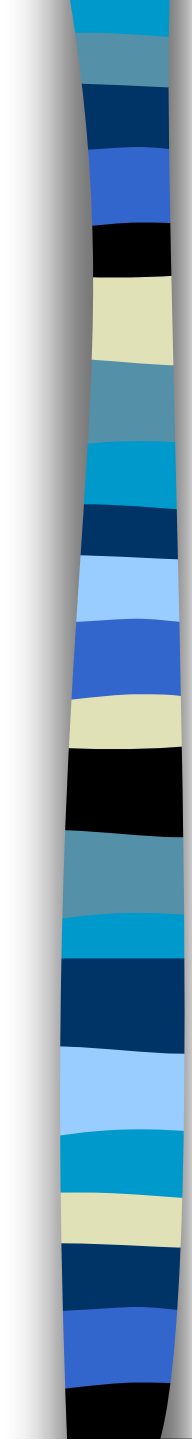


Fakultetsoppgave i rettskildelære, innlevering februar 2012



Gjennomgang 28. februar 2012

v/Jon Gauslaa

- 
1. **Analyser og vurder rettskildebruken i HRs kjennelse Rt. 1994 s. 721.**
 2. **Vurder rekkevidden av kjennelsen.**

Generelt om oppgavetyper:

- Unngå referat. Du må ikke fjerne seg for langt fra avgjørelsen, men heller ikke legge deg for nært til denne.
- Viktig å trekke inn synspunkter fra rettskildelæren, og analysere/drøfte Høyesteretts rettskildebruk i lys av dette.
- Vurderingen av rettskildebruken, skal primært knyttes til om denne er i samsvar med "god" metode, og ikke til kjennelsens resultat.
- Vurderingen av rekkevidden er primært en prognose over hvilken vekt kjennelsen vil få for avgjørelser av liknende saker i fremtiden.
- Ved begge typer vurderinger må synspunktene begrunnes. Eventuell kritikk bør gis en nøktern og saklig form.
- Særlig utfordring: Rettsutviklingen etter 1994.



Om disponeringen av oppgaven

- Analysen og vurderingen av rettskildebruken kan i) gjøres fortløpende for hver rettskildefaktor eller det kan ii) først foretas en fortløpende analyse, og dernest gis en samlet vurdering.
 - Fordel Alternativ i): Kan forhindre dobbelbehandling, og kan fremtre som mer ”elegant”. Ulempe: Kan være mer krevende å gjennomføre.
 - Fordel Alternativ ii): Åpner for å se spørsmålene mer i sammenheng. Ulempe: Kan gi grunnlag for dobbeltbehandling.
- Vurderingen av rekkevidden bør skilles ut fra vurderingen av rettskildebruken. Det er tale om en vurdering av en annen art:
 - Ikke primært ”kritikk” av rekkevidden, men om å anslå kjennelsens betydning for senere liknende saker.



Analyse og vurdering av rettskildebruken

Innledning og avgrensninger

- Innledningen bør være begrenset til:
 - En helt kort oversikt over saksforhold, hva rettsspørsmålet i saken var, og hva resultatet ble.
 - Noen ord om hvilke sider ved avgjørelsen du vil fokusere på:
 - Hovedvekten bør legges på rettskildebruken knyttet til strprl. § 445, som er det sentrale tolkningsspørsmålet i kjennelsen, og
 - Forholdet mellom strprl. § 444 og EMK art. 6 (2)
 - Den isolerte tolkningen av §§ 444 og 446 kan det avgrenses mot (men noen bemerkninger om at retten mht. § 444 synes å bygge på lovteksten, er greit).
 - En nærmere redegjørelse for faktum er i beste fall overflødig. I en analyseoppgave er det viktig å komme raskt i gang med analysen.



Analyse av rettskildebruken – særlig om § 445

Lovens ordlyd

- Retten tar – i samsvar med metodelæren - utgangspunkt i ordlyden, jf. s. 725 (nest siste avsnitt) og s. 726 (nest siste hele avsnitt).
- Ordlyden er utgangspunktet, men ikke sluttpunktet for tolkningen.
- Ordlyden er ikke klar, men bruker det skjønsmessige uttrykket ”*særlig eller uforholdsmessig skade*” (jf. Eckhoff s. 54 flg. om lovspråkets vaghet – her i form av en rettslig standard).
- Mer konkret presiseres ordlyden – etter bruk av en rekke andre rettskildefaktorer (jf. Eckhoff s. 118) – gjennom HRs tolkning.



Analyse av rettskildebruken – særlig om § 445

Forarbeider

- Forarbeidene betegnes som "*noe motstridende*", jf. s. 726.
 - Dette gjelder både på ulike nivåer (utvalg, departement/regjering, stortingskomité) og innad i samme dokument:
 - Se bl.a. omtalen av Ot. prp. nr. 35 (1978-79) på s. 725-726 i kjennelsen, og av uttalelsen fra Stortingets justiskomité i Innst. O. nr. 37 (1980-81) om at den er "*samd i at retten til erstatning blir utvida på fleire punkt*", sammenholdt med justiskomiteens uttalelse om at § 445 skal gjelde i "*ekstraordinære tilfelle*".
- Dette kan tilsi at uttalelsene bør ha begrenset vekt.
- Førstvoterende faller likevel ned på løsninger nevnt i Ot. prp. nr. 35, jf. også Innst. O. nr. 37, og ikke på straffeprosesslovkomiteens forslag.
 - Samsvarer med rettskildeprinsippet om at forarbeider nærmere lovvedtaket ofte har større vekt enn forarbeider fra tidligere stadier i prosessen (Eckhoff s. 74 flg).



Analyse av rettskildebruken – særlig om § 445

Lovens forhistorie

- Tidligere lovs ordlyd: Later til å tjene som startpunkt for og som et moment ved tolkningen av § 445, jf. bl.a. kjennelsens s. 725-726:
 - Målet både i straffeprosesslovkomiteens utredning, proposisjonen og under stortingsbehandlingen var å utvide erstatningsadgangen for siktede i forhold til kravet i 1887-lovens § 469 (1) om ”*væsentlig velferdstap*”.
 - Dette er mer fremtredende i straffeprosesslovkomiteens utredning, enn i de senere forarbeidene, jf. bl.a. Høyesteretts uttalelser på s. 726 om at proposisjonen er en viss innstramming i forhold til komiteens utkast.
 - § 445 tolkes likevel i lys av at hensikten med bestemmelsen var en viss oppmykning av tidligere rettstilstand, men slik at Høyesterett velger det mest restriktive av de tolkningsalternativene forarbeidene åpner for.
- Momentet fremkommer ikke klart i kjennelsen. Det gir derfor et pluss å få noe ut av poenget, og ikke noe stort trekk å overse det.



Analyse av rettskildebruken – særlig om § 445

Rettspraksis

- Tidligere rettspraksis (eksemplifisert ved Rt. 1987 s. 95, Rt. 1987 s. 533 og Rt. 1988 s. 1046, jf. kjennelsens side 726) har krevd ”*kvalifiserte rimelighetsgrunner*” for å tilkjenne erstatning.
 - ”Nåløyet” i § 445 er følgelig relativt trangt.
- Sammenholdt med lovmotivene må denne ”*faste praksis ... få betydning for skjønnsutøvelsen i det konkrete tilfellet*” (s. 726).
 - Dette later til å ha hatt betydning for resultatet ved at Høyesterett trolig ville ansett seg friere til å avsi en mindre ”forsiktig” kjennelse uten denne faste praksisen.



Analyse av rettskildebruken – særlig om § 445

Rettsskapende virksomhet

- Avgjørelsen betegnes (s. 727) som ”*en viss justering*” av vilkårene for erstatning. Det sies at ”*det er mulig*” at erstatningen ”*går noe lenger enn det som [tidligere] har vært praksis*”.
- Kjennelsen har et visst element av rettsskaping, jf. Eckhoff s. 192 flg.
- Ikke rettsskaping i form av utvikling over tid, men en enkeltstående avgjørelse som foretar en viss justering av tidligere kurs.



Analyse av rettskildebruken – særlig om § 445

Reelle hensyn

- Noe av av bakgrunnen for løsningen synes å være et ønske om å myke opp en tidligere (for) streng praksis, med grunnlag i ”rimelighetshensyn”
- Konkrete rimelighetsbetraktninger (kjennelsens s. 727 om A’s situasjon), med støtte i forarbeidenes bemerkninger om oppmykning av tidligere rettstilstand.
- Anvendelsen av reelle hensyn kommer ikke klart til uttrykk. Mulige årsaker til dette kan diskuteres, jf. Eckhoff s. 396, men det er viktig ikke å miste ”kontakten” med kjennelsen.



Analyse av rettskildebruken – Straffeprosessloven § 444 og EMK art. 6 (2)

EMDs avgjørelse i Sekanina-saken (F mot Østerrike)

- Førstvoterende tar (s. 728) ikke utgangspunkt i ordlyden i EMK art. 6 (2), men siterer og tolker en sentral passus fra *F mot Østerrike* (1993).
- Juridisk teori (Aall) brukes som støtteargument (s. 728-729).
 - Art. 6 (2) tolkes ut fra et folkerettslig/EMK-rettslig tolkningsparadigme.
- Høyesterett legger til grunn at det ikke foreligger motstrid mellom EMK og norsk rett (verken § 444 som sådan, eller den konkrete anvendelsen av bestemmelsen anses som stridende mot EMK).
- Opphevelse av lagmannsrettens kjennelse ”*kunne vært en adekvat reaksjon mot påstått konvensjonsstridige premisser*” (s. 729).
 - Utsagnet står sterkere i dag enn i 1994, jf. mrl. (1999) og senere praksis, bl.a. Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2005 s. 833.



Analyse av rettskildebruken – Straffeprosessloven § 444 og EMK art. 6 (2)

Betraktninger om rettsutviklingen etter 1994

- Avgjørelser i EMD; bl.a. *Rushiti mot Østerrike* (2000), *Hammern mot Norge* (2003) og *O mot Norge* (2003)
- Endringer i norsk rett: Ordlyden i § 444 har blitt endret ut fra en antakelse om at den opprinnelige bestemmelsen kunne være problematisk i forhold til EMK, jf. Ot. prp. nr. 77 (2001-2002) s. 36-38 og s. 79-81. Se også Rt. 2003 s. 1690.
- Bred omtale av dette vil sprengte rammene for besvarelsen (og ikke lenger være noen analyse av Rt. 1994 s. 721). Dette vil nok også passe bedre under vurderingen av kjennelsens rekkevidde.



Vurdering av rettskildebruken

Noen utgangspunkter

- Kritiske merknader bør ha en nøktern form og et velbegrunnet innhold.
- Vurderingen kan med fordel begrenses til rettskildebruken ved tolkningen av § 445 og forholdet mellom § 444 og EMK art. 6 (2)
- Vurderingen bør knyttes til rettskildebildet i 1994. Senere utvikling kan nevnes, men bør ikke gi grunnlag for kritikk (retten kan vanskelig kritiseres for ikke å ha vektlagt ikke-eksisterende rettskildefaktorer).
- Vurderingsdelen gir større frihet enn analysedelen når det gjelder hvilke forhold du vil trekke frem.
- Det kan også knyttes bemerkninger til "kvaliteten" på Høyesteretts løsning av erstatningsspørsmålet, men bare å vurdere dette blir for tynt.



Vurdering av rettskildebruken – tolkningen og anvendelsen av § 445

Rettsens bruk av lovteksten

- Gir neppe grunnlag for spesielt kritiske merknader. Retten tar utgangspunkt i en vag lovtekst, tolker denne i lys av andre (relevante) rettskildefaktorer, og kommer til et resultat innenfor ordlydens rammer.

Rettsens bruk av forarbeider/forhistorie

- Kan gi grunnlag for en mer kritisk tilnærming. Når ordlyden er uklar og forarbeidene motstridende, kan det spørres om det er heldig at det strengeste tolkningsalternativet (for siktede) velges.
- Når forhistorien til § 445 tilsier at det var et ønske om å utvide siktedes rett til erstatning, kan det hevdes at formålet med lovendringen ble svekket når retten la forarbeidenes ”strengeste” alternativ til grunn.
- Retten kunne imidlertid vanskelig se bort fra tidligere rettspraksis, og bygger på ett av to mulige grunnlag i forarbeidene. I et *rettskildemessig* lys, synes derfor bruken av forarbeider/forhistorie forsvarlig.



Vurdering av rettskildebruken – tolkningen og anvendelsen av § 445

Rettsens bruk av tidligere praksis

- Beveger Høyesterett ved å avvike fra tidligere praksis for langt inn på lovgivers domene?
- Forarbeidene spriker og det er uklart hva Stortinget har ment, slik at Kjæremålsutvalgets løsning da det i 1987 formulerte kravet om ”*kvalifiserte rimelighetsgrunner*” ikke nødvendigvis er den eneste akseptable.
- Rt. 1994 s. 721 er kun en justering av en norm retten selv har formulert. Dette må retten ha en relativt vid adgang til.
- Justering i siktetes favør. Dette gjør justeringen mindre betenkelig enn om den hadde gått motsatt vei.
- Neppe grunnlag for sterk kritikk av bruken av tidligere praksis.

Rettsens bruk av reelle hensyn

- Det kan knyttes noen kritiske merknader til at dette er ”skjult” i avgjørelsen.



Vurdering av rettskildebruken – forholdet mellom strprl. § 444 og EMK art. 6 (2)

- *F mot Østerrike* var i 1994 den sentrale EMK-rettslige tolkningsfaktoren ifht. Art. 6 (2). "God EMD-metode" å gå rett til relevant praksis.
- Henvisningen til teorien har preg av et støtteargument (for at § 444 som sådan ikke er i strid med Art. 6 nr. 2).
- Misforstått å kritisere manglende bruk av ordlyden, eller å anføre at rettskildebruken er tynn. Den aktuelle delen av kjennelsen var – i 1994 – *rettskildemessig* akseptabel, både folkerettslig og internrettslig.
- Imidlertid kan manglende omtale av EMKs plass i norsk rett, jf. strprl. § 4, gi grunnlag for kritikk. Plasseringen av EMK-drøftelsen er også noe underlig, når den kommer som et "påheng" i kjennelsen.
- Kjennelsen kan åpne for å sammenlikne Høyesteretts metodiske tilnærming til EMK i 1994 sammenliknet med 2012, hvor rammene for en slik tilnærming er klarere. Dette vil gi god uttelling, men må ikke overdrives, og er ikke et krav.



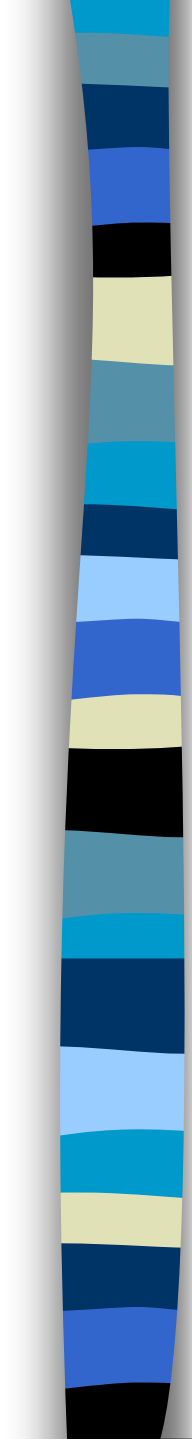
Vurdering av kjennelsens rekkevidde – tolkningen og anvendelsen av § 445

- Ordlyden i § 445 ble endret i 2003, men det sentrale vurderingstemaet ”*særlig eller uforholdsmessig skade*” er beholdt. Kjennelsen vil derfor fortsatt kaste lys over forståelsen av dette.
- Forhold som generelt kan tilsi at kjennelsen får vekt for senere kjennelser som gjelder § 445:
 - Kjennelsen er i sine ”beste år” (17-18 år gammel).
 - Kjennelsen er enstemming
 - Kjennelsen er avsagt av Høyesterett i avdeling, ikke (som normalt i saker om erstatning etter § 445) av kjæremålsutvalget/ankeutvalget
 - Saken ble behandlet som ankesak. Dette gir grundigere behandling enn i alminnelige saker om erstatning etter § 445
 - Saken gjaldt et generelt tolknings-/lovanvendelsesspørsmål



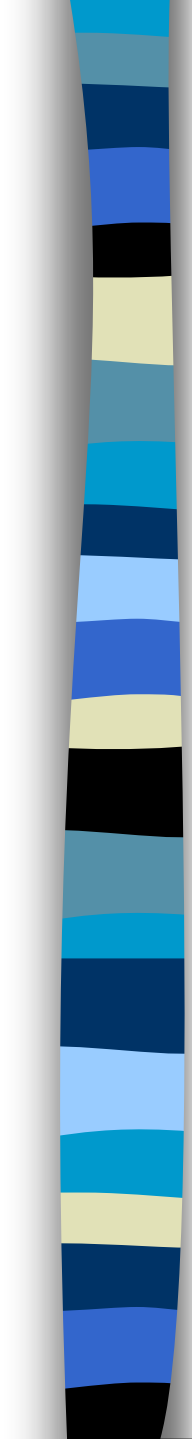
Vurdering av kjennelsens rekkevidde – tolkningen og anvendelsen av § 445

- At kjennelsen fraviker tidligere fast praksis vil neppe svekke vekten:
 - Saken ble henvist til avdeling nettopp for en mulig justerings skyld, og den ble behandlet parallelt med to andre saker (som fikk samme resultat); Rt. 1994 s. 729 og Rt. 1994 s. 732.
- At kjennelsen ikke uttrykker en klart anført *ratio decidendi* (rettssetning), vil heller ikke uten videre svekke vekten:
 - Lest i sammenheng gir kjennelsen retningslinjer for senere saker, herunder at § 445 ikke åpner for en alminnelig rimelighetsvurdering (s. 727). Den har også hatt innvirkning på senere praksis, jf. bl.a. Rt. 1998 s. 1345.
- Virkeområdet for hovedregelen om erstatning i § 444 ble utvidet ved lovendringen i 2003, slik at § 444 kan fange opp en del ”§ 445-tilfeller.”
 - Dette begrenser den generelle rekkevidden, men ikke den isolerte vekten av Rt. 1994 s. 721 for så vidt gjelder vurderingstemaet i § 445.



Vurdering av kjennelsens rekkevidde – forholdet mellom § 444 og EMK art. 6 (2)

- § 444 ble endret i 2003. Kjennelsen har i dag liten rettskildemessig tyngde når det gjelder forholdet mellom gjeldende § 444 og art. 6 (2).
- Også før 2003 sto den delen av kjennelsen som gjelder forholdet mellom § 444 og art. 6 (2) svakere enn den delen som gjelder § 445. EMD ville uansett ikke være bundet av Høyesteretts syn.
- EMK-drøftelsen i Rt. 1994 s. 721, kan synes som et *obiter dictum*, jf. innledningen til drøftelsen ("*til slutt ... noen bemerkninger om*"). Den fremstår ikke som et ledd i begrunnelsen for ikke å anvende § 444.
- Det er likevel ikke noe typisk *obiter dictum*. Rettens bemerkning om at opphevelse kunne være en adekvat reaksjon mot konvensjonsstridige premisser, tilsier at det var påkrevd å ta stilling til betydningen av *F mot Østerrike* for å kunne avslå erstatning etter § 444.



Vurdering av kjennelsens rekkevidde – forholdet mellom § 444 og EMK art. 6 (2)

- I en *norsk kontekst* var kjennelsen uansett en bekreftelse av at (dagjeldende) § 444 ikke var i strid med art. 6 (2) i tilfeller med noenlunde samme saksforhold som i Rt. 1994 s. 721.
- Dette ble også lagt til grunn av kjæremålsutvalget i senere saker, jf. bl.a. Kjennelse 8. Juni 1995 (HR-1995-01155s).
- I *Hammern mot Norge* (2003) fant EMD at kjennelsen 8. juni 1995 var i strid med EMK art. 6 (2) fordi den stadfestet Lagmannsrettens kjennelse hvis utsagn var egnet til å trekke hans uskyld i tvil.
 - Dette var ingen konstatering av at § 444 som sådan var konvensjonsstridig, men mer en bekreftelse av det som også er fremhevet i Rt. 1994 s. 721:
 - Det avgjørende for om art. 6 (2) er krenket i konkrete saker, er hvordan den avgjørelsen som avslår/begrenser siktedes rett til erstatning er formulert.



Vurdering av kjennelsens rekkevidde – forholdet mellom § 444 og EMK art. 6 (2)

- En bred diskusjon om disse spørsmålene kan ikke forventes, men å trekke inn utviklingen etter 1994 vil gi et pluss.

- Merk at det store skillet i forhold til EMK og strprl. ikke kom ved menneskerettsloven i 1999, for så vidt som EMK allerede var inkorporert på straffeprosessens område gjennom strprl. § 4. Se f.eks. Rt. 2005 s. 730 (avsn. 23) der kjæremålsutvalget uttaler:

” Ved straffeprosessloven § 4 var konvensjonen direkte inkorporert i norsk straffeprosess allerede før menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30, og ved eventuell motstrid var domstolene forpliktet til å la konvensjonens bestemmelser gå foran.”



Takk for oppmerksomheten!

Lykke til på eksamen!