

Rettsdannelse på formuerettens område – «Samspillmodellen» under lupen

Innledning: Lagdommer dr. juris Bjarte Askeland
Gulating lagmannsrett

Oversikt

- 1. **Idéen** bak åpningslesjonen
- 2. Rettsdannelse via samspill **før og nå**
- 3. Samspill og **rettskildelære**
- 4. Rettsdannelse som **felles utfordring**

1. Idéen bak åpningssesjonen

- **Rettsdannelsen (etablering av nye materielle regler)** tradisjonelt et *samspill* mellom tre aktører;
- **Lovgiver** (Stortinget + byråkraten)
- **Domstolene/Høyesterett** (dommeren)
- **Rettsvitenskapen** (rettsforskeren)
- Hvordan har samspillet **endret** seg gjennom de siste tiår og det siste hundreår?
 - Hvilken innvirkning har **internasjonale rettskilder** hatt?
 - Hvilken innvirkning har **teknologisk utvikling** hatt?
 - Hvilken innvirkning har andre trekk ved **samfunnsutviklingen** hatt
- For å belyse disse spørsmålene har vi invitert **representanter** for de tre aktørene

2. Rettsdannelse via samspill før og nå

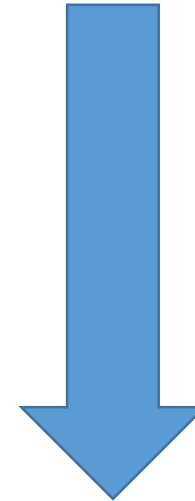
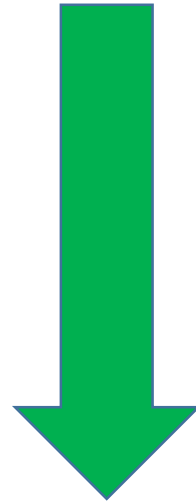
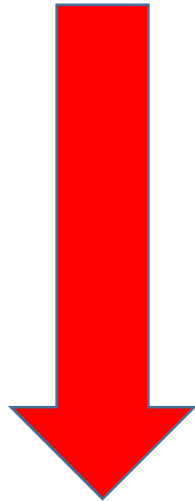
- Fra 1900 – 2000: **Korreksjon** sammenlignet med invitasjon:
- Lovgiver **ikke** avventende og passiv på privatrettens område. Når man teller opp, er det **ganske mange lover** med forseggjorte forarbeider.
- Formueretten utvikles **dels** gjennom rettspraksis og systematiserende teori. Eksempler
 - Brækhus/Hærems interesseteori
 - Skadeserstatningslovens § 2-1
 - Naboloven § 2 «urimeleg og uturvande»
- Samspill: Det **forekommer** at lovgiver kodifiserer i etterhånd
- **Karikert versjon?**

År 1900 - 2000

Lovgiver

Domstol

Rettsvitenskap



RETTSdannelse, RETTSutvikling

Internasjonaliseringen endrer samspillet

Norske domstoler
Norsk lovgiver
Norsk rettsvitenskap



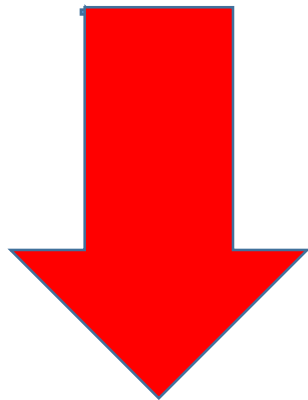


Rettsdannelse År 2000 – 2020 (lett karikert?)

Lovgiver

Domstol

Rettsvitenskap



RETTSDANNELSE, RETTSUTVIKLING

Lovgivers rolle før og nå

- **Før:**

- Lovgiver **suveren** i prioritering av hvilke områder som skulle lovreguleres og **suveren** i utforming av materielle regler
- Lovgiver kunne bevisst overlate regelutforming til domstoler og teori.

- **Nå:**

- «Diktering» fra EU-området, EMK/EMD
- Generelt større forventning om positiv regulering av handlenormer?
- **«One-liner»:** «**Fra suveren til (på noen områder) dirigert**»

Domstolene før og nå

- **Før:**

- Stort rom for å skape rett, utvikle rettssetninger. Få positiverte rammer
 - Eksempel: Nitroglycerin Rt. 1875 s. 330 (Ulovfestet objektivt ansvar)

- **Nå:**

- Flere positiverte omkringliggende skrevne regler
- Internasjonale kilder; i første rekke EU-rett, men også EMK/EMD

- **«One-liner»:**

- Fra «rettsavklaring og rettsutvikling» til **«rettsfortolkning»**

Rettsvitenskapen før og nå

- **Før:**

- Stor makt for enkeltforskeren til å fastlegge «gjeldende rett» på sitt område. Eksempel: Stangs hegemoni på erstatningsrettens område
- Teoretikeren var sikker på å bli hørt og vektlagt

- **Nå:**

- Et stort mangfold, mindre spillerom fordi mer er positivt regulert, mindre spillerom pga. EU-rettsens og EMK-rettsens dominans; mer av en **overvåknings- og oversetterfunksjon**.
- Større konkurranse om å bli hørt: Bør rettsforskeren bli **mer pedagogisk?**
- Arbeidsvilkårene for **det kritiske perspektivet** er endret

- **«One-liner»:**

- **«fra forfatter til oversetter?»**

Magnus Strand TfR 2017 nr. 4: «EU/EES-rätten dikterar metoden for EU/EES-rettskällornas tolkning och tillämpning, men vi är (om än i viss och varierande mån) fria att själva utforma den rättsliga kontexten för denna tolkning och tillämpning av EU/EES-rättskällor, och har då möjlighet att göra det på ett sätt som **tillvaratar den nordiska civilrättens konsekvens och systematik**» (s. 346).

3. Samspill og rettskildelære



- Rettsvitenskapen som **rettskilde**?
- Mulig modifikasjon: Rettsvitenskapen som **«Regelutformer»**
- Rettsvitenskapen **systematiserer** og gir et **forslag til rettssetning***
 - Rettsforskeren **konsoliderer** (Advokatpartner Rt. 2015 s. 475)
 - Rettsforskeren **korrigerer** gjeldende rett (Rettsvernshemd HR-2017 s. 33)
 - Rettsforskeren **genererer** ny regel: Amund Tørum, *Direktekrav* 2007 og Rt. 2008 s. 1078; «Informasjonsansvar».
- Forslaget kan **konfirmeres eller ikke**, av Høyesterett i neste dom, eller av **lovgiver**.

* Askeland, «Rettsoppfatninger», i Høgberg og Sunde: *Juridisk metode og tenkemåte* (2019) s. 465 flg.

Rettsforskere kritiserer i lys av lovgivers valg

- **Hybel** HR -2017-515: Solgt leilighet inneholdt hybel som ikke var godkjent, det ville koste mye (1,6 mill) å utbedre.
 - HR Flertall (Bårdsen): Konstruerer ny løsning og gir 0,6 mill i erstatning for **verditap**. Mindretall (Falch) ville gi erstatning for **utbedringskostnader**
- Flertall **kritisert i teori**: **Simonsen, Lilleholt, Skjefstad, Monsen m.fl.**



Om koherens og kompetansefordeling

- **Erik Monsen**, Artikkel om *Hybel* i *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2017 nr 3-4:
- «Hvis etableringen av ulovfestet rett kan skje på basis av **analogi** fra en nærmere angitt **lovregel**, eller **induksjon** fra flere **lovregler**, er det i liten grad nødvendig å foreta **eksplisitte verdibaserte interesseavveininger.**»



Et rettskildeprinsipp

- **Kompetansefordeling i rettsdannelsen?**
- **Koherens som den felles ledetråd**

4. Felles utfordringer

- Et **felles problem** å takle kompleksiteten av internasjonalisering og et regelverk i stadig oppdatering pga av teknologiens utvikling.
- Samspillet som **kvalitetssikring**. Bevisstgjøring og **kommunikasjon**
- **Institusjonalisert dialog** mellom aktørene?
- **Privatrettssymposiet** er en god start!