

SENSORVEILEDNING
JURIDISK FAKULTET, UNIVERSITETET I OSLO
EKSAMEN JUR 1000 OG JUS 1111 - 2011 HØST
DAG 1, OPPGAVE 2 (TEORI)

OPPGAVE:

1. Hvilke hensyn taler for og i mot å legge vekt på rettspraksis som rettskildefaktor (rettskilde)?
2. Hvilke faktorer ved en høyesterettsdom har betydning for den rettskildemessige vekten?

1. INNLEDNING

1.1. Oppgaven gjelder et sentralt emne innenfor fagområdet Innføring i rettskildelære/ rettsstudiet. Det behandles en rekke steder i *pensumlitteraturen*, herunder i hovedlitteraturen; dels for seg i egne avsnitt om prejudikater og rettspraksis, og dels som ledd i redegjørelser for lovtolkning eller etablering av uskreven rett; i tillegg til at de fleste praktiske eksemplene på rettskildebruk gjerne er hentet fra rettspraksis.

M.H. Andenæs: *Rettskildelære* (2. utgave 2009) har et eget kapittel (14) om *prejudikater*, forstått som avgjørelser av Høyesterett i avdeling, storkammer eller plenum, og et annet kapittel (15) om *presedenser*, forstått som alle andre domstolsavgjørelser, herunder avgjørelser av Høyesteretts ankeutvalg/kjæremålsutvalg. Dessuten behandles emnet direkte og indirekte andre steder; bl.a. s. 18flg (om dommerskjønn), s. 65-68 (om ulovfestet rett).

Erik M. Boe: *Innføring i juss* (3. utg. 2010) har i kapittel 14 om enkelte rettskildefaktorer et eget avsnitt om *rettspraksis* (pkt 14.3, s. 298-321). Emnet behandles dessuten direkte eller indirekte andre steder; bl.a. s. 220 og s. 235.

Emnet er også behandlet forskjellige steder i innførings- og tilleggs litteraturen og i forelesningene.

1.2. Oppgavens første delspørsmål bruker ordet *rettspraksis*, og omfatter derved i utgangspunktet alle typer *avgjørelser*, herunder både dommer og kjennelser, og avgjørelser av alle *domstoler*, dvs ikke bare av Høyesterett. Andre delspørsmål begrenser på sin side uttrykkelig drøftelsen til å gjelde *høyesterettsdommer*. Bl.a. ut fra dette er det også ved behandlingen av første delspørsmål naturlig først og fremst å omtale avgjørelser i form av dommer og av Høyesterett (i avdeling, storkammer eller plenum). Men det kan der samtidig være grunn til å nevne muligheten for påberopelse av avgjørelser av andre typer og domstoler, se pkt 2.7.

Andenæs omtaler under overskriften *presedenser* (kap. 15) også avgjørelser av "andre tvisteorganer" enn domstolene, så som avgjørelser av Trygderetten,

Forbrukertvistvalget og Bankklagenemnda: og i en note sier han at han bruker ordet "som en nøytral fellesbetegnelse for andre dømmende avgjørelser enn prejudikater." Dette kan gi inntrykk av at også ordet *rettspraksis* skal forstås så bredt. Det vanlige er å regne avgjørelser av tvisteorganer utenfor domstolssystemet (bortsett fra voldgift), ikke som rettspraksis, men som *forvaltningspraksis* (evt som privat avgjørelses- eller uttalellespraksis), - og dette er også terminologien både hos Boe og i forelesningene. I utgangspunktet mener jeg derfor at slike avgjørelser bør holdes utenfor oppgaven. Om noen velger likevel å ta også disse med må det imidlertid gdtas - forutsatt at det som sies om dem er forsvarlig.

1.3. Andre delspørsmål omfatter tydelig bare dommer av *norsk* Høyesterett. Første delspørsmål kan derimot etter sin ordlyd også omfatte avgjørelser av *utennasjonale* (utenlandske, internasjonale, overnasjonale) *domstoler*; herunder avgjørelser av EFTA-domstolen og EMD, og i pensumlitteraturen gis det også egne redegjørelser for dette. Etter min mening er det likevel mest naturlig å holde dette utenfor besvarelsen, gjerne ved en uttrykkelig avgrensning, og det bør ikke regnes som et minus om emnet ikke nevnes. På den annen side: Kandidater som sier noe særlig og forsvarlig om dette bør kunne premieres.

Det er en viktig forskjell i pensumdekningen på dette punkt, mellom 1. avdeling (Jur 1000) og Privatrett I (Jus 1111):

For *Privatrett I* er internasjonale domstoler og deres avgjørelser behandlet både i *rettskildefremstillingene* og i læreboken om *menneskerettigheter*. M.H. Andenæs (2009) har et eget kapittel 16 om *internasjonale domstolars avgjørelser*, der han redegjør i egne avsnitt for EMD, FNs menneskerettskomite, EF-domstolen og EFTA-domstolen. Boe (2010) omtaler internasjonale domstolsavgjørelser særlig i pkt 13.34 (s. 244-251), men se også delvis i kap. 8 (s. 109-116, særlig s. 111), pkt 14.5 (s. 332-338), pkt 16.1 (s. 398ff) og pkt 16.4 (s. 407-422, særlig s. 420 flg). I grunnboken om menneskerettigheter, Høstmælingen: Internasjonale menneskerettigheter (2003), er angitt som pensum bl.a. et eget kap. 5 om Metodelære, med egne underavsnitt om "rettsavgjørelser" som rettskilde samt om fortolkningen ved den europeiske menneskerettighetsdomstolen og ved nasjonale domstoler. Samlet gir dette studentene i Jus 1111 en særlig oppfordring og mulighet til å skrive om dette. Ut fra oppgaveteksten antar jeg likevel at det ikke bør regnes som et minus om det ikke gjøres.

For *1. avdeling* er avsnittene i rettskildelærebookene om internasjonale domstolars avgjørelser (Andenæs kap. 16, Boe kap. 13, 14.5, 16.14 og 16.4) uttrykkelig unntatt fra pensum, i tillegg til at menneskerettigheter der ikke er med som fag.

1.4. Oppgaveteksten særlig i delspørsmål 1, går i retning av en *normativ* heller enn en *beskrivende* tilnærming; og redegjørelsen her vil også ta utgangspunkt i en slik tilnærming. Oppgaven gir likevel et visst rom for begge synsvinkler.

Pensumredegjørelsene preges i betydelig grad av et *beskrivende* perspektiv, idet spørsmålet om rettspraksis og andre rettskilders betydning først og fremst forstås som et spørsmål om hvilken *faktisk* betydning vedkommende rettskilde har, typisk for

domstolene selv i deres rettsanvendelse, eller hvilken betydning rettskilden blir *tillagt* i henhold til en alminnelig herskende rettsoppfatning. Redegjørelsene inneholder imidlertid også ansatser til et *normativt* perspektiv, ved en redegjørelse for aktuelle og mulige måter å *begrunne* betydningen på, ved forskjellige *hensyn* for og imot å bygge på rettspraksis.

Jeg antar mange kandidater ikke vil holde perspektivene fra hverandre. En viss sammenblanding eller veksling mellom perspektivene bør også godtas. Kandidater som tydelig skjelner bør premieres.

2. FØRSTE DELSPØRSMÅL: *Hvilke hensyn taler for og i mot å legge vekt på rettspraksis som rettskildefaktor (rettskilde) ?*

2.1. Det er naturlig å begynne med en kort angivelse av hva rettspraksis er, og hva det vil si å legge vekt på rettspraksis som rettskildefaktor (rettskilde).

I vid forstand brukes ordet *rettspraksis* om en eller flere avgjørelser av en domstol (se ovenfor), forstått som mulig rettskilde (se nedenfor). Det man særlig sikter til med ordet er likevel avgjørelser av Høyesterett (i avdeling, storkammer eller plenum, eventuelt som ankeutvalg/kjæremålsutvalg). Ordene *prejudikat* og *presedens* kan eventuelt brukes om særlige former for rettspraksis.

I oppgaven sondres det ikke mellom *rettskilde* og *rettskildefaktor*.

Å *legge vekt på* rettspraksis som rettskildefaktor (rettskilde) innebærer i vid forstand å anse vedkommende avgjørelse(r) som en mulig (aktuell, relevant, dvs tillatt og evt påbudt) kilde (utgangspunkt/argument) for identifisering av en *rettsregel* (generell rettsnorm), ved *slutning* og eventuelt tilordning av en bestemt *vekt* i forhold til andre relevante rettskilder. Også andre talemåter kan tenkes - og brukes delvis i det følgende, så som det å *ta hensyn til*, å *påberope*, *bruke*, *anvende* osv rettskilden ved fremfinning av rettsnormer, eller ved å si at rettskilden *begrunner/evner* å begrunne rettsnormer eller at den *virker* som rettskilde.

Den evne (kraft) en domstolsavgjørelse har til å begrunne en rettsregel kalles tildels dens *rettskildekraft* eller *prejudikatkraft* (evt presedenskraft). Andenæs bruker særlig uttrykket *rettskildemessig betydning*; Boe bruker uttrykkene *prejudikatsvirkning* og *rettskildebetydning* eller *-virkning*.

2.2. Umiddelbart har domstolsavgjørelser bare en bindende rettsstiftende kraft i form av *rettskraft*, ved å avgjøre *rettskrav*, dvs konkrete rettsspørsmål med virkning for bestemte parter i saken. At slike avgjørelser i tillegg skal kunne ha en *rettskildekraft* ved å virke som rettskilde for generelle rettsnormer, er ikke selvfølgelig - det må begrunnes. Hvilke hensyn tilsier at det bør være slik?

Skillet mellom *rettskraft* og *rettskildekraft* fremheves på litt forskjellig måte av Andenæs (s. 81 flg) og Boe (s. 298).

Ingen av forfatterne gir en samlet redegjørelse for *hensyn for og imot* en påberopelse av rettspraksis som rettskilde, generelt (som type) eller i det enkelte tilfelle (som forekomst). Noen grunner fremheves direkte, andre mer indirekte og rekkefølgen virker tildels tilfeldig. Det følgende er et forsøk på sammenfatning ved fremhevelse av noen *stikkord* for typiske grunner, bygget på elementer hentet fra litteraturen og fra forelesningene i faget.

2.3. En forutsetning for at spørsmålet skal være aktuelt - og samtidig en naturlig første grunn for å legge vekt på en domstolsavgjørelse, er at denne overhodet, etter sin form og sitt innhold, *evner* å begrunne rettsnormer ved at den gir *utgangspunkt for slutning* til en rettsnorm; enten ved å være uttrykkelig begrunnet i en rettsnorm eller ved å anses som utslag av en slik.

En forutsetning for påberopelse er også at rettspraksis gjøres alment *tilgjengelig*, enten som trykt, typisk i Norsk Retstidende, eller elektronisk, typisk via Lovdata.

2.4. Det kan anføres en rekke *nytteargumenter* og alminnelig *gode grunner* for en påberopelse av rettspraksis som rettskilde, som type og i det enkelte tilfelle:

Det er vanlig å vise til at rettspraksis ofte har en særlig *opplysningsverdi* (om andre rettskilder og argumenter) og i forlengelse av dette også ofte en særlig *argumentasjonsverdi* - ved å fremheve/selv gi gode argumenter. På denne måten, og ved å være utformet av *gode jurister* (eksperter) vil rettspraksis fremstå som *forbilledlig*, som et *eksempel til etterfølgelse*.

Dette tilsier også at påberopelse av rettspraksis som rettskilde virker *forenklende*, er *arbeids- og tidsbesparende*, og bidrar til økt *objektivitet* i rettsanvendelsen.

Disse grunnene gjelder både for domstolene selv og for andre rettsanvendere.

Det er også på det rene at rettspraksis *faktisk* blir påberopt i stor utstrekning - også av Høyesterett selv.

2.5. Hovedspørsmålet om begrunnelse er om det også i en sterkere forstand *bør være slik* at rettspraksis påberopes som rettskilde, med en særlig *autoritetsvirkning* (prejudikatskraft).

Et grunnleggende argument for å tillegge rettspraksis en slik særlig virkning (alene eller sammen med andre rettskilder) gir kravet om *rettssikkerhet*: Både behovet for *forutberegnelighet*, *likhet* og *konsekvens* i rettsanvendelsen tilsier at domstolsavgjørelser av enkelttilfeller som (presumptivt) er truffet i henhold til gjeldende rett, også bør få virkning for lignende tilfeller.

Autoritetsvirkningen er åpenbart knyttet til *den formelle autoritet* domstolene har, og som delvis forutsetter at deres avgjørelser skal ha en prejudikatsvirkning: Domstolene utøver en tredje *statsmakt*, med myndighet til å sette rett i enkelttilfelle. Riktignok: Domstolene har ingen direkte lovgivende makt, og deres

avgjørelser skal være utslag av gjeldende rett. Men det at avgjørelsene fremstår som utslag av gjeldende rett, innebærer at avgjørelsene i seg selv vil gi argumenter for hvordan gjeldende rett er, og vil derved også selv bidra til å stifte rett.

Domstolsavgjørelsers autoritetsvirkning bekreftes også gjennom *andre rettskilder*.

I spissen står enkelte *lovbestemmelser* som forutsetter prejudikatkraft, så som regler om domstolenes rettsavklarende og rettsskapende funksjon, med i spissen nå tvl 2005 § 1-1 første ledd 2 pkt i.f. og tvl § 30-4 jfr § 30-2; samt regler om prejudikatsfravik, så som nå dl § 5 fjerde ledd 2, jfr 3 pkt. Nevnes kan også materielle regler som forutsetter en myndighet for domstolene til å utvikle delnormer ved skjønn.

Autoritetsvirkningen bekreftes også i *lovforarbeider*; av *domstolene* selv, så som når mindretallet i en første dom, i neste dom om et tilsvarende spørsmål viser til flertallets standpunkt som avgjørende for seg (både Andenæs og Boe viser som eksempel til Rt 1988 s. 276 og 295); i juridisk *litteratur*; og forøvrig i en lang *tradisjon*, herunder i alminnelig rettsoppfatning, både blandt jurister og andre.

Alt i alt er det etter alminnelig (gjeldende) norsk *rettskildelære* også på det rene at det er slik: Rettspraksis er en relevant rettskilde, og med forholdsvis stor vekt.

2.6. Det finnes motargumenter: Ett er, som ved forarbeider, det selvfølgelig: Domstolenes makt er *ikke en lovgivende makt* - og deres avgjørelser - eller premissene for dem - bør derfor heller ikke følges som lov. Det er også klart at ved *endrede forhold* og særlig om rettskildesituasjonen forøvrig endrer seg, f.eks. ved tilkomst av en ny lov, så kan det være åpenbart at en dom ikke bør følges. Det kan også tenkes at avgjørelsen allerede ved avsigelsen fremstår mer eller mindre som åpenbart *uriktig* eller som altfor *konkret*, noe som taler mot en etterfølgelse i andre tilfeller. Et tradisjonelt argument er også at dommer, ved å avgjøre rettstilstanden på et visst tidligere tidspunkt vil ha en form for *tilbakevirkende kraft* som kan fremstå som urimelig. Men ingen av disse argumentene anses tilstrekkelige som grunner for ikke å legge vekt på rettspraksis som rettskilde.

2.7. Som sagt kan redegjørelsen også under spm. 1 med fordel begrenses til avgjørelser av norsk Høyesterett. Men det er mulig å si noe mer, bl.a. om påberopelse av *lavere rettspraksis* (av lagmannsrett, tingrett, voldgift osv.), samt om påberopelse av dommer av *internasjonale domstoler*.

3. ANDRE DELSPØRSMÅL: *Hvilke faktorer ved en høyesterettsdom har betydning for den rettskildemessige vekten?*

3.1. Andre delspørsmål handler tydelig bare om dommer av Norges Høyesterett. Det dreier seg om å gi nyanser i forhold til det grove bildet angitt i deloppgave 1, både med henblikk på en påberopelse i utgangspunktet som rettskilde, og med henblikk på særlige rettskildekonsstellasjoner - f.eks. som et spørsmål om grunner for prejudikatsfravik.

Ordet *faktor* må mest naturlig forstås som synonymt med *egenskap*, men eventuelt tatt i en vid forstand, slik at også visse *omgivelser* ved vedkommende domstolsavgjørelse trekkes inn. Jeg nevner her enkelte egenskaper, mest i stikkordform. Som ved første delspørsmål er det ikke etablert en fast rekkefølge for fremhevelse av egenskapene.

Opgaven ber om en redegjørelse for den betydning vedkommende egenskap har, for den rettskildemessige *vekten* til vedkommende høyesterettsdom. I dette kan ligge en forutsetning om det her ikke er snakk om mer grunnleggende egenskaper som (bare) er av betydning for avgjørelsens *relevans* eller for *slutninger* fra den. I praksis vil det ene gli over i hverandre; og jeg antar at man ikke bør insistere på noen grensedragnings her. På den annen side: En kandidat som får noe meningsfullt ut av sonderingen bør vel premieres.

Opgaven ber ikke uttrykkelig om *grunner* for vekttilordningen, men det kan være naturlig også å si noe om dette.

3.2. En viktig gruppe egenskaper som har betydning for vekten er egenskaper ved avgjørelsens *innhold*, særlig knyttet til formuleringen av dommens *avgjørelsesgrunner*. Bl.a. kan det skjelnes mellom på den ene side *åpne* (uttrykkelige) og *tydelige* og på den annen side mer eller mindre *skjulte* (implisitte) eller *utydelige* avgjørelsesgrunner - knyttet til en selvfølgelig rettskildenorment om at det tydelig sagte har mer kraft enn det utydelige. Det kan også sondres mellom på den ene side idealtypiske prejudikater, inneholdende *generelle rettssetninger*, og på den annen side *konkrete* eller *skjønnsmessige* avgjørelser, mer preget av løse momenter i retning av en helhetsvurdering; riktignok slik at også disse siste kan tenkes påberopt på forskjellig måte som rettskilde.

3.3. En annen viktig gruppe egenskaper av betydning for vekten, er egenskaper ved *domstolen*. Dette gjelder også innad i forholdet mellom avgjørelser av Høyesterett: Avgjørelser av Høyesterett i plenum har størst vekt, mer enn avgjørelser av Høyesterett i storkammer, som igjen må telle mer enn avgjørelser av

Høyesterett i avdeling. Avgjørelser av Høyesteretts ankeutvalg/kjæremålsutvalget kommer lavest på rangstigen.

Boe (2010) bygger redegjørelsen delvis på systemet før tvisteloven. Sondringen mellom Høyesterett i plenum og storkammer, og Høyesteretts ankeutvalg omtales riktignok på s. 307 og da med henvisning til dl § 5, men to sider senere (s. 309 flg) vises det til plenumsloven av 1926. Forelesningene bygget imidlertid konsekvent på systemet etter den nye regelen i domstolsloven § 5, så jeg antar at også lesere av Boe vil være ajour. Om en kandidat har gått seg vill i henvisningene bør det likevel behandles mildt.

3.4. Også andre *egenskaper ved den enkelte dom* kan ha betydning; så som hvorvidt dommen er *enstemmig* eller avsagt under *dissens*; hvilken *alder* dommen har (f.eks. ut fra et innrettelseshensyn), og hvilken *godhet* og andre *kvaliteter* dommen har, mht tilblivelse, begrunnelse eller annet.

Det er også klart at et *antall dommer* i samme retning vil telle mer enn enkeltstående avgjørelser.

3.5. Også *egenskaper (omgivelser) utenfor den enkelte rettskilde* kan tenkes trukket inn som en faktor av betydning for vekten.

Mest opplagt er den betydningen *andre rettskilder* har, med i spissen lov, bl.a. som utgangspunkt for en senere endring av rettsstilstanden.

Også forskjeller i *emnet* (rettsområde) kan tenkes påberopt som grunnlag for forskjellsbehandling.

3.6. Det kan være grunn til særskilt å nevne domstolens *sideuttalelser* (*obiter dicta*), f.eks. forstått som uttalelser i domspremissene som ikke er nødvendig for utfallet. Prinsipielt bør slike uttalelser tillegges mindre vekt enn klare, "egentlige" avgjørelsesgrunner. Det er likevel på det rene at også slike uttalelser faktisk tillegges betydning i norsk rett - også av Høyesterett selv, og det virker som dette blir godtatt i praktisk rettskildelære.

Andenæs (s. 90 ff) vier sideuttalelsene stor plass. Han sier herunder bl.a. at de "anses i norsk prejudikatlære som en del av prejudikatet så langt de etter sitt eget innhold rekker, dog slik at de lettere kan tenkes fraveket enn prejudikatet for øvrig." Boe omtaler sideuttalelsene forholdsvis kort (s. 301 og 309).

4. AVSLUTNING

4.1. Oppgaven gjelder et sentralt emne i rettskildelæren. Studentene skal også ha lært å forholde seg til emnet i praksis, under studiet av avtale- og kjøpsrett, der lesning og bruk av høyesterettsdommer spiller en viktig rolle. Det er derfor grunn til å vente at en gjennomsnittlig kandidat har kjennskap til hovedtrekkene i det som er sagt ovenfor i pkt 2 og 3. Samtidig må det tas i betraktning at emnet har en abstrakt karakter, med bruk av grunnbegreper som kandidatene ennå ikke er fortrolig med. Dette tilsier at man ved vurderingen viser raushet både i forhold til manglende oversikt og avvikende uttrykksmåter. Det avgjørende bør mer være hva kandidaten sier og får vist av kunnskap, enn det som ikke sies, eller sies på en uheldig måte.

Noen kandidater vil kunne vise til praktiske *eksempler* på bruk av rettspraksis hentet fra domssamlingen som er tillatt hjelpemiddel ved eksamen. Om dette gjøres på en måte som viser eller bekrefter forståelse av emnet, vil det være et pluss.

4.2. Oppgaven er felles for Jur 1000 (1. avdeling, gammel ordning) og Jur 1111 (Privatrett I), dvs for studenter som har studert nesten ett år, og studenter som bare har studert i litt over 3 måneder. Dette kan gi forskjeller i besvarelsene som man bør ta hensyn til i vurderingen av dem.

Oslo 8. desember 2011

Gert-Fredrik Malt