

# ... and your chicks for free?

– Tapte prostitusjonsinntekter i HR-2017-2352-A

Av førsteamanuensis Markus Jerkø

Artikkelen er den siste i en serie av tre metodiske domskritikker. Gjennom en kritisk vurdering av HR-2017-2352-A *Prostitusjonsinntekter*, om erstatningsrettslig vern for fremtidige prostitusjonsinntekter, tematiseres betydningen av prinsipielle og hypotetiske resonnementer i rettslig argumentasjon.

Nøkkelord: erstatningsrett, erstatningsrettslig vern, hypotetisk resonnering, juridisk metode, prinsipiell resonnering, prostitusjonsinntekter, rettskildelære, verdier

Markus Jerkø er førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

## 1 Innledning

Avgjørelsen i HR-2017-2352-A *Prostitusjonsinntekter* gjaldt krav om erstatning for tapte fremtidige prostitusjonsinntekter. En gruppe kvinnelige sexarbeidere<sup>1</sup> var blitt utsatt for grove ran. Som følge av fysiske og psykiske skadevirkninger kunne de ikke selge seksuelle tjenester i en kortere periode, og krevde inntektstapet dekket. Spørsmålet for Høyesterett var om kravet har erstatningsrettslig vern.

Et flertall på tre dommere kom til at slike krav ikke er vernet. På bakgrunn av Rt. 1999 s. 203 *Steriliseringsdommen* og Rt. 2013 s. 1689 *Fostervannsdagnostikk* anførte førstvoterende at en generell rett til erstatning ikke kan utledes av skadeserstatningsloven. Den overordnede problemstillingen måtte være om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse, og dette må avgjøres ved en konkret vurdering av skadelidtes og samfunnets interesser for øvrig. I den konkrete vurderingen ble det blant annet vist til at kjøp av seksuelle tjenester er straffbart, og at det er vanskelig å bygge et rettskrav på en forutsetning om at straffbare handlinger vil bli begått, samt til mulige negative virkninger av et erstatningsrettslig vern forprostituerte som gruppe. Mindretallet hadde et annet syn både på det rettslige utgangspunktet og på den konkrete vurderingen.

Avgjørelsen har fått betydelig, hovedsakelig kritisk, omtale i juridisk teori.<sup>2</sup> Her er det flere rimelige ankepunkter, uten at jeg vil forfølge alle disse her. Mitt formål er hovedsakelig å grave dypere i ett av

---

<sup>1</sup> Jeg foretrekker termene «sexarbeid» og «sexarbeider» fremfor de mer negativt ladede «prostitusjon» og «prostituert», som er benyttet i avgjørelsen og kommentarer til denne, men vil her bruke termene om hverandre. Et slikt terminologisk skifte, som bidrar til anerkjennelsen av sexarbeid som arbeid, har vært et virkemiddel i kampen for å styrke prostituertes rettigheter, se Molly Smith og Juno Mac, *Revolting Prostitutes: The Fight for Sex Worker's Rights*, London og New York, 2018.

<sup>2</sup> Kritiske er Birgitte Hagland, «Om erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter (HR-2017-2352-A) Dissens 3-2», *Nytt i privatretten*, nr. 1/2018 (2018a) s. 7–10; Birgitte Hagland, «Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2018 (2018b) s. 79–107 (særlig s. 84–95, 103–105), DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.2464-3378-2018-02-03-02>; Arnt E. Skjefstad, «Metodiske

avgjørelsens sårbare punkter, nemlig forutsetningen om at den tar opp et spørsmål det er betimelig å stille. Det er klart at for fremtidige lønnsinntekter fra de fleste andre yrker ville det aldri oppstått et spørsmål om disse har erstatningsrettslig vern. Hvilke holdepunkter er det i kildene som gir grunnlag for å mistenke at dette skulle kunne forholde seg annerledes for sexarbeideres inntekter?

Etter en kritisk gjennomgang av flertallets argumentasjon, sammenstilt med mindretallets (punkt 2), vil jeg se nærmere på hva vi bør utlede om problemstillingen på bakgrunn av to tidligere avgjørelser fra Høyesterett: *Steriliseringsdommen* (punkt 3) og HR-2016-2491-A (punkt 4). Sistnevnte – som var nevnt i anførselene i *Prostitusjonsinntekter*, men ikke i votaene – tok opp et tilstøtende spørsmål, om erstatningsrettslig vern for opparbeidede inntekter fra prostitusjon. Jeg ser så kort på kritikken betydning for fastsettelsen av gjeldende rett i dag (punkt 5), før jeg gir noen avsluttende refleksjoner om de fasetter av praktisk rettslig argumentasjon som jeg har søkt å kaste lys over i denne trioen av metodiske kritikker (punkt 6).<sup>3</sup>

## 2 Høyesteretts argumentasjon

Førstvoterende åpnet sin vurdering med å konstatere at det etter rettspraksis er «et grunnvilkår for erstatning at den interessen som kreves erstattet, har et erstatningsrettslig vern» (avsnitt 33). Til støtte for dette viste han til to avgjørelser hvor Høyesterett kom til at den skadde interessen ikke hadde slikt vern, Rt. 1999 s. 203 *Steriliseringsdommen* og Rt. 2013 s. 1689 *Fostervannsdagnostikk*. I den første av disse var det uttalt (på s. 206):

«A har gjort gjeldende at erstatningsplikten følger av bestemmelsene i skadeserstatningsloven, og at et unntak fra lovens regler krever en særlig begrunnelse. Jeg er ikke enig i dette. Skadeserstatningsloven løser ikke alle spørsmål knyttet til hvilke tap som er erstatningsrettslig vernet. Tap av den art saken gjelder, er ikke omtalt i lovforarbeidene. Spørsmålet om erstatning må avgjøres uavhengig av loven.»

For førstvoterende var spørsmålet dermed *ikke* «om det er grunner til å gjøre *unntak* fra vern», og dette måtte gjelde «selv om erstatningsplikten følger av bestemmelser i loven [*sic*]» (avsnitt 34; Høyesteretts uthevinger gjennomgående). Han kunne heller ikke se noe ved skadens art som kunne medføre at dette utgangspunktet ikke skulle gjelde (avsnitt 35). «Den overordnede problemstillingen» var derfor etter hans syn «om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse» (avsnitt 36), og dette «vil måtte bero på en konkret bedømmelse av hensynet til de skadelidtes og samfunnets interesser vurdert generelt» (avsnitt 37).

---

utfordringer i erstatningsretten – noen grunntrekk og refleksjoner», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2018 s. 220–260 (s. 232–233), DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.2464-3378-2018-04-02>; Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, «Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern», *Jussens Venner*, 2018 s. 329–345, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2018-05-03>; Stig Eidissen, «Kortvarig tap av prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern – kommentar til HR-2017-2352-A», *Lov og Rett*, 2019 s. 133–145, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2019-03-02>; Johan Vorland Wibye, «Prostitusjonsinntekter, samvittighetsforbehold og plassering av rettigheter», *Lov og Rett*, 2019 s. 255–260, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2019-04-05>. Mer kritisk til mindretallet synes Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018, s. 224.

<sup>3</sup> De to første bidragene i serien er publisert som «Money for nothing ... (I) – Verdifastsettelse etter tomtefeste i HR-2016-1240-A», *Lov og Rett*, 2020 s. 274–292, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-05-03>; og «Money for nothing ... (II) – Gavesalg og fastsettelse av vederlag for borett etter Rt. 2010 s. 1361», *Lov og Rett*, 2020 s. 338–348, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2020-06-03>.

For mindretallet var utgangspunktet for vurderingen det motsatte:

«Kvinnene ble ranet og påført fysisk og psykisk skade. De har da krav på å få dekket sine økonomiske tap fra de respektive skadevolderne. Dette følger av skadeserstatningsloven § 3-1, hvor det fremgår at erstatning for skade på person blant annet 'skal dekke lidt skade' og tap i fremtidig erverv. For meg er derfor utgangspunktet dette: Det følger av loven at den personskadelidtes individuelle ervervstap har erstatningsrettslig vern.

Konsekvensen er at det må oppstilles et unntak fra § 3-1 dersom kvinnene ikke skal få sine tap erstattet. Jeg er enig med førstvoterende i at ikke alle tapsposter har erstatningsrettslig vern uten videre. Dette følger blant annet av steriliseringsdommen, som han har gjennomgått. Men Høyesteretts praksis byr på få slike eksempler. Jeg mener på denne bakgrunn at et slikt unntak fra § 3-1 krever en særskilt begrunnelse» (avsnitt 66 og 67).

Førstvoterendes tolkning virker anstrengt i mine ører (og det tilfører ingenting å oppstille et «grunnvilkår» om erstatningsrettslig vern). Men uansett: Om man tar som utgangspunkt at det ikke finnes en generell erstatningsplikt, slik at denne må begrunnes særskilt på hvert enkelt område, eller om man i stedet tar utgangspunkt i en generell erstatningsplikt som det kan finnes unntak fra på ulike områder, vil kunne komme ut på ett. Det avgjørende er i alle fall om vi befinner oss innenfor eller utenfor erstatningsreglens anvendelsesområde. Derfor er det neppe, slik jeg ser det, grunn til å legge særlig vekt på denne problemstillingen. Formuleringen av utgangspunktene tjener hovedsakelig retoriske formål: De er ment å understøtte det samme resultatet som følger av fraksjonenes konkrete vurdering av om fremtidige prostitusjonsinntekter fortjener rettsordenens beskyttelse.<sup>4</sup>

Før han innledet sin konkrete vurdering, presiserer førstvoterende at saken gjaldt et «*kortvarig tap*» av prostitusjonsinntekter, og at han ikke tok stilling til hva situasjonen vil være ved langvarige tap av ervervsevnen; her kunne det ikke utelukkes «at mer generelle vurderinger» ville komme i forgrunnen og forsvare et erstatningsrettslig vern etter alminnelige kriterier (avsnitt 38).

Fortjener sexarbeideres (kortvarige) fremtidige inntektstap rettsstatens beskyttelse?

For førstvoterende var det «naturlig å ta utgangspunkt i at *kjøp* av seksuelle tjenester er straffbart», selv om, som han innrømmer, *salg* av seksuelle tjenester er *lovlig* (avsnitt 40). Etter å ha redegjort for kriminaliseringen av kjøp av seksuelle tjenester samt hallikvirksomhet og utleie av lokaler til prostitusjon samlet han trådene ved å si at

«Prostitusjon anses altså som klart uønsket fra samfunnets side, og lovgivningen kriminaliserer bredt handlinger som kan knyttes til slik virksomhet. Når salg av seksuelle tjenester ikke er straffbart, er det av hensyn til de prostituerte selv, som anses for å være en svak og utsatt gruppe. Dette taler etter mitt syn mot at tap av fremtidige inntekter fra prostitusjon skal ha et erstatningsrettslig vern» (avsnitt 50).

Slik jeg leser førstvoterende, sammenholdt med annenvoterende, er dette ment som et argument om hva som kan utledes av *sammenhengen* i lovgivningen: Den kriminaliserer bredt handlinger knyttet til slik virksomhet (riktignok med unntak for selve prostitusjonen), og det taler mot at tap av fremtidige inntekter fra prostitusjon skal ha erstatningsrettslig vern.

Det er ikke innlysende at betraktninger om en slik sammenheng – ved siden av de substansielle grunner som kan tale for eller mot at slike inntekter *bør* ha erstatningsrettslig vern – i det hele tatt bør tilkjennes betydning – i den ene eller andre retning – som noe mer enn en appell til følelser.

Det fremgår heller ikke av votumet *hvorfor* denne delvise kriminaliseringen taler for en slik konklusjon. Hvorfor skulle det at tre av fire handlinger er gjort *straffbare*, tale for at fremtidige inntekter

---

<sup>4</sup> Se ellers Hagland 2018b, s. 85–86; Ørjasæter/Bergsjø 2018, s. 331–337; Eidissen 2019, s. 134–136.

fra den fjerde, som er lovlig, ikke har *erstatningsrettslig vern*? På hvilken måte vil et slikt resultat gi bedre sammenheng i lovgivningen enn det motsatte?<sup>5</sup>

Mindretallets votum, som punkt for punkt dissenterte mot flertallets konkrete vurdering, indikerer at den motsatte forståelse ikke synes mindre forenelig med «sammenhengen» i lovgivningen. Etter å ha vist til lovgivers valg og en forarbeidsuttalelse om «at de prostituerte er en sårbar gruppe som [...] ‘har krav på vår solidaritet og må gis mulighet til å skape seg et annet liv’»,<sup>6</sup> fortsatte han:

«Av dette utleder jeg, som førstvoterende, at inntekt fra prostitusjon er lovlig inntekt på den prostituertes hånd. Inntekten kan ikke inndras av myndighetene, og den er, som andre inntekter, undergitt skatte- og avgiftsplikt. Mitt syn er da at *sammenhengen* i lovgivningen tilsier at tap av denne inntekten må kunne kreves erstattet av en skadevolder. Aksepteres inntekten, er det grunn til også å akseptere tapet av den. Mitt syn er dessuten at denne lovgivningen bygger på en grunntanke om at de prostituertes rettsstilling ikke skal rammes av at andre begår lovbrudd i forbindelse med at prostitusjonen foregår.

Straffelovens regulering gir derfor ingen begrunnelse for å unnta tapte prostitusjonsinntekter fra erstatningsrettslig vern. Jeg mener tvert om at denne reguleringen trekker i retning av at slikt tap er vernet» (avsnitt 70 og 71).<sup>7</sup>

For førstvoterende var det også «sentralt at inntektstapet forutsetter *fremtidige kjøp* av seksuelle tjenester». Han viste til Norske Lov 5-1-2, og uttalte at «et erstatningsrettslig vern vil måtte bygge på en forutsetning om at et slikt kjøp ville blitt gjennomført uten skaden; noe som ville innebære at den som skulle ha betalt for tjenesten, måtte ha begått en straffbar handling. Det er ut fra sammenhengen i rettssystemet vanskelig å bygge et rettskrav på et slikt utgangspunkt» (avsnitt 51).

Det kan, i ett perspektiv, være riktig å si at *inntektstapet* forutsetter et fremtidig kjøp av seksuelle tjenester. Dette kjøpet vil imidlertid, forutsetningsvis, være et kontrafaktisk kjøp, ikke et virkelig et. I et annet perspektiv synes det derfor ikke mindre riktig å si, som annenvoterende, at det samme ikke gjelder for *erstatningen*: «Erstatningen tvinger ikke igjennom noen prostitusjonshandling, og den forutsetter heller ikke at en slik handling skal finne sted. Det eneste som vil skje, er at det gjøres en økonomisk beregning av et hypotetisk hendelsesforløp» (avsnitt 74).<sup>8</sup>

Videre viste førstvoterende til virkningene av at erstatning for tapte prostitusjonsinntekter tilkjennes eller ikke. Skadelidtes dekningsbehov (avsnitt 53) samt den tilfeldige fordel for skadevoldere ved å nekte erstatning (avsnitt 54) talte for å tilkjenne erstatning. At et manglende vern «også av noen kunne oppfattes som støtende og bidra til økt utrygghetsfølelse for en allerede sårbar gruppe», trakk i samme retning (avsnitt 55). Disse hensynene måtte imidlertid veies mot virkningene av et erstatningsvern «for *prostituerte som en utsatt gruppe*» (avsnitt 56). Han viste til at kriminaliseringen av sexkjøp har bidratt til mindre prostitusjon (avsnitt 57–59). Etter hans oppfatning ville et erstatningsvern kunne motvirke denne trenden gjennom å bidra til «en alminneliggjøring av sterkt uønsket virksomhet» (avsnitt 60).

Alt i alt så han det slik

---

<sup>5</sup> Sml. Ørjasæter/Bergsjø 2018, s. 337–338; Eidissen 2019, s. 136–138.

<sup>6</sup> Avsnitt 69: Uttalelsen, fra et stortingskomitéflertall, var fra Innst. O. nr. 3 (2008–2009) s. 5–6.

<sup>7</sup> Til mindretallets vektlegging av at prostitusjonsinntekter er lovlig inntekt og derfor må kunne kreves erstattet, bemerker Skoghøy (2018, s. 224): «Det er her mindretallet ‘sporer av’. Også flertallet uttaler at ‘[s]alg av seksuelle tjenester er ... lovlig’. Det er temmelig meningsløst å betegne salg av seksuelle tjenester som lovlig virksomhet når kjøp er straffbart. En virksomhet kan være ulovlig selv om den ikke er straffbar. Man kan ikke si at det er ‘lov’ å selge en tjeneste som det er straffbart å kjøpe!» Det er korrekt at en virksomhet kan være ulovlig selv om den ikke er straffbar. Men det forutsetter at det eksisterer et forbud mot virksomheten. Det er ikke tilfellet her, slik både flertallet og mindretallet la til grunn, og Wibye (2019, s. 255–256) poengterer.

<sup>8</sup> Se ellers Ørjasæter/Bergsjø 2018, s. 338–341; Eidissen 2019, s. 139–141.

«at prostitusjonsmarkedets karakter overskygger de negative konsekvenser et manglende vern får for den enkelte skadelidte. Risikoen for at et erstatningsvern har negative sider for de prostituerte som gruppe, overskygger også at det kan virke støtende at en skadevolder ikke skal måtte gjøre opp for den prostituertes forbigående tap av fremtidsinntekter. Jeg peker igjen på at erstatningssituasjonen ved mer langvarige skader vil kunne være en annen. Med i totalbildet hører også at det som en prostituert blir fratatt, har alminnelig erstatningsrettslig vern» (avsnitt 62).

Førstvoterendes påstand er altså at det, samlet sett, vil være *bedre for de prostituerte som gruppe* om prostituerte *ikke* tilkjennes rett til erstatning for kortvarige, fremtidige inntektstap, enn om de tilkjennes slik erstatning. Og dette gjelder til tross for de konkrete, negative virkninger av å nekte erstatning som han identifiserte – og som for annenvoterende sto sentralt i vurderingen (avsnitt 77) – herunder at skadelidte ikke får dekket sine tap, og at et manglende rettsvern kan virke støtende og bidra til økt utrygghetsfølelse for en allerede sårbar gruppe. At risikoen for slike negative sider ved et erstatningsvern «overskygger» de negative sidene ved å nekte erstatning, må innebære at det, i førstvoterendes estimat, er tale om nokså betydelige negative virkninger av å tilkjenne erstatning.

Av førstvoterendes fremheving av at et erstatningsvern vil «kunne bidra til en alminneliggjøring av sterkt uønsket virksomhet og motvirke de dempende effekter kriminaliseringen av slike kjøp synes å ha hatt på etterspørselen etter seksuelle tjenester» (avsnitt 60), er det tydelig at de virkninger han i første rekke har i tankene, er en økning i tilbudet og etterspørselen etter seksuelle tjenester. Med et erstatningsrettslig vern for kortvarige, fremtidige prostitusjonsinntekter vil flere ønske å kjøpe seksuelle tjenester, og flere vil ønske å prostituere seg eller å bringe andre inn i prostitusjon. Noe argument for en slik mulig årsakssammenheng gir han imidlertid ikke.

Virkningene vil være usikre, slik annenvoterende minnet om (avsnitt 75). Men han har nok rett i at «det er liten grunn til å tro at holdningene til prostitusjon blir mer positive dersom også prostituerte som har vært utsatt for vold, får dekket sine ervervstap av skadevolderen» (avsnitt 78). De konkrete virkningene av en slik rettstilstand, for prostitusjonsmarkedet, vil blant annet bero på hvor utbredt kunnskap det er om rettstilstanden før og etter dommen hos potensielle kjøpere og tilbydere av seksuelle tjenester. Antagelig er kunnskapen begrenset. Men selv der rettstilstanden ble kjent, og ble oppfattet som en endret tilstand, er det vanskelig å se noen grunn til at det skulle tillegges særlig betydning. En plikt til å erstatte prostituertes fremtidige inntektstap hvis man begår overgrep mot dem, vil neppe lokke flere kunder til bransjen; dessuten vil det for de fleste fortsatt være altoverskyggende at kjøp er *straffbart*. Og en rett til erstatning for den som blir utsatt for vold eller annen utnyttning, vil nok heller ikke trekke flere til et yrke hvor man er utsatt for nettopp vold og annen utnyttning.<sup>9</sup>

### 3 Prinsipiell rekonstruksjon

I Rt. 1999 s. 203 *Steriliseringsdommen* hadde en enstemmig Høyesterett, som nevnt over, uttalt at skadeserstatningsloven «ikke [løser] alle spørsmål knyttet til hvilke tap som er erstatningsrettslig vernet», og at spørsmålet om erstatning «må avgjøres uavhengig av loven» (s. 206). Disse generelle prejudikatttalelsene gir, tilsynelatende, solid støtte til de interesseavveininger retten foretok i *Prostitusjonsinntekter*. Man kan være uenig i innholdet og utfallet av avveiningene, men det vil i liten grad kunne rokke ved løsningen på sakens rettslige problemstilling, som det var opp til Høyesterett som siste instans å bestemme.

---

<sup>9</sup> Se ellers Skjefstad 2018, s. 232–233; Ørjasæter/Bergsjø 2018, s. 342–343; Eidissen 2019, s. 138–139.

Saksforholdet i *Steriliseringsdommen* var imidlertid et annet. Etter et mislykket steriliseringsinngrep ble et par foreldre til et friskt barn. Saken gjaldt krav om erstatning for det økonomiske tapet de var påført som følge av svangerskapet og barnets fødsel, herunder utgifter til å forsørge barnet.<sup>10</sup>

Høyesterett slo fast at et slikt krav ikke har erstatningsrettslig vern. I den meget knappe begrunnelsen står følgende uttalelse sentralt:

«Det kan anføres argumenter både for og imot erstatningsrettslig vern. [...] Etter mitt syn beror imidlertid avgjørelsen langt på vei på et verdivalg. Det er tale om en interesse som etter min mening ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål. Jeg ser det som den beste løsning, i relasjon til barnets, foreldrenes og samfunnets interesser generelt vurdert, ikke å anerkjenne erstatningsrettslig vern for det krav som er reist i denne saken» (s. 207).

Jeg mener dette er en rimelig vurdering. Den illustrerer hvordan positiv rett kan støte an mot visse grunnleggende verdier som også rettsstaten og domstolene bør vokte over. Slik sett er den – innenfor disse verdienes grenser – et eksempel til etterfølgelse.

Avgjørelsen lar imidlertid ett avgjørende spørsmål stå ubesvart, nemlig: *Hvorfor?*<sup>11</sup> Hvorfor bør det anses galt (så fremt man er av en slik oppfatning) å anerkjenne erstatningsrettslig vern for utgifter knyttet til fødselen av et friskt barn (i et slikt tilfelle)? Hva var de avgjørende kjennetegnene ved saken? Og hvilken prinsipiell begrunnelse kan vi anføre til støtte for Høyesteretts verdivalg?

Svarene på disse spørsmålene kan ikke finnes ved henvisning til sakens parter; foreldre vil kunne gjøre gjeldende andre erstatningskrav etter feilbehandling ved offentlige sykehus. Det kan heller ikke bero på inngrepets art; utgiftene til ny sterilisering fikk faren erstattet. Ei heller kan det forklares med at det var et barn involvert; barn og foreldre kan ha krav på erstatning for andre skader på barn. Og det kan heller ikke begrunnes med at tapet var en følge av svangerskap eller fødsel; tap knyttet til andre skader i forbindelse med svangerskap eller fødsel kan kreves erstattet.

---

<sup>10</sup> Etter at byretten frifant sykehuseieren, med den begrunnelse at det måtte antas å stride mot den alminnelige rettsfølelse å tilkjenne erstatning (s. 204), var det kun faren (som inngrepet var utført på) som anket.

<sup>11</sup> Kritisk til dommens mangel på nærmere begrunnelse for verdivalget er Hans Petter Graver, «Rettferdighet som juridisk argument – kan graviditet sammenlignes med en fysisk skade?», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2012 s. 1–4. Fra side 2: «Høyesterett hevet seg dermed over argumentenes og rasjonalitetens sfære, og retten overlot sakens løsning til en ren beslutning. Dommerne sluttet seg med dette til det synet på moral som jeg har gjengitt fra Alf Ross, nemlig at det finnes visse spørsmål man ikke kan løse ved hjelp av fornuft og argumenter.» Ørjasæter/Bergsjø (2018, s. 345) nevner at *Prostitusjonsinntekter* kanskje kan «ses som en slags respons på kritikken. Det mangler i alle fall ikke på begrunnelse i prostitusjonsinntektsdommen. Innvendingen herifra er heller at begrunnelsen ikke er god.» Som de påpeker (s. 344), har det vært hevdet at *Prostitusjonsinntekter* handler om et verdivalg (se bl.a. Hagland 2018a, s. 8; Hagland 2018b, s. 89). Om det er riktig, og i så fall på hvilken måte, er uklart. Det er antagelig ikke rimelig å si at flertallets verdisynt er at prostituerte ikke bør ha krav på erstatning for (kortvarig) fremtidig inntektstap. Kanskje er det snarere slik at flertallet her, «ved hjelp av fornuft og argumenter», slik Graver etterlyser, argumenterer seg bort fra det intuitive verdistandpunktet i saken – nemlig at prostituerte bør ha samme rett til erstatning for sine inntektstap som medlemmer av andre yrkesgrupper. I så fall gir avgjørelsen, slik Ørjasæter og Bergsjø er inne på (s. 345), et argument for at man *ikke* alltid bør «kreve av domstolene at det gis utførlige begrunnelser for resultatet i saker hvor verdispørsmål står sentralt. Det er i alle fall ikke slik at rene verdistandpunkter uten videre er dårlige. [...] Så lenge verdivalget gjøres åpent, og utfallet ikke virker helt fremmed på vår rettsbevissthet, kan vi som oftest slå oss til ro med det.»

Det utslagsgivende synes å være at foreldrenes økonomiske tap ikke var resultat av noen «skade», i ordinær forstand; kravet gjaldt utgifter til å fostre opp et alminnelig, friskt barn. Det reiser et rettslig – og moralsk – dilemma: Bør retten anerkjenne slike utgifter som et erstatningsrettslig vernet tap? Svaret er ikke innlysende, men det fremstår betenkelig på grunn av den nære forbindelsen mellom barnet og tapet. *Hvorfor?* En nærliggende begrunnelse tar utgangspunkt i den grunnleggende likhetstanke som ligger til grunn for vår lovgivning; vi har alle krav på samme anerkjennelse og respekt for vårt menneskeverd.<sup>12</sup> En avgjørelse som innrømmer erstatning for utgiftene til å fostre opp et friskt barn, ville, i en forstand, innebære at det ble satt likhetstegn mellom barnet og tapet – at et menneske ble redusert til et økonomisk tap<sup>13</sup> – og det synes vanskelig å forene med at vi alle er like i rettens øyne.

Den generelle uttalelsen i *Steriliseringsdommen* falt på bakgrunn av et konkret saksforhold – og bør leses mot denne bakgrunn; den åpner ikke for at ethvert erstatningskrav skal gjøres til gjenstand for et (åpent) verdivalg, uavhengig av loven. Fordi Høyesterett gir en sparsom begrunnelse, må vi selv grave dypere for å få en bedre forståelse av uttalelsens normative betydning. Da ser vi at den dreide seg om et moralsk dilemma av en helt annen karakter enn det spørsmål retten stod overfor i *Prostitusjonsinntekter*. Og om vi søker en prinsipiell begrunnelse for det verdivalg Høyesterett foretok i saken, blir forskjellen mellom de to vurderingene bare tydeligere. Et likhetsprinsipp kan vanskelig tas til inntekt for atprostituerte ikke skal ha krav på å få dekket sine (kortvarige) fremtidige inntektstap.<sup>14</sup> Tvert imot, kan det hevdes, gir *Steriliseringsdommen* oss et argument for den motsatte løsning.<sup>15</sup>

Det er flere grunner til at jeg har konsentrert fremstillingen om *Steriliseringsdommen*, og ikke også om Rt. 2013 s. 1689 *Fostervannsdagnostikk*. Det er førstnevnte Høyesterett siterer fra, den er enstemmig, og det ble også vist til denne originale avgjørelsen i sistnevnte, hvor retten under dissens (3–2), og med en mer tvilsum begrunnelse, besvarte et tilstøtende spørsmål.

På grunn av stor omsorgsbelastning hadde en gravid kvinne bestemt seg for å avslutte svangerskapet dersom det ble påvist at barnet ville ha nedsatt funksjonsevne. Ved en feil ble hun ikke tilbudt fostervannsprøve. Barnet ble født med Downs syndrom, og kvinnen ble syk som en konsekvens, diagnostisert med en angstlidelse. Spørsmålet var om hun kunne kreve erstatning for den psykiske skaden.

I *Fostervannsdagnostikk* var spørsmålet altså ikke om det kunne kreves erstatning for de utgifter som følger med fødselen av et (friskt) barn, men om det kunne kreves erstatning for en psykisk skade med en årsakskjede som gikk fra medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap, via fødselen av et barn (som ellers ikke ville vært født). For mindretallet var en slik distinksjon avgjørende (avsnitt 48),<sup>16</sup> mens flertallet argumenterte for at krav med en så nær tilknytning til fødsel av et barn heller ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål (avsnitt 40).

Det er et interessant sammenfall mellom sammensetningen av panelene i *Fostervannsdagnostikk* og i *Prostitusjonsinntekter* (noe slikt sammenfall med *Steriliseringsdommen* foreligger ikke). Som én av tre gjengangere stemte Øie med flertallet i begge sakene, mot erstatning, mens Indreberg i begge tok dissens. Matheson, derimot, «skiftet side», fra en istemmende dissens til å føre pennen for flertallet.

---

<sup>12</sup> Slik også førstvoterende i Rt. 2013 s. 1689 (avsnitt 31): «Vår lovgivning bygger dessuten på at alle menneskeliv er like verdifulle.»

<sup>13</sup> Andre steder har barnet blitt omtalt som en (erstatningsrettslig) «skade». Se blant annet saksøkers anførsler (s. 205), hvor han understreket «at han ikke anser barnet som en ‘skade’», og Rt. 2013 s. 1689 hvor førstvoterende uttrykker at «[f]or barn vil det kunne være en belastning å bli ansett som en ‘skade’ som gir grunnlag for erstatning» (avsnitt 38). Kanskje harmonerer dette vel så godt med klassisk erstatningsrettslig terminologi, men en slik omtale virker moralsk sett enda mer upassende, og gir en sterk appell til følelser. Uansett er det tydelig hvor svakt tilpasset erstatningsrettslig terminologi er til et tilfelle som dette.

<sup>14</sup> Andre begrunnelser for Høyesteretts avgjørelse kan selvsagt tenkes, men det er også vanskelig å forestille seg hvordan en annen *verdibasert* begrunnelse vil kunne understøtte flertallets vurdering i *Prostitusjonsinntekter*.

<sup>15</sup> Overføringsverdien av denne dommen og *Fostervannsdagnostikk* er også problematisert i Ørjasæter/Bergsjø 2018, s. 331–337, 343–344.

<sup>16</sup> «Slik jeg ser det, er det avgjørende at det i vår sak – i motsetning til i steriliseringsdommen [...] – kreves erstatning for mors psykiske skade, ikke for utgifter til oppfostring av et uønsket barn.»

De to votaene er selvsagt ikke uforenelige, men én mulig forklaring på denne bevegelsen er at førstvoterende i *Prostitusjonsinntekter* var blitt beveget av flertallets votum i *Fostervannsdagnostikk*, både med hensyn til resultat og begrunnelse. Likhetene mellom argumentasjonsmønsteret i dommene er i alle fall slående.

Begge vota tar utgangspunkt i noe som strengt tatt ligger på siden av sakens problemstilling. Førstvoterende i *Prostitusjonsinntekter* mente, til tross for at salg av seksuelle tjenester er lovlig, at det var «naturlig å ta utgangspunkt i at kjøp av seksuelle tjenester er straffbart». Tilsvarende i *Fostervannsdagnostikk*: «Kravet er angitt å gjelde psykisk skade på A, ikke det forhold at hun har født et barn med Downs syndrom. Jeg finner det likevel naturlig å ta utgangspunkt i rettskilder som belyser rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet når det fødes et barn, til tross for at medisinsk behandling skulle forhindre fødselen» (avsnitt 24).

Fra dette utgangspunktet – om at det for barn vil kunne være en belastning «å bli ansett som en ‘skade’ som gir grunnlag for erstatning» – hevdet førstvoterende at «[d]et samme må gjelde ved skade som rammer foreldrene når denne har sammenheng med barnets eksistens eller frykten for å få barnet. Hensynene bak de prinsipper som er utviklet rundt krav om erstatning for uønsket fødsel, slår altså til med samme tyngde på problemstillingen i foreliggende sak» (avsnitt 38). Det siste er svakt underbygget i avgjørelsen, hvilket gjør at den vanskelig kan tillegges betydning utenfor det spesifikke typetilfellet den avgjør.

## 4 Hypotetisk rekonstruksjon

Også i HR-2016-2491-A hadde Høyesterett tatt stilling til krav om tapte prostitusjonsinntekter. Tre kvinner var utsatt for menneskehandel til prostitusjon. I straffesaken mot gjerningsmennene gjorde de gjeldende krav om henholdsvis restitusjon og erstatning for opparbeidede prostitusjonsinntekter som var fratatt dem. I en vurdering som avviste betydningen av flere motforestillinger, fant en enstemmig rett at det ikke kunne tillegges noen betydning at pengene stammet fra prostitusjon, og konkluderte med at erstatningskravet «må anses som en erstatningsrettslig vernet interesse» (avsnitt 97).

Vurderingen virker høyst relevant for spørsmålet i *Prostitusjonsinntekter*, men her er avgjørelsen kun nevnt i skadevoldernes anførsler (avsnitt 18), ikke i votaene. Forklaringen på dette kan ha å gjøre med den enstemmige rettens avgrensning:

«Jeg tar ikke stilling til spørsmålet om fremtidige inntekter ved prostitusjon kan ha erstatningsrettslig vern. Vår sak gjelder en annen og avgrenset problemstilling; om de fornærmede kan få dom for et krav om tilbakebetaling av de midler som er blitt fratatt dem, og om det i denne sammenheng har betydning om pengene var tjent ved prostitusjon» (avsnitt 86).

En slik eksplisitt avgrensning kan ofte (men på langt nær alltid) leses som et signal om at spørsmålet det avgrenses mot, er (mer) tvilsomt eller krever en annen løsning enn det spørsmål saken gjelder. I *Prostitusjonsinntekter* hadde derfor Høyesterett, tilsynelatende, en klar indikasjon på at spørsmålet som stod for retten, var uavklart og fortjente en selvstendig, grundig vurdering.

Det var imidlertid ett avgjørende spørsmål retten lot stå ubelyst i 2016, nemlig: *Hvorfor?* Hvis krav på erstatning for (opparbeidede) inntekter fra prostitusjon er en erstatningsrettslig vernet interesse, hvorfor anta at dette skulle kunne forholde seg annerledes for krav på fremtidige inntekter av samme art? Hvordan kan vi forklare rettens avgrensning?

Krav om prostitusjonsinntekter som i en eller annen forstand er fremtidige, kan tenkes å oppstå i en rekke ulike situasjoner: Én situasjon er der den prostituerte krever gjennomført en avtale om salg av seksuelle tjenester. Andre situasjoner er hvor en sexarbeider krever erstatning fra en kunde som har gått fra en avtale, eller fra en kunde som ikke har gjort opp for seg. Vi kan også forestille oss situasjoner hvor bakmenn har tvunget, lokket eller lurt mennesker til prostitusjon, og hvor det i etterkant av et veiskille oppstår spørsmål knyttet til inntekter som de var stilt i utsikt eller ellers ville hatt. I tillegg har vi situasjoner hvor den prostituerte er ute av stand til å arbeide som følge av en skade – som en konsekvens av vold, eller på grunn av en mer dagligdags hendelse.

Her er det et par ting vi kan merke oss: For det første at temaet erstatning for fremtidige prostitusjonsinntekter ikke reiser ett spørsmål; det reiser en rekke, ulike spørsmål. Vi kan derfor ikke ta for gitt at Høyesterett i 2016 mente å avgrense mot det konkrete spørsmål retten måtte ta stilling til året



etter. Tvert imot er dette lite sannsynlig. Blant annet i lys av sakenes ulike saksforhold er det rimelig å anta at andre spørsmål har stått fremst i dommernes bevissthet.<sup>17</sup>

Det andre vi kan merke oss, er at spørsmålene aktualiserer ulike argumenter knyttet til ærbarhet, moral, rettens preventive virkninger og andre konsekvenser mv. som kan være mer eller mindre relevante og tungtveiende for de ulike situasjonene. Merkelappen «fremtidig» forteller oss, tross alt, *ingenting i seg selv* om hvorvidt noe fortjener rettsordenens beskyttelse. Vi kan derfor ikke slutte av rettens avgrensning at spørsmålet i *Prostitusjonsinntekter* bør anses mer tvilsomt eller skulle kreve en annen løsning enn det spørsmål Høyesterett behandlet i den første saken.

Disse observasjonene gir bare en indikasjon om at spørsmålet i *Prostitusjonsinntekter* kanskje ikke var så uavklart som retten la til grunn i 2017. De forteller oss ikke hvordan retten burde ha vurdert det, eller hva retten i 2016 ville ha tenkt om det samme spørsmålet. Men ser vi nærmere på begrunnelsen i den første avgjørelsen, er det påfallende hvordan en samlet Høyesterett her ser ut til å motsi hvert enkelt av de argumenter flertallet i *Prostitusjonsinntekter* anførte til støtte for sin konklusjon.

Mens flertallet i den siste avgjørelsen tok utgangspunkt i at kjøp av seksuelle tjenester er ulovlig, og la vekt på at prostitusjon anses «som klart uønsket fra samfunnet side» (avsnitt 50), påpekte retten i 2016 bare «at salg av seksuelle tjenester ikke er ulovlig» (avsnitt 88), og tok som utgangspunkt at

«Det kan ved vurderingen av dette spørsmålet ikke være avgjørende at kravet springer ut av en samfunnsskadelig og uønsket virksomhet som prostitusjon» (avsnitt 87).

Retten fremhevet også, interessant nok, at kravene *ikke* gjelder «oppfyllelse av en avtale med ulovlig eller støtende innhold» (avsnitt 88; rettens utheving). For førstvoterende i *Prostitusjonsinntekter* var det som nevnt «sentralt» at *inntektstapet* «forutsetter *fremtidige* kjøp av seksuelle tjenester» (avsnitt 51), mens annenvoterende innvendte at *erstatningen* «tvinger ikke gjennom noen prostitusjonshandling, og den forutsetter heller ikke at en slik handling skal finne sted» (avsnitt 74).

Et argument knyttet til ærbarhet og NL-5-1-2 (eller til moral) er avgjørende for at avtaler om (fremtidig) kjøp av seksuelle tjenester ikke kan kreves oppfylt. Fordi det ikke dikterer en bestemt løsning i saker som ikke direkte gjelder fremtidig oppfyllelse av slike avtaler, er det interessant å merke seg hvordan et slikt argument allikevel, via assosiasjon, spiller inn på dommernes vurderinger på ulike måter. I den første saken la en enstemmig Høyesterett altså til grunn at kravene *ikke* gjelder oppfyllelse av en slik avtale, til tross for det faktum at avtalene der var oppfylt. I den andre saken anførte flertallet at *inntektstapet forutsatte* oppfyllelse av en slik avtale, til tross for at oppfyllelsen var umuliggjort av de prostituertes skader. Begge påstander har et element av sannhet i seg. Men ingen av dem representerer det fulle bildet, og de sier nok derfor mindre om problemstillingen enn om dommernes anskuelser.

Hvordan dommerne anskuer saken, vil også kunne påvirke hva de oppfatter som sentralt. I argumentasjonen til førstvoterende i *Prostitusjonsinntekter* er det prostitusjonen som er i fokus. I avgjørelsen fra 2016 var fokuset på «inngrepet i den personlige frihet og integritet»:

«Et sentralt moment er at inntektene er opptjent som ledd i menneskehandel. [...] Dette underbygger etter mitt syn at det er inngrepet i den personlige frihet og integritet – og ikke prostitusjonen – som står i forgrunnen ved vurderingen av om de fornærmedes krav har rettslig vern» (avsnitt 89).

Med et annet fokus er det ikke unaturlig at også hensyn vektet ulikt. Mens flertallet i 2017 mente at de negative sidene ved et erstatningsvern «overskygger» de negative konsekvensene av et manglende vern,

---

<sup>17</sup> Som påpekt av Hagland (2018b, s. 87) anses oppgjørstidspunktet eller domstidspunktet normalt som skjæringstidspunktet mellom lidt tap og fremtidig inntektstap. *Prostitusjonsinntekter* gjaldt derfor, strengt tatt, ikke fremtidig inntektstap, men tapt inntekt som ikke ble opparbeidet som følge av skaden. Denne observasjonen kan også bidra til å sannsynliggjøre at dommen fra 2017 behandler et annet spørsmål enn det retten mente å avgrense mot i 2016.

herunder «at det kan virke støtende at en skadevolder ikke skal måtte gjøre opp for [seg]» (avsnitt 62), avrundet førstvoterende sin vurdering i 2016 med at det uansett er

«et selvstendig reelt hensyn at det vil være urimelig og i dårlig sammenheng med ønsket om å beskytte ofre fra menneskehandel, dersom de skulle være avskåret fra å kreve opparbeidete inntekter tilbake fra bakmennene og hallikene» (avsnitt 92).

Det hadde kanskje vært mer i harmoni med Høyesteretts avgjørelse fra 2016 om retten også i 2017 hadde lagt til grunn at det ikke kan «være avgjørende at kravet springer ut av en samfunnsskadelig og uønsket virksomhet som prostitusjon»; at kravene «ikke gjelder *oppfyllelse* av en avtale med ulovlig eller støtende innhold»; at det må være «inngrepet i den personlige frihet og integritet – og ikke prostitusjonen – som står i forgrunnen ved vurderingen av om de fornærmedes krav har rettslig vern»; og at det uansett er «et selvstendig reelt hensyn at det vil være urimelig og i dårlig sammenheng med ønsket om å beskytte [voldsofre] dersom de skulle være avskåret fra å kreve [erstatning for tapte inntekter fra sine skadevoldere]».

Uttalelsene i 2016 falt i tilknytning til et annet saksforhold og en annen rettslig problemstilling. Men det bør være et ideal for domstolene at rettssetninger springer ut av et koherent verdigrunnlag, og her er det vanskelig å se hvordan forskjellene kan legitimere diametralt motsatte avveininger og resultater. Det fordrer i det minste en bedre begrunnelse. Ser vi forbi avgrensningens ordlyd til den underliggende vurderingen, er det vanskelig å ta avgjørelsen fra 2016 til inntekt for flertallets avveining i 2017. Tvert imot, kan det hevdes, gir den oss et argument for den motsatte løsning.

## 5 Avrunding: *Chicks for free?*

Jeg har ikke foretatt en fullstendig vurdering av problemstillingen i *Prostitusjonsinntekter*. Foruten en kritisk sammenstilling av votaene har jeg kun sett på hva vi bør utlede om den på bakgrunn av to tidligere avgjørelser fra Høyesterett. Disse vurderingene er i seg selv ikke avgjørende, og de kan utfordres, men de viser at en annen, og enklere, løsning på problemstillingen var tilgjengelig.

Den kunne, i korthet, vært besvart slik: Det følger av skadeserstatningsloven § 3-1 at erstatning for skade på person skal dekke tap i fremtidig erverv. Det finnes ikke et lovfestet unntak for inntekter fra sexarbeid. I *Steriliseringsdommen*, blant andre, har det riktignok vært lagt til grunn at ikke alle former for tap har erstatningsrettslig vern. Men den saken gjaldt et moralsk dilemma av en helt annen karakter, og løsningen ble forankret i et verdistandpunkt som ikke kan begrunne at sexarbeideres fremtidige inntektstap ikke har erstatningsrettslig vern. At sexarbeidere bør ha krav på å få dekket fremtidige inntektstap fra sine skadevoldere, støttes også av den enstemmige rettens vurdering i HR-2016-2491-A. Rettens avgrensning kan ikke forsvare den motsatte konklusjon, da temaet erstatning for fremtidige inntekter fra prostitusjon omfatter en rekke, ulike spørsmål, som krever ulike vurderinger.

I stedet landet altså flertallet på at kravet ikke har erstatningsrettslig vern. Forståelsen har blitt møtt med en rekke innvendinger i juridisk teori, uten at disse har blitt funnet avgjørende av forfatterne, som alle har oppfattet flertallets tolkning som autoritativ.<sup>18</sup>

Selv er jeg ikke like overbevist om at den bør anses bestemmende for gjeldende rett i dag.<sup>19</sup> Én ting er de mange momenter som kan anføres mot dette *utgangspunktet* for vurderingen av dagens rettstilstand:

<sup>18</sup> Hagland 2018a, s. 9; Hagland 2018b, s. 80; Ørjasæter/Bergsjø 2018, s. 343; Eidissen 2019, s. 145. Skjefstad (2018) uttaler seg ikke direkte om spørsmålet.

<sup>19</sup> Diskusjoner om betydningen av «gjeldende rett» til side; om dette og forholdet til Høyesteretts avgjørelser, se bl.a. Anne Robberstad, «Er høyesteretts dommer bindende?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2000 s. 504–524; Jens Edvin A. Skoghøy, «I hvilken utstrekning bør rettsoppfatninger av Høyesterett kunne fravikes?», i Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Lov Sannhet Rett – Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 254–290; Arnfinn

Den er avsagt under dissens. Begrunnelsen bygger blant annet på det tvilsomme empiriske premiss at det vil være bedre for prostituerte som gruppe om prostituerte ikke tilkjennes erstatning for inntektstap fra sine skadevoldere. Og så er det de mange andre innvendinger som etter hvert med rette (kan det hevdes) har blitt reist mot flertallets argumentasjon – og mot tolkningsresultatet, som gir en pekepinn om at avgjørelsen også står i et tvilsomt forhold til tidsånden og den allmenne rettsfølelse. Disse momentene undergraver avgjørelsens prejudikatverdi.

I tillegg kan det stilles spørsmål om avgjørelsen i *Prostitusjonsinntekter* etterlater en koherent rettsstilstand. I HR-2016-2491-A fant retten altså at opparbeidede inntekter fra prostitusjon har erstatningsrettslig vern, mens avgjørelsen fra 2017 konstaterte ikke-vern for et kortvarig fremtidig inntektstap – i saken var det snakk om 2 uker – men lot det stå åpent om det samme gjelder for langvarige tap. Dette innebærer at den som setter fyr på en prostituerts bolig, må erstatte de av skadelidtes inntekter som går tapt i brannen. Men hvis den prostituerte selv blir skadet, trenger han ikke erstatte inntektstapet de kommende ukene, mens det er uklart om, og i så fall fra når, han må erstatte det påfølgende tapet. (Denne «rettsavklaringen» reiser flere spørsmål enn den avklarer.)

Det er ikke lett å se hvordan det kan gis en overbevisende argumentasjon for hvorfor et slikt kortvarig, fremtidig inntektstap skal bedømmes annerledes enn et tap av fortidige, opparbeidede, midler og eventuelt et langvarig, fremtidig tap. Det at noe er fortidig eller fremtidig, kortvarig eller langvarig, har i seg selv ingen normativ betydning. Disse sondringene spiller heller ingen fremtredende rolle i begrunnelsen i *Prostitusjonsinntekter*; her var det avgjørende (som ikke var avgjørende i HR-2016-2491-A) at pengene stammet fra prostitusjon. Det gjelder på samme måte for fortidige og for langvarige, fremtidige inntekter fra prostitusjon, og man kunne derfor forvente at tilfellene ble bedømt likt.

I stedet betraktet Høyesterett et kortvarig, fremtidig tap av prostitusjonsinntekter som en egen «interesse». Det er uklart hva dette skal bety i denne sammenhengen, og abstraksjonsnivået er neppe til hjelp for tanken. Den enkle realiteten i disse tilfellene er simpelthen at ofrene som en konsekvens av en kriminell handling sitter igjen med mindre penger. Spørsmålet blir da om gjerningspersonene med rettsstatens beskyttelse skal slippe å betale disse pengene fordi de skadelidte livnærer seg ved sexarbeid. Enklere stilt synes ikke spørsmålet å invitere til særlig grundige overveielser.

På toppen av dette berører avgjørelsen dypere spørsmål om forholdet mellom rett og moral: Skader man en advokat, må man erstatte advokatens (fremtidige) inntektstap. Skader man en sexarbeider, slipper man å betale. Kanskje er dette en forskjellsbehandling som kan forsvares; det avhenger blant annet av hvilket moralsyn man har. Men for mange vil nok dette oppleves urettferdig. Internrettslig reiser det spørsmål om forholdet til prinsippet om likhet for loven (Grunnloven § 98) og vekten av etiske argumenter i rettslig argumentasjon. Og det kan også stille enkeltpersoner overfor et reelt dilemma: Hvis flertallets tolkning er i sterk konflikt med en dommers moralske overbevisning og samvittighet, skal hun da *vige fra Ret eller Retfærdighet*?

## 6 Metodologiske ettertanker

Rettskildelæren lærer oss *hvilke kilder vi bygger på* når vi fastsetter gjeldende rett. Den forteller oss ikke like mye om *hva det er vi gjør* når vi foretar disse vurderingene – eller hva slags ferdigheter som er involvert. Det er noen fasetter ved dette jeg har søkt å kaste lys over i denne trioen av metodiske kritikker.

Spissformulert kan man kanskje si at de illustrerer *rettslig argumentasjon uten rettskilder*. De sentrale grepene i disse artiklene dreier seg ikke, i første rekke, om forståelsen av rettslige kilder, men om hvordan rettslige tolkninger kan berikes av refleksjon over ulike virkelighetsforståelser, av frembringelsen av

---

Bårdsen, «De nordiske høyesterettene som prejudikatdomstoler – et perspektiv fra Norges Høyesterett», *Lov og Rett*, 2016 s. 259–282, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2016-05-02>; Kåre Lilleholt, «Kven kan fråvike høgsterettsavgjerder?», *Lov og Rett*, 2016 s. 517–519, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2016-08-05>.

alternative scenarioer (til en kontrafaktisk harmonisering), eller av en søken etter begrunnelser eller forklaringer som ligger bortenfor kildene (prinsipielle og hypotetiske rekonstruksjoner).

Om du som leser har funnet argumentasjonen overbevisende, vil du også ha sett relevansen av de perspektivene jeg har presentert. Men dette er strengt tatt ikke nødvendig. At vi i jussen forsøker å gi mening til våre tolkninger gjennom å knytte de til ulike forståelser av virkeligheten,<sup>20</sup> at vi holder generelle regelformuleringer opp mot alternative virkeligheter, og at vi i tolkningsprosessen søker begrunnelser og forklaringer, anser jeg for å være innlysende.

Jeg kunne ha valgt mer opplagte illustrasjoner. Men jeg har valgt ut nettopp disse eksemplene fordi jeg også ønsket å belyse hvordan slike perspektiver kan bidra til å skape klarhet der den rettslige løsningen virker ubestemmelig, at de kan så tvil om løsninger som umiddelbart virker innlysende, og at de kan gi oss en dypere, og kanskje nyoppdaget, forståelse av hva vi bør slutte fra kildene. I den grad jeg har lyktes, vil kritikken også ha kastet lys over viktigheten av perspektiver som disse.

Kritikkene er ikke et produkt av systematiske studier. De er et videreutviklet uttrykk for tanker jeg gjorde meg og spørsmål jeg stilte når jeg første gang forsøkte å trenge inn i og forstå disse avgjørelsene. Hvordan vi best kan forstå innholdet i kritikken – *Hva er det egentlig som foregår her? Og hvordan kan vi sette ord på det?* – er således til en viss grad åpent for diskusjon.

Det jeg personlig tenker at disse kritikken, i et videre perspektiv, kaster lys over, er imidlertid at det er mer ved det juridiske håndverket enn mekanisk gjennomgang av rettskilder og avsluttende helhetsvurderinger. Det involverer også praktiske *ferdigheter* – en form for juridisk teknikk (*techne*, eller *knowledge-how*) – som har likhetstrekk med de kreativt og kritisk utforskende ferdigheter som kultiveres i blant annet natur- og samfunnsvitenskapelige disipliner. Det er slike ferdigheter som er med på å løfte vårt fag over nivået for bokholderi og subjektive helhetsvurderinger, til noe som med en viss rett fortjener betegnelsen «rettsvitenskap».

Denne trioen illustrerer kanskje ekstreme anvendelser av slike ferdigheter – «ekstreme» i den forstand at de søker en mening bortenfor kildene. Men liknende ferdigheter er involvert i all juridisk virksomhet. Vi lener oss på de når vi foretar ordlydsfortolkninger eller oppfatter språklige nyanseskjeller, når vi foretar analogislutninger eller trekker opp distinksjoner, og når vi resonnerer og konstruerer moralske og praktiske argumenter.

Disse praktiske ferdighetene er helt avgjørende for å bli en god jurist, og min erfaring er at opparbeidelsen av slike er noe mange jusstudenter strever med, og som krever betydelig modning. Passiv gjennomgang av rettskildene er enkelt. Det er det vi *gjør* med kildene, som er krevende – og viktig. Da er det et tankekors at vår metodelære i all hovedsak er innrettet mot diskusjoner om kildene. Med en for sterk betoning av kildene risikerer vi at ferdighetene sløves, og at den rettslige diskursen blir for simpel, ensartet og lukket. Kanskje burde metodelæren i stedet vært orientert mot de mer hardt tillærte praktiske ferdigheter som kreves for å bli en god jurist? Å frembringe en dypere forståelse av disse ferdighetene, og å kultivere dem for dannelsen av fremtidige generasjoner jurister, bør uansett være en prioritert oppgave for en fagdisiplin som er opptatt av å forstå sin egen metode.

---

<sup>20</sup> Se ellers om dette, Markus Jerkø, «Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen», *Lov og Rett*, 2014 s. 445–464.