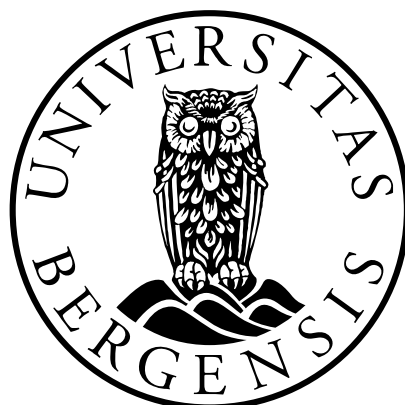


Prejudikaters alder som vektingsmoment

*En empirisk undersøkelse og analyse av Høyesteretts
bruk av prejudikater avsagt før 1940*

Kandidatnummer: 33

Antall ord: 14 524



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

Universitetet i Bergen

Age does not matter if the matter doesn't age

Carlos P. Romulo

Innhold

1. Innledning	4
1.1. Presentasjon av tema og aktualitet	4
1.2. Begrepsbruk, presiseringer og avgrensninger	5
1.3. Oppgavens struktur og fremstillingen videre	5
2. Alder som vektingsmoment	6
2.1. Alderens plassering blant rettskildeprinsippene	6
2.2. Teoriens syn på alder som vektingsmoment	8
2.3. Oppsummering av metodeteoretikernes syn	10
3. Begrepet alder	11
4. Undersøkelse av Høyesteretts syn på prejudikaters alder i praksis	13
4.1.1. Undersøkelsesmodellen	13
4.1.2. Feilkilder ved undersøkelsesmodellen	14
4.2.1 Grunnlag for søk	15
4.2.2 Feilkilder ved søkergrunnlaget	16
4.3. Resultat av grupperingen	17
4.4.1 Kommentering av de ulike gruppene	17
4.4.2. Gruppe 1: Partenes anførsler	17
4.4.3. Gruppe 2: Indirekte henvisning	19
4.4.4. Gruppe 3: Rene henvisninger uten ytterligere kommentarer	21
4.4.5. Gruppe 4: Kommentarer til domspremissene med unntak av alder	22
4.4.6. Gruppe 5: Alderen blir nevnt, men vekten ikke uttrykkelig kommentert	24
4.4.7. Gruppe 6: Alderen blir nevnt og vekten blir uttrykkelig kommentert	27
5. Kvantitative funn	31
5.1. Innledning	31
5.2. Hvor relevant anser Høyesterett alderen?	32
6. Høyesteretts henvisninger fordelt på årstall	34
7. Nedgang i henvisninger i perioden 1990 til 2017	38
8. Kvalitative funn	39
8.1. Innledning	39
8.2. Alder som selvstendig vektingsmoment?	39
8.3. Rettsområdene med flest henvisninger og hvorfor	41
9. Oppsummering av funn	43
10. Teoriens syn holdt opp mot overnevnte funn	44
11. Relevant faktisk eller rettslig endring for det konkrete rettslige spørsmålet	45
11.1. Innledning	45
11.2. Relevant faktisk endring	45
11.3. Relevante rettslig endring	45
12. Kilderegister	47

1. Innledning

1.1. Presentasjon av tema og aktualitet

Jeg skal i denne masteroppgaven undersøke om og i hvilken grad Høyesterett bruker alderen som et selvstendig moment ved vekting av prejudikater. Dette skal gjøres gjennom en empirisk undersøkelse og analyse av høyesterettsdommer fra 1990 til 2017 der det er gitt henvisninger til rettsavgjørelser fra før 1940.

Bakgrunnen for temaet er at den rettskildemessige vekten til et prejudikat kan variere. I den enkelte sak må vekten avgjøres konkret etter en samlet vurdering av flere momenter.¹ I juridisk litteratur har det vært hevdet at vekten til et prejudikat blant annet beror på hvor gammel den er. Det er hevdet at gamle prejudikater har mindre rettskildemessig vekt enn nyere. Lengst i denne retningen går Skoghøy og Fleischer som oppstiller alderen som et selvstendig vektingsmoment ved siden av blant annet samfunnsmessige endringer.² Det skulle tilsi at prejudikaters alder *i seg selv* kan være avgjørende for den vekt de blir tillagt. På motsatt side, er det juridiske forfattere som mener at prejudikaters alder er uten betydning for deres rettskildemessige vekt.³

Høyesterettspraksis er en viktig rettskilde fordi det kreves tungtveiende grunner for å fravike et tidligere inntatt standpunkt.⁴ Det gjelder selv om Høyesterett sitter med en annen sammensetning av dommere.⁵ Bruken av prejudikater fremmer dermed blant annet rettferdighets- og forutberegnelighetshensyn ved at like tilfeller blir behandlet likt. Overdreven bruk av prejudikater kan på den annen side føre til uheldige resultater ved at dagens situasjon blir bedømt ut fra gårsdagens forutsetninger.⁶

¹ Skoghøy, Jens Edvin, *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse*, Nybrott og odling - festskrift til Nils Nygaard s. 323-343 (2002), s. 334

² Skoghøy 2002 s. 341 og Fleischer, Carl August, *Anvendelse og fortolkning av dommer*, Oslo 1981, s. 60

³ Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004, s. 330 og Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009, s. 90

⁴ Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Bergen 2012, s. 71

⁵ Andenæs 2009 s. 82

⁶ Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998, s 183

I de siste årene har det blitt et økt fokus på kvalitetssikring av juridisk metode.⁷ Ettersom det er uenighet i juridisk litteratur vil det kunne føre til at rettsanvendere vektet prejudikater ulikt etter hvilken forfatter de holder seg til.

Grunnlaget for juridisk metode kan kort fortalt sies å være høyesterettspraksis. Høyesterett fastlegger ikke bare rettsregler, men også retningslinjer for rettslig argumentasjon.⁸ For å avklare alderens betydning som et vektingsmoment er det derfor naturlig å foreta en undersøkelse av Høyesteretts faktiske bruk av momentet.

1.2. Begrepsbruk, presiseringer og avgrensninger

Det er ingen definisjon av hva et prejudikat er og begrepet blir benyttet med ulikt meningsinnhold i juridisk litteratur. Etter en språklig forståelse betyr begrepet ikke annet enn en tidligere dom – ”pre” pluss ”judikat”.⁹ Slik vil begrepet også bli benyttet her, men med den presiseringen at det er tale om en dom avsagt av Høyesterett. Jeg kommer til å bruke rettspraksis, rettsavgjørelser og dommer som synonyme. Denne presiseringen gjøres fordi jeg finner ikke grunn til å bruke prejudikater kun om hvilken tyngde dommen vil få i en senere sak – såkalt prejudikatsvirkning. Benyttes begrepet på en slik måte vil man aldri kunne si om en dom er et prejudikat før dommen faktisk er blitt brukt i senere saker.¹⁰

Jeg vil innledningsvis også presisere at dataene som er innsamlet til denne oppgaven ble samlet inn frem til 18.08.17. Når jeg i denne oppgaven omtaler dommer frem til 2017, så menes dommer avsagt og publisert frem til denne datoen.

1.3. Oppgavens struktur og fremstillingen videre

Oppgaven kan deles inn i tre hoveddeler. Første del består av kapittel 2 og 3 der jeg skal plassere alder som vektingsmoment i en større sammenheng, redegjøre for teoriens syn og

⁷ Se bl.a. Tande, Knut Martin, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, JV 01/2011 (Volum 46) s. 1-36, emnet JUS133 ved juridisk fakultet i Bergen (<http://www.uib.no/emne/JUS133>), Dragsmo, Espen, ”*Individuelle valg og vurderinger*” – *noen kommentarer til Knut Martin Tande*, JV 02/2014 (volum 49) s. 121-140, Baldersheim, Erlend, *Høggir og tomgang i rettskjeldelære*, JV 06/2017, (Volum 52), s. 343-377

⁸ Monsen 2012 s. 16

⁹ Fleischer 1998 s. 178

¹⁰ Fleischer 1998 s. 178

nyansere begrepet alder. Denne delen vil danne et sammenligningsgrunnlag for oppgavens avsluttende del. Oppgavens annen del består av kapittel 4 der jeg skal beskrive min fremgangsmåte og foreta undersøkelsen av hvordan Høyesterett anvender dommer avsagt før 1940. Oppgavens tredje og avsluttende del består av kapittel 5 til 11. I disse kapitlene vil jeg utdype undersøkelsens funn samt konkludere på om og i hvilken grad Høyesterett anser alder er et selvstendig vektingsmoment.

2. Alder som vektingsmoment

2.1. Alderens plassering blant rettskildeprinsippene

Juridisk metode, også kalt rettskildelæren, er læren om hvordan rettsanvendere skal resonnerer når han eller hun skal ta stilling til juridiske spørsmål. Juridisk metode er utviklet gjennom et samspill mellom Høyesteretts argumentasjon og juridisk teori.¹¹ Basert på hvordan Høyesterett resonnerer har juridisk teori utviklet et sett retningslinjer for brukt av rettskildene, kalt rettskildeprinsippene. Rettskildeprinsippene sier noe om hvilke rettskilder som er legitime å bruke, hvordan man skal trekke slutninger fra dem og deres vekt. Rettskildeprinsippene deles derfor normalt inn i de tre stadiene relevans, slutning og vekt.

For at en kilde skal anses som en rettskilde må den ha blitt legitimert gjennom rettssystemets verdier. Eksempelvis gjennom autoritetsbetraktninger, demokratihensyn og/eller rettssikkerhetshensyn.¹² Høyesterettspraksis er en av flere rettskilder.¹³ Høyesterettspraksis får sin legitimitet fra Grl. § 88 der det heter at ”Høyesterett dømmer i siste instans”. Denne legitimiteten er særlig sterkt ettersom den gir uttrykk for rettsoppfatninger som skriver seg fra organer med myndighet til å fastsette rettens eksistens og innhold.¹⁴ Det er i tillegg flere andre hensyn som tilsier at det er legitimt å vektlegge prejudikater. Ved siden av det allerede nevnte hensynet til rettferdighet og forutberegnelighet, vil det være arbeidsbesparende for domstolene og prosessøkonomisk for partene. Å fravike et av Høyesteretts tidligere

¹¹ Monsen 2012 s. 16

¹² Monsen 2012 s. 31

¹³ Noen forfattere bruker betegnelsen ”rettspraksis” mens andre bruker ”høyesterettspraksis”. Diskusjonen om underrettspraksis som rettskilde ligger utenfor rammen for denne oppgaven.

¹⁴ Monsen 2012 s. 50

standpunkt vil også virke urimelig for partene fordi rettstilstanden blir endret med tilbakevirkende kraft.¹⁵

Hvilke slutninger man kan utlede fra en rettskilde varierer etter hvilken rettskilde det er tale om. For prejudikater er det vanlig å ta utgangspunkt i tre typer slutninger.¹⁶¹⁷ Grensen mellom dem er likevel uskarpe og flytende. Den første slutningsmåten er å utlede dommens anførte ratio decidendi. Det vil si den rettssetning som retten selv har gitt uttrykk for og som er nødvendig for å begrunne domsresultatet.¹⁸ Den andre slutningsmåten er å konstruere et ratio decidendi. Konstruksjonen skjer ved man tar utgangspunkt i domskonklusjonen, men forklarer den ved en annen begrunnelse enn den retten ga uttrykk for. Den tredje slutningsmåten er en parallelltolkning av dommene. Dette gjøres ved å se på graden av likhet mellom faktum i sak nr. 1 og sak nr. 2. Dersom det er stor likhet vil det være et argument for at like tilfeller skal dømmes likt.

Vekten til den slutningen, eller det argumentet, man har utledet fra prejudikatet kan variere. For å avgjøre hvilken vekt slutningen har i den enkelte sak, må det foretas en konkret helhetsvurdering der flere momenter er relevante.¹⁹ Noen momenter er nært knyttet til hvilken slutning man har utledet. Eksempelvis hvor klar og fullstendig rettssetningen er, hvor sentralt rettssetningen står i begrunnelsen og sakenes parallellitet.²⁰ Andre momenter knytter seg til Høyesteretts sammensetning og votering. En dom som er avsagt i plenum vil normalt veie tyngre enn en dom avsagt i avdeling. Tilsvarende om dommen er enstemmig eller avsagt under dissens. Videre vil vekten kunne variere dersom det har skjedd samfunnsmessige endring i tiden etter prejudikatet ble avsagt. Prejudikaters alder blir av noen juridiske forfattere nevnt som et moment i denne helhetsvurderingen. I neste delkapittel skal jeg redegjøre for ulike forfatteres syn på alderen.

¹⁵ Stub, Marius og Torgersen, Runar, *Om den såkalte vinregelen i prejudikatslæren*, LoR, 08/2007 s. 490-500

¹⁶ Se bl.a. Nygaard 2004 s. 77, Fleischer 1998 s. 189 og Eckhoff 2001 s. 165

¹⁷ Enkelte forfattere oppstiller også obiter dicta som en slutning. Se bl.a. Fleischer 1998 s. 189

¹⁸ Nygaard 2004 s. 78

¹⁹ Skoghøy 2002 s. 334

²⁰ Skoghøy 2002 s. 334 flg.

2.2. Teoriens syn på alder som vektingsmoment

Alder som vektingsmoment er et relativt nytt fenomen og ble ikke behandlet i juridisk litteratur før 1970-tallet.²¹ Det er flere av de moderne teoretikere som har behandlet temaet. Nedenfor vil jeg ta for meg Skoghøy, Fleischer, Boe, Nygaard, Andenæs og Eckhoff.

Skoghøy skriver at ved ”vurderingen av hvor stor vekt det skal legges på en rettsavgjørelse, må det også tas hensyn til hvor stort behovet for forutberegneligheten er, *avgjørelsens alder*, og om det siden avgjørelsen er truffet, har skjedd noen endringer i holdningene i samfunnet eller andre samfunnsmessige forhold eller lovendringer på tilgrensede rettsområder” (min kursivering).²² Skoghøy viser til at avgjørelsens vekt beror på en helhetsvurdering der en rekke momenter er av betydning, herunder alderen. Ved at Skoghøy oppstiller alderen som et eget moment ved siden av de øvrige tilsier det at han mener at alderen isolert sett kan bidra til å svekke avgjørelsens vekt.

Fleischer synes å mene det samme. Han utpeker også alderen som et selvstendig moment når han skriver at ”*Dommens alder* og i det hele de nye omstendigheter som er kommet til etter avsigelsen (...) er også momenter av betydning” (min kursivering).²³ I likhet med Skoghøy oppstiller Fleischer alderen som et moment *ved siden av* om nye omstendigheter har kommet til.

Boe behandler flere momenter som kan styrke og svekke vekten til et prejudikat. Han skriver at for ”det fjerde betyr dommens *alder* mye. Er den gammel, kan den ha gått i glemmeboken. Er den fersk, har få ennå innrettet seg etter den. Dette er den såkalte ”vinregelen”: En dom er som vin. Den må ikke være fersk, for da har den ennå ikke ”satt seg”. Den må heller ikke være for gammel, for da er den kommet over toppen” (min kursivering).²⁴ Det er uklart hva Boe legger i at dommen er ”over toppen”. Det kan forstås på flere måter. På en side kan uttalelsen forstås som at siden dommen er gammel så har den ikke like mye vekt som nyere rettspraksis. Uttalelsens kan imidlertid også forstås som at siden rettsavgjørelsen er gammel, så er den glemt ved at den ikke lenger benyttes.

²¹ Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Oslo 1971, s. 160

²² Skoghøy 2002 s. 341

²³ Fleischer 1981 s. 60

²⁴ Boe, Erik, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo 2010, s. 308

Nygaard påpeker at han ser at alderen ofte blir nevnt som et vektingsmoment, men fortsetter med å skrive at alderen ”i seg sjølv treng ikkje vera avgjerande. Den kan vere gamal og god, eller gamal og svak; ung og sterk eller ung og naiv”. Nygaard retter heller fokuset på kvaliteten og skriver at det ”er først og fremst *kvaliteten* det er spørsmål om. Kvaliteten i høve til rettsopfatning og samfunnsyn *idag*. Og poenget med alder er at alderen kan eksponera visse kvalitetar ved dommen” (forfatterens kursivering).²⁵ Nygård fremhever uttrykkelig at dommens alder isolert sett ikke er avgjørende, men at det er dommens kvalitet i relasjon til dagens oppfatning og samfunnssyn som er det avgjørende. I motsetning til de overnevnte forfatterne likestiller altså ikke Nygaard alderen med de øvrige momentene.

Andenæs mener det er vanskelig å si noe generelt om hvorvidt riktig gamle dommer har mindre vekt enn nye dommer. Andenæs fortsetter likevel å skrive at noen ”riktig gamle dommer lever vidare som ”grunnleggende dom” i en prejudikatkjede eller som utgangspunkt for praksis eller rettsopfatninger. Andre riktig gamle dommer kan havne i glemsel. *Alderen er isolert sett ikke avgjørende*, men hvordan dommens vidare skjebne blir” (min kursivering).²⁶ I likhet med Nygaard mener også Andenæs at alderen i seg selv ikke er avgjørende.

Eckhoff behandler alderen i sin lærebok og skriver at for ”det første spiller prejudikatets alder en rolle. (...) Meget gamle dommer trenger man som regel heller ikke ta så meget hensyn til. For når lang tid er gått, må alle være forberedt på at oppfatningene kan ha skiftet. Forholdet kan imidlertid stille seg annerledes hvis det er spesiell grunn til å tro at det syn som er lagt til grunn i en gammel dom, fremdeles blir fulgt i praksis. Men stort sett er det de forholdsvis nye, men ikke helt ferske, dommer som står sterkest som prejudikater. Tidsfaktorens betydning avhenger forøvrig av hvilket rettsområde det gjelder. På områder hvor retten har vært forholdsvis stasjonær, kan dommer fra begynnelsen av dette århundre fremdeles ha aktualitet. Men der det har vært rask utvikling - som f.eks. innen store deler av forvaltningsretten - er det stort sett bare etterkrigstidens praksis som interesserer.”²⁷

Et ulikt syn på prejudikaters alder kommer ikke bare til uttrykk innenfor den juridiske metodelitteraturen. Hos forfattere innenfor de enkelte rettsområdene kommer også ulikheten

²⁵ Nygaard 2004 s. 330

²⁶ Andenæs 2009 s. 90

²⁷ Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, s. 183

til uttrykk. Eksempelvis har **Falkanger og Falkanger** og **Lilleholt** skrevet lærebøker innenfor tingsretten.²⁸²⁹ Falkanger og Falkanger viser i sitt læreverk til hele 193 rettsavgjørelser avsagt før 1940. Lilleholt på sin side viser kun til 8. Læreboken til Falkanger og Falkanger behandler riktignok hele tingsretten, og ikke kun den dynamiske tingsretten, men forskjellen i henvisningene er likevel så stor at det får underordnet betydning i denne sammenheng.

Det ulike synet mellom disse forfatterne fremgår også av deres omtale av de eldre dommene. I sine omtaler av Rt. 1910 s. 231 (Ku-dommen) og Rt. 1912 s. 263 (Jernskrap) er alle enige om at dommene er knapt utformet, men Falkanger og Falkanger mener at Ku- og Jernskrapdommene må tas til inntekt som prejudikater for interesselæren. De skriver at ”interesselæren gir en rasjonell forklaring på de resultater som Høyesterett kom frem til”.³⁰ Lilleholt, på sin side, skriver kort at dommene ”er altså nokså gamle, og særleg klare er dei ikkje”.³¹

Grunnen til at jeg nevner Falkanger, Falkanger og Lilleholt er for å illustrere at det også er uenighet blant forfattere innenfor de enkelte rettsområdene. Siden disse forfatterne likevel ikke uttaler seg om alder som vektingsmoment i et metodisk perspektiv, vil de ikke inngå i den videre sammenligningen.

2.3. Oppsummering av metodeteoretikernes syn

Alle de nevnte metodeforfattere uttaler seg om alderen som vektingsmoment. Uenigheten mellom dem knytter seg til om alderen er et selvstendig moment i vurderingen av et prejudikats vekt. Skoghøy og Fleischer oppstiller alderen som et selvstendig moment. Nygaard og Andenæs er på motsatt side, der de begge uttrykkelig sier at alderen isolert sett ikke er avgjørende.

Mellom de to ytterkantene har jeg plassert Eckhoff og Boe. Eckhoff skriver riktignok at alderen spiller en rolle, men Eckhoff synes å bruke alder som et koblingsbegrep på om rettsoppfatningen har endret seg. Skoghøy og Fleischer derimot oppstiller alderen ved siden av momentet om endrede forhold. Jeg har også valgt å plassere Boe i denne kategorien fordi

²⁸ Falkanger, Thor og Falkanger, Aage Thor, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016

²⁹ Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett*, Oslo 2012

³⁰ Falkanger og Falkanger 2016 s. 918 flg.

³¹ Lilleholt 2012 s. 288

selv om Boe også skriver at alderen betyr mye, så synes fokuset hans å ligge på om dommen fortsatt blir anvendt i praksis. Boe tar dermed ikke eksplisitt stilling til om alderen er et selvstendig moment.

Oppfatningen i juridisk metodelære kan derfor skisseres slik:

Alder er et selvstendig moment	Alder er ikke et selvstendig moment	Tar ikke eksplisitt stilling til om alderen er et selvstendig moment
Skoghøy og Fleischer	Nygaard og Andenæs	Eckhoff og Boe

3. Begrepet alder

Selv om de ulike teoretikerne nevner alder som et vektingsmoment, er det ingen som utdyper hva det er vil si at en dom er gammel. Det nærmeste man kommer er uttalelsene til Skoghøy og Eckhoff. Skoghøy uttaler at det ”man kan si generelt, er at de avgjørelser som veier tyngst som rettskilde, er avgjørelser fra tiden etter 2. verdenskrig (1945)”.³² Eckhoff uttaler at tidsfaktorenes betydning avhenger av hvilket rettsområde det gjelder, og viser til forvaltningsrettens område som et eksempel på et rettsområde med rask utvikling. For forvaltningsrettens område legger også Eckhoff til grunn at det stort sett bare er etterkrigstidens praksis som er av interesse.³³ Det Eckhoff mener med at alderen er knyttet til rettsområde er at noen rettsområder er mer dynamiske enn andre. Det kan skyldes hyppig lovgivningsaktivitet eller domstolars dynamiske tolkning slik at rettstilstanden endrer seg raskere enn på andre rettsområder. Eksempel på dynamisk tolkning er EMDs syn på EMK som et ”living instrument”.³⁴ Resultatet er at menneskerettighetene stadig utvikles og er i endring.

³² Skoghøy 2002 s. 341

³³ Eckhoff 2001 s. 184

³⁴ Tyrer mot Storbritannia

Et årstall er en konstant størrelse ettersom tallet gir uttrykk for et gitt tidsintervall. Men hva som er gammelt kan variere fra kontekst til kontekst. Slik er det også for prejudikater. En dom avsagt for 60 år siden kan være gammelt i en relasjon, men ikke i en annen. Det kan illustreres med Rt. 1972 s. 965 (Mønepane), Rt. 1973 s 433 (Passbåt) og Rt. 1939 s. 890 (Loftkjennelsen).

I erstatningsretten har vi en langvarig rettspraksis om det ulovfestede objektive ansvaret. Det objektive erstatningsansvaret vokste frem gjennom et ”farlig bedrift”-ansvar på slutten av 1800-tallet med Rt. 1875 s. 330 (Lysaker) og ble senere utvidet med bl.a. Rt. 1939 s. 766 (Gesims) og Rt. 1972 s. 965 (Mønepane). Selv om Mønepanedommen ble avsagt i 1972 blir den i dag fortsatt tillagt vekt for om det i en gitt sak kan ilegges et objektivt erstatningsansvar.³⁵

På motsatt side og fra strafferettens område, kan Rt. 1973 s. 433 (Passbåt) nevnes. I dommen anså Høyesterett en 17 fots passbåt å omfattes av ordlyden ”skip”, slik at gjerningspersonen kunne straffes for å føre båten i beruset tilstand. Passbåtdommen er avsagt på omlag samme tidspunkt som Mønepanedommen ovenfor, men Passbåtdommen har ikke noe vekt i dag. Det skyldes det endrede synet på håndhevelsen av legalitetsprinsippet på strafferettens område. At lovskravet er blitt skjerpet kommer bl.a. til uttrykk i Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15. Høyesterett uttaler der at i ”nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen”.

Fra strafferettens område kan også Rt. 1939 s. 890 (Loftkjennelsen) nevnes. Saken omhandlet om det å lokke en liten jente opp på et loft var tilstrekkelig for å straffe gjerningspersonen for forsøk på en utuktig handling mot barnet. Avgjørende for om gjerningspersonen kunne straffes var om den nedre grensen for forsøk var passert. Det besvarte Høyesterett bekreftende. Selv om Loftkjennelsen er eldre enn Passbåtdommen, så vil Loftkjennelsen fortsatt kunne bli tillagt vekt i dag.³⁶

³⁵ Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave, Oslo 2005, s. 227-228, 237, 248. Se også Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 5. Utgave, Bergen 2000, s. 253 og 275.

³⁶ Se Grønning, Husabø og Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016, s. 372-374 og 376 der dommen vektlegges. Se også Eskeland, *Strafferett*, 5. utgave ved Høgberg, Oslo 2017 s. 209 og 211-212.

Som de nevnte dommene illustrerer er hva som er gammelt relativt. Det er heller ingen sammenheng mellom hva som er gammelt og det rettsområdet de på avsagt på. Står man ovenfor en gammel dom, må alderens vekt avgjøres konkret i relasjon til det rettsspørsmålet som foreligger.

Når min oppgave likevel er å undersøke hva alderen til prejudikater har å si for deres rettskildemessige vekt, må hva som er ”gammelt” defineres. Når Skoghøy og Eckhoff hevder at rettsavgjørelser fra før den annen verdenskrig har mindre vekt, vil det være en naturlig avgrensning for denne oppgaven. Jeg velger derfor å definere rettsavgjørelser fra før krigen – dvs. fra før 1940 – som gamle både fordi det har holdepunkter i teorien, men også på grunn av de omfattende og hurtige samfunnsendringene som har skjedd etter 1945.

4. Undersøkelse av Høyesteretts syn på prejudikaters alder i praksis

4.1.1. Undersøkelsesmodellen

For å kunne undersøke hvordan Høyesterett ser på alder som et vektingsmoment, har jeg valgt å lage en undersøkelsesmodell. Jeg har samlet alle dommer Høyesterett har avsagt fra 1990 til 2017 der Høyesterett henviser til en rettsavgjørelse fra før 1940. Dommene har jeg så systematisere i 6 grupper. Gruppene er valgt etter hva Høyesterett uttaler om alderen til den henviste dommen.

De 6 gruppene jeg har valgt er følgende:

Gruppe 1: Den gamle dommen er utelukkende henvist til under partenes anførsler.

Gruppe 2: Den gamle dommen blir indirekte henvist til gjennom en annen rettskilde.

Gruppe 3: Den gamle dommen er kun vist til ved en ren henvisning uten ytterligere kommentarer.

Gruppe 4: Det blir knyttet kommentarer til den gamle dommen, men ikke til dens alder.

Gruppe 5: Høyesterett nevner alderen på den gamle dommen, men vekten blir ikke uttrykkelig kommentert.

Gruppe 6: Høyesterett nevner alderen og vekten blir uttrykkelig kommentert.

Undersøkellesmodellen tjener to formål. For det første er det en hensiktsmessig måte å finne frem til de avgjørelsene der Høyesterett uttrykkelig nevner og vektlegger prejudikatets alder. For det annet vil gruppene danne et tallmateriale som det også kan trekkes slutninger fra. Selv de rettsavgjørelsene der Høyesterett ikke kommenterer alderen, men vektlegger det gamle prejudikatet, vil være av interesse fordi det kan tilsa at alderen ikke er av betydning.

4.1.2. Feilkilder ved undersøkelsesmodellen

Selv om undersøkelsesmodellen er hensiktsmessig, kommer den ikke uten feilkilder. Nedenfor vil jeg påpeke tre feilkilder som gjør seg særlig gjeldende. Det kan likevel ikke utelukkes at det kan finnes flere.

For det første, er det en svakhet med en slik empirisk undersøkelse at den kun sier noe om Høyesteretts faktiske bruk av gamle rettsavgjørelser. Undersøkelsen sier ikke noe om Høyesteretts ikke-bruk. La meg illustrere: På et rettsområde kan det være rettspraksis om det aktuelle spørsmålet som er oppe for domstolen. Likevel velger hverken Høyesterett eller partene å vise til slik rettspraksis. Det kan ha flere årsaker. Det kan være fordi rettsoppfatningen i den gamle dommen ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett, jf. bl.a. eksempelet med Rt. 1973 s. 433 (Passbåt) ovenfor. Det kan også være at partene og Høyesteretts utredningsapparat har oversett dommen. Denne mulige utelatelsen av de gamle rettsavgjørelsene – Høyesteretts ikke-bruk av disse – sier undersøkelsen ikke noe om. Det vil si at undersøkelsen og de slutninger som tas kun baserer seg på Høyesteretts faktiske bruk av gamle dommene.

For det annet, kan det tenkes at Høyesterett i sin argumentasjon har lagt vekt på alderen, men at det ikke uttrykkelig fremkommer av dommen. Høyesterett kan ha funnet andre og mer tungtveiende momenter enn alderen for å svekke det gamle prejudikats vekt. Eller det kan tenkes at prejudikatet ikke er avgjørende i vektingen av rettskildene da alle rettskildene trekker i retning av samme konklusjon. Høyesterett er under tidspress og kan ikke utpensle

alle argumenter. Dommerne velger derfor de argumenter som er mest avgjørende innenfor det juridisk akseptable.³⁷

For det tredje, vil jeg for mine kvantitative funn trekke slutning ut fra det tallmaterialet som undersøkelsesmodellen gir. Jeg finner derfor grunn til å bemerke at juss ikke er en eksakt vitenskap. Tallmaterialet er kun egnet til å se tendenser i Høyesteretts argumentasjon. Det er det konkrete rettskildematerialet i den enkelte sak på det tidspunktet da saken ble avsagt som er avgjørende. Det må også bemerkes at konklusjonene jeg tar er basert på telling. Det er ikke gjort et forsøk på statistisk signifikans eller lignende.

Undersøkelsesmodellen og funnene mine må derfor leses med disse reservasjonene for øye.

4.2.1 Grunnlag for søk

Dataene til undersøkelsesmodellen er samlet inn ved bruk av databasen til www.lovdatabasen.no. På avansert søk er det haket av på ”Høyesterett”, datoen ”1990-2017” og instans ”dom”. I emnefeltet har jeg ramset opp årstallene fra 1700 til 1940 slik ”rt-17*, rt-18*, rt-190*, rt-191*, rt-192*, rt-193*”. Søket ga 176 treff. Det vil si at i 176 dommer som Høyesterett har avsagt mellom 1990 til 2017 inneholder dommen minst én henvisning til en avgjørelse fra før 1940. Av disse 176 dommer var det i to tilfeller henvisninger til artikler med referanse til Norsk Retstidende, og ikke en rettsavgjørelse. Det reelle grunnlaget for undersøkelsen er derfor 174 dommer.

Domsantallet på 174 gir likevel bare uttrykk for hvor mange dommer fra 1990 til 2017 som inneholder minst én henvisning til en gammel rettsavgjørelse. I én og samme dom forekommer det gjerne henvisninger til flere gamle rettsavgjørelser eller hvis dommen har dissens har de voterende dommerne ulike bemerkninger til den gamle rettsavgjørelsen. Jeg har valgt å telle hver henvisning til en gammel rettsavgjørelse. I tillegg har jeg valgt å telle de ulike måtene den gamle rettsavgjørelsen blir anvendt på. For eksempel hvis en gammel rettsavgjørelse blir vist til både under partenes anførsler og Høyesterett senere knytter kommenterer til dommen, vil dommen bli talt to ganger og plassert både i gruppe 1 og i

³⁷ Lund, Ketil, *Kontroll av staten i statens egne domstoler*, LoR nr. 4/1987 s. 211-227 på s. 217 og Skoghøy, Jens Edvin, *Dommeradferd og dommerbakgrunn*, Festskrift til Torgny Håstad 2010 s. 713

gruppe 4. I dissenstilfeller har jeg valgt å telle hver av de voterende dommernes bruk av avgjørelsen. Eksempelvis dersom førstevoterende kommenterer alderen og vekten til den gamle dommen mens annenvoterende kun gir den gamle dommen en ren henvisning, vil dommen bli talt to ganger og plassert i både gruppe 6 og gruppe 3.

Jeg har derimot ikke valgt å telle tilfeller der Høyesterett henviser til den gamle rettsavgjørelsen på samme måte senere i avgjørelsen. Eksempelvis der Høyesterett først har en ren henvisning til den gamle avgjørelsen innledningsvis i sin argumentasjon og senere også kommer med en ren henvisning til den samme dommen, vil henvisningen kun bli talt én gang. Grunnen til det er at en tilsvarende bruk av samme gamle rettsavgjørelse ikke sier noe mer om Høyesteretts syn på dens alder.

Søket er avgrenset til dommer. Høyesteretts kjennelser, beslutninger og vedtak er derfor ikke medregnet. I en oppgave av denne størrelsen er det dessverre begrenset med tid og resurser. Dersom grunnlag for søke skulle inneholdt alle dommer, kjennelser, vedtak og beslutninger hadde det ikke vært tid til å studere Høyesterett omtale av alderen noe nærmere. Avgrensningen er likevel ikke vilkårlig valgt. Når jeg har avgrenset undersøkelsen til dommer så er det fordi i praksis vil dommer ofte være mer utførlig begrunnet.³⁸ Uttalelser om alderens betydning har derfor større sannsynlighet for å fremkomme i en dom.

På bakgrunn av den overnevnte tellemåten og søkekriteriene, har Høyesterett gjort totalt 301 henvisninger til gamle rettsavgjørelser i 174 dommer avsagt fra 1990 til 2017.

4.2.2 Feilkilder ved søkergrunnlaget

Lovdatas database ikke er uttømmende på eldre dommer slik at søkekriteriene ikke vil fange opp alle dommer avsagt før 1940. Lovdatas database baserer seg på publiseringen i Norsk Retstidende som ble opprettet i 1836. Retstidende har fra sin oppstart publisert et utvalg av rettsavgjørelser. Ettersom publiseringen ikke er uttømmende er heller ikke Lovdatas database uttømmende.

I perioden 1861 til 1870 publiserte også "Ugeblad for Lovkyndighed" et utvalg av avgjørelser fra Høyesterett. Ukebladet ble slått sammen med Retstidende i 1870. Ukebladet benyttet ikke

³⁸ Skoghøy, Jens Edvin, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017, s. 999

RT-referanser og søket vil derfor ikke fange opp disse avgjørelsene. Et eksempel er dommen i Rt. 1899 s. 609 der Høyesterett uttaler at ”[v]ed Høiesteretsdom af 22 April 1870, Voteringen indtaget i Ugeblad X Side 241 flg., anser jeg det afgjort (...)”.

Selv om grunnlaget for søket inneholder de nevnte feilkilder, vil jeg ikke anse at det har avgjørende betydning for undersøkelsen. Domsmassen er såpass stor at den antas å gi et representativt uttrykk for Høyesteretts syn.

4.3. Resultat av grupperingen

I følge Lovdatas database har Høyesterett avsagt 4 622 dommer fra år 1990 og til 18.08.17. I 174 av disse dommene foretar altså Høyesterett 301 henvisninger til rettsavgjørelser som er avsagt før 1940.³⁹ De 301 henvisningene fordeler seg slik på de ulike gruppene:

Gruppe 1	Gruppe 2	Gruppe 3	Gruppe 4	Gruppe 5	Gruppe 6
53	27	96	118	4	3

4.4.1 Kommentering av de ulike gruppene

Jeg vil nedenfor kommentere de ulike gruppene. Formålet med kommenteringen er å gi eksempler på rettsavgjørelser som de ulike gruppene inneholder og hva gruppene kan si om Høyesteretts syn på alderen.

4.4.2. Gruppe 1: Partenes anførsler

Gruppe 1 består av rettsavgjørelser der et gammelt prejudikat utelukkende blir vist til under partenes anførsler. Det er totalt 53 slike henvisninger. Normalt vil partenes anførsler fremgå innledningsvis i en dom. I noen tilfeller viser Høyesterett imidlertid til anførslene underveis i dommen.⁴⁰ Begge måtene er medregnet i denne gruppen.

Et eksempel på en dom fra denne gruppen er Rt. 1998 s. 946. Saken gjaldt krav på honorar for å finne en investor som kunne gå inn som partner i et selskap. Hovedspørsmålet var om avtalen med investoren var bindene slik at honoraret ble utløst. Den ankende part bestred

³⁹ Se delkapittel 4.2.1. om grunnlag for søk

⁴⁰ Se f.eks. Rt. 1990 s. 156

dette. Ankemotparten hevdet prinsipalt at avtalen var bindende da det var enighet om vesentlige punkter. Subsidiært ble det hevdet at honorar uansett måtte utbetales ettersom det var inngått en tilleggsavtale om aksjekjøp, jf. den gamle dommen inntatt i Rt. 1930 s. 663. I gamle dommen ble en skipsreder som først forhandlet om kjøp av et skip gjennom en megler, men senere kjøpte skipet gjennom en annen megler, dømt til å betale den første meglere 2 % provisjon.

Høyesterett bemerket ikke den gamle dommen fordi Høyesterett kom til at avtalen med den nye investoren var bindende. Det var derfor ikke ”nødvendig å gå inn på partenes subsidiære anførsler”.⁴¹ Når den gamle dommen ikke brukes i argumentasjonen, er det heller ikke grunn til å kommentere vekten av den.

Et annet eksempel fra denne gruppen er Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen). Saken omhandlet om Stavanger kommune med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett kunne treffe vedtak om at mannskapet på en brannbåt skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Arbeidstakerne anførte at ved vurderingen av hvilke arbeidsoppgaver som omfattes av stillingen, har det i rettspraksis vært lagt stor vekt på sedvaner, jf. en rekke dommer, herunder Rt. 1927 s. 296 og Rt. 1936 s. 220.

Ved Høyesteretts utpensling av innholdet i arbeidsgivers styringsrett uttaler Høyesterett at sedvaner i bransjen kan vektlegges. Høyesterett fremhever likevel at ved avgjørelsen av hvilke arbeidsoppgaver som omfattes av stillingen som maskinist ”på en båt av denne typen”, vil sedvaner om hvilke arbeidsoppgaver en maskinist vanligvis har, gi liten veiledning.⁴² Høyesterett nevner ikke de to anførte gamle dommene fordi de ikke anser dommene som relevante for den foreliggende saken. Tanken synes å være at skal sedvaner vektlegges må det være en sedvane innenfor den konkrete arbeidsstillingen. Ettersom de to gamle dommene omhandlet sedvaner hos båtmannskap generelt, var det ingen grunn til å legge vekt på dem. Det betyr likevel ikke at de to gamle dommene som arbeidstakerne henviste til ikke kan ha vekt i en annen sak angående maskinister på en alminnelig båt.

⁴¹ Rt. 1998 s. 946 på s. 962

⁴² Rt. 2000 s. 1602 på s. 1609

Gruppe 1 er skilt ut som en egen gruppe fordi henvisningene ikke sier noe om Høyesteretts *bruk* av alder som et vektingsmoment da Høyesterett ikke anvender en gammel dom som en rettskilde. Den gamle dommen blir brukt på en opplysende måte for å redegjøre for hva partene anfører. Høyesterett selv forholder seg passive til innholdet av de anførte dommene.

Denne gruppen kan likevel si noe om Høyesteretts *syn* på et gammelt prejudikat. Den innledende delen av en rettsavgjørelse kalles intimasjonen og skal inneholde en fremstilling av saken og partenes påstander.⁴³ Høyesterett trenger likevel bare å redegjøre for de rettslige anførselene så langt det er nødvendig for å forklare avgjørelsen.⁴⁴ Det at Høyesterett velger å gjenta den delen av anførselen som omhandler en gammel dom kan tilsi at Høyesterett anser den gamle dommen relevant og at den *kan* bli tillagt vekt. Som illustrert av Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen) ovenfor dersom arbeiderne ikke hadde vært ansatt på en brannbåt. I praksis vil det likevel ofte være en stor grad av tilfeldighet knyttet til hvilke deler av anførselene Høyesterett gjengir. Siden dette usikkerhetsmomentet er såpass stort, vil det være vanskelig å trekke noen slutninger om Høyesteretts syn på alderen fra denne gruppen.

4.4.3. Gruppe 2: Indirekte henvisning

I denne gruppen har jeg samlet alle indirekte henvisninger. En indirekte henvisning vil si at en gammel dom blir vist til gjennom en annen rettskilde. Det kan være i en forarbeidsuttalelse, juridisk litteratur eller sitat fra en annen rettsavgjørelse der det i sitatet vises til en gammel dom. Det er 27 indirekte henvisninger i gruppe 2.

Et eksempel på en dom i denne gruppen er Rt. 2004 s. 357. I saken var et av spørsmålene om anvendelse av et straffebud som var vedtatt, men ikke kunngjort, var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97. Høyesterett viser til Andenæs, Statsforfatning i Norge, 9. utgave, side 402-404 og siterer ”Rettspraksis har tatt det standpunkt at loven kan virke allerede fra vedtakelsen, ikke først fra kunngjøringen (se Rt. 1937 s. 42, Rt. 1945 s. 26, Rt. 1953 s. 965 og Rt. 1953 s.1386)”.

⁴³ For sivile saker se tvisteloven § 19-6 (4) bokstav a og b og for straffesaker se straffeprosessloven § 39 (1)

⁴⁴ Jf. tvisteloven § 19-6 (5)

Det kan være flere grunner til at Høyesterett nøyde seg med å vise til Andenæs istedenfor å foreta en bredere vurdering. En av grunnene må nok være at spørsmålet ble ansett relativt utvilsomt.⁴⁵ Det forklarer også dommer Coward knappe omtale av spørsmålet. Andenæs' sitat oppsummerte derfor rettsstilstanden på en enkel og presis måte slik at det ikke var nødvendig for Høyesterett å kommentere dommens alder.

Det interessante for vår del er hva den indirekte henvisning kan si om Høyesteretts syn på den gamle dommen. At den gamle dommen inntatt i Rt. 1937 s. 42 gis en indirekte henvisning endrer ikke på realiteten at dommen ble tillagt vekt. Høyesterett bygger fortsatt på rettssetningen som fremgår av 1937-dommen. At rettssetningen kun blir formidlet gjennom juridisk litteratur er således bare gjort av praktiske grunner. Dersom spørsmålet skulle komme opp på nytt kan Høyesterett vise til det inntatte standpunktet i 1937 at ”den nye lov må komme til anvendelse [selv om den] ikke var bragt til almenhetens kunnskap på vanlig måte”.⁴⁶ Den gamle dommen blir også styrket av den er den første i en prejudikatskjede. Når det foreligger flere dommer som innehar samme standpunkt så skal det mer til for å fravike dem.⁴⁷ Men hvis Høyesterett derimot hadde endret standpunktet i tiden etter 1937 hadde dommen ikke kunne blitt tillagt vekt, men da på grunn av rettsutviklingen og ikke dens alder.

Høyesterett uttaler ikke uttrykkelig at de vektlegger dommene i denne gruppen. Likevel kan man som utgangspunkt legge til grunn at de rent faktisk gjør det og at alderen ikke er av betydning. Det man må spørre seg om er om Høyesterett hadde lagt vekt på den gamle dommen selv om den ikke fremgikk av en annen rettskilde. Svaret er ikke åpenbart. I de fleste tilfeller, som i Rt. 2004 s. 357, er svaret ja. Svaret beror også på andre faktorer, herunder både andre vektingsmomenter og hvilken slutning man tar. De tidligere nevnte dommene Rt. 1910 s. 231 (Ku-dommen) og Rt. 1912 s. 263 (Jernskrap) kan tjene som eksempel.⁴⁸ Dersom man trekker den slutningen at dommenes konstruerte ratio decidendi er interesselæren, kan dommene vektlegges. Men hvis man, som Lilleholt, mener at dommene er så uklare at det ikke er mulig, kan de ikke vektlegges. Da må man må bruke andre rettskilder for å begrunne

⁴⁵ Etter EMK art. 7 er resultatet det motsatte. Et straffebud må være kunngjort og tilgjengelig før det kan anvendes, jf. bl.a. Sunday Times mot Storbritannia og Silver mfl. mot Storbritannia.

⁴⁶ Rt. 1937 s. 42 på s. 44

⁴⁷ Andenæs 2009 s. 89

⁴⁸ Se omtalen av disse dommene under delkapittel 2.2

interesselæren. Selv om henvisningene i denne gruppen tilsier at alderen ikke er et selvstendig moment, så er henvisningene ikke uten feilkilder.

4.4.4. Gruppe 3: Rene henvisninger uten ytterligere kommentarer

Denne gruppen omfatter de henvisningene der Høyesterett kun viser til en gammel rettsavgjørelse gjennom rene henvisninger. Med rene henvisninger menes at Høyesterett kun viser til dommen uten noen form for bemerkning eller kommentar til den. I denne gruppen er det 96 henvisninger.

Et eksempel er HR-2016-1219-A. Saken gjaldt om et reinbeitedistrikt kunne benytte en privat eiendom som flyttelei for rein. Høyesterett besvarte det bekreftende, og uttaler videre at reindriftseieren likevel må ta ”tilbørlig hensyn også til grunneierens interesse, jf. til illustrasjon Rt. 1931 s. 57 og Rt. 1955 s. 361”. Grunnen til at Høyesterett ikke bemerker alderen til 1931-dommen er at uttalelsen ikke er nødvendig for å begrunne resultatet – et såkalt obiter dictum.⁴⁹ Henvisningen krever derfor ingen nærmere utdypning og vekting. Selv om henvisningen er et obiter dictum viser henvisningen at Høyesterett anser den gamle dommen relevant, og indikerer at dommen kan tillegges vekt dersom spørsmålet om det er utvist tilbørlig hensyn kommer opp. Isåfall vil 1931-dommen være den første dommen i en prejudikatskjede som fortsetter med dommen i 1955.

Et annet eksempel fra denne gruppen er Rt. 1992 s. 810. Dommen omhandlet uaktsomt drap ved bilkjøring. Til lovanvendelsen konstaterer Høyesterett at det ”er i rettspraksis lagt til grunn at det å overlate kjøringen av en bil til en beruset person etter omstendighetene kan innebære en overtredelse av straffeloven [1902] § 237, § 238, § 239 dersom kjøringen fører til en ulykke med personskaade, jf. Rt. 1936 s. 612 og Rt. 1954 s. 653”. Høyesteretts henvisning til 1936-dommen forankrer det rettslige utgangspunktet. En sammensatt vurdering av dommens vekt er ikke nødvendig fordi utgangspunktet er ubestridt. Det er ingen andre rettskilder som trekker i motsatt retning og som nødvendiggjør ytterligere kommentarer til dommen, herunder om dens alder.

I begge de to eksemplene så er de gamle dommene starten på en prejudikatskjede. Generelt kan det tenkes at den første gamle dommen i en prejudikatskjede i seg selv ikke alltid har like

⁴⁹ Eckhoff 2001 s. 172

stor vekt i dag. Eksempelvis hvis den er konkret begrunnet eller har et særegent faktum. Den første dommen kan imidlertid gi uttrykk for et rettslig prinsipp som senere har blitt videreført og utpenslet i nyere rettspraksis. Det at den første dommen i en prejudikatskjede blir nevnt kan bare være for å markere at prinsippet først kom til uttrykk ved den gamle dommen, men uten at den gamle dommen i seg selv har like stor vekt i dag.

Ved rene henvisninger kan det tas til ordet for at man ikke bruker dommen som en rettskilde, men kun i opplysningsøyemed eller som illustrasjon.⁵⁰ Gjennom en slik synsmåte vil ikke Høyesterett gi dommen selvstendig vekt og henvisningene i denne gruppen kan dermed ikke si noe om Høyesteretts syn på alderens betydning. Et skille mellom bruk av dommer som rettskilder og illustrasjonsmateriale ved rene henvisninger er etter mitt syn ikke treffende. All den tid en dom forankrer eller er utslag av en rettslig regulering må den likefult anses som en rettskilde selv om rettstilstanden er ubestridt og henvisningen er pedagogisk. Det er ingen motsetning mellom å bruke en dom som en rettskilde og som illustrasjon. Videre indikerer Høyesterett gjennom sin henvisning, bl.a. ved obiter dictum-tilfelle ovenfor, at dommen kan tillegges stor vekt dersom faktum skulle passe eller dersom partene er uenige om det rettslige utgangspunktet.

Henvisningene i denne gruppen kan derfor si noe om Høyesteretts syn på dommens alder. Når Høyesterett bruker den gamle dommen selv om den er gammel, kan den tas til inntekt for at alderen er uten betydning.

4.4.5. Gruppe 4: Kommentarer til domspremissene med unntak av alder

I gruppe 4 blir det vist til en gammel rettsavgjørelse og det knyttes kommentarer til denne med unntak av alderen. Kommentarene kan knytte seg til dommens faktum, en rettssetning som fremgår av avgjørelsen eller at den blir vektet etter et av de andre vektingsmomentene. Totalt er det 118 henvisninger i denne gruppen.

Et eksempel på en dom i denne gruppen er Rt. 1992 s. 1030 (Premium Beer). Saken gjaldt krav om å ugyldiggjøre en registrering av varemerket "Premium Beer" på grunn av forvekslingsfaren med tidligere registrerte varemerker for champagnene "Cordon Vert" og "Cordon Rouge". Førstnevnte var registrert i farger, mens de to sistnevnte bare var registrert i

⁵⁰ Skoghøy 2002 s. 332

sort-hvitt, selv om de ble brukt i farger. Den gamle dommen – Rt. 1932 s. 353 – stod sentralt i saken selv om den ble avsagt etter den tidligere varemerkeloven. Den rettssetningen Høyesterett slutter av den gamle dommen er at et registrert varemerke er beskyttet for en hvilken som helst fargesammensetning, når fargen ikke er angitt som et kjennetegn ved merket. Til støtte for at rettssetningen fortsatt var anvendelig fremhevet Høyesterett bl.a. at varemerkeloven av 1961 var et resultat av nordisk samarbeid, og i forarbeidene til den danske og svenske loven var det gitt det samme synspunkt. Selv om dommen er gammel, og spørsmålet er regulert i en ny lov, så kommenterer ikke Høyesterett alderen fordi det rettslige spørsmålet ikke ”kommer i noen annen stilling etter den nåværende varemerkelov av 1961”.⁵¹ Høyesterett var altså av den oppfatning at det ikke hadde skjedd noen relevante rettslige endringer for spørsmålet slik at den gamle dommen fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett.

Motsatt var tilfelle i Rt. 1991 s. 1104. Dommen omhandlet om salg av aksjer utløste gevinstbeskatning etter skatteloven 1911 § 54 (2) nr. 1. Høyesterett påpeker at avgjørelsene Rt. 1931 s. 772 (Meltzer-dommen) og Rt. 1964 s. 492 (Skappel-dommen) står sentralt på rettsområdet. Videre blir det imidlertid bemerket at dommene er fra tiden før lovendringen og at faktum i disse dommene lå annerledes enn i nærværende sak. Sammenlignet med Rt. 1992 s. 1030 (Premium Beer-dommen) ovenfor så innebar lovendringen her en relevant rettslig endring for rettsspørsmålet.

Det er særlig to ting som kjennetegner avgjørelsene i denne gruppen. For det første så blir den gamle dommen brukt aktivt i argumentasjonen. Høyesterett sier ofte uttrykkelig hva som utledes av dommen eller de bruker den til å parallelltolke de to sakene. Denne gruppen skiller seg derfor fra de tre første gruppene hvor den gamle dommen blir benyttet mer passivt. For det annet så tar Høyesterett ofte stilling til om de er enige eller uenige med resonneringen i den gamle dommen, eller om den gamle dommen i det hele tatt har overføringsverdi til foreliggende sak (spesiell relevans).⁵²

Grunnen til at jeg trekker frem de to nevnte dommene fra gruppe 4 er for å illustrere følgende poeng. Selv om Høyesterett i noen tilfeller anser seg uenig med den gamle dommen, så er det ikke på grunn av at dommen er gammel. Det er fordi det har skjedd relevante endringer eller

⁵¹ Rt. 1992 s. 1030 på s. 1034

⁵² Nygaard 2004 s. 34-35

dommen blir svekket etter de øvrige vektingsmomentene. Henvisningene i denne gruppen kan derfor tas til inntekt for at alderen i seg selv ikke har betydning for vekten av dommen.

4.4.6. Gruppe 5: Alderen blir nevnt, men vekten ikke uttrykkelig

kommentert

I denne gruppen blir dommens alder nevnt, men hvordan alderen påvirker vekten blir ikke kommentert. I motsetning til gruppene ovenfor der Høyesterett ikke nevner alderen, kan henvisningene i denne gruppen tilsi at alderen er et selvstendig moment ettersom alderen blir uttrykkelig nevnt av Høyesterett. Da det kan være tilfelle er det naturlig å se nærmere på alle dommene i denne gruppen. Det er fire henvisninger i denne gruppen. To henvisninger i Rt. 2000 s. 610 og to i Rt. 2008 s. 1594.

Rt. 2000 s. 610

Dommen inntatt i Rt. 2000 s. 610 gjaldt en fratredelsesavtale inngått mellom en bank og deres banksjef. Avtalen skulle sikre banksjefen lønn, pensjonsrettigheter og andre fordeler. Banken hevdet at fratredelsesavtalen måtte settes til side etter avtalelovens § 36 fordi banken var insolvent, og anførte Rt. 1931 s. 81 og Rt. 1931 s. 297 til støtte for sitt syn. Høyesterett besvarte tilsidesettelsen benektende ettersom den klare hovedregelen i norsk rett er at avtaler skal holdes. I relasjon til de gamle dommene påpekte Høyesterett at de gjaldt andre avtaler enn den i foreliggende sak slik at tolkningen derfor måtte bli annerledes. I den første gamle dommen hadde Høyesterett bygget på en tolkning av de tilsagn som hjelmet pensjonsrettighetene. I den andre gamle dommen var det en forutsetning for avtalen, som også måtte være synbar for pensjonisten, at banken ville opprettholde sin betalingsevne. I 2000-dommen uttaler Høyesterett likevel i et obiter dictum at ”vurderingen i dag av de tilfeller som dem dommene omhandler, lett kunne bli en annen enn den som ble lagt til grunn i 1931”.

Grunnlaget for uttalelsen må antas å skyldes at Høyesterett så seg uenig i tolkningen som var foretatt i de gamle dommene. Grunnen må trolig være at arbeidstakeres pensjonsrettigheter har en sterkere stilling i dag enn i 1931 og at det i dag skal mer til for å lempe avtaler inngått av næringsdrivende. Eksempelvis kan det vises til den første gamle dommen – Rt. 1931 s. 81 – der avtalen om pensjon utelukkende ble lempet på grunn av bedriftens insolvens. Datidens Høyesterett innfortolket en forutsetning om at pensjonsavtalen kun stod ved lag dersom bedriften var betalingsdyktig. Dersom betalingsdyktigheten bortfaller ”er de naturlige

forutsetninger for pensjonsløftets forbindende kraft ikke lenger til stede”.⁵³ Den andre gamle dommen – Rt. 1931 s. 297 – bygger på samme resonnementet, i tillegg til å legge vekt på at en pensjonsavtale er ensidig bebyrdende.

Rt. 2008 s. 1594

Dommen er fra strafferettens område og gjaldt om strl. 1902 § 3 om at den mildeste lov skal anvendes når loven er endret mellom gjerningstidspunktet og pådømmelse også gjaldt et tilfelle etter reindriftsloven 1978. Gjerningspersonene hadde unnlatt å fjerne reinen deres som beitet på et ulovlig sted og slik overtrådt regelen om utdrivningsplikt i § 24. Reglen hadde imidlertid ingen parallell regulering i reindriftsloven 2007. Etter reindriftsloven 2007 ble unnlatelsen først straffbar når det var gitt et særskilt pålegg om å fjerne reinen. I saken ble det gitt et pålegg, men pålegget ble ikke overtrådt. Det rettslige spørsmålet Høyesterett stod ovenfor var om strl. 1902 § 3 også gjaldt tilfeller der spesiallovgivningen er endret, men uten at selve straffebestemmelsen er det.

Selv om Høyesterett bemerket at ”enkelte eldre dommer (...) kan gi en viss støtte for det syn at straffeloven § 3 annet ledd ikke får anvendelse i et slikt tilfelle, jf. særlig dommene i Rt. 1927 s. 593 og Rt. 1933 s. 1001”, kom Høyesterett til at § 3 skulle anvendes. Som begrunnelse fremhevet Høyesterett at den nye loven hadde vesentlig endringer i sanksjonssystemet, og at lovgiver i utarbeidelse av den nye loven hadde ment at det ikke var behov for en videreføring av den gamle reglen. Avslutningsvis tilføyde Høyesterett for ordens skyld at den tilsvarende reglen i strl. 2005 § 3 ville ha kommet til anvendelse.

Det interessante spørsmålet for vår del er hvorfor de gamle dommene ikke veide tyngre. Problemstillingen i 2008-dommen hadde vært en gjenganger i løpet av 1920- og 1930-tallet. Konklusjonene hadde da blitt at § 3 ikke kunne anvendes. Den første dommen i prejudikatskjeden var dommen i Rt. 1920 s. 486 om hvorvidt brudd på en rasjoneringslov kunne straffes etter at rasjoneringsloven hadde blitt opphevet, men før saken var pådømt. Høyesterett besvarte det bekreftende. Dommen var enstemmig og bygget på den tanke at når kriselovgivning oppheves etter at krisen er overvunnet, så skyldes det ikke noe endret syn fra lovgivers side selv om det ikke er bruk for en slik bestemmelse lenger. Høyesterett tegnet med det opp en retningslinje at det måtte sondres mellom selve straffebestemmelsene og

⁵³ Rt. 1931 s. 81 på s. 82

handlingsnormer som straffebestemmelsene knytter seg til.⁵⁴ Strl. 1902 § 3 kom bare til anvendelse ved endring av selve straffebestemmelsene.

I dommene som fulgte ble retningslinjen utvidet til ikke bare å gjelde tidsbegrensede lover, men også forskriftslovgivning og spesiallovgivning. I spesiallovgivningen så er oppbygningen ofte slik at loven først inneholder påbud og forbud, og deretter en fellesbestemmelse som fastsetter straffen. Endring i påbud og forbud er da ikke tilstrekkelig. Det må kreves at fellesbestemmelsen om straff endres for at strl. 1902 § 3 skal kunne anvendes. En slik utvidelse av retningslinjen fra 1920 var det likevel ikke enighet om i Høyesterett ettersom de etterfølgende dommene inneholdt dissenser, herunder både Rt. 1927 s. 593 (5-2) og Rt. 1933 s. 1001 (5-2). De dissenterende dommerne fikk også støtte fra juridisk teori.⁵⁵ Selv om Høyesterett argumentasjon i 2008 ikke er direkte knyttet til de gamle dommene, så kan deres argumentasjon likevel spores tilbake til dem. For det første argumenterer Høyesterett med at den nye reindrifftsloven har ”vesentlig endringer også i sanksjonssystemet”, eller sagt på en annen måte så har fellesbestemmelsen om straff vesentlig blitt endret. Videre så har lovgiver kommet på banen. Både ved at lovgiver i forbindelse med utarbeidelsen av en den nye loven mente at det ikke var behov for å videreføre § 24 som en selvstendig regel, og at den gamle tolkningen av § 3 ikke skal videreføres i strl. 2005.

Høyesterett resonnerer synes å være at det har funnet sted rettslige endringer som gjør at de gamle dommene ikke har så mye vekt. Selv om det uttales at dommene er gamle, så er argumentasjonen ikke knyttet til deres alder.

Rettsavgjørelsene i denne gruppen kan tas til inntekt for at Høyesterett anser alderen som relevant siden alderen eksplisitt blir nevnt. Det er likevel uklart hva Høyesterett legger i aldersbemerkningen siden den ikke blir utpenslet. Den nærmere analysen av argumentasjonen trekker i retning av at andre momenter har større betydning. Det er derfor mer naturlig å forstå aldersbemerkningen som en henvisning til at det har funnet sted samfunnsutvikling eller endret rettsoppfatning.

⁵⁴ Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo 2004, s. 581

⁵⁵ Andenæs 2004 s. 584

4.4.7. Gruppe 6: Alderen blir nevnt og vekten blir uttrykkelig kommentert

Gruppe 6 inneholder de dommene der alderen blir nevnt og det knyttes kommentarer til vekten. Det at Høyesterett både nevner alderen og at vekten blir uttrykkelig blir kommentert, gjør at henvisningene i denne gruppen trekker tyngst i retning av at alderen er et selvstendig moment. I denne gruppen er det 3 henvisninger.

1. Rt. 1991 s. 34 (Herøy kommune)

Saken gjaldt om Arne Eggesbø i 1983 og 1984 var skattepliktig i Herøy kommune eller om skatteplikten var bortfalt på grunn av midlertidig opphold i utlandet, jf. skatteloven 1911 § 17 tredje ledd. Paragraf 17 tredje ledd inneholdt to unntak fra skatteplikt i Norge. Etter det første unntaket falt skatteplikten bort ved midlertidig opphold i utlandet i minst fire år. Etter det andre unntaket falt skatteplikten bort ved et midlertidig opphold som har vart *minst ett år* når vedkommende var skattepliktig som innenlandsboende i det land hvor han oppholder seg. Eggesbø hadde påberopt seg det sistnevnte unntaket. Herøy kommune mente på sin side at unntaket ikke kom til anvendelse da Eggesbø hadde oppholdt seg 76 dager i Norge og dermed avbrutt ettårsfristen, jf. den gamle dommen inntatt i Rt. 1918 s. 122.

På forvaltningsrettens område krever legalitetsprinsippet at inngrep i borgernes rettsfære må ha hjemmel i formell lov.⁵⁶ For unntak fra skatteplikt innebærer det at unntaket ikke kan tolkes snevrere enn det som følger av lovteksten. Høyesterett begynte derfor i ordlyden i § 17 tredje ledd, og slår fast at det i ettårsfristen stilles et krav til kontinuitet. Det nærmere innholdet i kontinuitetskravet gir ikke ordlyden anvisning på, slik at ordlyden må presiseres av andre rettskilder. Herøy kommune anførte Rt. 1918 s. 122 der ferieopphold i to somre i Norge mellom 1911 og 1913 ble anses som et avbrudd i kontinuiteten. Spørsmålet ble dermed om tilsvarende terskel for avbrudd i kontinuitet kunne legges til grunn i den foreliggende saken. Eller stilt på en annen måte, hvilken vekt hadde 1918-dommen.

Høyesterett la til grunn at 1918-dommen hadde ”meget liten vekt i dag”, slik at unntaket kom til anvendelse for Eggesbø. Det er tre vektingsmomenter Høyesterett gjør gjeldende for å svekke dommens vekt: ulikt rettsgrunnlag, dommens dissens og dommens alder.

⁵⁶ Grl. § 113

For det første gjaldt 1918-dommen fire-års-unntaket, og ikke ett-års-unntaket som var anført i den foreliggende saken. Det behøvde likevel ikke bety at dommen ikke kunne tillegges noe vekt. Etter begge unntakene fulgte det et krav om kontinuitet og derfor et spørsmål om kontinuiteten var avbrutt. Hensynet til sammenhengen i skattereglene kunne tilsi at hva som skulle til for å avbryte kontinuiteten etter det ene unntaket også kunne gi veiledning til hva som skulle gjelde etter det andre. Det må derfor antas at Høyesterett selv om det ble brukt som et moment, ikke la avgjørende vekt på denne ulikheten.

For det annet, kan heller ikke det at 1918-dommen var avsagt under dissens ha vært særlig avgjørende selv om Høyesterett brukte momentet. 1918-dommen har alltid hatt dissens og lest i sammenheng med ”meget liten vekt *i dag*” (min kursivering), er det nærliggende å anta at dommen tidligere må ha hatt vekt til tross for dissensen. Det kan vanskelig være slik at en rettsavgjørelses dissens svekker vekten jo lenger tid som går fra domsavsigelsestidspunktet.

Det avgjørende for at 1918-dommen hadde lite vekt var alderen og samfunnsutviklingen som hadde funnet sted. Som Høyesterett påpekte hadde den alminnelige samfunnsutviklingen og utviklingen i kommunikasjon ført til at det nå var lettere å foreta besøk i hjemlandet når man jobbet i utlandet. Tilsvarende terskel for avbrudd i kontinuitet som i 1918-dommen kunne derfor ikke legges til grunn i 1991. Høyesterett finner også støtte for dette ved å vise til at nyere ligningspraksis synes å ”ta konsekvensen av [samfunnsutviklingen] og følger derfor en mer liberal linje”.

Høyesteretts bruk av ligningspraksisen kan forstås på to måter. På den ene måten, brukte Høyesterett ligningspraksisen som et støtteargument for å underbygge samfunnsutviklingen. På den andre måten, kan ligningspraksisen ha blitt brukt som en selvstendig rettskilde (myndigheters praksis).⁵⁷ Etter at Høyesterett hadde konstatert at gamle dommen ikke kunne ha mye vekt i dag, ble den avveid mot ligningspraksisen og tilsidesatt.

2. Rt. 1994 s. 813 (Herlofson)

Rettsavgjørelsen inntatt i Rt. 1994 s. 813 gjaldt krav om erstatning fra Oslo kommune på objektivt grunnlag for prosjekteringsutgifter som ble verdiløse på grunn av

⁵⁷ Se for øvrig Fredriksen, Ola, *Høyesteretts anvendelse av ligningspraksis som rettskilde*, Skatterett 03/2008 (Volum 27) s. 224-260

reguleringsendring. I saken var man utenfor erstatningsregelen i plan- og bygningsloven slik at en erstatningsplikt måtte bygge på Høyesteretts retningslinjer med grunnlag i Grl. § 97 og § 105.

En del grunnlovsbestemmelser, herunder både §§ 97 og 105, er generelle og knapt utformet. Generaliteten skyldes at bestemmelsen etter sitt innhold skal komme til anvendelse på et bredt spekter av saker i ulike kontekster. Ordlyden spiller derfor en tilbakeholden rolle ved dannelsen av de enkelte rettsreglene, og annet rettskildemateriale må i større grad bidra til løsningen av den aktuelle tvisten.⁵⁸ Det er grunnen til at Høyesterett i dommen nøyter seg med å vise til ”de retningslinjer (...) som er utviklet av Høyesterett med grunnlag i Grunnloven § 97 og § 105” og ikke foretar en omstendelig tolking av ordlyden.

For grensen av det objektive erstatningsansvaret på bygningsrettens område tar Høyesterett utgangspunkt i Rt. 1911 s. 444. 1911-dommen brukes som utgangspunkt fordi bygningsretten er et spesialfelt innen forvaltningsretten, og dersom det finnes relevant praksis fra bygningsretten vil det kunne tillegges stor vekt. I tillegg stod dommen sentralt i partenes prosedyrer og for lagmannsrettens begrunnelse.

Det anførte *ratio decidendi* som sluttes fra dommen synes å være at dersom vedkommende har lidt et tap som følge av omregulering etter at byggemeldingen var innsendt skal han få tapet sitt erstattet.

På vektingstadiet ble 1911-dommen vesentlig svekket pga. dommens alder og kvaliteten av det anførte *ratio decidendi*. Etter dommen var svekket stod den seg ikke ved avveiningen mot nyere rettsavgjørelser på det generelle ekspropriasjonsfeltet og reelle hensyn.

Hva gjelder dommens alder anser Høyesterett det slik at det ikke uten videre kan trekkes bindende slutninger fra datidens praksis til dagens rettstilstand. Høyesterett bemerket prinsipielt at ”en avgjørelse så langt tilbake som 1911 *i seg selv* vanskelig tillegges noen tung prejudikatsverdi” (min kursivering). Rettsavgjørelser skal forstås etter deres naturlige språklige forståelse med det forbehold at de likevel ikke er like gjennomtenkt på lovtekster.⁵⁹

⁵⁸ Høgberg, Alf Petter og Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Tolking av grunnloven*, JV 03/2013 s. 193-226

⁵⁹ Monsen 2012 s. 27

En naturlig måte å forstå uttalelsen på er at dommer fra 1911 har liten vekt kun fordi den er gammel. Senere i dommen forankrer likevel Høyesterett årsakskravet i 1911-dommen da de uttaler at det ”vilkår jeg her nevner, følger for så vidt allerede direkte av begrunnelsen i Rt-1911-444”. Denne uoverensstemmelsen kan forklares på tre måter. For det første, den prinsipielle rekkevidden av uttalelsen om at 1911-dommen i seg selv vanskelig kan ha tungt prejudikatsverdi må nok modereres. For det annet, kan det tenkes at Høyesterett bare brukte alderen for å svekke terskelen for erstatningsansvaret, ikke vilkårene i seg selv. For det tredje, kan ordbruken ”for så vidt” vise til at dommen i seg selv ikke har stor vekt, men at den er et eksempel på at den omtalte rettsregelen også eksisterte da.

Høyesterett svekket også 1911-dommen ved å argumentere for at rettssetningen fremstod som uklar og ufullstendig formulert. I de tilfeller der Høyesterett bygger avgjørelser på uklare rettssetninger er det ofte fordi retten er usikker på hvor langt den løsningen de har kommet til, kan danne grunnlag for en mer generell regelformulering.⁶⁰ Det er på bakgrunn av dette man må forstås Høyesteretts bemerkning om at begrunnelsen i 1911-dommen ”også [var] temmelig summarisk”.

3. Rt. 1995 s. 980 (Kvitsøy-dommen)

Kvitsøy-dommen gjaldt om NRKs senderanlegg på Kvitsøy kunne regnes som ”verk og bruk” slik at det kunne beskattes etter eiendomsskatteloven § 3, jf. § 4 fjerde ledd. Høyesteretts flertall svarte dette benektende (4-1). Det omtvistede spørsmålet for om senderanlegget kunne dekkes av ordlyden var om senderanlegget kunne likestilles med ”industrielle verk”. En av NRKs anførsler var at ”industrielle verk” kun omfattet virksomheter som driver en form for mekanisk produksjon med sikte på fysiske gjenstander, jf. den gamle dommen Rt. 1890 s. 270 (Modum Bad).

I relasjon til den gamle dommen uttaler førstevoterende, som gir uttrykk for flertallet, at en slik bastant slutning ikke kan trekkes ut ”av denne gamle avgjørelsen”.⁶¹ Selv om dommen – som knyttet seg til landsskatteloven av 1882 – hadde produksjon av fysiske ting i tankene, kan det ”ikke uten videre være avgjørende i dag, med de omfattende teknologiske endringene som har funnet sted”. For å understreke endringen presiserte også førstevoterende at den hadde ført

⁶⁰ Skoghøy 2002 s. 334

⁶¹ Rt. 1995 s. 980 på s. 986

en rettslig endring i den etterfølgende skatteloven av 1911. Skatteloven 1911 hadde utvidet begrepet til bl.a. å omfatte kraftanlegg og elektrisitetsverker, som ikke er fysiske gjenstander. Den teknologiske og rettslige endringen medførte dermed tungtveiende grunner for å fravike den gamle dommen.

Førstevoterende viser videre til at ved eiendomsskatteloven av 1975 var begrepet ikke videre utvidet av lovgiver. Spørsmålet ble derfor om det igjen hadde skjedd en teknologisk endring slik at et senderanlegg ikke var dekket av ordlyden. Det besvarte Høyesterett bekreftende.

Kvitsøy-dommen illustrerer forholdet mellom legalitetsprinsippet og endringer. For å staten skal kunne gjøre inngrep i borgernes rettsfære må det påvises en tilstrekkelig hjemmel for inngrepet.⁶² Dersom det har foregått en teknologisk endring, må det være rimelig klart at hjemmelen også dekker det endrede forholdet. Hvis det ikke er tilfelle, må lovgiver foreta en rettslig endring.

Selv om Høyesteretts i gruppe 6 uttrykkelig nevner alderen og dens betydning, er heller ikke denne gruppen uten feilkilder. Det kan tenkes tilfeller der det foreligger en gammel dom som har lav vekt, men at Høyesterett ikke kommenterer dommen eller vekten av den. Det kan være på grunn av tidspres eller at alle rettskildene trekker i samme retning slik at det er ikke er grunn til å kommentere. Poenget er at det kan være tilfeldig når Høyesterett kommenterer alderen og vekten. Likevel må det legges til grunn at man kan ta Høyesterett på sitt ord og at deres argumentasjon ikke er tilfeldig.

5. Kvantitative funn

5.1. Innledning

Resultatet av undersøkelsen kan deles i to typer funn. Henvisningenes fordeling på de ulike gruppene og antall i hver gruppe gir kvantitative funn som skal analyseres og forklares.

Ettersom Høyesterett også har kommet med uttalelser i relasjon til alderen gir det kvalitative funn, og disse uttalelsene kan analyseres.

⁶² Grl. § 113

Jeg skal begynne med å redegjøre for mine kvantitative funn. Først skal jeg se på hvor relevant Høyesterett anser alderen. Deretter skal jeg se på tallmaterialet fra andre vinkler. I kapittel 6 skal jeg se på hvordan henvisningene fordeler seg på årstallene, og i kapittel 7 på nedgangen i antall henvisninger.

5.2. Hvor relevant anser Høyesterett alderen?

Basert på undersøkelsen ovenfor har Høyesterett henvist til en gammel rettsavgjørelse 301 ganger i perioden 1990 til 2017. Henvisningene forekommer i 174 dommer. Alle henvisningen kan i større eller mindre grad si noe om Høyesteretts syn på alder som et vektingsmoment. Jeg har valgt å se bort i fra henvisningene i gruppe 1 der henvisningene forekommer under partenes anførsler for de fremstår som for tilfeldig. Dersom man gjør det står man igjen med 248 henvisninger. Henvisningene i gruppe 2 til 4 kan si noe om alderen fordi Høyesterett bruker en gammel dom til tross for at den er gammel. Det kan tilsi at alderen ikke er et relevant vektingsmoment. Gruppe 5 og 6 sier noe Høyesteretts syn fordi Høyesterett uttrykkelig bemerker alderen. Ettersom alderen uttrykkelig er nevnt kan man i alle fall som en foreløpig konklusjon legge til grunn at alderen er et vektingsmoment. Men om alderen er et selvstendig moment ved siden av samfunnsendringer beror derimot på de kvalitative funnene nedenfor.

Det innsamlede tallmaterialet kan si noe om hvor relevant Høyesterett synes alder er som vektingsmoment. I de aller fleste sakene blir en gammel rettsavgjørelse enten gitt en ren henvisning (gruppe 3: 96 eller 38,7 %) eller blir kommentert på andre måter (gruppe 4: 118 eller 47,6 %). Av de 248 henvisninger nevner Høyesterett alderen kun ved 7 (2,8 %) av tilfellene.⁶³ Høyesterett kommenterer vekten på grunn av alderen enda sjeldnere. I kun 3 (1,2 %) av tilfellene blir dommen uttrykkelig vektet på grunn av sin alder.⁶⁴ Isolert sett synes det å være svært sjeldent.

Det må likevel bemerkes at vi ikke vet hvor ofte Høyesterett nevner og kommenterer de øvrige vektingsmomentene. Det nærmeste vi kommer et sammenligningsgrunnlag er en masteroppgave om dissens i Høyesterett.⁶⁵ Masterkandidaten foretok en empirisk

⁶³ Utregning: $7/248 * 100$

⁶⁴ Utregning: $3/248 * 100$

⁶⁵ Makandu, Mahinthan, *Dissens i Høyesterett*, Masteroppgave Bergen 2016

undersøkelse av hvor ofte Høyesterett svekker en rettsavgjørelse innenfor avtale- og strafferetten på grunn av dissens. Dersom man bruker min utregning på kandidatens tallmateriale, blir en dissensavgjørelse svekket på grunn av sin dissens i 1,2 % av tilfellene.⁶⁶ Det er like ofte eller like sjeldent som en gammel rettsavgjørelse blir svekket på grunn av sin alder. Det kan betyr to ting. En måte å se det på er at dissens som vektingsmoment også blir brukt veldig sjeldent av Høyesterett. En annen måte å se det på er 1,2 % utgjør normalen for hvor ofte Høyesterett bruker et vektingsmoment. Den eneste sikre måten å finne svaret på det, er å foreta en empirisk undersøkelse av alle de ulike vektingsmomentene. Det ligger utenfor rammen for denne oppgaven.

Det som er interessant er at dissens blir nevnt oftere enn alderen. I masterkandidatens undersøkelse ble dissensen nevnt av Høyesterett i 9,7 % av tilfellene.⁶⁷ Det i motsetning til alderens 2,8 % av tilfellene. På bakgrunn av det kan det indikere at alderen er mindre relevant for et prejudikats vekt enn en dissens synes å ha.

Tallmaterialet gir anledning til å kommentere Eckhoffs påstand om at utgangspunktet er at gamle dommer ikke har spesielt stor vekt hvis det ikke foreligger særegne omstendigheter.⁶⁸ De 248 henvisningene strekker seg utover 27 år. I gjennomsnitt blir det derfor henvist til en gammel rettsavgjørelse 9,2 ganger per året. Høyesterett har i perioden 1990 til 2017 avsagt 4 622 dommer.⁶⁹ I denne perioden har Høyesterett derfor i gjennomsnitt avsagt 171,2 dommer per år.⁷⁰ Det vil si at Høyesterett i anslagsvis 5 % av *alle* dommer de avsier henviser til en avgjørelse fra før 1940. Ettersom 5 % isolert sett ikke er så mye, må man gi Eckhoff rett dersom man anlegger et statistisk utgangspunkt.

Utgangspunktet er likevel ikke helt treffende fra et rettslig synspunkt. Etter domstolloven § 5 (4) fremgår det at ved vurderingen av om Høyesterett skal ta en avgjørelse i storkammer, skal det legges vekt på om Høyesterett skal fravike ”en rettsoppfatning Høyesterett har lagt til

⁶⁶ Utregning: $4/327 * 100$

⁶⁷ Makandus tallmaterialet var 32 av 327 tilfeller

⁶⁸ Se delkapittel 2.2

⁶⁹ Antallet er basert på Lovdatas database. På avansert søk der datoen angitt til ”1990-01-01 til 2017-08-18” og på instans er det skrevet ”dom”

⁷⁰ Etter år 2000 har Høyesterett i gjennomsnitt håndtert under 150 saker i avdeling, og i 2014 avsa Høyesterett i avdeling og storkammer 104 avgjørelser. Saksnedgangen skyldes at Høyesterett har gått fra å være en ankeinstans til en prejudikatsdomstol. Se Sunde, Jørn Øyrehagen, *Høyesteretts historie 1965-2015*, Bergen 2015 s. 226.

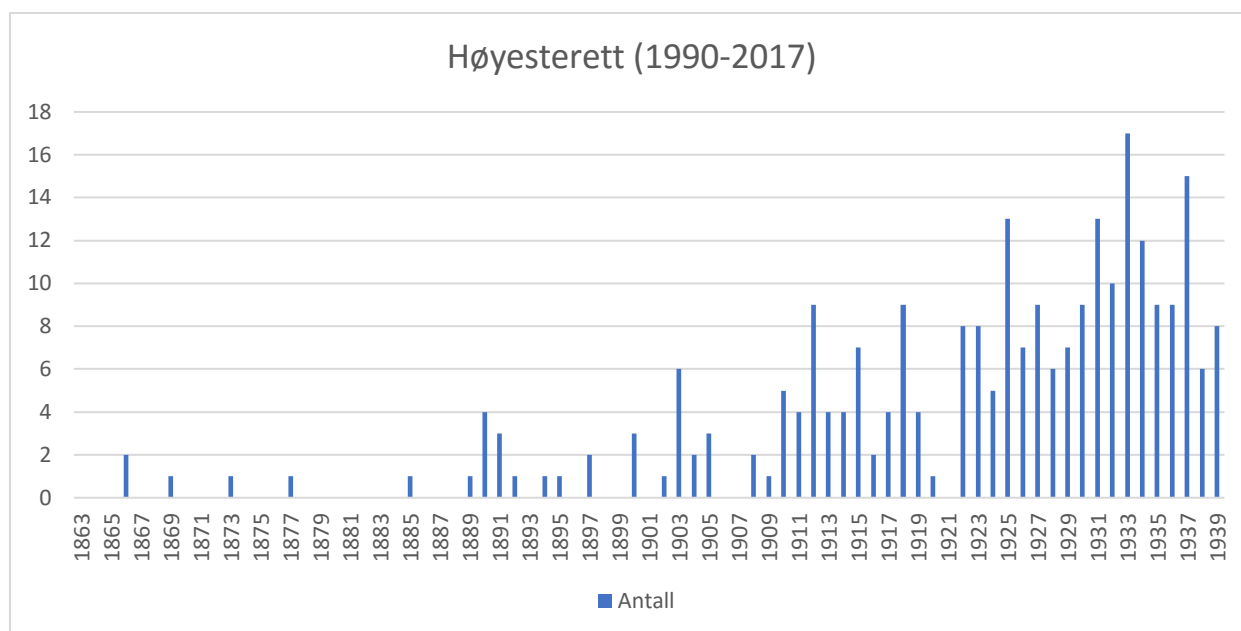
grunn i en annen sak”. Det gjelder uavhengig av hvor gammel den andre saken er. Det rettslige utgangspunkt må derfor være det motsatte: En gammel dom har like stor vekt som en nyere *hvis ikke* særlige omstendigheter tilsier noe annet.

Basert på det ovenfor, er foreløpig konklusjon følgende: Det rettslige utgangspunktet er at en gammel dom har like mye vekt som nyere dommer. Til tross for dette utgangspunktet kan alderen være relevant for vekten av dommen ettersom Høyesterett i noen tilfeller nevner alderen, og bruker det til å drøfte om det svekker vekten. Det er vanskelig å si noe sikkert om akkurat hvor relevant Høyesterett anser alderen. En dom blir bare svekket på grunn av sin alder i 1,2 % av tilfelle. Det er like sjeldent som Høyesterett svekker en dom på grunn av dissens. Likevel nevner Høyesterett alderen sjeldnere enn de nevner at en dom har dissens.

6. Høyesteretts henvisninger fordelt på årstall

For å se på hvordan de gamle rettsavgjørelsene fordeler seg på årstallene har jeg endret søkergrunnlaget mitt noe fra slik det fremgår i delkapitel 4.2.1. På Lovdatas database er det på avansert søk haket av på Høyesteretts rettsavgjørelser, datoen er ”1990-01-01 til 2017-08-18”, instans ”dom” og i emnefeltet er det først skrevet ”rt-1863*” og antall treff er registrert. Deretter er det i emnefeltet skrevet ”rt-1864*” og antall treff registret osv.

Figuren nedenfor viser hvordan Høyesteretts henvisninger til de gamle dommene fordeler seg på årstallene mellom 1863 og 1939. Jeg har for enkelhets skyld valgt å starte på år 1863 da det kun er én dom mellom 1990 og 2017 som har en henvisning til en rettsavgjørelse avsagt før 1863.



Det interessante spørsmålet som reiser seg når man ser figuren er hvorfor Høyesteretts nesten ikke viser til dommer avsagt før 1900.

For å besvare spørsmålet må man anlegge et historisk perspektiv. I Norge var domstolens plikt til å dømme i alle saker som kom opp for dem innført allerede i 1590.⁷¹ Siden den gang har domstolene måtte være normprodusenter i tillegg til sin hovedrolle som konfliktløser. For at domstolenes normproduksjon ikke skulle løpe løpsk har det vært innført ulike kontrollmekanismer. Kong Christian Den Femtis kasuistiske norsk lov av 1687, innføringen av eksamensplikt for alle jurister i 1736 og legalitetsprinsippet i Grunnloven av 1814 kan ses på som utslag av slike kontrollmekanismer for å binde domstolens rettsbruk til lov.⁷²

Den strengeste kontrollmekanismen kan sies å være forbudet mot å offentliggjøre Høyesteretts begrunnelser fra 1773 til 1863. Det eneste som kunne offentliggjøres var underordnedes retters dommer og Høyesteretts konklusjon supplert med utdrag fra prosedyren for Høyesterett og undertiden kommentarer fra Retstidenes redaksjon.⁷³ Det ble hevdet at domstolen "er Lovens Tjener, og ikke dens Herre".⁷⁴ Ikke bare gjorde forbudet det vanskelig

⁷¹ Sunde 2015 s. 44

⁷² Sunde 2015 s. 46

⁷³ Eckhoff 2001 s. 156

⁷⁴ Morgenstjerne, Lange, Vogt, Heilm, *Juridisk Repertorium. 1*, Christiania 1818 s. 7

for andre rettsanvendere å trekke slutninger fra Høyesteretts dommer, men Høyesterett selv ”skiftede Menig uden tvingende Grund” på denne tiden.⁷⁵

Det prinsipielle synet på prejudikater som en rettskilde endret seg utover på 1800-tallet, og forbudet ble opphevet i 1863.⁷⁶ Da forbudet ble opphevet stod man ovenfor spørsmålet om hvilken rolle et prejudikat skulle ha. Skulle man se til common law-tradisjonen med ”stare decises-doktrinen” slik som i Storbritannia?⁷⁷

Som formulert av Platou ”Sandheden ligger i Midten”.⁷⁸ Prejudikater skulle vektlegges, men ikke være absolutt bindende. For å fravike et prejudikat måtte det kreves at man ”ved fornyet Prøvelse af Spørgsmaalet kommer til det Resultat, at den modsatte Afgjørelse er den utvilsomt rigtige”.⁷⁹ Et prejudikat skulle altså følges hvis ikke gode grunner talte for det motsatte. Det skulle likevel ta noe tid før endringen på synet på prejudikater gjorde utslag i praksis.

Ikke bare fikk prejudikater en annen betydning rundt århundreskiftet, men det skjedde også endringer i Høyesterett som institusjon og i lovmaterialiet som det skulle dømme etter.

Høyesterett var under et stort arbeidspress på slutten av 1800-tallet og starten av 1900-tallet, og antall ubehandlede saker hopet seg opp. Eksempelvis steg restansen fra 156 saker til 261 våren 1881 til 1883, og verre ble det.⁸⁰ Justitiarius Einar Løchen omtalte opphopingen som en nødtilstand i sin tale ved åpningen av den nye justisbygningen i januar 1903.⁸¹

For å økt effektiviteten ble det gjort to endringer i Høyesterett som institusjon. For det første ble Høyesterett delt i to avdelinger i 1905. Oppdelingen gjorde at Høyesterett kunne behandle

⁷⁵ Platou, Oscar, *Forelæsninger over retskildernes teori*, Christiania 191, s. 105

⁷⁶ Platou 1915 s. 105

⁷⁷ I engelsk-amerikansk rett står prejudikater spesielt sterkt. En dom er bindende for retten selv, for underordnede rettsinstanser og for alle rettsanvendere. Dette er kjent som ”stare decises-doktrinen”.

⁷⁸ Platou 1915 s. 105

⁷⁹ Sitat fra en dom i 1908 (Rest. P 633) gjengitt i Platou 1915 s. 122.

⁸⁰ Sandmo, Erling, *Siste ord. Høyesterett i norsk historie, bind II 1905-1965*, Oslo 2005 s. 27

⁸¹ ”Det er mit sikre haab, at statsmagterne i tide vil raade bot paa denne nødstilstand”. Gjengitt i Hallager, Guthorm I., *Norges Høiesteret 1815-1915. Andet bind 1864-1915*, Christiania 1916 s. 244 og i Sandmo 2005 s. 21

flere saker samtidig. Avdelingsordningen var tenkt som et tidsavgrenset tiltak, men den ble varig og består i dag. Den andre endringen var tilsettelsen av flere dommere.⁸² I 1814 bestod Høyesterett av justitiarius og seks dommere.⁸³ På slutten av 1800-tallet og starten av 1900-tallet ble sammensetningen økt en rekke ganger, både med faste og midlertidige (ekstraordinære) dommere. I 1915 var antallet økt til justitiarius, 10 faste dommere og 6 ekstraordinære.⁸⁴

I tillegg til at Høyesterett arbeidet mer effektivt slik at det ble flere rettsavgjørelser å kunne henviser til, økte også lovgivningsaktiviteten i denne perioden. For å nevne noen lover så ble straffeloven vedtatt i 1902, skatteloven i 1911 og tvistemålsloven i 1915. Disse lovene var fortsatt aktive frem til 2000-tallet.

Dette historiske tilbakeblikket kan forklare hvorfor Høyesterett nesten ikke viser dommer avsagt før 1900-tallet. For det første er det en forutsetning for å kunne henviser til et prejudikat at prejudikatets begrunnelse er offentlig. Videre ble det med flere dommere på 1900-tallet behandlet flere saker, slik at det var flere saker det kunne henvises til. I tillegg var lovene som ble vedtatt på starten av 1900-tallet fortsatt i bruk på 1990-tallet.

Jeg finner også grunn til å nevne en annen forutsetning for å henviser til prejudikater. Til tross for at domsbegrunnelsene ble offentlige fra 1863 kan begrunnelsene ikke sammenlignes med dagens utførlige drøftelser av Høyesterett.⁸⁵ Som illustrasjon kan Rt. 1918 s. 403 (Den store konsesjonssaken) og Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt) sammenlignes. Den store konsesjonssaken ble avsagt med 4-3 dissens og *alle* dommerne hadde kommentarer til domstolens adgang til å prøve lovens grunnlovsmessighet. Likevel er dommen på bare 15 sider. Rederiskatt-saken ble også avsagt med 4-3 dissens, men det var *kun to* voterende dommere som uttalte seg om grunnlovsspørsmålet. Dommen strekker seg likevel utover hele 39 sider. Poenget er at en forutsetning for å henviser til et prejudikat er at rettsspørsmålet må være tilstrekkelig behandlet slik at det er mulig å trekke slutninger fra det. Det forekommer sjeldnere i gamle prejudikater.

⁸² Den offisielle betegnelsen på domstolens medlemmer var ”assessorer” frem til 1927. For enkelhetens skyld bruker jeg betegnelsen ”dommer”.

⁸³ <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Hoyesterett-i-1814/>

⁸⁴ Sandmo 2015 s. 36

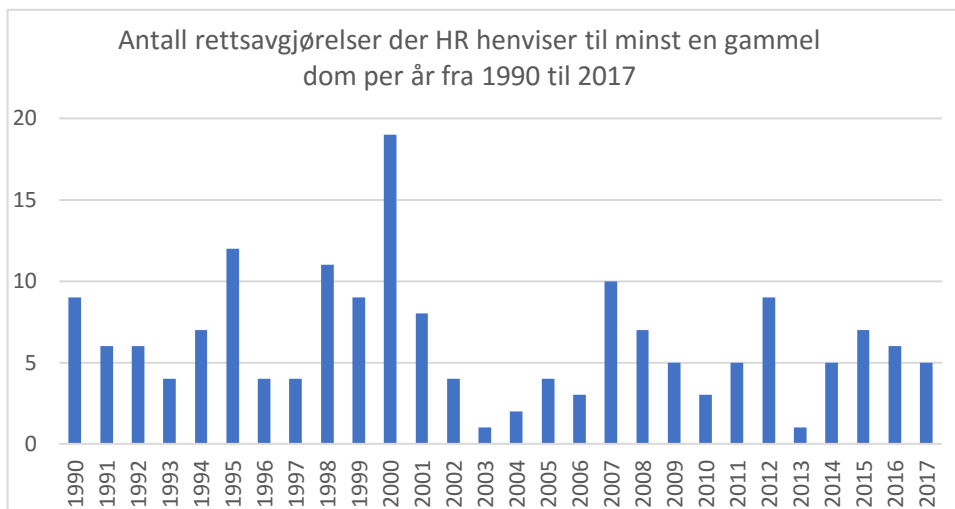
⁸⁵ Sunde 2015 s. 188

Det historiske tilbakeblikket forklarer også hvorfor alder som vektingsmoment ikke ble behandlet i eldre juridisk teori. Hverken Platou⁸⁶, Gjeldsvik⁸⁷ eller Augdahl⁸⁸ behandler temaet. Det er først med Eckhoffs rettskildelære på 1970-tallet at alder blir nevnt.⁸⁹

Forklaringen må være at i tillegg til de nevnte forutsetningene ovenfor, så forelå det ikke gamle prejudikat som det kunne trekkes slutninger fra. Det var først på 1970-tallet at det forelå slik eldre rettspraksis og som gjorde det fruktbart å diskutere alderens betydning.

7. Nedgang i henvisninger i perioden 1990 til 2017

Av de 174 dommene som inneholdt minst én henvisning til en gammel dom var 72 avsagt i tiåret 1990 til 2000. 63 av avgjørelsene var avsagt mellom 2000 til 2010, og hittil fra 2010 til 2017 (18.08.17) er det avsagt 41 avgjørelser. Dersom utviklingen fortsetter linjært vil prognosen for tiåret 2010 til 2020 være 52 avgjørelser. Det vil si at Høyesterett per tiår avsier omlag 10 færre dommer som inneholder minst én henvisning til en gammel dom. Hvis denne nedgangen fortsetter vil Høyesterett slutte å vise til rettsavgjørelser avsagt før 1940 i løpet av 2034.



Et samfunn er alltid i endring. Det innebærer at nye rettsspørsmål vil oppstå og gamle vil forsvinner. Nedgangen er derfor naturlig og skyldes flere faktorer. Det er spesielt tre faktorer jeg vil peke på her. For det første vil gamle prejudikater gå ut av bruk fordi lovgiver vedtar en

⁸⁶ Platou 1915

⁸⁷ Gjeldsvik, Nikolaus, *Innledning i rettsstudiet*, Oslo 1945

⁸⁸ Augdahl, Per, *Forelesninger over rettskilder*, Oslo 1949

⁸⁹ Eckhoff 1971 s. 160

klar regulering av spørsmålet. Det er ofte slik at dersom en konflikttype ofte er oppe for domstolen så vil lovgiver søke å regulere spørsmålet slik at konflikten ikke lenger oppstår. I slike tilfeller vil gammel rettspraksis om spørsmålet ofte gå ut av bruk fordi konflikten ikke lenger oppstår. For det annet går gamle prejudikater ut av bruk fordi rettsutviklingen går i en annen retning. Det kan enten skje en gradvis regulering av spørsmålet gjennom rettspraksis eller det kan skje fortere ved at f.eks. EMD avsier en dom som fraviker det som tidligere har vært lagt til grunn i norsk rettspraksis. De gamle prejudikatene gir dermed ikke lenger uttrykk for gjeldende rett og vil derfor ikke bli henvist til. For det tredje faller gamle prejudikater ut av bruk fordi nye prejudikater normalt er å foretrekke fordi de ofte er mer presise og gir presumtivt et oppdatert bilde av gjeldende rett. Dersom man har en prejudikatskjede kan man av praktiske hensyn kun vise til den nyeste dommen hvis den på en enkel måte oppsummerer rettspraksisen på området.

8. Kvalitative funn

8.1. Innledning

Ovenfor i delkapittel 5.2 redegjorde jeg for at Høyesterett i noen tilfeller anser alderen som et relevant moment fordi det uttrykkelig nevnes. De kvantitative funnene sier likevel ikke noe om hva Høyesterett legger i alderen som vektingsmoment, kun hvor ofte alderen som et moment forekommer. Sagt på en annen måte, de kvantitative funnene sier ikke noe om Høyesteretts syn på alderen som *et selvstendig vektingsmoment*. Nedenfor skal jeg derfor i delkapittel 8.2. se på om Høyesterett anser alderen som et selvstendig vektingsmoment. I delkapittel 8.3 skal jeg se på hvilke rettsområder de fleste henvisningene forekommer og forklare hvorfor.

8.2. Alder som selvstendig vektingsmoment?

Av dommene i undersøkelsesgruppe 6 fremgår det at Høyesterett i tre dommer svekker vekten på grunn av alderen: Rt. 1991 s. 34 (Herøy kommune), Rt. 1994 s. 813 (Herlofson) og Rt. 1995 s. 980 (Kvitsøy). Spørsmålet blir dermed om dommen blir svekket på grunn av alderen eller av andre årsaker, f.eks. samfunnsendringer.

I Herøy kommune-dommen uttaler Høyesterett at den gamle dommen har liten vekt ”i dag”. Selv om Høyesterett bemerker alderen, så er det de faktiske endringene i samfunnet som står sentralt i begrunnelsen for hvorfor vekten er svekket. Den gamle dommen kunne ikke vektlegges fordi reiseforholdene ”i dag” var annerledes. Det var enklere å reise i 1991 enn i 1918 slik at befolkningen reiste mer. Når det er enklere å reise er det også mer naturlig å besøke hjemlandet oftere. Det har betydning for hvordan man bedømmer kontinuiteten på midlertidig opphold i utlandet.

I Kvitsøydommen var det også den faktiske samfunnsutviklingen Høyesterett begrunnet den gamle dommens svekkede vekt med. Det næringslivet produserte på 1800-tallet var fysiske gjenstander. I dag produserer og leverer næringslivet ikke bare fysiske gjenstander, men elektroniske tjenester som internett og tv-signaler. En vag uttalelse i en gammel dom om at kun fysiske gjenstander er skattbare må leses i lys av datidens samfunnsforhold, og kan ikke forstås antitetisk i dag.

Herlofson-dommer skiller seg fra de to andre dommene ved at det ikke har skjedd noen faktiske samfunnsendringer. Forholdet mellom bygging av fast eiendom og reguleringsplaner stod omtrent i samme stilling i 1911 som i 1994. Det er altså ingen faktiske samfunnsendringer som kan begrunne at 1911-dommen ikke skal tillegges vekt. Det har derimot skjedd relevante endringer av rettslig art. Synet på det offentliges erstatningsplikt ved rådgighetsinngrep over fast eiendom ble endret i tiden fra 1911 til 1994.⁹⁰ Det er denne endringen som begrunner at den gamle dommen ikke skal tillegges vekt. En slik forståelse underbygges av to grunner. For det første, så innledet Høyesterett det aktuelle avsnittet med at ”det ikke uten videre kan trekkes bindende slutninger fra [den gamle dommen] til dagens *rettsstilstand*” (min kursivering). For det annet, så redegjør Høyesterett for de retningslinjene som har blitt trukket opp i rettspraksis siden 1970-tallet etter å ha ferdigbehandlet den gamle dommen. Høyesterett utpensler med andre ord hva den nye rettsregelen innebærer.

Etter de tre dommene å bedømme så er det ikke alderen i seg selv Høyesterett svekker vekten med. Det er om det har skjedd relevante faktiske eller rettslige endringer. Har man relevante og faktiske endringer for øyet ser man det samme mønsteret i dommene i de andre gruppene. I gruppe 4 trakk jeg frem Rt. 1992 s. 1030 (Premium Beer) og Rt. 1991 s. 1104. Selv om

⁹⁰ Til illustrasjon se Rt. 1970 s. 67 (Strandlov-dommen)

Høyesterett ikke nevnte alderen i disse dommene, så bruker Høyesterett momentet om faktiske og rettslige endringer. I Premium Beer-dommen uttaler Høyesterett at spørsmålet ikke ”kommer i noen annen stilling etter den nåværende varemerkelov av 1961” selv om dommen er gammel og ble avsagt etter den tidligere loven.⁹¹ Motsatt var tilfelle i Rt. 1991 s. 1104 der Høyesterett bemerket at de påberope gamle dommene er fra tiden før lovendringen og derfor ikke kunne vektlegges.

På bakgrunn av det som er sagt ovenfor, bruker ikke Høyesterett alderen som et selvstendig moment. De gangene Høyesterett bruker alderen så er det et koblingsbegrep på samfunnsendringer. Konklusjonen må derfor være at det ikke er fruktbart å operere med alder som et eget og selvstendig vektingsmoment.

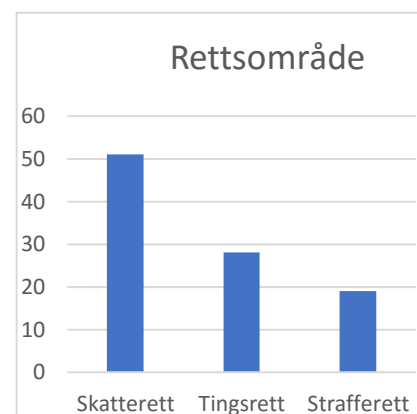
8.3. Rettsområdene med flest henvisninger og hvorfor

Overfor ble det konstatert at alderen ikke var et selvstendig moment, men det relevante er om det har funnet sted faktiske og rettslige endringer. Under dette delkapittelet vil jeg teste min konklusjon ved å se på om faktiske og rettslige endringer forklarer hvorfor det ble henvist til flest dommer innenfor skatt-, tings- og strafferetten.

Av de 174 dommene som inneholder henvisninger til eldre rettsavgjørelser, er 51 avsagt på skatterettens område, 28 på tingsrettens område og 19 på strafferettens område.

Skatteretten og strafferetten har mange likhetstrekk. Påleggning av skatt og ileggelse av straff er begge inngrep i borgernes rettssfærer slik at krav om lovhjemmel og hensynet til forutberegnelighet står sterkt. Men mer

relevant i vår sammenheng er at saker innenfor begge rettsområdene er hyppig oppe for domstolene sammenlignet med andre rettsområder. Straffesaker fordi straff skal ilegges ved dom, jf. Grl. § 96 første ledd, og skattesaker fordi næringslivet har økonomiske resurser til å få skattevedtaket rettslig prøvd. På grunn av dette forholdet står skatte- og strafferett i utgangspunktet i en særstilling.



⁹¹ Rt. 1992 s. 1030 på s. 1034

For oss er det interessante om det har foregått relevante faktiske og rettslige endringer for de skatterettslige og strafferettslige spørsmålene. Både skatteloven og straffeloven er relativt nye lover. Den nåværende skatteloven trådte i kraft fra 01.01.2000, og overtok for skatteloven av 1911. Den nye straffeloven trådte i kraft i 01.10.2015, og overtok for straffeloven av 1902. Ettersom undersøkelsens starttidspunkt var 1990 så hadde man henholdsvis 10 år og 15 år der man dømte etter den de gamle lovene. I disse periodene var det altså ingen store rettslige endringer slik at gamle prejudikater fortsatt hadde stor vekt. Det må likevel bemerkes at det kan ha forekommet tolkningsendringer.

Etter begge lovendringene skulle man tro at gamle prejudikater fra skatte- og strafferetten ble mindre henvist til, men det er ikke tilfellet. Det kan forklares med at de nye lovene ikke i seg selv innebar omfattende rettslige endringer. For straffelovens vedkommende uttrykkes det slik at Høgberg: ”Det er nærliggende å vente at straffeloven 2005 som erstatter en lov som har vært gjeldende i 100 år (...) ville innebære store endringer i straffelovgivningens innhold. Men det er ikke tilfelle. I hovedsak har de alminnelige bestemmelsene i straffeloven 2005 samme innhold som de tilsvarende bestemmelsene i straffeloven 1902. (...) Høyesterettspraksis forut for straffeloven 2005 er i stor grad fremdeles uttrykk for gjeldende rett”.⁹²

Som illustrasjon fra skatteretten kan HR-2016-2165-A trekkes frem. I dommens avsnitt 62 fremhever Høyesterett at skatteloven § 13-1 er en videreføring av skattelov 1911 § 54 og viser deretter til Rt. 1940 s. 598 (Fornebo), Rt. 1936 s. 833 (Allers) og Rt. 1939 s. 699 (Bækken) for presiseringer av innholdet i den gamle § 54. Poenget er at uten relevante rettslige endringer, har eldre prejudikater fortsatt stor vekt.

Den statiske tingsretten har et annet utgangspunkt enn skatte- og strafferetten ved at det generelt er relativt få saker som kommer helt opp til Høyesterett. Når en sak først kommer til Høyesterett er det derfor få prejudikater å søke veiledning i. De prejudikatene som finnes er av den grunn relativt gamle. Når de gamle prejudikatene fortsatt gir veiledning er det fordi rettsinstituttene i den statiske tingsretten i seg selv er gamle. I den grad rettsinstituttene er lovregulert så er reguleringen ofte kun en kodifisering av eldre høyesterettspraksis. Til illustrasjon kan rettsinstituttene hevd, alders tidsbruk, servitutter og allemannsretten nevnes.

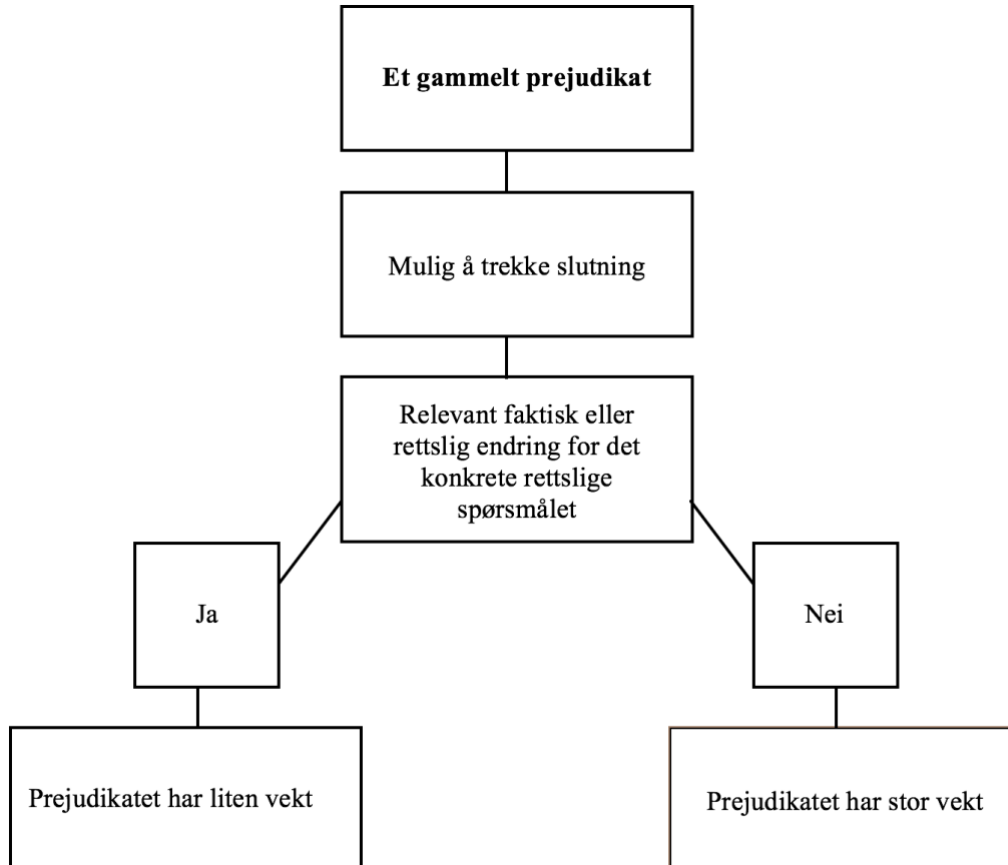
⁹² Eskeland 2017 s. 12

Innenfor den statiske tingsretten har det dermed heller ikke skjedd omfattende rettslige endringer.

9. Oppsummering av funn

Mine funn og konklusjoner kan oppsummeres på følgende måte. Hva som er et gammelt prejudikat må avgjøres konkret i relasjon til det foreliggende rettsspørsmålet, jf. kapittel 3. For at prejudikater senere skal kunne vektlegges må begrunnelsen være offentliggjort. I tillegg må rettsspørsmålet ha blitt behandlet på en slik måte at det er mulig å trekke slutninger fra det, jf. kapittel 6. Alderen har i seg selv ingen betydning for vekten, jf. delkapittel 8.2. Når Høyesterett nevner alderen og svekker det gamle prejudikatets vekt så er det på grunn av endrede faktiske eller rettslige forhold, jf. delkapittel 8.2. Det er derfor ikke fruktbart å oppstille alder som et selvstendig moment ved siden av endrede forhold.

Høyesteretts tankegang kan illustreres med følgende modell:



10. Teoriens syn holdt opp mot overnevnte funn

De forskjellige forfatternes syn på prejudikats syn på alder som vektingsmoment ble redegjort for i oppgavens første del. Forfatternes syn var variert og delte seg i tre grupper. Skoghøy og Fleischer gir uttrykk for at alder er et selvstendig moment, mens Nygaard og Andenæs hevder det motsatte. I en mellomkategori valgte jeg å plassere Eckhoff og Boe.

Basert på gjennomgangen av funnene og min konklusjon, kan det ikke sies at alderen er et selvstendig moment. Det blir derfor uriktig når Skoghøy og Fleischer oppstiller alder som et eget moment ved siden av endrede forhold.

Eckhoffs uttalelse synes heller ikke helt treffende når han skriver at meget gamle dommer ”trenger man ikke ta så meget hensyn til”.⁹³ Hans begrunnelse for dette er at når lang tid er gått, må alle være forberedt på at oppfatningene kan ha skiftet. Mot dette kan det anføres at når langt tid har gått må alle være forberedt på at rettsstilstanden har festet seg. Det Eckhoff antageligvis sikter til er Høyesteretts ikke-bruk av gamle dommer.⁹⁴ Dersom en eldre Høyesteretts dom ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett vil den heller ikke bli brukt av Høyesterett – og da trenger man ikke ta hensyn til den.

Andenæs og Nygaard synes å treffe best der de legger til grunn at alderen i seg selv ikke trenger å være avgjørende. For Nygaards del uttaler han det veldig treffende når han retter fokuset på kvaliteten i forhold til ”rettsoppfatning og samfunnsyn *idag*”. Rettsoppfatning og samfunnsynet i dag synes å være en annen måte å formulere relevante faktiske og rettslige endringer på.

⁹³ Eckhoff 2001 s. 183

⁹⁴ Se delkapittel 4.1.2

11. Relevant faktisk eller rettslig endring for det konkrete rettslige spørsmålet

11.1. Innledning

Ettersom konklusjonen min er at alderen i seg selv ikke er av betydning, men det er faktiske eller rettslige endringer, kreves det en utdypning av hva som ligger i dette. Før jeg utdyper vil jeg understreke at faktiske og rettslige endringer ikke bare gjør seg gjeldende på dommer avsagt før 1940. Momentet er anvendelig på alle dommer uavhengig av når de er avsagt. En annen ting er at jo lenger tid som har gått, jo større sjanse er det for at det har funnet sted en slik endring.

11.2. Relevant faktisk endring

Faktiske endringer vil si at et forhold av ikke-rettslig art går fra en tilstand til en annen. Denne gruppen kan spaltes ned i ulike undergruppene, bl.a. teknologiske, vitenskapelige og holdningsendringer. Teknologiske endringer er f.eks. at vi i dag har større forståelse av data og elektronikk slik at det kan sendes tv-signaler sammenlignet med hva vi kunne i år 1890, jf. omtalen av Rt. 1995 s. 980 (Kvitsøy-dommen) ovenfor. Vitenskapelige endringer vil si endret oppfatning eller nye oppdagelser innenfor vitenskapelige grener. I den nylig avsatte HR-2017-1674-A var spørsmålet hvor strengt innføring av det narkotiske stoffet LSD skulle straffes. Høyesterett kom, basert på dagens forskning av LSD, at straffenivået måtte settes ned fra det som tidligere var lagt til grunn i rettspraksis. For holdningsendringer kan Rt. 1958 s. 479 (Mykle-dommen) tjene som eksempel. Hva som blir ansett som "utuktig skrift" vil endre seg i takt med samfunnets holdninger. Likeså med dagens strl. § 204 om hva som vil "virke støtende" og andre elastiske begreper.⁹⁵

11.3. Relevante rettslig endring

En rettslig endring vil si at en ny rettskilde gjør seg gjeldende eller at en tidligere rettskildes vekt har blitt forandret med tiden. Et prejudikat gir uttrykk for rettskildebilde på det tidspunkt prejudikatet ble avsagt. Selv om prejudikatet i seg selv har en viss egenvekt, så skal det alltid dømmes etter det til enhver tid gjeldende rettskildebilde.⁹⁶ Eksempler på rettslige endringer

⁹⁵ Eckhoff 2001 s. 187

⁹⁶ Fleischer 1998 s. 183 flg.

kan være lovendringer, endring av ulovfestet rett gjennom nyere domstolspraksis eller at et nytt reelt hensyn gjør seg gjeldende. Den rettslige endring må være relevant for det konkrete rettslige spørsmålet. Det hjelper lite å påberope seg en rettslig endring dersom den er uten betydning for det foreliggende spørsmålet. En lovendring er f.eks. ikke alltid en tilstrekkelig rettslig endring. Det er lovens materielle innhold som er relevant, jf. bl.a. omtalen av Rt. 1992 s. 1030 (Premium Beer) ovenfor. I lovendringstilfellene er det særlig aktuelt å se hen til forarbeidene for å avklare om lovendringen er ment å innebære en realitetsendring.

Hva som er en tilstrekkelig faktisk eller rettslig endring kan ikke avgjøres generelt, men må avgjøres konkret i relasjon til det gamle prejudikatet man står ovenfor. Overfor noen gamle prejudikater kan det være nok med en liten endring mens overfor andre må en større endring til. Hva som er en faktisk eller en rettslig endring lar seg ikke alltid like lett avgjøre. Det er en flytende overgang mellom de to gruppene, og de er ikke gjensidig utelukkende. En faktisk endring vil i tillegg kunne gi opphav til en rettslig endring slik at fra det tidspunkt den gamle dommen ble avsagt på har funnet sted både en faktisk og en rettslig endring.

12. Kilderegister

Lover

Avtaleloven (avtl.)	Lov 31. mai 1918 nr. 4
Eiendomsskatteloven	Lov 6. juni 1975 nr. 29
Grunnloven (Grl.)	Kongerikets Norges Grunnlov 17. mai 1814
Kong Christian Den Femtis Norske lov	Lov 15. april 1687
Reindrifftsloven 1978	Lov 9. juni 1978 nr. 49 (opphevet)
Reindrifftsloven 2007	Lov 15. juni 2007 nr. 40
Skatteloven	Lov 26. mars 1999
Skatteloven 1911	Lov 18. august 1911 nr. 8 (opphevet)
Straffeloven (strl.)	Lov 20. mai 2005 nr. 28
Straffeloven 1902 (strl. 1902)	Lov 22. mai 1902 nr. 10 (opphevet)
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90
Tvistemålsloven	Lov 13. august 1915 (opphevet)
Varemerkeloven 1961	Lov 3. mars 1961 nr. 4 (opphevet)

Konvensjoner

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK)	04.11.1950
---	------------

Domsregister

For Høyesterett, se Høyesterett

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

Silver mfl. mot Storbritannia, 25.03.1983, A 264 (1993)

Sunday Times mot Storbritannia, 26.04.1979, A 30 (1979)

Tyrer mot Storbritannia, 25.04.1978, A 26 (1978)

Juridisk litteratur

Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo 2004

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009

Augdahl, Per, *Forelesninger over rettskilder*, Oslo 1949

Baldersheim, Erlend, *Høggir og tomgang i rettskjeldelære*, JV 06/2017, s. 343-377 (Volum 52)

Bernt, Jan Fridthjof og Mæhle, Synne Sæther, *Rett, samfunn og demokrati*, Bergen 2007

Boe, Erik, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo 2010

Dragsmo, Espen, "Individuelle valg og vurderinger" – noen kommentarer til Knut Martin Tande, JV 02/2014 (volum 49) s. 121-140

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, Oslo 1971

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave ved Høgberg, Alf Petter, Oslo 2017

Falkanger, Thor og Falkanger, Aage Thor, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016

Fleischer, Carl August, *Anvendelse og fortolkning av dommer*, Oslo 1981

Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998

Fredriksen, Ola, *Høyesteretts anvendelse av ligningspraksis som rettskilde*, Skatterett 03/2008 (Volum 27) s. 224-260

Gjelsvik, Nikolaus, *Innledning i rettsstudiet*, Oslo 1945

Grønning, Linda, Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen 2016

Hallager, Guthorm I., *Norges Høyesteret 1815-1915. Andet bind 1864-1915*, Christiania 1916

Høgberg, Alf Petter og Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Tolking av grunnloven*, JV 03/2013 s. 193-226

Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett*, Oslo 2012

Lund, Ketil, *Kontroll av staten i statens egne domstoler*, LoR nr. 4/1987 s. 211-227

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utgave, Oslo 2005

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Bergen 2012

Morgenstjerne, Bredo Henrik von Munthe af, Lange, L., Vogt, Jørgen Herman, Heilm, J.A. *Juridisk Repertorium. 1*, Christiania 1818

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 5. utgave, Bergen 2000

Platou, Oscar, *Forelæsninger over retskildernes teori*, Christiania 1915

Sandmo, Erling, *Siste ord. Høyesterett i norsk historie, bind II 1905-1965*, Oslo 2005

Skoghøy, Jens Edvin, *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse*, Nybrott og odling - festskrift til Nils Nygaard s. 323-343 (2002)

Skoghøy, Jens Edvin, *Dommeradferd og dommerbakgrunn*, Festskrift til Torgny Høstad, G. Lamertz, S. Lindskog og M. Möller (red), Uppsala 2010 s. 720
Skoghøy, Jens Edvin, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017
Stub, Marius og Torgersen, Runar, *Om den såkalte vinregelen i prejudikatslæren*, LoR 08/2007 s. 490-500
Sunde, Jørn Øyrehagen, *Høgsteretts historie 1965-2015*, Bergen 2015
Tande, Knut Martin, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, JV 01/2011 (Volum 46) s. 1-36

Andre kilder

<https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Hoyesterett-i-1814/>
(03.12.17)
Makandu, Mahinthan, *Dissens i Høyesterett*, Masteroppgave Bergen 2016
<http://www.uib.no/emne/JUS133> (05.12.17)

Høyesterett

Rt. 1875 s. 330 (Lysakerdommen)	Rt. 1932 s. 353
Rt. 1890 s. 270 (Modum Bad)	Rt. 1933 s. 1001
Rt. 1899 s. 609	Rt. 1936 s. 220
Rt. 1910 s. 231 (Ku-dommen)	Rt. 1936 s. 612
Rt. 1911 s. 444	Rt. 1936 s. 833 (Allers)
Rt. 1912 s. 263 (Jernskrap)	Rt. 1937 s. 42
Rt. 1918 s. 122	Rt. 1937 s. 42
Rt. 1918 s. 403 (Den store konsesjonssaken)	Rt. 1939 s. 699 (Bækken)
Rt. 1920 s. 486	Rt. 1939 s. 766 (Gesims)
Rt. 1927 s. 296	Rt. 1939 s. 890 (Lofstkjennelsen)
Rt. 1927 s. 593	Rt. 1940 s. 598 (Fornebo)
Rt. 1930 s. 663	Rt. 1945 s. 26
Rt. 1930 s. 663	Rt. 1953 s. 965
Rt. 1931 s. 57	Rt. 1953 s. 1386
Rt. 1931 s. 81	Rt. 1954 s. 653
Rt. 1931 s. 297	Rt. 1955 s. 361
Rt. 1931 s. 772 (Meltzer-dommen)	Rt. 1958 s. 479 (Mykle-dommen)

Rt. 1964 s. 492 (Skappel-dommen)
Rt. 1970 s. 67 (Strandlov-dommen)
Rt. 1972 s. 965 (Mønepane)
Rt. 1973 s. 433 (Passbåt)
Rt. 1990 s. 94
Rt. 1990 s. 156
Rt. 1990 s. 156
Rt. 1990 s. 173
Rt. 1990 s. 278
Rt. 1990 s. 476
Rt. 1990 s. 781
Rt. 1990 s. 850
Rt. 1990 s. 958
Rt. 1990 s. 1143
Rt. 1991 s. 34 (Herøy kommune)
Rt. 1991 s. 98
Rt. 1991 s. 154
Rt. 1991 s. 600
Rt. 1991 s. 1104
Rt. 1991 s. 1311
Rt. 1992 s. 206
Rt. 1992 s. 810
Rt. 1992 s. 1010
Rt. 1992 s. 1030 (Premium Beer)
Rt. 1992 s. 1263
Rt. 1992 s. 1474
Rt. 1993 s. 66
Rt. 1993 s. 335
Rt. 1993 s. 396
Rt. 1993 s. 1053
Rt. 1994 s. 60
Rt. 1994 s. 132
Rt. 1994 s. 183
Rt. 1994 s. 333
Rt. 1994 s. 775
Rt. 1994 s. 813 (Herlofson)
Rt. 1994 s. 1470
Rt. 1995 s. 17
Rt. 1995 s. 91
Rt. 1995 s. 124
Rt. 1995 s. 209
Rt. 1995 s. 486
Rt. 1995 s. 638
Rt. 1995 s. 644
Rt. 1995 s. 904
Rt. 1995 s. 980 (Kvitsøy)
Rt. 1995 s. 1427
Rt. 1995 s. 1536
Rt. 1995 s. 1674
Rt. 1996 s. 78
Rt. 1996 s. 672
Rt. 1996 s. 1415
Rt. 1996 s. 1497
Rt. 1997 s. 334
Rt. 1997 s. 527
Rt. 1997 s. 1050
Rt. 1997 s. 1608
Rt. 1998 s. 276
Rt. 1998 s. 459
Rt. 1998 s. 811
Rt. 1998 s. 946
Rt. 1998 s. 1025
Rt. 1998 s. 1032
Rt. 1998 s. 1306
Rt. 1998 s. 1510
Rt. 1998 s. 1549
Rt. 1998 s. 1750
Rt. 1998 s. 1756

Rt. 1999 s. 369
Rt. 1999 s. 425
Rt. 1999 s. 440
Rt. 1999 s. 727
Rt. 1999 s. 946
Rt. 1999 s. 1087
Rt. 1999 s. 1273
Rt. 1999 s. 1333
Rt. 1999 s. 1924
Rt. 2000 s. 220
Rt. 2000 s. 610
Rt. 2000 s. 758
Rt. 2000 s. 931
Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen)
Rt. 2000 s. 1614
Rt. 2000 s. 1729
Rt. 2000 s. 1739
Rt. 2000 s. 1767
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2000 s. 1997
Rt. 2001 s. 58
Rt. 2001 s. 170
Rt. 2001 s. 213
Rt. 2001 s. 369
Rt. 2001 s. 394
Rt. 2001 s. 512
Rt. 2001 s. 603
Rt. 2001 s. 851
Rt. 2001 s. 1646
Rt. 2002 s. 94
Rt. 2002 s. 145
Rt. 2002 s. 456
Rt. 2002 s. 747
Rt. 2002 s. 798
Rt. 2002 s. 1144
Rt. 2002 s. 1331
Rt. 2002 s. 1411
Rt. 2002 s. 1457
Rt. 2003 s. 1501
Rt. 2003 s. 1531
Rt. 2003 s. 1546
Rt. 2004 s. 357
Rt. 2004 s. 1985
Rt. 2005 s. 41
Rt. 2005 s. 1157
Rt. 2005 s. 1434
Rt. 2005 s. 1447
Rt. 2006 s. 1
Rt. 2006 s. 293
Rt. 2006 s. 1705
Rt. 2007 s. 149
Rt. 2007 s. 234
Rt. 2007 s. 302
Rt. 2007 s. 431
Rt. 2007 s. 1090
Rt. 2007 s. 1190
Rt. 2007 s. 1203
Rt. 2007 s. 1281
Rt. 2007 s. 1308
Rt. 2007 s. 1822
Rt. 2008 s. 145
Rt. 2008 s. 233
Rt. 2008 s. 337
Rt. 2008 s. 362
Rt. 2008 s. 1074
Rt. 2008 s. 1170
Rt. 2008 s. 1594
Rt. 2009 s. 203

Rt. 2009 s. 1237	Rt. 2014 s. 379
Rt. 2009 s. 1292	Rt. 2014 s. 656
Rt. 2009 s. 1299	Rt. 2014 s. 769
Rt. 2009 s. 1537	Rt. 2014 s. 1057
Rt. 2010 s. 103	Rt. 2015 s. 120
Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt)	Rt. 2015 s. 628
Rt. 2010 s. 535	Rt. 2015 s. 989
Rt. 2010 s. 999	Rt. 2015 s. 1012
Rt. 2011 s. 51	Rt. 2015 s. 1054
Rt. 2011 s. 531	Rt. 2015 s. 1157
Rt. 2011 s. 556	Rt. 2015 s. 1260
Rt. 2011 s. 1455	HR-2016-217-A
Rt. 2011 s. 1768	HR-2016-739-A
Rt. 2012 s. 96	HR-2016-1219-A
Rt. 2012 s. 808	HR-2016-1803-A
Rt. 2012 s. 820	HR-2016-2030-A
Rt. 2012 s. 1003	HR-2016-2165-A
Rt. 2012 s. 1103	HR-2017-968-A
Rt. 2012 s. 1345	HR-2017-1125-A
Rt. 2012 s. 1359	HR-2017-1250-A
Rt. 2012 s. 1500	HR-2017-1258-A
Rt. 2013 s. 1537	HR-2017-1297-A
Rt. 2014 s. 238	HR-2017-1674-A
Rt. 2014 s. 257	