

Rettspraksis

Alf Petter Høgberg

Dommers betydning på tre nivåer

- Rettskraftvirkning
- Prejudikatvirkning
- Den metodisk effekt
 - Omfatter prejudikatlæren utsagn vedr. rettskildelæren?
 - Hvordan genereres rettskildenormer fra dommer?

Skillet mellom predikatsspørsmålet og spørsmålet om domstolens rettskapende virksomhet

- Prejudikatsspørsmålet: Spørsmålet om tidligere dommers betydning for løsningen av spørsmålet
- Spørsmålet om domstolens rettskapende virksomhet: I hvilken grad kan domstolen skape ny rett?
- Sammenhenger

Domstolenes rettskapende virksomhet

- En viss diskusjon i teorien
- Forholdet mellom anvendelse av en regel og endring av regelen
- Det vanligste synspunkt: Den skapende virksomhet alltid tilstede der rett anvendes
 - Prinsipielt uavhengig av ønske eller vilje
 - Prinsipielt uavhengig av bevissthet eller selvforståelse
 - Ofte gis det inntrykk av at den nyskapende effekten ikke er til stede, men følger av rettskildet

Domstolenes rettskapende virksomhet forts.

- Domstolenes løsning av et rettsspørsmål kan forholde seg på forskjellige måter til gjeldende rett. Det kan skilles mellom 3 modi:
 - Domstolenes løsning kan **konsolidere** den forutsatte løsning
 - Domstolenes løsning **presisere** gjeldende rett
 - Domstolenes løsning kan **korrigere** den forutsatte løsning

Tilfeller der HR **konsoliderer** en allerede forutsatt løsning

- Kanskje den vanligste effekt.
- Er dette egentlig rettskapende virksomhet?
- Burde saken vært sluppet inn for HR?
- Virker stabiliserende
- Endrer rettskildet
 - Eks: Objektiv tolkning av kontrakter mellom likeverdige kommersielle parter: Rt. 2003 s. 1132, Rt. 2002 s. 1155, Rt. 2000 s. 806, Rt. 1998 s. 1584, 433 Rt. 1998 s. 613, Rt. 1996 s. 243, Rt. 1994 s. 471, Rt. 1992 s. 1002, Rt. 1992 s. 643, Rt. 1984 s. 121, Rt. 1984 s. 44, Rt. 1981 s. 933, Rt. 1980 s. 290, Rt. 1974 s. 450, Rt. 1973 s. 821, Rt. 1970 s. 1350, Rt. 1970 s. 794, Rt. 1968 s. 533, Rt. 1967 s. 1407, Rt. 1966 s. 1109, Rt. 1966 s. 187, Rt. 1955 s. 1138 og Rt. 1948 s. 305.
 - Eks. passbåtdom nr. 2 (Rt. 1980 s. 1154 (viser til Rt. 1973 s. 433)), 3 (Rt. 1982 s. 808) og 4 (Rt. 1986 s. 823).

Særskilt om tilfeller der domstolenes løsning **presiserer** gjeldende rett

- Årsaker til behov for presisering
 - Lakuner (det foreligger rettslig interesse, men ingen regulering)
 - Semantisk uklarhet, Rt. 1983 s. 652 (Politikontrollen)
 - Semantisk flertydighet, Rt. 1987 s. 70 (liket)
 - Syntaktisk flertydighet, Rt. 1950 s. 418 (jakketyveri fra bil)
 - Motstrid (intern motstrid i rettskilde, eller motstrid mellom kilder). F.eks. mellom ulike forarbeidsdokumenter.

Tilfeller domstolenes løsning korrigerer den forutsatte løsning

- Et første spørsmål: Hva er den forutsatte løsning?
- En rekke grunner kan tilsi kursendring, eksempelvis:
 - Rettstilstanden er utdatert, eks. Rt. 1974 s. 1121 (voldtekt av ektefelle ikke tidligere mulig i strafferettslig forstand)
 - Lovens ordlyd strider mot reelle hensyn, Rt. 1994 s. 1414
 - Rettspraksis har blitt for streng, Rt. 2001 s. 1671 (som innebærer kritikk av Hasj-seilersakene (Rt. 1982 s. 1315 og Rt. 1989 s. 1004), og utviklingen etter 4. passbåt-sak; Elvebåtsaken (Rt. 1995 s. 1734)
 - Foregripe rettsutvikling, Sinnssykes ankerett, Rt. 1979 s. 1079
 - Den forutsatte løsning med utgangspunkt i nasjonale kilder strider mot antatt internasjonal rett (Rt. 2005 s. 833)

Særlig om domstolenes holdning til tolkningen av straffebestemmelser

- Lære i mellomkrigstiden
- Andenæs oppgjør med læren
- To spor i etterkrigstidens utsagn om tolkning
- Mulig utglidning 1970-2000?
- Nå: Legalitet og utvidende tolkning

Prejudikatvirkningen

- Å legge selvstendig vekt på det faktum at rettssetningen kommer til uttrykk i en bestemt avgjørelse
- Eksempler i to sakskomplekser
 - Rt. 1988 s. 276 (Røstad) og Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik)
 - Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) og Rt. 1996 s. 1440 (Thunheim)
- HR-dommer nær bindende for alle andre enn HR selv
- Plenumsloven (1926) og senere endring (2007) om storkammer i domstolloven § 5, fjerde ledd

Prejudikatsspørsmålet – hensyn

- Psykologiske hensyn
 - Effektivitet og forenkling av prosesser
 - Forutberegnelighet
 - Formell rettsikkerhet
 - Likhhet/formell rettferdighet
- Mothensyn: Hensynet til materiell rettferdighet og mulighet for å rette feil

Relevansspørsmål

- Spesiell og generell relevans
- Forholdet mellom vekt og relevans
- Ulike typer av rettsavgjørelser
 - Høyesterettsavgjørelser (Påståtte oppgaver: Rettsavklaring, rettsutvikling og rettsenhet)
 - Underrettspraksis (vanlig i bruk, uklart om det dreier seg om eksempel eller selvstendig normering)
 - Voldgiftspraksis
 - Flekkmassedommen RG 1972 s. 53
 - Vedbolagdommen, Rt. 1951 s. 371
- Særlig om betydningen av tilgjengelighet
- Om betydningen av overnasjonale domstolsorganer
 - Dualisme, sektormonisme, presumpsjonsprinsippets virkninger

Slutningsspørsmål

- Oversikt over standardmåtene å genere argumenter fra rettspraksis, dommers såkalte prejudikatvirkninger:
 - Dommens anførte ratio decidendi
 - Dommens konstruerte ratio decidendi
 - Parallelltolkning/analogifunksjon
- Andre virkninger: Obiter dictum, analogislutning fra dommens resultat, kombinasjonsvirkninger, antitese

Nærmere om dommens anførte ratio decidendi

- Hovedregel (enten det er snakk om snakker om konsoliderende, presiserende eller korrigerende avgjørelser)
- De fleste anvendelser av dommer benytter seg av denne slutningsformen.
- Altså flesteparten av de avgjørelser som påberopes på ethvert fagfelt, ikke bare i rettskildelæren.
- Modifikasjon: Med anført menes ikke fremførte normer, men anførte synspunkter og resonnementer. Både regler, retningslinjer og verdistandpunkter kan sluttes fra komplekse resonnementer.

Nærmere om dommens konstruerte ratio decidendi

- To grunnleggende fortolkninger:
 - Den egentlige forklaring
 - Den beste forklaring
- Ikke vanlig med en dom, men serier av dommer. Årsak. Behovet for enhetlig formel
- Kroneksempel: Ku- og jernskap (Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263)
- Ofte karakter av løse former for konstruksjoner enn rene retningslinjer
 - Forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, straffverdighet og prevensjon som nøkkel i strafferetten, valg mellom lov og forarbeider

Analogifunksjon

- Grunnleggende betraktning
- Forekomst
 - Ekspisitt der andre sakers løsning brukes som begrunnelse, eks. Rt. 1990 s. 206, jf. Rt. 1976 s. 501
 - Ubestemt der det vises til tidligere saker med liknende faktum
 - Vanlig ved fortolkning av enkeltfraser i lovtekst, f eks «vesentlig mislighold»
- Forholdet til antitetisk fortolkning
 - Fremføres ikke som ekspisitt argument, men viktig å trekke frem forskjeller til påberopte saker for advokater.

Uttalelser obiter dicta

- Definisjon og begrunnelse
- Utvikling i synet på uttalelser obiter dictum
- Grense mot anført ratio
- Eksempler
 - Rt. 1988 s. 1078
 - Rt. 1992 s. 504
- Særskilte rettsområder

Analogislutning fra dommens resultat

- I utkanten for anvendelsen av dommer
 - Sirkusteltdommen, Rt. 1957 s. 778

Kombinasjonsvirkning

- Prejudikatlærens uklare grenser
 - Eksempel: Rt. 1999 s. 240, Politispytterdommen
 - Kombinasjon av mindretallsvotum og uttalelse obiter dictum

Å sondre mellom saker

- Sondre mellom saker.
- Trekke frem relevante forskjeller
- Forutsetninger kan være uttalt og forutsatt; eksplisitt og implisitt
- Økokrims bruk av Rt. 2009 s. 130
- Handlingsrom i senere saker
- Svært ofte en mulighet

Vektspørsmål

- Begrepene egenvekt og relativ vekt
- Forholdet til relevansbegrepet
- Noen alminnelige utgangspunkter om vekt
 - Utgangspunkter knyttet til Høyesterettspraksis; «Nær bindende for alle andre enn Høyesterett selv»
 - Utgangspunkter knyttet til underrettspraksis
 - Betydning av avgjørelsens kvalitet for vektspørsmålet

Nærmere om HRs forhold til egne prejudikater

- Hovedregel: Prejudikater respekteres og legges til grunn
- Å sonde mellom saker
- Implisitt brudd I : HR omtaler ikke sak I, men velger en ny vei: Rt. 1968 s. 826 omtaler ikke Rt. 1939 s. 507, Rt. 1952 s. 8, og Rt. 1963 s. 430, Rt. 1979 s. 727 nevner de første, men ikke Rt. 1968 s. 826, Rt. 1994 s. 174 nevner ikke Rt. 1978 s. 727 (jf. Høgberg i TFR 2000 s. 525-649)
- Implisitt brudd II: Beskrive utvikling og kritikk av rett (Rt. 2001 s. 1671 (som innebærer kritikk av Hasj-seilersakene (Rt. 1982 s. 1315 og Rt. 1989 s. 1004)
- Implisitt brudd III: Nye faktabeskrivelser (Sjekkbedrageri I (Rt. 1969 s. 1331) og Skjekkbedrageri II (Rt. 1970 s.758))
- Eksplisitt brudd - uvanlig

Skoghøys undersøkelse

- Tilsidesettelse som følge av rettskildemessige endringer
- Tilsidesettelse som følge av ny kunnskap, samfunnsutvikling og andre endringer
- Tilsidesettelse av avgjørelser i strid med grunnleggende rettsprinsipper
- Tilsidesettelse av prejudikater som ikke bygger på en tilstrekkelig bred og inngående vurdering
- Grensen: Tilsidesettelsen må ikke gripe uforholdsmessig inn i etablerte rettsposisjoner

Momenter med betydning for egenvekten

- 1) Er avgjørelsen kjent, og har den vært brukt som prejudikat?
- 2) Hvor gammel er avgjørelsen?
- 3) Er det tale om en totalfravikelse eller bare en justering?
- 4) Hva slags partisjon av Høyesterett er avgjørelsen er truffet av?
- 5) Er den opprinnelige avgjørelsen avsagt under dissens?
- 6) Dreier det seg om fravikelse av en enkeltavgjørelse, flere avgjørelser eller en hel tradisjon?
- 7) Hvor «klart, nyansert og fullstendig» fremstår den avgjørelsen som skal settes til side?
- 8) Hvor sentralt står rettssetningen i det endelige resultatet?
- 9) Hvor sterkt er behovet for å fravike prejudikatet?

Spørsmålet om den 3. virkning

- Eng: «Omfatter prejudikatlæren utsagn vedr. rettskildelæren», TFR 1997 s. 21
- Det videre spørsmål: Hvordan generere rettskildenorner fra rettspraksis
 - Enighet om at rettspraksis er viktig leverandør
 - En tregere materie, argumentasjonsstrukturer
- Problemfelter: Normer som både berører gjeldende rett og rettskildelæren og som tematiseres
 - Klarhetsdoktrinen
 - Avtaletolkningslæren
 - Den strafferettslige lære om rettsanvendelsestil
