse med direktivene. Arcaro hadde ikke utslippstillatelse fordi det etter italiensk rett ikke var påkrevet. Dersom EU-direktivet ble tillagt virkning, ville det derfor medføre at Arcaro ble straffet for noe som på gjerningstidspunktet ikke var straffbart etter italiensk rett.

Domstolen innleder med å vise til den generelle plikten nasjonale domstoler har til å tolke nasjonal rett i lys av et direktivs ordlyd og formål, for å komme frem til det resultatet som direktivet gir anvisning på. Deretter gjentar Domstolen «standardformuleringen» fra Kolpinghuis-avgjørelsen, men med en liten vri. I avsnitt 42 uttaler Domstolen at plikten til å tolke EU-konformt «begrænses» når denne tolkningen har som resultat at en forpliktelse, som er fastsatt i et ikke-gjennomført direktiv, blir gjort gjeldende overfor en borger. Dette gjelder

¹²¹ Sak C-168/95 (Arcaro).

¹²² For «bestående anlegg», fastsatte myndighetene utslippstillatelse for de anleggene som var omfattet av et særskilt bilag, for de øvrige bestående anleggene ble det bare stilt krav til utslippstillatelse dersom det var utstedt et «ministerielt dekret for grenseverdier». Arcaros anlegg falt inn under sistnevnte kategori, men de relevante myndigheter hadde på utslippstidspunktet ikke utstedt et «ministerielt dekret». Dette hadde som konsekvens at utslippene etter italiensk rett som utgangspunkt var lovlig, jf. sak C-168/95 (Arcaro) avsnitt 7 flg.

ifølge Domstolen enda mer når tolkningen fører til at et straffeansvar fastsettes eller skjerpes på grunnlag av direktivet, uavhengig av hva som følger av nasjonal gjennomføringslov.¹²³

Poenget her må være at den italienske gjennomføringsloven ikke kunne tolkes slik at også eksisterende anlegg måtte ha utslippstillatelse. Et krav om utslippstillatelse også fra eksisterende anlegg ville innebære at det var direktivet «i sig selv» som fikk virkning i nasjonal rett, fordi tolkningsresultatet ikke kunne hjemles i den nasjonale gjennomføringslovgivningen. Tolkningsresultatet ville i realiteten innebære at direktivet fikk direkte virkning i italiensk rett, og dette ville igjen være klart i strid med legalitetsprinsippet.

Både Arcaro-avgjørelsen og straffesak mot X-avgjørelsen omhandlet tilfeller hvor det var langt mellom den nasjonale gjennomføringsloven, og direktivets ordlyd. I Arcaro-avgjørelsen ville en tolkning i overenstemmelse med direktivet innebære en tolkning contra-legem, fordi den italienske bestemmelsen ville blitt innholdsløs dersom man skulle harmonisere denne med direktivet. I straffesak mot X-avgjørelsen ville en tolkning i overenstemmelse med direktivet innebære at man utvidet den italienske bestemmelsens ordlyd, langt utover hva som ville følge av en naturlig språklig forståelse av denne.

Gjennomgangen viser at Domstolen oppstiller en legalitetsbegrensning også i de tilfellene hvor EU-retten er mangelfullt eller feilaktig gjennomført. I de konkrete tilfellene førte denne begrensningen til at en EU-konform tolkning av nasjonal rett ikke kunne oppnås. Avgjørelsene viser at hvorvidt man kan komme til et EU-konformt resultat, beror på om tolkningsresultatet kan forankres i den nasjonale bestemmelsens ordlyd.

¹²³ På bakgrunn av denne uttalelsen antok noen juridiske forfattere at nasjonale domstoler ikke hadde en plikt til å tolke nasjonal rett EU-konformt til ugunst for et individ, jf. Craig og De Burca 2011 s. 205. Det er imidlertid klart at avgjørelsen ikke kan forstås slik. Ved en rekke senere anledninger har Domstolen fattet avgjørelser hvor nasjonale domstoler har blitt pålagt å tolke EU-konformt til ugunst for en privatperson, se blant annet sak C-60/02 (Rolex).

3.3.5 Betydningen av at EU-forpliktelsene ikke er forsøkt gjennomført

Kolpinghuis-avgjørelsen fra 1989 gjaldt EU-konform tolkning av nasjonal rett, hvor det ikke forelå noen lov som gjennomførte den aktuelle EU-forpliktelsen. Spørsmålet i saken var nærmere bestemt hvilken virkning et ikke-gjennomført direktiv skulle gis i nasjonal rett, når implementeringsfristen for direktivet hadde løpt ut. En nederlandsk bedrift hadde markedsført drikkevarer som «mineralvann», selv om drikken kun besto av kullsyre og tappevann. Virksomheten ble satt under tiltale for å ha solgt vann som var av «mangelfull beskaffenhet». Den nederlandske påtalemyndigheten hadde påberopt et EU-direktiv til støtte for sitt syn. Direktivet inneholdt bestemmelser om markedsføring av mineralvann, og bestemte blant annet at bare vann som utvinnes «av jorden i en medlemsstat», kan markedsføres som naturlig mineralvann.¹²⁴

Generaladvokat Mischo hadde i sitt forslag til avgjørelse tatt til orde for at det overhodet ikke forelå noen plikt for nasjonale domstoler til å tolke nasjonal rett EU-konformt, i de tilfeller der EU-retten ikke er forsøkt gjennomført.¹²⁵ Dersom det ikke engang foreligger en plikt til å tolke nasjonal rett EU-konformt, har man ikke noe å begrense. Domstolen uttalte derimot at nasjonale domstoler, ved anvendelsen av nasjonal rett, er forpliktet til å tolke intern rett i lys av direktivets ordlyd og formål. Domstolen uttaler at «den nationale domstol ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelser i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktivet, er forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål».

Slik jeg forstår uttalelsen, innebærer den at plikten til EU-konform tolkning gjelder uavhengig av om EU-retten er forsøkt gjennomført eller ikke. Plikten gjør seg imidlertid gjeldende i enda større grad der nasjonal lovgiver faktisk har forsøkt å gjennomføre EU-retten.¹²⁶ Etter at

¹²⁴ Sak C-80/86 (Kolpinghuis) avsnitt 2 flg.

¹²⁵ Generaladvokat Mischos forslag til avgjørelse i sak C-80/86 (Kolpinghuis), avsnitt 22.

¹²⁶ Prechal viser til at det hersket uenighet i litteraturen om Kolpinghuis-avgjørelsen ga tilstrekkelig klart uttrykk for at plikten til EU-konform tolkning gjaldt all nasjonal rett, uavhengig av om den gjennomførte EU-rett eller ikke. Hun viser i den forbindelse til at det først var i Marleasing-saken, avsagt i 1990, at Domstolen satte en stopper for all uenigheten. Jf. Prechal 2005 s. 185-186. Mitt syn er at Domstolen allerede i Kolpinghuis-avgjørelsen ga tilstrekkelig klart uttrykk for at tolkningsplikten gjelder generelt. Se også Betlem i «Direct effect» 2002 s. 97 som viser til at Domstolen, til forskjell fra Generaladvokat Mischo, klart la til grunn at det er en plikt til EU-konform tolkning av nasjonal rett i disse tilfellene, men at legalitetsprinsippet begrenser plikten.

plikten til å tolke nasjonal rett EU-konformt er etablert, går Domstolen videre til å oppstille en legalitetsbegrensning. Ifølge Domstolen innebærer legalitetsbegrensningen at et direktiv ikke «i sig selv» og «uafhængigt af en medlemsstats vedtagelse af en lov til gennemførelse af direktivet», kan brukes til å «afgrænse eller skærpe strafansvar».¹²⁷

Spørsmålet er hva som nærmere ligger i domstolens uttalelse om at nasjonal rett ikke kan tolkes EU-konformt, uavhengig av nasjonal *gjennomføringslov*. Som allerede drøftet, ser det ut til at det avgjørende for om en EU-konform tolkning kan oppnås, er om tolkningsresultatet kan forankres i den nasjonale bestemmelsens ordlyd. I de tilfeller hvor man har en nasjonal gjennomføringslov, vil dette være utgangspunktet for tolkningen. Tolkningen vil da ikke være uavhengig av nasjonal gjennomføringslov. Der det ikke foreligger et nasjonalt gjennomføringsforsøk, vil tolkningen rent faktisk være uavhengig av nasjonal *gjennomføringslov*.

Tas EU-domstolens uttalelse på ordet, blir konsekvensen at den generelle plikten til EU-konform tolkning blir uten innhold i de tilfeller hvor det er tale om å tolke *annen nasjonal strafferett* EU-konformt. EU-domstolens uttalelse kan også forstås slik at den oppstiller et *forbud* mot EU-konform tolkning, i de tilfeller hvor det ikke foreligger noe nasjonalt gjennomføringsforsøk, og det EU-konforme tolkningsresultatet vil være til ugunst. Dersom det er tale om et forbud, vil den nasjonale domstolen være avskåret fra å komme til et resultat som er forenlig med EU-retten, selv om nasjonale rettskildeprinsipper forutsetter at EU-retten kan brukes som rettskilde ved tolkningen av adferdsnormene. I sin doktoravhandling fra 2008 viser Baumbach til Kolpinghuis-avgjørelsen, og slutter fra denne at «et ikke gjennomført direktiv kan dermed ikke til ugunst for borgeren få virkning i en straffesag».¹²⁸

Spørsmålet blir dermed om man er avskåret fra å tolke annen nasjonal strafferett EU-konformt til ugunst for borgerne. Spørsmålet er nærmere bestemt om det må foreligge en spesifikk gjennomføringslov, eller om det er tilstrekkelig at det foreligger en «alminnelig» nasjonal lov som kan danne utgangspunktet for tolkningen.

¹²⁷ EU-domstolen har uttrykt denne begrensningen litt forskjellig i de ulike sakene de har hatt oppe til avgjørelse. I noen avgjørelser fastsetter den at et direktiv ikke kan brukes til å «fastsette» et straffeansvar, mens andre ganger bruker den uttrykket «afgrænse».

¹²⁸ Baumbach 2008 s. 275.

Som vi har sett, har EU-domstolen lagt til grunn at tolkningsplikten ikke strekker seg lenger enn det nasjonal metodelære tillater. EU-domstolens henvisning til nasjonale metodeprinsipper er et argument for at nasjonale domstoler *ikke* er avskåret fra å tolke annen nasjonal lovgivning EU-konformt. Dersom det etter nasjonale metodeprinsipper er tillatt å ta en ikke-gjennomført EU-regel i betraktning, må en begrensning på nasjonale domstolers handlingsrom ha en god begrunnelse. Hensynet til forutberegnelighet og innrettelse kan være en begrunnelse for at det bør skilles mellom tolkning av gjennomføringslovgivning, og «annen nasjonal lovgivning». Det kan tenkes at rettstilstanden for den enkelte er mer forutberegnelig der EU-retten er forsøkt gjennomført, enn der den ikke er det. Etter mitt syn kan imidlertid ikke hensynet til forutberegnelighet og innrettelse på generelt grunnlag begrunne et skille mellom EU-konform tolkning av nasjonal gjennomføringslovgivning, og EU-konform tolkning av annen nasjonal lovgivning. Hva som er forutberegnelig, må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak, uavhengig av om EU-forpliktelsen er forsøkt gjennomført eller ikke.

Kofoed-saken kan bidra til å bringe klarhet i spørsmålet om man er avskåret fra å tolke annen nasjonal strafferett EU-konformt. Saken gjaldt inntektsbeskatning på ombytting av selskapsandeler.¹²⁹ Et av spørsmålene i saken var om de danske skattemyndighetene kunne reagere mot skattesvik fra skatteyteren, Kofoeds, side. Direktiv 90/434/EF art. 11 hadde spesifikke regler om skattesvik og skatteunndragelse, men dansk lovgiver hadde ikke vedtatt noen bestemmelser for å gjennomføre direktivet. Domstolen måtte dermed ta stilling til om direktivets art. 11 kom til anvendelse, selv om det ikke forelå noen spesifikk gjennomføringslov. Domstolen presiserte innledningsvis at det er opp til medlemsstatene selv å bestemme form og midler for gjennomføring av direktivene. Dette innebærer at lovgiver ikke nødvendigvis behøver å vedta lovgivning for å gjennomføre et direktiv. I noen tilfeller kan det eksempelvis være tilstrekkelig å fastsette en «generel retlig ramme». Domstolen understreket at nasjonale domstoler *uansett* er forpliktet til å tolke nasjonal rett i overenstemmelse med direktivets ordlyd og formål.

I første del av avsnitt 45 viser Domstolen til begrensningene i tolkningsplikten, herunder at et direktiv ikke «i sig selv og uafhængigt af national lovgivning til gennemførelse heraf skaber

¹²⁹ Sak C-321/05 (Kofoed).

forpliktelse for borgerne eller *fastsetter eller skærper et straffansvar*». (Min kursivering). Tatt på ordet, taler formuleringen for at direktivet ikke kan brukes til å fastsette eller skjerpe et straffeansvar, der det ikke foreligger en nasjonal gjennomføringslov som tolkningen kan ta utgangspunkt i. Dette innebærer at en EU-konform tolkning til ugunst for individet da ikke kan gjøres gjeldende.

Dette ser ut til i noen grad å stå i kontrast til siste del av avsnitt 45 og avsnitt 46. I siste del av avsnitt 45 uttaler Domstolen at nasjonale domstoler prinsipielt kan «gøre en overensstemmende fortolkning af national ret gældende overfor borgerne» uavhengig av eventuelle begrensninger. I avsnitt 46 understreker EU-domstolen at det er opp til den nasjonale domstol «at undersøge, om der i dansk ret findes en almindelig bestemmelse eller grundsætning, hvorefter der gælder et forbud mod retsmisbrug, eller andre bestemmelser om skattesvig eller skatteunddragelse, som kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 11, stk. 1 litra a) i direktiv 90/434 og dermed begrunde, at den omhandlede ombytning af selskapsandele beskattes».

EU-domstolen pålegger her den nasjonale domstol å tolke annen nasjonal rett EU-konformt. Domstolens forutsetning er at det etter nasjonal rett finnes bestemmelser som kan tolkes EU-konformt. I tillegg må en slik tolkning være mulig etter både nasjonale rettskildeprinsipper og den EU-rettslige legalitetsbegrensningen. Domstolen uttaler at «I givet fald tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om betingelserne for at anvende disse nationale bestemmelser er opfyldt i hovedsagen».

Dersom nasjonale domstoler skal gjøre det EU-domstolen forutsetter, innebærer dette at det skapes forpliktelser for borgerne, også der det ikke foreligger nasjonal gjennomføringslovgivning. Dette trekker i retning av at også annen nasjonal lovgivning kan og skal tolkes EU-konformt.

Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse kan bidra til å klargjøre nærmere hva som da blir igjen av Domstolens formulering. Innledningsvis viser Generaladvokaten til at danske myndigheter har en plikt til å undersøke om det finnes nasjonale bestemmelser som kan anvendes i den konkrete sak. Deretter understreker hun at disse reglene i nasjonal rett skal tolkes i overensstemmelse med EU-retten, uavhengig av om de er vedtatt til gjennomførelse av et direktiv. I avsnitt 65 fremhever hun at en slik harmoniserende tolkning skal foretas selv om

den er til skade for borgerne, fordi en anvendelse *gjennom bestemmelser* i nasjonal rett, til skade for borgerne er tillat. Det er bare en *direkte* anvendelse av direktivets bestemmelse som vil være utelukket. Hun knytter begrensningen på den direkte anvendelsen av en direktivbestemmelse opp til Domstolens faste rettspraksis, hvor hun viser til at et direktiv «ikke *i sig selv*» kan «skabe forpligtelser for borgerne, og en direktivbestemmelse kan derfor ikke *som sådan* påberopes over for borgerne». ¹³⁰

Saken gjaldt skatt, ikke straff. Dette er et argument for at domstolens uttalelser ikke kan brukes i en strafferettslig sammenheng. Dommens avsnitt 45 viser imidlertid til en begrensning i plikten til å tolke EU-konformt der dette skaper forpliktelser for borgerne, eller *fastsetter eller skjerper et straffeansvar*. Avsnittet 46, hvor Domstolen uttaler at det er opp til den nasjonale domstol å undersøke om det finnes noen alminnelige bestemmelser som kan tolkes EU-konformt, står i kontrast til begge disse begrensningene. Dette taler for at Domstolen i dommen ikke skiller mellom de tilfeller hvor det er tale om skatt, og der det er tale om straff. Generaladvokatens redegjørelse støtter opp om denne tolkningen. I forslaget til avgjørelse redegjør Generaladvokaten for hva som nærmere ligger i formuleringen « i sig selv(...) og (...)uafhængig af national lov vedtaget af en medlemsstat til gennemførelse». Dette er en formulering som Domstolen har brukt i saker om EU-konform tolkning på strafferettens område helt siden Kolpinghuis- avgjørelsen ble avsagt i 1989.

Caronna-dommen fra 2012 gir et ytterligere argument for at nasjonale domstoler både kan og skal tolke «annen nasjonal lovgivning» EU-konformt på strafferettens område. En italiensk apoteker hadde blitt satt under tiltale for å ha solgt legemidler uten tilstrekkelig tillatelse. Hvorvidt det etter EUs direktiv 2001/83/EF var krav om at en apoteker måtte ha særskilt tillatelse for å drive engrosforhandling av legemidler, hadde betydning for om apotekeren kunne straffes eller ikke. Domstolen kom til at apotekeren kunne straffes dersom den nasjonale loven fastsatte straffeansvar for apotekere. Dersom straff ikke kunne hjemles i den italienske lovens ordlyd, ville det derimot være i strid med legalitetsprinsippet å straffe apotekeren.

¹³⁰ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-321/05 (Kofoed), avsnitt 63 flg.

Deretter uttaler Domstolen i avsnitt 56 at tolkningen av direktivet ikke «i sig selv og uafhængigt af en *national lov vedtaget af en medlemsstat*» kan «skabe eller skærpe straffeansvar for en apoteker». (Min kursivering). Der EU-domstolen tidligere har fastsatt at et direktiv ikke i seg selv og uavhengig av *nasjonal gjennomføringslov* kan skape eller skjerpe et straffeansvar, viser Domstolen i Caronna dommen kun til *nasjonal lov*.¹³¹ Prinsipielt er det dermed ikke noe skille mellom de tilfeller hvor det foreligger en spesifikk nasjonal gjennomføringslov, og de tilfeller hvor det ikke gjør det. Det avgjørende er hva som etter nasjonal rett er mulig.

En kan tenke seg følgende eksempel: Et direktiv fastsetter at det skal være forbudt å kaste matavfall i plastposer. Det foreligger ingen nasjonal lov som gjennomfører direktivet, men det finnes et generelt forbud mot bruk av plastposer i «husholdningsøyemed». Overtredelse av den nasjonale bestemmelsen er straffesanksjonert. En EU-konform tolkning vil her være å presisere den nasjonale bestemmelsens ordlyd til at bruk av plastposer til matavfall omfattes av forbudet mot bruk av plastposer i husholdningsøyemed. Tolkningen ligger klart innenfor den nasjonale bestemmelsens ordlyd og dermed innenfor legalitetsprinsippets grenser. Saken stiller seg annerledes dersom man snur på eksempelet, og forutsetter at norsk rett har et forbud mot å kaste matavfall i plastposer, mens EU-retten har et forbud mot bruk av plastposer i «husholdningsøyemed». Dersom en person er tiltalt for å ha kastet andre husholdningsartikler enn matavfall, vil en EU-konform tolkning av nasjonal rett ikke være mulig. Tolkningen kan ikke hjemles i den norske ordlyden. Den norske ordlyden er for snever. Et eventuelt straffeansvar i dette tilfelle ville da blitt fastsatt på bakgrunn av direktivet «i sig selv» og «uafhængig af national lov».

3.3.6 Konklusjon

Konklusjonen blir derfor at legalitetsbegrensningen gjelder der EU-retten er korrekt gjennomført, mangelfullt eller feilaktig gjennomført, og der EU-forpliktelsen ikke er forsøkt gjennomført overhodet. Legalitetsbegrensningen medfører ikke at plikten til EU-konform tolkning blir uten innhold der det er tale om å tolke «annen nasjonal strafferett» EU-konformt

¹³¹ Caronna-saken gjaldt tolkningen av en nasjonal gjennomføringslov, og ikke tolkningen av «annen nasjonal lovgivning». Domstolens uttalelse, og den endrede formuleringen er likevel et argument for at også annen nasjonal lovgivning kan og skal tolkes EU-konformt.

til ugunst. EU-domstolens praksis kan heller ikke forstås slik at det er et forbud mot å tolke annen nasjonal strafferett EU-konformt. Prinsipielt er det ikke noe forskjell på legalitetsbegrensningens innhold i de tilfeller hvor EU-forpliktelsen er korrekt gjennomført, mangelfullt gjennomført, og der den ikke er forsøkt gjennomført.

I alle disse situasjonene er det avgjørende hva som følger av den nasjonale lovens ordlyd. Det er denne som angir grensene for hvor langt nasjonal rett kan tolkes EU-konformt. Det vil være nasjonale tolkningsprinsipper som angir det nærmere innholdet i tolkningsplikten, herunder hvordan hensynet til et EU-konformt resultat skal balanseres mot hensynene til forutberegnelighet og innrettelse. Som jeg skal komme tilbake til, kan disse hensynene få ulik vekt alt ettersom EU-retten er forsøkt gjennomført eller ikke. Den EU-rettslige legalitetsbegrensningen trekker uansett opp en ytre ramme for tolkningen.

3.3.7 Hvem legalitetsbegrensningen er rettet mot

EU-domstolens praksis viser at det er uten betydning for tolkningen av en EU-rettsakt om den inngår i en straffe- eller sivilrettslig nasjonal kontekst. I Grøngaard og Bang-avgjørelsen uttalte EU-domstolen at tolkningen av et direktivs anvendelsesområde ikke kan «afhænge af den civilretlige, strafferetlige eller administrative karakter af det nationale søgsmål, hvorunder denne fortolkning er gjort gældende».¹³² En tilsvarende regel ble lagt til grunn i Rolex-avgjørelsen fra 2005 og Kofoed-avgjørelsen fra 2007.¹³³ Dette innebærer at EU-domstolen tolker EU-retten uavhengig av den nasjonale konteksten. Legalitetsprinsippets krav ligger dermed som en begrensning på de nasjonale *tolkningsresultatene* og ikke på EU-retten som sådan.¹³⁴ Den nasjonale domstolen må derfor balansere den EU-konforme tolkning mot legalitetsprinsippets krav til hjemmel i lov.

Som Elholm skriver, fremstår en slik kompetansefordeling som fornuftig.¹³⁵ Hvis EU-retten skal fungere tilfredsstillende, må relevante EU-regler tolkes i lys av formål og kontekst. For at

¹³² Sak C-384/02 (Grøngaard og Bang) avsnitt 28.

¹³³ Sak C-60/02 (Rolex) og sak C-321/05 (Kofoed).

¹³⁴ Det ville nok stilt seg annerledes dersom straffetrusselen fantes i det EU-rettslige regelverket. Da måtte Domstolen ha tatt hensyn til det strafferettslige legalitetsprinsippet når den tolker EU-retten som sådan. Så lenge den relevante EU-forpliktelsen lar det være opp til medlemsstatene selv å bestemme hvilke sanksjoner som skal gjelde, vil imidlertid legalitetsbegrensningen ligge på den nasjonale domstolen.

¹³⁵ Elholm «EU-konform fortolkning af national strafferet» i «Jurist uden omsvøb» 2007 s. 111.

EU-retten skal være mest mulig effektiv, kan det også være behov for å tolke unntak fra hovedregler tolkes innskrenkende. Så lenge de relevante EU-bestemmelsene bare stiller krav om at sanksjonene som medlemsstatene velger, er effektive og avskrekkende, kan ikke Domstolens tolkning bero på om en aktuell medlemsstat tilfeldigvis har valgt å straffesanksjonere brudd istedenfor å reagere med et sivilrettslig ansvar. Som vi har sett, vil det være den nasjonale bestemmelsen som angir den straffbare handlingen, og som danner utgangspunktet for tolkningen. Derfor bør legalitetsbegrensningen ligge på den domstolen som skal tolke den primære rettshjemmelen, ikke på den domstolen som kun skal tolke innholdet i én av rettskildene som er relevante ved tolkningen av den primære hjemmelen.

Plikten til EU-konform tolkning gjelder også der nasjonale domstoler må tolke EUs forordninger. Forskjellen mellom forordninger og direktiver er at forordningene gjelder umiddelbart i nasjonal rett, mens direktivene er pålegg til nasjonale myndigheter om hva bestemmelsene skal gå ut på. Direktivene må derfor gjennomføres.¹³⁶ Når nasjonale myndigheter velger å straffesanksjonere brudd på EUs forordninger, oppstår imidlertid spørsmålet om EU-bestemmelsene er tilstrekkelig presise til at de kan utgjøre gjerningsinnholdet i en straffebestemmelse. I sak C-405/10 har EU-domstolen lagt til grunn at det også her er opp til de nasjonale domstolene å vurdere om straff i det konkrete tilfellet er forenelig med legalitetsprinsippet. EU-domstolen tolker forordningene på samme måte som direktivene, det vil si uten hensyn til om saken nasjonalt er av strafferettslig eller sivilrettslig karakter.

Det ser likevel ut til at det har skjedd en endring i måten EU-domstolen forholder seg på til at man befinner seg på strafferettens område. I straffesak mot X-avgjørelsen fra 1996 unnlot EU-domstolen å uttale seg om tolkningen av en direktivbestemmelse, fordi den hadde en for vag karakter og overløt en stor grad av skjønn til medlemslandene. Da direktivet uansett ikke kunne gis anvendelse nasjonalt, fant Domstolen at det ikke var nødvendig å uttale seg om hvordan direktivet var å forstå. Asp fremholdt i 2002 at det likevel kan tenkes at EU-domstolen presiserer innholdet i en direktivbestemmelse, forutsatt at saken savner «varje straffrätlig beröringspunkt».¹³⁷ Slik EU-domstolens praksis har utviklet seg, kan slutningen Asp trakk basert på straffesak mot X-dommen, ikke lenger opprettholdes.

¹³⁶ For norsk retts vedkommende må også forordningene gjennomføres for at de skal være en del av norsk lovgivning.

¹³⁷ Asp 2002 s. 230.

Dette innebærer at valget mellom sivilrettslig sanksjonering og strafferettslig sanksjonering av EU-rettslige adferdsnormer kan ha betydning for hvor effektivt den nasjonale bestemmelsen kan gjennomføre EU-rettens krav. Som vi har sett, fører lovkravet til at straffesanksjonerte adferdsnormer må tolkes restriktivt. Jo oftere den nasjonale lovgiver velger å straffesanksjonere brudd på nasjonal gjennomføringslovgivning, jo mindre effektiv risikerer EU-retten å bli. Dette er særlig tydelig der en nasjonal bestemmelse har samme ordlyd som EU-forpliktelsen, men hvor EU-domstolen har tolket ordlyden utvidende. Her kan det oppstå et gap mellom EU-domstolens tolkning av direktivet og den nasjonale bestemmelsens ordlyd som ikke lar seg tette, fordi domstolenes tolkningsrom på strafferettens område er mer begrenset enn ellers. Det kan derfor være vanskeligere for den nasjonale domstol å reparere eventuelle uoverensstemmelser gjennom en harmoniserende tolkning på strafferettens område, enn hva som ville vært tilfellet dersom det gjaldt en sivil sak. Dermed kan det også være vanskeligere å gi EU-regler effektivt gjennomslag i nasjonal rett. Rolex-avgjørelsen, avsagt i 2004, er egnet til å illustrere forskjellen mellom tolkningsmulighetene i sivile saker og straffesaker.

Saken gjaldt tolkningen av en varemerkeforordning som inneholdt bestemmelser om innførsel av varer til EU som krenker den intellektuelle eiendomsretten, samt utførsel og transitt. En av klagerne i hovedsaken, Rolex, mente at tiltalte hadde krenket deres varemerkerettigheter. Tiltalte hadde forsøkt å innføre forfalskede Rolex-klokker fra Italia til Polen. Klokkene hadde gått i transitt gjennom Østerrike. Rolex anførte at det etter den østerrikske varemerkeloven forelå en straffbar krenkelse av deres varemerkerett. Etter denne lovens § 60, jf. § 10a er det kun inn- og utførsel av varemerkeforfalskede varer som er forbudt, ikke transitt. Den østerrikske domstolen hadde i sin foreleggelse vist til en dom, hvor EU-domstolen hadde uttalt at varemerkeforordningen kom til anvendelse også for de tilfeller som gjaldt transitt av varer. Dommen ble avsagt i forbindelse med et sivilt søksmål. Den østerrikske domstolen ønsket å få opplyst om den skulle legge samme løsning til grunn, selv om det denne gangen gjaldt tolkningen av nasjonal strafferett.¹³⁸

Saken gjaldt en forordning, men prinsippene for EU-konform tolkning kom til anvendelse også her, da forordningen art. 11 overlot til medlemsstatene selv å fastsette passende sanksjoner for overtredelse av forordningens bestemmelser. Domstolen tok utgangspunkt i at

¹³⁸ Sak C-60/02(Rolex).

nasjonale domstoler skal tolke nasjonal rett EU-konformt, så langt det etter nasjonal rett er mulig. Der det gjelder ileggelse av et sivilrettslig ansvar, og det etter nasjonal rett er mulig å tolke den østerrikske loven i overenstemmelse med de krav EU-retten stiller, har den nasjonale domstolen en plikt til å gjøre dette. Dette innebærer at de østerrikske bestemmelsene som forbyr import og eksport av varemerkeforfalskede varer, skal anvendes analogisk på de tilfeller hvor varene kun er i transitt, så fremt det etter nasjonale rettskildesprinsipper er adgang til det.

I de tilfeller hvor det gjelder ileggelse av strafferettslig ansvar, blir situasjonen en annen. Domstolen fastholder at nasjonale domstoler har en plikt til å tolke nasjonal rett i overenstemmelse med EU-retten. Tolkningen må imidlertid være forenelig med legalitetsprinsippets krav. Ifølge Domstolen er legalitetsprinsippet til hinder for at en analogisk tolkning gjøres gjeldende, dersom den nasjonale domstolen kommer til at den nasjonale bestemmelsen ikke forbyr transitt av varer. Dette gjelder uavhengig av om østerrikske nasjonale rettskildesprinsipper skulle tillate en slik tolkning. Her ser man hvordan legalitetsbegrensningen fører til at tolkningsmulighetene er forskjellige, avhengig av om saken gjelder sivil- eller strafferettslig ansvar. For den nasjonale domstolen er det enklere å komme til et EU-konformt resultat der overtredelser av de nasjonale bestemmelsene kun medfører sivilrettslig ansvar.

3.3.8 Er legalitetsbegrensningen overflødig?

I en rekke avgjørelser har EU-domstolen lagt til grunn at nasjonale domstoler ikke har plikt til å tolke nasjonal rett *contra-legem*.¹³⁹ Denne begrensningen gjelder uavhengig av om saken er av sivil- eller strafferettslig karakter. I Pupino-saken, som gjaldt tolkningen av en rammeavgjørelse, legger EU-domstolen følgende forståelse av *contra-legem* begrensningens innhold til grunn: «Den nationale rets forpliktelse til at henvise til indholdet af en rammeavgjørelse i forbindelse med fortolkningen af de relevante bestemmelser i national ret ophører, når sidstnevnte ikke kan anvendes således, at den fører til et resultat, der er forenelig med det resultat, der tilsigtes med rammeavgjørelsen».¹⁴⁰ I Finanger-saken viser Høyesterett til en generell utta-

¹³⁹ Se blant annet sak C-212/04 (Adeneler) avsnitt 110 hvor Domstolen fastsetter at forpliktelsen til EU-konform tolkning ikke kan «tjene som grundlag for en fortolkning *contra-legem* af national ret».

¹⁴⁰ Sak C-105/03 (Pupino) avsnitt 47

lelse i forarbeidene om hvordan *contra legem*-begrensningen forstås i norsk rett.¹⁴¹ På side 1830 siterer førstvoterende forarbeidene og uttaler at norske domstoler vil « føle seg tvunget» til å anvende loven i strid med folkeretten dersom den nasjonale bestemmelsen «ellers ville være helt uten innhold». Etter mitt syn går *contra legem*-begrensningen i sin kjerne ut på at tolkningsplikten ikke kan strekkes så langt at den nasjonale ordlyden blir uten reelt innhold.¹⁴²

På grunn av at EU-domstolen allerede hadde oppstilt en *contra legem*-begrensning, argumenterte Generaladvokat Elmer i Arcaro-avgjørelsen for at en særskilt legalitetsbegrensning var overflødig. En slik presisering ville etter hans syn kun være nødvendig dersom en EU-konform tolkning *generelt sett* innebar en plikt til å tolke nasjonal rett i strid med sin ordlyd. Han uttaler i at « En sådan «fortolkning» *contra legem* ville jo fullstendig ændre indholdet af den strafsanktionerende norm, og den af Kommissionen foreslående tilføjelse ville da være nødvendig for at overholde principperne *nullum crimen sine lege* og *nulla poena sine lege*.»¹⁴³ (Min kursivering). Domstolen fant imidlertid grunn til å ha med en særskilt legalitetsbegrensning på strafferettens område.

Etter mitt syn er tilføyelsen nødvendig fordi en *contra legem*-begrensning bare dekker den ene siden av det materielle lovkravet. Dersom en bestemmelse tolkes *contra-legem*, vil tolkningen også være i strid med de krav klarhetskravet oppstiller. Dersom en bestemmelse tolkes utvidende, vil det etter mitt syn ikke være tale om en tolkning *contra-legem*, men tolkningen kan like fullt være i strid med lovkravets forbud mot utvidende og analogisk tolkning. Befinner man seg derimot på sivilrettens område, vil en utvidende tolkning etter omstendighetene være påkrevet.¹⁴⁴

Forskjellen mellom en tolkning *contra-legem* og en utvidende eller analogisk tolkning illustreres av Arcaro- avgjørelsen på den ene siden og Rolex-avgjørelsen på den andre siden. I Arcaro-avgjørelsen ville en EU-konform tolkning innebære at den italienske gjennomføringsbestemmelsen ble gitt et annet innhold enn det den opprinnelig hadde. Det

¹⁴¹ Rt. 2000 s.1811, jf. Ot.prp.nr.79 (1991-1992) på side 4.

¹⁴² Som allerede nevnt foreligger det ikke noen praksis fra EU-domstolen som gjør det helt klart hva Domstolen mener med en tolkning *contra-legem*. Se note 73.

¹⁴³ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-168/95 (Arcaro) avsnitt 41

¹⁴⁴ Tilsvarende synspunkt legger André Klip til grunn i sin editorial i *European journal of crime, criminal law and criminal justice* 2014 s. 113

ville innebære en tolkning contra-legem av den nasjonale bestemmelsen. I Rolex-avgjørelsen derimot var det et spørsmål om å gi den nasjonale bestemmelsen analogisk anvendelse på et tilfelle som opprinnelig ikke ble dekket av bestemmelsens ordlyd. Ordlyden blir da anvendt på et annet forhold, eller lagt på strekk, men den blir ikke gjort innholdsløs. Konklusjonen må derfor være at legalitetsbegrensningen ikke er overflødig ved siden av contra legem-begrensningen. På strafferettens område vil imidlertid en særskilt contra legem-begrensning være overflødig.¹⁴⁵

3.3.9 Konklusjon

Vi kan etter dette oppstille følgende utgangspunkter: Nasjonale domstoler har en plikt til å tolke nasjonal rett EU-konformt på strafferettens område. Denne tolkningsplikten begrenses av legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet kommer inn som en begrensning på tolkningplikten på to nivåer. For det første får man en «internrettslig» legalitetsbegrensning, da tolkningsplikten kun gjelder så langt det etter nasjonal rett er mulig, «as far as possible». Innholdet i denne legalitetsbegrensningen bestemmes av nasjonale tolkningsprinsipper. Stort sett må det regnes med at EMK art. 7 i hvert fall vil utgjøre en del av denne begrensningen, men også nasjonale forfatninger vil være med på å utforme innholdet.

For det andre har EU-domstolen oppstilt en særskilt EU-rettslig legalitetsbegrensning. Denne begrensningen danner en ytre ramme for hvilke tolkningsresultater nasjonale domstoler kan komme til. Den EU-rettslige legalitetsbegrensningen gjelder uavhengig av om EU-forpliktelsen er korrekt gjennomført i nasjonal rett, mangelfullt gjennomført eller ikke forsøkt gjennomført overhodet.

Det er legalitetsprinsippet i paktens art. 49 (1) som danner grunnlaget for innholdet i den EU-rettslige legalitetsbegrensningen. Innholdet i art. 49 er i stor grad sammenfallende med EMK art. 7. Dette innebærer at den overordnede vurderingen for om et resultat er i samsvar med hva legalitetsprinsippet krever, beror på om tolkningsresultatet er forutberegnelig for tiltalte eller ikke, jf. avhandlingens kapittel 2. En strengere norm må imidlertid legges til grunn der-

¹⁴⁵ Da lovkravet uansett dekker den generelle contra-legem begrensningen, ville ikke denne begrensningens innhold og rekkevidde bli drøftet nærmere i avhandlingen.

som EU-domstolen skulle tolke art. 49 mer vidtgående enn det EMD tolker art. 7. Så langt har ikke dette skjedd.

EU-domstolen tolker EU-retten uavhengig av om saken nasjonalt er av sivil- eller strafferettslig karakter. Det betyr at det er opp til nasjonale domstoler å vurdere om det EU-konforme tolkningsresultatet er forenlig med legalitetsprinsippet eller ikke. Dersom det ikke er det, er nasjonale domstoler pliktige til ikke å legge det EU-konforme resultatet til grunn.

3.4 Den EU-rettslige legalitetsbegrensningens betydning under EØS-avtalen

3.4.1 Legalitetsbegrensning gjennom «as far as possible»-henvisningen

Som allerede drøftet, foreligger det en plikt til EØS-konform tolkning av nasjonal rett. Spørsmålet er på hvilken måte denne plikten begrenses. Det beror på hva som ligger i uttrykket «as far as possible». EFTA-domstolens begrensning må på tilsvarende måte som EU-domstolens begrensning sees på som en henvisning til nasjonale metodeprinsipper.¹⁴⁶ Det er derfor nasjonale metodeprinsipper som bestemmer hvor langt den nasjonale retten kan tolkes EØS-konformt. Etter norsk rett må legalitetsprinsippet, på samme måte som presumsjonsprinsippet, anses for å være rettskildeprensipp som styrer lovtolkningsprosessen.¹⁴⁷ Dette innebærer igjen at plikten til EØS-konform tolkning begrenses av legalitetsprinsippet gjennom «as far as possible»-henvisningen. Legalitetsprinsippet i norsk rett uttrykkes i hovedsak gjennom Grl. § 96 og EMK art. 7. For norsk retts vedkommende vil «as far as possible»-begrensningen utgjøre en henvisning til legalitetsprinsippet slik det fremkommer av disse bestemmelsene. Det nærmere innholdet i den *internrettslige* legalitetsbegrensningen beror på hvordan legalitetsprinsippet blir tolket og anvendt av norske domstoler og EMD.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Se mer om dette i avsnitt 3.2.

¹⁴⁷ Eckhoff 2000 s. 313 flg.

¹⁴⁸ Se mer om dette i kapittel 2.

3.4.2 Legalitetsbegrensningen som en EØS-rettslig plikt

EFTA-domstolen har (ennå) ikke hatt anledning til å uttale seg om hvorvidt det gjelder en legalitetsbegrensning på den EØS-rettslige tolkningsplikten. I dette avsnittet skal jeg derfor drøfte om EU-domstolens legalitetsbegrensning også gjelder for EØS-forpliktelsene. Spørsmålet blir om det etter EØS-retten gjelder en egen EØS-rettslig legalitetsbegrensning, og hva som er det rettslige grunnlaget for denne begrensningen. Dersom legalitetsbegrensningen gjelder som en egen EØS-rettslig plikt, innebærer det at man også under EØS-avtalen får en legalitetsbegrensning på to nivåer. For det første som en EØS-rettslig begrensning og for det andre som en internrettslig begrensning gjennom «as far as possible»-henvisningen.

Utgangspunktet etter EFTA-domstolens praksis er at den EØS-konforme tolkningsplikten gjelder *all nasjonal rett, uavhengig av om den gjennomfører EØS-forpliktelser eller ikke*.¹⁴⁹ Det er derfor en eventuell begrensning i denne plikten som må begrunnes.

EU-domstolen har lagt til grunn at det er paktens art. 49 som utgjør legalitetsbegrensningens rettslige grunnlag, i hvert fall etter at pakten ble bindende primærrett gjennom Lisboa-traktaten. EUs pakt om grunnleggende rettigheter er ikke en del av EØS-avtalen, og det klare utgangspunktet er derfor at paktens art. 49 ikke får anvendelse på den EØS-konforme tolkningsplikten. Spørsmålet blir derfor hva som da er det rettslige grunnlaget for en eventuell EØS-rettslig legalitetsbegrensning.

Wien-konvensjonen art. 31 om tolkningen av traktater fastsetter i pkt. 3 c) at det skal tas hensyn til «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties».¹⁵⁰ Så godt som alle europeiske land er tilknyttet EMK, og ved tolkningen av EØS-avtalen vil derfor EMK utgjøre en relevant rettskilde. Dette taler for at EØS-forpliktelsene må tolkes i lys av EMK, og at EMK art. 7 derfor begrenser den EØS-konforme tolkningsplikten.

EFTA-domstolen har selv lagt til grunn at de kravene EMK oppstiller, må ivaretas ved tolkningen av EØS-avtalen. I sak E-2/03 avsnitt 23 uttaler EFTA-domstolen at «provisions of the

¹⁴⁹ Sak E-1/07 (Straffesak mot A).

¹⁵⁰ Wien-konvensjonen av 22. mai 1969 art. 31 (3) c. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men bestemmelsen regnes for å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett.

EEA Agreement (...) are to be interpreted in the light of fundamental rights». Og videre at «The provisions of the European Convention of Human Rights and the judgements of the European Court of Human Rights are important sources for determining the scope of these rights». ¹⁵¹ Når EFTA-domstolen hensyntar EMK ved tolkningen av EØS-retten, tilsier dette at nasjonale domstoler bør gjøre det samme når de tolker nasjonal rett i lys av EØS-retten. EFTA-statenes menneskerettighetsforpliktelser etter EMK tilsier at den EØS-konforme tolkningsplikten begrenses av EMK art. 7. Men dette kan ikke begrunne hvorfor den EØS-rettslige tolkningsplikten eventuelt skal begrenses på tilsvarende måte som EU-domstolen begrenser den EU-rettslige tolkningsplikten.

Det kan derimot hensynet til homogenitet. EØS-avtalens hovedmålsetting er hensynet til ensartede regler i hele EØS, jf. EØS-avtalens art. 1 og fortalens avsnitt. 16. Homogenitetsmålsettingen innebærer at EØS-avtalen skal gi grunnlag for de samme regler som de EU-rettslige innenfor det området EØS-avtalen dekker. ¹⁵² Homogenitetsmålsettingen er et tungtveiende argument for at den EØS-konforme tolkningsplikten skal begrenses på tilsvarende måte som i EU. Samtidig kan det hevdes at homogenitetshensynet ikke står like sterkt der spørsmålet gjelder de internrettslige virkningene av EØS-retten.

Plikten til EØS-konform tolkning gjelder EØS-avtalens virkningsside. Det gjør at bruken av homogenitetsargumentet blir mer problematisk. Homogenitetsmålsettingen skal først og fremst sikre en lik tolkning av de materielle EØS-bestemmelsene, som de tilsvarende bestemmelsene i EU. Hvorvidt homogenitetsmålsettingen ikke bare gjelder den felles tolkningen av det materielle regelverket, men også generelt for tolkningen og anvendelsen av all EØS-rett er mer omstridt. ¹⁵³ EØS-avtalen er en folkerettslig avtale og er ikke ment å overføre noen lovgivende myndighet. ¹⁵⁴ Jo større virkning EØS-retten gis i nasjonal rett, jo nærmere kommer man en overføring av lovgivningsmyndighet. Samtidig innebærer ikke en eventuell legalitetsbegrensning at man gir EØS-retten mer *omfattende* virkning i nasjonal rett. Plikten til EØS-konform tolkning er allerede etablert. Spørsmålet her er om tolkningsplikten skal gjøres *mindre inngripende* på strafferettens område enn det den ellers er.

¹⁵¹ Avsnitt 23 omhandler konkret bruken av EMK art. 6, men EFTA-domstolen uttaler seg om fundamentale rettigheter og tolkningen av disse i flertall, og må derfor gjelde bruken av EMK generelt.

¹⁵² Sejersted m.fl. 2011 s. 223.

¹⁵³ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 42.

¹⁵⁴ Sak E-4/01 (Karlsson) avsnitt 28.

EFTA-domstolen etablerte prinsippet om EØS-konform tolkning uten en eneste henvisning til prinsippet om EU-konform tolkning.¹⁵⁵ Ettersom EFTA-domstolen ser på prinsippet om EØS-konform tolkning som et selvstendig EØS-rettslig prinsipp, slår ikke homogenitetsargumentet til på samme måte. Men selv om prinsippet ble etablert som et (tilsynelatende) selvstendig prinsipp, betyr ikke det at prinsippet ikke kan være, eller bli påvirket av EU-retten. For eksempel ble prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-forpliktelsene også etablert av EFTA-domstolen som et genuint EØS-rettslig prinsipp.¹⁵⁶ I EFTA-domstolens avgjørelser vises det imidlertid til dommer fra EU-domstolen når prinsippets nærmere innhold skal fastlegges.¹⁵⁷ Selv om prinsippet om statlig erstatningsansvar tilsynelatende ble etablert som selvstendig prinsipp, viser utviklingen at prinsippet ikke er upåvirket av den EU-rettslige doktrinen. Utviklingen av innholdet i prinsippet om statlig erstatningsansvar er et argument for at også den EØS-konforme tolkningsplikten har en legalitetsbegrensning, og at innholdet i legalitetsbegrensningen er det samme som i EU. Haukeland Fredriksen har påpekt at EFTA-domstolen er «på trygg grunn» når den slår fast at EØS-avtalen må tolkes i lys av EMK. Han argumenterer for at dette «indirekte åpner for å trekke grunnrettighetspaktens EMK-baserte bestemmelser inn i tolkningen av EØS-avtalen».¹⁵⁸ Det vil da også omfatte pakten art. 49.

Hvorvidt den EU-rettslige legalitetsbegrensningen kan gis tilsvarende anvendelse i EØS, er usikkert. Uansett vil EMK art. 7 begrense den EØS-konforme tolkningsplikten. Spørsmålet vil derfor først komme på spissen dersom EU-domstolen gir den EU-rettslige legalitetsbegrensningen et mer vidtgående innhold enn det som følger av EMK art. 7. Så langt ser det ikke ut til at EU-domstolen har tolket paktens art. 49 mer vidtgående enn det EMD tolker art. 7. Videre ser det ikke ut til at EU-domstolen oppstiller noen tilleggsbegrensninger utover de begrensningene som følger av legalitetsprinsippet, eller gir legalitetsbegrensningen ulikt innhold avhengig av om EU-retten er forsøkt gjennomført eller ikke. Dette innebærer at innholdet i den EU-rettslige legalitetsbegrensningen vil være sammenfallende med en EØS-rettslig legalitetsbegrensning basert på EMK art. 7. I praksis vil det derfor være EMK art. 7 som angir legalitetsbegrensningens innhold, både i EU og EØS.

¹⁵⁵ Sejersted m. fl 2011 s. 208.

¹⁵⁶ Sak E-9/97 (Sveinbjörnsdóttir) og E-4/01(Karlsson).

¹⁵⁷ Haukeland Fredriksen viser til EFTA-domstolen allerede i Sveinbjörnsdóttir henviser til EU-domstolens avgjørelse i Francovich-saken, og at EFTA-domstolen i Karlsson-saken henviser til EU-domstolens avgjørelse i Haim II-saken, jf. Haukeland Fredriksen 2013 s. 94.

¹⁵⁸ Haukeland Fredriksen JV 2013 s. 382.

Som drøftet ovenfor i kapittel 2, er vurderingsnormen etter EMK art. 7 om situasjonen alt i alt var forutberegnelig for tiltalte. Videre følger det av EMDs praksis at lovkravet er oppfylt når borgeren, ut i fra ordlyden i den relevante bestemmelsen, og om nødvendig ved hjelp av domstolens tolkning av den, kan vite hvilke handlinger eller unnlatelser som vil gjøre ham straffereettslig ansvarlig.¹⁵⁹

3.4.3 Konklusjon

Konklusjonen må etter dette bli at det også etter EØS-retten gjelder en legalitetsbegrensning på to nivåer. For det første gjennom en henvisning til nasjonale metodeprinsipper, og hva de tillater. For norsk retts vedkommende innebærer dette at tolkningsplikten begrenses av Grl. § 96 og EMK. art. 7. For det andre gjelder det en legalitetsbegrensning som en direkte EØS-rettslig begrensning på tolkningsplikten. Det rettslige grunnlaget for denne begrensningen er EMK art. 7. For norsk retts vedkommende vil derfor den EØS-rettslige og den «internrettslige» legalitetsbegrensningen i stor grad ha samme innhold, bortsett fra at den internrettslige legalitetsbegrensningen også vil følge av Grl. § 96.

I det følgende flytter jeg fokuset fra hva EU/EØS-retten *krever*, til hva norsk rett *tillater*. Hva norsk rett tillater, beror på norske tolkningsprinsipper.

4 Tolkningspliktens betydning i norsk rett

4.1 Innledning

Plikten til EØS-konform tolkning gjelder bare så langt dette er mulig etter nasjonale tolkningsprinsipper. Det vil derfor være de norske rettskildeprinsippene som avgjør hvor langt og på hvilken måte norske adferdsnormer kan tolkes EØS-konformt. Samtidig setter den EØS-rettslige legalitetsbegrensningen en ytre ramme for tolkningen. To sentrale rettskildeprinsipper i den forbindelse er presumsjonsprinsippet og legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet og presumsjonsprinsippets betydning som nasjonale rettskildeprinsipper aktualiseres på to måter. For det første som en EØS-rettslig begrensning gjennom henvisningen til «as far as possible».

¹⁵⁹ Se blant annet EMD S.W. mot Storbritannia 1995 avsnitt 34-36.

For det andre som en rent nasjonalrettslig begrensning på hva som etter *norsk* rett er tillatt.¹⁶⁰ Legalitetsprinsippets innhold og rekkevidde på strafferettens område, er drøftet i kapittel 2. Det avgjørende kravet legalitetsprinsippet stiller til straffesanksjonerte adferdsnormer, er at disse skal være forutberegnelige for borgerne. Dette har som konsekvens at en presiserende tolkning av en bestemmelse som holder seg innenfor ordlydens grenser, som regel vil være forenlig med legalitetsprinsippet, mens en utvidende tolkning av ordlyden som regel ikke vil være det. Presumsjonsprinsippet nærmere innhold og rekkevidde vil bli drøftet nærmere i det følgende.

4.2 Nærmere om presumsjonsprinsippet innhold og rekkevidde

De klareste uttalelsene om presumsjonsprinsippet innhold på EØS-rettens område finner man i forarbeidene til ratifikasjonen av EØS-avtalen, i forarbeidene til EØS-loven og i Rt. 2000 s. 1811 (Plenumsavgjørelsen i Finanger-saken).¹⁶¹ I forarbeidene til ratifikasjon av EØS-avtalen legges det til grunn at norske domstoler «må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkningen og anvendelsen av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat».¹⁶² I forarbeidene til EØS-loven forutsettes det at «bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten».¹⁶³

Etter å ha sitert de nevnte forarbeidene uttaler førstvoterende i Finanger-saken at løsningen av motstridsspørsmål må bero på en anvendelse av kjente tolkningsprinsipper. I disse inngår også det presumsjonsprinsipp som «kan sies å følge av EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav, og som gjør seg gjeldende med særlig styrke når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten». Videre legger førstvoterende til grunn at det nasjonale *rettsområdet som berøres* også har betydning.¹⁶⁴ På side 1821 foretar førstvoterende

¹⁶⁰ Legalitetsprinsippet som en «internrettslig begrensning» har imidlertid også et folkerettselement i seg gjennom EMK art. 7, selv om EMK etter menneskerettighetsloven § 3 er gjort til en del av norsk rett.

¹⁶¹ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 290.

¹⁶² St.prp.nr.100 (1991-1992) side 319.

¹⁶³ Ot. prp. nr. 79 (1991-1992) s. 4.

¹⁶⁴ Rt. 2000 s. 1811 på side 1831.

en relativisering av presumsjonsprinsippet og legger en to-delning av prinsippet til grunn. Førstvoterende uttaler at den norske rettsregelen «vil yte liten motstand hvis det er tale om en konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det private». Derimot vil den norske rettsregelen yte større motstand «der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold». Overført på strafferettens område må det innebære at den norske rettsregelen vil yte stor motstand der en EØS-konform tolkning er til ugunst for borgeren, og at det dermed kun vil være snevre grenser for hvilken EØS-konform tolkning som kan foretas. Dette har sammenheng med at vi her befinner oss innenfor legalitetsprinsippetets kjerneområde og det medfører at presumsjonsprinsippet får liten rekkevidde der dette er til ugunst.

Slik jeg forstår dommen, er det særlig tre forhold som har betydning for den videre drøftelsen i avhandlingen. For det første at rettsområdet man befinner seg på, vil ha betydning. For det andre at presumsjonsprinsippet har en særlig stilling på EØS-rettens område, begrunnet i lojalitets- og konformitetshensyn. For det tredje at lovgivers intensjoner om å oppnå et EØS-konformt resultat som utgangspunkt vil ha stor innvirkning på presumsjonsprinsippetets rekkevidde.

I Eckhoffs Rettskildelære behandles spørsmålet om presumsjonsprinsippetets innhold og rekkevidde under kapitlet om folkerettens relevans og vekt der folkeretten *ikke* er gjennomført av lovgiver.¹⁶⁵ Jeg mener at presumsjonsprinsippet også kommer til anvendelse i de tilfeller hvor folkeretten *er* gjennomført. Den EØS-konforme tolkningsplikten gjelder uavhengig av om EØS-retten er forsøkt gjennomført eller ikke. Det vil si at den EØS-konforme tolkningsplikten også gjelder i de tilfellene hvor EØS-retten er korrekt gjennomført. I disse situasjonene krever derfor den EØS-konforme tolkningsplikten at presumsjonsprinsippet anvendes. Presumsjonsprinsippet er videre et uttrykk for et hensyn om å komme til et folkerettskonformt resultat. Dette hensynet gjør seg ikke noe mindre gjeldende når folkerettsforpliktelsen er forsøkt - eller faktisk er - gjennomført. I disse tilfeller har man en klar forutsetning om folkerettskonformitet fra lovgivers side.

¹⁶⁵ Eckhoff 2000 s. 313.

4.3 Presumsjonsprinsippet og legalitetsprinsippets betydning ved tolkningen av EØS-initierte gjerningsbeskrivelser

4.3.1 Illustrasjon av problemstillingene gjennom rettspraksis

Da Grøngaard og Bangsaken kom opp for dansk Højesteret, hadde spørsmålet om forståelsen av EU-retten allerede vært oppe til prejudisiell avgjørelse hos EU-domstolen, og Østre landsret hadde avsagt fellende dom.¹⁶⁶ I motsetning til landsretten, frifant Højesteret de to tiltalte. Begrunnelsen for frifinnelsen var at de tiltaltes videregivelse av opplysninger var et «normalt ledd» i utøvelsen av deres funksjoner. Højesteret legger dermed ikke EU-domstolens vurderingsnorm om at videregivelsen må være «strängt nødvendig» til grunn, men den vurderingsnormen som direkte følger av ordlyden i bestemmelsen. Etter å ha vist til hva som følger av ordlyden, uttaler domstolen at denne forståelsen av bestemmelsen ligger «inden for rammerne af EF-domstolens dom af. 22. november 2005, jf. herved bl.a. dommens præmisser 27-30 og 39-40». Avsnittene som Højesteret viser til, er avsnittene der EU-domstolen diskuterer betydningen av legalitetsprinsippet. Her uttaler EU-domstolen at det er opp til nasjonale domstoler å sørge for at den EU-konforme tolkningen av nasjonal rett er forenlig med legalitetsprinsippet. Højesteret tar EU-domstolen på ordet, og velger det tolkningsresultatet som klart er i samsvar med legalitetsprinsippet krav. Legalitetsprinsippet var derfor til hinder for en EU-konform tolkning i den konkrete saken.¹⁶⁷

I norsk rett var tilsvarende problemstilling oppe for Høyesterett i Rt. 2012 s. 761. Også her var spørsmålet om de tiltalte kunne dømmes for videregivelse av innsideinformasjon, eller om det straffefriende unntaket kom til anvendelse. Forskjellen mellom den norske og den danske saken er at der den danske unntaksbestemmelsen gjennomfører direktivets ordlyd direkte, fastsetter den norske bestemmelsen at innsideinformasjon ikke skal gis videre til «uvedkommende».¹⁶⁸ Førstvoterende, på vegne av flertallet, viser til at den norske bestemmelsen må tolkes på bakgrunn av direktivets bestemmelser. Deretter presiserer hun at direktivbestemmelsen gir en «noe mer konkret avgrensning enn den norske bestemmelsen», og at den norske

¹⁶⁶ Tfk 2008.274/2 (Midtsidebank-saken).

¹⁶⁷ Elholm påpeker at Højesteret i sin avgjørelse viser til de delene av EU-domstolens dom, hvor nasjonale domstolers plikt til å ivareta legalitetsprinsippets krav fremkommer. Han ser det derfor slik at dansk Højesteret har brukt «EU-domstolens krav til nasjonale domstole i forbindelse med avgjørelsen af Bang og Grøngaard sagen». Jf. Daniel mfl. 2011 s. 425.

¹⁶⁸ Verdipapirhandelovens § 3-4 første ledd.

bestemmelsen må tolkes i samsvar med EU-domstolens storkammerdom, Grøngaard- og Bangsaken.¹⁶⁹ Hun viser til EU-domstolens uttalelse om at det straffefriende unntaket skal tolkes strengt, at det må være en tett forbindelse mellom videregivelsen og vedkommendes arbeid eller funksjon, og at videregivelsen «må være strengt nødvendig for å oppnå dette». Der dansk Høyesteret viser til de avsnittene av EU-domstolens avgjørelse hvor legalitetsbegrensningen drøftes, viser Høyesterett til de delene av dommen hvor EU-domstolens tolker direktivet og legger til grunn at det straffefriende unntaket skal tolkes strengt. EU-domstolens legalitetsdrøftelse blir ikke nevnt.

Etter å ha vist til EU-domstolens dom, viser førstvoterende til at det i tråd med EU-domstolens generelle praksis skal legges stor vekt på formålsbetraktninger. Videre viser førstvoterende til artikkelen «Om forbudet mod videregivelse af intern viden», skrevet av den danske advokaten David Moalen. I artikkelen presiserer han at hvorvidt det foreligger brudd på taushetsplikten, beror på om videregivelsen vil være egnet til å skade verdipapirmarkedet og investortilliten.

Følgende EØS-konforme rettsregel blir deretter lagt til grunn: « Den klare hovedregel er altså at innsideinformasjonen bare kan gis videre til andre *i den mon dette er nødvendig for ivaretagelsen av den funksjon som innsideren har, og som har gjort at han har fått tilgang til informasjonen*». (Min kursivering). Videre uttaler førstvoterende at «Men ved fortolkningen må det ses hen til de formål taushetsplikten skal verne, og om de handlinger det gjelder er egnet til å svekke tilliten til at markedet fungerer rettferdig og effektivt». ¹⁷⁰ Den siste setningen begrenser omfanget av den første setningen.

Rettsregelen som Høyesterett legger til grunn i innsidehandel-dommen, er utformet på bakgrunn av tre rettskilder. I første setning gir førstvoterende en rettsregel som innebærer at det straffefriende unntaket tolkes innskrenkende. Denne regelen er basert på den prejudisielle avgjørelsen fra EU-domstolen. I rettsregelens andre setning begrenser førstvoterende omfanget av den strenge forståelsen av unntaket ved å uttale at man må se hen til de formål taushetsplikten skal verne, og om handlingene er egnet til å svekke tilliten. Denne delen av regelen baseres på generelle formålsbetraktninger og juridisk teori. Dermed unngår Høyesterett at

¹⁶⁹ Sak C-384/02 (Grøngaard og Bang).

¹⁷⁰ Rt.2012 s. 761 avsnitt 33.

unntaksbestemmelsen blir tolket innskrenkende, slik EU-domstolens avgjørelse gir anvisning på. Resultatet blir i stedet at førstvoterende foretar en presiserende tolkning av unntaket. En presiserende tolkning vil normalt ikke være i strid med legalitetsprinsippet, fordi man ikke utfordrer ordlydens grenser.

Det ser ut til at Høyesterett unngår at forholdet mellom en EØS-konform tolkning og legalitetsprinsippet kommer på spissen, ved å legge til grunn at tiltaltes handlinger falt inn under *direktivets* unntaksbestemmelse, slik Høyesterett tolket denne. Der dansk Høyesteret viser til EU-domstolens avgjørelse og indikerer at dommens tolkningsresultat ikke er forenlig med legalitetsprinsippet, bruker Høyesterett juridisk litteratur som grunnlag for å begrense EU-domstolens tolkning av direktivet, slik at legalitetsproblematikken ikke oppstår. En ser her hvordan dansk Høyesteret har en mer prinsipiell tilnærming til tolkningsspørsmålet enn det norsk Høyesterett har. Til tross for at det norske tolkningsresultatet nok var forenlig med legalitetsprinsippets lovkrav, mener jeg at førstvoterende burde ha trukket inn legalitetsprinsippet da rettsregelen i dommen ble etablert. Etter mitt syn gir dansk Høyesterets tilnærming et eksempel til etterfølgelse også for norske domstoler.

Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2011-102720 gir et eksempel på et tolkningsresultat som etter mitt syn *ikke* er forenlig med legalitetsprinsippets krav. Spørsmålet i saken var blant annet om en mann kunne straffes for overtredelse av personopplysningsloven. Mannen hadde blitt dømt for overtredelse av personopplysningsloven i tingretten. I anken til lagmannsretten gjorde mannen gjeldende at han ikke hadde overtrådt personopplysningsloven, fordi hans behandling av personopplysningene falt inn under personopplysningslovens straffefriende unntak i § 3 annet ledd. Unntaket bestemmer at:

«Loven gjelder ikke behandling av personopplysninger som den enkelte foretar for rent personlige eller andre private formål».

Det var på det rene at opplysningene mannen hadde fått, var personopplysninger i lovens forstand. Spørsmålet lagmannsretten måtte ta stilling til, var om innsamlingen av opplysningene falt inn under det straffefriende unntaket knyttet til behandling av opplysninger for «rent personlige eller andre private *formål*».

EU-domstolen hadde i sak C-101/01(Lindquist-saken) uttalt seg om hvordan unntaket var å forstå. Domstolen hadde lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig at *formålet* med aktiviteten er av rent privat karakter. *Aktiviteten som sådan* må utelukkende være av privat karakter. Ved tolkningen av den norske bestemmelsen viser lagmannsretten til EU-domstolens tolkningsresultat. Under henvisning til EU-domstolens avgjørelse legger lagmannsretten til grunn at det straffefriende unntaket må forstås slik at det ikke bare er vedkommendes motiv for behandlingen som er avgjørende, men «selve behandlingen må være ledd i en aktivitet som etter sin art er rent personlig eller privat». Lagmannsretten tolker dermed den norske bestemmelsen EØS-konformt, og stiller krav om at behandlingen må være ledd i en *aktivitet* som er rent personlig eller privat. Forholdet til legalitetsprinsippets krav til hjemmel i lov blir ikke vurdert.

Den EØS-konforme tolkningen førte til at det straffefriende unntaket ble tolket innskrenkende, slik at unntaksbestemmelsen ikke lenger kan tas på ordet. Lagmannsretten konkluderte dermed med at det straffefriende unntaket ikke kom til anvendelse. Anken over domfellelsen ble forkastet.¹⁷¹

I LB-2012-197664 var spørsmålet om fem personer kunne straffes for overtredelse av verdipapirhandelloven § 3-3. Lagmannsretten måtte ta stilling til om det forelå brudd på innsideinformasjonsbestemmelsen, herunder hva som var «presis informasjon», og på hvilket stadium opplysninger kan anses som «presis informasjon». Under vurderingen av hvilke opplysninger som utgjør «presis informasjon», viser lagmannsretten til en prejudisiell avgjørelse avsagt av EU-domstolen. Om betydningen av EU-domstolens praksis uttaler lagmannsretten:

«Lagmannsretten bemerker at praksis fra EU-domstolen etter 2. mai 1992 ikke er formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen, men slik senere praksis tillegges likevel meget stor vekt ved anvendelse av den norske lovbestemmelsen, jf. Rt-2005-1601 avsnitt 43. *Det skal mye til før en norsk domstol fraviker det EU-domstolen uttaler om en EØS-rettslig bestemmelsen*, jf. Rt-2004-904 avsnitt 67. Lagmannsretten legger etter dette til grunn EU-domstolens forståelse slik den fremkommer ovenfor». (Min kursivering).

¹⁷¹ Lagmannsrettens avgjørelse ble anket inn for Høyesterett. I Høyesterett ble mannen frifunnet for overtredelse av personopplysningsloven fordi mannen ikke kunne anses som «behandlingsansvarlig» etter lovens § 2 nr. 4, jf. Rt. 2012 s.1669.

Høyesterettsavgjørelsen som lagmannsretten viser til, gjaldt en sivil sak. Lagmannsretten problematiserer ikke betydningen av at saken den selv skal avgjøre, er en straffesak. I sivilrettslige saker er det fra et legalitetsperspektiv uproblematisk å legge Høyesteretts uttalelse til grunn. Spørsmålet er om uttalelsen bør modifiseres i straffesaker hvor et EØS-konformt resultat er til ugunst for tiltalte. EU-domstolen tolker som sagt EU-retten uavhengig av sakens nasjonale klassifisering, og overlater til nasjonale domstoler å sørge for at legalitetsprinsippets krav overholdes. Da bør ikke norske domstoler legge EU-domstolens avgjørelser til grunn på strafferettens område, uten å vurdere hvorvidt EU-domstolens tolkningsresultat er forenlig med legalitetsprinsippets krav. Det er videre verdt å merke seg at avgjørelsen fra EU-domstolen, som lagmannsretten viser til, gjaldt et annet faktum enn saken for lagmannsretten. I lagmannsrettens avgjørelse var det videre dissens med hensyn til når de aktuelle opplysningene i saken utgjorde tilstrekkelig presis informasjon.

Som gjennomgangen viser, kan det ofte være usikkert hvorvidt et tolkningsresultat er forenlig med legalitetsprinsippet eller ikke. Selv om de EØS-konforme tolkningsresultatene i seg selv er forenlige med legalitetsprinsippet, er det viktig at domstolene ikke kommer til forskjellige resultater avhengig av om adferdsnormen gjennomfører EØS-rett eller ikke. Dersom det kun er tale om tolkningen av en intern adferdsnorm, trenger ikke domstolen ta hensyn til hva som følger av EØS-retten. Der EØS-retten stiller krav til innholdet av den norske adferdsnormen, kan hensynet til å oppnå et EØS-konformt resultat utfordre en streng ordlydstolkning. Det kan derfor tenkes at det er lettere å holde seg strengt til ordlyden der EØS-retten ikke kommer inn som en tolkningsfaktor. Etter mitt syn må legalitetsprinsippets krav til hjemmel i lov likevel anvendes likt i alle tilfeller, uavhengig av om det er tale om EØS-initierte gjerningsbeskrivelser eller ikke. Dersom det var lettere å gå straffefri der hensynet til EØS-konform tolkning ikke gjør seg gjeldende, ville det lede til en forskjellsbehandling av de tiltalte som ikke er forenlig med legalitetsprinsippets krav til forutberegnelighet.

Avgjørelsene jeg har behandlet har alle omhandlet tolkning av EØS-initierte adferdsnormer der etterfølgende praksis fra EU-domstolen har medført at ordlyden i de norske bestemmelsene ikke lenger fullt ut er forenlig med den EU/EØS-rettslige regelen. Det er en glidende overgang fra de tilfeller hvor det er fullt ut samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder, til de tilfeller hvor det ikke er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av nasjonale rettskilder. Etter mitt syn må i hvert fall personopplysningsloven § 3 anses som et klart eksempel på en bestemmelse hvor det ikke er samsvar mel-

lom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder. Derfor må norske domstoler søke å tette gapet mellom EØS-regelen og øvrige norske rettskilder gjennom en tolkning, og denne tolkningen kan, som vi har sett, komme i strid med legalitetsprinsippet krav.

I det følgende vil jeg nærmere drøfte hvilken betydning legalitetsprinsippet og presumsjonsprinsippet har ved tolkningen av EØS-initierte adferdsnormer. Fremstillingen deles inn i to avsnitt: I det første avsnittet behandler jeg situasjonene der det er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder. I det andre avsnittet behandler jeg de situasjonene der det ikke er fullt ut samsvar mellom hva EØS-retten krever og hva som følger av norske rettskilder. Størst plass blir viet de sistnevnte situasjonene. Det er i disse tilfellene presumsjonsprinsippet får størst betydning. Her vil situasjonen ofte være at domstolene gjennom en tolkning må reparere eventuelle «feil eller mangler» ved lovgivers gjennomføring, forsøke å reparere manglende gjennomføring fra lovgivers side, eller forsøke å tolke den norske bestemmelsen i overensstemmelse med regelutviklingen i EU/EØS.

4.3.2 Situasjonene der det er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder

I de tilfellene hvor det er fullt ut samsvar mellom hva EØS-regelen krever, og hva som følger av norske rettskilder, vil man ikke få en tolkningskonflikt mellom kravet til et EØS-konformt resultat og legalitetsprinsippet krav til streng forankring i lovens ordlyd. Som vi har sett, oppstiller det materielle lovkravet et krav i tre relasjoner: Som et krav om at lovteksten må være klart utformet, som en avveiningsnorm ved tolkningen av lovens ordlyd og som et forbud mot utvidende og analogisk tolkning. I de situasjonene der det er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av øvrige norske rettskilder, aktualiseres ikke lovkravet som en avveiningsnorm ved tolkningen. Tilsvarende gjelder for forbudet mot utvidende og analogisk tolkning.¹⁷² Derimot vil kravet til klar og presis utforming av lovteksten ha betydning uavhengig av om det er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder. Som vi skal se i kapittel 5, vil kravet til presis utforming av lovteksten særlig gjøre seg gjeldende der det er tale om norske adferdsnormer som gjennomfører forordninger ved bruk av henvisningsmetoden.

¹⁷² Forutsetningen er imidlertid at det også er samsvar mellom de øvrige norske rettskildene. Dersom det ikke er det, vil lovkravet som en avveiningsnorm og forbudet mot utvidende og analogisk tolkning likevel spille en rolle.

4.3.3 Situasjonene der det ikke er samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder.

4.3.3.1 Innledning

Forholdet mellom presumsjonsprinsippet og lovkravet blir satt på spissen i de situasjoner hvor det ikke er fullt ut samsvar mellom hva EØS-regelen krever, og hva som følger av norske rettskilder. De ulike tolkningssituasjonene domstolen står overfor kan være svært forskjellige. Det ene ytterpunktet er de tilfeller der implementeringsfristen har løpt ut, men det ikke (ennå) er gitt en norsk gjennomføringsbestemmelse. Her vil det være tale om å tolke «annen nasjonal rett» EØS-konformt. Det andre ytterpunktet er der det er gitt en norsk lov som gjennomfører EØS-forpliktelsen, men hvor EØS-regelens innhold er endret som følge av EU-domstolens praksis.

Jeg mener at EØS-retten vil være en *relevant* rettskilde i alle disse situasjonene. Det som skiller situasjonene, er hvor stor *vekt* EØS-retten kan gis. Når jeg i det følgende vurderer hvilken vekt EØS-retten skal ha, vurderer jeg vekten av EØS-regelen ferdig tolket og utfylt. Jeg vurderer ikke vekten av de ulike EØS-rettskildene.¹⁷³

Det er nærliggende å anta at det er i de tilfellene hvor EØS-retten ikke er forsøkt gjennomført, at det også vil være minst samsvar mellom hva EØS-regelen krever og hva som følger av norske rettskilder.¹⁷⁴ Under spørsmålet om folkerettens relevans og vekt hvor denne ikke er gjennomført, betegner Helgesen legalitetsprinsippet som en *kvalifikasjonsnorm* og presumsjonsprinsippet som en *avveiningsnorm*. Som kvalifikasjonsnorm beskriver legalitetsprinsippet relevansen av en faktor, mens presumsjonsprinsippet som avveiningsnorm beskriver vekten av en faktor.¹⁷⁵ Slik jeg forstår Helgesen, må inndelingen han foretar, gjelde der det er tale om å bruke folkeretten som primær hjemmel. Da vil legalitetsprinsippet være til hinder for at EØS-retten brukes som primær hjemmel for å straffe. I de tilfellene jeg behandler her, er forutsetningen at den primære hjemmelen, gjerningsbeskrivelsen, er en norsk lovbestemmelse. Spørsmålet er hvor langt den norske hjemmelen kan tolkes i overensstemmelse med EØS-rettens krav før legalitetsprinsippet er overtrådt. Den EØS-rettslige regelen vil være en av

¹⁷³ Arnesen og Stenvik 2009 s. 62.

¹⁷⁴ Jeg ser her bort ifra de tilfellene hvor lovgiver har konstantert normharmoni.

¹⁷⁵ Eckhoff 2000 s. 313 og 316.

flere relevante rettskilder ved lovtolkningen. I de tilfellene hvor folkeretten kun brukes som et tolkningsredskap ved tolkningen av den primære rettskilden, må legalitetsprinsippet anses som en avveiningsnorm heller enn en kvalifikasjonsnorm etter Helgesens terminologi.

4.3.3.2 *Eksempler til illustrasjon*

Problemstillingene vi står overfor kan illustreres med følgende tenkte eksempler:

Et direktiv bestemmer at det skal være forbudt å kaste teknologisk avfall uten individuell tillatelse. Lovgiver gir en lov som er ment å gjennomføre bestemmelsen, men ordlyden i den norske gjennomføringsloven bestemmer at man må avlevere avfallet til godkjent mottaker. En person blir satt under tiltale for å ha kastet teknologisk avfall uten individuell tillatelse, men hun har avlevert avfallet til godkjent mottaker. Kan personen straffes?

Et direktiv har et forbud mot salg av ikke-pasteurisert fløte. En norsk lovbestemmelse forbyr salg av ikke-pasteuriserte melkeprodukter. En dagligvareforretning selger ikke-pasteurisert fløte. Kan innehaveren straffes for overtredelse av den norske bestemmelsen?

Et direktiv bestemmer at støynivået på et tettsted skal være under et visst minimumsnivå forutsatt at støyen rammer mer enn 50 personer. Implementeringsfristen er løpt ut, og lovgiver har ikke gjennomført direktivet. Det finnes imidlertid en norsk bestemmelse som fastsetter at støynivået generelt skal være under et visst minimumsnivå dersom støyen berører «en større gruppe av mennesker». I lovens forarbeider er det forutsatt at det med en «større gruppe mennesker» normalt må forstås som et antall på over 100. Denne forståelsen er lagt til grunn i rettspraksis. En mann blir tiltalt fordi han ikke har holdt støynivået på angitt minimumsnivå. Ca. 60 mennesker er berørt. Kan mannen straffes? Norske domstoler må da velge mellom å holde seg til den «norske forståelsen» av bestemmelsen, eller endre tolkningspraksis slik at bestemmelsen blir i overensstemmelse med direktivet. Uansett tolkningsresultat vil man være innenfor bestemmelsens ordlyd. Likevel endres rettstilstanden dersom EU-domstolens praksis legges til grunn.

I alle disse situasjonene må presumsjonsprinsippets krav om et EØS-konformt resultat veies mot legalitetsprinsippets krav til forutberegnelighet og innrettelse. Mindretallets løsning i Finanger-saken kan tjene som retningslinje for hvordan harmoniseringsprosessen bør foregå. På

dommens side 1839 uttaler annenvoterende på vegne av mindretallet: «Jeg mener etter dette at løsningen på konflikten mellom den norske lovregelen og EØS-direktivene må finnes ved en drøfting av følgende tre vurderingstemaer: respekten for lovgiver, ønske om å hindre folkerettsbrudd og reelle hensyn, særlig til forutberegnelighet og innrettelse». Når jeg i det videre skal drøfte hvilken vekt den EØS-rettslige regelen skal ha i møte med øvrige rettskilder tar jeg utgangspunkt i tre av disse: Ordlyd, forarbeider og rettspraksis.

4.3.3.3 *Ordlyd*

Fordi vi befinner oss på strafferettens område, vil lovkravet sette grenser for lovtolkningen. På bakgrunn av den innstrammingen som er gjort gjennom Høyesterettspraksis de siste årene, må lovkravets grense gå ved en forholdsvis streng tolkning av den aktuelle bestemmelsens ordlyd. Dette må gjelde uavhengig av hva som følger av forarbeider, reelle hensyn, EØS-retten og øvrige rettskilder.

I eksempel nummer en og to ovenfor, er spørsmålet om det EØS-konforme resultatet faller inn under den norske bestemmelsens ordlyd. I eksempelet om teknologisk avfall krever den norske bestemmelsen avlevering av avfallet til godkjent mottaker, mens det etter EØS-retten kreves en individuell tillatelse til å kaste søppel. Å innfortolke et krav om individuell tillatelse i en bestemmelse som krever avlevering av avfall til godkjent mottaker, vil etter mitt syn innebære å gi loven anvendelse på et forhold som ikke reguleres av en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd. Straff i dette tilfellet vil dermed være i strid med lovkravet. Det er ikke forutberegnelig for tiltalte at hun skal bli straffet for ikke å ha søkt om individuell tillatelse når loven krever avlevering til godkjent mottaker.

Det andre eksempelet gjelder forbud mot salg av pasteuriserte «melkeprodukter», mens det i den konkrete saken er tale om fløte. Hvorvidt tiltalte her kan straffes, beror på om fløte ligger innenfor «melkeprodukters» ordgrense. Etter den innstrammingen som har skjedd gjennom Høyesteretts praksis, og som er drøftet nærmere i avsnitt 2.5, kan det tenkes at Høyesterett i dette tilfellet ville ha frifunnet tiltalte. Likevel representerer eksempelet et tilfelle hvor man etter mitt syn må la hensynet til et EØS-konformt resultat veie tyngst. Fløte er et produkt av melk, og dermed også et «melkeprodukt». Begrepet «melkeprodukt» er et forholdsvis vidt begrep. Når man er såpass langt innenfor en naturlig språklig forståelse av ordlyden, bør man legge det EØS-konforme resultatet til grunn. Det neste spørsmålet er hvordan den EØS-

rettslige regelen skal vektes mot andre rettskilder som forarbeider og norsk rettspraksis. Jeg tar først for meg rettspraksis som rettskilde.

4.3.3.4 *Rettspraksis*

Utgangspunktet etter EMDs praksis er at endringer i tolkningen av gjerningsbeskrivelser gjennom rettspraksis ikke er i strid med lovkravet. Forutsatt at endringene med rimelighet kan forutsees og resultatet av den gradvise utviklingen er i overensstemmelse med kjernen i den aktuelle bestemmelsen.¹⁷⁶ Første gang domstolen tolker en regel, må de være påpasselig med at resultatet ligger innenfor bestemmelsens ordlyd. Når bestemmelsen først er tolket, vil den imidlertid ha fått den nødvendige avklaringen for fremtiden.¹⁷⁷ Praksis fra EU-domstolen kan føre til at innholdet i norske adferdsnormer endres. Utgangspunktet må være at det er forenlig med legalitetsprinsippets krav at norske domstoler følger opp endringer i EU-domstolens praksis, forutsatt at endringen ligger innenfor den norske bestemmelsens ordlyd. Prinsippet om EØS-konform tolkning medfører at norske domstoler også har en plikt til det.

4.3.3.5 *Forarbeider*

Utgangspunktet ved tolkningen av straffesanksjonerte adferdsnormer *generelt* er at lovgivers uttalelser har begrenset – eller ingen- vekt i møtet med ordlyden. I Rt. 2012 s. 313 uttaler førstvoterende følgende om betydningen av lovgivers uttalelser: «Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovkravet i Grunnloven § 96 og EMK art. 7». Samtidig følger det av blant annet Rt. 2000 s. 1811 at lovgivers forutsetninger normalt vil ha betydning ved tolkningen av norske bestemmelser som gjennomfører *EØS-rett*. Det tradisjonelle utgangspunktet har vært at domstolene må legge «vesentlig vekt» på norske myndigheters oppfatning av statens folkerettslige forpliktelser.¹⁷⁸ Spørsmålet er hvordan dette stiller seg når det er tale om overtredelse av EØS-initierte adferdsnormer. Utgangspunktet må være klart: Lovens ordlyd får større vekt på bekostning av forarbeidene. Dersom lovgiver har uttalt seg om hvordan

¹⁷⁶ Se blant annet EMD SW mot Storbritannia 1995.

¹⁷⁷ EMD S.W. mot Storbritannia 1995 avsnitt 35-36 og mindretallets votum i Rt. 2002 s. 1069.

¹⁷⁸ Rt. 1997 s. 580 s. 589-590.

loven er å forstå, uten at forståelsen er gitt forankring i lovens ordlyd, må hovedregelen også her være at lovgivers uttalelser ikke kan tillegges nevneverdig vekt.

Hensynet til lovgiverviljen taler for at den EØS-rettslige regelen har større vekt der den er forsøkt gjennomført, enn der den ikke er det. I de tilfeller hvor EØS-retten er forsøkt gjennomført, har lovgiver klart tilkjennegitt at et EØS-konformt resultat er ønskelig. Samtidig kan ikke hensynet til lovgiverviljen føre så langt at man tolker den norske gjerningsbeskrivelsen utvidende eller på tvers av ordlyden, der dette fører til et mindre gunstig resultat for tiltalte. På bakgrunn av EU-domstolens praksis gjennomgått ovenfor, vil et EØS-konformt resultat i strid med legalitetsprinsippet også være i strid med forpliktelsene etter EU/EØS-retten.

4.3.3.6 *Betydningen av at tolkningsresultatene ligger innenfor bestemmelsens ordlyd*

Det neste spørsmålet er hvilket tolkningsresultat man skal legge til grunn dersom resultatene som følger av forarbeidene, rettspraksis og den EØS-rettslige regelen ligger innenfor lovens ordlyd, men der resultatene er innbyrdes uforenelige. Også her kan hensynet til et EØS-konformt resultat stå mot hensynet til forutberegnelighet og innrettelse. Hvilke hensyn som får utslagsgivende vekt kommer an på den aktuelle rettskildesituasjonen. I det følgende tar jeg for meg tre ulike rettskildesituasjoner:

Den første situasjonen er der lovgiver har gitt uttrykk for at de ønsker en regel som *avviker* fra det EØS-konforme tolkningsresultatet. Da må man i tråd med den tradisjonelle læren legge lovgivers syn til grunn. Dette gjelder spesielt de tilfellene der hensynet til lovgiverviljen trekker i samme retning som innrettelse og forutberegnelighetshensyn. Den andre situasjonen er der lovgiver har *ønsket å gjennomføre* EØS-retten korrekt. I disse tilfellene trekker lovgiverhensynet og hensynet til et EØS-konformt resultat i samme retning. Her mener jeg at man som utgangspunkt bør velge det EØS-konforme resultatet, forutsatt at tolkningsresultatet kan hjemles i den norske bestemmelsens ordlyd.

Den tredje situasjonen er der man står overfor en *klar norsk rettstilstand*. En kan tenke seg at lovgiver har gitt uttrykk for hvordan en bestemmelse er å forstå, og at rettspraksis har bekreftet denne forståelsen. Dersom det skulle vise seg at den «norske» tolkningen av gjerningsbeskrivelsen er i strid med de krav EØS-retten stiller, er spørsmålet om det er i strid med legali-

tetsprinsippet å endre den norske rettsoppfatningen. Som vi har sett er endringer gjennom rettspraksis tillatt etter EMK art. 7 og Grl. § 96, så lenge endringene «med rimelighet kan forutsees».¹⁷⁹

Hvilke endringer som med rimelighet kan forutsees må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak, men jo klarere den norske rettstilstanden er, desto mer kan det tenkes at det skal til før endringen er forutberegnelig. I tråd med praksis fra EMD og Høyesterett, må man i vurderingen se hen til det samlede rettskildematerialet som foreligger, rettsområdet man befinner seg på, samt antallet og karakteristika ved adressatene.¹⁸⁰ Som vist til i kapittel 2, har EMD lagt til grunn at en bestemmelse fortsatt kan være forenelig med lovkravet, selv om individet må søke juridisk bistand for å få klarlagt rettstilstanden.¹⁸¹

Dersom hva som er forutberegnelig skal vurderes konkret fra sak til sak, vil hva tiltalte har gjort for å klarlegge gjeldende rettstilstand, rent faktisk ha betydning for hva som er forutberegnelig for ham eller henne. Samtidig er mitt syn at forhold på tiltaltes side ikke bør tillegges stor betydning. Jo lenger man beveger seg bort fra det som følger av ordlyden og over på forhold på tiltaltes side, desto mer subjekt-orientert blir legalitetsvurderingen. En subjekt-orientert vurdering kan etter omstendighetene være i strid med grunnleggende krav til likhet for loven. Derfor mener jeg at legalitetsvurderingen først og fremst bør være en objektiv vurdering av om gjerningsbeskrivelsen gir en tilstrekkelig presis hjemmel for straff.

4.3.4 Konklusjon

Fremstillingen knyttet til harmoniseringen av kravet til EØS-konform tolkning gjennom premissjonsprinsippet og legalitetsprinsippets krav til forankring i ordlyd gir grunnlag for fire observasjoner:

For det første vil legalitetsprinsippet ikke utgjøre noen skranke for innskrenkende tolkning av adferdsnormer til gunst for individet. Legalitetsprinsippet kan derimot være til hinder for en innskrenkende tolkning av straffefriende unntak. For det andre vil presiserende tolkninger av

¹⁷⁹ EMD Eurofinacom mot Frankrike 2004.

¹⁸⁰ EMD Kokkinakis mot Hellas 1993, jf. HR-2014-00497 A.

¹⁸¹ EMD Cantoni mot Frankrike 1996.

den norske bestemmelsen normalt ligge innenfor hva legalitetsprinsippets tillater. Dersom uttalelser i forarbeidene og/ eller rettspraksis trekker i retning av en annen løsning enn det som følger av EØS-retten, må man vurdere om et EØS-konformt resultat er forutberegnelig. Der lovgiver har ønsket å gjennomføre EØS-retten korrekt, må utgangspunktet være at det EØS-konforme resultatet gis utslagsgivende vekt, forutsatt at tolkningsresultatet ligger innenfor den norske ordlyden. For det tredje kan det tenkes at et tolkningsresultat som er EØS-konformt, vil være i strid med legalitetsprinsippets forutberegnelighetskrav, dersom det er klart i strid med uttalelser i forarbeider og praksis. For det fjerde har vi sett at utvidende tolkninger av en bestemmelses ordlyd normalt ikke vil være forenlig med legalitetsprinsippets krav, og at analogiske tolkninger til ugunst aldri vil være det.

5 Blankettstraffebed og EØS-rett

5.1 Generelt om kravet til tilstrekkelig presis hjemmel og blankettstraffebed

Når blankettstraffebed henviser til EUs forordninger, begrenser legalitetsprinsippet tolkningen og anvendelsen av dem på to nivåer. For det første begrenses tolkningen av det «internrettslige» legalitetsprinsippet gjennom EMK art. 7 og GrL. § 96. For det andre gjelder legalitetsprinsippet som en egen EØS-rettslig begrensning.¹⁸² I sak C-405/10 uttaler EU-domstolen at nasjonale myndigheter er bundet av legalitetsprinsippet når de «foreskriver en straff for tilside-sættelse af EU-rettens bestemmelser». Videre uttaler Domstolen at den nasjonale domstolen må vurdere om EU-rettslige adferdsnormer er tilstrekkelig presise til å medføre straffeansvar.¹⁸³

Kravet til tilstrekkelig presis hjemmel innebærer at det stilles krav både til utformingen og tolkningen av ord og uttrykk i selve loven, og krav til den lovtekniske utformingen av straffebestemmelser. En rekke lover innenfor spesiallovgivningen gir forvaltningen kompetanse til å utferdige nærmere regler innenfor lovens rammer. Overtredelse av forskriftene som forvaltningen utferdiger, er ofte belagt med straff. Straffetrusselen finnes i fullmaktsloven, mens den straffbare handlingen er beskrevet i forskriftene. Fullmaktslovens straffetrusler kalles «blan-

¹⁸² Se mer om dette i avsnitt 3.4.

¹⁸³ Sak C-405/10 (Straffesak mot Özlem Garenfeld) avsnitt 48.

kettstraffebed» fordi det straffbare står «in blanco», det vil si at den straffbare handlingen ikke er utfylt. Blankettstraffebedene skiller seg fra de alminnelige straffebedene ved at de hverken er utformet i samme rettskilde eller gitt av samme lovgiver. Stortinget som den ordinære lovgiver har bare gitt straffetrusselen, «så-siden», men har delegert til forvaltningen å utforme «hvis-siden». Lovsiden av straffebedet omfatter derfor bare en straffetrussel og en fullmakt til nærmere regulering. Deretter blir fullmakten utfylt av forvaltningen, hvor det gis en nærmere beskrivelse av selve den straffbare adferdsnormen.¹⁸⁴ I en EØS-rettslig sammenheng kan man si at det vil være forvaltningens jobb å sørge for at EØS-regelverket blir korrekt gjennomført på forskriftsnivå. Når forvaltningen gir forskrifter som gjennomfører forordninger, får man som regel et ekstra ledd i henvisningskjeden. Utfyllingsnormen som forvaltningen gir, er vanligvis den norm som gjennomfører forordningene. Det innebærer at utfyllingsnormen i seg selv blir en henvisningsnorm. I det videre brukes betegnelsen utfyllingsnorm om de EU/EØS-rettslige forordningene, mens begrepet henvisningsnorm brukes både om loven som inneholder straffetrusselen, og bestemmelsen i den aktuelle forskriften som gjennomfører forordningene.

Også vanlige straffebed kan vise til normer som ligger utenfor straffebedet selv. Et eksempel er straffeloven § 276a som viser til «utilbørlige fordeler». Hva som er utilbørlige fordeler, beror på gjeldende moraloppfatning i samfunnet og referer dermed til forhold utenfor straffebedet.¹⁸⁵ Forskjellen mellom disse bestemmelsene og blankettstraffebedene er at blankettstraffebedene eksplisitt viser til utenforstående normer.

Bruken av blankettstraffebed i norsk rett har vært sterkt kritisert.¹⁸⁶ Særlig har straffeloven § 339 nr. 2 som bestemmer at man kan straffes med bøter dersom man overtrer «nogen af offentlig Myndighed i Henhold til Lov og under Trusel om Straf given Forskrift», møtt mye motbør. Selv om bestemmelsen er svært generell i sin utforming, har Høyesterett i hvert fall i tidligere tider lagt til grunn at bestemmelsen er forenlig med Grl. § 96.¹⁸⁷ Bruken av delegert

¹⁸⁴ Røstad i Lov og Rett 1995 s. 568

¹⁸⁵ Disse normene gir en anvisning på en rettslig standard. Rettslige standarder kan i seg selv stå i et problematisk forhold til lovkravet. I Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 16 uttaler førstvoterende: «Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblematisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet». Uttalelsen er senere fulgt opp i Rt. 2014 s. 786.

¹⁸⁶ Røstad i Lov og Rett 1995 s. 578.

¹⁸⁷ Rt. 1962 s. 1081.

lovgivning innenfor straffelovgivningen er derfor ingen ny debatt. I norsk rett har man straffe-trusler som går langt i å delegere myndighet til forvaltningen, og som derfor kan skape en uoversiktlig rettstilstand.¹⁸⁸ At fenomenet er kjent, er imidlertid ikke noe tungtveiende argument for at bruken av blankettstraffebud i EU/EØS-rettslig sammenheng ikke kan være problematisk.

Når jeg i det videre skal gjennomgå på hvilken måte bruken av blankettstraffebud som henviser til EU/EØS-normer, kan være problematisk, er det nødvendig først å si noe om begrunnelsen for bruken av blankettstraffebud. Som Røstad påpeker, har det vært anført mange og vektige argumenter for bruken av disse. Et sentralt argument er at delegasjonsadgangen gjør regelverket fleksibelt, og gjør det mulig å ta hensyn til ulike endringer. Ofte må man foreta vurderinger av utpreget faglig eller teknisk art, som de enkelte forvaltningsorganer kan være bedre egnet til å foreta enn den ordinære lovgiver. Gjennom delegert lovgivning kan man gi mer detaljerte regler enn hva tilfellet er med ordinære lover.¹⁸⁹ I et EØS-rettslig perspektiv innebærer bruken av blankettstraffebud at man enkelt og effektivt får gjennomført forordninger i norsk rett. Forordningene blir ikke sjelden endret, og henvisningsteknikken innebærer at man raskt kan innta endringene. Videre sørger henvisningsteknikken for at forordningene blir gjennomført «som sådan», slik EØS-retten selv krever, jf. EØS-avtalen art. 7.

5.2 Særlige spørsmål som reises når straffebudet henviser til EØS-regler

Asp har en lengre drøftelse av hvilke legalitetsproblemer bruken av blankettstraffebud reiser når straffebudene viser til EU-rett. Han påpeker at dersom en slik drøftelse skal ha noe for seg, må det kunne påvises forskjeller mellom blankettstraffebud som viser til interne normer, og blankettstraffebud som viser til EU-normer. Han angir fire sentrale forskjeller, som også vil ha betydning for den drøftelsen som skal foretas her.¹⁹⁰

Den mest innlysende forskjellen er at ved henvisning til interne regler holder både henvisningsnormen og utfyllingsnormen seg innenfor samme rettssystem. Der henvisningsnormen

¹⁸⁸ Røstad i Lov og Rett 1995 s. 578-579.

¹⁸⁹ Røstad i Lov og Rett 1995 s. 577.

¹⁹⁰ Asp 2002 s. 285-286.

viser til EU- rett, kobles man automatisk til et annet rettssystem. Den lovgiveren som har gitt henvisningsnormen, er her en annen enn den som har gitt utfyllingsnormen.¹⁹¹ Dette, fremhever Asp, kan ha betydning for forutberegneligheten på flere måter. I forlengelsen av dette må de som ønsker å få vite hva som er straffbart etter norsk rett, ha tilgang til både de norske normene og til EØS-normene. Det er nok grunn til å anta at forordninger og direktiver, omfattet av EØS-avtalen, er vanskeligere tilgjengelig for «mannen i gata» enn det norske lover og forskrifter er, både fysisk og mentalt. Dersom legalitetsprinsippet ikke bare skal være en ren formell garanti, men også et praktisk redskap, må EU-rettens «fysiske tilgjengelighet» inngå som en del av legalitetsvurderingen. Det vil si at det ikke bør by på store vanskeligheter for den enkelte å orientere seg om hvilke handlinger som er straffbare, og hvilke som ikke er det. En bør derfor enkelt kunne finne frem til både henvisningsnormen og utfyllingsnormen. Asp viser til at adferdsnormenes fysiske tilgjengelighet ikke er et argument mot å bruke henvisningsteknikken på strafferettens område overhodet, men et argument for at man må stille krav til blankettstraffebudenes presisjon.¹⁹²

Når man først har funnet frem til de aktuelle forordningene, må man foreta en vurdering av om de gir uttrykk for unnlates- eller handlingsnormer. Dette poenget illustreres av en avgjørelse fra Høyesterett som gjaldt overtredelse av aksjelovens regler. Aksjeloven av 1976 § 17-1 tredje ledd inneholdt en generell straffetrussel for overtredelse av aksjelovens bestemmelser. Spørsmålet i saken var om en revisor kunne straffes for overtredelse av aksjeloven § 2-9 tredje ledd annet punktum. For at overtredelse av § 2-9 skal være straffbart, må bestemmelsen inneholde et påbud eller forbud. Førstvoterende uttaler i den forbindelse at innen spesiallovgivningen, når straffebestemmelsen generelt rammer overtredelse av påbud i eller i medhold av loven, «kreves det at det fremgår klart nok av den materielle bestemmelse at den stiller opp en handlingsnorm og hvem den gjelder for». I den konkrete saken fant en enstemmig Høyesterett at aksjeloven § 2-9 ikke inneholdt et påbud, eller var å anse som en handlingsnorm. Revisoren kunne derfor ikke straffes. Når det er uklart hvorvidt man kan overtre

¹⁹¹ Noe annerledes blir dette for norsk retts vedkommende, fordi alle forordningene må gjennomføres særskilt for å være en del av den norske lovgivningen. På den måten kan man se det som at både henvisningsnormen og utfyllingsnormen er gitt av norsk lovgiver. Samtidig vil utfyllingsnormen være en ren EU-rettslig regel, da forordninger skal gjennomføres «som sådan», slik at realiteten blir at man må forholde seg til to ulike lovgivere og rettssystemer.

¹⁹² Asp 2002 s. 285-286.

norske bestemmelser gitt i lovs form, er det nærliggende å anta at dette i hvert fall ikke blir klarere når normen er en EU-bestemmelse.¹⁹³

Etter mitt syn er den sentrale forskjellen mellom blankettstraffebud som viser til intern rett, og de som viser til EU-retten, at den EU-rettslige normen i utgangspunktet er en norm som ligger utenfor det nasjonale rettssystemet. Utfyllingsnormen er gitt av en annen lovgiver, på et annet språk, der den autoritative tolker er en annen domstol enn den nasjonale. Dette kan utfordre legalitetsprinsippets krav til forutberegnelighet og innrettelse. Det er først og fremst disse momentene som vil bli drøftet i det følgende.

Det er ikke bare gjennom bruken av blankettstraffebud at EØS-rettslige normer utfyller norske straffebestemmelser. Som Asp påpeker, kan det også skje på en mer indirekte måte. Her er det tale om nasjonale normer som formelt sett er fullstendige, men som forutsetter at man ser hen til EØS-retten når det nærmere innholdet skal fastlegges. Asp gir følgende eksempel hva gjelder svensk rett: Tolkningen av hva som er en tollovertredelse etter den svenske tolloven § 8, forutsetter at man vet hva som er tollpliktig. Hva som er tollpliktig, beror på EU-rettslige bestemmelser.¹⁹⁴ Forskjellen mellom blankettstraffebud og fullstendige straffebud er nettopp at blankettstraffebudene er ufullstendige. Dette gir tolkningsproblematikken en ekstra dimensjon. Ikke bare må man tolke det norske straffebudet og eventuelt se hen til normer utenfor straffebudet selv, man må også gå direkte til andre normer for å fastlegge innholdet av hovednormen.

Også når innholdet i gjerningsbeskrivelser som gjennomfører direktiver, skal tolkes, må man se hen til de underliggende EU/EØS-rettslige direktivene. Dette vil også være normer utenfor selve adferdsnormen som har betydning for adferdsnormens innhold. Det er likevel en forskjell på gjennomføring av EU-forordninger gjennom henvisning og gjennomføring av direktiver. Når det er tale om henvisninger til forordninger, innebærer dette at selve adferdsnormen er en EU/EØS-rettslig norm. Når det er tale om adferdsnormer som gjennomfører direktiver, er betydningen av EU/EØS-retten mer indirekte. Direktivene er pålegg til lovgivende myndigheter om hva innholdet i den nasjonale bestemmelsen skal være. Når direktivene er gjennomført i norsk rett, vil det være den norske lov- eller forskriftsbestemmelsen som er det pri-

¹⁹³ Rt. 2001 s. 1303.

¹⁹⁴ Asp 2011 s. 146.

mære tolkningsobjektet. Fokuset i det følgende vil derfor være på bruken av blankettstraffebud som henviser til EU/EØS-forordninger. Drøftelsen vil imidlertid også ha relevans for tolkningen av adferdsnormer som på annen måte gjennomfører EU/EØS-rett. For eksempel vil betydningen av at EUs rettsakter foreligger på en rekke forskjellige språk, ha betydning for fastleggelsen av den EØS-rettslige regelen, som utgjør en rettskilde ved tolkningen av den norske adferdsnormen.

5.3 Tilgjengelighet

Tilgjengeligheten av de EU/EØS-rettslige normene gjør at henvisningen til disse reiser særskilte utfordringer. Problematikken kan illustreres med følgende eksempel:

Matloven § 28 bestemmer at forsettlig eller uaktsom overtredelse av «bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven, straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år eller begge deler». Matloven § 12 c) gir Kongen kompetanse til å vedta forskrift om krav til eller forbud mot eksport og import mv. Forskrift om tilsyn og kontroll ved import og transitt mv av animalske næringsmidler og produkter av animalsk opprinnelse mv. fra tredjeland bestemmer i § 2 at «kjøtt, kjøttprodukter, melk og melkeprodukter(...)skal underkastes veterinær grensekontroll i samsvar med bestemmelsene i forskrift 31. januar 2006 nr. 103 om gjennomføring av forordning (EF) nr. 745/2004 om fastsettelse av tiltak med hensyn til import av produkter av animalsk opprinnelse beregnet på eget forbruk».

Deretter må man videre til forordning 745/2004 for å vurdere hvilke krav som stilles til kontrollen. Forordningen henviser videre til en rekke andre forordninger, som da vil ha betydning for fastleggelsen av straffeansvaret. En slik henvisningskjede er ikke uvanlig, og det finnes henvisningskjeder som er langt mer kompliserte enn denne. Et eksempel på en mer kompleks henvisningskjede finner vi i kontrollforskriftens § 3.

Overtredelse av § 3 i forskrift om offentlig kontroll med etterlevelse av regelverk om fôrvarer, næringsmidler og helse og velferd hos dyr (kontrollforskriften) er straffbart i medhold av matloven § 28, jf. forskriftens § 9. § 3 lyder som følger: «Gjennomføring av forordning (EF) nr. 669/2009. EØS-avtalen vedlegg I kapittel II nr. 47 og vedlegg II kapittel XII nr. 54zzzzo (forordning (EF) nr. 669/2009 som endret ved forordning (EU) nr. 212/2010, forordning (EU) nr. 878/2010, forordning (EU) nr. 1099/2010, forordning (EU) nr. 187/2011, forordning (EU) nr.

433/2011, forordning (EU) nr. 799/2011, forordning (EU) nr. 1277/2011 og forordning (EU) nr. 294/2012), vedlegg I kapittel I del 7.1 nr. 13, kap. II nr. 41 og vedlegg II kap. XII nr. 54zzzc (forordning (EU) nr. 514/2012, forordning (EU) nr. 889/2012, forordning (EU) nr. 1235/2012, forordning (EU) nr. 91/2013, forordning (EU) nr. 270/2013, forordning (EU) nr. 618/2013, forordning (EU) nr. 925/2013, forordning (EU) nr. 1355/2013, forordning (EU) nr. 323/2014 og forordning (EU) nr. 718/2014) om gjennomføring av europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 882/2004 med hensyn til strengere offentlig kontroll ved import av visse fôrvarer og næringsmidler av ikke-animalsk opprinnelse, og om endring av vedtak 2006/504/EF gjelder som forskrift med de tilpasninger som følger av vedlegg I og II, protokoll 1 til avtalen og avtalen for øvrig».

Overtredelse av denne bestemmelsen er altså straffbart. Men hvilke handlinger er det egentlig som rammes? Hva er innholdet i gjerningsbeskrivelsen? Man skal navigere gjennom en betydelig mengde utfyllingsnormer før man klarer å fastlegge hvilke handlinger eller unnlater som er straffbare. Her må det være på sin plass å stille spørsmål ved tilgjengeligheten av adferdsnormen, og om slike bestemmelser oppfyller lovkravets forutberegnelighetskrav. I tråd med EMDs praksis må man foreta en konkret vurdering av det samlede rettskildegrunnlaget for å vurdere om rettstilstanden var forutberegnelig for tiltalte. Ofte vil det nok være næringsdrivende som eventuelt står i fare for å overtre § 3 i forskriften. Det skal nok mer til for at rettstilstanden ikke er forutberegnelig for dem, enn hva som er tilfelle dersom en privatperson overtrer bestemmelsen. Likevel er jeg enig med Strandbakken når han påpeker at det går en klar grense for «hvor langt man kan drive denne lovgivningsteknikken på strafferettens område, når den nasjonale lovgivningen kobler seg på internasjonale normer.»¹⁹⁵ Det er vanskelig å oppstille en generell regel for hvilke henvisningskjeder som er i strid med det materielle lovkravet, og hvilke som ikke er det. Som i eksempelet ovenfor vil det kunne bero på omstendighetene, og særlig om tiltalte er profesjonell eller ikke. Likevel går det en grense, og Asp gir et eksempel på et svensk blankettstraffebed som etter mitt syn må være i strid med legalitetsprinsippets klarhetskrav.

¹⁹⁵ Strandbakken JV 2004 s. 201.

Lov 1994: 1710 om EUs forordninger om jordbruksprodukter bestemmer i § 12 at «Till böter eller fängelse i högst sex månader döms den som uppsåtligen eller av grov oaktsomhet bryter mot... (2) EG:s förordningar om jordbruksprodukter».¹⁹⁶

Henvisningen til EUs forordninger om «jordbruksprodukter» innebærer at tiltalte først må finne ut av hva som etter EU-retten regnes som «jordbruksprodukter». Deretter må han finne frem til alle forordninger som har med jordbruksprodukter å gjøre. Til slutt må han vurdere hvilke av disse som inneholder påbud eller forbud, slik at straffbar overtredelse er mulig. Først når dette er gjort, vil tiltalte ha oversikt over hvilke handlinger eller unnlatelser som er straffbare, om han noen gang klarer å få en slik oversikt. Eksemplene viser at tilgjengeligheten av EØS-rettslige forordninger i seg selv etter omstendighetene kan stå i et tvilsomt forhold til kravet til presis hjemmel i lov. Selv om tiltalte finner frem til de aktuelle utfyllingsnormene, betyr ikke det at prosessen er over. Utfyllingsnormene må tolkes for å finne frem til den aktuelle rettsregelen. Når utfyllingsnormen er EU/EØS-bestemmelser, reiser tolkningsprosessen særskilte legalitetsutfordringer. Dette er temaet for avsnitt 5.4.

5.4 Tolkning av forordninger

Et sentralt spørsmål ved bruken av henvisninger til EU/EØS-rettslige forordninger er hvordan disse skal tolkes. I EU gjelder forordningene som nasjonal rett umiddelbart - uten at nasjonale myndigheter trenger eller kan gjøre noe. For at forordningene skal få tilsvarende virkning i norsk rett, må de gjennomføres. Ved gjennomføringen gis forordningene lov eller forskriftskraft. Det følger av EØS-avtalens art. 7 at forordningene skal gjennomføres i nasjonal rett «som sådan». Det er derfor ikke rom for nasjonale tilpasninger. Gjennomføringsteknikken som brukes, innebærer at forordningene normalt gjelder som norsk lov eller forskrift i alle språkversjoner. Når forordningene er gjennomført, danner disse direkte grunnlag for rettigheter og plikter. Det er forordningen selv som gir den primære hjemmelen, og som er selve tolkningsgjenstanden. Det betyr at norske domstoler og andre regelanvendere må tolke og anvende EU-juss.¹⁹⁷ Riktignok vil EØS-regler måtte tolkes på to nivåer. Først må innholdet i EU-regelen fastsettes. Deretter må man plassere regelen i en EØS-kontekst, og vurdere om det er forhold som tilsier en annen tolkning i EØS. Utgangspunktet etter homogenitetsmålsettingen

¹⁹⁶ Asp 2002 s. 288.

¹⁹⁷ Arnesen, artikkel under publisering, avsnitt 3.2.4.

er en lik forståelse av reglene i både EU og EØS.¹⁹⁸ Regelens innhold må fastlegges med bakgrunn i EU-rettslig metode. De norske kildene som eventuelt er gitt i tilknytning til forordningen, som for eksempel forarbeider til gjennomføringslovgivningen, kan ikke tillegges videre vekt. Det vil derfor ikke være rom for en særegen norsk forståelse av regelen som stammer fra EU/EØS.

Den EU-rettslige metoden er utviklet av EU-domstolen. Det sentrale her er at EU-bestemmelser tolkes selvstendig og ensartet, uavhengig av nasjonale begreper, metode og rettskultur.¹⁹⁹ Videre er EU-forordningene autentiske på alle EU-medlemslandenes språk, og EU-domstolens prinsipper for tolkningen kommer til anvendelse. Dette innebærer blant annet at prinsippet om “effet utile” kommer til anvendelse. Prinsippet innebærer at man skal velge det tolkningsresultatet som er best egnet til å sikre ivaretagelsen av forordningens formål.²⁰⁰ Det er også verdt å merke seg at hvilke rettskilder som etter EU-retten tillegges vekt, ofte er forskjellig fra hva man er vant til i norsk rett. For eksempel tillegges forarbeider til bestemmelsene mindre vekt. Samtidig tillegges formål og konsekvensbetraktninger større vekt, fordi flerspråkligheten i EU medfører at ordlyden ikke står like sterkt. I og med at EU-domstolen ikke anvender forarbeider i særlig stor grad ved lovtolkningen, forankres formålsbetraktninger gjerne heller i forordningen selv, særlig i fortalen. Ofte knyttes formålsbetraktninger til forordningens betydning for realiseringen av en av EU-rettens grunnleggende målsettinger. Videre er forordningene ofte et resultat av forhandlinger og kompromisser, og dette kan prege utformingen av bestemmelsene. Som forhandlingsresultater vil bestemmelsene som regel være mer vage enn det de ellers ville vært.²⁰¹

EU-domstolens avgjørelser spiller en stor rolle når innholdet i forordninger skal fastlegges, og det vil ofte være knyttet betydelig praksis til de ulike bestemmelsene. EU-domstolens tolkninger kan avvike fra ordlyden i bestemmelsene, og som rettsanvender må man gjerne gjennomgå en betydelig mengde avgjørelser før man kan etablere innholdet i den aktuelle bestemmelsen.²⁰² Samtidig vil man kunne komme over en rekke forordninger som ikke (ennå) har blitt tolket av EU-domstolen. Da må man som rettsanvender selv tolke forordningene i

¹⁹⁸ Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 217.

¹⁹⁹ Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 218.

²⁰⁰ Satzger s. 87.

²⁰¹ Arnesen, artikkel under publisering, avsnitt 3.2.4.

²⁰² Arnesen, artikkel under publisering avsnitt 3.2.

tråd med EU-domstolens metode, og gjøre en vurdering av hvilket resultat man antar at EU-domstolen selv vil komme til.

Alle disse punktene vil på ulike måter reise utfordringer i et legalitetsperspektiv. Jeg vil ikke gå noe nærmere inn på innholdet i den EU-rettslige metoden generelt. Her er det tilstrekkelig å vise til standardlitteraturen på området.²⁰³ Fokuset i det følgende vil være den delen av den EU-rettslige metoden som har størst betydning i et legalitetsperspektiv: Flerspråkligheten.

5.5 Særlig om betydningen av språk

EU har 24 offisielle språk: bulgarsk, dansk, engelsk, estisk, finsk, fransk, gresk, irsk, italiensk, kroatisk, latvisk, litauisk, maltesisk, nederlandsk, polsk, portugisisk, rumensk, slovakisk, slovensk, spansk, svensk, tsjekkisk, tysk og ungarsk. Det følger av traktaten om Den europeiske union (TEU) art. 55 nr. 1 og traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV) art. 58 at traktatene er autentiske på alle disse språkene, og med noen unntak for irsk og maltesisk gjelder dette tilsvarende for forordninger og direktiver.²⁰⁴ Som drøftet ovenfor i avsnitt 2.3 kan ord i seg selv være vage og ubestemte. En nærmere fastleggelse av innholdet i en bestemmelse kan derfor by på utfordringer. Bestemmelsene som danner grunnlaget for EØS-rettslige regler, finnes i 24 ulike språkversjoner, og tilsvarende gjelder langt på vei eventuelle forarbeider til bestemmelsene og rettsavgjørelser i tilknytning til disse. Det er klart at det ikke alltid vil være fullt ut samsvar mellom disse, og det er derfor også klart at denne språkproblematikken kan reise legalitetsutfordringer.

EØS-avtalen art. 129 bestemmer at avtalen skal ha samme gyldighet på alle EØS-landenes språk. Dette gjelder også direktiver og forordninger som var inntatt i vedleggene til avtalen da den ble undertegnet. Det følger av EØS-avtalens art. 129 nr. 1 tredje ledd at direktiver og forordninger som senere blir tatt inn i vedleggene er gyldige på alle EU-landenes språk slik de er kunngjort i EU-tidende. Videre er direktivene og forordningene også gyldige på norsk og islandsk når de er oversatt til disse språkene, og kunngjort i EØS-tillegget til EU-tidende.

²⁰³ Se blant annet Craig og De Búrca 2011 og videre Sejersted mfl. 2011 del IV, Fredriksen og Mathisen 2014 kap. VII.

²⁰⁴ Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 219.

Når innholdet i EUs forordninger og direktiver skal fastlegges, er utgangspunktet en naturlig språklig forståelse av bestemmelsenes ordlyd. I sak C-119/12 uttaler Domstolen at det i tråd med fast praksis «ved fastlæggelsen af betydningen af dette udtryk søges hjælp i dets normale betydning i sædvanlig sprogbrug»²⁰⁵ Å finne et ords mening vil alltid innebære subjektive overveielser.²⁰⁶ Når man så skal finne ordets «normale betydning», er det ikke tilstrekkelig å konsultere en språkversjon. I CILFIT-dommen fra 1982 legger Domstolen til grunn at alle rettsaktenes språkversjoner er autentiske, og at tolkningen av en EU-bestemmelse først kan skje «efter en sammenligning af de sproglige versjoner».²⁰⁷ Regelen er dermed at alle språkversjonene av en bestemmelse gir uttrykk for samme regel.²⁰⁸ I en dom fra 2013 uttaler Domstolen at ifølge fast praksis kan ikke en EU-bestemmelse tolkes med bakgrunn i kun én versjon, fordi dette kan hindre en ensartet anvendelse av EU-retten. Dette medfører at bestemmelser må tolkes i lys «af dens affatelse på alle sprogene».²⁰⁹ Flerspråkligheten i EU-retten vil derfor ha som konsekvens at ordlydens betydning reduseres, mens andre tolkningsmomenter som formål og kontekst får større betydning.²¹⁰

I et legalitetsperspektiv er det særlig interessant at plikten til å konsultere flere språkversjoner kan føre til at bestemmelsen ikke kan tolkes i overensstemmelse med ordlyden i den versjonen som foreligger på språket til den domstolen som skal avgjøre tvisten. I sak T-210/07 uttaler Domstolen at behovet for en ensartet fortolkning forutsetter at bestemmelsen tolkes i lys av alle de offisielle språkversjonene, selv om dette fører til at den aktuelle versjonen blir tolket og anvendt i strid med en normal språklig forståelse av ordlyden.

EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i sak C-238/84 (Röser) gir et eksempel på hvilke tolkningsutfordringer flere språkversjoner reiser. Saken gjaldt tolkningen av forordning (EØF) nr. 337/79 om en felles markedsordning for vin. En mann hadde blitt satt under tiltale for å ha

²⁰⁵ Sak C-119/12 (Josef Probst) avsnitt 20.

²⁰⁶ I en artikkel fra 2010 tar Paunio og Lindroos-Hovinheimo til orde for at det ikke finnes en naturlig språklig forståelse av ord, og at i det ord defineres, er ikke dette noe lovtolkeren «finner» men heller en «oppfinnelse» på lovtolkerens hånd. Om ord kan tolkes med bakgrunn i en objektiv forståelse er en stor debatt som ikke vil forfølges nærmere her. Det interessante er likevel at det er vanskelig nok å finne et ords mening i en språkdrakt, legger man til 24 ulike språkversjoner blir bildet betraktelig mer komplisert. Jf. Paunio og Lindroos-Hovinheimo i *European law review* 2010 s. 398.

²⁰⁷ Sak C-283/81 (CILFIT) avsnitt 18.

²⁰⁸ Arnesen, artikkel under publisering, avsnitt 3.1.

²⁰⁹ Sak C-488/11(Dirk) avsnitt 26.

²¹⁰ Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 221.

overtrådt § 67 i den tyske vinloven, som gjør det straffbart å overtre forordningens art. 36. Art. 36 bestemmer at det er tillatt å forhøye en vins naturlige alkoholinnhold kun når det gjennomføres som en prosess under forarbeiding av friske druer til vin, egnet til produksjon av bordvin. Tiltalte hadde solgt druemost under gjæring, som på salgstidspunktet ikke var en vin, men som kunne bli det senere.

Domstolen uttaler i dommens avsnitt 22 at den tyske versjonen av art. 36 ikke er klar, og dermed kan «føre til en anden fortolkning». Den tyske versjonen av bestemmelsen talte for at tiltaltes handlemåte ikke var straffbar. Den engelske, franske og italienske versjonen derimot talte for at tiltaltes handlemåte var straffbar. Videre uttalte Domstolen at de sistnevnte språkversjoner også var i samsvar med bestemmelsens formål. Domstolen fant at salg av druemost som ikke ennå var blitt til vin, ikke var tillatt etter forordningen. Kommisjonen hadde i sitt innlegg for Domstolen argumentert for at det måtte tas hensyn til at man befant seg på strafferettens område. Etter kommisjonens syn burde Domstolen velge en tolkning «der er i overensstemmelse med forordningens ordlyd».²¹¹ I tråd med sin faste praksis, gjennomgått ovenfor i avsnitt 3.3.7, legger Domstolen til grunn at sakens nasjonale karakter ikke har noen betydning for Domstolens tolkning av forordningen.²¹² I dommen finner man ingen henvisning til legalitetsprinsippet. I dag er det imidlertid klart at nasjonale domstoler har en plikt til å sørge for at det EU/EØS-konforme resultatet de kommer til når de tolker nasjonal rett, er i overensstemmelse med legalitetsprinsippets krav.²¹³

Sak C-281/12 gjaldt tolkningen av et direktiv, men er likevel egnet til å illustrere de tolkningsutfordringer flere språkversjoner gir opphav til. Saken gjaldt tolkningen av art. 6 (1) i direktiv 2005/29/EF om villedende handelspraksis. Artikkel 6 (1) bestemmer at handelspraksis anses som villedende dersom den enten inneholder uriktige opplysninger, eller dersom opplysningene er egnet til å villedle forbrukeren. Siste del av første ledd bestemmer at denne handelspraksisen skal kunne påvirke forbrukerens beslutning om å foreta et kjøp. Bestemmel-

²¹¹ Sak C-238/84 (Röser) avsnitt 14.

²¹² Domstolen uttaler at «EØF-traktatens artikkel 177...(ikke) sonderer imellem, om den nationale procedure, inden for hvilken de præjudicielle spørgsmål er stillet, har strafferetlig karakter eller ej, idet fællesskabsretten ikke kan have forskellig virkning under hensyn til de områder af national ret, på hvilke den kan indvirke». Jf. sak C-238/84 avsnitt 15.

²¹³ Sak C-405/10 (Straffesak mot Özlem Garenfeld).

sen er gjennomført i norsk rett gjennom markedsføringsloven § 7 første og andre ledd. Det følger av lovens § 48 annet ledd at «Uaktsom vesentlig overtredelse» av § 7 er straffbart.

Spørsmålet for EU-domstolen var om vilkåret «påvirkning av forbrukerens beslutning om å foreta et kjøp» var et kumulativt vilkår for at handelspraksisen skulle anses som villedende, eller om det var tale om en selvstendig bestemmelse. Tolkingsproblemet Domstolen sto overfor, skyldtes i all hovedsak en uoverensstemmelse mellom de forskjellige språkversjonene i direktivet. Den italienske og tyske versjonen av direktivet trakk i retning av at siste del av bestemmelsen var en selvstendig bestemmelse. Den franske, spanske og engelske versjonen trakk derimot i retning av at vilkårene var kumulative. Domstolen viste til fast rettspraksis, og fremhevet at det ville være i strid med en ensartet anvendelse av EU-retten dersom formuleringen i én språkversjon skulle være tilstrekkelig som grunnlag for en bestemt tolkning, eller om denne skulle tillegges større betydning enn de øvrige versjonene. Derfor må bestemmelsen tolkes i tråd med formål og kontekst. EU-domstolen kom til at det var tale om kumulative vilkår.

I den norske bestemmelsen brukes uttrykket «likevel bare».²¹⁴ En naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd trekker i retning av at det da er tale om kumulative vilkår. Dersom EU-domstolen hadde kommet til motsatt resultat, at vilkårene ikke var kumulative, ville den norske bestemmelsen ha gjennomført direktivet feilaktig. Spørsmålet ville da vært hvor langt den norske bestemmelsen kunne tolkes EØS-konformt. Eksempelet viser hvordan ulike språkversjoner virker inn på tolkningen av EU/EØS-bestemmelser, og hvordan man ikke kan legge «en naturlig språklig forståelse» av ordlyden til grunn når man tolker EU/EØS-rett. Domstolene er nødt til å konsultere flere versjoner, som kan innebære at tolkningsresultatet blir et annet enn det som følger av ordlyden i den aktuelle språkversjonen.

Tiberi anfører at uniform tolkning med bakgrunn i alle språkversjonene forutsetter at Domstolen gir noen av språkversjonene forrang over de øvrige. Hun begrunner dette i de avgjørelsene hvor EU-domstolen har kommet til et resultat som står i strid med ordlyden i flere av språkversjonene. Videre argumenterer hun for at denne praksisen vil frata borgerne deres rett til å stole på en EU-rettsakt på sitt eget språk, og muligheten til å forutberegne de rettslige kon-

²¹⁴ Markedsføringsloven § 7 annet ledd.

sekvensene av EU-retten. Dette innebærer at legalitetsprinsippets klarhetskrav står på spill. Hun påpeker at den «sterke» flerspråkligheten som skulle sikre borgerne tilgang til EU-retten, og dermed gi dem den samme forutberegneligheten som det de har i nasjonal rett, paradoksalt nok kan føre til motsatt resultat: Uberegnelige rettslige konsekvenser. Som et forslag til løsning på problemet foreslår Tiberi at man går fra en «sterk» flerspråklighet til «svak» flerspråklighet». Istedenfor at alle språkversjonene skal ha like stor vekt, foreslår hun at man skal ha én offisiell språkversjon av rettsakten, og hvor de øvrige språkversjoner kun blir oversettelser.²¹⁵

Forslaget har noe for seg, særlig sett hen til at det uansett er en umulig oppgave for nasjonale dommere å sammenholde alle de ulike språkversjonene. Dersom man får én offisiell språkversjon, på et av de store, europeiske språkene, vil man kanskje unngå en tolkning hos EU-domstolen som avviker sterkt fra ordlyden i flere av språkversjonene, og dermed øke forutberegneligheten for borgerne. Problemet med en slik løsning er imidlertid at borgerne i de enkelte europeiske landene ofte vil forholde seg til sin språkversjon, offisiell eller ikke, og man vil derfor likevel få et problem mellom den offisielle språkversjonen og de øvrige oversettelsene. Etter mitt syn er den beste løsningen at nasjonale domstoler vurderer om det tolkningsresultatet de kommer til når de har sammenholdt de ulike språkversjonene, er forenlig med lovkravet.

Dersom tolkningsresultatet innebærer at man straffer en borger etter en tolkning som ikke kan forankres i språkversjonen i det aktuelle medlemslandet, er lovkravet til hinder for straff i det aktuelle tilfellet. For norsk retts vedkommende innebærer dette at tolkningsresultatet må kunne forankres i den norske versjonens ordlyd. En rekke forordninger foreligger imidlertid ikke i offisiell norsk versjon. Spørsmålet blir dermed om lovkravet er til hinder for straff i disse tilfellene. Dette er temaet for neste avsnitt.

²¹⁵ Tiberi 2014 s. 18-19.

5.6 Overtredelse av adferdsnormer som ikke foreligger i offisiell norsk versjon

Forskrift om særskilte beskyttelsestiltak ved import av visse fôrvarer og næringsmidler fra tredjestater på grunn av alfatoksinrisiko gjennomfører en forordning fra EU. Forordningen er gjennomført gjennom forskriftens § 2 som bestemmer at forordning 884/2014/EU gjelder som norsk forskrift. Overtredelse av bestemmelsene er straffesanksjonert etter forskriftens § 6, jf. matloven § 28. Forordningen foreligger ikke i offisiell norsk versjon. En annen forskrift, «forskrift om særskilte beskyttelsestiltak ved import av visse næringsmidler fra tredjestater på grunn av pesticidrisiko», gjennomfører på tilsvarende måte en forordning fra EU, og overtredelse av denne forskriften er straffbart. Heller ikke her foreligger forordningen i offisiell norsk versjon. Overtredelse av de nevnte bestemmelser som ikke foreligger i offisiell norsk versjon, kan medføre straffeansvar for norske borgere, fordi forordningen gjelder som norsk rett.²¹⁶ Eksemplene ovenfor er ikke enestående, men en konsekvens av at UD ligger ca. 5 år etter med oversettingsarbeidet. Forordninger og direktiver som er straffesanksjonert, blir ikke særskilt prioritert.²¹⁷

Et annet aktuelt eksempel er overtredelser av *lov om iverksetjing av internasjonale, ikkje-militære tiltak i form av avbrot eller avgrensing av økonomisk eller annen samkvem med tredjestatar eller rørsler* fra 2001. Overtredelse av loven eller forskrift gitt i medhold av loven er straffbart etter § 3. I medhold av loven er det blant annet gitt en forskrift som fastsetter en rekke sanksjonstiltak mot «handlinger som truer Ukrainas integritet, stabilitet og uavhengighet»²¹⁸ Overtredelse av forskriftens bestemmelser er straffesanksjonert. Formålet med forskriften er å bringe norske sanksjonstiltak «på samme linje som de restriktive tiltakene som EU har innført i forbindelse med konflikten i Ukraina».²¹⁹ I realiteten har Norge i stor grad

²¹⁶ Når forordninger og direktiver blir innlemmet i EØS-avtalen, utarbeides det alltid en *uoffisiell* norsk versjon. Det vil si at alle rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen finnes på norsk, men ikke i en offisiell versjon. De uoffisielle versjonene er svært vanskelig tilgjengelige, slik at for den alminnelige borger hjelper det ikke stort at disse versjonene eksisterer.

²¹⁷ Jeg har vært i kontakt med Grete Borge som jobber i UD's enhet for EØS-oversettelse. Hun forklarte at UD per dags dato fortsatt ligger fem år etter med oversettelsesarbeidet. Fra 1. januar 2014 er det satt i gang et prosjekt som har til formål å få ned etterslepet. Målet er at etterslepet skal bli betydelig kortere over den 3 års perioden prosjektet løper.

²¹⁸ Forskrift om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territorielle integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet.

²¹⁹ PRE-2014-08-15-1076 (Kongelig resolusjon).

gjennomført EUs sanksjonsliste i norsk rett. Forskriften er gitt på norsk, mens forskriftens vedlegg foreligger kun på engelsk. Det er vedleggene som angir hvilke handlinger som er forbudt, og hvilke personer som er omfattet av sanksjonene.

I Oslo tingrett ble en mann dømt for overtredelse av en forordning som på domstidspunktet ikke forelå i offisiell norsk versjon.²²⁰ Han ble dømt for overtredelse av forurensningsloven § 79 annet ledd, jf. § § 31 og 32, jf. avfallsforskriften § 17-7 første punktum, jf. § 13-1 første ledd, jf. forordning 1013/2006/EF artikkel 36 nr. bokstav a. Mannen hadde eksportert containere med elektronisk avfall fra Norge til Malaysia og Kina, i strid med forordningens eksportforbud. Avfallsforordningen forelå ikke i offisiell norsk versjon på domstidspunktet. Mannen ble likevel dømt for overtredelse av forordningen. Avgjørelsen ble anket inn for Borgarting lagmannsrett, men slapp ikke inn.

Det sentrale spørsmålet er om det er i strid med legalitetsprinsippets klarhetskrav å straffe borgere etter bestemmelser som ikke foreligger i offisiell norsk versjon. Det er argumenter for og imot straff i disse tilfellene. Hensynet til effektiv gjennomføring av EØS-relevante bestemmelser taler mot en for rigid holdning. Flerspråkligheten kan i seg selv også sees på som en ressurs. For EØS-borgere som ikke behersker norsk, vil flerspråkligheten innebære at de kan gjøre seg kjent med norske regler som angår dem, på et språk som de er kjent med.²²¹

EU-domstolen har uttalt at det er forbudt å pålegge individer forpliktelser etter EU-rettsakter som ikke foreligger på det aktuelle medlemsbladets språk. I sak C-161/06 var spørsmålet for EU-domstolen om det tsjekkiske tolldirektoratet kunne ilegge et selskap, Skoma-Lux, en bot med hjemmel i EU-rettslige bestemmelser, når de aktuelle bestemmelsene ikke var offentliggjort på tsjekkisk i *Den Europeiske Unions Tidende*. I avsnitt 50 uttaler Domstolen at den eneste autentiske versjonen av en EU-forordning, er den som er offentliggjort i *Den Europeiske Unions Tidende*. En elektronisk utgave som i tid kommer før offentliggjørelsen, kan ikke gjøres gjeldende overfor borgerne selv om den skulle vise seg å svare til den offentliggjorte utgaven. I dommens avsnitt 51 legger Domstolen følgende til grunn: Forpliktelser i EU-lovgivningen kan ikke gjøres gjeldende overfor borgere i en medlemsstat «når denne lovgiv-

²²⁰ TOSLO-2012-199468.

²²¹ Arnesen, artikkel under publisering avsnitt 3.2.3.

ning ikke er blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* på denne medlemsstats sprog, skønt dette er et officielt sprog i Unionen, og selv om disse borgerne på anden vis kunne have gjort sig bekendt med denne lovgivning.» Denne rettssetningen har Domstolen gjentatt en rekke ganger, blant annet i sak C-560/07 (Balbiino), C-140/07 (Hecht-Pharma) og C-410/09 (Polska Telefonica). Hovedfokuset i alle disse sakene har imidlertid vært manglende offentliggjøring av rettsaktene i *Den Europeiske Unions Tidende*, som begrunnelse for at rettsaktene ikke kan gjøres gjeldende overfor borgerne i den aktuelle medlemsstaten. Domstolen gjentar likevel også vilkåret om at rettsakten må offentliggjøres på *medlemslandets offisielle språk* for at bestemmelsen skal skape forpliktelser for borgerne. Domstolens avgjørelser tilsier at EU-rettsakter må foreligge på medlemsstatens offisielle språk for at den skal gjøres gjeldende overfor borgerne i landet. Norske og islandske versjoner blir offisielle ved publisering i EØS-tillegget til *Den Europeiske Unions Tidende*.²²²

Det følger av Høyesterettspraksis at norske domstoler skal legge «meget stor vekt» på avgjørelser fra EU-domstolen, og i praksis legges EU-domstolens avgjørelser som regel til grunn når man skal ta stilling til EU/EØS-rettslige spørsmål i norske domstoler.²²³ Når EU-domstolen da har uttalt seg om betydningen av offisielle språkversjoner, må utgangspunktet vært at tilsvarende regel også legges til grunn for norsk retts vedkommende.

Utgangspunktet må derfor være at forordninger som ikke foreligger i offisiell norsk versjon, ikke kan gjøres gjeldende i straffesaker, og at man dermed ikke kan straffes etter gjennomførte forordninger, når disse ikke foreligger i offisiell norsk versjon.

Spørsmålet er om dette er en god regel de lege ferenda. Jeg tar her utgangspunkt i dommen fra Oslo tingrett for å illustrere problemstillingen. Mannen som ble dømt for overtredelse av en forordning som ikke forelå i offisiell norsk versjon, var norsk statsborger, men opprinnelig fra Kina. Det er i dommen opplyst at mannen snakket godt kinesisk og engelsk, men begrenset norsk. Under rettssaken måtte mannen ha engelsk tolk for å kunne følge rettsforhandlingene. Skal man legge EU-domstolens doktrine til grunn, ville det være feil å dømme mannen for overtredelse av en forordning som forelå på engelsk, idet det er et krav om at den foreligger i offisiell norsk versjon. Men i denne konkrete saken hadde det ingen betydning for mannens

²²² EØS-avtalen art. 129 nr.1.

²²³ Rt. 2005 s. 1601 avsnitt 43.

mulighet til å gjøre seg kjent med reglene at de ikke forelå på norsk. For denne mannen var det vel så viktig at de var tilgjengelige på engelsk. Det er vanskelig å se at straff i dette tilfelle var i strid med det materielle lovkravet. De hensynene som kravet bygger på, som innrettelse og forutberegnelighet, er ivaretatt.

Når forordningene først er gjennomført i norsk rett i alle de andre språkversjonene, og ordlyden uansett må leses i lys av forordningens formål og kontekst, er det ikke sikkert at en offisiell norsk oversettelse bidrar til å ivareta legalitetsprinsippets krav. Samtidig bør norske borgere kunne forvente at handling- og unnlatesnormer som de er pålagt å følge, og som kan medføre straffeansvar dersom de ikke følger dem, er gitt på et språk de behersker.

Hvorvidt det var riktig å straffe mannen i det konkrete tilfellet, beror på hvor subjektorientert legalitetsvurderingen skal være. Som drøftet i avsnitt 2.4, ser det ut til at EMD gir anvisning på at det skal foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak. Det innebærer at for hvert enkelt tilfelle som kommer opp for domstolene, skal alt rettskildematerialet som foreligger, tas i betraktning, og ut ifra det skal man foreta en vurdering av om rettstilstanden alt i alt var forutberegnelig for tiltalte. I den konkrete saken mener jeg at manglende oversettelse var uten betydning for forutberegneligheten.

Dersom man generaliserer på bakgrunn av dette, vil konsekvensen være at manglende norsk oversettelse blir en frifinnelsesgrunn for norske statsborgere som har norsk som sitt førstespråk. For norske statsborgere som ikke snakker godt norsk, eller som bedre behersker et av EUs 24 språk, vil manglende oversettelse ikke være en frifinnelsesgrunn. Dette vil da medføre en forskjellsbehandling mellom de som snakker godt norsk, og de som ikke gjør det. Man får dermed et skille på bakgrunn av språkkunnskaper og i forlengelsen av dette også et skille på bakgrunn av etnisitet.

Selv om kravet til offisiell norsk versjon i konkrete tilfeller kan få tilfeldige utslag, gir EU-domstolens regel etter mitt syn den beste løsningen. Dersom man foretar en subjektiv vurdering i hvert enkelt tilfelle, risikerer man å forskjellsbehandle mennesker. Forskjellsbehandlingen vil føre til at noen grupper av mennesker straffes, mens andre frifinnes, basert på hvor de kommer fra, og hvilke språk de snakker. Dette bryter med kravet til likhet for loven. Konsekvensen av dette er at regelen også de lege ferenda bør være at EU/EØS-rettsakter som er

gjennomført i norsk rett, må foreligge i offisiell norsk versjon før norske domstoler kan i dømme straff for overtredelse av bestemmelsene.

5.7 Løsningen så langt; unnskyldelig rettsvillfarelse?

Når EU-rettsakter kobles på norske henvisningsnormer, blir rettskildesituasjonen mer uoversiktlig enn hva den ville vært dersom blankettstraffebudene kun henviste til norske normer. Det synes å være en tendens i rettspraksis til å løse denne problematikken ved å frifinne tiltalte etter reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse, jf. straffeloven § 57.

Rt. 1994 s. 850 gjaldt spørsmålet om eksport av fisk til Spania hadde tollpreferanse eller ikke. Lagmannsrettens fellende dom ble opphevet av Høyesterett. Høyesterett kom til at domsgrunnene var mangelfulle fordi lagmannsretten ikke hadde drøftet spørsmålet om tiltalte var i unnskyldelig rettsvillfarelse etter strl. § 57. I den forbindelse uttaler førstvoterende: «Borgerne plikter å gjøre seg kjent med de forskrifter som gjelder på de forskjellige områder som får aktualitet. I særlig grad har dette vært ansett å gjelde forskrifter av betydning for det yrke eller den næring vedkommende driver. For så vidt skulle dette gjelde for reglene angående EUR-1-dokumenter. På grunn av det voluminøse regelverket man står overfor, kan det i denne sak spørres om myndighetene har gjort tilstrekkelig for å gjøre kjent hva som ligger i art. 9 nr. 4, sammenholdt med art. 17 nr. 4 i vedlegg 3 til handelsavtalen».²²⁴

RG. 2002 s. 943 gjaldt overtredelse av veitrafikkloven § 31, jf. § 21 og forskrift om kjøre- og hviletid og bruk av fartsskrivere. Forskriften gjennomfører to EU-forordninger. En mann hadde blitt satt under tiltale fordi han ikke hadde montert fartsskriver i bilen. Lagmannsretten kom enstemmig til at tiltalte måtte frifinnes på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse. Som begrunnelse for frifinnelsen viser lagmannsretten blant annet til at regelverket for kjøre- og hviletid har blitt endret en rekke ganger, og da tiltalte kjøpte bilen, fantes det ingen tilgjengelig informasjon om regelverket. Videre uttaler lagmannsretten at «Regelverket er i tillegg uoversiktlig med flere krysshenvisninger fra lov til forskrift og til de to Rådsforordningene».

I 2011 var spørsmålet om frifinnelse på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse oppe i LB-2011-43690. Tingretten hadde dømt en mann for overtredelse av veitrafikkloven § 31, jf. 13 og for-

²²⁴ Rt. 1994 s. 850, på side 854.

skrift om kjøre- og hviletid, jf. forordning 3821/85/EØF art. 15 nr. 2, for å ha kjørt uten diagramskive og sjåførkort. Domfelte anket dommen inn for lagmannsretten, og påtalemyndigheten sluttet seg til domfeltes anke fordi den mente at tiltalte måtte frifinnes på grunnlag av unnskyldelig rettsvillfarelse. Mannen ble derfor frifunnet i lagmannsretten.

I TSOGN-2012-183379 gjaldt saken nok en gang overtredelse av veitrafikkloven og forskrift om kjøre- og hviletid, jf. forordning 561/2006/EF art. 8 og art. 4 bokstav g. Det var blant annet utferdiget forelegg fordi tiltalte ikke hadde tatt tilstrekkelig med hviletid innenfor en 24-timers periode. Tiltalte hadde gjort gjeldende at han var i unnskyldelig rettsvillfarelse, og at han hadde misforstått hvordan reglene om døgnhvile skulle beregnes. Retten la til grunn at tiltalte var i villfarelse og uttaler i den forbindelse: «Retten legg vidare til grunn at slik regelen er formulert, er det forståeleg at tiltalte kan ha misforstått denne og retten legg noko vekt på det i formildande lei». Tiltalte ble deretter frifunnet for denne tiltaleposten etter regelen om unnskyldelig rettsvillfarelse.

Det finnes også eksempler fra rettspraksis hvor tiltalte har anført at han/hun har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse, men hvor tiltalte ikke har fått medhold. LG-2012-195208 omhandlet et tilfelle hvor påtalemyndigheten hadde tatt ut tiltale for overtredelse av matloven § 28, jf. forskrift om tilsyn og kontroll av 18. 10. 1999 og forskrift av 31. 01. 2006. Grunnlaget for tiltalen var at en mann hadde innført kjøtt og ost fra et land utenfor EØS-området, uten at varene var deklarerert. Tingrettens flertall, de to meddommerne, mente at tiltalte var i unnskyldelig rettsvillfarelse, og tiltalte ble frifunnet. Lagmannsretten derimot mente at tiltaltes rettsvillfarelse ikke var unnskyldelig. Retten viste blant annet til at tiltalte ikke hadde foretatt noen undersøkelser av hvilke regler som gjaldt for deklarerering av varer. Når tiltalte ikke hadde gjort dette, hjalp det ikke at tiltalte tidligere hadde tatt med kjøtt fra Danmark og lagt til grunn at samme regel gjaldt for innførsel av kjøtt fra Makedonia.

LB-2006-175412 gjaldt overtredelse av veitrafikkloven § 31, jf. 13 tredje ledd, jf. forskrift om kjøre- og hviletid § 1-1, jf. forordning 3820/85/EØF. En mann ble i tingretten dømt for overtredelse av kjøre- og hviletidsbestemmelsene. Mannen anket avgjørelsen inn for lagmannsretten, og gjorde blant annet gjeldende at tingrettens lovanvendelse var feil, da tingretten ikke hadde gitt mannen medhold i at han var i unnskyldelig rettsvillfarelse. Lagmannsretten fant at det ikke heftet noen feil ved tingrettens lovanvendelse på det punktet. Det ble blant annet vist til en veiledning fra Statens Vegvesen som forklarte hvordan reglene var å forstå. I

den forbindelse uttaler lagmannsretten at «Tingretten har fremhevet at regelverket er vanskelig, men at tiltalte som eier og kjører av lastebil plikter å kjenne reglene». Lagmannsretten forkastet deretter anken, men idømte ikke saksomkostninger da anken gjaldt «tolkningen av et komplisert regelverk».

Andorsen viser til at EUs forordninger, i den grad de regulerer menneskelig adferd, ofte er teknisk fundert. Videre regulerer de sjelden regler av samfunnsetisk art, slik at det sjelden eksisterer noen alminnelig og selvstendig samfunnsetisk norm på området. Når rettsnormene er vanskelig tilgjengelige, både i fysisk og intellektuell forstand, bør rettsvillfarelsesregelens aktsomhetsnorm tilpasses «de anstrengelser myndighetene har gjort for å gjøre slike normer kjent for de det gjelder».²²⁵

Asp anfører at henvisningen til EU-rettslige utfyllingsnormer kan gjøre det vanskeligere for den enkelte å få kunnskap om hva som er straffbart og ikke. Dette øker sjansen for feilbedømminger og dermed også risikoen for utilsiktet overtredelse av blankettstraffebud. Asp argumenterer derfor for at det ved bruken av blankettstraffebud som henviser til EU-rettslige normer, bør være større mulighet enn ellers for å anse en rettsvillfarelse som unnskyldelig. Han viser i den forbindelse blant annet til RH 1998: 35, hvor retten tok hensyn til at utfyllingsnormen var vanskelig tilgjengelig.²²⁶

Haukeland Fredriksen har på oppdrag for Europautredningen gått gjennom EØS-rettslig rettspraksis på strafferettens område. Han viser blant annet til RG. 2002 s. 943, gjengitt ovenfor. Han uttaler at det fra et EØS-rettslig perspektiv «ikke er uproblematisk» at uoversiktlig gjennomføring og manglende informasjon leder til at overtredelse av EØS-retten ikke kan sanksjoneres. Han mener likevel frifinnelsen fra et strafferettslig perspektiv var riktig, fordi det ikke skal være vanskeligere å bli hørt med straffefrihetsgrunner når man overtrer EØS-initierte adferdsnormer enn ellers. Samtidig minner han om at det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet «krever at norske straffedomstoler ikke anvender reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse på et vis som gjør at det er lettere å slippe unna med brudd på EØS-regler enn på andre straffesanksjonerte regler».²²⁷

²²⁵ Andorsen 2005 s. 159.

²²⁶ Asp 2011 s. 148.

²²⁷ Fredriksen 2011 s. 46.

Dersom man skal legge Asps løsning til grunn, vil det etter mitt syn klart være i strid med EØS-rettens ekvivalensprinsipp.²²⁸ Overtredelse av EØS-initierte adferdsnormer og interne adferdsnormer vil da bli behandlet ulikt, i strid med den likebehandlingen ekvivalensprinsippet forutsetter. Frifinnelse på bakgrunn av unnskyldelig rettsvillfarelse kan derfor være problematisk i et EØS- perspektiv.

I norsk rett vurderes spørsmålet om unnskyldelig rettsvillfarelse som en del av skyldspørsmålet. Uttrykket skyld i en rettsvillfarelsessammenheng betyr at det er grunnlag for å bebreide tiltalte for ikke å ha forstått at handlingen var rettsstridig. Frifinnelse på bakgrunn av rettsvillfarelse forutsetter en skjønnsmessig vurdering.²²⁹ Frifinner man tiltalte etter reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse fordi reglene er vanskelig tilgjengelig, eller materielt uklare, foretar man en vurdering av om tiltalte kan bebreides. Men at reglene er vanskelig tilgjengelig eller materielt uklare har i utgangspunktet ikke noe med tiltaltes skyld å gjøre. Det er en lovgiveroppgave å sørge for å gi klare og presise regler. Derfor mener jeg at det også fra et strafferettslig synspunkt er mer riktig å frifinne tiltalte under henvisning til at legalitetsprinsippets krav ikke er tilfredsstillt. Dersom man frifinner på bakgrunn av lovkravet, foretar man i utgangspunktet en objektiv vurdering av om gjerningsbeskrivelsen på handlingstidspunktet var tilstrekkelig klar til at den kunne medføre straff.

I Rt. 2002 s. 1069 var spørsmålet om en mann kunne straffes for å ha felt trær i et våtmarksreservat.²³⁰ Flertallet fant at tiltalte ikke hadde vært i unnskyldelig rettsvillfarelse, og på tross av frifinnelse i lagmannsretten ble det avsagt fellende dom. Førstvoterende bemerket kort at det ikke var nødvendig å komme inn på EMK art. 7 og Grl. § 96.²³¹ Mindretallet derimot, foretar en vurdering av om straff i det konkrete tilfellet var i overenstemmelse med legalitetsprinsippets klarhetskrav. Mindretallet legger til grunn at det på handlingstidspunktet ikke var tilstrekkelig klart at tiltaltes handling ble rammet av forskriften, og at tiltalte derfor må frifinnes. Mindretallet legger videre til grunn at tiltalte «under enhver omstendighet» må frifinnes etter

²²⁸ Ekvivalensprinsippet krever at gjennomførte EØS-regler sikres det samme vernet, som nasjonal rett gir tilsvarende nasjonale regler, jf. Fredriksen og Mathisen 2014 s. 285. Se videre Sejersted m.fl. 2011 s. 80.

²²⁹ Andorsen 2005 s. 23.

²³⁰ Saken gjaldt ikke overtredelse av EØS-initierte adferdsnormer men er likevel egnet til å illustrere problemstillingen.

²³¹ Rt. 2002 s. 1069 på side 1072

reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse.²³² Jeg mener at mindretallets fremgangsmåte her er et eksempel til etterfølgelse. Den sentrale vurderingen bør ikke være om tiltalte var i unnskyldelig rettsvillfarelse, men om gjerningsbeskrivelsen var tilstrekkelig presis til å medføre straff.

På den andre siden er det to sentrale innvendinger mot å frifinne på bakgrunn av lovkravet. Den første innvendingen er at legalitetsvurderingen inneholder subjektorienterte elementer. Som diskutert ovenfor i del 2, er utgangspunktet for den rettslige vurderingen om situasjonen alt i alt var forutberegnelig for tiltalte. Det må derfor legges vekt på momenter som for eksempel om tiltalte var privatperson eller næringsdrivende. Da det også i legalitetsvurderingen inngår subjektorienterte vurderingsmomenter, er det kanskje ikke så stor forskjell på frifinnelse på bakgrunn av reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse og på bakgrunn av lovkravet. Forhold på tiltaltes side har uansett betydning.

Den andre innvendingen er av EØS-rettslig art. I ethvert tilfelle hvor EØS-retten utgjør en begrunnelse for frifinnelse - for eksempel fordi EØS-retten er vanskeligere tilgjengelig enn intern norsk rett, vil man kunne reise spørsmålet om frifinnelsen er i strid med EØS-rettens ekvivalensprinsipp. Dersom det skal mindre til før lovkravet er overtrådt når det er tale om brudd på EØS-initierte adferdsnormer enn ellers, kan også denne løsningen være i strid med ekvivalensprinsippet. Etter ekvivalensprinsippet blir det derfor ikke noen forskjell om man frifinner på bakgrunn av rettsvillfarelse eller lovkravet.

Jeg mener frifinnelse på bakgrunn av lovkravet likevel er den beste løsningen. Det avgjørende argumentet er etter mitt syn den statusen legalitetsprinsippet har i EU. For det første har EU, som nevnt, et eget legalitetsprinsipp i paktens art. 49. For det andre følger det av drøftelsene i avhandlingens kapittel 3 at EU-domstolen erkjenner at legalitetsprinsippet utgjør en naturlig begrensning på EU-rettens gjennomslag i nasjonal rett.²³³ Som vist til i avsnitt 5.1, uttaler EU-domstolen i sak C-405/10 at medlemsstaten er bundet av legalitetsprinsippet når den fastsetter straff for overtredelse av EU-rettslige bestemmelser. Videre viser Domstolen til at nasjonale

²³² Rt. 2002 s. 1069 på side 1076.

²³³ Se blant annet sak C-384/02 (Grøngaard og Bang), hvor Domstolen uttaler at nasjonale domstoler har plikt til å påse at tolkningsresultatet ligger innenfor legalitetsprinsippets krav.

domstoler har plikt til å påse at de EU-rettslige adferdsnormene er tilstrekkelig presise til at de kan medføre straffeansvar.²³⁴

For det tredje er legalitetsprinsippet et grunnleggende prinsipp i den europeiske rettsordenen, og felles for medlemsstatenes forfatningsmessige tradisjoner. De fleste europeiske land har et legalitetsprinsipp i en eller annen form inntatt i lovgivningen, mens det er større variasjoner hva gjelder reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse.²³⁵ Man kan derfor argumentere for at EU-domstolen lettere vil akseptere nasjonale frifinnelser på bakgrunn av det materielle lovkravet, enn de vil akseptere frifinnelser på bakgrunn av reglene om unnskyldelig rettsvillfarelse.

Bruken av blankettstraffebud har vært debattert i langt tid. Allerede i 1946 skrev Skeie at delegasjonsadgangen var blitt anvendt «langt utover nødvendighetsgrensen», og at den derfor ikke var «konstitusjonell».²³⁶ Hvis dette var sant i 1946, må det i hvert fall i 2014 være grunn til å sette spørsmålstegn ved bruken av blankettstraffebud, og vurdere om denne er forenlig med lovkravet. Dette gjelder særlig der blankettstraffebudene brukes til å straffesanksjonere EU-rett. Blankettstraffebud som henviser til forordninger, skaper en svært uoversiktlig situasjon. Derfor mener jeg at lovgiver bør forsøke å rydde opp i den forskriftsjungelen som for øyeblikket eksisterer. Videre bør domstolene anvende lovkravet som frifinnelsesgrunn dersom borgere blir satt under tiltale for overtredelse av uklare regelverk.

²³⁴ Sak C-405/10 (Straffesak mot Özlem Garenfeld)

²³⁵ Etter engelsk rett for eksempel, er rettsvillfarelse som det klare utgangspunkt ikke en straffefrihetsgrunn, jf. Andorsen 2005 s. 74.

²³⁶ Skeie 1946 s. 62

6 Avslutning

Denne fremstillingen har drøftet på hvilken måte legalitetsprinsippet stiller krav til tolkningen og anvendelsen av EØS-initierte adferdsnormer. Gjennom en drøftelse av forholdet mellom plikten til EØS-konform tolkning og legalitetsprinsippets krav til hjemmel i lov har jeg vist hvordan nasjonale domstoler må veie disse to forpliktelsene mot hverandre. Plikten til EØS-konform tolkning gjelder for all relevant EØS-rett. Dette innebærer at denne delen av avhandlingen også har hatt betydning for diskusjonen rundt bruken av blankettstraffebud. Samtidig har fremstillingen vist at det oppstår særlige spørsmål når norske blankettstraffebud henviser til EUs forordninger. Når utfyllingsnormen er en EU-rettslig bestemmelse, innebærer det at straffeansvaret for borgerne fastlegges direkte med hjemmel i EU-regler. Rettsanvenderen må dermed tolke og anvende EU-juss for å etablere regelens innhold. Som vi har sett, er EU-bestemmelser som regel vanskeligere tilgjengelig, både mentalt og fysisk, enn tilsvarende norske regler. På den måten aktualiseres de hensynene legalitetsprinsippet er bærer av, som hensynene til innrettelse og forutberegnelighet.

Fremstillingen har vist at legalitetsprinsippet står sterkt i norsk rett. Prinsippet har en særskilt betydning også i EU og anerkjennes som en naturlig begrensning på EU/EØS-rettens effektive gjennomslag i nasjonal rett. Når legalitetsprinsippet utgjør en egen EØS-rettslig begrensning på tolkningen av norske adferdsnormer, får man en legalitetsbegrensning på to nivåer: EØS-rettslig og nasjonalt. Slikt sett har kanskje legalitetsprinsippet en sterkere stilling ved tolkningen av EØS-initierte adferdsnormer enn det ellers har.

Til tross for legalitetsprinsippets sterke stilling i EU, er det ikke EU og EFTA-domstolen som først og fremst skal sikre at borgerne ikke dømmes uten hjemmel i lov. Det er de nasjonale domstolene som er de egentlige garantistene for at EU/EØS-retten tolkes i overensstemmelse med legalitetsprinsippets krav. Det innebærer at norske dommere må være seg bevisst den viktige rollen de har. Når tolkningen gjelder EØS-initierte adferdsnormer, står norske domstoler derfor overfor en vanskelig oppgave. Selv om EU-domstolen uttaler at avgjørelser skal være i overensstemmelse med legalitetsprinsippets krav, krever den samtidig at nasjonale domstoler effektivt og lojalt skal sikre EU/EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett. Domstolenes viktigste oppgave er her å sørge for at like tilfeller blir behandlet likt, uavhengig av om det er tale om overtredelse av EØS-initierte eller internrettslige adferdsnormer.

I EU har EU-lovgiver nå kompetanse til å initiere straffeansvar for overtredelse av EUs rettsakter.²³⁷ Straffesamarbeidet fant tidligere sted under EUs tredje søyle. Det innebar at samarbeidet var av mellomstatlig karakter. Med Lisboa-traktaten forsvant EUs søylestruktur. Det har som konsekvens at straffesamarbeidet går fra å være mellomstatlig til å bli overnasjonalt. I praksis innebærer dette at beslutninger som er bindende for medlemsstatene, kan vedtas av Rådet gjennom majoritetsbeslutning.²³⁸

Et spørsmål i denne sammenheng er hvilken betydning dette har for EØS-avtalen. EU-initierte straffebestemmelser vil mest sannsynlig ikke være EØS-relevante. Skulle man derimot finne at EU-rettsaktene er EØS-relevante, vil straff ikke lenger bare være et nasjonalt anliggende fastsatt av nasjonale myndigheter, men også en folkerettslig forpliktelse. Kommer straffeplikten utenfra, vil den mangle den demokratiske legitimiteten som straff fastsatt av norske myndigheter har. Innad i EU er dette annerledes, fordi medlemslandene i realiteten er lovgiver gjennom sin funksjon i Rådet, og dermed kan bidra i lovgivningsprosessen. Det kan ikke Norge. Samtidig vil konsekvensen være at EU-domstolen ikke lenger kan overlate til nasjonale domstoler å sørge for at legalitetsprinsippets krav blir overholdt. EU-domstolen må selv vurdere om tolkningen tilfredsstillende kravet til hjemmel i lov. På den måten kan legalitetsprinsippet få en enda sterkere stilling enn det har i dag, både nasjonalt og i EU.

I et bredere perspektiv illustrerer avhandlingen valget nasjonale domstoler ofte har mellom enten en pragmatisk eller en prinsipiell holdning til rettsspørsmål. Strengere legalitetskontroll kan ses på som et ledd i den generelle utviklingen i en mer prinsippbasert argumentasjon som har vokst frem blant annet gjennom Høyesteretts praksis. En prinsipiell tilnærming til rettsspørsmål kan stå i motsetning til en pragmatisk tilnærming. En pragmatisk tilnærming går gjerne ut på at man er opptatt av konkrete konsekvenser av det problemet som foreligger, og søker å finne en løsning på det. Tar man derimot utgangspunkt i prinsipper og gir disse en normativ karakter som styrende for rettsanvendelsen, kan det bety at man må finne en løsning basert på prinsippene, og ikke det konkrete problemet.²³⁹

²³⁷ Asp 2012 s. 13-14 og blant annet sak. C-176/03 (Kommissjonen mot Rådet).

²³⁸ Asp 2011 s. 125.

²³⁹ Graver i TFR 2006 s. 201.

Særlig oversettelsesproblematikken illustrerer hvilke motstridende hensyn som gjør seg gjeldende når domstolene må velge mellom en pragmatisk og prinsipiell tilnærming til retts spørsmål. Dersom en person overtrer en bestemmelse som ikke foreligger i offisiell norsk versjon, og personen ikke behersker andre språk, vil det være svært betenkelig å straffe personen. Det vil derimot ikke være betenkelig å straffe dersom bestemmelsene foreligger på personens morsmål. Ut fra et pragmatisk synspunkt vil det være riktig å frifinne i det første tilfellet og straffe i det andre. Utfallet blir annerledes dersom man inntar en mer prinsipiell holdning. Jo sterkere normativ kraft legalitetsprinsippet tillegges, jo mindre rom er det for en pragmatisk tilnærming til hva som gir det beste resultatet i det konkrete tilfellet. Dersom man først legger til grunn at det er i strid med lovkravet å straffe individer for overtredelse av bestemmelser som ikke foreligger i offisiell norsk versjon, er straffeansvar som hovedregel utelukket. Dette illustrerer hvordan legalitetsprinsippet først og fremst er en formell rettssikkerhetsgaranti, som ikke gir noen garanti for materiell rettferdighet i den konkrete sak.²⁴⁰

Likevel trenger vi legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet er ett av de viktigste verktøyene man har for å motvirke vilkårlighet og for å sikre forutberegnelighet. I en rettshverdag som blir stadig mer spesialisert, pluralisert og globalisert, spiller legalitetsprinsippet trolig en viktigere rolle enn før. Legalitetsprinsippet virker samlende, det gjelder på tvers av landegrenser og rettskulturer. Legalitetsprinsippet er dermed med på å sikre at retten gjelder for alle og er lik for alle.

²⁴⁰ Cassese 2013 s. 22.

7 Kilder

7.1 Konvensjoner og erklæringer

| | |
|-------------------|--|
| EMK | Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 1950 |
| EØS-avtalen | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992 |
| TEU | Traktaten om Den europeiske union, Maastricht 1992 |
| TEUV | Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007 |
| EU-pakten | Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter, Lisboa 2007 |
| Wien-konvensjonen | Wien- konvensjonen av 22. mai 1969 om traktatretten |

7.2 Internasjonal rettspraksis

7.2.1 EFTA-domstolen

Tilgjengelige ved <http://www.eftacourt.int/cases/>

| | | |
|-------------|-------------------|---------------------------------|
| Sak E-9/97 | Sveinbjörnsdottir | EFTA Ct. Rep [1998] p. 95 |
| Sak E-4/01 | Karlsson | EFTA Ct. Rep [2002] p. 240 |
| Sak E-2/03 | Ásgeirsson | EFTA Ct. Rep [2003] p. 185 |
| Sak E-1/07 | Straffesak mot A | EFTA Ct. Rep [2007] p. 246 |
| Sak E-2/10 | Kolbeinsson | EFTA Ct. Rep [2009-2010] p. 234 |
| Sak E-15/12 | Wahl | EFTA Ct. Rep [2013] p. 534 |

Sak E-6/13 Metacom AG EFTA Ct. Rep [2013] p. 856

Sak E-7/13 Creditinfo EFTA Ct. Rep [2013] p. 970

7.2.2 EU-domstolen

Tilgjengelige ved <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak C-283/81 CILFIT saml. 1983 01385

Sak C-14/83 Von Colson saml. 1984 01891

Sak C-238/84 Röser saml. 1986 00795

Sak C-80/86 Kolpinghuis saml. 1987 03969

Sak C-206/88 og Vessoso og saml. 1990 I-01461
Sak C-207/88 Zanetti

Sak C-106/89 Marleasing saml. 1990 I-04135

Sak C-168/95 Arcaro saml. 1996 I-04705

Sak C-74/95 og Straffesak mot X saml. 1996 I-06609
Sak C-129/95

Sak C-397/01- Pfeiffer saml. 2004 I-08835
Sak C-403/01

Sak C-101/01 Lindquist saml. 2003 I-12971

Sak C-60/02 Rolex saml. 2004 I-00651

Sak T-279/02 Degussa AG saml. 2006 II-00897

| | | |
|--------------|--------------------------------|---------------------|
| Sak C-371/02 | Björnekulla fruktindustrier | saml. 2004 I-05791 |
| Sak C-384/02 | Grøngaard og Bang | saml. 2005 I-09939 |
| Sak C-105/03 | Pupino | saml. 2005 I-05285 |
| Sak C-176/03 | Kommisjonen mot Rådet | saml. 2005 I-07879 |
| Sak C-212/04 | Adeneler | saml. 2006 I-06057 |
| Sak C-321/05 | Kofoed | saml. 2007 I-05795 |
| Sak C-5/08 | Infopaq | saml. 2009 I-06569 |
| Sak C-404/06 | Quelle AG | saml. 2008 I-02685 |
| Sak C-161/06 | Skoma-Lux | saml. 2007 I-10841 |
| Sak C-560/07 | Balbiino AS | saml. 2009 I-04447 |
| Sak C-140/07 | Hecht Pharma | saml. 2009 I-00041 |
| T-210/07 | RSA security Ireland | saml. 2008 II-00302 |
| Sak C-410/09 | Polska Telefonia Cyfrowa | saml. 2011 I-03835 |
| Sak C-546/09 | Aurubis Bulgaria AD | saml. 2011 I-02531 |

| | | |
|--------------|--|--------------------|
| Sak C-109/09 | Deutsche Lufthansa AG | saml. 2011 I-01309 |
| Sak C-405/10 | Straffesak mot Özlem Garenfeld | saml. 2011 I-11035 |
| Sak C-282/10 | Dominguez | 2012:33 |
| Sak C-42/11 | Lopez da Silva | 2012:517 |
| Sak C-7/11 | Caronna | 2012:396 |
| Sak C-128/11 | UsedSoft | 2012:407 |
| Sak C-488/11 | Dirk | Ikke publisert |
| Sak C-176/12 | Association de médiation sociale | Ikke publisert |
| Sak C-119/12 | Josef Probst | Ikke publisert |
| Sak C-281/12 | Centrale Adriatica | Ikke publisert |
| Sak C-306/12 | Spedition Welter GmbH | 2013:650 |

7.2.3 Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

Tilgjengelige ved <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Sak C-80/86 (Kolpinghuis), Generaladvokat Mischos forslag til avgjørelse, saml. 1987 03969

De forente saker C-206/88 og C-207/88 (Vessosso og Zanetti), Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse, saml. 1990 I-01461

De forente saker C-74/95 og C-129/95 (Straffesak mot X), Generaladvokat Colomers forslag til avgjørelse, saml. 1996 I-06609

Sak C-168/95 (Arcaro), Generaladvokat Elmers forslag til avgjørelse saml. 1996 I-04705

Sak C-384/02 (Grøngaard og Bang), Generaladvokat Poiares Maduro forslag til avgjørelse saml. 2005 I-09939

Sak C-321/05 (Kofoed), Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse saml. 2007 I-05795

7.2.4 Den europeiske menneskerettsdomstol

Tilgjengelige ved <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx>

No. 8691/79, Malone mot Storbritannia 2. august 1989

No. 14307/88, Kokkinakis mot Hellas 25. mai 1993

No. 20166/92, S.W. mot Storbritannia 22. november 1995

No. 17862/91, Cantoni mot Frankrike 15. november 1996

| | |
|---|-------------------|
| No. 23372/94, Larissis mfl. mot Hellas | 24. februar 1998 |
| No.23536/94, Baskaya og Okçuoglu mot Tyrkia | 8. juli 1999 |
| No. 38753/00, Eurofinacom mot Frankrike | 7. september 2004 |
| No. 77193/01, Dragotoniu og Militaru-Pidhorni mot Romania | 24. mai 2007 |

7.3 Norske kilder

7.3.1 Lover og forskrifter

| | |
|------|--|
| 1814 | Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814. |
| 1902 | Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10. |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30. |
| 1999 | Forskrift om såvarer av 13. september 1999 nr. 1052. |
| 1999 | Forskrift om tilsyn og kontroll ved import og transitt mv av animalske næringsmidler og produkter av animalsk opprinnelse mv. fra tredjeland av 18. oktober 1999 nr. 1163. |
| 2001 | Lov om iverksetjing av internasjonale, ikkje-militære tiltak i form av avbrot eller avgrensing av økonomisk eller anna samkvem med tredjestatar eller rørsler av 27. april nr. 14 (sanksjonslova). |
| 2003 | Lov om matproduksjon og mattrygghet av 19. desember 2003 nr. 124 (matloven). |
| 2007 | Lov om verdipapirhandel av 29. juni 2007 nr. 75 (verdipapirhandeloven). |

- 2008 Forskrift om offentlig kontroll med etterlevelse av regelverk om fôrvarer, helse og velferd hos dyr (kontrollforskriften) av 22. desember 2008 nr. 1621.
- 2009 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2
- 2014 Forskrift om særskilte beskyttelsestiltak ved import av visse fôrvarer på grunn av alfatonrisiko av 2. september 2014 nr. 1140.
- 2014 Forskrift om særskilte beskyttelsestiltak ved import av visse næringsmidler fra tredjestater på grunn av pesticidrisiko av 2. september 2014 s. 1141.
- 2014 Forskrift om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territorielle integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet av 15. august 2014.

7.3.2 Forarbeider

St. prp.nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).

Ot. prp. nr. 79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

NOU 2002:4 Ny straffelov, straffelovkommisjonens delutredning VII, 4.2.1.

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, 5.1.2.

PRE-2014-08-15-1076 (Kongelig resolusjon), saksnummer 14 02363.

7.3.3 Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1932 s. 1028

Rt. 1935 s. 42

Rt. 1935 s. 697

Rt. 1962 s. 1081

Rt. 1994 s. 850

Rt. 1997 s. 580

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2001 s. 1303

Rt. 2002 s. 1069

Rt. 2005 s. 1628

Rt. 2005 s. 1601

Rt. 2009 s. 780

Rt. 2010 s. 684

Rt. 2010 s. 481

Rt. 2011 s. 469

Rt. 2012 s. 1211

Rt. 2012 s. 387

Rt. 2012 s. 752

Rt. 2012 s. 313

Rt. 2012 s. 761

Rt. 2012 s. 1669

Rt. 2014 s. 238

Rt. 2014 s. 786

Rt. 2014 s. 907

Lagmannsretten:

RG. 2002 s. 943

LB-2006-175412

LB-2011-43690

LB-2011-102720

LB-2012-197664

| | | | |
|--|---|--------|--|
| Asp, Petter | <i>The Substantive Criminal Law Competence of the EU</i> | | Stockholm, 2012 |
| Beccaria, Cesare | <i>Om forbrydelse og straf</i> | | København, 1998 |
| Backer, Inge Lorange | <i>Hønsehaug i Høyesterett: Rt. 2014 s. 238</i> | | I Lov og rett, 2014 s. 399-407 |
| Baumbach, Trine | <i>Det strafferetlige legalitetsprincip</i> | | København, 2008 |
| Betlem, Gerrit | <i>The Doctrine of Consistent Interpretation</i> | | I Direct effect, Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine Groningen 2002, s.79-104 |
| Bugge Thorbjørn Daniel... [et.al.]. | <i>Grundlæggende EU-ret, EU efter Lissabontraktaten</i> | 2. utg | København, 2011 |
| Cassese, Antonio | <i>International Criminal Law</i> | 3. utg | Oxford 2013 |
| Craig, Paul og Gráinne de Búrca | <i>EU law: texts, cases and materials</i> | 5. utg | Oxford, 2011 |
| Drake, Sarah | <i>Twenty year after Von-Colson: The impact of "indirect effect" on the protection of the individual's Community rights</i> | | I European law review, 2005 s. 329-348 |

| | | | |
|---|---|--------|--|
| Emberland, Marius | <i>Om internasjonale menneskerettigheter</i> | | I Tidsskrift for Strafferett, 2001-1 s. 55-67 |
| Elholm, Thomas | <i>EU-konform fortolkning af national strafferet</i> | | I "Jurist uden omsvøb", Festskrift til Gorm Toftegaard Nielsen København 2007, s. 97-116 |
| Elholm, Thomas | <i>Sanktionering af EU-retten</i> | | I Europæisering af dansk ret, København 2008 s. 251-279 |
| Eckhoff, Torstein | <i>Rettskildelære</i> | | Oslo, 1971 |
| Eckhoff, Torstein v/ Jan Helgesen | <i>Rettskildelære</i> | 5. utg | Oslo, 2000 |
| Franklin, Christian | <i>Om innholdet og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning</i> | | I Jussens venner 2012 s. 270-316 |
| Frederik Sejersted...[et al.]. | <i>EØS-rett</i> | 3. utg | Oslo, 2011 |
| Fredriksen, Halvard, Haukeland og Gjermund Mathisen | <i>EØS-rett</i> | 2. utg | Bergen, 2014 |

| | | | |
|----------------------------------|--|--------|---|
| Fredriksen, Halvard Haukeland | <i>EU/EØS-rett i norske domstoler, rapport for Europautredningen</i> | | Bergen, 2011 |
| Fredriksen, Halvard Haukeland | <i>Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen</i> | | Bergen, 2013 |
| Fredriksen, Halvard Haukeland | <i>Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten</i> | | I Jussen Venner 2013, s. 371-399 |
| Graver, Hans Petter | <i>I prinsippet prinsipiell- om rettsprinsipper</i> | | I Tidsskrift for Rettsvitenskap 2006 nr. 2 s. 190-221 |
| Hartley, TC | <i>The foundation of European Union Law</i> | 8. utg | Oxford, 2014 |
| Hecker, Bernd | <i>Europäisches Strafrecht</i> | 4. utg | E-bok, Springer, 2012 |
| Jacobsen, Jørn RT | <i>Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten</i> | | Bergen , 2008 |
| Kjølbros, Jon Fridrik | <i>Den europæiske menneskerettigheds konvention: for praktikere</i> | 3. utg | København, 2010 |

| | | |
|--|--|---|
| Klip, André | <i>Editorial</i> | I European Journal of crime, criminal law and criminal justice, 2014 s. 113 |
| Koflaath, Eivind | <i>Flertydige lovttekster</i> | I Lov og Rett 2004 s. 464-473 |
| Røstad, Helge | <i>Lovprinsippet i strafferetten</i> | I Festskrift til Hans Thornstedt, Stockholm, 1983 s. 609-630 |
| Røstad, Helge | <i>Blankettstraffebud</i> | I Lov og Rett, 1995, s. 565-594 |
| Paunio, Elina og Susanna Lindroos-Hovinheimo | <i>Taking language seriously</i> | I European law review, 2010 s. 398- 416 |
| Prechal, Sacha | <i>Directives in EC-law</i> | Oxford, 2005 |
| Strandbakken, Asbjørn | <i>Grunnloven § 96</i> | I Jussens Venner 2004 s. 167-210 |
| Skjerdal, Nicolai V. | <i>Hva betyr "klar lovhjemmel"?</i> | I Jussens Venner 2001 s. 337- 362 |
| Satzger, Helmut | <i>International and European Criminal law</i> | München, 2012 |
| Skeie, Jon | <i>Den norske strafferett</i> | Oslo, 1946 |

| | | |
|--------------------------------------|--|--|
| Skoghøy, Jens Edvin | <i>Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven</i> | I Jussens Venner 2014 s. 297-339 |
| Tiberi, Giulia | <i>Multilingualism and Legal Translation of the sources of Law of the European Union</i> | I Criminal proceedings, languages and the European Union, E- bok, Springer, 2014 s. 5-21 |
| Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen | Retskilder & Retsteorier | 4. utg. København, 2014 |

7.6 Andre kilder

Samtale med Grete Borge, Enhet for EØS-oversettelse i Utenriksdepartementet.