

Domstolskapt rett

En institusjonell analyse av utviklingen av
regelen om ulovfestet objektivt ansvar
fra 1866 til 2003

ANNE-METTE MAGNUSSEN

Avhandling for dr.polit graden

INSTITUTT FOR ADMINISTRASJON OG ORGANISASJONSVITENSKAP

UNIVERSITETET I BERGEN

2005

Innhold

Forord	6
Oppsummering	8
Summary	12
Kapittel 1 DOMSTOLER, RETT OG POLITIKK	
Introduksjon	17
Ulovfestet objektivt ansvar	19
Juridisk metode	21
Samfunnsvitenskapelige studier av retten i Norge	25
En institusjonell tilnærming til studiet av domstolene	28
Avhandlingens videre fremstilling	32
Kapittel 2 INSTITUSJONELL TEORI SOM VINDU TIL Å FORSTÅ ENDRING OG HANDLING	
Regler, handling og endring	35
Institusjonell teori og syn på handling	37
Handling drevet av internaliserte regler og prinsipper	37
Handling drevet av kalkulert forventet nytte	40
Kombinasjoner av ”logic of consequence” og ”logic of appropriateness”	41
Institusjonell teori og syn på endring	42
Historiske brudd	43
Gradvis endring	44
Kopling mellom syn på endring og handlingslogikk	45
Operasjonalisering av det teoretiske perspektivet	46
Kapittel 3 VALG AV KILDEGRUNNLAG, FREMGANGSMÅTE OG EMPIRISK OMRÅDE	
Innledning	50
Kildegrunnlag og fremgangsmåte	50
Begrunnelse for og beskrivelse av empirisk område	55
Ulovfestet objektivt ansvar	56
Ansvarsgrunnlag	58
Lovfesting av objektivt ansvar	59
Videre fremstilling	61
Kapittel 4 EN NY RETTSREGEL ETABLERES I STILLHET	
Innledning	63
Høyesterettsdommer i perioden 1866–1905	63
Eiendom skadet av jernbanedrift (Rt 1866 735)	64
Bølgeslagdom I (Rt 1874 145)	66
Skade på eiendom som følge av driften til et gassverk (Rt 1874 409)	68
Nitroglycerindommen (Rt 1875 330)	71
Ulemper påført eiendom som følge av driften av en dampsg (Rt 1882 38)	73
Tønne skader båt og mannskap (Rt 1889 65)	74
Bølgeslagdom II (Rt 1889 642)	75

	Person skadet av hestevogn (Rt 1900 753)	75
	Gutt skadet av tennhette (Rt 1904 394)	76
	Vannledningsdommen (Rt 1905 715)	77
	Oppsummering og analyse	78
	Singularitet og reservasjon	79
	Skyld-ikke skyld – Tøyning av begreper	79
	Risiko som erstatning for subjektiv skyld	80
	Nytte- og verdivurderinger	81
	Rettspraksis	81
	Dissenser	82
	Avslutning	83
Kapittel 5	REGELEN BEKREFTES	
	Innledning	86
	Høyesterettsdommer i perioden 1906–1940	87
	Innledning til analyse	89
	Regelen bekrefte	89
	Verdi- og nyttevurderinger blir regler for senere avgjørelser	96
	Virkeområdet for det objektive ansvaret – tilbakeholdenhet, varsomhet, gradvis utvikling og brudd	97
	Vurdering av rent risikoansvar	100
	Betydningen av verdi- og nyttevurderinger	103
	Skjulte avveininger og prinsipper	103
	Forholdet mellom samfunnsnytte og enkeltindividets rettigheter	106
	Betydningen av dissenser	110
	Avlutning	113
Kapittel 6	KONSOLIDERING OG INSTITUSJONALISERING – DOMMERE PÅ TRYGG GRUNN	
	Innledning	116
	Høyesterettsdommer i perioden 1945–1970	117
	Institusjonalisering og fleksibilitet – tendenser i motsatt retning	118
	Anvendning, tydeliggjøring og spesifisering av avgjørelseskriterier	118
	Enighet om kriteriene – uenighet om hvor grensene skal trekkes	128
	Skyldbetraktninger og nye kriterier	133
	Manglende begrunnelser og generelle henvisninger til rettspraksis	136
	Virkeområdet for det objektive ansvaret – doménet konsolideres	138
	Avgrenser risikoansvar	138
	Tilbakeholdenhet med utvidelse av doménet	141
	Færre verdi- og nyttevurderinger	143
	Forholdet mellom samfunnsnytte og enkeltindividets rettigheter	146
	Betydningen av dissenser	146
	Avslutning	149
Kapittel 7	HØYESTERETT – ET LUKKET SYSTEM?	
	Innledning	150
	Høyesterettsdommer i perioden 1971–2003	151
	Innledning til analyse	152

Kontinuitet substansielt og i doméne	152
Regelens substansielle innhold	153
Regelens doméne	161
Utvidelse av doménet – produktansvaret	164
Tydeliggjøring av rettsstilstanden	172
Verdi- og nyttehensyn	178
Betydningen av dissenser	186
Høyesterett – et lukket system?	188
Kapittel 8 INSTITUSJONALISERING AV HØYESTERETTS PRAKSIS – BEGRENSNING ELLER MULIGGJØRING	
Innledning	191
Hvordan utvikles og endres regelen om ulovfestet objektivt ansvar?	192
Perioden 1866 til 1905	193
Perioden 1906 til 1940	194
Perioden 1945 til 1970	197
Perioden 1971 til 2003	199
Institusjonalisering forstått som begrensning av alternative handlinger	202
Institusjonalisering forstått som muliggjøring av alternative handlinger	203
Hvordan trekk ved Høyesterett som institusjon kan forklare den observerte utvikling	208
Gradvis utvikling	209
Mekansimer som demper overgang til ny praksis	209
Kontinuitet og rutinisering av beslutninger	210
Endring av grunnlaget for dissenser	210
Konsekvensorientering som grunnlag for innovasjon	210
Høyesterett styrker sin institusjonelle posisjon i samfunnet	211
Litteratur	213
Domsregister	217
Lovregister	221

Forord

Å studere regeldannelse og regelanvendelse i norsk Høyesterett har vært spennende, men samtidig krevende og utfordrende. Høyesteretts praksis har vært lite studert ut fra en statsvitenskapelig innfallsvinkel.

Gjennom inspirerende samtaler med nå avdøde David Doublet, våren 2000, fikk jeg forståelse for at regelen om ulovfestet objektivt ansvar kunne være egnet til å gi innsikt i hvordan Høyesterett kan utvikle nye rettsregler uavhengig av lovgiver. Denne regelen ble etablert av norske domstoler på slutten av 1800-tallet og utviklet og endret gjennom over hundre års praksis.

Følgende utsagn av Nils Nygaard er velkjent i norsk erstatningsrettslig litteratur: ”Vent med teorien og gå i kloster med Norsk Retstidende! Skaff deg eit solid grunnlag i domspraksis først, og gå så ut i teorien” (Nygaard 1974). Jeg gikk ikke i kloster, men dro til Cape Town sommeren 2000 med 135 høyesterettsdommer i bagasjen. Med institusjonell teori som guide ønsket jeg å finne ut av hvilket substansielt innhold og hvilket virkeområde regelen om ulovfestet objektivt ansvar fikk over tid og gjennom hvilke prosesser utviklingen skjedde.

Jeg ønsker først og fremst å takke min veileder, professor Johan P. Olsen for den bistand, støtte og oppmuntring han har gitt gjennom hele avhandlingsarbeidet. Det har vært et privilegium å nyte godt av hans kunnskap og kapasitet som han kontinuerlig benytter til å være kritisk, konstruktiv, konkret og oppmuntrende. Jeg har lært utrolig mye av dette samarbeidet.

Jeg vil også takke min mann, Jan, som har vært en åpen, kunnskapsrik og konstruktiv støttespiller i mange ulike faser av avhandlingsarbeidet. Dette arbeidet ville vært vanskelig uten han som samtalepartner. Barna våre, Hanne, Henrik, Thomas, Stian og Martin har også tatt del i denne prosessen. De har vært omsorgsfulle, ivaretagende og en kontinuerlig kilde til inspirasjon. Avhandlingen er tilegnet dem.

Det er flere som har lest og kommentert deler av avhandlingen. Jeg vil gjerne takke Jan Fridthjof Bernt, Bent Liisberg, Ingrid Lundeberg, Nils Nygaard, Guttorm Schjelderup, Marit Skivenes, Svein Atle Skålevåg og Endre Stavang som alle har gitt konstruktive innspill gjennom ulike deler av prosessen. Jeg vil også takke staben ved Institutt for administrasjon og organisasjonsvitenskap for gode kommentarer gjennom stabsseminaret.

Inge Magnussen fortjener stor takk for å ha tatt det møysommelige arbeidet med å sjekke alle domssitatene og for korrekturlesning. Takk til Hanne Stenberg og Thomas Froestad Berntsen for flott innsats på slutten med domsregister, litteratursjekk og siste korrekturlesning.

Takk også til Maila Solheim som har tatt den aller siste runden med manuskriptet før det ble trykket.

Det juridiske fakultetsbiblioteket ved Universitetet i Bergen står i en særstilling hva gjelder serviceinnstilling. Jeg er blitt møtt med en utstrakt imøtekommenhet og hjelpsomhet fra alle som arbeider der. Tusen takk til dere. En ekstra takk til Kirsti Lothe Jacobsen som de siste ukene før innlevering drev klappjakt på sitater og referanser.

Høgskolen i Bergen har gitt meg rammebetingelser som har gjort det mulig å fullføre dette arbeidet. Fra våren 2004 har jeg kunnet arbeide sammenhengende med avhandlingen. Sommeren 2005 dro jeg igjen med familie til Cape Town, og avhandlingen er skrevet ferdig her. Vakrere og mer kontrastfylte omgivelser er det vanskelig å tenke seg.

Hout Bay 16.12.05

Anne-Mette Magnussen

Til

Hanne, Henrik, Thomas, Stian og Martin

Oppsummering

Denne avhandlingen er en studie av regelanvendelse og regeldannelse i norsk Høyesterett. Den gir en analyse av hvordan og hvorfor et bestemt juridisk resonnement etableres og utvikles – regelen om ulovfestet objektivt ansvar – etablert av de norske domstolene på slutten av 1800-tallet og utviklet og endret gjennom over hundre års praksis. Avhandlingen søker svar på følgende tre spørsmål: For det første hvilken utviklingsretning regelen om objektivt ansvar fikk over tid, videre gjennom hvilke prosesser utviklingen skjedde og hvorfor vi fikk en slik utvikling. Et sentralt spørsmål er hvordan Høyesterett kunne etablere et helt nytt ansvarsprinsipp uten å ha lovgivning å støtte seg til. For å besvare disse spørsmålene er 135 høyesterettsdommer i perioden 1866 til 2003 analysert.

Med utgangspunkt i institusjonell handlingsteori ble det antatt at domstolenes tilpasning til samfunnsmessige endringer vil ta utgangspunkt i allerede etablerte regler, identiteter og situasjonsoppfatninger. Det ble derfor forventet at trekk ved Høyesterett som institusjon ville være vesentlige for å forklare hvordan domstolen etablerte og utviklet regelen om ulovfestet objektivt ansvar. Det ble antatt at Høyesteretts argumentasjon primært vil styres av forpliktelser overfor lovregler, konstitusjon, identitet og roller, men at argumentasjonen kunne styres av nyttebetraktninger i situasjoner hvor det ikke forelå klare regler, presedenser eller entydig praksis. Høyesteretts institusjonelle identitet er i første rekke knyttet til retten som upartisk og velkvalifisert regelfortolker og regelanvender, men tradisjonen med ”reelle hensyn” i norsk rettspraksis vil kunne åpne for et annet handlingsprinsipp som et sekundært element i Høyesteretts identitet. Prinsippet om ”reelle hensyn” åpner for at Høyesterett i visse situasjoner kan treffe konsekvensorienterte beslutninger.

Det ble videre antatt at den særegne juridiske tenke- og handlemåte vil ha betydning for hvordan Høyesterett responderer på samfunnsmessige endringer. Når den rettsdogmatiske metode skal regulere den juridiske diskusjon på en slik måte at man i størst mulig grad er sikret enhetlige rettsavgjørelser, antok jeg at domstolenes måte å treffe beslutninger på kunne bidra til å forklare hvorfor regelen om ulovfestet objektivt ansvar fikk et bestemt innhold og virkeområde og gjennom hvilke prosesser utviklingen skjedde. En annen antakelse var at Høyesterett, når den står overfor uløste spørsmål, vil søke i ”nærheten” av eksisterende løsninger. Det ble derfor antatt at domstolen, ved etableringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar, ville søke til nærliggende rettsområder. Ut fra et synspunkt om at identifikasjon med formelt organiserte institusjoner er viktig for å forstå atferd, at forholdet mellom en organisasjon og dens omgivelser er en nøkkelfaktor for å forstå hva organisasjoner gjør og at omgivelser aldri vil fortone seg som helt forutsigbare, ble det antatt at Høyesterett, som andre

institusjoner, vil søke å redusere usikkerhet gjennom å utvide sin prestisje og makt i situasjoner hvor dette er mulig.

Det sentrale spørsmålet for studien var dermed hvordan egenskaper ved Høyesterett som institusjon kunne tenkes å påvirke regelutviklingen og de prosessene som utviklingen skjedde gjennom.

Regelens etablering i perioden fra 1866 til 1905 var kjennetegnet av åpenhet og søking etter et nytt ansvarsprinsipp. Gradvis ble det etablert et alternativ til prinsippet om at erstatningsansvar utelukkende kunne pålegges ut fra skyldvurderinger. Dette var ikke minst mulig fordi etableringen av den nye regelen skjedde over relativt lang tid. Etableringen kan beskrives som en prosess der Høyesterett både brøt med og opprettholdt gjeldende rett. De aller første avgjørelseskriteriene hadde sitt opphav i et annet rettsområde: naboretten. Slik sett var det med henvisning til en etablert praksis at de første avgjørelseskriteriene oppsto. I flere av sakene hadde verdivurderinger om rimelighet, rettferdighet og konsekvensvurderinger en sentral plass. Argumentasjonen baserte seg på etablerte regler og tidligere praksis, men strakk seg samtidig mot nye regler, blant annet ved å tøye skyldbegrepet, ved å henvise til det særskilte ved en sak, eller ved å reservere seg mot at avgjørelser skulle etablere generelle prinsipp. Perioden kan beskrives som en brytningstid der Høyesterett var på søking etter et nytt grunnlag for ansvar. Etableringen av det objektive ansvaret skjedde over en periode på ca. 40 år. Selv om etableringen av det objektive ansvaret var et klart brudd med tidligere praksis, tok dette bruddet form av en gradvis utvikling.

Det er et sentralt funn at regelens substansielle innhold beholdt mange av de trekkene den fikk gjennom den første etableringsprosessen. Den videre utvikling av regelen om ulovfestet objektivt ansvar var kjennetegnet av en gradvis lukking gjennom spesifisering av avgjørelseskriterier som ”ekstraordinær risiko” og ”påregnelighet”. Dette innebar en økt spesifisering og dermed innsnevring av regelens anvendelsesområde. Samtidig ble det over tid utviklet flere ulike avgjørelseskriterier som dermed økte muligheten for å vektlegge ulike kriterier i ulike saker.

Over tid gjennomgikk regelen om ulovfestet objektivt ansvar betydelige endringer. Dette gjaldt både regelens substansielle innhold og virkeområde. Et sentralt funn er at disse endringene skjedde uten at de kan beskrives som entydige brudd med gjeldende rett. Derimot skjedde disse endringene gradvis gjennom erfaringsbasert læring og tilpasning.

Til tross for at regelen over tid ble rutinisert og det ble etablert en mer generell lære om objektivt ansvar, var andelen dommer avsagt med dissens relativt høy. Dette kan ha sammenheng med at Høyesterett på dette området stadig ble stilt overfor situasjoner som det ikke fantes klare regler/praksis for. Samtidig er det et viktig funn at spørsmålene høyesterettsdommerne var uenig om endret seg over tid. Over tid dreide dissensene seg i synkende grad om uenighet om rettsreglene og mer om uenighet om situasjonsoppfatningene.

Funnene i denne studien viser at retten kjennetegnes av en forholdsvis stor åpenhet, i den forstand at anvendelsen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar vedvarende åpner

for alternative handlinger. Utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar kjennetegnes av en fleksibilitet der retten blir utviklet via ulike typer fortolknings- og avgjørelsesmekanismer. Nye avgjørelseskriterier, som ofte etableres gjennom nytte- og/eller verdivurderinger, blir i neste omgang regler for senere avgjørelser. Studien viser at Høyesterett benytter sitt subsidiære handlingsprinsipp mer enn det jeg i utgangspunktet antok. Konsekvensorienterte argumenter er i mange av avgjørelsene til stede sammen med argumenter som knyttes til eksisterende praksis og gitte regler. Nye kriterier etableres ut fra nytte- og verdivurderinger, og anledningen til å foreta slike vurderinger synes å være av stor betydning for innovasjonskraften i retten.

I en institusjonalisert praksis, som Høyesteretts beslutningsatferd må kunne sies å være, er rommet for alternative handlinger, slik det er observert i denne studien, overraskende stort. Analysen av utviklingen av det objektive ansvaret viste at institusjonalisering av regelen om ulovfestet objektivt ansvar ikke gikk mot økende rigiditet eller liten endringsvilje.

Den tilpasning som Høyesterett gjorde til endringer i samfunnet, skjedde over et relativt langt tidsrom. En antakelse var at hensynet til domstolenes politiske legitimitet, forutberegnelighet og likhet i rettsanvendelsen setter grenser for utviklingsretning og utviklingshastighet i retten. Gjennom ulike typer mekanismer som tøyning av skyldbegrepet, henvisning til det særskilte ved en sak, ved reservasjon mot å etablere generelle prinsipp og ved bruk av verdi- og nyttevurderinger, ble regelen etablert og utviklet. Over tid ble det utviklet et repertoar av avgjørelseskriterier som gjorde det mulig for høyesterettsdommerne å vektlegge og kombinere disse på ulike måter. Blant annet fordi argumenter sjelden ble hierarkisert, kunne dommerne legge vekt på ulike elementer i ulike saker, uten at den relative betydningen av dem ble eksplisert.

Av den grunn lar det seg ikke gjøre å avlede handlinger direkte fra selve regelen. Regelen om ulovfestet objektivt ansvar påvirker praksis over tid, men den determinerer ikke denne praksisen. Dette er en måte å treffe beslutninger på som i noen grad avviker fra juridisk faglige ideer om hvordan domstolene bør treffe sine avgjørelser.

Denne studien har vist at utviklingen over tid er kjennetegnet av at Høyesterett velger løsninger som gir fremtidig handlingsrom. Dette skjer blant annet gjennom å anvende nytte- og/eller verdivurderinger, ved å unnlate å tydeliggjøre hvilke premisser avgjørelsen bygger på, ved å vektlegge og kombinere ulike avgjørelseskriterier på ulike måter og ved å unnlate å hierarkisere ulike begrunnelser. Samlet sett bidrar disse mekanismene til at retten kan være på søking etter et nytt ansvarsprinsipp, etablere nye avgjørelseskriterier, utvide og avgrense virkeområdet for regelen, uten at dette fremstår som klare brudd med tidligere rettspraksis. En slik praksis kan forklare med at Høyesterett, som andre institusjoner, vil søke å utvide sin prestisje og makt i situasjoner hvor dette er mulig.

I utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar ble det ikke bare utviklet et repertoar av avgjørelseskriterier som ble anvendt for å vurdere om regelen skulle komme til anvendelse eller ikke, men også et repertoar av beslutningsmekanismer. Disse mekanismene bidrar til å forklare hvordan Høyesterett fremstår som et stabilt og robust,

men samtidig fleksibelt system. Det er Høyesterett selv, gjennom sine avgjørelser, som trekker grensene mellom lojalitet, nøytralitet og faglig uavhengighet. Praksis fremstår dermed som er resultat av hva Høyesterett selv til enhver tid finner å være den adekvate balanse mellom ulike hensyn.

Summary

This thesis is a study of how the Norwegian Supreme Court applies and creates rules. It is an analysis of how and why a certain legal reasoning is established and then developed: The rule of strict liability – established by the courts from the end of the eighteenth century, developed and changed over more than a hundred years of practice.

The intention has been to answer the following three questions: What direction of development did strict liability take over time, through what kind of processes was the rule developed and why did this development take place. A significant question is how the Supreme Court could establish a new principle of liability without having legislation to lean upon. To answer these questions, one-hundred-and-thirty-five Supreme Court decisions from eighteen-sixty-six to two-thousand-and-three have been analysed.

With institutional theory as the point of departure, it was assumed that adjustments to societal changes by the courts would be based on already established rules, identities and situational interpretations. On this background it was assumed that institutional characteristics of the Supreme Court would be of significance in order to explain how the court established and developed the rule of strict liability. An expectation was that the deliberation of the Supreme Court would primarily be governed by obligations towards rules, constitution, identity and roles. It was anticipated that considerations of utility would govern action in situations characterized by lack of clear rules, precedence or unambiguous practice. The institutional identity of the Supreme Court is primarily attached to the court as an impartial and well qualified applicant of rules, but in certain situations the tradition of “equitable consideration” in Norwegian case law allows the Supreme Court to make decisions based upon expectations of future consequences.

Furthermore it was assumed that legal reasoning will significantly determine how the Supreme Court responds to changes in society. When legal reasoning is supposed to regulate the judicial discussion in such a way that unitary decisions by the court is ensured, I assumed that the court’s way of making decisions could contribute to explain why the rule of strict liability acquired a certain content and domain of application over time and through which processes this development took place. It was also anticipated that the Supreme Court, when facing unsolved questions, will search in the vicinity of existing solutions. I therefore expected that the court, when establishing the rule of strict liability, would look for answers within established areas of law. From the more general point of view that identification with formal organized institutions is important for understanding human behaviour, that the relationship between an organisation and it’s environment is a key factor to understand what organisations do and that the environment never appears as fully predictable, it was assumed that the Supreme Court, as other institutions, will seek to reduce uncertainty through expanding its status and power in situations where this is possible.

The key research question of this study has been how characteristics of the Supreme Court as an institution influenced the development of the rule of strict liability and the processes through which this development took place.

The rule of strict liability was established from eighteen-sixty-six to nineteen-hundred-and-five. The period was characterized by openness and a search for a new principle of liability. Gradually, an alternative to liability in negligence was established. The creation of a new principle was made possible because it occurred over a relatively long period of time. The establishment of the rule can be described as a process by which the Supreme Court simultaneously broke with and maintained elements of the law in force. The first decision criteria utilized to establish the new principle came from another area of law – neighbour law. By referring to an established practice within another domain of law, the first decision making criteria were formed. Assessments of value and utility were central. The reasoning was based upon an established practice, but simultaneously reached towards new rules by stretching the concept of fault, by referring to the specificity of a case and by making reservations that decisions established a more general principle. The period can be described as a period of transformation where the Supreme Court searched for a new principle of liability. Strict liability was established during a period of approximately forty years. Though the establishing of the principle of strict liability represented a clear breach with previous practice, the breach occurred through a gradual development.

A central finding of the study is that the new rule maintained many of the characteristics it acquired during the initial process of introduction. The further development of strict liability was characterized by a gradual specification of decision making criteria such as “extraordinary risk” and “probability of appearance”. This implied a narrowing of the domain of application of the new rule. Simultaneously, however, new decision making criteria were developed which added to the total decision making repertoire of the court and increased the possibility of the judges to emphasize different criteria in different cases.

Over time, the rule of strict liability went through significant changes. This regards both the content and the domain of the rule. An important finding is that these changes took place without representing an unambiguous breach with established practice. Transformations occurred gradually through process of learning from experience and continually adjustments.

Though over time the rule was routinised and a more general doctrine of strict liability was established, the number of dissenting judgements remained relatively high. This may be explained by the fact that the Supreme Court in this area of law was continuously faced with new situations where clear rules or practice did not exist. A finding is that the questions on which the judges of the Supreme Court disagreed upon changed over time. Decreasingly the dissenting judgements concerned disagreements upon the rules of law and had more to do with divergent interpretations of situations.

This study has documented that the practice of the Supreme Court is characterised by a relatively large degree of openness, in the meaning that the application of the rule

of strict liability continuously give space for alternative actions. The development of the rule of strict liability is characterized by flexibility, where the rule of law is developed through different kinds of mechanisms for interpretation and decision making. New decision making criteria, often established through assessments of value and future consequences, are transformed into new rules for later decisions. The study shows that the Supreme Court applies its subsidiary principle of action more than initially expected. Arguments based on future consequences are continuously present in many of the decisions, in combination with arguments related to assessments of existing practice and given rules. New decision making criteria are established by evaluations of values and future consequences and the opportunity to make such assessments seems to be a significant source of innovation in the Supreme Court.

In a highly institutionalized practise, which characterizes the decision making in the Supreme Court, the observed space for alternative action as documented by this study seems surprisingly large. The analysis of the development of strict liability showed that institutionalisation of the rule of strict liability did not imply increased rigidity or lesser capacity for change.

The Supreme Court's adjustments to changes in society took place over a relatively long period of time. One assumption was that the need to maintain political legitimacy and the requirement for predictability and equality in the rule of law set limits for the speed and direction of the development. Through different kinds of mechanisms, such as stretching the concept of fault, emphasising the particularity of a case, making reservations as to the introduction of a general principle and by assessments of value and consequences, the rule was established and developed. Over time, a repertoire of decision making criteria was developed, making it possible for the judges of Supreme Court to emphasize and combine elements in different ways. Because the arguments were seldom ranked, the judges could emphasise different aspects in different cases without explicating their relative meaning or significance.

For this reason it is not possible to predict action directly from the content of the rule. The rule of strict liability influences practise of the Supreme Court over time, but it does not determine its practise. This is a way of conceiving the practice of the court that to some extent deviate from norms of legal reasoning.

This study indicates that the development is characterized by the Supreme Court choosing solutions yielding a space for future action. This is done by applying assessments of value and future consequence, by not explicating the premises upon which decisions are built, by emphasising and combining different decision making criteria and by avoiding the ranking of arguments. In sum these mechanisms make it possible for the Supreme Court to search for a new principle of liability, to establish new decision making criteria and to expand the domain of the rule without this appearing as a clear breach with established practice. A likely explanation is that the Supreme Court, like other institutions, will seek to expand its status and power in situations where this is possible.

In the course of the development of the rule of strict liability, not only was a repertoire of decision making criteria developed, but also a repertoire of decision making mechanisms. The Supreme Court appears as a stable and robust institution and at the same time as a flexible system of decision making. It is the Supreme Court which, through its decisions, draws the lines that demarcate the boundaries for loyalty, neutrality and judicial independence. To a large extent the practise appears as a result of what the Supreme Court at any given time finds to be the adequate balance between such competing considerations.

KAPITTEL 1

Domstoler, rett og politikk

Introduksjon

Denne avhandlingen er en studie av regeldannelse og regelanvendelse i en særskilt institusjon: norsk Høyesterett. Det er en samfunnsvitenskapelig analyse av hvordan og hvorfor et bestemt juridisk faglig resonnement etableres og utvikles. Regelen som studeres er regelen om ulovfestet objektivt ansvar – etablert av de norske domstolene på slutten av 1800-tallet og utviklet og endret gjennom over hundre års praksis. Det er den utviklingsretning som regelen om objektivt ansvar får over tid, jeg ønsker å beskrive. Jeg er opptatt av gjennom hvilke prosesser utviklingen skjer og hvorfor vi får en slik utvikling. Et sentralt spørsmål er hvordan Høyesterett kunne etablere et helt nytt ansvarsprinsipp uten å ha lovgivning å støtte seg til.

På en rekke områder har norske domstoler bidratt til å utvikle det som i dag benevnes som gjeldende rett. Her kan nevnes den ulovfestede skyldregelen i erstatningsretten, retten til beskyttelse av slektsnavn, retten til beskyttelse av privatlivets fred og regelen om ulovfestet objektivt ansvar (Eckhoff ved Helgesen 1997). Regeldannelse i Høyesterett er rettskapende virksomhet og berører spørsmålet om Høyesterett er et politisk organ. I følge tidligere høyesterettsjustitiarius Carsten Smith lar det seg ikke med rimelighet hevde at det er en politisk virksomhet å skape rettsregler i Stortinget, men at det er en apolitisk virksomhet å skape rettsregler i Høyesterett (Smith 1975,1992). I Norge er det Stortinget som formelt sett er tillagt rollen som lovgiver mens domstolenes hovedfunksjon skal være å avgjøre sivile tvister og å straffedømme. I tillegg er domstolene tillagt funksjonen som kontrollerende instans overfor den lovgivende og den utøvende makt. De norske domstolene har dermed en sentral plass i den politiske orden. De skal fastslå hva som er gjeldende rett på et område, altså hvilke rettsregler som gjelder, og hva innholdet i disse reglene er. Men domstolene anvender ikke bare rett, gjennom sin praksis skaper også domstolene rett.

Måten rettspraksis virker inn på gjeldende rett, kan i følge Nils Nygaard grovt sett deles i fire grupper: For det første virker domspraksis som grunnlag for rettsedvane. Dom etter dom som bygger på samme rettsoppfatning, vil etter hvert kunne skape en fast rettsregel. For det andre kan Høyesterett noen ganger i en enkelt dom slå fast hva som er rettsstilstanden på området. Utviklingen kan ha skapt nye situasjoner eller ha endret samfunnssynet slik at det blir påtrengende å få avklart hva rettsstilstanden er. En dom som innfrir den trangten, kan bli stående og godtatt ut fra sin reelle tyngde uten at noen for alvor går til angrep på den grunnsetning den gir uttrykk for i den aktuelle

relasjonen. Rettspraksis kan ha en tredje funksjon ved å virke som inspirator for lovgiveren, og for det fjerde det som i det daglige rettslivet vel har mest å si: domspraksis har den funksjon at den stadig må tolke og presisere innholdet av lover, rettsgrunnsetninger eller ulovfestede regler i forhold til nye varianter av tilfelle (Nygaard 2000).

Det er denne rettskapende virksomheten som jeg i denne avhandlingen retter søkelyset mot.

En omfattende domstoldrevet rettsutvikling er ikke uproblematisk for domstolene. Dersom domstolene selv foretar omfattende endringer i reglene, kan tilliten til systemet bli svekket, i motsetning til om disse endringen blir foretatt av lovgiver. Domstolenes legitimitet, tillit og autonomi i samfunnet er avhengig av at folk stoler på at denne institusjonen treffer sine avgjørelser på bakgrunn av regler som er kjent for befolkningen. På den andre siden er også domstolenes tillit avhengig av at de som samfunnsinstitusjon er i stand til å tilpasse seg endringer i samfunnet (Magnussen 2005).

Det å betegne rettsavgjørelser som ”politiske” og Høyesterett som et ”politisk organ” er blitt oppfattet som en beskyldning om at det blir tatt utenforliggende hensyn i rettspleien (Andenæs 1979, Smith 1993).¹ Et alternativ er å se ulike oppfatninger om Høyesteretts kompetanse og autonomi som uttrykk for ulike konstitusjonelle prinsipper.

Domstolenes plass i den politiske orden har sitt opphav i ulike og til dels motstridende konstitusjonelle prinsipper.² Gjennom Grunnloven av 1814 proklameres domstolene som uavhengig statsmakt slik som dette formuleres i maktfordelingsprinsippet. Maktfordelingsprinsippet gjør domstolene til konstitusjonens vokter, og domstolene ses som forsvarere av den enkeltes statsborgerlige rettigheter. Dette kommer til uttrykk gjennom prøvingsretten i forhold til forvaltningen og tildels overfor den lovgivende makt.³ Domstolene kan avgjøre bindende om forvaltningens avgjørelser

¹ Ifølge Nils Nygaard vil domstolenes rettskapende eller rettsutviklende funksjon alltid være et resultat av en rettspolitisk vurdering hos dommeren (Nygaard 2000:15). Den rettskapende funksjonen vil ofte ses i sammenheng med tilfeller der domstolen løser rettsspørsmål som ikke er lovregulerte eller løst ved tidligere domspraksis. Men også ellers vil det komme inn et rettspolitisk moment i vurderingen, stort eller lite, fordi en juridisk beslutning aldri er en logisk følge av en gitt regel. Carsten Smith har uttrykt det slik: ”Liksom Stortinget skaper ny rett en gros, gjør domstolene det i detalj” (Smith 1992:14). Selv med dette som utgangspunkt har det å knytte betegnelsen ”politisk” til domstolene og deres virksomhet vært kritisert, ikke fordi den nødvendigvis er uriktig, men fordi den er så mangetydig og lett fører til uklarhet og mistyding (Andenæs 1979:113). Se også debatten mellom Jens Arup Seip og Johs. Andenæs som gikk i Lov og Rett i 1965 (Andenæs 1965a,b, Seip 1965a,b,c).

² En vurdering av legitimiteten til domstolenes rettskapende virksomhet vil derfor være avhengig av hvilke konstitusjonelle prinsipper det tas utgangspunkt i når denne virksomheten vurderes (Bernt og Doublet 1998b, Mæhle 2005).

³ Domstolen prøver om lover er innenfor de grenser grunnloven setter, og de prøver lovligheten av vedtak av forvaltningen. I Norge ble prøvingsretten etablert gjennom rettspraksis siden 1840-årene (Smith 1993:158). I mellomkrigstiden og senere sluttet Høyesterett gradvis å sette lovbestemmelser til side (Smith 1993:158). Inntil 1970-årene kunne Høyesteretts praksis gi inntrykk av at ordningen hadde utspilt sin rolle, mens utviklingen de siste 15–20 årene representerer en renessanse for prøvingsretten (Smith 1993:279). Domstolskontroll med forvaltningen er ikke hjemlet i grunnloven, men det er alminnelig antatt at prinsippene om domstolskontroll med forvaltningen et stykke på vei har grunnlovsrang (Eckhoff ved Helgesen 1997:633). Til tross for at adgangen til å få prøvet forvaltningsvedtak ved domstolene er rettslig sett ganske åpen i Norge, så er det tallmessige antallet forvaltningssaker for domstolene nokså lite (Eckhoff ved Helgesen 1997:634).

og lover vedtatt av Stortinget er i samsvar med grunnloven. Dette innebærer at domstolene kan forkaste lover som politikerne har vedtatt på lovlig vis. Dette kan kanskje fortone seg underlig, men et system av lover som ikke er konsistente og dermed kan føre til vilkårlighet, vil kunne svekke rettssikkerheten.

Etter at parlamentarismens prinsipp har vært fulgt ved utnevnelser av regjeringer siden 1884, kan man imidlertid ikke lenger si at den utøvende makt er uavhengig av den lovgivende makt. Det er det parlamentariske prinsipp som gir de folkevalgte organer organisasjons- og instruksjonsrett overfor forvaltningen. Ut fra et parlamentarisk syn er det demokratisk valgte organer og ikke domstolene som skal sikre statsborgernes rettigheter. Et slikt syn fører til et mer restriktivt syn på domstolenes prøvingsrett (Andersen m.fl. 1990). Til en viss grad står maktfordelingslæren i kontrast til ideen om en parlamentarisk styringskjede med Stortinget som det demokratisk valgte sentrum. Det er heller ikke noe klart og entydig forhold mellom prinsippet om parlamentarisme og prinsippet om maktfordeling. Det er her viktig å presisere at domstolene i Norge aldri har vært tenkt som likeverdige med Stortinget. I den norske konstitusjonen har det aldri vært tvil om at Stortinget skal gi lovene og dermed er overordnet domstolene.

Et tredje viktig konstitusjonelt prinsipp er prinsippet om at domstolene skal være underlagt et lovstyre. Dette er rettstatsidealet som forutsetter at den type maktutøvelse som finner sted ved domstolene skal være regelstyrt, og ikke et vilkårlig utslag av rent personlige sympatier, emosjonelle innfall eller rene ad hoc beslutninger fra dommerens side (Mæhle 2005). Domstolene skal treffe upartiske, rettferdige og autoritative beslutninger ut fra stabile regler og prosedyrer. Den dømmende virksomhet skal utøves i samsvar med lover gitt av Stortinget. Det finnes imidlertid ulike måter å fortolke implikasjoner av lover: Fra den posisjon hvor lover er forstått som imperativer, til det standpunkt at lover i realiteten betyr lite. Som regel setter lover grenser for domstolenes avgjørelser. På de områdene der mye er overlatt til domstolenes eget skjønn, vil likevel lovene representere begrensninger for avgjørelsene og på den måten ha en innflytelse.

Det sentrale spørsmål er imidlertid hvilken institusjonell balanse det er mellom domstolene og andre institusjoner i det politiske systemet. Dette kan illustreres ved, rent idealtypisk, å trekke et skille mellom en politisk logikk og en juridisk logikk. I et demokrati skal den politiske logikken være kjennetegnet av et åpent mandat der ulike interesser, verdier og synspunkt får anledning til å brynes mot hverandre i en fri debatt. Innenfor den politiske logikken skal mange, ulike og til dels motstridende hensyn ivaretas. Sentrale verdier er for eksempel rettferdighet, rimelighet, økonomisk effektivitet. Det viktigste kriteriet for demokratisk politikk er oppslutning etter fri meningsdannelse. Den juridiske logikken derimot skal være kjennetegnet av et bundet mandat, hvor den juridiske metode og tradisjon skal regulere hvilke argumenter som er relevante. Konflikter skal løses på grunnlag av generelle regler som i størst mulig grad skal være definert i forkant av den aktuelle konflikt. Det er de intern-juridiske verdier om faglighet, objektivitet, upartiskhet og lojalitet som skal være sentrale.

Ulovfestet objektivt ansvar

I analysen av Høyesteretts rettskapende virksomhet tar jeg utgangspunkt i en radikal endring i norsk rettspraksis som fant sted på slutten av 1800-tallet. Gjennom flere høyesterettsavgjørelser i tidsrommet 1866 til 1905 etablerte Høyesterett det såkalte ”ulovfestede objektive erstatningsansvar”. Med denne etableringen av det ulovfestede objektive ansvaret, brøt de norske domstolene med tidligere rettspraksis og etablerte et helt nytt ansvarsgrunnlag⁴ nemlig et ansvar uavhengig av skyld.⁵ Etableringen av den nye rettsregelen skjedde uavhengig av lovgiver og har bidratt til en av de viktigste nyskapningene innen privatretten i forrige århundre (Lødrup 1999:15). I utgangspunktet ble prinsippet om objektivt ansvar i hovedsak knyttet til ansvar for farlige bedrifter. Dette ansvaret for farlige bedrifter ble etablert av domstolene på et tidspunkt da industrialiseringen i Norge var i startgropen (Furre 1992). Et slikt ansvar er et politisk standpunkt som ikke ble utviklet gjennom folkevalgtes handlinger, men gjennom avgjørelser truffet i rettsapparatet.

Den radikale endringen som etableringen av det ulovfestede objektive ansvaret representerer, illustrerer en grunnleggende spenning mellom på den ene side hensynet til rimelighet og rasjonalitet og på den annen side hensynet til forutberegnelighet og politisk legitimitet (Bernt og Doublet 1999:218). Ut fra et rettferdighetsprinsipp om at like tilfeller skal dømmes likt – likhet for loven og likhet for dommen – vil særlig tidligere høyesterettsdommer bli oppfattet som bindende for senere saker av tilsvarende slag, eller tungtveiende for lignende tilfelle. Dette illustrerer at problemer knyttet til tillit og dermed oppfatninger om domstolene som upartiske lett kan oppstå dersom ikke slike situasjoner håndteres med varsomhet. Av hensyn til tilliten til domstolenes upartiskhet er det av betydning at de kan begrunne sine avgjørelser ved å henvise til regler som ikke bærer preg av å være tilfeldige eller laget for anledningen. Reglene kan godt ha utviklet seg gjennom domspraksis, men helst ikke så raskt at den enkelte avgjørelse fremtrer som et brudd med de tidligere. Hvis prinsipper som har dannet seg gjennom praksis, er tilstrekkelig gamle og stabile, kan henvisninger til dem kanskje gi avgjørelsene et vel så sterkt preg av upartiskhet som henvisninger til lover (Eckhoff 1965). Men hvis den regel som anvendes, fremtrer som ny, er det blitt antatt at det er best at den skriver seg fra lovgiver (Eckhoff 1965). Fordi regelutviklingen ikke utelukkende skjer via lovgiver er det et dilemma for domstolene at for å opprettholde sin sentrale posisjon i den politiske orden må institusjonen være i stand til å tilpasse seg samfunnsmessige endringer. Sentralt i denne avhandlingen er derfor spørsmålet om hvordan domstolene håndterer spenningen mellom kravet til kontinuitet og forutsigbarhet og kravet til tilpasning.

⁴ Ansvarsgrunnlag er det vilkår for erstatningsplikt som direkte knytter seg til den skadevoldende handling eller virksomhet. Et erstatningsansvar forutsetter altså et ansvarsgrunnlag.

⁵ På dette tidspunktet hadde skyldregelen, også kaldt culperegelen, et etablert fotfeste i norsk rettspraksis. Ansvar etter culperegelen er et ansvar for skader som er voldt ved en handling eller unnlatelse som er uaktsom eller uforsvarlig. Culpaansvaret er det alminnelige ansvarsgrunnlag; den som handler uaktsomt, pådrar seg som den overveiende hovedregel et erstatningsansvar for de skader han måtte volde. Ansvar på objektivt grunnlag inntreder derimot selv om det ikke er noe å bebreide skadevolderen.

Jeg har valgt å studere et område der den rettsutviklende virksomheten er omfattende og avviker fra normalsituasjonen der Stortinget gir lovene, og domstolene anvender dem. Det at reglen om ulovfestet objektivt ansvar etableres av domstolene, representerer slik sett et unntak fra regelen. Den rettsutviklende virksomheten som her studeres, er på alminnelig lovs plan. Det betyr at Stortinget dersom de ønsker det, kan korrigere Høyesteretts kurs gjennom lovgivning.

Juridisk metode

Når jeg skal analysere hvordan et juridisk faglig resonnement etableres og utvikles, må jeg etablere kunnskap om det normative grunnlaget for domstolenes beslutninger. I min fremstilling av den juridiske metode baserer jeg meg i hovedsak på arbeidene til Torstein Eckhoff ved Jan Helgesen, Jan Fridtjof Bernt og David Doublet. Jeg anser det ikke som problematisk å velge ut noen representanter for jussen på denne måten. Noe av det som kjennetegner juss som fag er den relativt utstrakte enighet det er om hovedlinjene i den juridiske metode. En studie av dissensdommer i Høyesterett viser at svært få dissenser skyldtes ulikt syn på rettskildefaktorene eller på bruken av dem. Dissensene gjaldt enten ulik vurdering av faktum eller hva dommeren fikk ut av rettskildematerialet (Andenæs og Kvamme 1969).

Når dommerne avgjør rettsspørsmål, benytter de seg av en metode som gjerne kalles den rettsdogmatiske metode (Bernt og Doublet 1999:243). Den rettsdogmatiske metode skal regulere den juridiske diskusjon på en slik måte at man i størst mulig grad er sikret enhetlige rettsavgjørelser, dvs. at avgjørelsene i så liten grad som mulig skal være betinget av den enkelte dommers individuelle synspunkter. Forutberegnelighet er et grunnleggende element i den rettsikkerhet som er et hovedformål med et utviklet rettssystem. Domstolene skal fastslå hva som er gjeldende rett på et område, altså hvilke rettsregler som gjelder, og hva innholdet er i disse reglene. For å fastslå gjeldende rett må rettsanvenderen fastslå hvilken generell norm – rettsregel – som gjelder på vedkommende område, slik at han/hun i neste omgang kan komme frem til et konkret resultat ved å anvende denne rettsregelen på det aktuelle faktiske forhold. Prosessen frem til en formulering av en presis rettsregel er komplisert og har ikke sjelden karakter av konfrontasjon og avveining mellom en rekke ulike typer fakta og argumenter. Rettskildelæren⁶ omfatter en liste over slike momenter eller rettskildefaktorer som vil kunne ha avgjørende betydning ved avgjørelsen av hvilken rettsregel som gjelder på et bestemt område – og hva denne nærmere går ut på.⁷ Disse rettskildefaktorene kan grupperes i tre hovedgrupper:

⁶ I den norske juridiske litteraturen blir begrepene ”juridisk metode” og ”rettskildefaktorlære” brukt om hverandre. Et alternativ er å se juridisk metodelære som normer for tolkning og bruk av et rettslig argumentasjonsmateriale. Rettskildefaktorlæren blir da et eksempel på en juridisk metode (Mæhle 2005).

⁷ I følge Eckhoff kan rettskildefaktorene samles i syv kategorier:

1. Lovtekster
2. Lovforarbeider, annet bakgrunnsstoff og etterfølgende lovgiveruttalelser
3. Rettspraksis (dvs. domstolenes praksis)
4. Andre myndigheters praksis

Rettskildemessige argumenter som er begrunnet i *lovgiverviljen*, dvs. lovtekst, forarbeider, annet bakgrunnsstoff og etterfølgende lovgiveruttalelser.

Rettskildemessige argumenter som er begrunnet med henvisning til *praksis eller etablerte rettsoppfatninger*.

Rettskildemessig argumentasjon basert på oppfatninger om et tolkningsresultats *rimelighet eller hensiktsmessighet – "reelle hensyn"* (Bernt og Doublet 1992).

Denne inndelingen i lovbaserte, praksisbaserte og vurderingsbaserte rettskilder viser til den primære begrunnelse for å legge vekt på dem; de lovbaserte argumenter har kraft som følge av sin politiske legitimitet, de praksisbaserte i hensynet til forutberegnelighet og rettsikkerhet og de vurderingsbaserte i hensynet til rettferdighet og fornuft (Graver 1998:597). Gjennom historien har disse tre typer hensyn hatt ulike storhetsperioder. I dag er samtlige viktige elementer ved lovtolkning i alle moderne rettsystemer. Et stadig tilbakevendende debatttema er imidlertid den innbyrdes vekt av disse, og ganske særlig hvor stor vekt man skal legge på det innholdsmessige – hvorvidt en rettsregel eller en bestemt fortolkning av en rettsregel er hensiktsmessig, rimelig eller fornuftig (Bernt og Doublet 1992).

"Reelle hensyn" er innarbeidet gjennom norsk høyesterettspraksis⁸ og kan åpne opp for et noe friere forhold til lov og til tidligere rettspraksis, samtidig som man kan ta hensyn til verdimeslige endringer i samfunnet. "Reelle hensyn" er betegnelsen på mer frie overveielser av hva som er en hensiktsmessig, fornuftig eller rimelig rettsregel (Bernt og Doublet 1999:191). Eckhoff definerer "reelle hensyn" som vurderinger av resultatets godhet og sikter med dette til om den generelle regel man kommer frem til, er innholdsmessig og retts teknisk god (Eckhoff ved Helgesen 1997:357).⁹

"Reelle hensyns" betydning blir særlig tydelig på områder der reglene utvikles gjennom rettspraksis. Når en rettsregel er utviklet gjennom rettspraksis, altså en ulovfestet rett, støtter dommerne seg alltid på argumenter om hvordan en god, rimelig, human rettsorden bør være innrettet (Knoph 1998:3). Når den enkelte dommer ikke har mulighet til å legge vekt på "lovgivervilje" eller "lovens formål", åpnes det for en økt vektlegging av argumenter med utgangspunkt i resultatets rimelighet eller hensiktsmessighet, altså "reelle hensyn". "Reelle hensyn" som rettskildefaktorer skiller seg fra de andre ved at de ikke er av formell karakter, men mer fremstår som en "resultatkontroll". Det er ikke lenger et spørsmål om kriterier som rettskildelæren etablerer, men om vurderinger ut fra en oppfatning av hva man mener burde bli

5. Privates praksis

6. Rettsoppfatninger (særlig i juridisk litteratur)

7. Reelle hensyn (vurderinger av resultatets godhet)

I tillegg trekker Eckhoff senere inn i fremstillingen en åttende type; internasjonale rettskildefaktorer – dvs. folkerettsregler, internasjonale avtaler og fremmed rett som på ulike måter binder eller påvirker norsk rettsanvendelse (Eckhoff ved Helgesen 1997:23).

⁸ Kåre Lilleholt drøfter bruken av reelle hensyn i formueretten og argumenterer for at dette er grunnleggende og strukturerende elementer i den juridiske metoden på området (Lilleholt 1999:60).

⁹ Eckhoff skiller mellom ulike typer godhetsvurderinger: rettferdighetsoppfatninger, formålsbetraktninger og interesseavveininger (Eckhoff ved Helgesen 1997:357).

resultatet av en analyse av saken. Det er en tendens til at norske domstoler i økende grad baserer sine avgjørelser på slike hensyn (Skoghøy 1996).¹⁰ En utvikling der rettsavgjørelsene i sterkere grad skjer ut fra verdi- og nytte vurderinger, innebærer en sterkere politisering av Høyesterett, noe som kanskje kan bidra til å forklare økningen i tilbøyeligheten til å kritisere høyesterettsdommer på et rettsvitenskapelig grunnlag (Kjønstad 1997, Smith 1998, Graver 2005).

Oppfatninger av hva som er rasjonelt, hensiktsmessig eller rettferdig kan være et resultat av dommerens individuelle preferanser og interesser, eller de kan være påvirket av dommerens institusjonelle tilhørighet. I følge Bernt og Doublet vil jussen bare i sterkt begrenset grad kunne åpne for en rettskildebruk hvor dommernes individuelle preferanser blir avgjørende for rettsanvendelsen i det enkelte tilfelle (Bernt og Doublet 1992:54). Spørsmålet er om situasjonen stiller seg annerledes dersom dommernes oppfatninger av fornuft, hensiktsmessighet, nytte, rimelighet og rettferdighet bestemmes av institusjonelle forhold. Vil kravet til forutsigbarhet i større grad bli ivaretatt dersom oppfatningene av disse spørsmålene er basert på stabile institusjonelle fortolkninger?

Ut fra juridisk metode vil det at Høyesterett legger til grunn at det foreligger en ulovfestet rettsregel av et bestemt innhold, være det som blir vist til for fremtiden uavhengig av hva som var grunnlag for rettens standpunkt i den enkelte sak. Høyesterettsdommer anses som utgangspunkt og i hovedregel som bindende avgjørelser – ”prejudikater” – for de rettsspørsmål de avgjør, og de er rettskildemessig sett langt mer håndfaste og presise størrelser enn påstander om at det foreligger en bestemt sedvane som må anses å ha skapt en rettsregel av et bestemt innhold (Bernt og Doublet 1992:45). Det at Høyesterett har inntatt et bestemt standpunkt med hensyn til hvilken rettsregel som gjelder og innholdet av denne, skal være et svært tungt – som hovedregel ubetinget avgjørende – argument i favør av å bygge på samme rettsregel i senere saker, enten det er tale om lovtolkning eller ulovfestet rett. Dette gjelder ikke bare for underordnede domstoler og forvaltningsorganer som tar stilling til rettsspørsmål, men også for Høyesterett selv. En høyesterettsavgjørelse om et bestemt rettsanvendelses-spørsmål kalles et prejudikat, og heller ikke Høyesterett selv kan fravike dette hvis ikke det foreligger særlig tungtveiende grunner som taler for det.¹¹

Når domstolene skal fastslå hva som er gjeldende rett på dette område, altså hvilke

¹⁰ En undersøkelse foretatt av Kåre Lilleholt viser at ordene ”reelle” og ”hensyn” finnes i samme setning i 542 Høyesterettsavgjørelser. Bare ca 10 % av de (58) er fra før 1970 (Lilleholt 1999:49).

¹¹ Ifølge Bernt og Doublet er en høyesterettsdom en meget tung rettskildedefaktor ved det eller de rettslige standpunkter den inntar og bygger på. Som alt overveiende hovedregel vil en høyesterettsdom ”skygge ut” eldre rettskildemateriale så langt den rekker. Det er ikke lenger grunn til å foreta selvstendige språklige analyser av lovteksten eller foreta undersøkelser i forarbeidene når Høyesterett har fastslått hvordan vedkommende lovbestemmelse skal forstås på dette punkt. Høyesterettsdommer kan imidlertid fravikes, først og fremst av Høyesterett selv. I norsk rett har man lenge lagt til grunn at det er adgang til slike ”prejudikatsavvik” i særlige tilfelle, og ved den såkalte ”plenumsloven” (Lov om forandring i lovgivning om Høyesterett av 25. juni 1926 nr. 2) ble dette prinsippet uttrykt forutsetningsvis i lovs form, ved at det ble bestemt at hvis Høyesterett, i betydningen de fem medlemmer som gjør tjeneste i en bestemt sak – ønsker å fravike en rettsoppfatning som er lagt til grunn i en tidligere høyesterettsavgjørelse, kan ethvert av rettens medlemmer kreve at saken legges frem til avgjørelse for Høyesterett i ”plenium”.

rettsregler som gjelder, og hva innholdet av disse reglene er, må dommeren fastslå hvilken generell norm – rettsregel – som gjelder på vedkommende område slik at han i neste omgang kan komme frem til et konkret resultat ved å anvende denne rettsregelen på det aktuelle forhold.

Det hører derfor ikke til sjeldenhetene at dommerne i Høyesterett kommer til ulike resultater i avgjørelsen av en sak. Måten uenigheten håndteres på er regulert i Tvistemålsloven § 145. Det skal opplyses om dommen er enstemmig, og hvis ikke skal det opplyses hvilke av rettens medlemmer som er uenig i domsslutning og hva uenigheten gjelder. Videre kan den eller de av dommerne som ikke er enig i resultatet eller begrunnelsene, kreve å få en redegjørelse for sin mening inntatt.¹² Den norske tradisjonen med personlige enkeltdommere som gjør rede for sin votering, bidrar til at man slipper å leke blindebukk med domstolene (Knoph 1936). For domstolene er denne adgangen til å avsi dommer med dissens¹³ en formalisert måte å leve med uenighet på.

For denne studien er avgjørelser med dissens viktige fordi det antas at premissene som ligger til grunn for en avgjørelse vil være mer tydelige i dissensdommer enn i enstemmige avgjørelser. Jeg antar derfor at det vil være lettere å fange opp hvilke brytninger som skjer i retten gjennom slike dommer.

Selv om dissensavgjørelser i Høyesterett forekommer relativt ofte, finnes det lite systematisk kunnskap om fenomenet.¹⁴ Antallet avgjørelser hvor det er dissens har

¹² Noen ganger finner mindretallet avgjørelsen tvilsom uten at de av den grunn tar opp formell dissens. I slike tilfeller åpner Tvistemålsloven § 180 (Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6) for å la tvilen komme til uttrykk ved omkostningsavgjørelsen. Denne bestemmelsen overlater nemlig i vid utstrekning avgjørelsen av spørsmålet om saksomkostninger skal tilkjennes eller ikke i høyere instans til rettens skjønn.

¹³ Ordet dissens betyr meningsforskjell eller uenighet, og dissenser på rettspleiens område er at et mindretall av rettens medlemmer har en annen mening enn de andre dommere som deltar i avgjørelsen av saken (Østlid 1977).

¹⁴ Litteratursøk i databasen Bibsys ga 1 treff på ”dissens”, og begrepet ”dissens” er ikke eget emneord i juridiske databaser tilgjengelig ved Universitetet i Bergen. De arbeider som foreligger om dissensavgjørelser i Høyesterett er utarbeidet av jurister. Den første systematiske behandlingen av dissensavgjørelser kom i 1969, da Johs. Andenæs og Helge Kvamme offentliggjorde en monografi om dissensavgjørelser i Høyesterett i perioden 1961 til 1965 (Andenæs og Kvamme: 1969). Videre har Carsten Smith foretatt en analyse av betydningen av dissenser (Smith: 1975), og det finnes 2 studier av Henry Østlid; en studie av dissensavgjørelser i perioden 1936 til 1955 (Østlid: 1977) og en utvidet undersøkelse for perioden 1930 til 1979 (Østlid:1988).

varierte en del over tid. For sivile saker har det vært oppe i 25 %, for straffesaker har tallet vært noe lavere (Schei 2003).¹⁵

En dissens forteller at det er delte meninger om et eller flere spørsmål i en sak, og dissenser kan ha ulik betydning. Dissenser kan være uttrykk for ulike samfunnssyn blant dommerne, ulike faktavurderinger eller de kan være uttrykk for grunnleggende ulike metodesyn. Dissenser kan videre fungere som drivkrefter i rettsutviklingen eller antyde at Høyesterett kanskje vil se annerledes på saken ved et senere tidspunkt (Arnholtm 1933). En dom avsagt med dissens kan antyde at retten under tvil gikk så langt som den gjorde og ikke kan ventes å ville gå lengre ved et senere tidspunkt.

De studiene som er foretatt, konkluderer med at det ikke er vesentlige prinsipielle brytninger i Høyesterett og at det ikke kan identifiseres radikale eller konservative fløyer i domstolen (Smith 1975). Ut fra disse studiene synes det ikke å være slik at de dommerne som dissenterer, er i utakt med flertallet i domstolen i alminnelig samfunnssyn eller i mer grunnleggende juridisk metodesyn og dissensene synes heller ikke å spille noen fremtredende rolle for hovedlinjene i rettsutviklingen (Smith 1975). Dissenser om rettsreglens innhold forekommer bare i et lite antall av de saker som behandles i Høyesterett (Andenæs og Kvamme 1969). De enstemmige avgjørelser dominerer, og blant dissensene er det meningsforskjell om bevisbedømmelsen, straffeutmåling og andre skjønsmessige avgjørelser som utgjorde det overveiende flertall. Dommerne kunne ikke karakteriseres som tilbøyelige til å stemme verken i favør av det offentlige eller den private part i dissenssaker (Østlid 1977), og ikke i noe tilfelle var grensene for upartiske og partipolitisk nøytrale dommeravgjørelser overskredet (Andenæs og Kvamme 1969). Andenæs og Kvammes sterkeste inntrykk av dissensdommer var hvor vanskelig det var å presisere og kategorisere begrunnelsen for uenigheten om rettsspørsmål. De fremhevet språkets mangel på presisjon som grense for muligheten til å få grunnlaget for meningsforskjellen klart frem (Andenæs og Kvamme 1969). Spørsmålet er om dette også er trekk i dissensdommer over tid innenfor et avgrenset område som avgjørelser om ulovfestet objektivt ansvar.

Samfunnsvitenskapelige studier av retten i Norge

I den grad retten og rettspraksis har vært gjort til gjenstand for samfunnsvitenskapelig

¹⁵ En studie av høyesterettsavgjørelser for perioden 1930 til 1979 fant at av de i alt 16921 saker avgjort av Høyesterett i perioden, var 15,4 prosentpoeng avgjort med dissens (Østlid 1988). En studie av dissensavgjørelser i Høyesterett i perioden 1961 til 1965 fant at henholdsvis 23 % sivile saker og 11 % straffesaker, i snitt 14,6 %, ble avgjort med dissens (Andenæs og Kvamme 1969). Andenæs og Kvamme opererer med et snevrere dissensbegrep i det de utelukkende regner som dissensdommer avgjørelser hvor det var dissens om resultatet, mens Østlid inkluderer avgjørelser hvor det var dissens om både resultatet og begrunnelse. En analyse av betydningen av dissenser som sammenligner dissensavgjørelser i tiårsperiodene 1921–1930 og 1964–1973 viser at mens det i den første tiårsperioden ble det avgitt i alt 2872 dissenser og særuttalelser av 71 dommere, så var bildet for den siste tiårsperioden vesentlig endret, da var tallet på dissenser og særuttalelser sunket til under tredjeparten, i alt 803 (Smith 1975). Det kan være flere årsaker til denne nedgangen i individuelle utsagn, blant annet ble antall voterende redusert fra syv til fem ved en Grunnlovsbestemmelse av 24. juni 1939 og lov av 9. juni 1939 nr. 9. Etter 1. juli 1939 er Høyesterett satt med 5 dommere. Smith mener også at tallene gir grunn til å anta at Høyesterett er et mer homogent kollegium nå enn i mellomkrigstiden (Smith 1975).

forskning i Norge har dette primært skjedd innenfor en rettsosnologisk forsknings-tradisjon. Statsvitenskapen har nærmest neglisjert domstolene som forskningsobjekt og historikerne har heller ikke vist interesse for Høyesteretts virksomhet.¹⁶ Den nylig avsluttede maktutredningen i Norge konkluderer med at rettsvesen og domstoler både har fått større makt internasjonalt og innad i en rekke vestlige land, og at stadig flere deler av samfunnslivet reguleres gjennom lover og direktiver og viser dermed til betydningen av rettsliggjøring som lovekspansjon og økt domstolsmakt (Engelstad F., Selle P., Østerud, Ø. 2003). Virkninger av ulike former for rettsliggjøring har imidlertid vært lite studert i Norge.¹⁷ Kunnskapsgrunnlaget er derfor svakt når det gjelder å vurdere hvilken betydning det har at juridisk språk og juridiske beslutningsmetoder kommer inn på stadig nye arenaer, at domstoler får økt kompetanse, at interessekamp utformes som rettskrav osv. (Graver 1986). Generelt finner det sted en utvikling som kan endre makt- og innflytelsesforholdet mellom domstoler, forvaltning og folkevalgte organer, organiserte interesser og berørte parter. Eksempelvis er de siste ti årenes samfunnsutvikling kjennetegnet av en betydelig maktoverføring til ikke-majoritetsbaserte institusjoner (Olsen 2000). Vi står derfor overfor en utvikling som danner grunnlag for å reise en rekke grunnleggende spørsmål, både om hva utviklingen faktisk består i, og hvordan den kan forstås. Hvordan skal forholdet være mellom domstoler, flertallsbaserte organer og berørte parter? Hva betyr det for demokratiet at politikken i stadig større omfang utarbeides i organer som er unndratt folkevalgt kontroll? Hva betyr det at stadig flere livs- og samfunnsområder blir rettighetsfestet? Hva betyr det at konflikter og problemer i økende grad formuleres som rettskrav?

Denne analysen av domstolenes rettsskapende virksomhet vil kunne bidra til å øke kunnskapsgrunnlaget om hvordan Høyesterett handler når de treffer avgjørelser ut fra vurderinger som nytte, effektivitet, rettferdighet og rimelighet, og dermed bidra til et bedre kunnskapsgrunnlag om forholdet mellom rett og politikk. Samtidig vil en slik analyse bidra til å avdekke gjennom hvilke mekanismer slike vurderinger kan gjøres uten at grunnleggende tillit og legitimitet til systemet svekkes.¹⁸ Studiens siktemål er å øke det

¹⁶ Etter Jens Arup Seips verk "Den norske høyesterett som politisk organ" er 2 bindsverket "Siste ord. Høyesterett i norsk historie" av Nils Rune Langeland og Erling Sandmo utgitt høsten 2005 det første store prosjektet av en slik art. Sistnevnte ble publisert etter at jeg hadde avsluttet analysen av mitt datamateriale.

¹⁷ Det synes i dag å finne sted en økt interesse for de prosesser som går under begrepet "rettsliggjøring". Den internasjonale litteraturen på området er omfattende, men preget av mange og tvetydige forståelser av begrepet (Blichner & Molander 2005). Blichner og Molander har sammenfattet mange av de oppfatningene som kommer til uttrykk i litteraturen og kategorisert dem i fem ulike oppfatninger av hva rettsliggjøring kan være. De skiller mellom konstituerende rettsliggjøring (A), rettsliggjøring som ekspansjon av lover (B), problem- og konfliktløsning med henvisning til lov (C), rettsliggjøring som økt domstolsmakt (D) og rettsliggjøring som "legal framing"; at befolkningen i sterkere grad oppfatter seg selv som rettssubjekter med tilhørende rettigheter og plikter (Blichner og Molander 2005). En lignende, men ikke helt sammenfallende kategorisering gjør Ingrid Lundeberg når hun i en diskusjon om rettsliggjøringens makt skiller mellom rettsliggjøring som lovproduksjon, rettsliggjøring som domstolsmakt, rettsliggjøring som profesjonsmakt, rettsliggjøring som rettsaktivisme og rettsliggjøring som symbolmakt (Lundeberg 2005).

¹⁸ Studien vil også kunne generere kunnskap relevant for juridisk metode. I følge Jan Fridtjof Bernt gir rettssvitenskapen kunnskaper i praktiske ferdigheter, men i mindre grad tilstrekkelig innsikt i karakteren av hvordan virksomheten utøves (Bernt 2002).

generelle kunnskapsgrunnlaget om disse prosessene.¹⁹ Det er en samfunnsvitenskapelig analyse av utvikling av en institusjonell praksis med viktige samfunnsmessige konsekvenser.

Generelt er samfunnsvitenskapelige studier opptatt av å besvare tre typer spørsmål. Det første er spørsmål om utviklingsretning, altså spørsmål om *hva* som skjer. For denne studiens vedkommende er det spørsmål om hvilke endringer som skjer i retten: Hvilket konkret innhold gis reglene om objektivt ansvar? Hva kjennetegner utviklingen over tid? Hvilke samfunnsområder omfattes av det objektive ansvaret? Hvordan er utviklingen av regelens doméne? Det neste spørsmålet er spørsmål om prosess. Her vil vi være opptatt av *hvordan* endringer skjer. Hvordan etablerer Høyesterett regelen om objektivt ansvar? Er det et tydelig brudd med tidligere praksis, eller er det en gradvis utvikling over tid som leder frem til en ny rettsregel? Hvordan endres og utvikles de konkrete avgjørelseskriteriene? Hvordan kan Høyesterett endre regelens innhold etter at den er etablert? Hvordan kan Høyesterett endre regelens doméne etter at den er etablert? Det tredje spørsmålet i samfunnsvitenskapelige studier er spørsmål om hva som kan forklare de endringene som skjer. Her er vi opptatt av *hvorfor* endringen skjer. Dette er spørsmål om hvorfor det etableres et gitt substansielt innhold i reglen om ulovfestet objektivt ansvar, og hvorfor regelen utvikles på en gitt måte.

Vi kan tenke oss ulike typer forklaringer på hvorfor regelen om ulovfestet objektivt ansvar får et visst innhold og et visst virkeområde over tid. En forklaring kan være at regelen etableres og utvikles gjennom Høyesteretts tilpasninger til samfunnsmessige endringer. En annen mulig forklaring kan være at regelen utvikles som et resultat av intensjonelle valg basert på dommernes individuelle preferanser og interesser. En tredje mulig forklaring er at sakenes parter kan ha betydning for regelens innhold og utvikling. Dette er en type forklaring som blant annet tar utgangspunkt i at grad av ressurser som partene besitter kan ha innflytelse på hvilken type kunnskap og ekspertise de er i stand til å knytte til seg og som i neste omgang kan ha betydning for hvilket innhold regelen blir gitt av Høyesterett. En fjerde type forklaring er at selve trekkene ved saksfeltet kan tenkes å influere på reglens innhold og utvikling over tid. Spørsmålet blir om det er særtrekk ved det saksområdet som omfattes av regelen som kan bidra til å forklare hvorfor regelen får et gitt innhold og et gitt virkeområde. En femte type forklaring er at trekk ved Høyesterett som institusjon har betydning for hvordan regelen om objektivt ansvar over tid utvikles og endres. I denne avhandlingen konsentreres oppmerksomheten mot denne type forklaring. Dette innebærer ikke at betydningen av samfunns-

¹⁹ I en artikkel med tittel "Jus og virkelighet – fra 1972 til 1998" fremhever Eivind Smith noen problemstillinger som har krav på interesse innenfor rammen av en utredning om makt og demokrati. Her fremhever han blant annet spørsmålene om hvordan forholdet er mellom den side av folkesuvereniteten som ligger i ønsket om å sikre handlefrihet for det politiske flertall og ønsket om å sikre visse rettigheter for individer og minoriteter – selv når det går på bekostning av det syn som tillegges "flertallet". Hvordan skal vi veie ønsket om mest mulig uhindret flertallsstyre på nasjonalt nivå opp mot behovet for mer eller mindre uavhengige statsorganer til å ivareta andre typer av behov (for eksempel domstoler, sentralbank eller kommuner), og hvordan kan slike lommer av uavhengighet eventuelt sikres. Og hva med behovet for politisk ansvar og kontroll i en stat som på denne måten blir stadig sterkere splittet (Smith 1999)?

messige endringer og dommernes individuelle preferanser fornektes. Høyesterett må forholde seg til endringer i samfunnet, men det er måten Høyesterett responderer på og hvordan disse responsene kan forstås med bakgrunn i Høyesterett som institusjon som er denne avhandlingens tema.

En institusjonell tilnærming til studiet av domstolene

Samfunnsvitenskapelige studier av retten og domstolene i Norge har vært mer preget av et interesseperspektiv og mindre av et institusjonsperspektiv. De retts sosiologiske studiene har i liten grad trukket inn institusjonelle forklaringsvariabler. Dette gjelder også kritisk juss bevegelsen, kvinneretten og marxistisk jurisprudence. Her har nettopp det grunnleggende poeng vært at retten er uttrykk for politiske verdier, og den politiske eller dogmatiske strategien for disse bevegelsene har nettopp vært å vinne "retten" for bestemte verdier (Bernt og Doublet 1999:415). Spørsmål som hvordan retten virker inn på samfunnet og hvordan samfunnet virker inn på retten, er typiske retts sosiologiske problemstillinger. Sentrale spørsmål har vært: Oppfylles rettens tilsiktede virkninger? Fungerer fengselsstraffen individualpreventivt? Er domstolenes praksis rettferdig? I hvilken grad er det sammenheng mellom lovgivers intensjoner og gjeldende rett? Er rettshjelpen effektiv for de svakest stilte klientene?²⁰ Et gjennomgangstema i mange av studiene har vært å dokumentere at det finner sted en sosial skjevfordeling både med hensyn til hvordan retten virker ut i samfunnet, og hvordan samfunnet virker inn på retten, og at det er avstand mellom idealer og realiteter (Mathiesen 1997).²¹

En tilsvarende tendens finner vi i USA der "political jurisprudence" har vært den dominerende forskningstradisjonen (Smith: 1988). Mange av de studier som er foretatt av USA's Høyesterett har betraktet denne institusjonen som en samling av enkeltindivider som fremmer sine egne politiske preferanser (Clayton & Gillman 1999a). Tendensen har vært å fokusere på egenskaper ved dommerne slik som sosial bakgrunn, holdninger og ideologiske preferanser heller enn å fokusere på Høyesterett som institusjon og dens betydning i det politiske systemet (Clayton & Gilman 1999b). Bakgrunnen for denne tilnærmingen har vært en rekke studier som har vist hvordan Høyesteretts avgjørelser reflekterte holdningene eller verdensanskuelsene til høyesterettsdommerne. I det man kunne vise at dommere med ulike verdisyn stemte ulikt, og at Høyesteretts beslutninger var preget av sammensetningen i domstolens personale (Baum 1988), konkluderte mange med at lite annet var nødvendig å si for å forklare Høyesteretts atferd. De mest ivrige tilhengere av det som har gått under

²⁰ Her kan nevnes Vilhelm Auberts analyse og kritikk av jussens tilsynelatende rettferdighet (Aubert:1964), Anders Bratholms undersøkelser av diskrepanser mellom lov og praksis innen straffhåndhevelsen (Bratholm:1957) og Eskeland og Finnes rettshjelpsstudier (Eskeland og Finne:1984).

²¹ Thomas Mathiesen understreker at selv om mange retts sosiologiske undersøkelser av rettsreglenes og rettsavgjørelsens tilsiktede virkninger går i denne retning så er det viktig å være klar over at dette gjelder for et begrenset utvalg av områder som er undersøkt og at forskerne har en tendens til å konsentrere sin forskningsvirksomhet nettopp om mangler i samfunnsforholdene. Han påpeker videre at det er rimelig å anta at lovgivningens og rettsavgjørelsens tilsiktede virkninger vil variere avhengig av hva det er en prøver å regulere og at det er mange rettsområder som er uutforsket (Mathiesen 1997:58f).

betegnelsen "the attitudinal model" hevder at USAs Høyesterett avgjør konflikter i lys av sakens fakta sammen med de ideologiske holdningene og verdiene til høyesterettsdommerne (Segal & Spaeth 1993:65). Mye mindre oppmerksomhet har vært rettet mot den mulighet at dommerne også handler ut fra forpliktelser overfor lovregler og konstitusjon og i forhold til identiteten som jurist (Clayton & Gilman 1999a).

Studier av betydningen av dommernes politiske preferanser, sosiale bakgrunn, interesseorganisering osv. kan gi verdifulle bidrag til å forstå dommernes handlinger. Imidlertid kan det også være viktig å rette søkelyset mot hvordan dommernes institusjonelle roller og identiteter påvirker deres handlinger. I samfunnsforskningen generelt har det funnet sted en fornyet interesse for å studere hvordan atferd blir influert av de institusjonelle kontekster den finner sted innenfor (March og Olsen 1989, Powell and DiMaggio 1991; Steinmo, Thelen og Longstreth 1992).

Dette er en tankegang som også har nedfelt seg i nyere studier i USA der trekk ved domstolene som institusjoner og deres plass i et større politisk system nå blir trukket inn som forklaringer på hvordan holdninger og verdier konstitueres (Smith 1988, Clayton og Gilman 1999). I disse studiene søker en å forstå rettslige institusjoner som uavhengige variabler som både konstituerer og begrenser rettslige holdninger og motivasjoner.

Et mulig alternativ kunne være å ta utgangspunkt i en tilnærming som har informert flere studier av retten; Niklas Luhmanns funksjonelle systemteoretiske perspektiv.²² Ut fra dette perspektivet betraktes samfunnet som preget av en kontinuerlig differensieringsprosess utløst av økende kompleksitet.²³ Gjennom denne prosessen utdifferensieres ulike sosiale systemer som bidrar til å redusere kompleksiteten i samfunnet. Rett, politikk, økonomi, vitenskap er slike systemer med essensielle funksjoner i samfunnet, samtidig som de baserer seg på grunnleggende ulike former for kommunikasjon (Weber 1968, Luhmann 1990, Sand 1996a). De er i Luhmanns begrepsapparat "autopoietiske" – evig kretsende rundt sine særlige regler for kommunikasjon og handling (Luhmann: 1990). Luhmann ser retten som et slikt sosialt system, et selvrefererende system som avgrenser seg selv fra omverdenen, selv opprettholder sin grense og konstituerer seg selv gjennom den binære koden rettslig/ikke rettslig (Luhmann 2004). Ut fra dette perspektivet er det rettssystemet selv som avgjør hva som er relevant og irrelevant påvirkning fra omverdenen. Gjennom den binære koden rettslig/ikke rettslig tar systemet i betraktning det som er relevant og avviser det som ikke er relevant. I Luhmanns tilnærming oppfattes retten både som en sosial funksjon og som et normativt lukket kommunikativt system (Sand 1996b). Antakelsen er at retten selv, som autopoietisk system, utvikles og endres på bakgrunn av sin egen selvreferens, ikke gjennom direkte påvirkning og tilpasning til endringer i omgivelsene. Dette perspektivet er imidlertid kritisert for å mangle redskaper som kan

²² Se blant annet Doublet (1995), Sand (1996a) og Mæhle(2005).

²³ Niklas Luhmanns sitt forfatterskap er svært omfattende, vanskelig tilgjengelig og med et høyt abstraksjonsnivå (Dalberg-Larsen 1992, Mæhle 2005).

bidra til en utdypning av de mer innholdsmessige diskursene av hvordan rettslige diskurser påvirkes eller integreres på mer konkrete måter (Sand 1996b), for å avskaffe mennesker som sosial kategori og dermed også menneskelige handlinger som forklaringer på endringer i rettens innretning (Dahlberg Larsen 1992), og for å være for lukket gjennom sitt strenge skille mellom ulike lukkede systemer. Dermed blir det problematisk å beskrive forholdet mellom f. eks rettssystemet og det politiske systemet (Dahlberg Larsen 1992, Mæhle 2005). Disse trekkene ved Luhmanns systemteori gjør at for mitt formål er dette perspektivet for begrenset. Jeg ønsker å gå inn i det institusjonelle teorifeltet på en måte som gjør det mulig å være mer åpen for hva som forklarer endring og handling. Derfor har jeg valgt å ta utgangspunkt i et teoretisk perspektiv som gjør det mulig å gå inn i det empiriske området med større analytisk forutsetningsløshet enn det Luhmanns systemteori åpner for; James G. March og Johan P. Olsens institusjonelle handlingsteori.

Den institusjonelle handlingsteorien til March og Olsen og Luhmanns systemteori har til felles en oppfatning av at domstolenes tilpasning til samfunnet vil ta utgangspunkt i de regler, identiteter og situasjonsoppfatninger for fortolkning og handling som allerede er etablert. Dette betyr at trekk ved Høyesterett som institusjon vil være vesentlige for å forklare hvordan domstolen etablerer og utvikler regelen om ulovfestet objektivt ansvar. Fordelen med perspektivet til March og Olsen er imidlertid at det åpner for ulike måter å forklare høyesterettsdommernes atferd – og endringer i atferd – på. Siktemålet med avhandlingen er å studere hvordan avgjørelser begrunnes for å øke forståelsen for logikken i måten beslutningene fattes på. Et slikt utgangspunkt baserer seg på en antakelse om at ulike handlingslogikker kan være komplementære mer enn at det eksisterer en enkelt dominerende handlingslogikk (March and Olsen 1998, Olsen 2001, March og Olsen 2004). Dette åpner også for at det kan være vekslingen mellom ulike handlingslogikker som kan bidra til å forklare endring og utvikling. Dermed gjør dette teoretiske perspektivet det mulig å være mer åpen for hva som forklarer endring og utvikling. I dette perspektivet har tolkende og lærende aktører en sentral plass, og spørsmålet er hva som kan forklare aktørenes handlinger og holdninger.

Et sentralt spørsmål blir da hvilke type trekk ved Høyesterett som institusjon som kan antas å ha konsekvenser for selve regelutviklingen og de prosessene den skjer gjennom. Det er grunn til å anta at Høyesteretts institusjonelle identitet i første rekke vil være knyttet til Høyesterett som upartisk og velkvalifisert regelfortolker og regelanvender. Imidlertid åpner tradisjonen med ”reelle hensyn” for et annet prinsipp som en del av Høyesteretts identitet. Gjennom denne rettskildedefaktoren åpnes det for at Høyesterett i visse situasjoner kan treffe konsekvensorienterte beslutninger. Dette prinsippet antas å måtte være et sekundært prinsipp. En utvikling der ”reelle hensyn” tradisjonen blir for sterk vil for det første stride mot grunnleggende idealer om likebehandling og dessuten undergrave forutsetningen om rettsstatens forutberegnelighet for borgerne i rettslige anliggender. Når Høyesterett treffer avgjørelser med henvisning til hva som er fornuftig og rimelig medfører dette at rettstilstanden både før og etter en Høyesterettsdom blir svært usikker. Før en dom foreligger er problemet at

man ikke vet hva Høyesterett vil mene er rimelig og fornuftig, og hvor stor vekt man skal legge på dette. Etter at en dom er avsagt vil problemet være at man ikke vet om Høyesterett ved neste korsvei kanskje har fått en annen oppfatning.

Det er videre grunn til å anta at den særegne juridiske tenke- og handlemåte vil ha betydning for hvordan Høyesterett responderer på samfunnsmessige endringer. Når den rettsdogmatiske metode skal regulere den juridiske diskusjon på en slik måte at man i størst mulig grad er sikret enhetlige rettsavgjørelser vil jeg anta at domstolenes måte å treffe beslutninger på kan bidra til å forklare hvorfor regelen om ulovfestet objektivt ansvar får et visst innhold og virkeområde og gjennom hvilke prosesser utviklingen skjer.

Et annet viktig trekk er at Høyesteretts rolle som lovgiver er sekundær. Det er de folkevalgte som skal være den primære lovgiver og Høyesteretts bidrag til rettsutviklingen kan ikke i det lange løp gå på tvers av Stortingets vilje, dersom Høyesterett fortsatt skal være en legitim institusjon i det norske demokratiet. I den sveitsiske sivillovboks artikkel 1 som er hyppig sitert i norsk rettskildelære, heter det at når dommeren verken har lov eller sedvanerett å holde seg til, skal han dømme etter den regel som han ville ha stilt opp hvis han selv hadde vært lovgiver. Den juridiske tenke- og handlemåte skal være kjennetegnet av intern-juridiske verdier om faglighet og lojalitet mot lovgiver. Dette betyr at dommere bør forsøke å oppføre seg som lovgivere når de står overfor uløste spørsmål (Eckhoff ved Helgesen 1997). Vi kan derfor anta at forholdet til lovgiver er en nøkkelfaktor. Imidlertid synes det å være et generelt trekk ved domstolenes rettsskapende virksomhet at den ikke har vært utsatt for særlig kritikk (Smith 1975, 1994). Dette kan antyde at den rettsskapende virksomheten til Høyesterett er en akseptert funksjon. Det er hevdet at den norske tradisjonen er kjennetegnet av en felles ideologi der rett og politikk har løpt i tospann (Kinander 2005).

Det er dessuten et sentralt trekk ved Høyesterett at domstolen ikke kan avvise saker den får seg forelagt ut fra en begrunnelse om at det ikke foreligger klare regler fra lovgiver eller sedvanerett. Denne studien dreier seg nettopp om et saksfelt der Høyesterett befinner seg i en brytningstid uten klare regler eller entydig rettspraksis. Høyesterett har likevel mulighet til å avvise saker. Denne adgangen til å avvise saker er regulert gjennom Tvistemålsloven § 343 der det blant annet heter at Kjæremålsutvalget kan nekte å fremme anken helt eller for en del, når det enstemmig finner at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold gir grunn til at anken blir prøvd av Høyesterett. De sakene som blir fremmet til full ankebehandling er de sakene som kjæremålsutvalget finner prinsipielt viktige ut fra et mål om at Høyesterett har som oppgave å arbeide for rettsavklaring, rettsenhet og rettsutvikling (Smith 2000, Schei 2003).²⁴

Et velkjent organisasjonsteoretisk synspunkt er at identifikasjon med en formell organisasjon eller formelt organiserte institusjoner er en viktig mekanisme for å forstå

²⁴ Ca 80% av de sivile sakene som kommer til Høyesterett blir nektet fremmet. Det vil si at ca. 20% av de sivile blir fremmet til behandling. De fleste sakene nektes fordi de er for konkrete (Schei 2003).

atferd (Simon 1957, March og Simon 1958, March og Olsen 1989). Gjennom organisasjonsmessig tilhørighet, den informasjon man eksponeres for og sosialisering, preges folks oppfatninger, både når det gjelder hva som er sant og naturlig og hva som er normativt riktig. Vanligvis vil de også forsvare disse oppfatningene mot konkurrerende og truende alternativer. I mange tilfelle oppleves dette av andre som institusjonsegoisme. En annen sentral idè i organisasjonsteorien har vært at forholdet mellom en organisasjon og dens omgivelser er en nøkkelfaktor og at omgivelser aldri vil være helt forutsigbare. Derfor vil organisasjoner selv søke å etablere en slik forutsigbarhet (Thompson 1967). Et tilsvarende resonnement er ført frem i litteraturen om profesjoner og kunnskapssystemer. Her er det en sentral antakelse at slike systemer vil søke å utvide sitt doméne gjennom å øke sin jurisdiksjon og makt over ulike former for problemløsende aktivitet innen ulike samfunnsområder (Abbot 1988). Ut fra disse ulike betraktningene er det derfor grunn til å anta at Høyesterett, som andre institusjoner, vil søke å utvide institusjonens prestisje og makt i situasjoner hvor dette er mulig.

De trekkene ved Høyesterett som institusjon som her er trukket frem antas å være sentrale, men ikke uttømmende. Det sentrale spørsmålet er om og hvordan egenskaper ved Høyesterett som institusjon kan tenkes å påvirke regelutviklingen og de prosessene som utviklingen skjer gjennom.

Det å analysere hvordan og hvorfor rettsregelen om ulovfestet objektivt ansvar etableres og utvikles, er en analyse av hvordan handling i en særskilt institusjonell kontekst etableres, utvikles og endres over tid. Inntaket til å studere denne regeldannelsen er dommer avsagt av Høyesterett. For å bli i stand til å identifisere de endringsprosesser som faktisk skjer synes det å være nødvendig å anlegge et relativt langt tidsperspektiv. I analysen av endring og utvikling i Høyesteretts måte å argumentere på holdes det åpent at dommerne kan avgjøre konflikter ut fra forventninger om nytte selv om hovedantakelsen er at dommernes preferanser og verdier vil være påvirket av den institusjonelle tilhørighet som det å være høyesterettsdommer innebærer og av Høyesteretts plass i en større politisk og samfunnsmessig orden.

Avhandlingens videre fremstilling

Med utgangspunkt i den institusjonelle handlingsteorien til March og Olsen presenteres ulike syn på handling og endring i kapittel to. Kapitlet avsluttes med en operasjonalisering av det teoretiske begrepsapparatet. I kapittel tre diskuterer jeg valg av kildegrunnlag, fremgangsmåte og empirisk område. På bakgrunn av observerte trekk har jeg valgt å dele fremstillingen av det empiriske materialet inn i 4 kronologiske kapitler.²⁵ I

²⁵ Denne inndelingen faller i noen grad sammen med måten historikerne Erling Sandmo og Nils Rune Langeland har valgt å periodisere sitt materiale i studien av høyesteretts historie (Langeland og Sandmo 2005). Deres to-binds verk dekker perioden 1815 til 1965. Verket er delt i 1905, altså tilsvarende min første fase. Historikerne avslutter sitt prosjekt i 1965 av kapasitetsmessige årsaker. Dessuten inngår avgjørelser fra den kommissariske Høyesterett i deres materiale.

det første empirikapitlet analyseres etableringen av det ulovfestede objektive ansvaret i norsk rettspraksis. 10 høyesterettsavgjørelser fra 1866 til 1905 analyseres. Begrunnelsen for å avgrense avgjørelser til denne perioden er at i 1866 avsies den første dommen som illegger erstatning ut fra argumenter om et objektivt ansvar. I 1905 avsies den første dommen som illegger ansvar ut fra et rent risikoansvar og som dermed etablerer det objektive ansvaret i norsk rettspraksis. I denne perioden får vi også etablert de aller første avgjørelseskriteriene som bidrar til gi regelen om ulovfestet objektivt ansvar et substansielt innhold. Gjennom verdi- og konsekvensvurderinger etableres regelen om objektivt ansvar. I dette kapitlet har jeg valgt å presentere alle dommene i materialet. Det er flere grunner til dette. For det første omfatter perioden kun 10 høyesterettsdommer slik at materialet er håndterlig for en komplett fremstilling. For det andre viser denne systematiske, kronologiske presentasjonen hvordan jeg håndterer det empiriske materialet.

Det neste kapitlet omfatter analyse av 48 høyesterettsdommer fra 1906 til 1940. Hovedkjennetegnet er at regelen om objektivt ansvar bekreftes. Utviklingen frem til 1940 er kjennetegnet av en gradvis institusjonalisering av dommernes måte å argumentere på. De første årene etter etableringen av regelen synes det fortsatt å være en viss usikkerhet tilstede om regelens innhold og virkeområde, mens årene frem mot 1940 kjennetegnes av at etablerte oppfatninger og avgjørelseskriterier skaper et mønster for regelproduksjonen. Et viktig trekk er at verdi- og konsekvensvurderinger blir regler for senere avgjørelser.

Det tredje empirikapitlet omfatter 46 avgjørelser fra 1945 til 1970. Høyesterettsdommerne la ned sine embeter 21. desember 1940 og ble erstattet med den kommissariske høyesterett. Avgjørelser avsagt i løpet av krigsårene er ikke med i mitt materiale. Rt 1948 719, den såkalte "Stagboltdommen", er den første avgjørelsen som omfatter spørsmål om objektivt ansvar etter at Høyesterett tok opp igjen sine embeter etter krigen. Det som karakteriserer disse avgjørelsene er at de tar utgangspunkt i en institusjonell praksis. Flere dommere argumenter generelt og viser til læren om objektivt ansvar når de treffer avgjørelse i saker. Det synes også å være slik at regelakkumuleringen lukker mulighetene for alternative argumentasjonsmåter. Kjennetegn er standardisering og rutinisering og en mer tilbaketrukket rolle for verdi- og nyttevurderinger i avgjørelsene.

Det siste empiri kapitlet analyserer 31 avgjørelser fra 1970 til 2004. Det som kjennetegner disse årene, er at det ikke etableres nye avgjørelseskriterier, men samtidig får verdi- og konsekvensvurderinger en større plass. Jeg finner ingen avgjørelser som begrunnes ut fra et rent risikoansvar. Dommene, særlig på slutten av perioden, kjennetegnes av at oppfatninger om rettstilstanden ekspliseres. Dette har i liten grad vært tilfelle i de tidligere avgjørelsene. Avgjørelsene er nå kjennetegnet av å ha et klart utgangspunkt i en etablert institusjonell praksis, samtidig som det er trekk som igjen viser til åpenhet og fleksibilitet. Regelakkumuleringen synes på dette tidspunkt å ha nådd et nivå som igjen åpner for nye måter å handle på.

I det siste kapitlet oppsummeres funnene, og på bakgrunn av disse funnene reises tre ulike diskusjoner. Den første er hvilke konsekvenser funnene i denne studien har for forståelsen av et konkret historisk forløp i Norge, hvordan regelen om ulovfestet objektivt ansvar etableres, utvikles og endres over tid. Den andre er hvilke konsekvenser funnene i denne studien har for forståelse av institusjonalisering og avslutningsvis tar jeg opp hvordan denne utviklingen kan forklares med bakgrunn i trekk ved Høyesterett som institusjon.

KAPITTEL 2

Institusjonell teori som vindu til å forstå endring og handling

Regler, handling og endring

Denne studiens teoretiske utgangspunkt er at muligheten holdes åpen både for at Høyesteretts argumentasjon er styrt av forventninger om nytte og at argumentasjonen er styrt av forpliktelser overfor lovregler, konstitusjon og identitet. Det holdes videre åpent hvorvidt utvikling og endring av regelen om objektivt ansvar etableres gjennom et tydelig brudd med tidligere praksis, eller om det skjer en gradvis utvikling og endring over tid. En måte å nærme seg denne problematikken på er å ta utgangspunkt i ulike perspektiver på handling og endring. Dette innebærer at jeg i utgangspunktet har en friere kopling mellom handling og endring enn det som er tilfelle dersom vi kombinerer ulike syn på handling og endring i gjensidig utelukkende kategorier.

Spørsmål om hva som forklarer endring og handling er, i tillegg til å være grunnleggende spørsmål i samfunnsvitenskapelige analyser, også spørsmål som ulike teoretiske perspektiver gir ulike svar på. I denne avhandling er det institusjonell teori som er ”vinduet” til å forstå disse spørsmålene, men dette impliserer ikke et enhetlig perspektiv på endring og handling. Institusjonell teori har vokst frem innen ulike fagområder som statsvitenskap, organisasjonsteori, sosiologi, jus og økonomi og generert en heterogen samling av teoretiske ideer (Peters 1999). Heterogeniteten omfatter også selve begrepet ”institusjonell” i den forstand at begrepet blir tillagt ulik mening i forskjellige kontekster og disipliner (Goodin 1996, March og Olsen 1996).

Generelt kan ”institusjon” betraktes som en relativt stabil samling av praksiser og regler som definerer eksemplarisk atferd for særskilte grupper av aktører i spesifikke situasjoner. Slike praksiser og regler er innebygget i meningsstrukturer og fortolkningskjemaer som legitimerer identiteter og praksiser og reglene som er assosiert med dem (March og Olsen 1989, 1995, 2005). Praksiser og regler er også knyttet til ressurser og til prinsipper for ressursallokering som gjør det mulig for individer å inneha roller på en passende måte og for et kollektiv å sosialisere individer og sanksjonere de som avviker fra passende atferd. En institusjonell tilnærming understreker betydningen av slike prosesser i forståelsen av menneskelige handlinger innenfor organisasjoner, en sosial orden eller et samfunn (March og Olsen 1989, 1998). Institusjonalisering viser både til fremkomsten, tilblivelsen av institusjoner og individuell atferd innenfor institusjonene. I følge Bo Rothstein representerer institusjonelle tilnærminger: ”the

theoretical bridge between men who make history and the circumstances under which they are able to do so” (Steinmo 1995:10, Rothstein 1995:35).²⁶ Når jeg videre i denne avhandlingen refererer til institusjonell teori viser det til institusjonell teori slik den er utviklet av James March og Johan P. Olsen (March og Olsen 1984, 1989, 1995, 1996, 1998, 2004, 2005).

Innenfor institusjonell teori kan ulike måter å fortolke atferd på knyttes til to ulike grunnleggende syn på hvordan handling kan fortolkes: handling basert på en ”logic of appropriateness” og handling basert på en ”logic of consequence” (March og Olsen 1989,1998).²⁷ I avhandlingen rettes hovedfokuset mot disse to ulike perspektivene på hvordan handling kan fortolkes; handling drevet av internaliserte regler og prinsipper, og handling drevet av kalkulert forventet nytte.²⁸

Når det gjelder synet på endring innen institusjonelle tilnæringer er dette komplisert og spenner fra de som ser historie som utvikling mot en unik likevekt definert av eksogent bestemte interesser og ressurser, til de som ser historien som resultat av flere likevekter og endogent transformerte interesser og ressurser (March og Olsen 1998). I avhandlingen skisseres to ulike syn på endring og deres implikasjoner for hvordan vi kan forstå utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret.

Nedenfor følger først en presentasjon av de ulike teoretiske handlingslogikkene. Presentasjonen av ”logic of appropriateness” er mer omfattende enn presentasjonen av ”logic of consequence”. Begrunnelsen for dette er at Høyesteretts viktigste oppgave er å fortolke og anvende regler. Derfor antas det at ”logic of appropriateness” vil være den handlingslogikk Høyesterett primært handler ut fra. Handling ut fra kalkulert forventet nytte antas å kunne aktiveres når det ikke foreligger klare regler, presedenser eller entydig praksis og vil derfor være av subsidiær betydning for Høyesterett.

²⁶ Det institusjonelle perspektivet er blitt kritisert fra flere hold. Tilnærmingen er blitt kritisert for å være for ambisiøs, foreløpig og umulig å operasjonalisere for empiriske studier (Jordan 1990), for vid og altomfattende slik at i forsøket på å forklare alt så forklarer man ingenting (Rothstein 1996), for i mindre grad å forklare hva som er mulig enn å forklare hva som ikke er mulig i en institusjonell kontekst (Peters 1996). Videre for å mangle en eksplisitt teoretisering om den gjensidige innflytelse mellom institusjonelle føringer og politiske strategier, og mer generelt interaksjonen mellom ideer, interesser og institusjoner (Ikenberry et al. 1988:242). Det er blitt hevdet at institusjonalismens største teoretiske problemer har å gjøre med evnen til å tilby utvetydige definisjoner av prinsipielle fenomener som man undersøker, og problemene med forholdet mellom individuell og kollektiv handling (Peters 1996). Kritikken har også omfattet tautologi og reduksjonisme (Peters 1996). Guy Peters oppsummerte mange av disse kritikkene i sin artikkel ”Political Institutions, Old and New” (Peters 1996). Han avsluttet sin argumentasjon med at selv om kritikken er av betydning bør den ikke lede til avvising av denne type analyser, men heller spore til forbedringer.

²⁷ Alternativt til å benytte de engelske termene ”logic of consequence” og ”logic of appropriateness” kunne jeg benyttet de norske termene ”konsekvenslogikk” og ”logikk for det passende”. Jeg har valgt å benytte de engelske termene fordi jeg ikke anser ”det passende” å ha helt identisk meningsinnhold med ”appropriateness”. ”Det passende” er et begrep som i for sterk grad gir assosiasjoner til at handlingen er god hvis den er ”passende”.

²⁸ Dette utelukker ikke at menneskelige handlinger kan fortolkes som drevet av vaner, følelser og tvang.

Institusjonell teori og syn på handling

De to grunnleggende syn på fortolkning av handling som her redegjøres for, kan begge benyttes til å forklare, beskrive og rettferdiggjøre menneskelige handlinger. Begge perspektivene understreker reglenes betydning for handling, men hovedskillet mellom dem er at der "logic of consequence" ser handling drevet av kalkulert forventet nytte, ser "logic of appropriateness" handling drevet av internaliserte regler og prinsipper. Handling drevet av en "logic of consequence" vil alltid være basert på antakelser om fremtid, mens handling drevet av en "logic of appropriateness" alltid vil være basert på fortolkning av regler og praksiser og av fakta om nåtid. Dermed skiller disse logikkene seg også ved måten man forholder seg til fremtid på. Handling basert på en "logic of appropriateness" henter materialet for å tenke i fremtid fra fortid, og slik vil handling ut fra denne logikken ha karakter av å være tilbakeskuende. Det er det til enhver til tilgjengelige repertoaret av erfaringer om alt fra suksess til fiasko som utgjør grunnlaget for handling.

Handling drevet av internaliserte regler og prinsipper

De som baserer sitt syn på handling på en "logic of appropriateness", vil forklare handling som resultat av regelfølgning og fortolkning. Aktørene følger regler gjennom å koble spesielle identiteter og roller til spesielle situasjoner. Målforfølgelse er knyttet mer til identiteter enn til interesser og utvelgelse av regler enn individuelle rasjonelle forventninger (March og Olsen 1998). I en analyse av høyesterettsbeslutninger basert på "logic of appropriateness" vil aktørene, her høyesterettsdommerne, følge regler gjennom å koble spesielle identiteter til spesielle situasjoner. I en rettsal forutsetter dette at dommere, advokater og parter må være i stand til å bestemme sine roller, de må kunne klargjøre hvilken type situasjon de befinner seg i og finne ut hvilken type handling som er passende for en dommer, en advokat eller en part i denne bestemte situasjonen.²⁹

Situasjoner kopler handling og orden og er derfor et viktig inntak til å gripe sosial handling. I følge Abrams kan begrepet situasjon assosieres med nåtid og betraktes som en overføringsmekanisme mellom fortiden og fremtiden; den har sitt utspring i fortiden, og den gir mening til fremtiden (Abrams 1982:191). Innen en "logic of appropriateness" er situasjonsoppfatning knyttet til gjenkjenning. Når aktører skal ta stilling til hvilken situasjon de befinner seg i, vil både erfaring, ekspertkunnskap og intuisjon stå sentralt (March og Olsen 1995:30). Gjennom disse prosessene for gjenkjenning klassifiseres og kategoriseres situasjoner. For eksempel vil ekspertkunnskap nettopp representere et repertoar av situasjonsanalogier. Situasjoner kan være repetitive og kjente eller nye og uforutsette. Når et individ står overfor en ny situasjon, vil han eller hun forsøke å assosiere

²⁹ Følgende tre hovedkomponenter inngår i en "logic of appropriateness":

1. Spørsmål om gjenkjenning: Hvilken type situasjon er dette?
2. Spørsmål om identitet: Hvilken type person er jeg? Eller hvilken type organisasjon er dette?
3. Spørsmål om regler: Hva gjør en person som jeg, eller en organisasjon som denne, i en situasjon som dette? (March og Olsen 1989:23, March 1994:58, March og Olsen 1995).

situasjonen med en situasjon som det allerede eksisterer regler for (March og Olsen 1989:160). Dommerne i Høyesterett må alltid ta stilling til om den situasjonen man står overfor, er av en slik karakter at eksisterende regler kommer til anvendelse. Situasjoner kan være entydige eller tvetydige. I den grad situasjoner er tvetydige, vil ulike aktører kunne ha ulike situasjonsoppfatninger. Hvilke oppfatning som får gjennomslagskraft kan ha stor betydning for hvilke regler og identiteter som koples til situasjonen. Det er nettopp gjennom ulike fortolkninger av situasjoner at aktørene har innflytelse over handlingene. Sagt med andre ord; det kreative elementet i en "logic of appropriateness" kommer til uttrykk gjennom at ulike situasjoner må fortolkes. Den samme situasjonen kan av noen defineres som krise, av andre som vanskelig, men ikke dramatisk. I den grad situasjoner er tvetydige, øker sjansen for at ulike aktører vil ha ulike oppfatninger av hva situasjonen dreier seg om. Noen vil for eksempel definere en situasjon som så vanskelig at den nødvendiggjør en ekstraordinær handling, andre vil definere den samme situasjonen som mer vanlig og som håndterbar innenfor kjente regler og rutiner. Hvorvidt en situasjon defineres som spesielt komplisert, omfattende eller ekstraordinær, vil i neste omgang virke inn på hvilke regler og identiteter som koples til situasjonen. Slike vurderinger vil eksempelvis være avgjørende for dommeres vurdering av om regelen om ulovfestet objektivt ansvar skal komme til anvendelse eller ikke.

Gjennom innføring av situasjonsbegrepet blir det mulig å fange opp aktørenes refleksjon og fortolkning av virkeligheten. Det ligger altså en bevisst vurdering av fortid, nåtid og fremtid bak en handling, og dermed kan ikke handlinger forklares som automatiske reflekser av situasjoner, regler eller identiteter.

"Logic of appropriateness" er videre knyttet til begrepet identitet. En identitet er en forestilling om hvem vi er, og kommer til uttrykk gjennom at vi beskriver oss selv i forhold til ulike identiteter: som mor, som forsker, som lærer, som styremedlem, som dommer, som jurist, som kristen, som norsk etc. Identiteter beskrives i forhold til yrkesmessige, utdanningsmessige, familiemessige, nasjonale, etniske og religiøse identiteter (March 1994:61). Identiteter kan både sees på som konstruert av individer og som pålagt dem utenfra, og det enkelte individ har ikke bare en, men mange identiteter.³⁰ Begrepet om identitet gjør det mulig å fange opp det substansielle, det

³⁰ Uttrykk som "finne seg selv", "være i kontakt med seg selv" er uttrykk for en forståelse av identitet som noe vi velger. I mange vestlige kulturer er det å definere en identitet oppfattet som et spørsmål om individualisering. Individene er antatt å være uavhengige og unike. Individene oppmuntres til å ta en aktiv rolle i å avlede deres identiteter fra observasjoner, fra egen atferd, fra tanker, følelser eller motiver. Ut fra forståelsen av identitet som individualisering blir handling sett som å komme fra selv-påførte standarder eller selvselekterte roller og regler (March 1994:62).

Alternativt kan vi se identiteter som et resultat av sosialiseringprosesser. Her vil synet være at individer blir opplært i hvordan de skal opptre i ulike relasjoner og roller. Utdanningssystemer, religion og rettssystem gir oss meningsinnholdet til ulike identiteter og lærer oss prinsipper for passende atferd i ulike livssituasjoner (March 1994:62). Ut fra et sosialiseringperspektiv blir identiteter adoptert, eller påført heller enn oppdaget og skapt (March 1994:62). Individene ser identiteter som etablering og styrking av deres tilknytning til andre og deres plass i en sosial orden av relasjoner som de verdsetter. Dermed vil identiteter kunne skifte fra situasjon til situasjon da hver situasjon setter søkelys på ulike sett av relasjoner (March 1994:63).

verdimessige aspektet ved handling. Sosiale identiteter blir akseptert av individer og samfunn som uttrykk for det som er godt, moralsk og sant.

Mens identitet forteller hvem vi er, forteller reglene hva vi bør gjøre. ”Bør” forstår jeg her som gjensidige handlingsregler som påbyr, forbyr eller tillater handling. De fleste av oss følger sosialt definerte regler det meste av tiden hvis vi kan (March og Olsen 1989, March og Olsen 1995:31), og regelfølgning er den mest vanlige form for atferd (March and Simon 1958, Cyert og March 1963, March og Olsen 1989). Med regler menes her rutiner, prosedyrer, konvensjoner, roller, strategier, organisasjonsformer, og teknologier som politisk aktivitet er konstruert rundt. De inkluderer også tro, paradigmer, koder, kulturer, og kunnskap som omgir, støtter, utvikler og motsier disse rollene og rutinene (March og Olsen 1989:22). Et slikt vidt regelbegrep gjør det nødvendig å spesifisere hvilke regler som er relevante i forhold til et gitt område. Selve regelbegrepet er svært omfattende, noe som tilsier at en ytterligere spesifisering synes nødvendig.³¹ Dermed må prosessen hvor reglene blir oversatt til handling gjennom konstruktiv fortolkning og tilgjengelige ressurser spesifiseres (March og Olsen 1995:33). Dette innebærer at den allmenne ideen om ”the appropriate” må konkretiseres, ikke bare generelt, men også i forhold til det særskilte område som gjøres til gjenstand for studie.

Mye av den formelle og uformelle trening som foregår i en organisasjon er nettopp trening i å definere identiteter, kategorisere situasjoner og anvende passende regler (March 1994:74).³² I stabile situasjoner vil det være etablerte regel- og fortolkningsmønstre som løser tvetydigheten omkring hvilken situasjon man befinner seg i, hva som er relevante identiteter, og hva som er den passende koplingen. Ut fra en ”logic of appropriateness” vil aktører anvende regler, bestemme identiteter og fortolke situasjoner, men denne måten å handle på er ikke begrenset til repetitive, rutinebaserte handlinger. Den er også karakteristisk for menneskelig atferd i nye situasjoner. Handling skjer på bakgrunn av prosesser som krever tanke, dømmekraft, forestillingsevne og omtanke. De er resonnerende handlingsprosesser, men de skiller seg klart fra prosessene for rasjonell kalkulasjon (March 1994:61).

Det første perspektivet ser identitet som noe vi velger, det andre ser identitet som noe som vi følger, men ikke velger. (March 1994:63). Dersom jeg sier at jeg er en god lærer, kommer jeg både med en bekreftelse av en individuell identitet og en erkjennelse av det sosiale grunnlaget for individuell handling. Som individer adopterer vi regler for atferd fra familier, skoler, religiøse grupper, alderskohorter og bedrifter. Vi bygger opp våre egne forståelser av hvem vi er gjennom sosialt baserte distinksjoner (March 1994:62,63).

³¹ Når regler omfatter rutiner, prosedyrer, konvensjoner, roller, strategier, organisasjonsformer og teknologier som politisk aktivitet er konstruert rundt, i tillegg til tro, paradigmer, koder, kulturer, og kunnskap som omgir, støtter, utvikler og motsier disse rollene og rutinene, synes det svært vanskelig å avgjøre hva det er som skiller disse dimensjonene fra hverandre.

³² Organisasjoner former individuell handling gjennom å fremskaffe innholdet i identitetene og reglene. Det etableres stabile oppfatninger og vurderinger av hva som er viktige problemer og gode løsninger, dermed lettes fortolkningen av hva som er passende i gitte situasjoner. Handling blir uttrykk for hva som er passende, eksemplarisk, naturlig eller akseptabel atferd ifølge internaliserte hensikter, koder av rettigheter og forpliktelser, praksiser, metoder, av teknikker til en konstituert gruppe eller en selv (March og Olsen 1995:31). Institusjonaliserte regler, forpliktelser, rettigheter og roller definerer handling som passende (normal, naturlig, riktig, god) eller upassende (unormal, unaturlig, gal, dårlig) (March og Olsen 1995:31).

En institusjonell tilnærming basert på "logic of appropriateness" gjør det mulig å forstå at fortolkning og refortolkning er helt sentrale prosesser ved sosiale handlinger, og at disse prosessene vil bli forsøkt rutinisert. "Logic of appropriateness" fanger både opp betydningen av en handlingsdeterminerende orden gjennom fokuseringen på regler og rutinisering og betydningen av handlende, påvirkende aktører som i situasjoner fortolker både situasjon, regler og identiteter. Et viktig trekk ved begrepet "logic of appropriateness" er at det setter samspillet mellom orden og handling inn i et fortolkningsystem. I analysen av Høyesteretts måte å argumentere på blir det derfor viktig å identifisere de fortolkningsmekanismene som dommerne faktisk benytter i sin argumentasjon.

Handling drevet av kalkulert forventet nytte

Svært forenklet vil de som baserer sitt syn på handling på en "logic of consequence", forklare handlinger som resultat av rasjonelle valg. Valgene er preferansebaserte og konsekvensorienterte. De er konsekvensorienterte i den forstand at handling styres av forventninger om fremtidige effekter av nåtidige handlinger. Alternativene er preferansebaserte i den forstand at konsekvensene blir evaluert i forhold til personlige preferanser. Hovedsynet er at kun individer kan ha preferanser og at preferansene er gitt eksogent (Riker 1990). Aktørene kommer til det institusjonaliserte "spillet" med et fast sett av preferanser som de er i stand til å rangere. Aktørene velger mellom ulike alternativ gjennom å vurdere hvilke konsekvenser ulike alternativ vil ha for mål.

Ulike alternativer blir sammenlignet ut fra om deres forventede konsekvenser tjener preferansene til aktøren. Dermed blir de sentrale spørsmålene ut fra en "logic of consequence" for det første et spørsmål om alternativer og dermed hvilke handlinger som er mulige. For det andre spørsmålet om forventninger. Hvilke fremtidige konsekvenser kan følge fra hvert alternativ? Hvor sannsynlig er hver mulige konsekvens forutsatt at dette alternativet blir valgt? Hvor verdifulle er konsekvensene som er knyttet til hvert alternativ for aktøren? Hvordan bør valg treffes mellom alternativer? Handling forklares ut fra individenes preferanser og alternativenes konsekvenser for individenes preferanser (March 1994). Innen dette perspektivet vil institusjoner bestemme det byttet som skjer mellom aktørene, men institusjonene som sådan har ingen innflytelse over innholdet i preferansene (Rothstein 1996). I en analyse av høyesterettsbeslutninger basert på "logic of consequence" vil utgangspunktet være at aktørene, her høyesterettsdommerne, handler rasjonelt, men at de må ta hensyn til gitte regler og institusjonelle fortolkninger av akseptabel atferd (Ostrom 1990). Dette er et vanlig synspunkt innenfor institusjonell økonomi og en viktig del av institusjonell analyse, fordi studier har vist at selv små endringer i institusjonelle regler for f. eks hvem som skal handle først, har stor innflytelse på utfallet av politiske prosesser (Ostrom 1995). Forenklet kan man si at institusjonene påvirker aktørenes handlinger, ved å utgjøre rammene for handlingene eller med andre ord spillereglene. Den juridiske metode vil ut fra dette synet være et eksempel på en slik institusjonell ramme og gjennom rettskilde-

faktoren ”reelle hensyn” åpnes det for at Høyesterett kan treffe konsekvensbaserte avgjørelser.

Kombinasjoner av ”logic of consequence” og ”logic of appropriateness”

Selv om jeg her har redegjort for to grunnleggende syn på handling, kan ikke enhver politisk handling utelukkende forklares ut fra en ”logic of consequence” eller en ”logic of appropriateness” (March og Olsen 1998). At handlinger vil kunne inneholde elementer av begge handlingslogikkene understreker dermed betydningen av at ”logic of appropriateness” er en av flere måter å forstå handling på.³³

Dersom vi tar utgangspunkt i at ingen enkelt modell kan forklare handling i alle situasjoner og institusjonelle settinger, må det i den empiriske analysen holdes åpent at det kan tenkes at ulike kombinasjoner av dem vil kunne forklare atferd, og at disse kombinasjonene kan endres over tid. March og Olsen diskuterer slike kombinasjonsmuligheter og konkluderer med at det å se forholdet mellom logikkene som enten A: en klar logikk dominerer en uklar logikk eller B: forholdet mellom logikkene som en utvikling synes å være de mest fruktbare tilnærmingene (March og Olsen 1998, March og Olsen 2004).³⁴

Hvilken av de to logikkene som vil være dominerende i alternativ A er avhengig av grad av tvetydighet i regler, identiteter og preferanser. Når preferanser og konsekvenser er presise, synes en ”logic of consequence” å være viktigst. Når identiteter og deres implikasjoner er klare, men implikasjonene av preferanser eller forventede konsekvenser er uklare, synes en ”logic of appropriateness” å være viktigst. Ut fra denne fortolkningen vil den handlingslogikken som gir den tydeligste handlingsanvisningen dominere en logikk som er uklar i sine handlingsanvisninger. Hvorvidt dette vil være tilfellet er imidlertid avhengig av tilgjengelige ressurser. Variasjoner og endringer i den relative

³³ Her er det også viktig å skille mellom logikk for handling og logikk for rettferdiggjøring av handling. I sin klassiske artikkel: ”Rationality and Responsibility” fra 1960 viser Torstein Eckhoff og Knut Dahl Jacobsen en utvikling i offentlig sektor der de ansatte i økende grad blir vurdert ut fra en ”logic of consequence” enn en logikk basert på regelfølgning (Eckhoff og Dahl Jacobsen 1960). De skiller her mellom de to ulike måter å treffe beslutninger på, men det synes rimelig å stille spørsmål om dette er tilfelle. Det at atferden vurderes ut fra en konsekvenslogikk, innebærer nødvendigvis ikke at handlingene foretas ut fra den samme logikken. En kan dermed stille spørsmål ved om en ikke vel så rimelig tolkning er at aktørene handler ut fra en ”logic of appropriateness”, og at etter en har bestemt atferd, vil vi innenfor vår kultur rettferdiggjøre handlingen ut fra en ”logic of consequence”.

³⁴ De øvrige kombinasjonsmulighetene er å anse hver av logikkene som et spesialtilfelle av den andre og skille mellom vesentlige beslutninger og mindre forbedringer. Ut fra et syn om at all handling er konsekvensorientert, sees regler som resultat av tidligere konsekvensorienterte forhandlinger. Regler og identiteter vil her være enkle mekanismer som minimerer transaksjonskostnader når konsekvensbasert handling iverksettes. Ut fra det motsatte synet, at all handling involverer regelfølgning, vil en konsekvensorientert logikk og kalkulering av interesser utelukkende sees som regler av en spesiell type som er assosiert med spesifikke identiteter og situasjoner. Årsaken til at denne fortolkningen avvises er at den ikke i tilstrekkelig grad får frem det distinkte ved hver av logikkene (March og Olsen 2004). Den andre fortolkningen antar at det er et hierarki mellom logikkene. Denne fortolkningen skiller mellom vesentlige beslutninger og mindre forbedringer av disse beslutningene der den ene logikken brukes for å etablere grunnleggende føringer for beslutninger, den andre for å gjøre forbedringer innen disse føringene. Problemet med denne fortolkningen er at den forutsetter at det eksisterer stabile hierarker mellom logikker og mellom typer av beslutninger og aktører, en forutsetning som ikke finner god støtte gjennom empiriske funn (March og Olsen 2004).

betydningen av de to logikkene kan derfor også følge av variasjoner og endringer i ressurser som er tilgjengelige for å handle i samsvar med regler for passende atferd og kalkulerte interesser (March og Olsen 2004). Eksempelvis vil stramme tidsfrister kunne fremme regelfølgning mer enn tids- og ressurskrevende kalkulering av forventet nytte (March og Simon 1993:111, March og Olsen 2004). Manglende ressurser og manglende kunnskap kan være en forklaring på hvorfor ulike logikker benyttes til ulike formål, slik som å skape politikk og rettfærdiggjøre politikk. Til slutt kan det tenkes at rekkefølgen av handlingslogikkene er institusjonalisert på en slik måte at ulike logikker følges i ulike faser av en utvikling og at grunnlaget for handling dermed over tid endres på en forutsigbar måte (March og Olsen 2004).

I alternativ B er synet at grunnlaget for handling i økende grad blir regelbasert i en spesifikk situasjon jo større akkumuleringen av erfaring er i den situasjonen. Som resultat av erfaring vil regler og standardprosedyrer supplere og legge føringer på instrumentell kalkulerende handling. Ideen er at aktører går inn i nye relasjoner ut fra instrumentelle hensikter, men utvikler identiteter og regler som resultat av erfaring. Dette medfører økende grad av regelbaserte handlinger som i neste omgang overføres til nye aktører. Gjennom denne mekanismen kan instrumentelle handlinger sees som selvbegrensende, mens regelbaserte handlinger sees som selvforsterkende. Det er derfor mest sannsynlig at regler og standardprosedyrer vil dominere når aktører har lang fartstid, hyppig interaksjon, delte erfaringer, felles informasjon og virkelighetsoppfatninger og når omgivelsene er rimelig stabile (March og Olsen 2004). På samme måte kan det å følge regler bli oppgitt til fordel for instrumentell kalkulerende handling hvis regelfølgningen blir definert som utilfredsstillende i forhold til etablerte standarder og aspirasjonsnivå. Situasjoner som fører til regelbrudd, kan være kjennetegnet av radikale endringer i omgivelsene som medfører at reglene blir definert som irrelevante og uakseptable, eller at regelfølgningen har ført til katastrofale utfall. På samme måte vil regelfølgning være sannsynlig når kalkulering av konsekvenser blir ansett å ha ført til katastrofer. Rasjonell kalkulasjon av konsekvenser vil være lettest når problemene har moderat kompleksitet, og tidsperspektivet er kort (March og Olsen 2004).

Hvilken av logikkene som vil være vesentlig for å forklare handling, varierer både mellom de ulike kombinasjonsmulighetene og innenfor dem. I utgangspunktet blir det dermed åpent hva som eventuelt er forholdet mellom de to handlingslogikkene. Det å anta ulike kombinasjonsmuligheter og interaksjoner mellom de ulike handlingslogikkene impliserer også at det finnes lite empirisk kunnskap om relasjonen mellom dem.

Institusjonell teori og syn på endring

Innledningsvis viste jeg at en institusjon kan betraktes som en stabil samling regler og praksis som definerer atferd. Dette er et utgangspunkt som impliserer at det vil være en viss motstand mot endring. Det institusjonelle perspektivet er da også kritisert for mer å kunne forklare hvorfor institusjoner består, og mindre om hvordan de endrer seg (Streeck and Thelen 2005). I denne avhandlingen er det institusjonalisering av

rettsregelen om ulovfestet objektivt ansvar som gjøres til gjenstand for analyse. Institusjonalisering viser både til etableringen, utviklingen og opprettholdelse av regelen. Nedenfor presenteres to ideer om institusjonell endring. De ideene om endring det her tas utgangspunkt i baserer seg på en antakelse om at det ikke er grunn til å tro at Høyesterett legitimt kan foreta raske endringer og radikale brudd med eksisterende praksis. I et demokrati som det norske vil dette være en endringsform som eventuelt tilligger Stortinget. Derfor vektlegges det her to syn på endring som har en felles oppfatning om at praksis, her Høyesteretts, vil være kjennetegnet av stabile mønstre, men perspektivene skiller seg i synet på hvordan endringer i slike mønstre skjer.

Historiske brudd

Den ene ideen om endring ser valg som gjøres tidlig i en utvikling og de institusjonelle forpliktelsene som vokser ut av dem som bestemmende for senere beslutninger (Skockpol 1992, Thelen, Steinmo, Longstreth 1992, Koelbe 1995, Hall og Taylor 1996, Peters 2001). Et sentralt poeng ut fra denne ideen er at for å forstå utvikling og endring må vi forstå de første policy valgene og de institusjonaliserte forpliktelsene som vokser ut av disse. Institusjoner ser ut til å beholde de trekkene de har fått ved etableringen. Det innebærer at for å forstå tradisjonene som preger institusjonen i dag, må man se på hvilke forhold som formet organisasjonen da den ble etablert, og hvilke utviklingsveier den har gått etterpå (Krasner 1988). Institusjoner oppfattes som stabile trekk i det historiske landskapet og gjør at den historiske utviklingen går langs bestemte stier (Stinchcombe 1968, Hall og Taylor 1996, Krasner 1984). Utviklingen vil følge stiens retning inntil en tilstrekkelig sterk kraft tvinger den til noe annet (Krasner 1984).³⁵ Dette betyr at lange perioder med stabilitet brytes ved kriser. Eventuelle kriser vil være utløst av forhold i omgivelsene. Det er kun slike situasjoner som kan medføre fundamental endring og eventuelt nyopprettelse av en institusjon. Slike brudd forventes å etterfølges av lange perioder med stabilitet (Krasner 1984). Det er de etablerte institusjonene som i stabile perioder vil prege policy. Disse stabile periodene vil være kjennetegnet av en likevekt tilstand der institusjonen er i balanse og fungerer i samsvar med de initierende beslutningene eller i balanse med det forrige tidspunktet for brudd.

Dette perspektivet gjør det enkelt å finne argumenter for hvorfor institusjoner opprettholdes, men gjør det vanskeligere å forklare hvorfor de endres. Tanken er at de konstituerende årene vil prege utviklingen av de institusjonelle trekkene over tid. Tilnærmingen synes bedre egnet til å forklare forekomsten av vedvarende mønstre enn å forklare hvordan disse mønstrene kan endres. Dette blant annet fordi det ikke gis noe a priori kriterium for å bestemme når det er tilstrekkelig press til å skape endring. Perspektivet har vært kritisert for at det ikke tas tilstrekkelig hensyn til de dynamiske elementene i synet på institusjoner (Thelen, Steinmo, Longstreth 1992).

³⁵ Lignende synspunkt finner vi i Immergut's begrep om "decision points" (Immergut 1992a) og Collier og Collier's begrep om "critical junctures" (Collier and Collier 1991)

Utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar vil ut fra denne ideen om endring følge det mønsteret for handling som blir etablert i etableringsfasen. Utviklingen over tid vil følge i dette sporet med mindre det skjer en dramatisk endring i omgivelsene som skaper et tilstrekkelig press til at regelen endres. Dette perspektivet på endring undervurderer imidlertid hvordan inkrementelle steg i sum kan produsere transformative resultater (Streeck og Thelen 2005). Dette leder oss over til det neste synet på endring.

Gradvis endring

Det andre synet på endring er et syn som ser endring som inkrementell. Over tid skjer det en gradvis tilpasning til indre og ytre press gjennom naturlige institusjonaliseringsprosesser (Lindblom 1965). Gjennom disse institusjonaliseringsprosessene utkrystalliseres bestemte normer og verdier som gir institusjonen en særegen organisasjonskultur eller identitet. Dette innebærer at en formell organisasjon over tid fylles med verdi (Selznick 1957,1996). Institusjonelle trekk gir økt forutsigbarhet, integrasjon, og minsker usikkerheten både for medlemmene i organisasjonen og for omgivelsene (March og Olsen 1989). Tilpasning til omgivelsene skjer i sakte tempo relativt til omgivelsenes endringstakt, samtidig er det mindre sannsynlig å nå en likevekt. Koblingen mellom institusjoner og omgivelser ses som mindre automatisk og presis enn i et syn som ser historien som effektiv. Omgivelsene tilpasser seg til institusjoner på samme tid som institusjoner tilpasser seg omgivelsene. Dette betyr også at institusjoner kan leve med inkonsistens i forhold til sine omgivelser. Institusjonell endring vil ikke bare være resultat av nåværende omgivelser og politiske betingelser, men også være avhengig av institusjonens opphav, historie og interne dynamikk (March og Olsen 1998).

Disse trekkene bidrar til at den historiske utvikling ikke går i en rett linje. Regler og institusjoner blir lokalt stabile. Historiske grener tenderer til å bli irreversible. Retningen som blir tatt i en gren, virker noen ganger tilfeldig, men en spesifikk retning kan være avgjørende i dens effekt på etterfølgende, senere historie. Som et resultat kan den historiske retning noen ganger bli endret av relativt små, ”til rett tid” intervensjoner. Slik kan en utvikling som tilsynelatende forårsaker en gradvis endring, summere seg opp til historiske brudd (Streeck og Thelen 2005). Dette er et syn på endring som ikke trekker et skapt skille mellom endring og kontinuitet, og som ikke ser alle store endringer som eksogent generert. Dette er ifølge Streeck og Thelen nødvendig dersom vi skal bli i stand til å forstå institusjonelle endringer (Streeck og Thelen 2005).

Ut fra dette synet vil endringer i regelen om ulovfestet objektivt ansvar tilpasse seg endringer i samfunnet, men det vil være betydelige forsinkelser og ”timelag” i denne prosessen (March og Olsen 1998). Videre vil den tilpasningen som skjer, ta utgangspunkt i de regler, identiteter og situasjonsoppfatninger for fortolkning som allerede er etablert. Høyesterett vil, når de står overfor uløste spørsmål, søke i ”nærheten” av eksisterende løsninger (Cyert og March 1963). Dette betyr eksempelvis at

Høyesterett ved etableringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar vil søke til nærliggende rettsområder. Uavhengig av om beslutningene er truffet ut fra en "logic of consequence" eller en "logic of appropriateness" vil vi ut fra Høyesteretts identitetsgrunnlag forvente en gradvis rutinisering. Over tid vil beslutninger nedfelle seg i regler og prinsipper. Disse reglene og prinsippene og deres virkeområde vil i neste omgang nyanseres og presiseres som resultat av erfaringsbasert læring. Ut fra dette synet på endring vil vi forvente at beslutninger om ansvar uten skyld over tid blir akseptert som en "lære" om objektivt ansvar. Dette under forutsetning av at samfunnet ikke forandrer seg enda raskere slik at Høyesterett stadig blir stilt overfor nye situasjoner hvor der ikke eksisterer regler eller praksis.

Kopling mellom syn på endring og handlingslogikk

Ut fra ideer om begrenset rasjonalitet vil oppmerksomheten være begrenset for alle beslutningstakere uavhengig av om handlingen skjer ut fra en "logic of consequence" eller en "logic of appropriateness" (Cyert og March 1963). Beslutningstakere som handler ut fra en "logic of consequence" vil, etter at problemet er oppdaget, imidlertid alltid velge det utfall som gir størst mulig nytte uavhengig om det kreves små eller store endringer. Det er nytten av endringen som legitimerer valget. Endring ut fra en "logic of appropriateness" vil vanligvis skje gjennom gradvise tolkninger av regler og fakta gjennom søking i nærheten av eksisterende løsninger, mens radikale brudd antas å kunne skje ved klare prestasjonskriser.

Når endring ses som et resultat av valg som gjøres tidlig i en utvikling, og institusjoner ser ut til å ha en tendens til å beholde de trekkene de fikk ved etableringen, vil de fleste handlinger være basert på etablerte regler og prinsipper. Regelfølgning og fortolkning vil være den viktigste måten å handle på. De fleste situasjoner vil møtes gjennom en fortolkning av fortiden. En "logic of consequence" vil kunne aktiveres når stabiliteten brytes. Kriser som kan være utløst av forhold i omgivelsene, åpner for at handling basert på etablerte regler og prinsipper erstattes med rasjonell kalkulasjon for å tilpasse seg den nye situasjonen. Når balansetilstanden er gjenopprettet, vil handlingene igjen drives mot en "logic of appropriateness", der valgene gjort i krisesituasjonen vil kunne etablere nye regler og prinsipper som aktørenes handlinger baseres på.

Et syn på endring som ser endring som inkrementell og tilpasning til omgivelsene som mindre automatisk, gir i utgangspunktet ingen forrang for noen av handlingslogikkene. Institusjonell endring er ikke bare et resultat av nåværende omgivelser og politiske betingelser, men også av institusjonens opphav, historie og interne dynamikk. For Høyesteretts vedkommende har jeg antatt at "logic of appropriateness", vil være den primære handlingslogikken og at det er grunn til å tro at når det ikke foreligger klare regler, presedenser eller praksis vil Høyesterett måtte gå i retning av sitt subsidiære identitetsprinsipp: konsekvenslogikk. Dette åpner for en mer dynamisk veksling mellom handlingslogikkene "logic of consequence" og "logic of appropriateness". Når det ikke er sannsynlig at en likevekt nås, vil endring og utvikling kunne skje i langt flere

dimensjoner. Noen dimensjoner vil være kjennetegnet av kontinuitet, andre av brudd, og tilpasningene til endringene i omgivelsene kan noen ganger være tilfeldige. Dermed blir begge former for tilpasning legitime.

Operasjonalisering av det teoretiske perspektivet

Denne studien av utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret er en analyse av hvordan dommere i Høyesterett argumenterer over tid. Det er en analyse av atferd slik den kommer til uttrykk i skriftlig argumentasjon. Det teoretiske begrepsapparat jeg har valgt å ta utgangspunkt i, kan benyttes til å analysere faktiske handlinger, eller handlinger slik de uttrykkes i tekst. I denne sammenheng ses argumenter som en særlig form for handling. I min analyse av Høyesteretts argumenter har jeg ikke data som direkte kan fortelle meg noe om dommernes preferanser eller identiteter. Hovedfokuset blir derfor på for det første hvorvidt argumentene styres av forventninger om fremtidige effekter, altså konsekvenser, eller om argumentene styres av etablerte regler og prinsipper. Dersom høyesterettsdommere begrunner sine avgjørelser med henvisning til den fremtidige konsekvensen, altså nytten av avgjørelsen, vil jeg si at avgjørelsen er basert på en "logic of consequence". Dersom de begrunner sine avgjørelser med henvisning til lovregler, tidligere rettspraksis eller generelle prinsipper for hva som er rettferdig eller rimelig, vil jeg si at avgjørelsen er basert på en "logic of appropriateness". Dessuten rettes søkelyset mot hvordan argumentasjonen etableres, utvikles og endres over tid. En slik tilnæringsmåte gjør det mulig å se interaksjonen mellom individ og institusjon som kontinuerlig. Antakelsen er at det er den vedvarende interaksjonen mellom aktører som handler og strukturen de handler innenfor som skaper kraften for gjensidig tilpasning (Peters og Pierre 1998).

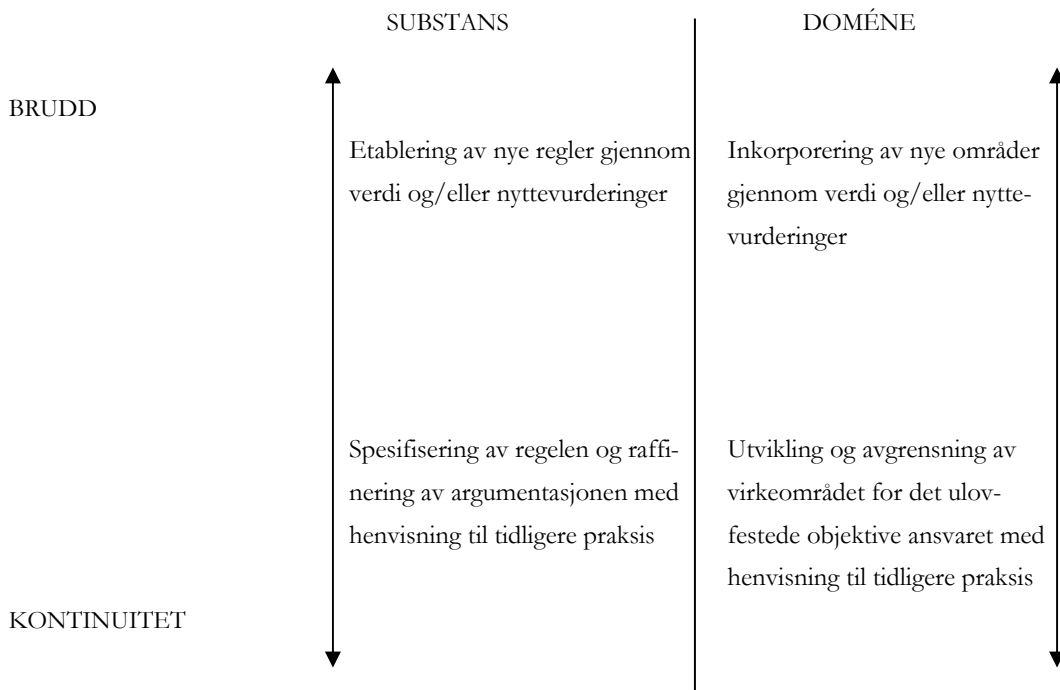
Skal det være mulig å fange opp ulike kombinasjonsmuligheter av handlingslogikker og hvordan reglene utvikles og endres, må det være mulig å fange opp utvikling over tid på en måte som både kan identifisere brudd og kontinuitet. Med brudd refereres det her til situasjoner der Høyesterett gjør noe nytt eller bryter med tidligere praksis. Med kontinuitet refereres det til situasjoner der Høyesterett i hovedsak baserer sine avgjørelser på tidligere praksis, men der utvikling skjer gjennom en gradvis spesifisering av både regler, argumentasjon og virkeområde. Samtidig må dette gjøres på en måte som ikke gjør det nødvendig å trekke et skarpt skille mellom institusjonell stabilitet og institusjonell endring, og som dermed gjør det mulig å fange opp at det gjennom en inkrementell endring kan oppstå brudd og dermed noe nytt og vesentlig annerledes enn det som var utgangspunktet. Videre må det være mulig å fange opp verdi- og nyttevurderinger.

Et inntak til å fange opp hvordan regelen om ulovfestet objektivt ansvar utvikles og endres, er å innføre et skille mellom hvordan avgjørelseskriterier utvikles både med hensyn til innhold; altså spørsmål om substans og med hensyn til virkeområde; altså spørsmålet om doméne. Dette skillet mellom regelens substans og utviklingen av regelens doméne gjør oss i stand til å fange opp at utvikling og endring over tid kan

være kjennetegnet både av brudd og kontinuitet. I tillegg er det viktig ikke å fanges i et skjema som utelukkende sier at inkrementell endring gir støtte til institusjonell kontinuitet. En måte å komme unna dette dilemmaet på er å rette søkelyset mot de interne mekanismene som utvikling og endring skjer gjennom. Det å rette søkelyset mot slike interne mekanismer kan bidra til innsikt i hvordan en institusjon endrer seg samtidig som den opprettholdes.

I min analyse av utviklingen av det uløfestede objektive ansvaret retter jeg særlig søkelyset mot to ulike dimensjoner. Det ene er regelens utvikling, det andre er regelens avgjørelseskriterier. Når det gjelder avgjørelseskriterier, skiller jeg mellom regelens substans og regelens doméne som to atskilte kategorier, mens når det gjelder regelens utvikling, ser jeg på den som et kontinuum der kontinuitet utgjør den ene siden og brudd den andre. Dette kan fremstilles gjennom følgende figur:

AVGJØRELSESKRITERIER



I nederste venstre hjørne plasseres avgjørelser der regelens substans er kjennetegnet av bekreftelse av tidligere utviklede kriterier, av spesifisering av argumentasjon, av addering og gradvis utvikling.

I nederste høyre hjørne vil jeg plassere begrunnelser der virkeområdet gradvis utvides gjennom en henvisning til tidligere avgjørelser.

I øverste venstre hjørne plasseres begrunnelser som enten etablerer helt nye avgjørelseskriterier eller som bryter med tidligere utviklede kriterier.

I øverste høyre hjørne plasseres begrunnelser der Høyesterett ikke stadfester objektivt ansvar selv om de gjeldende vilkår for et slikt ansvar er til stede. Dette kan eksempelvis komme til uttrykk hvis vi finner at det er tydelige områder av samfunnslivet der Høyesterett ikke velger å stadfeste et objektivt ansvar, eller områder man tidligere har vært tilbakeholdne i forhold til, men nå stadfester objektivt ansvar eller at det er mulig å identifisere områder der man tidligere har ilagt objektivt erstatningsansvar men nå avviser.

Disse dimensjonene gjør det mulig å identifisere situasjoner der domstolene gjør noe nytt eller bryter med tidligere praksis og de situasjonene der de i hovedsak baserer sine avgjørelser på tidligere praksis, men der utviklingen skjer gjennom en gradvis spesifisering av både regler, argumentasjon og virkeområde. Det blir mulig å identifisere hvilke områder som omfattes av det objektive ansvaret, og hvordan spesifiseringen av hvilke kriterier som gjelder for å avgjøre objektivt ansvar, utvikles over tid. Jeg blir også i stand til å fange opp eventuelle bevegelser mellom en "logic of consequence" og en "logic of appropriateness", og den variasjon vi finner mellom avgjørelser og innen den

enkelte avgjørelse. Slik kan vi identifisere et eventuelt blandingsforhold mellom de to logikkene. En utfordring her er at det i den enkelte avgjørelse sannsynligvis samtidig vil være til stede argumenter basert på en "logic of consequence" og en "logic of appropriateness".

I analysen av den enkelte dom vil de ulike argumentene som benyttes, kunne plasseres ulikt i figuren ovenfor. For det første vil grensene mellom brudd og kontinuitet kunne være flytende samtidig som utvikling av regelens doméne både kan knyttes til brudd og kontinuitet. Videre kan det være slik at de ulike høyesterettsavgjørelsene i varierende grad vil ha klare tyngdepunkt. Dommene kan tenkes i ulik grad å ha tyngdepunkt i en eller flere av disse eller i kombinasjoner av dem, og fordi dommene inneholder flere typer begrunnelser, vil vi kunne plassere en og samme dom ulike steder i figuren ovenfor. Det vil ikke være slik at den enkelte dom utelukkende kan plasseres i øverste høyre eller nederste venstre hjørne. En og samme dom vil kunne plasseres mer eller mindre mot et hjørne eller i flere kombinasjoner av disse. Jeg antar likevel at noen avgjørelser kan være av særlig interesse, fordi de avgrenser feltet, andre fordi de tydeliggjør hvilke kriterier som gjelder, og hvordan disse utvikles over tid.

Fordi dette er en samfunnsvitenskapelig studie av et nytt felt der det er lite kunnskap om Høyesteretts måte å treffe beslutninger på, er det i utgangspunktet vanskelig å si noe særlig presist om hvilke betingelser eller faktorer som driver beslutningssystemet i retning av hver av de fire cellene. Som generelt grunnlag vil jeg likevel på bakgrunn av trekk ved Høyesterett som institusjon forvente en rutinisering av beslutningene og dermed en bevegelse over tid i retning av nederste venstre og høyre hjørne i analyseskjemaet. En slik forventning sier mindre om hvordan denne rutiniseringen skjer og hva som over tid vil være forholdet mellom de ulike skisserte beslutningsmåtene.

KAPITTEL 3

Valg av kildegrunnlag, fremgangsmåte og empirisk område

Innledning

Det er flere måter å kategorisere grunnleggende kunnskapssyn innen samfunnsvitenskaplig forskning. Noen skiller mellom fire alternative kunnskapssyn, positivisme, postpositivisme, kritisk teori og konstruktivisme (Guba & Lincoln 1998). Andre skiller mellom postpositivisme, konstruktivisme, pragmatisme og det som kan kalles et deltakende kunnskapssyn (Cresswell 2003). Andre igjen operer med tilnæringer som positivistiske, realistiske eller fortolkende (Marsh og Furlong 2002).

Denne studien inngår i en tradisjon av statsvitenskapelige studier der selve spørsmålet om valg av metode er et pragmatisk spørsmål. Det sentrale spørsmålet er hvilken metode som synes egnet til å få frem den kunnskapen man søker. Et slikt kunnskapssyn kan karakteriseres ved at det ikke er metodene som sees på som sentrale, men problemet en søker å finne svar på (Cresswell 2003). Utgangspunktet er at forskeren kan velge de metoder, teknikker og fremgangsmåter som synes best egnet til å fremme hensikten med en studie. Dette innebærer at man ut fra et slikt kunnskapssyn er opptatt av hva som fungerer i gitte situasjoner, hva som kan være gode løsninger på de problemene man står overfor og at en benytter pluralistiske tilnæringer for å få frem kunnskap om spørsmålene man søker svar på (Patton 1990). Et pragmatisk kunnskapssyn kan ikke knyttes opp til utelukkende én vitenskapsteoretisk tilnærming og én virkelighetsoppfatning. Derfor vil forskere ut fra dette grunnleggende kunnskapssynet kunne ha ulike metodiske tilnæringer, ulike verdensanskuelser, ulike antakelser og benytte ulike former for datainnsamling og analyse (Cherryholmes 1992, Cresswell 2003).

Kildegrunnlag og fremgangsmåte

I metodelitteraturen skilles det ofte mellom induktive og deduktive forskningsstrategier. En induktiv forskningsstrategi kan karakteriseres ved at forskeren gjennomfører nitide observasjoner eller nøyе gjennomførte eksperimenter, deretter foretar en nitid analyse av de data som er samlet inn for deretter å produsere nye oppdagelser eller teorier (Blaikie 1993 i Cresswell 2003). Teori ut fra en slik strategi følger derfor logisk av de observasjoner og generaliseringer som er gjort og er i den forstand lite mer enn utsagn

om generaliserbare regelmessigheter som er konsistent med et eksisterende sett av empiriske observasjoner (Hempel 1994 i Cresswell 2003). En deduktiv forskningsstrategi er en helt motsatt posisjon der testbare hypoteser deduseres ut fra etablerte fakta eller teoretiske antakelser. Deretter blir disse hypotesene gjort til gjenstand for nitide empiriske studier der hypotesene enten blir bekreftet eller avkreftet (Hay 2002). Et institusjonelt perspektiv kan i prinsippet koples opp mot en rekke metodiske tilnærminger; rene deduktive, rene induktive eller blandinger av disse. Det teoretiske utgangspunktet har til hensikt å forenkle en kompleks virkelighet i betydningen å være en guide eller et vindu inn til empirisk utforskning. Dermed blir teorien et middel både til å reflektere over komplekse institusjonelle endringsprosesser og bidra til å fange opp eventuelle underliggende mekanismer og prosesser for endring. Min studie av Høyesteretts rettsskapende virksomhet har deduktive trekk i den forstand at den tar utgangspunkt i teoretiske antakelser om hvordan atferd og endring kan fortolkes. Disse antakelsene er mitt vindu til å analysere den rettsskapende virksomheten i Høyesterett. Men studien har en induktiv karakter i den forstand at jeg søker å gå inn i det empiriske materialet mest mulig forutsetningsfritt. Den induktive forskningsstrategien er valgt fordi det er lite systematisk kunnskap på dette området og dermed vet vi i utgangspunktet lite om hvordan høyesterettsdommerne argumenterer over tid. Siktemålet er å sette sammen en rik og teoretisk informert beskrivelse av hvilket substansielt innhold og hvilket virkeområde regelen om ulovfestet objektivt ansvar får over tid, gjennom hvilke prosesser utviklingen skjer og hvorfor vi får en slik utvikling.

I spørsmål om domstolenes rettsskapende virksomhet er det høyesterettsavgjørelser som har størst autoritet, og det er derfor avgjørelser fra denne instansen som legges til grunn for denne studien. For å analysere hvordan det ulovfestede objektive ansvaret utvikles over tid analyseres høyesterettsdommer i perioden 1866 til 2003. Dommer avsagt i Høyesterett er kilder til juridisk teori, de er bindende kilder for rettspraksis, og de er kilder for eksempelvis samfunnsvitenskapelige og historiske forskningsprosjekter. Hvilke dommer som er relevante kilder, vil avhenge av hva som er hensikten med å benytte dem som kilder. Hvilke dommer som anses for viktige dommer, vil dermed kunne variere og medføre at en historiker, en jurist eller en samfunnsviter vil kunne ha ulike oppfatninger av hva som er de viktige kildene.³⁶ I denne avhandlingen er hensikten å benytte høyesterettsdommer som kilder til å analysere hvordan det juridisk faglige resonnement etableres og utvikles. Mitt utvalg av relevante dommer er derfor sammenfallende med de dommene som den juridiske litteraturen og Høyesterett selv over tid har ansett og anser for å være gyldige kilder både til juridisk teori og for senere rettsavgjørelser. Noe av det som i denne sammenheng særpreger dommer som kilder, er at de i denne konteksten er kilder i kraft av at de er gyldige i dag. Det er de virkningsfulle dommene som er analysert i denne avhandlingen. Det kan likevel være vanskelig å trekke grensen mellom hvilke dommer som skal inkluderes, og hvilke

³⁶ En slik ulikhet i synet på kildene er i følge Erling Sandmo forklaring på den uenighet som har vært mellom høyesterettsdommerne og historikerne i det pågående prosjektet om norsk Høyesteretts historie (Sandmo, seminarinnlegg, Rokkansenteret, Bergen 10.09.04).

dommer som for dette formålet kan utelukkes fra datamaterialet. Dette gjelder særlig avgjørelser der det objektive ansvaret ikke drøftes, men der det er mulig å stille spørsmål ved om dette ikke kunne vært en alternativ måte å angripe sakens problemkompleks på. Dommer som ikke finnes i mitt materiale, kan være dommer som drar i samme retning som de dommene den juridiske litteraturen og Høyesterett selv har ansett for å være gyldige kilder, men det kan også være dommer som går i motsatt retning. Dersom dette er tilfelle vil det innebære at Høyesterett fraviker sin egen praksis på en måte som kan svekke rettssikkerheten for den enkelte. Dette er en problemstilling som jeg i min avhandling avgrensner meg fra å studere. I den grad denne problemstillingen blir diskutert, vil det være som resultat av funn om hvordan Høyesterett selv forholder seg til etablerte kriterier og tidligere avgjørelser i de dommene som anses å være gyldige kilder både til juridisk teori og senere rettsavgjørelser.

I den nåtidige norske litteraturen på det erstatningsrettslige området henvises det i fremstillingen av det ulovfestede objektive ansvaret til mellom 60 og 70 høyesterettsavgjørelser for perioden 1866 til 2000 (Lødrup 1999, Nygaard 2000). Fordi noe av den viktigste oppgaven til den juridiske litteraturen er å slå fast hva som er gjeldende rett på et område, vil jeg anta at disse dommene er å oppfatte som de sentrale dommene innenfor området. Jeg har valgt å ta utgangspunkt i disse regelskapende dommene, fordi det er med henvisning til disse dommene juristene fastslår hva som til enhver tid er å oppfatte som gjeldende rett på området. En rekke av dommene er avgjort med referanse til andre dommer. Disse dommene er også sjekket, og i den grad de berører spørsmål om ansvarsgrunnlag, er de tatt med i materialet. Jeg har videre gått gjennom 3 andre verk i erstatningsrett (Stang 1919, Andersen 1976 og Hagstrøm 1987) og supplert materialet med dommer som disse forfatterne har henvist til i fremstillingen av ulovfestet objektivt ansvar. De dommene som her er valgt ut, er de dommene som fokuserer på ansvarsgrunnlaget og som informerer om utviklingen av regelen om objektivt ansvar. Når det gjelder selve etableringen av det objektive ansvaret har jeg analysert 10 dommer fra 1866 til 1905. Jeg anser disse dommene for å være de sentrale dommene i etableringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar selv om det i samme tidsrom blir avsagt flere dommer der ansvar uten skyld blir avvist. Da jeg har fokus på etablering og utvikling av regelen, har jeg valgt å ikke ta inn alle dommene i mitt materiale. Dette gjelder særlig dommer som er henvist til hos Stang som selv sier han tar opp dommer som ikke pålegger ansvar uten rettsbrudd (Stang 1919:255).

Som nevnt tidligere hører regelen om ulovfestet objektivt ansvar inn under erstatningsretten som i utgangspunktet er et privatrettslig område. Dette betyr ikke at det offentlige ikke er parter i sakene som er analysert. Tvert i mot er det offentlige part i en ikke ubetydelig del av dommene som analyseres. Spørsmål om ansvar for myndighetshandlinger reiser imidlertid en del problemstillinger som gjør det nødvendig å foreta visse avgrensninger. For mitt formål, som er å analysere utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar, har jeg valgt å se bort fra avgjørelser som berører det som går under betegnelsen objektivt ansvar for forvaltningsvedtak. Hovedbegrunnelsen for en slik avgrensning er at avgjørelsene her ikke blir gjort etter de samme kriteriene

som det ulovfestede objektive ansvaret, og at det som regel tar utgangspunkt i at det offentlige har øvet en urett mot den enkelte. Dette skillet er likevel ikke helt konsistent, fordi en del av sakene som er med i mitt materiale, handler om følger av forvaltningsvedtak eller myndighetsutøvelse. Det empiriske materialet utgjør i alt 135 høyesterettsdommer.

I Norge blir Høyesteretts avgjørelser trykket i Norsk retstidende som kom ut for første gang i 1836. Frem til 1863 var det kun konklusjonene som ble offentliggjort på denne måten. Voteringene som inneholdt Høyesteretts begrunnelser ble holdt hemmelige inntil 1863 (Eckhoff 1997 ved Helgesen). Den første dommen der HR i realiteten påla objektivt ansvar kom i 1866 (Rt 1866 735), altså etter at man begynte å trykke Høyesteretts begrunnelser.

Retstidende tjener, så langt den rekker, som den offisielle domssamling for Norges Høyesterett (Stenberg-Nilsen 1986). Publikasjonen gis ut av Den Norske Advokatforening³⁷ og ikke av Høyesterett selv. Hensikten med publikasjonen var å dekke noe av behovet praktiserende jurister hadde for å holde seg løpende orientert om spørsmål og hendelser av allmenn interesse for jurister. Derfor inneholdt Norsk retstidende, i tillegg til høyesterettsavgjørelser, referater fra møter i Advokatforeningen, meddelelser om aktuelle juridiske spørsmål, bokomtaler og avhandlinger på inntil 20 sider om juridiske spørsmål. Før 1940 kunne dette stoffet utgjøre mellom 5 % og 15 % (Øyehaug Ose 1984). Årsaken til at karakterer, artikler og andre korte innlegg ble trykket i Norsk retstidende, var at man tidligere manglet alternative publiseringskilder. Etter 1945 har andelen ikke-høyesterettsavgjørelser i Norsk retstidende gått jevnt nedover, noe som har sammenheng med en økende etablering av juridiske tidsskrift innen ulike områder. Norsk retstidende er tilgjengelig for alle som abonnement.

Når en dom trykkes i Norsk retstidende, er den utstyrt med et "hode" der instans, dato, publiseringsreferanse i retstidende, stikkord, sammendrag, saksgang, parter og dommere er presentert. Det er en fast måte som brukes ved henvisning til Norsk retstidende. Man begynner med å vise til publikasjonen ved å skrive "Rt", så skrives årstallet som avgjørelsen ble truffet i og til slutt sidetallet (Øyehaug Ose 1984). Sammendraget av saken er utformet av den som til enhver tid er redaktør av Norsk retstidende, og målsettingen er at alle avgjørende poeng i vedkommende rettsavgjørelse skal kunne gjenfinnes her. I følge Lødrup har "hodet" til hver enkelt avgjørelse, fra en noe vaklende begynnelse i forrige århundre, utviklet seg til å bli nesten en rettskilde i seg selv ved sin presisering og konkretisering av tvisten og dens utfall (Lødrup 1986).

³⁷ I den aller første perioden i Norsk retstidendes liv ble den utgitt av en komité. Da den norske sakførerforening ble stiftet i 1861, ble "Ugeblad for Lovkyndighet, Statistikk og Statsøkonomi" etablert. Denne publikasjonen hadde særlig til hensikt å ta med rettsavgjørelser fra underordnede domstoler. Da Høyesterett i 1864 startet med offentlig votering, førte dette ikke til at retstidende leverte fullstendige referater av Høyesteretts voteringer. "Ugebladets" redaksjon besluttet derfor å ta opp stenografiske referater fra voteringen i alle viktige høyesterettssaker og kom dermed i et direkte konkurranseforhold til Norsk retstidende. Dette førte til at man fikk i stand en sammenslåing av de to publikasjonene i 1870. Fra 1. januar 1908 gikk Norsk retstidendes utgivelse og forlagsrettigheter over til Den Norske Advokat- og Sagførerforening (Stenberg-Nilsen 1986).

I dag blir samtlige dommer og kjennelser truffet av Høyesterett representert i Norsk retstidende. For sivile saker tas de aller fleste sakene inn i fulltekst, men det har ikke alltid vært tilfelle. For straffesakenes vedkommende er ca. 1/3 del gjengitt, mens 2/3 kun blir gjengitt i kortreferater. Det er ikke satt opp noen direktiver for hvordan Norsk retstidendes redaktør skal foreta denne utsilingen.

En dom har en relativt fast oppbygning og består av rettens redegjørelse, partenes anførsler, dommernes syn og eventuelt dissenterende dommers syn og domsslutning. Denne oppbygning av dommene har vært stabil over tid. I dag skriver Høyesterett alltid en egen kort saksfremstilling, mens det tidligere ofte ble vist til de underordnede retter. I slike tilfelle var det redaktøren av Retstidendes ansvar å plukke ut de deler av de underordnede retters dom som skulle med i Retstidende (Stenberg Nilsen intervju, april 2005)³⁸. Premissene i de underordnede retters avgjørelser inntas bare i den utstrekning Høyesterett viser til disse premisser og selv bygger sitt resultat på disse. I dissenterende dommer får man som regel et mer fyldig bilde av hvilke argumenter som er vektlagt enn i enstemmige dommer. Dette betyr ikke at det ikke finnes relevante motargumenter i enstemmige dommer, men disse blir sjelden redegjort for. I lengde varierer dommene i mitt materiale fra de aller korteste som utgjør et par sider til de mest omfattende som utgjør over 50 sider. I en analyse av domsreferater er det viktig å være klar over at domsreferater ikke gir noe fullstendig bilde av hva domstolene har lagt vekt på i de enkelte sakene. Premissene skrives som regel etter at dommerne har tatt standpunkt med sikte på å vise at avgjørelsen er juridisk holdbar (Eckhoff ved Helgesen 1997:21). Det er vanlig at det gjøres nøye rede for den autoritative støtte som avgjørelsen har, f.eks. i lovtekster, lovforarbeider, tidligere dommer m.v., mens det sies lite om dommernes egne vurderinger og valg (Eckhoff ved Helgesen 1997:21). For denne studiens formål vil det nettopp være de formelle begrunnelsene som er de sentrale. Uavhengig av hva som eventuelt skulle ligge bak de formelle begrunnelsene, er det disse som nedfeller seg i praksis og som dommerne forholder seg til når de skal vurdere hvilke kriterier som skal nyttes i senere avgjørelser.

Det å ta utgangspunkt i de formelle argumentene i domsreferatene innebærer at i stedet for å lete etter den skjulte mening bak argumentene, er det argumentene slik de fremstår i teksten som tillegges mening og betydning (Tully 1999:163). En slik tilnærming er i tråd med tanker fra både Hannah Arendt og Ludwig Wittgenstein som begge fremhever betydningen av å analysere måter de som bruker språket bruker ordene på og den aktivitet som ordbruken er vevd inn i (Tully 1999).

Min fremgangsmåte har vært først å lese gjennom alle dommene i materialet. Hensikten med denne førstegangs gjennomlesning var å danne meg et mer generelt inntrykk av ulike aspekter ved materialet. Dette gjaldt spørsmål som hvilke typer saker dette dreide seg om, hvilke typer spørsmål dommerne tok stilling til, hvordan dommene var bygget opp og skrevet, hvordan dommerne argumenterte osv. Deretter ble alle avgjørelsene systematisk gjennomgått for å kunne gi et bilde av hva den enkelte

³⁸ Dette er det eneste intervjuet som er foretatt i forbindelse med avhandlingsarbeidet.

avgjørelse handlet om og for å kunne velge ut de argumentene som knytter seg til selve ansvarsgrunnlaget. Bearbeidelsen av materialet ble foretatt ved å skrive ut fire arbeidsnotat der dommene fra henholdsvis årene fra 1866 til 1905, 1906 til 1940, 1945 til 1970 og 1971 til 2003 ble analysert. I disse arbeidsnotatene er samtlige dommer i materialet behandlet kronologisk med redegjørelse for sakens innhold, en omfattende bruk av sitater som dokumenterer måten dommerne argumenterer på, en analyse av hvilke type argumenter som er vektlagt, og en vurdering mer generelt av måten dommerne forholder seg til diskusjonen om hvorvidt det foreligger grunnlag for objektivt ansvar. Avslutningsvis i hvert arbeidsnotat er innholdet i disse argumentene systematisert og analysert i forhold til studiens teoretiske begrepsapparat. En slik fremgangsmåte innebærer et komparativt blikk over tid der det blir mulig gjennom kronologisk oppfølging å fange opp hvordan innholdet i argumentene endres, utvikles eller opprettholdes. Fordi dette materialet omfatter de dommene som over tid har dannet grunnlaget for den rettsdogmatiske diskurs av hva som er gjeldende rett, blir det mulig å fange opp hvordan argumenter etableres og utvikles innenfor dette område og dermed også hvordan forholdet mellom ulike handlingslogikker utvikler seg over tid.

Begrunnelse for og beskrivelse av empirisk område

Mitt valg har vært å rette søkelyset mot Høyesteretts rettspraksis på et område der den rettskapende virksomheten har vært tydelig. Den rettskapende funksjonen til domstolene settes ofte i sammenheng med tilfeller der domstolene løser rettsspørsmål som ikke er lovregulert eller løst i domspraksis, og domstolenes rettskapende eller rettsutviklende funksjon vil alltid være et resultat av en rettspolitisk vurdering hos dommeren (Nygaard 2000:15). Det er kun i ganske få saker at Høyesterett selv åpent har sagt at den formulerer nye rettsregler (Bernt og Doublet 1999:204). I andre saker kan det konstateres at det er dette retten i realiteten har gjort. På noen områder er rettsstilstanden blitt endret gjennom praksis uten at noe prejudikat er blitt uttrykkelig fraveket underveis (Eckhoff ved Helgesen 1997:159). For denne studiens formål har jeg valgt et område der rettsstilstanden er blitt endret over tid. I tillegg til å velge et område der reglene i stor utstrekning er skapt av domstolene selv, har jeg også valgt et område innen rettspraksis som har gjort det mulig å fange opp hvordan domstolene transformerer verdi- og nytte hensyn til rettsregler. Et område som her pekte seg ut var et av de sentrale privatrettslige områdene, nærmere bestemt erstatningsretten. I følge Gaarder er det ingen andre områder domstolenes rettskapende virksomhet trer så klart frem (Gaarder 1967:262). Samtidig er dette et område der ”reelle hensyn” over tid har spilt en vesentlig rolle: ”I den erstatningsrettslige rettspraksis er det gjennom tiden blitt lagt betydelig vekt på reelle hensyn og hvilke hensyn reglene skal tjene” (Lødrup 1999:43).

Et område innenfor erstatningsretten, som det er enighet om er utviklet gjennom rettspraksis, er reglene om ”ulovfestet objektivt ansvar”. I følge Knoph er reglene om det objektive erstatningsansvar for ”farlige bedrifter” det store eksempelet innen norsk

juss på nye regler som vokser frem gjennom rettspraksis (Knoph 1998:3). Dermed retter den empiriske analysen av rettspraksis søkelyset mot domstolenes rettsskapende virksomhet på et område der ”reelle hensyn” over tid har blitt tillagt betydelig vekt.

Ulovfestet objektivt ansvar

Det ulovfestede objektive ansvar hører inn under erstatningsretten som gjerne defineres som læren om hvor risikoen for en bestemt begivenhet skal plasseres (Lødrup 1999:13) Innenfor erstatningsretten er det mange regler som har vunnet hevd gjennom svært lang tids praksis. Dette gjelder både den ulovfestede skyldregelen, rettsgrunnsetninger om årsakskrav og reglene om ulovfestet objektivt ansvar (Nygaard 2000:15). Det generelle grunnlaget for erstatning var fra begynnelsen av 1800-tallet skyldregelen eller culperegelen som den også kalles. Forenklet vil dette si at det ikke foreligger ansvar uten skyld. Ulovfestet objektivt ansvar derimot er, ansvar som er helt uavhengig av skyld og som har utviklet seg gjennom rettspraksis siden 1860-tallet. I den juridiske litteraturen om erstatningsrett deles det ulovfestede objektive ansvaret inn i to hovedgrupper: Det som går under betegnelsen ”rent risikoansvar” viser til skade som er utslag av det som betegnes som ”normal drift”. Det vil si at skaden ikke kan føres tilbake til konkrete objektive feil, mangler eller teknisk svikt ved virksomheten m.v., men der det likevel er en uunngåelig risiko for skade. Den andre gruppen er tilfelle der årsaken til skaden blir definert å falle inn under betegnelsene ”teknisk svikt”, ”manglende sikkerhetstiltak”, ”manglende teknisk oppdatering” eller ”manglende vedlikehold”. Dette under forutsetning av at det ikke kan påvises feil av en slik karakter at det gir grunnlag for ansvar etter skyldbetraktninger. Etter at det ulovfestede objektive ansvaret var allment godkjent i teori og praksis i norsk rett, brukte en gjerne begrepet ”farlig bedrift”, mens i dag benyttes begrepene; ”virksomhet” eller ”drift”, ”ting” eller ”innretning”, noe som antyder at virkeområdet til det ulovfestede objektive ansvaret er blitt utvidet. Gjennom rettspraksis er det også etablert visse minstekrav som må være innfridd for at erstatningsgrunnlag skal foreligge. Skaden må være ”utslag av en risiko” som er skapt ved ”virksomhet” eller ”drift”, ”ting” eller ”innretning” og som den påstått ansvarlige har ”sterk nok tilknytning til”, og videre må risikoen være ”stadig”, ”typisk” og ”ekstraordinær”.

Slik det ulovfestede objektive ansvaret har utviklet seg fremstår det som sidestilt med culpaansvaret og representerer en av de viktigste nyskapningene innenfor det privatrettslige området (Lødrup 1999:114,f). Erstatningsrettens utvikling må, i følge Lødrup, også sees i sammenheng med utviklingen av sosialpolitikken og kan forklare en utvikling som er preget av en overføring av risiko fra skadelidte til skadevolder. Det er her interessant å merke seg at det norske ulovfestede objektive ansvar står i en særstilling. I Sverige og Danmark har det ulovfestede objektive ansvar ikke fått det samme omfang som i Norge (Lødrup 1999:112).

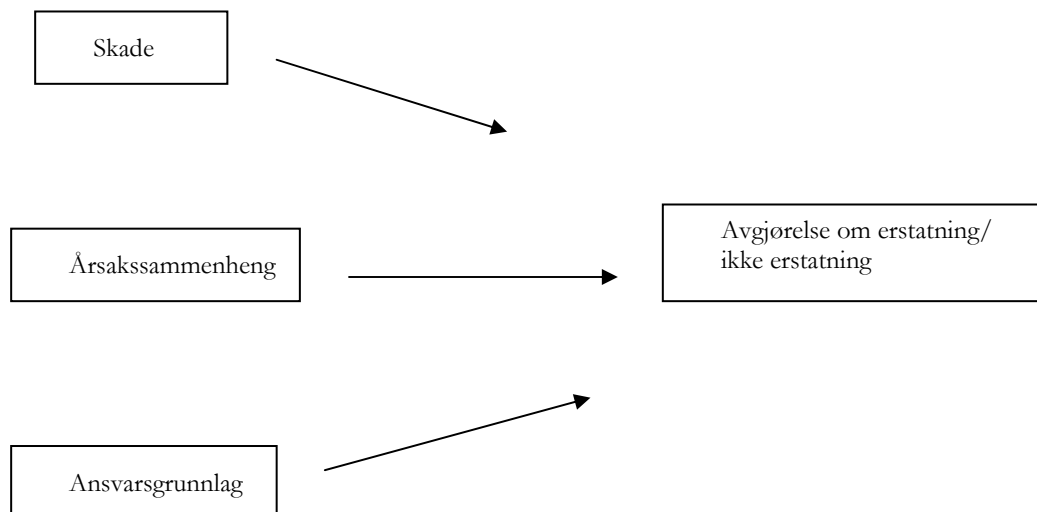
Regelen om objektivt ansvar er primært en konfliktløsende regel som tar sikte på å løse situasjoner hvor to parter ikke er enige om hvilke innbyrdes rettigheter og plikter de

har. Når en sak om objektivt erstatningsansvar kommer opp for domstolene, er det fordi en av partene retter et krav mot den andre som denne nekter å oppfylle. Når Høyesterett har avsagt dom i saken, foreligger det en autoritativ løsning av denne uenigheten i henhold til etablerte rettsnormer og med rettsvirkninger. Det at det er etablert en rettsregel om objektivt ansvar innebærer at det er definert en norm som samfunnet setter sin autoritet bak og som regulerer forholdet mellom borgerne og mellom borgerne og statsmakten (Bernt og Doublet 1992:35). Formålet med en rettsregel er å skape fred og ordnede forhold, slik at samfunnets borgere kan føle seg trygge og handle ut fra forventninger om at de i rimelig grad kan forutse virkningene av sine handlinger (Bernt og Doublet 1992:38). De direkte virkningene av domstolens praksis er tydeligst for de involverte partene i enkeltsaker. Men vi kan anta at konsekvensene også vil være omfattende fordi personer og virksomheter antas å innrette seg på de signaler som domstolene sender når de avgjør enkeltsaker, og på de reglene som Høyesterett tar utgangspunkt i når de avgjør konkrete saker. De løsningene som Høyesterett kommer frem til, og de reglene som det tas utgangspunkt i, kan ha innflytelse på hvilke oppfatninger folk flest – og ikke minst advokater – har av innbyrdes rettigheter og plikter. Det vil si at når en part retter et krav mot en annen part, vil vi anta at domstolens beslutninger i mange tilfelle danner grunnlag for oppfatninger om rettigheter og plikter. Utviklingen og anvendelsen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar kan også tenkes å ha innflytelse på folks faktiske atferd. Selv om vi ikke med sikkerhet kan si hva som ville blitt utfallet av en eventuell rettsak, er det nærliggende å anta at vi som borgere innretter oss på de signaler som domstolene gir, og at vi i en rekke situasjoner ikke reiser sak fordi vi bruker disse signalene til selv å komme frem til en løsning. Det er regler og rammer som vi benytter for å bli enig med hverandre. Det er kun i de sakene der partene ikke blir enig at rettsakene oppstår.

Avgjørelser om ulovfestet objektivt ansvar er sammensatte av ulike typer vurderinger. Det dreier seg om ansvar for særlige risikokilder, det dreier seg om vilkårene for ansvar, om vurderinger av hvem som er nærmest til å bære risiko. Dommerne må ta stilling til hvilken tålegrense som er rimelig til begge sider. Det sentrale spørsmålet er hvem som er nærmest til å bære tapet. Helt sentralt i vurderingen er om skadelidte må tåle risikoen som førte til skaden; ”denne tålegrensen vil måtte fastlegges for hvert typetilfelle, på ulike felt eller sektorer i samfunnet ut fra en konkret domspolitisk totalvurdering” (Nygaard 2000:252).

Dersom vi søker å systematisere disse elementene, kan vi se at det første som må avgjøres, er om det foreligger en skadeforvoldelse i rettslig forstand. Det må tas stilling til om det er en kausal sammenheng mellom den påståtte skadeårsak og skaden, forenklet sagt om A har ført til B. Dersom man finner en slik sammenheng, må man ta stilling til om det foreligger et grunnlag for erstatningsansvar. Ansvarsgrunnlag er det vilkår for erstatningsplikt som direkte knytter seg til den skadevoldende handling eller virksomhet. Et erstatningsansvar forutsetter altså et ansvarsgrunnlag. Innen erstatningsretten eksisterer det i dag to likestilte ansvarsgrunnlag: det subjektive skyldansvaret, culpa ansvaret, og ansvar uten skyld, det objektive ansvaret. Dersom man

finder at det foreligger ansvarsgrunnlag, må det tas stilling til om den som er skadet eller påført ulemper, er berettiget til å få økonomisk erstatning ut fra gjeldende regler for de skader/ulemper som er påført ham. Innholdet i beslutningen kan illustreres på følgende måte:



I denne analysen av hvordan Høyesterett begrunner avgjørelser om ulovfestet objektivt ansvar, er det særlig spørsmålet om ansvarsgrunnlag som analyseres.

Ansvarsgrunnlag

Som tidligere nevnt rådde culperegelen grunnen i norsk rettspraksis på det tidspunkt vi får de første avgjørelsene om objektivt ansvar. Culperegelen går ut på at folk skal handle forsvarlig (Nygaard 2000:5). Det er her viktig å være oppmerksom på at det å si at noen har opptrådt uaktsomt eller uforsvarlig, ikke i seg selv er objektive størrelser. Både i Skandinavia og i andre land har man ved culpavurderingen tradisjonelt tatt utgangspunkt i en figur som ble utviklet i romerretten: Den gode familiefar/en bonus pater familias. Spørsmålet var dette: Har skadevolderen handlet slik som den gode familiefar ville ha handlet? Eller sagt på en annen måte: Hva ville en normal, fornuftig og samvittighetsfull borger gjort i et tilfelle som dette? (Lødrup 1999:126)³⁹ I Høyesteretts begrunnelser finner vi ikke henvisninger til bonus pater familias begrepet, men til om det er eller ikke

³⁹ I nordisk erstatningsrett er i dag de fleste kritiske til å ta utgangspunkt i denne bonus pater familias – figuren, fordi det som begrep ikke har noe konkret innhold og dermed ikke gir noen handlingsveiledning. Lødrup innvender til denne kritikken at begrepet ikke betyr at man skal legge den samme standard til grunn – man må se på hvordan den kyndige og forstandige kirurg ville ha operert, og hvordan en bonus pater familias los ville ha navigert og (min tilføyelse) ikke minst hvordan en bonus pater familias dommer ville dømt. Kristen Andersen, som også tar avstand fra denne figuren, mener at vurderingen av om en handling er culpøs skal legge vekt på ”hvorvidt den med hensyn til aktsomhet eller forsvarlighet objektivt sett i alt vesentlig tilfredsstillende – eller ikke tilfredsstillende – hva man i handlingssituasjoner av den foreliggende art, faglig, sosialt og menneskelig finner det rimelig å kreve” (Andersen 1976:71). Til dette påpeker Lødrup: ”Men hvis dette er dekkende for det utgangspunkt man bør ta når culpanormen skal fastlegges, kan jeg ikke se annet enn at Kristen Andersen gir en typisk og god beskrivelse av handlemåten til en bonus pater familias” (Lødrup:1999:126).

er utvist ”uaktsomhet”, ”forsømmelse”, om noe er ”uforsvarlig” eller lignende. Hvor grensene går mellom det forsvarlige og uforsvarlige, er det domstolene som avgjør i den enkelte sak, dvs. at innholdet i aktsomhetsnormen fastsettes av domstolene. Utgangspunktet for culpavurderinger er hvorvidt handlingen som er til vurdering, er en forsvarlig handlemåte på det livsområdet som skadevolderen har beveget seg, der det er avviket fra den forsvarlige handlemåte som betinger ansvar.⁴⁰ På det tidspunktet jeg starter min analyse, var rettsoppfatningen at risikoen for skadefølger voldt ved en uaktsom handling, lå på skadevolderen. Risikoen for en skade som fulgte av en hendelig begivenhet, lå derimot på skadelidte. Ansvar knyttet til skyld ville ut fra den gjeldende rettsoppfatning bare kunne begrunnes ut fra om noen hadde opptrådt uaktsomt eller uforsvarlig.

*Lovfesting av objektivt ansvar*⁴¹

I dag er regler om objektivt ansvar dels lovfestet og dels utviklet gjennom rettspraksis. En del av reglene fantes i Christian Vs Norske Lov, og enkelte stod – iallfall formelt – uendret fra 1687 til 1985. Nå er alle generelle bestemmelser av erstatningsrettslig innhold samlet i lov om skadeerstatning av 13. juni 1969 nr. 26. Forsikrings- og trygdlovgivningen inneholder også bestemmelser som griper inn i erstatningsretten (Knoph 1998:458). I noen tilfelle har domstolene gått foran mens lovgiver har regulert i ettertid. Dette gjelder f. eks både for naboretten og vassdragsretten (Nygaard 2000:249). På andre områder har domstolene vært tilbakeholdne, mens lovgiver har grepet inn. Dette gjelder både for bilansvaret og jernbaneansvaret.

På de områder der loven gir hjemmel for objektivt ansvar, er dette gjerne kombinert med forsikringsplikt. Det kan være objektivt ansvar uten forsikringsplikt, eller objektivt ansvar med forsikringsplikt, eller forsikringsplikt kombinert med at forsikringsselskapet har det objektive ansvaret (Nygaard 2000:278). I dag er det overveiende antall skader på person dekket av en regel om objektivt ansvar eller en ordning med forsikringsplikt. Dette gjelder ikke minst transportlovgivningen som i det alt vesentlige omfatter både skade på passasjerer og utenforstående tredjepersoner, herunder tingskader (Lødrup 1999:195). Transportsektoren har over tid vært representert med et betydelig antall saker, og Høyesterett har vært tilbakeholdende med å stadfeste objektivt ansvar på dette området. Det er videre et karakteristisk trekk ved en rekke av ansvarsreglene på transportsektoren at de har sitt grunnlag i internasjonale konvensjoner. Det betyr at

⁴⁰ Selve skyldregelen har vært gjort til gjenstand for omfattende debatt i den juridiske litteraturen, og debatten har særlig vært knyttet til hvilke grenser som skulle gjelde for handlefriheten. Etter professor Nils Nygaards oppfatning av rettspraksis dømmer domstolene i skyldspørsmålet i erstatningssaker erstatning etter de samme argumentasjons- og vurderingsmønstre som folk flest ellers gjør i mellommenneskelige skyldspørsmål og har dermed i liten grad latt seg påvirke av de ulike teoretiske diskusjonene om hvordan skyldregelen skal forstås.

⁴¹ Denne fremstillingen er i hovedsak basert på Knoph 1998, Lødrup 1999 og Nygaard 2000.

reglene langt på vei er ensartet for internasjonal trafikk. Norge har i stor utstrekning også latt konvensjonenes regler få anvendelse på innenlandstrafikk.⁴²

Den første loven som i nyere tid etablerte et objektivt ansvar, var motorvognloven av 21. juni 1912. Motorvognen som risikoskaper ble erkjent på et tidspunkt da den hadde et utviklingsnivå og forekom i et antall som etter dagens målestokk gjorde den lite bekymringsfull som sosialt problem⁴³ (Lødrup 1999:195). Her har man for øvrig gått bort fra ordningen med objektivt ansvar pålagt eieren selv, men har innført en pliktig forsikring der forsikringsselskapet er objektivt ansvarlig for dekning av skadelidte. Først i 1977 ble jernbanens ansvar regulert i jernbaneansvarsloven. Da loven kom i 1977, inneholdt den bare regler om passasjeransvaret. Først ved tilleggslov 21. mai 1999 nr. 31 ble tredjemannsansvaret lovregulert (Lødrup 1999:209).

Et annet område der man var tidlig ute med lovregulering, var yrkesskadene. Yrkesskadeforsikringen omfattet arbeidstakere som var påført skader mens de var i arbeid. Den første yrkesskadelov fra 1894 gjaldt for arbeidere i fabrikker og andre ”mer farefulle industrielle virksomheter”. Dette var en ulykkesforsikringslov som ga rett til erstatning uten hensyn til om skaden var voldt ved skyld av arbeidsgiveren eller andre. Etter hvert utviklet det seg liknende forsikringsordninger for de fleste yrkesgrupper, og denne lovgivning ble slått sammen ved loven om yrkesskadetrygd fra 1958 og videreført i folketrygdloven. Yrkesskadeforsikring for alle arbeidstakere ble lovfestet ved lov om yrkesskadeforsikring 16. juni 1989 nr. 65. (Lødrup 1999:215). Denne loven er bygget opp etter det samme mønsteret som bilansvarsloven: Skadelidte har et direkte krav mot forsikringsselskapet innen de rammer som yrkesskadeforsikringsloven stiller opp (Lødrup 1999:215).

I eldre germansk rett var en mann ansvarlig for de skadene han selv, hans folk, dyr eller ting voldt, uten hensyn til skyld. Christian Vs Norske Lov fra 1687 inneholdt noen slike regler, nemlig om ansvaret for dyr og for tjenere (”husbondsansvaret”). For sjøfartsforhold har vi tilsvarende regler om ”husbondsansvar” i sjøloven § 151 (Nygaard 2000, Knoph 1998). Reglene om arbeidsgiveransvaret er i dag regulert gjennom Skadeerstatningslovens § 1–5 og kapittel to. Denne bestemmelsen avløste den gamle regelen om ”husbondansvaret”. Ved lovendringer i skadeerstatningsloven i 1985 ble ansvaret for dyr gitt utførlige regler. Dette var tidligere regulert gjennom en gammel bestemmelse i Norske Lov.

Flyansvaret som tidligere var regulert i luftfartsloven fra 1960 og en tidligere lov fra 1923 er nå regulert i lov om luftfart av 11. juni 1993 nr. 101. Ansvaret for atomanlegg er regulert i lov om atomenergivirksomhet av 12. mai 1972 nr. 28. Etter sjøloven kap. 10 er eieren av skip og lignende objektivt ansvarlig for skade som skyldes forurensning ved

⁴² Her er det unntak – jernbaneansvarslovens regler om passasjerskader gjelder bare innenriks befordring (Lødrup 1999:209).

⁴³ Frem til bilansvarslova 3.februar 1961 var det reglene i lov om motorvogn av 1926 § 30 som regulerte trafikkens skadeforvoldelser. Eieren eller brukeren var pålagt et objektivt ansvar for skader voldt ved bruk av motorvogn. Ved revisjonen av reglene i 1950-årene ble det lagt opp til et nytt system: Bileierens objektive ansvar falt bort. I stedet ble det innført en obligatorisk forsikring til gunst for skadelidte. (Lødrup 1999:196).

oljesøl fra skip. Et tilsvarende ansvar har rettighetshaverne etter lov om petroleumsvirksomhet av 29. november 1996 nr. 7 (Knoph 1998): 471). Objektivt ansvar for forurensingsskader er regulert gjennom Lov om vern mot forurensninger og avfall av 13. mars 1981 nr. 6.

På slutten av 80-tallet ble produktansvaret lovregulert gjennom lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104. På dette tidspunkt lå mange av produktskadene innenfor rammen av det ulovfestede objektive ansvaret (Lødrup 1999:219)⁴⁴. At produktansvaret blir lovfestet på slutten av åttitallet kan også her sees som et resultat av en omfattende internasjonal aktivitet på området⁴⁵.

Pasientskadeerstatningsloven ble vedtatt 15.juni 2001 etter at en midlertidig ordning med pasientskadeerstatning hadde eksistert siden 1. januar 1988. Før dette tidspunkt hadde domstolene gjennom sin rettspraksis begrenset objektivt ansvar til utelukkende de tilfeller der det hadde forekommet svikt i det tekniske utstyret.

Som denne gjennomgangen viser, skjer lovfesting av det objektive ansvaret i hovedsak etter 1970 med unntak for deler av yrkesskadene og motorvognansvaret der myndighetene var svært tidlig ute med lovregulering. Dette innebærer at mange av de områdene som tidligere ble regulert gjennom det ulovfestede objektive ansvaret, nå er regulert gjennom lov, og dermed er den samfunnsmessige betydningen av det ulovfestede objektive ansvaret redusert over tid.

Videre fremstilling

I de neste fire kapitlene beskrives og analyseres etableringen og utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar. I fremstillingen gjør jeg utstrakt bruk av sitater og presenterer innholdet i dommene. Begrunnelsen for en slik omfattende presentasjon av datamaterialet gjennom sitater er at det skal være mulig å overprøve mine tolkninger av hvilke argumenter som er vektlagt av Høyesterett, og meningsinnholdet i disse. Dette har igjen sammenheng med at jeg her går inn på et område som i svært liten grad er gjort til gjenstand for samfunnsvitenskapelige analyser. Det er likevel slik at dette materialet er lett tilgjengelig, da alle dommene finnes i fulltekst i Norsk retstidende. Dessuten er alle høyesterettsavgjørelser etter 1945 lagt inn i Lovdatas baser og dermed

⁴⁴ Lødrup hevder at det allerede før produktansvarsloven var et omfattende objektivt ansvar for produsenten, og at det ulovfestede objektive ansvaret fortsatt har betydning på dette området, fordi produktansvarsloven ikke på en uttømmende måte regulerer produsentens ansvar. Dette betyr at dersom man kommer til at ansvar ikke følger av produktansvarsloven, er det i prinsippet mulig å komme frem ved de ellers gjeldende ulovfestede reglene om objektivt ansvar (Lødrup 1999:222).

⁴⁵ Europarådet tok i begynnelsen av 1970 årene opp arbeidet med en konvensjon om produktansvar, et arbeid som førte til at Norge startet et lovarbeid om produktansvaret. Dette arbeidet resulterte i NOU 1980:29, men fordi arbeidet med EF-direktivet ikke var ferdig, ble arbeidet med den norske lovgivning lagt i bero. Etter at rådsdirektivet ble vedtatt 25.juli 1985, ble produktansvarsloven vedtatt i desember 1988. Fordi den norske loven på dette området bygger på Europarådskonvensjonen som også dannet mønster for EF-direktivet, ble det ikke behov for å gjøre vesentlige endringer i produktansvarsloven i forbindelse med EØS-avtalen. At produktansvarsloven ved EØS-avtalen har fått sin forankring i EF-direktivet, får betydning for hvordan den tolkes. Etter systemet innen EØS har en norsk domstol adgang til å forelegge tolkingstvil for EFTA-domstolen. Men en norsk domstol har ikke som EU-landene plikt til å forelegge spørsmålet for EF-domstolen og heller ingen plikt til å følge domstolens tolkingresultat.

tilgjengelig elektronisk. For avgjørelser fra før 1945 er de avgjørelser som er referert etter 1945, lagt inn i databasene.

KAPITTEL 4

En ny rettsregel etableres i stillhet

Innledning

Hvordan kunne Høyesterett etablere et helt nytt ansvarsprinsipp uten å ha lovgivning å støtte seg til? Hvordan kunne denne endringen skje når retten som beslutningssystem er kjennetegnet av at konflikter skal løses på grunnlag av generelle regler som i størst mulig grad skal være definert i forkant av den aktuelle konflikt? I dette kapitlet ser jeg nærmere på hvordan begrunnelsene i dommene endrer seg fra utelukkende å pålegge ansvar på skyldgrunnlag til også å omfatte ansvar uten skyld. Ved å analysere begrunnelsene i de høyesterettsavgjørelsene som leder frem mot en rettsregel som også gir erstatning uten skyldansvar, vil jeg søke å forklare hvordan og hvorfor denne endringen skjer. Følgende spørsmål søkes besvart: Inneholder høyesterettsdommene begrunnelser med henvisning til nytteeffekten av avgjørelsen? Inneholder høyesterettsdommene begrunnelser med henvisning til generelle prinsipper for hva som er godt eller dårlig? Skjer etableringen av det objektive ansvarsgrunnlaget som en gradvis endring eller er det slik at etableringen tar form av et rent brudd med tidligere praksis. Er det spor av argumenter, regler og prinsipper fra andre rettsområder? Inneholder begrunnelsene henvisning til rettspraksis? Hvordan utvikler de innholdsmessige kriterier for det ulovfestede objektive ansvaret seg i denne perioden? Er det slik at det finner sted en gradvis utvikling og spesifisering av argumentene eller er det mulig å identifisere tydelige brudd med tidligere praksis? Er det trekk ved Høyesterett som institusjon som kan forklare måten domstolen responderer på?

Høyesterettsdommer i perioden 1866 – 1905

I det følgende vil det bli gitt en kronologisk fremstilling av dommene. Den kronologiske fremstillingen er valgt fordi den ivaretar behovet for å etterspore utvikling over tid. Det ulovfestede objektive ansvaret etableres i Norge over en førtiårsperiode fra 1866 til 1905. De aller første dommene som i realiteten etablerer det objektive ansvaret i norsk rettspraksis, gjelder i hovedsak bedrifter eller virksomheter som skader sine omgivelser. Den første dommen som pålegger et rent objektive ansvar, er den såkalte "Vannledningsdommen" (Rt 1905 715). Før dette ble det avsagt ni høyesterettsdommer som berørte spørsmålet om erstatningsansvar uten skyld. Det er disse dommene jeg her gjør til gjenstand for en første analyse. Den første saken handler om hvorvidt en grunneier skulle få erstatning for den skaden som var påført eiendommen hans som

følge av driften av jernbanen (Rt 1866 735). Lignende saker gjaldt skader på eiendom som følge av driften av et gassverk og en dampsg (Rt 1874 409, Rt 1882 38). To saker dreier seg om skader som var påført eiendommer langs elver som følge av bølgeslag fra dampskip (Rt 1874 145, Rt 1889 642). En sak dreier seg om en nitroglyserinfabrikk som eksploderte og påførte naboeiendommen store skader (Rt 1875 330), en sak handler om en tønne som falt ned fra en heis og skadet båt og mannskap (Rt 1889 65), en sak handler om en hvorvidt en kvinne skulle bli tilkjent erstatning for de skader hun fikk da hun ble påkjørt av en hestevogn i en bygate (Rt 1900 753) og en sak dreier seg om hvorvidt en gutt på 6 1/2 år skulle få erstatning for skader han ble påført fra en tennhette han hadde funnet i en ulåst ammunisjonskasse som tilhørte et kommunalt ingeniørvesen (Rt 1904 394). Den siste dommen i dette materialet er den såkalte Vannledningsdommen der spørsmålet var om eieren av et bakeri skulle få erstatning for skader som var påført bakeriet som følge av brudd på den kommunale vannledningen (Rt 1905 715).

Av disse ti dommene blir seks dommer avgjort enstemmig, mens 4 dommer (40 %) blir avgjort med dissens. I seks av sakene er partene private personer og private bedrifter. I to av sakene er partene private personer og norske kommuner. I en sak er partene privat person og kommunal bedrift, og i en sak er partene privat person og Den norske hovedjernbane som på dette tidspunkt var et privat aksjeselskap. I syv av sakene i denne perioden tilkjennes erstatning. I de tre sakene der det ikke tilkjennes erstatning, er en sak avgjort med dissens, de to øvrige er enstemmige. I disse tre sakene er det henholdsvis en kommunal bedrift, en privat bedrift og en kommune som ikke blir holdt erstatningsansvarlig.

Eiendom skadet av jernbanedrift (Rt 1866 735)

Den første saken i materialet gjaldt spørsmål om erstatning for tap som Lods Peder Olsen var påført, ved at jernbaneverket hadde holdt en av innkjørselsportene til eiendommen hans stengt i lengre perioder, for skade som var påført ved at vann strømmet inn i kjellerrom som resultat av anleggelse av jernbanelinjen og for det tap som ble påført ham ved verdiforringelse av huset som følge av driften av jernbanen (Rt 1866 735). Det er særlig det siste punktet som er av interesse for oss. Når det gjelder de øvrige spørsmålene som saken reiste, ble disse avgjort ut fra de gjeldende skyldreglene. Dommen er enstemmig. I begrunnelsen slås det fast at driften av jernbanen foregikk på en lovlig måte. Det var altså ikke noe å bebreide jernbanen for når det gjaldt selve driften av virksomheten. I Høyesteretts begrunnelse heter det:

”I Alminnelighed kan man, ved at benytte en Vei paa den Maade Lovgivningen tilsteder Adgang til, ikke blive pligtig til Erstatning. Men naar Tilfældet er som her, nemlig at Banen er anlagt lige i Nærheden, kun nogle faa Alen fra et Hus, at der udstømmer Røg og Damp, hver Gang Locomotivet gaaer forbi, og at dette ikke blot er kortvarigt, medens Trænet en enkelt Gang hurtig farer forbi Huset, men at man derimod holder paa i længere Tid at Gangen, lige indtil 2 timer – da forekommer det mig, at de Ulemper og den Skade, som paa den Maade afstedkommes, er saa exstraordinær og af saadant Omfang, at den private Eier maa være berettiget til at faae den Skade, som paa denne

Maade paaføres ham, erstattet. Derved vil jeg ikke have udtalt noget Princip, som i ethvert Tilfælde skulle følges. Det ligger i, hvad jeg har sagt, at ingen Erstatning vil kunne fordres, naar Jærnbanen gaaer hurtig forbi Huset; men her finder Saadant Sted i længere Tid, og der skeer en stadig Udstrømning af saadanne Partikler, som medføre Skade og Ulempe for Huset. Hvad der gjælder om Røgen og Dampen, gjælder ogsaa om Rystelsen. Jo oftere Trænet farer forbi, jo større er Rystelsen, og den vedholdende Rystelse frembringer en Skade, som ikke fra Begyndelsen af kunde Paaregnes. Jeg anteger saaledes, at Indstævnte ogsaa i denne Post maa tilkjendes Ersatning hos Appellanten” (Rt 1866:747).

Dette er en begrunnelse som inneholder flere ulike typer argumenter. For det første slås det fast at en virksomhet som er lovlig, kan komme til å medføre erstatning. Ved å slå dette fast går man egentlig utenom et av de grunnleggende spørsmålene i gjeldende rett, nemlig om det foreligger skyld eller ikke. I stedet trekker man i begrunnelsen frem det som er særskilt for denne situasjonen ved å fremheve at:

”...naar Tilfældet er som her, nemlig at Banen er anlagt lige i Nærheden, kun nogle faa Alen fra et Hus, at der udstrømmer Røg og Damp, hver Gang Locomotivet gaaer forbi, og at dette ikke blot er kortvarigt, medens Trænet en enkelt Gang hurtig farer forbi Huset, men at man derimod holder paa i længere Tid at Gangen” (1866:747).

Det neste argumentet i begrunnelsen er en prinsippvurdering basert på rimelighetsbetraktninger. Det heter nemlig:

”at de Ulemper og den Skade, som paa den Maade afstedkommes, er saa ekstraordinær og af saadant Omfang, at den private Eier maa være berettiget til at faae den Skade, som paa denne Maade paaføres ham, erstattet” (Rt 1866:747).

Resonnementet er at det vil være urimelig å belaste en uskyldig tredjepart dersom ulempene virksomheten medfører, er store. Det er altså konsekvensen for en av partene i saken som her blir vurdert, men argumentene i begrunnelsen henviser til generelle prinsipper om hva som her oppfattes å være rimelig eller urimelig. Denne dommen er den første av flere dommer som slår fast at en grunneier ikke ansvarsfritt kunne påføre sine naboer ekstraordinære og uforholdsmessige ulemper (Lødrup 1999:247). Det er altså under innflytelse fra et annet område innen jussen, nemlig naboretten, at vi får de aller første avgjørelsene om objektivt erstatningsansvar. Det er dermed fra naboretten de første avgjørelseskriteriene, nemlig ekstraordinære og uforholdsmessige ulemper, hentes. Begrunnelsen er knyttet til at den skade som jernbanen her påfører en privat eiendom, er så ekstraordinær og av et slikt omfang at eieren må være berettiget til å få erstatning. Bruk av vei innenfor den ramme som loven gir, vil vanligvis ikke medføre erstatning, men i dette tilfellet defineres imidlertid situasjonen som spesiell og ulempene som uforholdsmessige og ekstraordinære. Det er også verdt å legge merke til at det i dommen understrekes at selv om man har ilagt erstatningsansvar i denne spesielle saken reserverer man seg mot å stille opp generelle prinsipper for hvordan tilsvarende saker skal avgjøres. Dette kan antyde at domstolene her er bevisst at de treffer avgjørelser som er i strid med den gjeldende rettsoppfatning på området, og det å ta slike reservasjoner blir en måte å dempe avstanden fra den enkelte avgjørelsen til den generelle rettsopp-

fatningen på tidspunktet saken ble avgjort. I denne saken begrunnes altså erstatning ut fra ulike argumenter; ved ikke å ta direkte stilling til om det foreligger skyld eller ikke, ved å definere saken som særskilt, ved å reservere seg mot å trekke opp generelle prinsipp som senere saker kan avgjøres ut fra, ved verdivurderinger basert på rimelighetsbetraktninger og ved å hente avgjørelseskriterier fra et annet område av jussen, nemlig naboretten.

Bølgeslagdom I (Rt 1874 145)

Den andre saken i materialet gjaldt et dampskip som gjennom sin fart på en elv gjorde skade på eiendom langs bredden ved bølgeslag. I begrunnelsen heter det at Høyesterett aldri tidligere har uttalt seg om dampskipsfartens erstatningsplikt for skade på stranden. I begrunnelsen tas det først stilling til om dampskipet gjennom bølgeslag faktisk har påført skader på eiendommen:

”Hvad angaar Dampskibet ’Statsraad Stang’, om hvilket der allene her er Spørgsmaal, maa jeg ogsaa ansee det oplyst, at adskillig Skade er tilføiet Appellantens Eiendom derved, at Dampskibsbølgerne efterhaanden dels have bortført den allerede løse Jord og dels undergravet Jordmonnet, saaledes at Jord, Torv, Træer og Grus er faldt ud og bortrevet af Elven” (Rt 1874:162).

Dernest til om skaden er å oppfatte som et hendelig uhell, noe som hevdes av saksøkte:

”Fra Dampskibets Side er paaberaabt, at Elven er aaben for Færsel med Baade, Seilskibe og Dampskibe, og da Dampskibet, efter hvad der er oplyst, aldrig har stødt an mod Appellantens Eiendom, men har holdt sig midt i Elven uden at berøre Bredderne, og da det heller ikke er bevist, at Dampskibet under dets Fart har gjort sig skyldig i nogen færlig Uforsigtighed eller har gaaet anderledes end det efter Fartens Natur var nødvendigt og rigtigt, saa kan det ikke pligte nogen Erstatning for den Skade, som de Bølger, Dampskibets Gang nødvendig maatte medføre, have forvoldt paa Appellantens Eiendom, hvilken Skade derfor maa ansees i Forhold til Dampskibet som rent hændelig” (Rt 1874: 162).

Det er tidligere gjort rede for at ansvaret for hendelige uhell på dette tidspunktet lå på skadelidte, men i stedet for å gå direkte inn på denne diskusjonen, unnlater dommeren å ta opp dette spørsmålet ved, på samme måte som i den forrige saken, å definere situasjonen som spesiell:

”Det maa nemlig her komme i væsentlig Betragtning, at Dampskibsfart paa vore Elve og da navnlig paa den her omhandlede Elv, hvor Dampskibsfart først begyndte i Aaret 1852, da Dampskibet ’Statsraad Stang’ blev sat igang, er noget ganske Nyt” (Rt 1874:162).

Det vil si at Høyesterett her på en måte unngår å ta stilling til om dampskipet har utvist uaktsomhet ved å begrunne erstatning med at dampskipsfart på norske elver er et nytt fenomen. Samtidig tar man forbehold ved å antyde at skaden muligens ikke var helt uunngåelig og at det dermed kunne ha vært utvist større forsiktighet fra dampskipets side:

”Det kan derhos heller ikke erkjendes at være paa det Rene, at det er uundgaaeligt, at Dampskibet maa gjøre Skade” (Rt.1874:162).

Gjennom å tøyne kravet til aktsomhet unngår Høyesterett å komme i konflikt med den gjeldende rettsoppfatning om ”intet ansvar uten skyld”.

I denne dommen har prinsippvurderinger vesentlig plass:

”..... det vilde være unaturligt og ubilligt at lade det gaa ud over de uskyldige Eiere af disse, istedetfor at lægge Ansvaret paa dem, som har truffet den nye Foranstaltning, hvorfra Skaden hidrører..... Det vilde efter min Mening være pligtig at begunstige Dampskibets Eiere eller de deri paa anden Maade Interesserede paa de tilstødende Landeieres Bekostning, som dog synes at maatte have fuldkommen ligesaa stærkt Krav paa Beskyttelse for sin Eiendom som Dampskibets Vedkommende paa at kunne benytte Elven til Dampskibsfart. Jeg antaget saaledes, at ogsaa Dampskibet maa svare Erstatning for den Skade, som ved dettes Gang er opstaaet for Appellanten” (Rt 1874:162,163).

Høyesterett sier her at det ville fremtre som ”unaturligt og ubilligt” å la de foreliggende skader på eiendommene ”gaa udover de uskyldige ejere”, idet det ville ”være utilbørligen at begunstige Dampskibets Ejere eller de deri paa anden Maade interesserede paa de tilstødende Landeieres Bekostning”.

På samme måte som i den forrige dommen tas det reservasjoner mot å stadfeste et generelt prinsipp:

”Jeg vil hermed ikke have udtalt nogen Mening om, hvorvidt Dampskibe overhoved skulde være pligtige til at erstatte den Skade, som den ved dem forvolte Bølgegang maatte medføre på andre Steder i alminnelige Seilløb eller deslige” (Rt 1874:163).

Denne dommen ble avsagt under dissens og et mindretall på to fant at det ikke forelå noe grunnlag for erstatning for dampskipets skade på elvebredden. De definerte bølgeslag som et hendelig uhell som ut fra de gjeldende erstatningsregler ikke kunne begrunne erstatning. I mindretallets begrunnelse heter det:

”Derimod kan jeg ikke være enig med Førstvoterende i, at en saadan Skade maa blive at erstatte af de Indstevnte..... Dampskibsfarten aldeles uafhængig af, hvorvidt den i Udøvelsen medfører nogen Skade for Grundeieren, idet nemlig i juridisk Forstand en Skade maa ansees hændelig, forsaavidt som Vedkommende ikke i Udøvelsen af sin Bedrift utilbørlig har tilsidesat Hensynet til Andres Rettigheder” (Rt 1874:166).

Dommen illustrerer dermed noe av den brytningen som finner sted i denne første perioden. Dette tydeliggjøres blant annet av mindretallets oppfatning om skaden som et hendelig uhell som dermed ikke kan begrunne erstatning ut fra gjeldende rettsoppfatning. I følge Kristen Andersen var det neppe tvilsomt at disse antydninger og denne presisering må sees som et uttrykk for at Høyesterett hadde en fornemmelse av å komme i konflikt med de erstatningsrettslige forestillinger som hittil hadde vært de rådende, og nødvendig ville innlate seg på et for radikalt brudd med disse forestillinger (Andersen 1976:304). Det er heller ikke noen henvisning til argumentasjonen i den første saken slik at disse sakene fremstår som to uavhengige saker. I begrunnelsen legges det vesentlig vekt på at dampskip på dette tidspunktet er noe helt nytt i våre elver og at

det vil være rimelig å legge ansvaret for skaden på de som eier den nye innretningen, og at det vil være tilsvarende urimelig om skaden her skulle gå ut over innehaverne av eiendommene langs elven som her er uskyldige.

I likhet med tidligere avgjørelser begrunnes erstatning ut fra ulike typer argumenter. I motsetning til den forrige dommen, der det ikke ble tatt stilling til skyldspørsmålet, tøyes i stedet kravet til aktsomhet svært langt. Her er det ikke spørsmål om ulempenes eller skadens omfang som defineres som det spesielle i saken, i stedet defineres dampskipsfart på norske elver som spesielt, som nytt. Det vil si at i begge sakene trekkes det særskilte frem som en vesentlig begrunnelse for å pålegge skadevolder erstatning; i den forrige saken de ekstraordinære og omfattende ulempene, her ”det nye” ved driften. Felles for begge sakene er den sterke vekten som legges på konsekvensen for skadelidte. Rene rimelighetsvurderinger synes å ha en betydelig vekt i argumentasjonene.

Skade på eiendom som følge av driften til et gassverk (Rt 1874 409)

Mens de to foregående sakene er eksempler på saker der skadelidte blir tilkjent erstatning, er den neste saken et eksempel på en sak der saksøker ikke får medhold i kravet om erstatning. Saken har mange likhetspunkter med den første saken (1866 735) fordi det i begge sakene dreier seg om ulemper og skader som påføres en naboeiendom. Saken gjaldt et lovlig oppført gassverk i Arendal som etter at det var kommet i drift påførte naboeiendommen skade og ulempe ved røyk, kullstøv og stank. Naboeiendommens eier anla sak mot gassverket med påstand om at gassverket var erstatningsansvarlig uten hensyn til skyld. Dette fikk han ikke medhold i. Dommen er avsagt under dissens, og ved å holde flertallets og mindretallets begrunnelser opp mot hverandre kommer klare forskjeller frem. Dommen er avsagt 8 år senere enn den første dommen, men førstvoterende står helt fremmed for tanken om å pålegge objektivt ansvar:

”Det ligger imidlertid formentlig i og med Retten til at drive en vis bestemt Næringsvei eller industriel Virksomhed, at Driften af samme ikke kan medføre nogen Forpligtelse til at erstatte den Ulempe, som en Nabo herved maatte finde sig paaført, naar kun denne Ulempe ikke er større eller anden end den, som er en nødvendig Følge af selve Virksomheden, forsaavidt som denne foregaar paa en forsvarlig Maade. Kun hvor Driften af er saadant Anlæg foregaar paa en uforsvarlig Maade eller saaledes, at den forarsager Ulempe og Skade i et videre Omfang end der nødvendig er en Følge af selve den Bedrift, hvorom der er Spørgsmaal, kan der blive spørgsmaal om, hvorvidt ikke den saaledes mindre forsvarlige Driftsmaade maatte medføre Forpligtelse til erstatning, men herom er der i nærværende Tilfælde ikke Spørgsmaal” (1874:412,413).

Førstvoterende inntar det standpunkt at erstatningsansvar aldri kan inntreffe såfremt vedkommende bedrifts virksomhet foregår på en forsvarlig måte. Derfor er det særlig interessant å her se mindretallets synspunkt som en kontrast. Heller ikke mindretallet går inn for å pålegge erstatning, men begrunnelsen atskiller seg vesentlig fra førstvoterendes begrunnelse:

”Med Hensyn til Erstatningsspørgsmaalet der altsaa efter min Mening maa afgjøres uden alt Hensyn til den af Reguleringskommissionen meddelte Tilladelse kan jeg ikke finde det afgjørende, at den Virksomhed, der forvolder Skade, finder Sted paa Vedkommendes egen Grund, hvis det dog er Tilfældet, at den ligefrem paavirker Naboens Eiendom paa en Maade, der ligger udenfor det, som Naboforholdet ordentligvis eller jevnlig medfører, og som man derfor maa sige, at Enhver, der erhverver fast Eiendom, bør være forberedt paa at maatte taale” (Rt 1874:416).

Mindretallet er her mer i tråd med den første dommen som slo fast at en lovlig virksomhet i visse tilfelle kunne komme til å medføre erstatning, men på samme måte som i ”Bølgeslagdom I” tar ikke mindretallet stilling til om ansvar kan pålegges uten skyld. I stedet tøytes kravet til aktsomhet så langt at det i realiteten ikke er noe innhold i det:

”Heller ikke kan jeg finde det afgjørende, at de Ulemper, som Virksomheden forvolder, kun ere saadanne, som ere en nødvendig Følge af selve Virksomheden, naar denne drives paa den Maade, som dens Beskaffenhed medfører. Thi hvis en Virksomhed er saadan, at den, ogsaa naar den drives paa den Maade, dens Beskaffenhed medfører, øver en skadelig Indvirkning paa Naboeiendommen, kan selve det Faktum, at Virksomheden finder Sted saa nær ved Naboeiendom, navnlig Naboens Bygninger, at samme derved paaføres ekstraordinær og forholdsmæssige Ulemper, blive at anse som noget i sig selv Utilbørligt og Uforsvarligt, som maa medføre Erstatningspligt” (Rt 1874:416).

Førstvoterende avviser at Rt 1866 735 kan komme til anvendelse i denne saken, fordi erstatningen i dette tilfellet hadde sammenheng med en forutgående ekspropriasjon. Dette synspunktet deles ikke av mindretallet:

”At er Anlæg, der udsender Røg og Damp, udbreder Stank eller desl., kan være af den Beskaffenhed, at det maa erklæres uforsvarligt at anbringe samme altfor nær ved Naboens Hus, lader sig efter min Mening ikke nægte. At ogsaa Høiesteret har været af samme Anskuelse, forekommer mig at fremgaa af den ogsaa af Førstvoterende citerede Høiesteretsdom af 5 Oktbr. 1866 i Sagen mellem Hovedjernbanen og Lods Peder Olsen (Rt 1866 735 flg. *) ...Hvad der under hin Sag var det Afgjørende,..... det Hensyn, at de Ulemper og den Skade som vare forvoldte, vare saa ekstraordinære og af er saadant Omfang, at det ikke fandtes rimeligt, at den ene Grundeier skulde behøve at finde sig i uden Erstatning at paaføres saadant af den anden” (Rt 1874:416,417).

Mindretallet tar utgangspunkt i tilsvarende avgjørelseskriterier som var til stede i Rt 1866 735, nemlig at ulempene er ekstraordinære og av et omfang som gjør at det er urimelig at de skal påføres andre uten erstatning. Når mindretallet først har slått fast at ekstraordinære og omfattende ulemper kan medføre erstatning, blir diskusjonen om disse ulempene i dette tilfellet er av en slik art, og som det fremgår av begrunnelsen finner ikke mindretallet at ulempene er av en slik art:

”Efter de foreliggende Oplysninger tør jeg dog ikke erklære de Ulemper, som Gasværket har medført for Appellantens Eiendom, for at være saa store eller af en saa ekstraordinær Beskaffenhed, at de skulde begrunde Ret til Erstatning” (Rt 1874:417).

Dommen illustrerer på flere måter at retten er i en brytningstid. Selv om førstvoterende hevder ”ingen erstatning uten skyld”, tyder en del av hans argumentasjon på at han er

seg bevisst at dette kan bli utfordret. I deler av begrunnelsen polemiserer han nærmest med synspunktene som er fremme i Rt 1866 735:

”At man i saa Tilfælde skulde være forpligtet til at udrede Erstatning til Enhver, som kunde paavise at han i større eller mindre Grad blev forulempet ved en forøvrigt tilladelig Bedrift, vilde indeholde en Modsigelse, og kunde saaledes ikke med nogen Rimelighed indrømmes. Det er ogsaa en erkjendt Sag, at der er mangfoldige Ulemper, som i større eller mindre Grad ere en Følge af det Brug, en Eier gjør af sin Eiendom, men som Naboen maa finde sig i som Følge af Naboforholdet, idet den, der vil nyde Fordelen af et civiliseret Samfund, maa finde sig i de Ubehageligheder, som dette fører med sig” (Rt 1874:412).

Og videre:

”aldenstund ingen Regel i saa Henseende haves, Størrelsen af Ulemperne dog ikke kan være det afgjørende for, hvorvidt man skulde ansees berettiget til at fordre samme erstattet. Og hvor skulde saa Skadeserstatningspligten ophøre?” (Rt 1874:413)

Måten førstvoterende her argumenterer på, har klare innslag av konsekvensbaserte vurderinger. Utsagnet om at den som vil nyte fordelene av et sivilisert samfunn også må finne seg i de ulempene dette medfører, er et eksempel på en nyttevurdering. Førstvoterende er også opptatt av konsekvensene ved å treffe avgjørelser om erstatning mer generelt ved å stille spørsmålet: ”Og hvor skulde saa Skadeserstatningspligten ophøre?” (Rt 1874:413).

I denne dommen er det den etablerte rettsoppfatning om ”intet ansvar uten skyld” som får gjennomslag. Samtidig illustrerer mindretallets begrunnelse at retten her er på søking etter et nytt ansvarsgrunnlag, men fortsatt er det slik at de holder seg innen såkalte culparettslige tankebaner ved å tøyne kravet til aktsomhet. Jeg finner også de første sporene av at tidligere dommer får betydning for avgjørelseskriteriene. Både diskusjonen om lovlige virksomheters mulige erstatningsplikt og diskusjonen om hvorvidt ulempene er ekstraordinære og av et slikt omfang at de kan begrunne erstatning, er uttrykk for dette. Konsekvensorienterte argumenter er til stede gjennom førstvoterendes uttalelse om at den som vil nyte fordelene av et sivilisert samfunn må finne seg i de ubehageligheter som dette fører med seg. Dette er samtidig et eksempel på en avveining mellom det enkelte individs og flertallets interesser. Nytttevurderinger er også tilstede ved at søkelyset rettes mot konsekvensene av å treffe avgjørelser på objektivt grunnlag mer generelt. Ser vi dommen under ett, synes både flertallet og mindretallet å innse at den nye tid åpner for nye vurderinger av retten; noen står ensidig på fremskrittets eller entreprenørens side, mens andre mener at de må bære omkostningene ved de ulempene de påfører andre. Dommen er også en interessant dom ut fra det faktum at det gjennom ulikheter mellom mindretallet og flertallets begrunnelser kommer til uttrykk betydelige variasjoner i oppfatninger om hva som er gjeldende rett. Et inntrykk som ytterligere forsterkes når vi ser på den neste dommen i materialet.

Nitroglycerindommen (Rt 1875 330)

Saken gjaldt en nitroglycerin-fabrikk på Lysaker som plutselig eksploderte en morgen med det resultat at en av naboeiendommene ble alvorlig skadet. Eierne av naboeiendommen gikk til erstatningssøksmål. Begrunnelsen for søksmålet var at en så farlig innretning som en nitroglycerin-fabrikk måtte være ansvarlig for følgene av slike eksplosjoner, uansett om det forelå uaktsomhet eller ikke. Dommen er enstemmig.

I begrunnelsen slås det først fast at lovlige virksomheter i særlige tilfelle kan komme til å medføre erstatning. For å begrunne dette standpunkt henvises det her til både Rt 1866 735 og 1874 409. I førstnevnte dom ble, som tidligere redegjort for, dette synspunktet slått fast. Når det gjelder den andre dommen som det her henvises til synes det som mer tvilsomt. Som jeg tidligere har redegjort for, gikk førstvoterende som her tilhørte flertallet, tvert imot inn for det motsatte standpunkt, mens mindretallet hevdet at slike virksomheter kunne komme til å bli erstatningspliktige for skader tilført en uskyldig tredjepart. Det er derfor interessant å merke seg at førstvoterende i "Nitroglycerinsaken" bruker Rt 1866 735 og sin egen begrunnelse, som var mindretallets begrunnelse i Rt 1874 409 som grunnlag for å slå fast dette synspunktet. Dette illustrerer igjen at retten er i en søkefase og at det er en relativt stor fleksibilitet i rettsystemet. En fleksibilitet som her illustreres ved at førstvoterende påberoper seg mindretallets standpunkt i en tidligere dom som grunnlag for et standpunkt man selv inntar på et senere tidspunkt.

"De domme, hvortil jeg her sigter, er navnlig Høiesteretsdom av 5 Oktbr. 1866 i Sag mellem Hovedjernbanen og Lods Peder Olsen (Rt 1866 735 flgg.) og Høiesteretsdom av 26 Mai 1874 i Sag mellem Skibsfører Gjeruldsen og Direktionen for Arendals Gasværk (Rt 1874 409) Jeg antager det ved disse Domme afgjort, at naar en Virksomhed er af en saadan Beskaffenhed at den ligefrem paavirker en Naboeiendom paa en Maade, der ligger udenfor det, som Naboforholdet ordentligvis eller rimeligvis medfører og som det derfor kan siges, at Enhver, der erhverver sig fast Eiendom, maa være forberedt paa at måtte finde sig i, saa maa det Faktum at en saadan Virksomhed foregaar saa nær ved Naboeiendom, at denne derved paaføres slige ekstraordinære og uforholdsmæssige ulemper, ansees som noget i sig selv Utilbørligt og Uforsvarligt, der maa medføre Erstatningspligt" (1875:331).

I spørsmålet om det foreligger uaktsomhet eller ikke, altså spørsmålet om skyld på subjektivt eller objektivt grunnlag, finner vi i denne begrunnelsen både en tøyning av kravet til aktsomhet samtidig som det også sies at det kan bli spørsmål om erstatning uten hensyn til om noen uaktsom eller uforsvarlig handling kan dokumenteres. Dermed synes denne dommen å gå ytterligere et skritt i retning av å stadfeste et objektivt skyldgrunnlag. Førstvoterende hevder først at:

"Jeg maa give Appellanten medhold i den Betragtningmaade, som han under sin principale Procedyre har gjort gjældende, at Nitroglycerin-fabrikens Eiere maa være Naboerne ansvarlige for den Skade, som bevirkes ved Explosion, uden Hensyn til, om denne hidrører fra nogen Uagtsomhed under Tilvirkningen eller Behandlingen av det farlige Stof, eller ikke" (1875:331).

Senere i begrunnelsen hevdes et likelydende standpunkt som han inntok i Rt 1874 409:

” maa det efter min Mening ansees for et uforsvarlig og utilbørlig Forhold, der maa medføre Erstatningspligt” (1875: 332)

I denne begrunnelsen kommer det inn et nytt moment som ikke har vært oppe i de foregående sakene, nemlig spørsmålet om risiko:

”Nitroglycerin er nemlig et saa overordentlig farligt Stof, at der er al Sandsynlighed for, at der under tilvirkningen af samme med kortere eller længre Mellemrum vil indtræffe Uheld som bevirke Explosion, og naar desuagtet en saadan Fabrik anlægges og drives saa tæt ved Naboeiendom, at denne ved intræffede Explosion er udsat for at tilføies Skade, maa det efter min Mening ansees for et uforsvarlig og utilbørlig forhold, der maa medføre Erstatningspligt. Jeg skjønner ikke, at det kan ansees for mere end en rimelig Fordring at den der anlægges og driver en Nitroglycerinfabrik, skal tage Hensyn til den Sandsynlighed, der er for, at Fabriken i Tidens Løb vil komme til at gjøre Skade i større eller mindre Omfang, og at han enten skal indrette sig saaledes, at Skaden ikke kommer til at ramme Naboer, hvilket jo vil kunne ske ved at give Fabriken plads i en tilstrækkelig Afstand fra Nabogrund eller ogsaa give Erstatning i indtræffende tilfælde” (Rt 1875:332).

To elementer synes å stå sentralt i begrunnelsen. På den ene siden så er nitroglycerin et ”overordentlig farligt Stof” og for det andre at ”der er al Sandsynlighed for, at der under tilvirkningen af samme med kortere eller længre mellemrum vil indtræffe Uheld som bevirke Explosion”.

I denne dommen bygges det videre på de tidligere etablerte avgjørelseskriteriene om ekstraordinære og uforholdsmessige ulemper:

”Hvorvidt de Ulemper der foraarsages, ere at anse som saa Extraordinære og uforholdsmessige, at Naboen ikke behøver at finde sig deri, maa da blive at afgjøre efter et rimelig Skjøn og efter Omstændighederne i ethvert enkelt Tilfælde” (Rt 1875:331).

Mens det i de foregående sakene dreide seg om stadige ulemper som følge av driften av jernbane, dampskip og gassverk, er skadeårsaken her en ulykke med omfattende skader.

”I saa Henseende er der jo mellom nærv. Sag og de to af mig citerede ældre Sager den Forskjel, at der i hine Sager var Spørgsmaal om stadige Ulemper, som vare en Følge af vedkommende Virksomhed, medens der i nærv. Tilfælde er Spørgsmaal ikke om Stadige Ulemper, men om en saameget mere intens Skade, naar det Uheld indtræffer, at Fabriken exploderer. Jeg antager imidlertid, at Resultatet i nærv. tilfælde maa blive det samme, nemlig at ogsaa den her omhandlede bedrift maa siges at være af den Beskaffenhed, at Vedkommende enten maa indrette sig saaledes, at Naboerne ere sikre for Skade, eller ogsaa finde sig i, at erstatte den Skade, som sker. Ved en Explosion som den, der i det foreliggende tilfælde er indtruffen, udgaar der fra den Eiendom, hvor den farlige Virksomhed drives, en Paavirkning paa Naboeiendommen, hvorved denne paaføres betydelig Skade, og jeg indser ikke, at det med Føie kan paastaaes, at den Skadetilføielse, der saaledes sker, er Fabrikens Eiere uvedkommende” (Rt 1875:332)

I begrunnelsen knyttes erstatningsansvaret også her til konsekvensvurderinger. Enten får bedriften innrette seg slik at naboene ikke blir skadet eller så får de finne seg i å erstatte skaden som skjer. Argumentene i denne begrunnelsen synes for det første å representere en mer tydelig og uttalt henvisning til tidligere rettspraksis. Dette gjelder både spørsmålet om lovlige bedrifters mulige erstatningsansvar og kriteriene om ekstraordinære og omfattende ulemper. Det legges fortsatt stor vekt på naborettslige aspekter og geografisk nærhet. I spørsmålet om skyld på subjektivt eller objektivt

grunnlag er det islett både av culparettslige argumenter og av argumenter om ansvar uten skyld. Særlig innføringen av risikobegrepet synes mer enn tidligere å åpne for et ansvarsgrunnlag uten skyld. Når spørsmålet om risiko trekkes inn, blir det en diskusjon av hvor farlig virksomheten er og hvor sannsynlig det er at det skal komme til å inntreffe en ulykke. I denne dommen er konsekvensvurderinger i kombinasjon med de andre argumentene sentrale, her uttrykt ved at den som produserer nitroglycerin enten må innrette seg slik at produksjonen ikke kan skade noen eller å finne seg i å erstatte skaden.

Ulemper påført eiendom som følge av driften av en dampsg (Rt 1882 38)

Saken gjaldt ulemper som en naboeiendom var påført av en dampsg. Dampsgen var i virksomhet dag og natt, og damp, røyk og sot trengte inn på naboeiendommen. Eieren av naboeiendommen anla sak med krav om erstatning for de ulempene som ble påført eiendommen hans som følge av driften til dampsgen. Saken har flere likhetspunkter med tidligere saker. På samme måte som sakene som er referert i Rt 1866 735 og Rt 1874 409 dreier det seg her om de ulempene som er en følge av den normale driften til dampsgen. Dommen er enstemmig. I begrunnelsen henvises det til Nitroglycerin-dommen (Rt 1875 330) og til saken mot Arendal gassverk (Rt 1874 409). Spørsmålet er om lovlige virksomheter kan komme til å medføre erstatningsplikt i visse tilfelle:

”Hvad angaar Paaberaabelsen af, at Anlægget er billiget af de kommunale Autoriteter, skal jeg ikke videre derved opholde mig end ved at henvise til Voteringen i Høiesteretssagerne i 1874: Skibsreder Gjeruldsen mod Arendals Gasværk, og i 1875 mod Nitroglycerin-Fabriken i Lysaker, hvorefter det antages fastslaet, at den Omstændighed, at et Anlæg ikke er i Strid med de gjældende Regler for Bygning og Sundhedsvæsenet etc., ikke er den private Nabo til Hinder for at søge Erstatning for ham utilbørlig paaført Skade ved Anlæggets Drift” (Rt 1882:39).

I begrunnelsen hevdes det at de tre ovennevnte dommene slår fast en grunnsetning om at ulempene må være ekstraordinære og uforholdsmessige for å begrunne erstatning.

”Med Hensyn til Sagens Realitet bemærkes, at jeg ved Bedømmelsen Holder mig til den Grundsætning, som maa ansees fastslaet ved flere foregaaende Høiesteretsdomme, af hvilke jeg al nævne Domme af 1866 i Sag: Peder Olsen mod Hovedjernbanen og af 1874 i Sag: Gjeruldsen mod Arendals Gasværk samt af 1875 i Sagen mod Nitroglycerinfabriken ved Lysaker.

Det vil efter det foregaaende formentlig væsentlig komme an paa, om Ulemperne af Digres Dampsg under de stedfundne konkrete Omstændigheder i det Hele maa ansees for at være saa ekstraordinære eller uforholdsmæssige, at Naboeiendommen. ikke med Rimelighed kan være pligtig til at, finde sig i samme uden Erstatning” (Rt 1882:40).

Når dette først er slått fast, dreier den resterende del av begrunnelsen seg om ulempene har en slik karakter at det er urimelig at man må finne seg i dem uten erstatning. Det trekkes her et skille mellom ulempene: Støy og risting om natten blir vurdert til å være av en slik karakter – sot og støy om dagen må man finne seg i. Dette er et eksempel på

hvordan det trekkes opp grenser mellom det ekstraordinære og uforholdsmessige og det akseptable og vanlige gjennom en rimelighetsvurdering: Det er urimelig å få nattesøvnen brutt:

”Det indryk, som Provene i det hele give, er efter min Mening, at det i særdeleshed er Ulemperne ved Rystelse og Larm om Natten, som har været til Gene for Beboerne af Edlers Hus, og i denne Henseende kan man jo ikke nægte, at Beboerne maatte have naturligt Krav paa ikke at faa sin Nattesøvn jevnlig afbrudt. Dette er formentlig et saa væsentligt Moment, at jeg maa gaa ud fra, at der fra Edlers Side med Rette er paastaet, at Driften af Dampsagen i denne Henseende maa ansees at medføre saa uforholdsmæssige Ulemper og Gener for ham, at han i det Stykke maa være berettiget til at paastaa Erstatning” (Rt 1882:41,42).

Mens det ikke finnes tilsvarende urimelig å utsettes for støy og sot om dagen, når man bor i et strøk hvor det tradisjonelt har vært en del støy:

”I Almindelighed maa man gaa du fra, at Rystelse og Larm af Maskindrift om Dagen ikke kan være af nogen overmaade generende beskaffenhed, medens det naturligvis for Driften specielt af en Dampsag er Nødvendigt at have saadanne Indretninger, hvorved det er uundgaeligt, at nogen Larm og Rystelse afftedkommes, og i denne Henseende maa det jo ogsaa komme i Betragtning, at Forstaden Ihlen var en Strækning, som fra gammel Tid af var beregnet paa at have Trælasttrafik, og de, som boede i dette Strøg, kunde efter de lokale eksisterende Omstændigheder ikke regne paa, at det der skulde være saa roligt og i alle Henseender saa godt som paa andre Steder i Byen” (Rt 1882:42).

Det synes nå tydeligere enn før at tidligere rettspraksis har betydning for avgjørelsene som treffes og begrunnelsene som gis. Avgjørelseskriteriene om ekstraordinære og uforholdsmessige ulemper synes å ha festet seg, det samme gjelder for spørsmålet om objektivt ansvar. Men det er skjønnsmessige vurderinger som preger avgjørelsene om hvor grensen trekkes mellom det rimelige og urimelige.

Tønne skader båt og mannskap (Rt 1889 65)

Denne saken gjaldt en fløtmann som brakte noen varer til en kjøpmann i Bergen. Varene ble heist opp ved hjelp av kjøpmannens heis. Under arbeidet falt en tønne ned og skadet både fløtmannen og båten hans. Mannen fikk erstatning ut fra følgende begrunnelse:

”Efter dette er det min Mening, at Uheldet maa tilskrives Vindens farlige Beskaffenhed, og er dette saa, tror jeg, at deraf bør følge, at Indst. maa være ansvarlig for det indtrufne Uheld ved dens Brug og jeg kommer saaledes til samme Resultat som Underdommeren, dog som det vil sees tildes paa andre Præmisser” (Rt 1889:68).

Dommen ble avsagt under dissens, og mindretallet på tre var uenig i at ulykken skyldes heisen og at det ikke forelå noen uforsiktighet fra kjøpmannens side:

”....., er der efter min Mening ikke fremkommet noget Bevis for, at der var nogen Mangel ved Heiseindretningen, som har bevirket den Skade, som i dette Tilfælde er indtruffet.....I nærværende Tilfælde er det derimod netop ikke bevist, ja det maa endog antages erkjendt fra Appell.s Side ikke at forholde sig saa, at nogensomhelst Uforsigtighed er udvist” (Rt 1889:68).

I denne saken dreier uenigheten seg om synet på årsakssammenhengen. Siden mindretallet uttaler uttrykkelig at de ikke anser kjøpmannen for å være uaktsom, antyder dette at de er fremmed for å ilegge erstatningsplikt uten skyld. Flertallet derimot sier at når heisen er farlig, må eieren være erstatningsansvarlig uten at dette begrunnes nærmere.

Bølgeslagdom II (Rt 1889 642)

Den neste saken i materialet er en sak som på mange måter er helt identisk med en av de tidligere sakene. Dette får klart betydning for hvordan den vurderes. Saken gjelder, som i "Bølgeslagdom I" (Rt 1874 145), et dampskip som gjennom sin fart på en elv gjør skade på elvebredden ved bølgeslag, og eiere av elvebredden går til sak med krav om erstatning. Dommen er enstemmig.

I begrunnelsen blir avgjørelsen i Rt 1874 145, "Bølgeslagdom I" lagt direkte til grunn for å begrunne et erstatningsansvar i denne saken:

"...medfører Ansvarspligt overenstemmende med hvad der af nærværende Ret er antaget i et ganske analogt Tilfælde, se dom av 28. Novbr. 1873 Rt 1874 145 og flg. Ved denne Dom tilkjentes, som det vil sees, Eieren af Gaarden Holta ved Sauerelven blant Andet Erstatning for den Udglidning, der var foraarsaget ved Dampskibet 'Statsraad Stang's Fart på Sauerelven" (Rt 1889:645).

Det er her interessant å legge merke til at man i henvisningen til "Bølgeslagdom I" sier at denne var avgjort uten "at der kunde lægges Dampskibet nogen Uforsigtighed eller Hensynsløshed tillast" (Rt 1889 645). Dette kan tyde på at et ansvarsgrunnlag uten skyld på dette tidspunkt har fått et større feste i rettspraksis og dermed blitt mer akseptabelt som erstatningsgrunnlag. I analysen av "Bølgeslagdom I" konkluderte jeg med at det formelt ble ilagt et skyldansvar ved at kravet til aktsomhet ble tøyet og ikke ved at det objektive ansvaret ble anerkjent. Disse nyansene og det faktum at to så like saker kommer opp for Høyesterett kan nettopp illustrere at rettsstilstanden er uavklart i disse årene før det objektive ansvaret fullt ut er etablert i norsk rettspraksis.

I denne dommen er det tidligere praksis som har betydning for utfallet av saken. Når det først er fastlagt et erstatningsansvar for dampskip som gjør skade på elvebredden ved bølgeslag, vil dette også gjelde for senere tilsvarende saker. Det som er verdt å merke seg er at i disse sakene gjøres ikke ulempenes størrelse eller hvorvidt de er ekstraordinære til noe grunnlag for å avgjøre erstatningsansvar, men det som i den forrige saken var en konsekvensvurdering av hvem som skulle bære ansvaret for skaden, er i denne saken blitt en regel for avgjørelse av tilsvarende saker.

Person skadet av hestevogn (Rt 1900 753)

Den neste saken i materialet gjaldt en kvinne som var blitt påkjørt av en hestevogn og brakk benet. Hun gikk til sak med krav om erstatning fra vognens eier, noe hun ikke fikk medhold i av en enstemmig Høyesterett. Begrunnelsen var at det ikke kunne vises til at det forelå noen uaktsomhet fra skadevolderens side:

”Her maa vor Rets almindelige Regel komme til Anvendelse, hvorefter Skadeerstatningspligt alene indtræder, saafremt der fra nogen Vedkommendes Side enten foreligger ond Villie eller er vist Mangel paa pligtmæssig Omtanke eller Forsigtighed” (Rt 1900:754).

I spørsmålet om skyldansvar slås det fast at det ikke foreligger skyld fra noen av partenes side. I begrunnelsen avvises det at tidligere rettspraksis skulle kunne begrunne ansvarsplikt, og måten dette uttrykkes på, synliggjør hvordan Høyesterett oppfatter gjeldende rett på området:

”...eller ikke kan man her paaberaabe sig den gennem Retspraxis (navnlig Høiesteretsdomme i Rt 1874 145 flg., Rt 1875 330 flg., og Rt 1889 642 flg) anerkjendte Sætning om en af positiv Lovhjemmel uberoende mulig Ansvarpligt for Udøverne af Bedrifter, der medfører en særlig og nærliggende Fare for, at Skade derved vil paaføres Andre. Ved denne Retspraxis maa det ansees fastslaaet, at Udøveren af en saadan Bedrift, selv om Udøvelsen maa ansees retmæssig, og selv om han har udvist al den Omhu, som efter Omstændighederne kan kræves, ogsaa uden positive Lovbud vil kunne blive erstatningspliktig for Trediemand paaført Skade.Men Sætningen gjælder kun om Bedrifter af den nævnte særlige Beskaffenhed. Den kan efter Høiesterets Mening ikke anvendes paa en saa almindelig og (naar Agtsomhed vises) saa lidet farlig Ting som det at benytte en i sig selv feilfri Hest til Kjørsel i en Bys Gader” (Rt 1900:754).

I denne dommen slår Høyesterett fast at det gjennom rettspraksis er etablert en regel om mulig ansvarsplikt for utøvere av bedrifter som medfører en særlig og nærliggende fare for at skade kan påføres andre. Det vil si at Høyesterett uttrykker en aksept for et ansvar uten skyld, men mener at denne regel ikke kan anvendes på en så alminnelig og lite farlig ting som det å benytte seg av hest til kjøring i byens gater. Dette er et eksempel på hvordan dommerne trekker et skille mellom hva som oppfattes som farlig og hva som ikke er farlig. Det å kjøre hest i bygater er så alminnelig at det faller utenfor begrepet om ”farlig bedrift”.

Gutt skadet av tennhette (Rt 1904 394)

Den neste saken gjaldt en 6 1/2 år gammel gutt som fant en tennhette i en ammunisjonskasse som sto ulåst på gaten. Gutten slo på tennheten med en stein med det resultat at den eksploderte og gutten ble skadet. Guttens far gikk til søksmål mot kommunen som eide ammunisjonskassen med krav om erstatning. Han fikk ikke medhold. I Høyesteretts begrunnelse, som var enstemmig, heter det:

”Høiesteret kommer til samme Resultat som de foregaaende Retter. Høiesteret finder det afgjørende, at det efter de foreliggende Oplysninger ikke kan antages, at vedkommende Arbeider har udvist nogen Uagtsomhed” (Rt 1900: 394).

Denne saken faller på en måte utenfor mitt område fordi det overhodet ikke vurderes et ansvarsgrunnlag uten skyld, noe som kan forklares med at det ikke ble prosedert på at det skulle foreligge ansvar uten skyld, men saken illustrerer det som tidligere er nevnt om rettens brytningstid, der oppfatningene ofte var knyttet til at gjeldende rett på dette

tidspunktet ikke opererte med et objektivt ansvarsgrunnlag. På dette tidspunktet er det altså fortsatt slik at ansvar uten skyld ikke er fast etablert som ansvarsgrunnlag.

Vannledningsdommen (Rt 1905 715)

Den siste dommen i materialet er den såkalte "Vannledningsdommen" (Rt. 1905 715). Dette er den første dommen som klart gir uttrykk for at en virksomhet er underkastet et objektivt ansvarsgrunnlag. Saken gjaldt hovedvannledningen i Bergen som hadde sprunget lekk, og vann var kommet inn i et bakeri og påført dette skade. Høyesterett slo først fast at det ikke var utvist uaktsomhet fra kommunens side, verken da ledningen ble lagt eller senere, og i begrunnelsen siteres følgende sakkyndige erklæring:

"Som bekjent hører det til Dagens Orden, at der I Vandværker med høit Tryk af og til kan forekomme Rørbrud. Dels kan disse Rørbrud være en Følge af Sætningen i Jordsmonnet, dels af de i Vandledningen forekommende Stød, foranlediget ved Vandets ujevne Hastighed, og dels paa Grund af usynlige Støbefeil eller paa Grund af Spændingen i selve Støbegodset. Bemærkningsværdt er det ogsaa, at et Jernrør kan ligge i en Menneskealder eller to uden at vise Feil for saa en Dag pludselig at springe, uden at det er muligt at paaavise nogen bestemt Aarsag dertil. Som Regel vil man ogsaa forgjæves søge efter en bestemt Aarsag til deslige Katastrofer" (Rt 1905:715).

Førstvoterende, som Høyesteretts flertall sluttet seg til, argumenterte med henvisning til erklæringen ovenfor at det måtte anees på det rene at vannverkets ledninger, selv om vannverket opptrådte culparettslig uangripelig, innebar en stadig risiko for omgivelsene, samtidig som han hevdet at innehaveren av bedriften måtte bære ansvaret for denne risiko overfor tredjemann:

"Men uagtet saaledes ikke nogen særlig Uagtsomhed kan lægges Kommunen tillast, fremgaar det af den citerede Erklæring, at Anlæg af Vandledning medfører en stadig Risiko for Omgivelserne. For denne Risiko antages Bedriftsindehaveren, i det foreliggende Tilfælde følgelig Kommunen, at maatte bære Ansvaret ligeoverfor Trediemand" (Rt 1905:715,716).

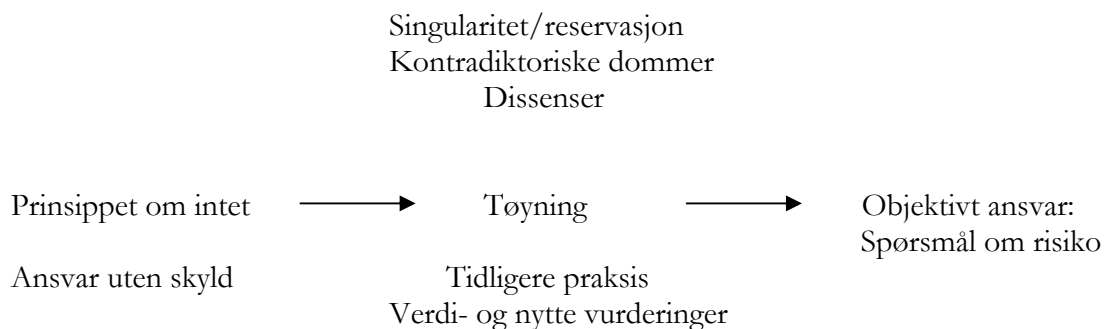
Et mindretall på to stemte for frifinnelse av kommunen, med den begrunnelse at skaden måtte anses som et hendelig uhell:

"At dømme Kommunen i nærværende Tilfælde, hvor Skaden maa betragtes som hendelig, er efter deres Mening et langt Skridt fremover i Retning af at paalægge Skadeserstatning for retsmæssige Handlinger" (Rt 1905:717).

På samme måte som i Nitroglyserinsaken er risikomomentet det avgjørende for begrunnelsen om kommunens erstatningsansvar. Argumentasjonen videreutvikles fordi det her trekkes inn at virksomheten må by på en stadig eller varig risiko for skade. Det er her verdt å legge merke til at argumentet om at risikoen skal være "ekstraordinær" ikke er et argument som er fremme i denne avgjørelsen. Det er et risikosynspunkt som i noen grad er vurderings- eller skjønnsbestemt. De skjønsmessige vurderingene sier at de skadesituasjoner som skal reguleres ved hjelp av det, ikke må være sporadiske hendelser. Denne dommen er den første dommen som bygger på et rent risikoansvar.

Oppsummering og analyse

Jeg stilte innledningsvis spørsmål både om hvordan Høyesterett etablerte et helt nytt ansvarsprinsipp uten å ha lovgivning å støtte seg til, og hvordan denne endringen kunne skje når retten som beslutningssystem er kjennetegnet av en handlingslogikk som innebærer at konflikter skal løses på grunnlag av generelle regler som i størst mulig grad skal være definert i forkant av den aktuelle konflikt. Et generelt inntrykk er at retten i denne første perioden kjennetegnes av å være på søking etter et nytt grunnlag for ansvar. Et viktig spørsmål blir hvordan retten som system kan være i en slik søkefase. En forklaring er at til tross for at etableringen av et objektivt ansvar er et klart brudd med tidligere praksis, tar bruddet form av en gradvis utvikling over en periode på ca. 40 år, en utvikling som kulminerer med at begrepet om risiko blir rettslig relevant. I begrunnelsene møter dommerne denne utfordringen ved for det første å henvise til det spesielle ved en sak, ved å reservere seg mot at avgjørelsen etablerer et generelt prinsipp, ved å tøye innholdet i skyldbegrepet, ved å bygge på rettspraksis, ved avsi dommer som går i motsatt retning og ved å trekke inn reelle hensyn i vurderingene. Dessuten bidrar adgangen til å avgjøre saker med dissens til at det er mulig å leve med uenighet. Overgangen fra et subjektivt til et objektivt ansvar kan dermed illustreres på følgende måte:



Sett under ett etableres det objektive ansvaret gjennom ulike mekanismer og verdi- og nyttevurderinger. Disse mekanismene demper overgangen fra et grunnleggende prinsipp til et annet og bidrar til at retten som system kan være på søking etter et nytt ansvarsprinsipp uten at jeg har indikatorer på at tilliten til systemet blir svekket. Jeg har tidligere pekt på at tilliten til systemet kan bli svekket dersom domstolene selv foretar omfattende endringer i reglene i motsetning til om disse endringene blir foretatt av lovgiver. Domstolenes legitimitet, tillit og autonomi i samfunnet er avhengig av at folk stoler på at denne institusjonen treffer sine avgjørelser på bakgrunn av regler som er kjent for befolkningen. Samtidig er tillit til denne institusjonen avhengig av at den er i stand til å tilpasse seg endringer i samfunnet. Tilliten til systemet er dermed også avhengig av at problemet løses og etableringen av prinsippet om objektivt ansvar kan forstås som en gjenoppretting av balansen i systemet.

I et historisk forløp kan det gi mer mening å lete etter fortetningspunkter enn å identifisere et fenomens begynnelse eller egentlige opphav. Et slikt fortetningspunkt

synes Vannledningsdommen fra 1905 (Rt 1905 715) å representere fordi dette er en dom som for første gang formelt stadfester et objektivt ansvar ut fra rene risikobetraktninger. Samtidig er det viktig å understreke at det er en praksis utviklet over 40 år som fører frem til dette fortetningspunktet.

Singularitet og reservasjon

I en analyse av hvordan beslutninger treffes i domstolene, vil det være sentralt å identifisere hvordan aktørene fortolker situasjonen de befinner seg i. Situasjoner kan være repetitive og kjente eller nye og uforutsette, situasjoner kan være entydige eller tvetydige. Interesser, konsekvenser og regler kan være mer eller mindre tydelige. I den grad situasjoner er tvetydige vil ulike dommere kunne ha ulike oppfatninger av hva situasjonen dreier seg om, hva som er konsekvensene, hva som er fakta og hva som er innholdet i reglene. Hvilken oppfatning som får gjennomslagskraft vil kunne ha stor betydning for hvilke regler som koples til situasjonen. Dersom situasjonen defineres som kjent, vil det være de gjeldende reglene for erstatning på skyldgrunnlag som slår igjennom. I de aller tidligste dommene defineres situasjonen som spesiell. Ved å definere situasjonen som ekstraordinær eller som ny åpnes muligheten for alternative handlinger. I den aller første dommen (Rt 1866 735) var det ulempene som var ekstraordinære. Bruk av vei innenfor den ramme som loven gir, vil vanligvis ikke medføre erstatning, men i dette tilfellet ble situasjonen definert som spesiell og ulempene som uforholdsmessige og ekstraordinære. I den andre saken (Rt 1874 145) ble den spesielle situasjonen definert ved at dampskipsfart på norske elver var noe nytt:

”Det maa nemlig her komme i væsentlig Betragtning, at Dampskibsfart paa vore Elve og da navnlig paa den her omhandlede Elv, hvor Dampskibsfart først begyndte i Aaret 1852, da Dampskibet 'Statsraad Stang' blev sat igang, er noget ganske Nyt” (Rt 1874:162).

I tillegg til å definere situasjonen i det enkelte tilfelle som spesiell eller ny så reserverte man seg mot å stille opp generelle prinsipper for hvordan tilsvarende saker skal avgjøres (Rt 1866 735, Rt 1874 145). Dette kan antyde at dommerne her er bevisst at de treffer avgjørelser som er i strid med den gjeldende rettsoppfatning på området, og det å ta slike reservasjoner blir en måte å dempe avstanden fra den enkelte avgjørelsen til den gjeldende rettsoppfatningen på tidspunktet saken ble avgjort. Med henvisning til singularitet øker imidlertid Høyesterett sitt eget handlingsrom for å treffe avgjørelser som avviker fra gjeldende rett.

Skyld-ikke skyld – Tøyning av begreper

Begrepet om skyld er et vanskelig begrep. Skyldregelen går som tidligere nevnt, ut på at folk skal handle forsvarlig (Nygaard 2000:5). Hvor grensene går mellom det forsvarlige og uforsvarlige er det domstolene som avgjør i den enkelte sak, dvs. at innholdet i aktsomhetsnormen fastsettes av domstolene. Når gjeldende rett i den perioden som her er studert stilte krav til skyld for å begrunne erstatning, kan selve defineringen av begrepet om skyld få innflytelse på hvordan domstolene håndterer overgangen til

prinsippet om ansvar uten skyld. Det vil si at hvordan kravet til aktsomhet fortolkes kan få betydning for hvilke handlinger som kommer inn under skyldregelen. Spørsmålet om skyld – ikke skyld håndteres på ulike måter. I enkelte saker går man utenom problemet ved rett og slett ikke å ta stilling til spørsmålet (Rt 1866 735). I andre saker holder man fast ved kravet om at det må foreligge skyld for å pålegge erstatning (Rt 1874 409, Rt 1904 394). En tredje variant er at klare islett av culparettslige resonnementer der kravet til aktsomhet tøyes slik at det i realiteten ”legges på strekk” (Rt 1874 145, Rt 1874 409, mindretallet). Det vil si at formelt blir skyldregelen brukt som hjemmelsgrunnlag, men kravet til aktsomhet blir praktisert svært strengt. I den juridiske litteraturen går dette fenomenet under betegnelsen en ”juridisk fiksjon” (Gaarder 1967, Eckhoff v/Helgesen 1997, Knoph v/ Lilleholt 1998). Teknikken består i at man søker å bringe faktum inn under et gammelt kjent begrep som man har en rettsregel for. I realiteten var ansvaret her uavhengig av skyld, uten at dette ble uttalt i begrunnelsene. Høyesterett øker sitt eget handlingsrom ved å tøy innholdet i begrepet om skyld i stedet for å erklære et nytt ansvarsgrunnlag. Det blir altså mulig å opprettholde det gamle skyldbegrepet ved å tøy kravet til aktsomhet. I noen begrunnelser opereres det med et formelt skyldansvar gjennom å tøy kravet til aktsomhet, mens i andre deler av begrunnelsen fremheves det at det kan bli spørsmål om erstatning uten hensyn til om noen uaktsom eller uforsvarlig handling kan dokumenteres. Dette er til stede både i Bølgeslagdom I (Rt 1874 145) og i Nitroglycerindommen (Rt 1875 330) noe som indikerer at man her beveger seg i retning av å etablere et ansvarsgrunnlag uten skyld, mens man fortsatt ”har et ben” i den gamle rettsoppfatningen.

Risiko som erstatning for subjektiv skyld

Det synes som om innføringen av begrepet om risiko setter en foreløpig stopper for den søkingen etter et nytt ansvarsgrunnlag som kjennetegner Høyesterett i denne perioden. Spørsmålet om skyld er et spørsmål på individnivå. Det er den subjektive skylden som står i fokus. Dette illustreres ved at svært mange av sakene i denne første perioden dreier seg om forhold mellom naboer der forholdet mellom ”personer” står sentralt. Det jeg finner, er en endring fra fokus på forholdet mellom naboer til fokus på ”virksomheters beskaffenhet”. Når fokuset rettes mot ”virksomheters beskaffenhet”, flyttes oppmerksomheten fra et individnivå til et samfunnsnivå. Første gang jeg finner risikobetraktninger, er i Nitroglycerindommen (Rt 1875 330). Fordi det i denne saken dreide seg om en ulykke og ikke om følger av den vanlige driften, trakk dommeren i sin begrunnelse inn vurdering av sjansene for at slike ulykker kunne skje. Det samme er tilfelle i Vannledningsdommen (1905 715) der dommeren henviser til en sakkyndig erklæring, og på bakgrunn av denne slås det fast at slike uhell med stor sannsynlighet vil skje fra tid til annen. Innføringen av begrepet om risiko får stor betydning for hvordan forholdet mellom skyld og ikke skyld reguleres. Når skyldbegrepet ikke lenger strekker til, henger det sammen med at skyld er knyttet til det enkelte individ, mens risiko refererer seg til samfunnsforhold. Med innføringen av risikobegrepet flytter Høyesterett

ansvaret fra det enkelte individ til samfunnsforhold. Det viktige er erkjennelsen av at oppmerksomheten kan rettes mot den som har skapt en risiko, og at denne risiko i seg selv kan betinge et ansvar for de skader den utløser. Når spørsmålet om risiko uttrykt som fare trekkes inn i begrunnelsene, blir spørsmålet om sannsynlighet for skade eller ulykke et vesentlig avgjørelseskriterium. Dermed blir en rekke faktorer som tidligere ikke har vært relevante, trukket inn i begrunnelsene. Hvordan risikoen skal reguleres, blir det dommerne som må ta stilling til i den enkelte sak.

Nytte- og verdivurderinger

Verdi- og nyttehensyn inngår i mange av begrunnelsene i dommene som er studert. Søkelyset har særlig vært rettet mot i hvilken grad det er innslag av begrunnelser med henvisning til nytteeffekten av avgjørelsen og/eller med henvisning til generelle prinsipper for hva som er godt eller dårlig. I de to første dommene (1866 735, Rt 1874 145) synes rettferdighets- og rimelighetsvurderinger å ha en betydelig vekt i argumentasjonen, der konsekvensen for skadelidte ut fra slike betraktninger synes å være avgjørende for utfallet. I Nitroglycerindommen (1875 330) rettes konsekvensvurderingene mot skadevolder ved at den som produserer dette farlige stoffet, enten må innrette seg slik at produksjonen ikke kan skade noen eller finne seg i å erstatte skaden. Slik sett blir det å pålegge erstatning for skade en variant av å tillate noe som ellers synes uakseptabelt. Rimelighetsvurderinger kommer også inn i de dommene som baserer sine begrunnelser på at det foreligger ekstraordinære eller uforholdsmessige ulemper, fordi det er i den enkelte situasjon at grensen trekkes mellom det som på dette tidspunkt oppfattes som rimelige eller urimelige ulemper. Et eksempel Rt 1882 38 der det blir vurdert som urimelig å få nattesøvnen avbrutt av støy, men rimelig å få dagen forstyrret av bråk fra dampsgen. Tilsvarende i Rt 1900 753 der dommerne ut fra en skjønnsmessig vurdering trekker et skille mellom hva som er farlig og hva som ikke er farlig. Det å kjøre hest i bygater er så alminnelig at det faller utenom ”farlig bedrift”. I Vannledningsdommen (Rt 1905 715) er de skjønnsmessige vurderingene er knyttet til uttalelser om at virksomheten må by på en stadig eller varig risiko for skade.

Rettspraksis

Det er variasjon med hensyn til i hvilken grad dommene baserer seg på tidligere rettspraksis i sine begrunnelser. De aller første dommene har ikke tidligere avgjørelser å henvise til, men det trekkes veksler på argumenter fra andre rettsområder. Særlig synes det som om resonnementer knyttet til forholdet mellom naboer, får betydning for de kriteriene som utvikles innen dette området; eierens rett til å disponere fritt over eiendommen må begrenses også av hensyn til naboene. Det ble gjennom rettspraksis trukket grenser for eiernes rett i forhold til naboen og vår første nabolov kom i 1887. Jeg antar at avgjørelseskriteriene om ”ekstraordinære og uforholdsmessige ulemper” har sitt opphav i naboretten. Når de først er brukt innenfor erstatningsretten blir det etter hvert de første dommene her som danner grunnlaget for de senere avgjørelsene.

Allerede i saken om Arendal gassverk (1874 409) slår dette gjennom i mindretallets begrunnelse der det diskuteres hvorvidt ulempene er ekstraordinære og av et slikt omfang at de kan begrunne erstatning. Enda tydeligere i Nitroglycerindommen (1875 330) og i dommen om ulemper påført eiendom som følge av driften av en dampsg (Rt 1882 38). Det andre området det kan spores utvikling i, er spørsmålet om virkeområdet for det objektive ansvaret. De fleste dommene gjelder bedrifter som skader sine naboer – herfra kommer også uttrykket ”farlig bedrift” som har stått sentralt i forståelsen av det ulovfestede objektive ansvaret. Det er også eksempler på hvordan ansvaret avgrenses ut fra tidligere rettspraksis. Med henvisning til tidligere praksis blir f. eks ikke hestekjørsel i bygater inkorporert i virkeområdet til det objektive ansvaret (Rt 1900 753).

Det som i en sak er en verdivurdering, ser ut til å skape presedens for senere avgjørelser. Jeg tenker her på bølgeslagdommene (Rt 1874 145 og Rt 1889 642) der det som i den første saken var en rimelighetsvurdering av hvem som skulle bære ansvaret for skaden i den andre saken er blitt en regel for avgjørelser av tilsvarende saker.

Dissenser

Som redegjort for i kapittel 1 forteller dissenser at det er delte meninger om et eller flere spørsmål i en sak, og at dissenser kan ha ulik betydning. Jo mer delte meninger det har vært i en sak, desto mer sannsynlig vil de fleste anse det for å være at standpunktene kan bli endret, og desto mindre betenkelig vil det derfor også være å endre dem (Ekchoff ved Helgesen 1997:182). Av de fire dommene som er avgitt med dissens, er to av dem avgjort samme år; Bølgeslagdom I (Rt 1874 145) og Skade på eiendom som følge av driften til et gassverk (1874 409). De to andre dommene som er avgjort med dissens er (Rt 1889 65) der en tønne falt ned fra en heis og skadet båt og mannskap og Vannledningsdommen (Rt 1905 715). Ser vi nærmere på hva som kjennetegner disse dissensdommene får vi ytterligere bekreftet at retten er på søking etter et nytt erstatningsgrunnlag. I de to sakene der det idømmes erstatning, Bølgeslagdom I og (Rt 1874 145) og Vannledningsdommen (Rt 1905 715), dissenterer et mindretall på to med tilsvarende begrunnelse: at det ikke er grunnlag for erstatning for hendelige uhell. Det vil si at i begge disse sakene er det mindretall som holder fast på de eksisterende prinsippene for å ilegge erstatningsansvar. I Skade på eiendom som følge av driften til et gassverk (1874 409) ilegges ikke erstatningsansvar. Her er det flertallet som står for den oppfatning at erstatningsansvar aldri kan inntreffe dersom virksomheten drives forsvarlig. Mindretallet derimot, tar i bruk kriteriene fra den første dommen, Rt 1866 735 om ekstraordinære og omfattende ulemper og diskuterer hvorvidt ulempene i dette tilfellet er av en slik art. Det vil si at i disse sakene så skifter det mellom flertall og mindretall hvem som forsvarer den etablerte regelen om ”intet ansvar uten skyld” og hvem som forsvarer et nytt ansvarsprinsipp om objektivt ansvar.

Avslutning

Den perioden hvor det objektive ansvaret etableres, er preget av store samfunnsmessige omveltninger. Industrisamfunnet skapte nye risikoer for tap av liv, helse og sosiale bånd, og domstolene sto her overfor samme type problemer som den tradisjonelle fattigpolitikken på slutten av 1800-tallet. Nye sammensatte sosiale problemer og økning i skademuligheter som kjennetegner det moderne industrisamfunn, stilte domstolene overfor store utfordringer. Innenfor erstatningsretten sto man overfor den situasjon at kravet om skyld i tradisjonell forstand ikke strakk til når erstatningsreglene skulle tilpasses de nye samfunnsforhold som teknikken skapte (Lødrup 1999:113). De nye formene for skaderisiko utfordret den etablerte skyldregelen og domstolene ble stilt overfor nye situasjoner og nye rettsspørsmål som de måtte ta standpunkt til ut fra den eksisterende rettsituasjon (Nygaard 2000:248.)

Når Høyesterett i perioden 1866 til 1905 etablerer det ulovfestede objektive ansvaret i norsk rettspraksis, synes det å skje gjennom henvisning til singularitet, ved reservasjon, ved å tøye begreper, ved dissenser, gjennom en gradvis utvikling av avgjørelseskriterier og gjennom reelle hensyn. Dette kan oppfattes som ”silingsmekanismer” som retten tar i bruk, når de selv skal utvikle et område der de ikke har lovgiver å forholde seg til. Det vil si at vi her ser eksempler på hvordan retten ”griper ut i samfunnet” når de ikke kan si at det er det de gjør, og hvordan retten kan endre seg når den ikke har lovgiver å forholde seg til.

Samlet er hovedinntrykket at mange av de begrunnelsen jeg her har analysert, kan plasseres flere steder i det analyseskjemaet som ble utlagt i kapittel 2 (se s 48). Dette kan ha sammenheng med at det er etableringsfasen jeg her har studert.

Gjennom de mekanismene Høyesterett benytter i utviklingen av det objektive ansvaret, opprettholder dommerne gjeldende rett samtidig som de bryter med gjeldende rett. Det vil si at en og samme dom både representerer et brudd samtidig som den representerer en videreutvikling av argumenter. Dermed synes det som om det er en bevegelse i materialet. Den første fasen synes også å være kjennetegnet av at begrunnelsene ”flytter seg frem og tilbake” over tid. Dette kommer blant annet til uttrykk i saken der en gutt ble skadet av en tennhette (Rt 1900 753), der det er entydig at man ikke vil godkjenne et erstatningsansvar uten skyld, og i saken om skade på eiendom som følge av driften av et gassverk (Rt 1874 409), hvor førstvoterende står på tilsvarende standpunkt, mens mindretallet har en annen oppfatning. Tilsvarende for måten dommerne forholder seg til skyldbegrepet på. Man baserer seg altså på tidligere regler og praksis, men strekker seg mot nye regler ved å tøye skyldbegrepet.

I flere av sakene har verdivurderinger om rimelighet og rettferdighet en sentral plass. Gjennom disse vurderingene åpnes det for nye hensyn som trekkes inn i begrunnelsene, samtidig gir disse vurderingene uttrykk for hva som er dommernes verdigrunnlag. Dette synes å være rimelig stabilt; det er hensynet til den enkelte skadelidte som synes å vektlegges mest og som begrunner erstatning i de tilfellene der det moderne samfunnet medfører det som oppfattes som urimelige belastninger.

Noen begrunnelser plasserer seg tydeligere i skjemaet. Særlig Bølgeslagdom II (Rt1889 642) og saken om ulemper påført en eiendom av en dampsg (Rt 1882 38) synes å kunne plasseres i nederste venstre hjørne. Det vil si eksempler på dommer der begrunnelsen i hovedsak viser til tidligere praksis, og der vi i noen grad får en raffinering og utvikling av de avgjørelseskriteriene som benyttes. En tolkning er at de mekanismene jeg her har identifisert, i noen grad synes å forskyve relasjonen mellom kategoriene.

Gjennom å etablere prinsippet om ansvar uten skyld tilpasser Høyesterett seg overgangen til det moderne samfunn. Det å pålegge erstatning som følge av en risikobetraktning kan oppfattes som å tillate noe man ellers finner uakseptabelt og bidra til å øke risikovilligheten i samfunnet. Overgangen fra utelukkende å tenke ansvar i forhold til skyld til å tenke ansvar i forhold til risiko er en dramatisk endring, men måten overgangen skjer på, illustrerer at det eksisterer en fleksibilitet i systemet. En fleksibilitet som gjør det mulig i en overgangsperiode å leve med relativt stor uenighet rundt grunnleggende spørsmål uten at det er tegn som tyder på at tilliten utfordres. I følge tidligere Høyesterettsjustitiarius Carsten Smith er de domstols-skapte deler av norsk rettsorden gjennomgående blitt møtt med sterk og bred tilslutning (Smith 1994). Fleksibiliteten i et system, som i hovedsak er kjennetegnet av å basere sine avgjørelser på kjente regler, synes større enn det vi i utgangspunktet skulle anta. De mekanismene endringen skjer gjennom gjør det mulig for retten å håndtere samfunnsendring med varsomhet. Samtidig viser denne etableringsfasen at utviklingen frem til det ulovfestede objektive ansvaret er etablert, går over en periode på 40 år, og at systemet i denne perioden er i stand til å leve med motsetninger og konflikter om grunnleggende spørsmål. Systemet beveger seg via dommere som enkeltaktører som står med ett ben i fortiden, dvs. gjeldende rettsoppfatning, og et ben i fremtiden. Nye utfordringer i samfunnet gjør det nødvendig for systemet å tilpasse seg, ellers kommer det i utakt og blir ikke i stand til å fylle sin funksjon. Gjennom å studere disse dommene ser vi at det driver mot en avklaring der logikken, gjennom at de mekanismene vi her har identifisert, spiller seg ut bak aktørenes rygg. Fleksibiliteten i systemet gjør det mulig for den enkelte dommer å plukke frem ulike prinsipper for å komme frem til en avgjørelse om erstatning eller ikke. Når det er såpass store variasjoner innen den enkelte dom, og når dommerne selv ikke hierarkiserer sine egne begrunnelser, blir det i ettertid mulig å vektlegge de aspektene ved begrunnelsene som høyesterettsdommerne finner mest fruktbare i forhold til egne resonnementer.

De funnene som er gjort i denne etableringsfasen synes til en viss grad å gi støtte til et syn på endring som inkrementell og tilpasning til endringer i omgivelsene som mindre automatisk. Vi ser også at dommene både vekselvis og i en og samme avgjørelse inneholder argumenter ut fra forventninger om fremtidige effekter og etablerte regler og prinsipper. Perioden illustrerer en dynamikk mellom dommere som handler både ut fra forventninger om fremtidige konsekvenser og ut fra internaliserte regler og prinsipper. Spørsmålene blir om den videre utviklingen av det objektive ansvaret nå vil preges av de valgene som er gjort i etableringsfasen, og dermed bidra til at innhold og virkeområde

utvikles i samsvar med de kriteriene som nå er etablert, om regelen drastisk endres eller om den utviklingen vi fant i denne første fasen, også fortsetter.

KAPITTEL 5

Regelen bekreftes

Innledning

I dette kapitlet analyseres høyesterettsavgjørelser om ulovfestet objektivt ansvar fra 1906 til 1940. Utgangspunktet for analysen er at det er etablert en rettsregel om objektivt ansvar for ”farlige bedrifter”. Det at det er etablert en rettsregel om objektivt ansvar innebærer at det er definert en norm som samfunnet setter sin autoritet bak og som regulerer forholdet mellom borgerne og mellom borgerne og statsmakten (Bernt og Doublet 1992:35). Formålet med en rettsregel er å skape fred og ordnede forhold slik at samfunnets borgere kan føle seg trygge og handle ut fra forventninger om at de i rimelig grad kan forutse virkningene av sine handlinger (Bernt og Doublet 1992:38). Det er den første videre utvikling av regelen om ulovfestet objektivt ansvar etter etableringen som analyseres i dette kapitlet. Spørsmål det søkes svar på, er om den videre utvikling av regelens substans og doméne skjer gjennom kontinuitet eller brudd. Er det de kriterier og det virkeområde som ble utviklet i etableringsfasen, som danner grunnlag for den videre utviklingen, eller skjer den videre utvikling gjennom brudd med den nyetablerte praksis?

Det at det er etablert en rettsregel om objektivt ansvar, betyr at jeg vil forvente at rettspraksis øker sin betydning for de avgjørelsene som nå skal analyseres. I etableringsfasen dreide de fleste sakene seg om krav om erstatning for skade som bedrifter eller virksomheter påførte sine omgivelser. Et vesentlig spørsmål som domstolene tok stilling til var hva som kunne regnes som ”farlig bedrift”. Når regelen om objektivt ansvar er etablert blir det Høyesteretts oppgave å fastslå hvilke virksomheter som faller inn under regelen og hvilke som ikke gjør det. I tillegg til at jeg forventer at rettspraksis vil få større betydning vil jeg også forvente at mange av sakene vil dreie seg om hvorvidt en virksomhet omfattes av regelen om objektivt ansvar. Det vil si at jeg forventer at domstolene i denne perioden ytterligere vil spesifisere hvilke virksomheter som faller innenfor eller utenfor reglen om objektivt ansvar, altså at vi får en spesifisering av doménet for det objektive ansvaret. Et sentralt spørsmål her er om det kan etterspores områder der det objektive ansvaret slår inn og områder i samfunnslivet der det objektive ansvaret ikke slår inn, og om denne utvikling finner sted gjennom en gradvis utvikling eller om det kan identifiseres klare brudd med tidligere praksis.

Den forrige perioden kulminerte med at begrepet risiko ble rettslig relevant. Jeg vil forvente at det vil videreutvikles kriterier for hva som innebærer at en slik risiko kan

begrunne erstatning. Dette innebærer at det antas at vi får en utvikling i forhold til de kategoriene som ble etablert i den forrige analysen, og fortsatt rettes søkelyset mot hvorvidt det finner sted en gradvis utvikling og spesifisering av argumentene eller om det er mulig å identifisere tydelige brudd med tidligere praksis.

Eventuelle brudd med tidligere praksis vil kunne komme til uttrykk gjennom verdi- og/eller nytte argumenter. Sentralt i analysen står derfor spørsmålet om hvorvidt høyesterettsdommene inneholder begrunnelser med henvisning til både nytteeffekten av avgjørelsen og til generelle prinsipper for hva som er godt eller dårlig. I analysen av dommene fra 1866 til 1905 inngikk slike hensyn i mange av begrunnelsene. I flere av sakene hadde verdivurderinger om rimelighet og rettferdighet en sentral plass. Dette er vurderinger som åpner opp for at nye hensyn blir trukket inn i begrunnelsene, samtidig som de gir uttrykk for hva som er juristenes verdigrunnlag. I den første perioden var dette rimelig stabilt; det var hensynet til den enkelte skadelidte som ble vektlagt mest. Det vil derfor være interessant om det nå er en tilsvarende stabilitet i verdigrunnlaget, eller om det er mulig å etterspore endringer i dommernes verdigrunnlag.

Høyesterettsdommer i perioden 1906 – 1940

Det materialet som nå analyseres, omfatter 48 dommer i perioden 1906 til 1940. Mens den første perioden var kjennetegnet av bedrifter eller virksomheter som skadet sine omgivelser, kjennetegnes denne perioden av mange saker om krav om erstatning for ulykker i transportsektoren. 19 av 48 saker angår krav om erstatning for skader for ulykker som involverer biler, jernbaner, sporvogner og dampskip. Den første saken gjaldt krav om erstatning som følge av brann i et lokomotiv som sto i et lokomotivhus (Rt 1906 784), den neste gjaldt krav om erstatning for tap av vogn og to hester som var blitt overkjørt av tog i en privat planovergang (Rt 1908 787). Videre en sak om en matros som falt ned fra riggen på et skip (Rt 1907 29), en mann mistet livet som følge av en kollisjon mellom en sporvogn og en brannvogn (Rt 1909 586), en sak dreide seg om krav om erstatning fordi en hest ble skremt av en bil (Rt 1912 993), en om en matros som under innhaling av et skip fikk en stålwire rund benet og ble skadet (Rt 1914 291), en sak dreide seg om et skip som var anvist plass i havnen av havnefogden, som under storm kom i drift og kolliderte med et annet skip som lå i havnen (Rt 1914 612). En sak dreide seg om der skulle gis erstatning for skader som følge av at en bil kjørte inn i et butikkvindu fordi styremekanismen klikket (Rt 1916 9), to saker gjaldt sammenstøt mellom bil og sykkel (Rt 1916 844, Rt 1918 543), en sak gjaldt sammenstøt mellom et lokomotiv og en bil (Rt 1917 601), en sak der et dampskip skadet en jernbanebro, fordi reverseringsmekanismen klikket (Rt 1921 519), en sak der en sporvogn kolliderte med en ølvogn (Rt 1926 899), en sak der en person kom til skade da han kom i klemme mellom to sporvogner (1927 651), en der et dampskip støtte inn i et annet dampskip da det skulle legge til kai (Rt 1927 724), en sak dreide seg om en person som ble drept, da jernbanen kjørte på en bil som sto med avslått motor på en planovergang (Rt 1931 97), en der en liten gutt som ble påkjørt av en sporvogn (Rt 1933 817), og en sak der en

mann ble drept av tog i det han passerte sporet fra en plattform til en annen på Sarpsborg jernbanestasjon (Rt 1936 298), og en sak gjaldt en passasjer på et ruteskip som falt og skadet foten da skipet støtte mot kai (Rt 1939 720).

To saker dreier seg om barn som ble skadet av sprengstoff (Rt 1909 851 og Rt 1917 202). Tre saker involverer elektrisitetsverk: en sak om krav om erstatning for skade som følge av at høyspentstrøm kom inn på lavspenningsnettet (Rt 1932 416), en sak der en hesjetråd røk og spratt opp i en høyspentledning og medførte at en mann ble sterkt forbrent (Rt 1933 475), en sak der en mann ble skadet da han kjørte hest og slede og kolliderte med en e-verks stolpe (Rt 1934 265), og til slutt en sak der en gutt ble skadet da han klatret opp i en ledningsmast med høyspentstrøm (Rt 1940 16).

En sak handlet om en mann som ble skadet da han falt ned fra veien på et fortau som var anbragt en meter lavere enn veien (Rt 1908 564), en om en mann som falt ned i en heissjakt (Rt 1909 347), en om en mann som ble skadet da han snublet i et teppe som var lagt ut foran et hotell (Rt 1910 365), en om en pike skulle få erstatning for skade hun pådro seg da hun fikk hånden inn i løpehjulet til en reperbane (Rt 1912 610), en sak dreide seg om krav om erstatning etter at et skip grunnstøtte, fordi fargelysene på en fyrlykt var blitt byttet om (Rt 1913 656), en om en mann som falt ned i en luke til en kokskjeller (Rt 1914 23), en om en brann som oppsto som følge av arbeid med å rydde en ekserserplass (Rt 1914 871), en om en elektrisk montør som falt ned i en udekket kanal i en uferdig fabrikkbygning (Rt 1917 86). En sak gjaldt skader som det ble antatt at et gartneri var påført fra en lekkasje i en gassledning (Rt 1917 212), en sak om en person som på en bane fikk fingrene i klemme mellom vognkarmen og en stoppekloss (Rt 1917 590). Videre er det en sak som gjaldt oversvømmelse i en bekk som hørte til et kommunalt kloakkverk (Rt 1917 657), en om et barn som fikk benet skåret av i en slåmaskin (Rt 1918 113), en sak dreide seg om krav om erstatning for en innkommandert maskinist som ble skadet da stroppen til køyen hans røk ombord på panserskipet Norge (Rt 1918 125), og en om et kjøleskap som eksploderte og førte til at en person døde og bygninger og inventar ble skadet (Rt 1929 737). Videre er det saker om krav om erstatning for skader på hus ved anleggelse av Holmenkollbanens tunnel (Rt 1931 513), en sak handler om hvorvidt en sykepleier skulle få erstatning, fordi hun var blitt smittet av en pasient på et sykehus (Rt 1933 509), en om en kafégjest skulle få erstatning for skader som hun ble påført da hun fikk hånden fastklemt i en svingdør (Rt 1933 968), en om skader på bygninger som følge av at en kloakkledning under regnskyll ikke klarte å lede vannet bort (Rt 1935 218), en om en fisker skulle få erstatning for skader som ble påført da han fikk hånden sin i maskineriet på en kranfot (Rt 1935 951). En sak gjelder krav om erstatning fordi et kullstykke fra en grabb på en elektrisk kullkran falt ned og drepte en av skipsmannskapet (Rt 1936 345), en om krav om erstatning for en fyrbøter som ble kullsforgiftet på grunn av manglende friskluftstilgang i fyrrommet der han jobbet (Rt 1937 741), en gjelder krav om erstatning fordi en gesims løsnet fra et hotell og drepte en mann som arbeidet på fortauet nedenfor (Rt 1939 766), og en sak gjaldt krav om erstatning fordi hevarmen på en elektrisk rulle sprang ut av sitt feste (Rt 1940 503).

I 19 av sakene ble det tilkjent erstatning, mens det i 29 saker ikke ble gitt erstatning. Av de 48 sakene er 33 avgjort enstemmig, 15 er avgjort med dissens. Andelen saker som blir avgjort med dissens, ligger lavere enn for årene 1866 til 1905. Da ble 40 % av sakene avgjort med dissens mot 31,3 % fra 1906 til 1940. Av de 15 sakene som ble avgjort med dissens, ble det gitt erstatning i 7, mens 8 fikk ikke medhold i krav om erstatning.

Innledning til analyse

Som nevnt innledningsvis antas det at rettspraksis vil få økt betydning i denne perioden. Jeg stilte også spørsmål om det i denne perioden kan etterspores variasjoner i virkeområdet til det objektive ansvaret, og om utviklingen kjennetegnes av kontinuitet eller brudd. Videre om det gjennom argumentasjonen tydeliggjøres hvilke interesser som er veid mot hverandre, og hvilke verdier som ligger bak rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger, og om det er mulig å etterspore endringer i dommernes verdigrunnlag. I analysen av utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret for perioden 1906 til 1940 synes følgende hovedfunn å peke seg ut:

- Utviklingen bekrefter regelen om ulovfestet objektivt ansvar
- Verdi- og nyttevurderinger blir regler for senere avgjørelser
- Virkeområdet for det objektive ansvaret utvides samtidig som det utkrystalliseres områder der Høyesterett er varsom med å stadfeste et objektivt ansvar
- Avveiningene og prinsippene bak nytte- og verdivurderingen er delvis skjulte
- Antydning til endring i innholdet av verdi- og nyttevurderinger

Regelen bekreftes

I løpet av perioden 1866 til 1905 ble de første avgjørelseskriteriene for å ilegge erstatning på objektivt grunnlag etablert. Disse kriteriene som i utgangspunktet hadde sitt opphav i naboretten, dreide seg om at ulempene måtte være ekstraordinære og av et stort omfang for at skadelidte skulle være berettiget til å få erstatning, de omfattet både ulemper ved ordinær drift og skader ved ulykker. I løpet av denne perioden festet det seg også en oppfatning av kriterier for å vurdere risiko. For å bli oppfattet som så farlig at det kan begrunne erstatning, måtte det være en sannsynlighet for at det fra tid til annen kunne skje ulykker ved normal drift. Videre at risikoen måtte være stadig, noe som betyr at sporadiske hendelser ikke faller inn under det objektive erstatningsansvaret, og for det tredje at risikoen oversteg den risiko som dagliglivet medfører. Et betydelig antall av sakene fra 1908 til 1940 kan sies å plassere seg i nederste venstre hjørne i analyseskjemaet (se kapittel 2, s. 48), altså en videreutvikling og spesifisering av de kriteriene som ble utviklet gjennom den første perioden.

Mange av avgjørelsene i denne perioden bekrefter de kriteriene som ble etablert i den første perioden og representerer dermed en bekreftelse av rettsregelen om ulovfestet objektivt ansvar.

I Rt 1917 212 ble et gassverk holdt ansvarlig for skader som et gartneri var påført som følge av lekkasje i en gassledning. Dommen var enstemmig, og en av dommerne som sluttet seg til de øvrige dommerne, formulerte i tillegg svært tydelig prinsippet om rent risikoansvar:

”En bedrift som et gasverk medfører i og for sig en fare for omgivelserne; den paafører omgivelserne en risiko, og naar da ulemper viser sig, der med rimelighed kan tilskrives anlægget, mener jeg, at præsumptionen maa være for, at skaden har denne aarsak og ingen anden. Den, der med kjendskap til risikoen utsætter andres ting for fare, mener jeg i og for sig ved at gaa iveri med anlægget overtar garanti for, at risikoens aktuelle indtræden er utelukket i det konkrete tilfælde” (Rt 1917 212).

Samme år fant Høyesterett en kommune ansvarlig for skader som følge av oversvømmelse i en bekk, som ble ansett å være en del av det kommunale kloakknettet (Rt 1917 657). Dommen ble avsagt under dissens. Flertallet mente at når kommunen ikke i tide hadde truffet foranstaltninger for å avverge en slik oversvømmelse, måtte kommunen bære følgene. Mindretallet mente derimot at kommunen ikke kunne være ansvarlig når årsaken til oversvømmelsen utelukkende var at rennen ikke var stor nok til å fange opp uforutseelige ekstraordinære vannmasser.

I flere saker trekkes grensene for hva man må finne seg i, og hva man ikke må finne seg i uten erstatning, det trekkes grenser for hva som oppfattes som påregnelig, og det er en tydelig henvisning til rettspraksis i flere av avgjørelsene.

I Knallperledom 1 (Rt 1909:851) trekkes grensene mellom hva man må finne seg i, og hva man ikke må finne seg i uten erstatning.⁴⁶ Til spørsmålet om det forelå objektivt ansvar, viste førstvoterende til saksøkers påstand om at jernbanen er erstatningspliktig, fordi jernbanevirksomheten medfører en særlig fare for omgivelsene:

”Appellanten vil saaledes have anvendt den i senere tid i forskjellig retninger anerkjendte rettsætning, at hvor en i og for sig tilladt virksomhed medfører en uforholdsmæssig risiko for omgivelserne, pligter udøveren af virksomheden at erstatte det tab, som virksomheden paa grund af denne sin natur matte medføre for dem” (Rt 1909:852).

Fra jernbanens side ble det gjort gjeldende at det å benytte det farlige sprengstoffet dynamitt, er en så alminnelig ting at det er umulig å gjennomføre noen regel om erstatningsplikt for den som benytter sprengstoffet, og at det her ikke kan sondres mellom større og mindre bedrifter og mellom bedrifter som i stor eller liten utstrekning bruker dynamitt i virksomheten. Til dette argumenterte førstvoterende:

”Jeg kan ikke finde denne indvending afgjørende. Det vil i mange anvendelser ganske vist være saa, at grænsen mellem de virksomheder, som uafhængig af personlig skyld

⁴⁶ Denne saken gjaldt krav om erstatning for skade som ble påført en gutt på 11 år da han lekte med en fængchette som eksploderte. Fængghetten ble funnet på et tidligere arbeidssted ved et jernbaneanlegg og hadde passert via flere barn før den havnet hos gutten som ble skadet (Rt 1909 851).

medfører erstatningsplikt, og de, som ikke gjør det, kan trekkes etter ganske skarpe kriterier. I mange tilfælde vil afgjørelsen imidlertid maatte bero paa bedømmelsen af en gradsforskjel. Virksomheder af nogenlunde lige art kan volde omgivelserne ulemper i større eller mindre mon. Det kan for enkelte af disse virksomheder være klart, at de nævnte ulemper er saa ringe, at omgivelserne maa finde sig i dem uden krav paa erstatning. For andres vedkommende kan det være lige fuldt paa det rene, at ulempen overskrider, hvad man behøver at finde sig i uden erstatning. Men hvor virksomheden gaar over fra at tilhøre den ene kategori til den anden, kan her kun være gjenstand for skjønsmæssig bedømmelse. Jeg mener, at man her har for sig et tilfælde af denne art. Det forekommer mig klart, at i det store flertal af tilfælde, hvor der anvendes for eks. dynamit til smaaarbejder som planering af hustomter, bortsprængning af klippestykker eller lignende, vil risikoen for, at noget af sprængstoffet uden uforsigtighed skal komme paa afveie være saa ringe, at der ikke kan være tale om erstatning. Men i det foreliggende tilfælde er der spørgsmaal om en virksomhed af meget stort omfang, hvor der i meget stor udstrækning anvendes dynamit af en mængde mennesker, og hvor som følge deraf som nys nævnt forholdenes natur medfører, at man maatte være forberedt paa, at mer eller mindre af sprængstoffet uden foreliggende uagtsomhed fra nogen side kom paa afveie og altsaa udsatte omgivelserne for ulykker af saa alvorlig beskaffenhed som den i nærværende sag omhandlede. Jeg mener, at en virksomhed af den natur, at slige følge maa siges at være paaregnelig knyttet til dens udøvelse, bør medføre erstatningsplikt for udøveren paa grundlag af den af mig før nævnte i senere tids retspraksis udviklede retsregel” (Rt 1909:853).

Dette er en avgjørelse der grensene trekkes mellom hva man må finne seg i uten å få erstatning, og hva som medfører erstatning. Dommeren argumenterer her for at omfanget av virksomheten er stor, og når dynamitt anvendes i så stort omfang som her, må man regne med at den kan komme på avveie og forårsake ulykker. Det er altså en påregnelig følge av utøvelsen av virksomheten som utløser erstatningsplikt på grunnlag av reglene om ansvar uten skyld.

Det er de tidligere utviklede kriteriene det her trekkes veksler på. Når virksomheten er stor, dynamitt anvendes i stort omfang, og man må regne med at dynamitt kan forsvinne, begrunner det erstatning. I Rt 1912 610⁴⁷ henvises det direkte til denne dommen for å begrunne erstatningsansvar:

”Man har saaledes en række domme, ved hvilke det maa ansees som fastslaaet i vor ret, at hvor en i og for sig tilladt virksomhed medfører en uforholdsmæssig risiko for omgivelserne, pligter udøveren af virksomheden, at erstatte det tab, som virksomheden paa grund af denne sin natur maatte medføre for dem, se N. Gjelsviks afhandling om skadeserstatning for retmæssige handlinger efter norsk ret side 33 flg. samt blandt de afsagte domme specielt den i Rt-1909-851 flg. refererede høiesteretsdom af 18 november s.a” (Rt 1912 613).

I denne dommen fant flertallet at en reperbane var særdeles farlig for alle de barna som ferdes i gaten, og at når ikke reperbanen var tilstrekkelig sikret mot ulykker, måtte eieren være ansvarlig for skaden. Et mindretall på tre fant derimot at reperbanen som hadde benyttet løpehjulet med drivtau i ca. 100 år, ikke representerte noen farlig risiko for

⁴⁷ Denne saken gjaldt en reperbane som i følge gammel rett hadde et løpehjul med drivtau langs en vei som kommunen senere hadde opparbeidet som gate. Et barn kom til skade da hun lot hånden gli langs tauet og fikk hånden dradd inn i løpehjulkassen.

allmennheten og når uaktsomhet ikke kunne påvises, kunne eieren heller ikke bli holdt ansvarlig for skaden.

I Knallperledom 2 (Rt 1917 202)⁴⁸ er det tilsvarende kriterier som brukes for å avgrense det objektive ansvaret. Høyesterett kom her til samme resultat som tidligere retter og sluttet seg til deres begrunnelse:

”at fløtningen hverken efter bedriftens art eller de midler den benytter sig av for at faa sit oie med realiseret, kan betragtes som en saadan bedrift; der er en overmaade stor forskjel paa den fare, som et jernbane- eller veianlæg medfører for sine omgivelser, og den, en fløtning medfører. Hertil kommer det meget væsentlige moment, at mens de første slags anlæg i en kortere tid paa et begrænset omraade driver en intens drift, er fløtningen, saaledes som det er oplyst at den foregaar her i Nidelven, en bedrift, der kun leilighetsvis, nu og da og i et høist begrænset omfang benytter sprængstof for at lette tømmerets fremdrift. Og selv om retten forøvrig kunde gi citanterne ret i, at fløtningen var en for sine omgivelser særskilt farlig bedrift og derfor var undergit læren om saadanne bedrifters ansvar for den hændelige skade, bedriften medførte for sine omgivelser, saa finder retten det litet tvilsomt, at indstevnte desuagtet ikke her kan gjøres ansvarlig for den skade, som er direkte foranlediget ved uvedkommende personers retsstridige indgrep i bedriften og bemægtigelse av de til bedriften indkjøpte materialer. Det forekommer retten litet utvilsomt, at selv en bedrift som et jernbaneanlæg ikke kan gjøres ansvarlig for den skade, der foranlediges ved fra jernbanen frastjaalet dynamit, naar denne har været opbevart paa en forsvarlig maate. Forøvrig er læren ny og litet utformet, og for at den skal kunne gjøres gjældende i saadant omfang, at indstevnte her kunde gjøres ansvarlig, maatte der utvilsomt dertil en lovbestemmelse, som man nu mangler. Retten, der finder, at den i Rt 1904 394 omhandlede sak i mange punkter har betydning for nærværende sak, kommer saaledes til det resultat, at indstevnte maa bli at frifinde. - - -” (Rt 1917 210).

Høyesterett slår fast at fløtningsvirksomhet ikke blir regnet til ”farlige bedrifter” i sin art eller i forhold til de midler som brukes. Videre finner det sted en avgrensning, fordi det trekkes en grense for hva som skal til av omfang for å begrunne erstatningsansvar. I følge begrunnelsen bruker fløtningsforretningen dynamitt i så lite omfang og kun ”leilighetsvis”, derfor kan det ikke begrunne erstatning. Dessuten fremheves det også at læren om objektivt ansvar er ny og lite utformet, og Høyesterett argumenterer med at dersom objektivt ansvar skulle gjelde her, forutsetter det en positiv lovbestemmelse som man altså ikke har.

En av dommerne har en bemerkning som er interessant ut fra vår innfallsvinkel, fordi han her berører spørsmålet om erstatningsansvar uten skyld:

”forsaavidt angaar spørsmålet om erstatningspligt uten hensyn til skyld og henvisningen under procedyren til den i Rt 1909 851 meddelte sak, tilføie, at jeg anser nærværende sak væsentlig forskjellig fra hin sak, deri nemlig, at knaldperlerne er borttat fra vedkommende opbevaringssted. En saadan borttagelse kan ikke betegnes som nogen forutseelig begivenhet av saadan art, at den kan siges at være særlig paaregnet ved en bedrift som heromhandlede. Det kan ikke ansees som mere paaregnet for en saadan bedrift, at uvedkommende skal indlate sig paa at bortta sprængstof fra dens opbevaringssted for saadant, end det er paaregnet, at det samme kan ske med hensyn til saadan gjenstand, som en hvilkensomhelst person eller bedrift har til opbevaring. Det er i begge tilfælde

⁴⁸ Denne saken dreide seg om to små gutter som blir skadet av en dynamitknallperle som eksploderte. Knallperlen var funnet i en kasse som tilhørte en fløtningsforretning.

tænkelig, at saa kan ske, men heller ikke mere. I hint tilfælde (ved jernbaneanlægget) kunde man ikke gaa ut fra, at knaldsatsen var borttat fra dens opbevaringssted. Den var av vedkommende gut fundet paa jernbanelegemet, hvor den kunde tænkes at være efterglemt eller mistet av arbeiderne. Og dette, at der under et jernbaneanlæg kan bli efterglemt eller mistet sprængstof av arbeiderne under arbeidet, – dette er noget, som maa paaregnes nær sagt som en nødvendig følge av selve virksomheten, og de skadelige følger som dette igjen kan medføre: derved at det farlige stof findes av barn som skader sig ved at fingre med det, – eller paa anden tilfældig maate, kan derfor siges at være skadelige følger, som vedrører selve bedriften, og som denne bør svare for uten hensyn til, om der er vist uagtsomhet i det enkelte tilfælde. Anderledes derimot i et tilfælde som nærværende, hvor det som sagt er paa det rene, at den knaldperle, ved hvilken ulykken er voldt, er borttat fra dens opbevaringssted. Der kan da efter min mening ikke siges at foreligge nogen ulykke, som med rimelighet skulde kunne betegnes som foraarsaket ved nogen del av den paagjældende virksomhet, som innebærer fare for utenforstaaende tredjemand” (Rt 1917:203,204).

Denne bemerkningen er et eksempel på at det trekkes opp et skille mellom det som er påregnelig og det som ikke er påregnelig. Det at en ansatt glemmer en dynamittknallsats eller mister den, er noe man må regne med, men at noen fjerner dynamitten, kan ikke regnes som en så forutselig begivenhet at den kan sies å være på regnelig. Det vil si at det her gis en vurdering av hva som er påregnelig, og hva som ikke er det.

En rekke av dommene kjennetegnes ved at man først vurderer om virksomheten er ”farlig bedrift”. Over tid etableres det en praksis som innebærer at dersom virksomheten vurderes å representere en slik risiko for sine omgivelser, inntreer erstatningsansvaret nærmest automatisk.

I Rt 1906 784 blir jernbanen gjort erstatningsansvarlig ut fra vurdering om uaktsomhet, men en av dommerne (Ekstraordinær Assessor professor Platou) uttaler følgende:

”Jeg er i Resultatet enig med Førstvoterende, idet jeg skal bemærke, at det ikke kan være nødvendig for at paaføre Jernbanen Erstatningspligt, at der overføres nogen av dens Folk konkret Uagtsomhed. Sagen er, at Bedriften er ildsfarlig (in casu efter Oplysningerne endog synes at have været særlig ildsfarlig arrangeret), noget, Jernbanen selv faar bære Risikoen for” (Rt 1906 :786).

I Rt 1926:899⁴⁹ ble sporveien vurdert som ”farlig bedrift”. Denne dommen inneholder også eksplisitte henvisninger til tidligere avgjørelser:

”Ti selvom man med byretten ikke vil anta bevis ført for nogen feil eller uagtsomhet fra sporveiens vedkommendes side, finder jeg dog at ansvar for uheldet med utglidningen og sammenstøtet med ølvognen maa falde paa kommunen som driftsherre og eier av sporveien. Elektrisk sporvognsdrift som den omhandlede maa henregnes til saadanne bedrifter, som nødvendigvis medfører øket fare eller risiko for omgivelserne eller for almenheten, som derved kan utsættes for at lide skade paa person eller gods. Derfor maa driftsherren, her kommunen, ha ansvar for saadan skade som er en følge av ulykker voldt ved bedriften, selvom ulykken i det enkelte tilfælde ikke kan til regnes nogen av sporvognens vedkommende – enten de styrende eller betjeningen – som voldt ved feil eller uagtsomhet fra deres side, al den stund den skadelidende selv, som av mig her antat,

⁴⁹ Saken gjaldt krav om erstatning for skade som resultat av at en kommunal sporvogn mistet festet på skinnegangen, rullet ned en bakke og kolliderte med en ølvogn.

ikke ved uagtsomhet fra sin side har bevirket eller medvirket til ulykken. Det heromhandlede uheld, at det ikke lykkedes i tide at stanse sporvognen ved anvendelse av de dertil tjenlige apparater, mener jeg maa betragtes som en saadan bedriftsulykke, hvorfor driftsherren som nævnt maa svare. Den her av mig hævdede retsopfatning mener jeg ogsaa er fastslaaet i vor retspraksis, jfr. høiesteretsdomme i Rt 1905 715, Rt 1912 610, Rt 1916 9 og Rt 1921 519” (Rt 1926:901).

Dommen var enstemmig i spørsmålet om sporveien her var å betrakte som farlig bedrift, og er den første dommen som i veldig tydelig grad direkte henviser til flere av de tidligere avsatte dommene som grunnlag for sin avgjørelse. Det vil si at rettspraksis får klar betydning for utfallet av saken.

Også i Rt 1927:651⁵⁰ vurderes sporvogn som farlig bedrift:

”Jeg mener imidlertid, at et uheld som dette bestaaende i, at noget har klikket i vognens maskineri, er et rent bedriftsuheld som bedriften selv maa ha ansvar for i den utstrækning skade voldes. Dette følger, mener jeg, av de almindelige regler om ansvar for bedrifter av saadan art, at de almindeligvis medfører risiko for omgivelserne eller almenheten. Jeg kan herom henvide til høiesteretsdom av 9 november 1926, Rt 1926 899, A/ S Hansa Bryggeri mot Bergens kommune, og de der citerte høiesteretsdomme i Rt 1921 519, Rt 1916 9, Rt 1912 610 og Rt 1905 715”. (Rt 1927:653).

Det er stadig tydeligere at regelen om det objektive ansvaret er etablert og blitt alminnelig, og når sporvogn vurderes som farlig, utløser det nærmest automatisk erstatningsansvar.

I Rt 1932:416 (Høyspent/lavspentdommen)⁵¹ er en illustrasjon på det samme, når anlegget er vurdert som farlig bedrift utløses erstatningsansvaret. I Rt 1931:513 (Holmenkollbanedommen)⁵² videreutvikles kriteriene ”ekstraordinære ulempe” idet argumentasjonen knyttes til at anlegget er et ekstraordinært anlegg og dermed omfattes av reglene om farlige bedrifter.

Når en virksomhet først er definert som ”farlig bedrift” eller ikke definert som ”farlig bedrift”, er det tydelig at dette oppfattes som bindende for senere avgjørelser. I Rt 1933:475, Hesjetråddommen avgrenses ansvaret.⁵³ Det slås fast at drift av

⁵⁰ Denne saken dreier seg om en person som døde som følge av skader han pådro seg ved at han kom i klemme mellom to sporvogner da han forsøkte å stige opp på den bakerste plattformen på den forreste sporvognens tilhenger.

⁵¹ Et elektrisitetsverk ble av Høyesterett pålagt objektivt ansvar for skader på flere bygninger etter at høyspentstrøm ved et uhell kom inn på lavspenningsnettet.

⁵² Ved anleggelse av Holmenkollbanens tunnel fra Majorstuen til Nationaltheateret oppsto det sprekker i en del hus som lå over traseen. Dette er en sak som er svært komplisert når det gjelder de faktiske forhold. Dommen er svært omfattende, og det er svært mange dokumenter i saken rundt spørsmålet om hvorvidt det foreligger en årsakssammenheng mellom anlegging av Holmenkollbanen og skader på hus og veier i området. Blant annet en rekke vitenskapelige rapporter, andre sakkyndige utredninger og uttalelser vedrørende undergrunnsforhold og dermed sammenhengende husbeskadigelse, utredninger og uttalelser bilagt med karter, plansjer, lerprøveanalyser, grunnvannsmålinger, skuddrystelsesmaalinge, nivellemeter m.v. Svært mye av diskusjonen i dommen angår spørsmålet om årsakssammenheng, når det først er sannsynliggjort en årsakssammenheng, er denne dommen et eksempel på en svært tydelig dom som sier at ut fra gjeldende rett så er det erstatningsplikt ut fra reglene om objektivt ansvar.

⁵³ Denne saken gjaldt to menn som i arbeid med å grave en grøft brukte en hesjetråd for å markere retningen for grøften. Da hesjetråden plutselig røk og spratt opp i en høyspentledning over arbeidsstedet, ble den ene mannen sterkt forbrent.

sterkstrømledninger kommer inn under farlige bedrifter, men ulykken antas ikke å kunne karakteriseres som en forutseelig mulighet. I Rt 1934:265⁵⁴ der en mann ble skadet da han kolliderte med en stolpe tilhørende et elektrisitetsverk, gis det ikke erstatning, fordi ulykken ikke har noen sammenheng med det farlige momentet ved bedriften. I saken om kafégjesten som blir skadet av svingdør (Rt 1933 968)⁵⁵, anses ikke svingdøren som farlig. I Rt 1935 218⁵⁶ henvises det til tidligere dommer for å begrunne kommunens erstatningsansvar for et kloakkanlegg. Anlegget ble vurdert å være modent for fornyelse, og på grunn av sin manglende tidsmessighet innebar det en særlig risiko for skade hvis uhellet var ute. Kranbroer defineres i Rt 1935:951⁵⁷ ikke å være farlig bedrift fordi bevegelsene er langsomme, bevegeligheten er begrenset og drivverket i kranfoten er av altfor ubetydelig omfang til å kunne sidestilles med farlige bedrifter. I Kullstykkedommen Rt 1936:345⁵⁸ gis det erstatning selv om krananlegg ikke er å anse som farlig bedrift. Begrunnelsen her er at driften av denne kranen medfører et faremoment som gjør at eierne vurderes til å være nærmest til å bære ansvaret. Kriteriene er at det er en typisk skade og en adekvat følge av den med virksomhetens forbundne fare. I Rt 1937 741⁵⁹ ble en huseier holdt ansvarlig på objektivt grunnlag for en fyrbøters sykdom. Begrunnelsen var at når fyrrommet for et sentralvarmeanlegg ble anlagt under jorden uten direkte adgang til luft, måtte gårdeieren være forpliktet til å sørge for tilstrekkelig tilgang på frisk luft. Hvis ikke dette lykkes slik at den som arbeider i fyrrommet blir syk av karbondioksidforgiftning, må gårdeieren være objektivt ansvarlig. I Gesimsdommen (Rt 1939 766)⁶⁰ vurderes gesimsen til å være et særpreget og ekstraordinært faremoment ved bygningen. Bruken av en elektrisk rulle ble i Rt 1940 503⁶¹ ikke vurdert å fremby noen fare som kunne gi grunnlag for å pålegge erstatning uten skyld.

De avgjørelsene som her er referert, viser at rettspraksis og dermed de avgjørelseskriterier som ble etablert i den første perioden ligger til grunn når Høyesterett treffer sine avgjørelser. Gjennom disse avgjørelsene bekreftes både selve rettsregelen om det objektive ansvaret og de avgjørelseskriteriene som ble etablert i den første perioden.

⁵⁴ I denne saken ble E-verket frifunnet for ansvar for at en mann ble skadd da han kjørte med hest og slede og slo seg stygt mot en ledningsstolpe i veikanten.

⁵⁵ En kafégjest som hadde fått klemt hånden sin i kaféens svingdør, krevde erstatning etter reglene om farlig bedrift for skaden vedkommende var blitt påført.

⁵⁶ En kloakkledning klarte ikke under et kraftig regnskyll å avlede vannet slik at dette trengte opp gjennom kummen og inn i tilstøtende bygnings kjellere.

⁵⁷ Denne saken gjelder en fisker som på vei om bord i et skip, fikk hånden sin inn i maskineriet på kranfoten idet han passerte en malmkran på kaien.

⁵⁸ Under bunkring ved en elektrisk kullkran falt et kullstykke ned fra grabben og drepte en av skipsmannskapet.

⁵⁹ En fyrbøter ble forgiftet av karbondioksid da han arbeidet i et fyrrom uten tilstrekkelig tilgang på frisk luft.

⁶⁰ I denne saken ble en huseier pålagt objektivt ansvar for skade ved at en gesims falt ned fra Central Hotell i Drammen og drepte en mann som arbeidet på fortauet.

⁶¹ En leieboer mistet sitt ene øye ved at hevarmen på en elektrisk rulle sprang ut av sitt feste.

Argumentene representerer en kontinuitet. Det er tidligere etablerte kriterier som i noen grad avgrenses, utvides og spesifiseres.

Verdi- og nytte vurderinger blir regler for senere avgjørelser

I denne perioden innføres det et helt nytt avgjørelseskriterium, nemlig ”*teknisk svikt*”. Jeg vil i neste avsnitt komme tilbake til at Høyesterett i flere avgjørelser ikke tar opp spørsmålet om den virksomheten man har til vurdering i den konkrete saken, er å oppfatte som ”farlig bedrift”. Dette er blant annet til stede i Rt 1916:9⁶² der en bil kjørte inn i et butikkvindu fordi styrestaget gikk i stykker. Høyesterett tilkjenner erstatning i denne saken ut fra en begrunnelse om at dersom noe går i stykker, og ingen kan klandres for dette, er eieren nærmest til å bære ansvaret. Det er en rimelighetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære ansvaret, og kriteriet er ”teknisk svikt”. Det etableres et nytt avgjørelseskriterium ut fra en verdivurdering, et kriterium som deretter etableres som regel for avgjørelser i tilsvarende saker. I Rt 1921:519⁶³ der et dampskip støtte mot en jernbanebro fordi reverseringsmekanismen sviktet, henvises det direkte til Styrestagdommen (Rt 1916:9) som begrunnelse for erstatning. Dermed er teknisk svikt etablert som et ytterligere avgjørelseskriterium i denne perioden. I materialet er det også antydninger til to andre typer kriterier som kommer inn i vurderingene: *manglende sikkerhetsforanstaltninger* og *forsikringsbensynet*. I Sarpsborgdommen (Rt 1936:298)⁶⁴ trekkes eventuelt manglende sikkerhetsforanstaltninger inn i vurderingen:

”...at jernbanen her er nærmest til å bære risikoen, om det i et enkelt tilfelle skulde vise seg at de sikkerhetsforanstaltninger som det har vært vanlig å treffe ikke har vært til effektive” (Rt 1936:300)

og i saken om gutten som ble påkjørt av en sporvogn (Rt 1933:817)⁶⁵, trekker den dissenterende dommeren inn argument knyttet til at den skadevoldende bedrift hadde anledning til å tegne ansvarsforsikring. I Klatredom 1 (Rt 1940:16)⁶⁶ sier førstvoterende som tilhører flertallet at det må være berettiget å ta hensyn til den adgang et elektrisitetsverk har til å tegne ansvarsforsikring.

Dermed kan det antydes til to ulike former for objektivt ansvar: et rent risikoansvar og ansvar som følge av teknisk svikt, der ingen kan lastes for denne svikten. Det synes klart at det på et tidspunkt er lagt noen føringer som får betydning for spesifiseringen og raffineringen av argumentasjonen. Når noe er etablert for første gang, gjerne gjennom

⁶² Denne saken dreier seg om en varebil som kjørte inn i et butikkvindu. Årsaken var at styremekanismen gikk i stykker på grunn av svakhet ved materialet.

⁶³ Saken gjelder et dampskip som støtte mot en jernbanebro som resultat av at reverseringsmekanismen på skipet klikket ved et uhell.

⁶⁴ Saken gjaldt en person som ble påkjørt og skadet av et tog idet han passerte sporet fra en plattform til en annen på Sarpsborg jernbanestasjon.

⁶⁵ Saken gjaldt krav om erstatning for skade som et lite barn ble påført da det ble truffet av en sporvogn.

⁶⁶ Et elektrisitetsverk blir pålagt erstatningsansvar ut fra reglene om objektivt ansvar for skader som en 8 år gammel gutt hadde pådratt seg ved å klatre opp i en ledningsmast med høyspentstrøm.

verdi- eller nyttevurderinger, blir det regel for senere avgjørelser av tilsvarende art. Det er klare tegn til at det er etablert en institusjonell praksis, fordi en utvikling der rettspraksis får økt betydning, representerer en ”lukking av feltet”. Til tross for at feltet lukkes, kjennetegnes systemet fortsatt av fleksibilitet. Det som særlig åpner for denne fleksibiliteten er, som jeg vil komme nærmere inn på i de to neste avsnittene, for det første at Høyesterett gjennom en del saker ikke vurderer om den virksomheten man har opppe til vurdering er en ”farlig bedrift”. For det andre representerer det klare innslaget av verdi- og nyttevurderinger muligheter for å treffe avgjørelser med en annen type innhold og argumenter enn det vi vil forvente dersom det grunnlaget som er etablert gjennom rettspraksis, la klare føringer på avgjørelsene.

Virkeområdet for det objektive ansvaret – tilbakeholdenhet, varsomhet, gradvis utvikling og brudd

Gjennom analysen av etableringen av det objektive ansvaret ble det vist at regelen kom til anvendelse på virksomheter eller bedrifter som skadet sine omgivelser. Regelen ble funnet å gjelde for virksomheter som jernbanedrift, en sprengstoffabrikk, dampskip som gjorde skade på elvebredden og vannledninger.

Når det gjelder spørsmålet om utviklingen av virkeområdet for det objektive ansvaret i perioden 1906 til 1940, synes flere trekk å være sentrale. For det første er Høyesterett tidlig i denne perioden klart tilbakeholdende med å utvide doménet for den nye regelen. For det andre utkristalliserer det seg områder der Høyesterett er varsom med å stadfeste et rent risikoansvar, og for det tredje representerer perioden under ett en klar utvidelse av virkeområdet for regelen. Utviklingen kulminerer med Gesimsdommen (Rt 1939:766) som klart representerer et brudd med tidligere rettspraksis.

Det som kjennetegner de første dommene i den perioden som nå analyseres, er at det er en tilbakeholdenhet med å utvide virkeområdet til rettsregelen. I flere dommer argumenterer Høyesterett for at de ikke ønsker å utvide virkeområdet med den begrunnelse at regelen på dette tidspunkt er en ny rettsregel (Rt 1909:851, Knallperle-dom I og Rt 1912:993⁶⁷). Perioden kjennetegnes videre av en gradvis utvikling der det trekkes grenser for hvilke områder som faller inn under virkeområdet til regelen, og hvilke som ikke gjør det. Det vil si at i mange av sakene trekkes det grenser for hva som oppfattes å medføre en så stor risiko at det begrunner erstatning, og hvilke type virksomheter og risikoer borgerne må finne seg i uten å få erstatning. Eksempelvis utvides virkeområdet til å omfatte gassverk (Rt 1917 202), elektrisitetsverk (Rt 1932:416), tunnelanlegg (Rt 1931:513), drift av kullkran (Rt 1936:345), jernbanens bruk av dynamitt (Rt 1909:851), biler og båter dersom det kan påvises teknisk svikt (Rt 1916:9, Rt 1921:519), planovergangen ved Sarpsborg jernbanestasjon (Rt 1936:298), gesims på bygning i trafikkert strøk (Rt 1939:766) og ledningsmaster med høyspentstrøm (Rt 1940:16), men avgrenses i forhold til private planoverganger (Rt 1908:787),

⁶⁷ Saken gjaldt en slakter som kjørte hest og vogn. Hesten ble skremt av en bil som plutselig kom til syne i en sving. Hesten løp ut og slakteren kom til skade.

biler (Rt 1912: 993), kjøleskap (Rt 1929 737⁶⁸), elektriske svingdører (Rt 1933:968), kraner (Rt 1935:951) og fløtningsforretningers bruk av dynamitt (Rt 1917:202).

Når det gjelder transportsektoren som da representerer de nye typene saker i denne perioden, er det flere interessante forhold. I Rt 1912:993, der en hest løp ut fordi den ble skremt av en bil, har avgjørelsen klare elementer av en konsekvensvurdering der bilenes samfunnsnytte veies mot enkeltindividens krav på beskyttelse. Flertallet finner at man ikke vil si at biler er farlige bedrifter:

”Høiesteret kommer til samme resultat som byretten og tiltræder i det væsentlige flertallets begrundelse. Man er specielt enig med dette i, at benyttelse af motorvogn lige overfor den risiko, som man her har at gjøre med, nemlig faren for, at automobilen skal skræmme hester ikke kan betegnes som udøvelse af farlig bedrift. Uden et positivt lovbud, der statuerer erstatningspligt uden hensyn til skyld hos vognføreren, antages der derfor etter hidtil gjældende ret ikke, at være adgang til at tage appellantens paastand om erstatning tilfølge. Annerledes staar vistnok forholdet nu efter den positive bestemmelse i lov om brug af motorvogn af 21 juni 1912 nr. 2 §33. Men det siger sig selv, at denne ikke kan gives anvendelse paa tilfælde, liggende forud for lovens ikrafttræden” (Rt 1912:993).

Flertallet i byretten, som Høyesteretts flertall også slutter seg til, sier følgende:

”Selv uden udtrykkelig bestemmelse maa der af hensyn til de veifarendes sikkerhed antages at paahvile kjøreren en særlig omhu og paapasselighed ved brugen af et kjøretøi af den beskaffenhed som en autombil, og dette maa i forsterket grad gjælde under vanskelig veiforhold, for eks. naar en sving skal passeres. Imidlertid tilsiger paa den anden side den store samfunnsnytte, som ligger i en saavidt mulig uhindret brug af automobil, at fordringerne i den omhandlede henseende ikke strammes for meget. Naar rimelig hensyn tages til begge sider, finder jeg for eksempel ikke, at der i det tilfælde som foreligger i denne sag, kunde kræves en saa ekstraordinær forsigtighed som den at stanse automobilen et stykke før svingen og sende en mand i forveien for at varsle mulige veifarende” (Rt 1912:994,995).

Den store samfunnsnyttens de representerer, blir så viktig at man må finne seg i at det kan skje ulykker uten at man får erstatning. Mindretallet derimot, hevder at det vanskelig kan bestrides at biler er farlige bedrifter, og når de er det begrunner det erstatning:

”Men er saaledes farerne for trediemand tilstede og nærliggende, saa er det ikke mereend rimelig og retfærdig, at den som til sin fordel vil udnytte det nye fremkomstmiddels mange og utvivlsomme fordele, ogsaa bør tage den risiko, det fører med sig. Vil han have vindingen, saa skal han ogsaa tage tabet. I henhold til hertil og da intet foreligger som giver grund til at antage, at citanten har vist nogen forsømmelighed eller uagtsomhed, voterer jeg for, at citanten tilkjendes erstatning for den ham ved ulykken paaførte skade” (Rt 1912:998)

For biler vil ikke Høyesterett statuere et rent risikoansvar (Rt 1912 993, Rt 1916 844, Rt 1918 543), og det er interessant at det fremheves at man ikke vil statuere et slikt prinsipp på dette området uten et positivt lovbud (Rt 1912 993, 1918 543), men pålegger erstatningsansvar dersom det er teknisk svikt som er årsak til ulykken (Styrestagdommen

⁶⁸ Et kjøleskap eksploderte i en kjøttforretning. En person døde, og bygninger og inventar ble skadet.

Rt 1916:9). Det synes også som Høyesterett er tilbakeholden med å pålegge objektivt rederansvar (Rt 1927 724⁶⁹, Rt 1939 720⁷⁰)

I spørsmålet om sporvogners erstatningsansvar synes Høyesterett å bevege seg frem og tilbake. I den første avgjørelsen som omhandler en kollisjon mellom en sporvogn og en brannvogn (Rt 1909:586)⁷¹, drøftet man ikke objektivt ansvar, men opprettholdt kravet til skyld. I sakene som gjaldt kollisjon mellom en sporvogn og en ølvogn (Rt 1926:899), og en person som kom i klemme mellom to sporvogner (Rt 1927 651), anså Høyesterett sporveisdrift som ”farlig bedrift”. Mens i Rt 1933:817 som gjaldt en liten gutt som ble påkjørt av en sporvogn, fant Høyesterett ikke at sporveien var ansvarlig ut fra regelen om farlig bedrift, fordi det ikke var funnet teknisk svikt. Det vil si at på dette området er man først tilbakeholden, så etablerer man et rent risikoansvar for deretter å bryte med dette og forutsette at dersom sporveien skal være ansvarlig for ulykker, så forutsetter dette at det er begått feil fra sporvognens side enten ved selve kjøringen eller ved vognmateriellet. Spørsmålet blir hvordan det kan forklares at Høyesterett her, etter å ha stadfestet et rent risikoansvar, ikke er bundet av dette i senere avgjørelser. Det som nemlig er fremtredende i det øvrige materialet, er at dersom en virksomhet først defineres som ”farlig bedrift” oppfattes dette av Høyesterett selv som bindende for senere avgjørelser av tilsvarende karakter. Dette spørsmålet vil jeg komme tilbake til senere. I Rt 1931 97⁷² fant Høyesterett med støtte i tidligere avgjørelser at ansvar ikke kunne bygges på reglene om ”farlig bedrift”:

”Reglene om farlige bedrifter kan ikke skjønnes at føre saa langt. Ulykken kan ikke ansees som bedriftsulykke i den forstand at jernbanens drift har vært utsatt for noget uhell. Og det kan ikke ansees som en ubetinget gjeldende regel i vaar rett at jernbanen skal svare for enhver ulykke som inntreffer under banens ordinære drift, uten at noget usedvanlig er støtt til, alene med den selvfølgelige begrensning at ikke skaden er at til regne skadelidte selv.....Av dommer som jeg mener støtter min oppfatning kan nevnes i dom Rt 1908 787, i følge hvilken jernbanen er uten ansvar for benyttelsen av private planoverganger” (Rt 1931 98).

Dommen ble avsagt under dissens, og den dissenterende dommer gikk inn for erstatning ut fra en vurdering om at det forelå ansvarsbetingende forsømmelse fra jernbanens side.

Ved å pålegge erstatning i gesimsdommen (Rt 1939:766) bryter Høyesterett helt klart med tidligere praksis fordi en gesims på en bygning vanskelig kan defineres som en farlig bedrift eller virksomhet.

⁶⁹ Et dampskip støtte inn i et annet dampskip da det skulle legge til kai. Årsaken ble antatt å være en feil i maskinen.

⁷⁰ En passasjer på et ruteskip falt og skadet foten da skipet støtte mot kaien.

⁷¹ Saken gjaldt en enke som krevde erstatning for mannens død som følge av kollisjon mellom en sporvogn og en brannvogn.

⁷² Jernbanen kjørte på en bil som uvisst av hvilken grunn sto med avslått motor på en planovergang. Bilens eier ble drept.

To dommer som angår statens objektive ansvar, synes også å tyde på at Høyesterett her er tilbakeholden med å statuere objektivt ansvar for staten. I Rt 1913 656⁷³ vurderer ikke Høyesterett om situasjonen kan vurderes ut fra reglene om farlig virksomhet, men henviste til byrettens avgjørelse der flertallet argumenterte slik:

”Staten har til lettelse av kystfarten latt disse lamper opsatte, uagtet man paa forhaand visste, at de av flere grunde ikke kunde virke saa paalidelig som fyrhuse med fast betjening. Hvis det hadde kunde antages, at staten skulde være ansvarlig for disse tjenestemænds feil, maatte der enten være truffet forføining til at fri staten for et saadant ansvar eller ogsaa paalægge den samlede skibsfart en fyarvgift, som vilde dække ethvert tap. Den fordel, kystfartøierne har av disse lamper, opveier fuldt ut havarier eller ulemper forvoldt ved feil i belysningen. Hvis staten skulde være ansvarlig for dette underordnede personale, maatte den med samme ret være ansvarlig for feil ved opmerkning, hydrografering o.l. Men staten vilde da komme op i et helt uforholdsmæssig og uberegnelig ansvar” (Rt 1913 658).

I Rt 1918 125⁷⁴ argumenteres det på følgende måte:

”Med hensyn til spørsmålet om, hvorvidt der kan paalægges det offentlige noget ansvar for det indtrufne, kan det for det første ikke findes synderlig tivlsomt, at det herfor maa være en betingelse, at der kan lægges det offentlige eller nogen, for hvem dette er ansvarlig, nogen forsømmelse tillast. Selve den omstændighet, at citanten er kommet tilskade under en tjeneste, som er ham paalagt av det offentlige, kan ikke i og for sig begrunde noget ansvar. Herav følger, at ogsaa det offentlige i almindelighet maa erkjendes fri for ansvar, hvis det forutsættes, at ulykken skyldtes en ældre svakhet ved den praagjældende stjert, som ikke kunnet opdages ved rimelig agtpaagivenhet.” (Rt 1918 126).

Igen fremkommer denne tilbakeholdenhet ved at Høyesterett ikke eksplisitt tar opp til diskusjon spørsmålene om virksomheten er av en slik risiko at objektivt ansvar kunne komme til anvendelse.

Vurdering av rent risikoansvar

Som nevnt tidligere unnlater Høyesterett i flere av avgjørelsene å ta opp diskusjonen om ”farlig bedrift”. Jeg finner, særlig i den første tiårsperioden etter Vannledningsdommen (Rt 1905 715), at det objektive ansvaret i mange saker ikke vurderes, og at dersom ikke uaktsomhet kan påvises, finner ikke Høyesterett at det er grunnlag for erstatning. Det vil si at man ikke vurderer om den virksomheten eller bedriften man har foran seg i den konkrete saken, faktisk innebærer en slik risiko for sine omgivelser at det begrunner erstatning uten hensyn til skyld (Rt 1907 29⁷⁵, Rt 1908:787⁷⁶, Rt 1909 347⁷⁷, Rt 1909:586,

⁷³ Ved en feil fra en av fyrvesenets betjente var en av fyrlyktens fargelys blitt byttet om. Dette villedet et dampskip som grunnstøtte.

⁷⁴ Saken gjaldt en maskinist som var innkommandert til tjeneste på panserskipet Norge. Han kom til skade ved at stropen i køyen brast, så køyen falt ned, og mannen fikk brudd på hjerneskalen

⁷⁵ En matros falt ned fra riggen på et skip.

⁷⁶ Saken gjaldt krav om erstatning for tap av vogn og to hester som var blitt overkjørt av tog i en privat planovergang.

⁷⁷ En mann falt under lovlig ærend i et gårdsrom ned i en heissjakt.

Rt 1910 365⁷⁸, Rt 1914 23⁷⁹, Rt 1914 291⁸⁰, Rt 1914 612⁸¹, Rt 1914 871⁸², Rt 1917 86⁸³, Rt 1917 590⁸⁴, Rt 1917 601⁸⁵, Rt 1918 113⁸⁶). Det å ikke vurdere om noe innebærer en slik risiko kan tolkes som en måte å unngå å ta spørsmålet opp til vurdering. Dette har klare likhetspunkter til måten spørsmålet om skyld ble håndtert i den første perioden. Gjeldende rett før etableringen av det objektive ansvaret stilte krav til skyld for å begrunne erstatning. Høyesterett øket sitt eget handlingsrom både ved å tøy innholdet i selve skyldbegrepet og ved å gå utenom problemet ved rett og slett ikke å ta stilling til spørsmålet i stedet for å erklære et nytt ansvarsgrunnlag. I den perioden som nå er analysert, er det objektive ansvaret etablert som rettsregel, og det er en tilsvarende mekanisme Høyesterett her benytter når de ikke tar opp til vurdering om en konkret virksomhet faller inn under rettsregelen. Når dette spørsmålet ikke blir vurdert, blir det vanskelig å forutsi hvilke regler som gjelder før en avgjørelse er truffet, og den enkelte Høyesterettsdom gir heller ikke retning til senere avgjørelser. Man unngår altså å stadfeste et objektivt ansvar eller å avvise et objektivt ansvar ved ikke å ta eksplisitt standpunkt til hvorvidt en virksomhet er av en slik art som nevnt ovenfor.

Ser vi nærmere på områdene som omfattes av det objektive ansvaret, representerer perioden under ett en klar utvidelse av virkeområdet for rettsregelen, men Høyesterett synes å være tilbakeholden med å statuere et rent risikoansvar innenfor transportsektoren. Spørsmålet blir hvordan dette kan tolkes når Høyesterett ikke eksplisitt begrunner denne tilbakeholdenheten. En forklaring kan være at Høyesterett her er tilbakeholden, fordi man ikke kjenner den fremtidige utvikling på området på det tidspunkt man får en konkret sak opp til vurdering. Ved å unnlate å ta opp spørsmålet om en virksomhet innebærer så stor risiko at det begrunner erstatning, åpnes muligheten for å utsette å avgjøre dette spørsmålet til man blir tryggere på hvordan utviklingen på dette området går. For Høyesterett kan dette være en måte å øke sitt eget handlingsrom. Ved ikke å ta spørsmålet opp til vurdering unngår man samtidig å skape presedenser for senere avgjørelser. I grove trekk synes det å være slik at når noe først er definert som ”farlig bedrift”, inntreer regelen nærmest automatisk. For Høyesterett selv kan dette synes fornuftig, fordi den juridiske metode innebærer at har man først etablert et

⁷⁸ En mann snublet i et teppe som var lagt ut på fortauet foran et hotell.

⁷⁹ En mann falt ned gjennom en luke til en kokskjeller.

⁸⁰ En matros fikk under innhaling av et skip en stålwire rundt beinet.

⁸¹ Et skip som var anvist plass i havnen av havnefogden, kom under storm i drift og kolliderte med et annet skip i havnen.

⁸² Under arbeid med å rydde en ekserserplass ble kvister og røtter samlet i hauger og brent. Det oppsto som følge av dette brann som medførte skade for tredje mann.

⁸³ En elektrisk montør falt ned i en udekket kanal i en uferdig fabrikkbygning.

⁸⁴ En person fikk, under tur med en ”bjergbane”, fingrene i klemme mellom vognkarmen og en stoppekloss.

⁸⁵ En bil støtte sammen med et lokomotiv i krysningspunktet mellom en vei og et sidespor som ikke var regelmessig trafikkert.

⁸⁶ Et barn fikk kuttet benet av i en slåmaskin.

objektivt ansvar på et område, er dette bindende for fremtidige avgjørelser. Ved ikke å ta spørsmålet opp til vurdering i den konkrete sak tillater man seg å lære av erfaring og skaper dermed en fleksibilitet som gjør det mulig for Høyesterett å tilpasse seg endringer i samfunnet, endringer som det ikke alltid er like lett å forutsi konsekvensene av på det tidspunkt man får en konkret sak opp til avgjørelse.

En annen fortolkning er at Høyesterett her er mer opptatt av det fremtidige omfanget av erstatningssaker enn av det konkrete innhold i den enkelte sak. Den tilbakeholdenhet som kjennetegner Høyesteretts avgjørelser på transportsektoren kan være et uttrykk for dette. Dette er et område hvor man kan anta at omfanget av erstatningssaker vil kunne bli svært omfattende. Dette står da i kontrast til den klare utvidelse av virkeområdet som Gesimsdommen (1939:766) representerer. Her kan en anta at det vil være en sjeldenhet at en får tilsvarende saker opp til vurdering, eller i hvert fall at omfanget her vil være begrenset. Det var en enstemmig Høyesterett som med følgende begrunnelse påla erstatning i denne saken:

”Efter min opfatning er erstatningsplikten i et forhold som det foreliggende ikke avhengig av hvorvidt eieren kan bebreides uaktsomhet med hensyn til tilsyn og kontroll av eiendommen. Selv med det beste tilsyn og den største påpasselighet fra en eiers side må det regnes med den mulighet at deler av en gesims av konstruksjon og materialer som den omhandlede kan falle ned, og hvor eiendommen som her ligger til almindelig beferdet sted, må eieren videre regne med at en sådan nedstyrting lett kan medføre ulykke. En gesims som den foreliggende representerer et særpreget og ekstraordinært faremoment ved bygningen. Enten nedstyrtingen da skyldes mangelful eller opførelse eller som her ordinær forringelse i tidens løp, tilsier en rimelig avveiing av alle interesser efter min opfatning at bygningens eier må ansees nærmere til å stå risikoen, altså bære den skade nedstytingen forårsaker, enn den tilfeldig forulykkede utenforstående tredjemann” (Rt 1939 767).⁸⁷

Det er flere ting som er interessant ved denne dommen. For det første er det et brudd på tidligere praksis ved at det her dreier seg om noe som vanskelig kan defineres som farlig bedrift. Dermed kan denne dommen tolkes som et brudd på tidligere praksis samtidig som den utvider doménet for det objektive ansvaret. Dessuten finner vi både tidligere kriterier og nye: Det at en må regne med at slike ulykker kan skje, er knyttet til påregneligheten. Det nye er at disse videreutvikles ved at det slås fast at gesimsen representerer et særpreget og ekstraordinært faremoment ved bygningen.

Høyesterett bruker ulike mekanismer for å hindre utvikling av doménet: For det første argumenter om at det er viktig å være tilbakeholden fordi regelen er ny, det å ikke ta opp til diskusjon hvorvidt en virksomhet er av en slik art at ansvar kan begrunnes uten hensyn til skyld ved å innføre kravet om teknisk svikt i transportsektoren, og det er også en svak tendens til at kravet om skyld opprettholdes tidlig i perioden når det ikke er begått feil eller utvist uaktsomhet.

Når Høyesterett ikke tar opp til diskusjon spørsmålet om en virksomhet innebærer så stor risiko at den er ansvarlig for skader som den måtte påføre sine omgivelser uten

⁸⁷ De skrivefeil som forekommer her er skrivefeil som er i dommen.

hensyn til skyld, så blir dette en måte å åpne for svært subjektive og eventuelt varierende oppfatninger av rimelighetsavveininger mellom samfunnsinteresser og individenes rett til beskyttelse.

Betydningen av verdi- og nyttevurderinger

I etableringen av det objektive ansvaret inngikk verdi- og nyttevurderinger i mange av begrunnelsene. Gjennom rettferdighets, rimelighets- og konsekvensvurderinger etablerte Høyesterett rettsregelen om objektivt ansvar og avgjørelseskriteriene om ekstraordinære og uforholdsmessige ulemper. Som vist i forrige avsnitt, er disse kriteriene nå etablert som regler for avgjørelser av tilsvarende saker. Det var gjennom denne type vurderinger at grensene ble trukket mellom hva som oppfattes som rimelige og urimelige ulemper, hva som ble oppfattet som farlig eller ikke farlig. Verdivurderinger er uttrykk for juristenes verdigrunnlag, og i den første perioden synes dette å være rimelig stabilt, det var hensynet til den enkelte skadelidte som ble sterkest vektlagt.

Hvilken selvstendig betydning reelle hensyn har i den enkelte avgjørelse er vanskelig å avgjøre.

Bildet er komplisert fordi hver enkelt avgjørelse inneholder sammensatte og kompliserte vurderinger. I en og samme dom er det eksempelvis både argumenter knyttet til tilbakeholdenhet, fordi regelen er ny, at Høyesterett ikke definerer en virksomhet som en ”farlig bedrift”, og rimelighetsvurderinger. I noen dommer hierarkiseres begrunnelsene. Det vil si at det tydeliggjøres hvilke av argumentene som tillegges mest vekt. Hovedinntrykket er likevel at flertallet av dommene kjennetegnes av at dommerne ikke hierarkiserer de ulike typene av argumenter. Dette gjaldt også for perioden 1866 til 1905. I inneværende periode inngår også verdi- og nyttevurderinger som delargumenter i de fleste av avgjørelsene, men det er vanskelig å avgjøre hvor stor selvstendig betydning denne type argumenter har for avgjørelsen som blir tatt i den enkelte sak.

Fra 1906 til 1940 synes følgende trekk å være sentrale:

- Avveiningene og prinsippene bak nytte- og verdivurderingen er delvis skjulte
- En antydning til bevegelse i synet på forholdet mellom samfunnsnytte og individets rett til beskyttelse

Skjulte avveininger og prinsipper

I den første dommen (Rt 1908:787) som gjaldt krav om erstatning for tap av vogn og to hester som var blitt overkjørt av tog i en privat planovergang, baserer Høyesterett seg på en rimelighetsvurdering av hvor risikoen for en bestemt begivenhet skal plasseres. Dette skjer uten at Høyesterett begrunner hvorfor de mener dette er rimelig og uten å ta opp spørsmålet om hvorvidt jernbanens virksomhet er av en slik karakter at den kan falle inn under regelen om objektivt ansvar:

”Jeg kommer i Modsætning til Byretten til det Resultat, at Styrelsen for Statsbanerne maa blive at frifinde. Jernbanen kan, mener jeg, ikke have noget Ansvar for Benyttelsen af private Overgange. Det maa være dens Sag, for hvem en saadan Overgang er anbragt, og som disponerer over samme, at passe sig selv og holde sin Trafik borte fra Overgangen i de Tider, hvor det vilde være forbundet med Risiko at benytte den. Dette er, synes jeg, saa naturlig, at de vistnok kan siges at være selvsagt, og det er jo ogsaa ligefrem forudsat i Jernbaneloven af 7 September 1854 § 11, der sætter Straf for Benyttelse af private Overgange til Tider, hvor Tog er ivente I Regelen vil det jo ogsaa være en meget begrænset Trafik, som finder Sted over saadanne Overgange, en Trafik, naar ikke den groveste Uagtsomhed derunder udvises, ikke kan ansees forbundet med nogensomhelst Risiko. Her er det imidlertid saa, at der som Følge af, at Eieren havde bortleiet den Tomt, for hvis Skyld Overgangen er anbragt, til en Kulforretning, var blevet en ganske betydelig Kjøretrafik, saavidt betydelig, at den ikke kunde gaa for sig uden en Del Risiko; men at det i den Anledning skulde være Jernbanens Sag at optræde og træffe Foranstaltninger til Forebyggelse af Ulykker, kan jeg ikke antage” (Rt 1908:787,788).

I Høyesteretts begrunnelse er det ingen henvisning til tidligere praksis, men en rimelighetsvurdering av hvor risikoen skal plasseres. I begrunnelsen, som var enstemmig, heter det:

”Det maa, mener jeg, naar Eiendommen bliver Gjenstand for saadan Benyttelse, at en større og risikablere Trafik over Overgangen bliver nødvendig, være vedkommende Eiers eller Brugers Sag at træffe de Forholdsregler til Sikrelse af denne Trafik og til Forebyggelse af Ulykker, som maatte ansees paakrævet. Jeg er saaledes uenig med Byretten, naar den udtaler, at det kan bebreides Statsbanerne, at de her ikke har truffet Foranstaltninger for at formindske den med Overgangen forbundne Fare. Jeg mener, at Jernbanen forsaavidt ikke kan ansees som rette Vedkommende” (Rt 1908:788).

I denne saken tar ikke Høyesterett opp til vurdering hvorvidt jernbanen kommer inn under regelen om erstatning for virksomheter som skader sine omgivelser, det som i tidligere saker er definert som ”farlige bedrifter”. På dette tidspunkt er rettsregelen om objektivt ansvar etablert, og det ville her vært nærliggende å vurdere om jernbanen falt inn under virksomheter som medfører risiko på en slik måte at det begrunner erstatning. Det Høyesterett her gjør, er å slå fast at den som bruker en privat overgang selv må bære risikoen, og avgjørelsen knyttes også til at Jernbaneloven setter straff for benyttelse av private overganger til tider hvor tog er i vente. Høyesterett aksepterer imidlertid at i dette tilfellet var eiendommen leiet ut til en kullforretning, noe som medførte en betydelig økning i trafikken over overgangen og som var så vidt betydelig at den ikke kunne foregå uten en viss risiko. Det slås videre fast at det ikke kan være jernbanens ansvar å forebygge ulykker, men at ansvaret ligger hos vedkommende eier eller bruker av den private overgangen. De som har fått en privat overgang og disponerer denne må passe seg selv. Høyesterett baserer seg på en rimelighetsvurdering av hvor risikoen for en bestemt begivenhet skal plasseres – uten å begrunne hvorfor de mener dette er rimelig og uten å ta opp spørsmålet om hvorvidt jernbanens virksomhet er av en slik karakter at den kan falle innunder regelen om objektivt ansvar. Dermed er dette et eksempel på at man unngår å ta opp spørsmålet til vurdering.

På den måten kan denne dommen oppfattes som et brudd med en etablert praksis. Det man her legger vekt på, er en vurdering av hvor risikoen skal plasseres. Det er her

verdt å merke seg at en motsatt argumentasjon kunne begrunnet ansvar for jernbanen. Argumenter som at jernbanen er noe nytt og farlig, at virksomheten har begrenset eiernes adgang til eiendommene sine og at de derfor må opprette planoverganger kunne begrunnet at det er urimelig at den enkelte eiendom skulle bære risikoen av en utvikling som samfunnet og teknologien hadde påført dem ved anleggelse av jernbanen. Dermed står vi overfor spørsmålet om hva det er som kan forklare at Høyesterett i visse tilfelle ikke går inn på vurderinger om ”farlig bedrift” der hvor det er lett å anskue at en slik argumentasjon kunne ført frem til et annet resultat.

I Knallperledom 1 (Rt 1909:851) trekkes grensene for hvilke virksomheter som kan volde omgivelsene så store ulemper at det kan begrunne ansvar uten skyld gjennom rimelighetsvurderinger, og hovedspørsmålet som skiller flertallet fra mindretallet er nettopp en vurdering av hvorvidt bruk av dynamitt er så farlig at det begrunner erstatning, eller hvorvidt det er så alminnelig at man må finne seg i at det noen ganger skjer ulykker som da ikke begrunner erstatning. I saken om bilen som skremmer en hest (Rt 1912:993) er det en klar konsekvensvurdering som ligger bak flertallets vurdering. Det er den store samfunnsnyttens som bilen representerer, som veies mot den forsiktighet som må utvises overfor andre av bilføreren. Samtidig har denne konsekvensvurderingen klare innslag av rimelighetsbetraktninger; avveiningen er gjort gjennom uttalelsen om at når rimelige hensyn tas til begge sider, finner Høyesterett her at bilføreren ikke er erstatningspliktig. Dermed får vi ikke innsikt i hva disse rimelige hensyn faktisk består i. I dissensen er det motsatte argumentet fremme, det er bilkjørsel som er nytt, og da er det ikke mer enn rimelig og rettferdig at den som til sin fordel vil utnytte et slikt fremkomstmiddel og nyte fordelene av dette, også bør ta risikoen. Dommen er dermed en illustrasjon på at gjennom henvisning til hva som er rimelig og rettferdig kommer flertallet og mindretallet frem til motsatte konklusjoner. Noe av det samme er til stede i Styrestagdommen (Rt 1916:9); gjennom rimelighetsvurderinger av hvem som er nærmest til å bære skaden, blir bilens eier gjort ansvarlig, men det uttales ikke eksplisitt hvilke prinsipper som ligger bak disse verdivurderingene. I Holmenkollbanedommen (Rt 1931:513) og Gesimsdommen (Rt 1939:766) brukes igjen begrepet ”en rimelig avveining av alle interesser” som en av begrunnelsene for å illegge erstatningsansvar.

Det kan dermed slå fast at dommerne gjennom flere av avgjørelsene gjør bruk av begrepet ”rimelig avveining av alle interesser” uten at det tydeliggjøres hva som ligger bak disse prinsippene. Jeg finner også at det i flertalls- og mindretallsbegrunnelser henvises til de samme verdiene om rimelighet og rettferdighet, men at disse gir uttrykk for ulike verdioppfatninger. Dette er utelukkende mulig fordi verken avveiningene eller de generelle prinsipper det henvises til, ekspliseres. Høyesterett baserer seg på rimelighetsvurderinger av hvor risikoen for en bestemt begivenhet skal plasseres uten å begrunne hvorfor dette er rimelig. Det er flere dommer hvor det er mulig å anskueliggjøre at man kunne komme frem til det motsatte resultat med rimelighetsoppfatninger med et annet innhold og likevel la være å vise eksplisitt hvilke rimelighetsbetraktninger man baserer seg på. Det kan for eksempel stilles spørsmål om

det er rimelig at man må passe på seg selv når man har fått anbrakt en privat overgang over jernbanen eller om det er rimelig at jernbanen som på denne måten hindrer fri ferdsel til eiendommer er nærmere til å bære ansvaret (Rt 1908: 787).

Dermed blir spørsmålet om hva som er rimelig, og hva som ikke er rimelig, helt sentralt. I dommene ekspliseres ikke avveiningene som ligger bak hva som til enhver tid oppfattes som rimelig. Dermed kan dommere i neste omgang bruke den samme argumentasjon, men falle ned på motsatte vurderinger av hva som oppfattes som rimelig. Denne type avveininger står i sterk kontrast til forståelsen av den juridiske beslutningsmetode der kriteriene for avgjørelser i så stor grad som mulig skal være kjent på forhånd. Når prinsippene ikke kommuniseres skapes det et stort handlingsrom for juristene, noe som skaper en problematisk situasjon. Som tidligere nevnt forutsetter rettstaten forutberegnelighet for borgerne i rettslige anliggender. Det relativt store innslaget av verdi- og nyttevurderinger i avgjørelsene synes i noen grad å bryte med dette kravet til forutberegnelighet, fordi det alltid vil være mulig å gjøre andre avveininger og basere seg på andre prinsipper når disse ikke ekspliseres i argumentasjonen.

Forholdet mellom samfunnsnytte og enkeltindividets rettigheter

Som nevnt tidligere fant jeg i forrige periode en tendens til at Høyesterett vektla hensynet til det enkelte individ mer enn den kollektive nytten. Klarest kom dette til uttrykk i Nitroglyceringdommen (Rt 1875:330) gjennom uttalelsen om forholdet mellom skadelidte og skadevolder:

”... Vedkommende enten maa indrette sig saaledes at Naboerne er sikre for Skade eller ogsaa finde sig i at erstatte den Skade som sker.” (Rt 1875:332).

Det er i dette materialet særlig to dommer som illustrerer at det kan være en bevegelse i Høyesterett sitt syn på dette forholdet. I saken om gutten som blir påkjørt av en sporvogn (Rt 1933:817), har jeg tidligere vist at flertallet her ikke vurderer sporvognen som ”farlig bedrift” til tross for at dette er slått fast i tidligere dommer. Når ulykken ikke er inntruffet som følge av feil fra førerens side eller som følge av feil ved vognmateriellet, begrunnes frifinnelsen med at man ikke antar at det er hjemmel i rettspraksis til å statuere et ansvar i dette tilfellet. Førstvoterende slutter seg til byrettens begrunnelse der det heter:

”Idet retten saaledes ikke finner, at der kan være grunn til at legge nogen skyld enten paa sporveiens administrasjon eller dens betjening, blir spørsmålet videre, om kommunen uten hensyn hertil maa svare erstatning som driftsherre efter de rettsregler som gjelder om ansvar for farlige bedrifter. Dette kan retten ikke anta. Ulykken er i nærværende tilfelle ikke inntruffen som følge av nogen uregelmessighet ved selve sporveiens drift. Sporvognen gikk sin ordinære rute med vanlig eller moderat fart og maskineriet (navnlig bremseinnretningen) har – saavidt vites – virket tilfredsstillende. Den farlige situasjon inntraadte – efter hvad man maa anta paa grunn av barnets eget forhold, idet hun plutselig og uventet løp ut i gaten, frem foran sporvognen og i saa kort avstand fra denne, at overkjørsel blev uundgaaelig. Der kan formentlig ikke med hjemmel i vor rettspraksis

statueres ansvar for sporveien i et tilfelle som det her omhandlede. Se i denne forbindelse Høiesteretts dommer i Rt 1931 97 og i Rt 1909 586. I henhold til det ovenfor anførte vil saksøkte være at frifinne, uten at det blir nødvendig at avgjøre, hvorvidt det kan konstateres nogen uaktsomhet hos det tilskadekomne barn, som ved det angjeldende tidspunkt var ca. 2 1/2 aar gammel, eller hvorvidt det kan bebreides foreldrene, at de har latt et barn av denne alder ferdre paa gaten uten betryggende tilsyn" (Rt 1933:823).

En av dommerne som slutter seg til førstvoterendes utsagn, finner det ikke rettfærdig og rimelig at sporveien skulle idømmes ansvar for en ulykke som følger av barnets egen handlemåte:

"Jeg er enig med førstvoterende. Reglen om ansvar for farlig bedrift uansett skyld er bygget paa det rettfærdighetsprinsipp, at den bedrift som ved sin virksomhet utsetter andre for mere enn sedvanlig risiko bør erstatte de økonomiske følger av den skade som den har forvoldt. I denne regel gjøres dog begrensning spesielt under hensyn til den skadelidtes eget forhold ved paagjeldende leilighet. Det synes mig lite rimelig og rettfærdig at en sporvei i et tilfelle som nærværende skulde idømmes noget ansvar for den ulykke som har funnet sted som følge av barnets egen handlemåte, idet barnet under sin lek paa offentlig gate plutselig sprang frem like foran sporvognen saa det ikke blev anledning for sporvognsføreren til at stoppe den i tide og derved undgaa overkjørsel. At barnet efter sin utvikling ikke selv har hatt forstaaelsen av sin uforsiktige adferd bør efter min mening ikke her gaa ut over sporveien, som intet har vært at legge til last og kjørte sin vanlige rute" (Rt 1933 820).

En av de dissenterende dommerne slutter seg til førstvoterendes konklusjon om frifinnelse, men finner at sporvognen er ansvarlig på grunnlag av objektivt ansvar for "farlige bedrifter":

"Med hensyn til det tredje erstatningsfundament, sporveiens ansvar for den voldte skade paa grunnlag av reglene om objektivt erstatningsansvar for 'farlig bedrift' bemerkes: Efter min opfatning maa det regnes som gjeldende rett, jfr. saaledes bl.a. dom i Rt 1926 899, at sporveisdrift er at henføre til de arter bedrifter som har ansvar uten hensyn til subjektiv skyld for – skade som bedriften kan paaregnes at ville føre med sig for omverdenen. Jeg bemerker at jeg ikke kan regne den nu noget eldre dom i Rt 1909 586 for avgjørende i motsatt retning, – spørsmålet om dette særlige ansvar kan der i det hele tatt ikke sees at ha vært under behandling. Jeg antar enn videre at dette ansvar ikke er begrenset til skade som følge av at det under driften inntreffer uregelmessigheter, beskadigelser av materiellet eller andre forstyrrelser hvorved skade blir paaført, men at sporveien ogsaa under sine normale driftshandlinger maa ha ansvar uten hensyn til skyld saafremt derved personer under sin almindelige trafikkering av gaten blir overkjørt. At det er en generell paaregnet risiko i den retning som følge av ordinær sporvognsdrift fremgaar bl.a. derav, at det fra sporvognselskapenes side tegnes ansvarsforsikring mot saadan skade. Ansvaret forutsetter selvfølgelig at skaden maa regnes som en adekvat følge av sporveiens optreden, og at den skadelidende ikke ved sitt eget uaktsomme forhold forspiller sitt erstatningskrav. Hvad nærværende sak angaar kan man neppe regne det lille barns optreden ved at forsøke at løpe over sporveislinjen umiddelbart foran sporvognen som helt uberegnelig og den skjeddte skade av den grunn som nogen inadtkvat følge av sporvognens kjørsel. Det er derimot ganske klart at barnets optreden var helt forvirret og maatte regnes som grovt uaktsomt, om den var utvist av en person som hadde evne til at bedømme sine handlinger. Dette siste var imidlertid ikke tilfelle her, idet barnet kun var 2 1/2 aar gammelt og derfor maa forutsettes ganske at mangle den aandelige utvikling som utkreves til bedømmelse av den foreliggende situasjon. Det er da et omtvistelig spørsmål hvorvidt man ikke, naar det som her gjelder ferdre paa en gate med sporvognstrafikk i en større

by, bør tillegge en slik helt vettløs optreden, ogsaa hvor den hitrører fra slike smaa barn, den betydning, at den avskjærer barnet fra at kreve erstatning for den lidte skade, dette særlig i tilfelle som her, hvor skadevolderens optreden er subjektivt telt daddelfri, jfr. bl.a. herom Stang: 'Skade voldt av flere', side 254 flg. Se ogsaa sammesteds note 15, slutningen. Jeg behøver ikke at avgjøre dette spørsmål. Det lille 2–3 aar gamle barn løp ved anledningen sammen med en del andre barn der var i alderen opover til 8–10 aar. Det er fra sporveiens side benektet og jeg kan ikke regne det som legitimert i saken, at nogen av disse var anmodet om at passe den lille pike paa 2 1/2 aar. Den gjennom den ankendes prosessfullmektig avgitte erklæring herom savner bestemt opplysning. Nu er det visstnok saa at det under almindelige forhold ikke kan stilles strenge krav til foreldrene med hensyn til at vokte selv mindre barn som ferdes paa gaten, forholdene i hvert tilfelle faar her tas i betraktning, og den almindelige trafikk maa ta alt tilbørlig hensyn til at gatene faktisk ogsaa i nogen grad er tumleplass for de umyndige, jfr. bl.a. det citerte verk av Stang side 257, note 18, og de der citerte dommer. Men jeg skjønner ikke rettere enn at det i et tilfelle som nærværende, hvor det gjelder en beferdet gate i en større by med sporvognstrafikk gjennom gaten, i almenhetens interesse bør kreves at man ikke slipper slike smaa barn som det her gjelder (2–3 aar) ut til lek paa gaten uten at sikre sig at ialfall en av de større lekekamerater overtar at ha tilsyn med barnet, og jeg har som nevnt ikke kunnet finne godtgjort at dette er skjedd. Hvorvidt den efterlatenhet som jeg saaledes finner er utvist fra barnets foresatte skal tillegges betydning for barnets rett til at kreve erstatning for lidt skade, er et tvilsomt spørsmål. Jeg er blitt staaende ved en bekreftende besvarelse av spørsmålet. Jeg henviser ogsaa herom til det tidligere nevnte verk av Stang side 304 og det der anførte. Saavidt jeg kan se har de tidligere dommer i lignende saker ogsaa gaatt ut fra det samme, se saaledes senest dommer i Rt 1930 630 og Rt 1932 969, hvor det uten videre synes at være forutsatt at foreldrenes uaktsomme forhold med hensyn til tilsyn maatte faa følge for barnets erstatningsrett. Jeg bemerker samtidig at foreldrenes forhold og bedømmelsen av hvorvidt dette er at betrakte som uaktsomt, har ligget anderledes an i de citerte dommer enn i nærværende sak. Med hensyn til saksomkostninger slutter jeg mig efter omstendighetene til det av førstvoterende foreslaatte "(Rt 1933:818,819).

2 dommere mener at sporveien er farlig, men fordi den ene mener at foreldrene er ansvarlige den andre ikke blir dissensen 4–1.

"Jeg er enig med de foregaaende voterende i at det ikke er noget at legge vogn føreren til last, og at det heller ikke efter det oplyste kan rettes nogen bebreidelse mot selskapet med hensyn til bremseanordningene og beskyttelsesanordningene. Med hensyn til spørsmålet om hvorvidt det efter reglene for farlige bedrifter paahviler sporveisselskaper ansvar for paakjørsler, slutter jeg mig til annenvoterende herr dommer Larssen, og kan i det vesentlige tiltrede hvad han forsaavidt har anført. Jeg er imidlertid kommet til et annet resultat enn de foregaaende voterende, idet jeg ikke kan være enig med annenvoterende i at barnets foreldre i det foreliggende tilfelle kan sies at ha vist nogen efterlatenhet. Slik som forholdene arter sig i byene er det for overmaate mange foreldre til en viss grad en nødvendighet at overlate sine barn til at gaa ute sammen med andre barn, og inga Lise Hasselquist var ved anledningen sammen med 7 andre barn i alderen optil ca. 10 aar, og av disse var den ene en 6 aar gammel søster av henne. Jeg finner det ikke naturlig at i et saadant tilfelle det ansvar som følger av reglene for farlig bedrift skulde opheves ved foreldrenes forhold, slik at disse skulde bære risikoen. Efter det syn jeg har paa dette spørsmål er det ikke nødvendig for mig at komme inn paa spørsmålet om hvilken virkning en mulig uaktsomhet fra foreldrenes side vilde ha for det krav som maatte tilkomme barnet. Med hensyn til spørsmålet om hvilken virkning barnets eget forhold skal tillegges, skal jeg bemerke at det er klart at rent objektivt sett er barnet skyld i ulykken. Men spørsmålet er om dette, naar det gjelder et 2 1/2 aars gammelt barn skal tillegges virkning like overfor ansvar som for den skadevolderens vedkommende bygges

paa reglene om farlig bedrift. Ogsaa jeg henviser til utviklingen i professor Stangs bok: 'Skade voldt av flere' side 254–260, hvorav det efter min opfatning fremgaar at bedømmelsen av dette spørsmål i høi grad beror paa hvorledes forholdene arter sig i det enkelte tilfelle. Det gjelder her ikke nogen storby som London eller Paris (jfr. Stang 1. c. side 257–258), men et strøk i Bergen hvor en aapen plass, hvor barna lekte, støtte til den gate hvor sporveisskinnene laa. Alle hensyn tatt i betraktning synes jeg at det naturlige i dette tilfelle er at risikoen bæres av bedriften, som i aarenes løp med sikkerhet kan forutsettes at komme ut for den slags ulykker, og ikke av den enkelte skadelidende. Jeg mener saaledes at kommunen maa betale erstatning, men da jeg efter raadslagningen gaar ut fra at jeg staar alene med denne opfatning, finner jeg det ikke nødvendig at gaa inn paa de momenter som i tilfelle vilde komme i betraktning ved erstatningens fastsettelse, og former ikke konklusjon" (Rt 1933:819,820).

Begrunnelsen for frifinnelse her er interessant, fordi det her blir en vurdering av hvorvidt det er virksomheten eller borgerne som bør innrette seg i forhold til risikoen som sporvognen skaper. Avveiningen som gjøres, er at det i en beferdet gate i en større by med sporvognstrafikk gjennom gatene er i allmennhetens interesse at det bør kreves at man ikke slipper små barn ut i trafikken uten tilsyn, at det er barnets foresatte som gjennom ikke å ha sørget for dette blir nærmere til å bære risikoen. Den dissenterende dommer som kommer frem til at sporvognen er ansvarlig, finner sporvognen å være farlig bedrift, men kommer til at foreldrene ikke har vist uaktsomhet. Begrunnelsen er at slik forholdene arter seg i byene, må mange foreldre med nødvendighet overlate sine barn til å gå ute sammen med andre barn, og han finner ikke at et slikt tilfelle opphever reglene for "farlige bedrifter" slik at foreldrene må bære risikoen:

"Det gjelder her ikke nogen storby som London eller Paris, men et strøk i Bergen hvor en aapen plass, hvor barna lekte, støtte til en gate hvor sporveisskinnene laa. Alle hensyn tatt i betraktning synes jeg at det naturlige i dette tilfelle er at risikoen bæres av bedriften, som i aarenes løp med sikkerhet kan forutsettes at komme ut for den slags ulykker, og ikke av den enkelte skadetidende" (Rt 1933 820).

Den dissenterende dommer faller her ned på samme type vurdering som vi har sett tidligere: når en virksomhet medfører så stor risiko at man må regne med at slike ulykker kan skje, får enten bedriften innrette seg slik at ulykker unngås, eller så må man finne seg i å betale erstatning. Her gjør førstvoterende som tilhører flertallet den motsatte avveining: det må være i samfunnets interesse at det bør kreves at barn ikke kan løpe ut i gaten der sporvognen kjører. Det er ikke lenger den "farlige virksomheten" som må innrette seg eller finne seg i å betale erstatning, det er borgerne som må innrette seg på den økte risikoen som sporvognen her representerer. Mens den dissenterende dommer, som kommer til at sporvognen er erstatningsansvarlig i dette tilfellet, argumenterte slik at det er virksomheten og ikke borgerne som bør bære risikoen.

Tilsvarende problemstilling finner vi i Klatredom I (Rt 1940:16). Her ble et elektrisitetverk pålagt erstatningsansvar ut fra reglene om objektivt ansvar for skader som en 8 år gammel gutt hadde pådratt seg ved å klatre opp i en ledningsmast med høyspentstrøm. Denne dommen er som nevnt materialet sin eneste plenumsdom og er avgjort under dissens 8–7. Førstvoterende som tilhører flertallet, argumenterer med at når sterkstrømanlegg er å oppfatte som farlige bedrifter og ikke kan innrette seg slik at

ulykker kan forhindres, tilsier en naturlig og rimelig avveining av interessene at elektrisitetsverket selv bærer ansvaret. Mindretallet derimot, argumenterer med at det ikke er hjemmel til å fravike kravet om betydningen av skadelidtes eget forhold. Her var det en 8 år gammel gutt som selv klatret opp i masten og ble skadet. Dette er det samme argument som i saken om gutten som ble påkjørt av en sporvogn (Rt 1933:817) og en av de dissenterende dommerne sier at:

”Spørsmålet blir da om den omstendighet at det gjelder en 8 års gutt bevirker at det rettslig bør stilles mindre fordringer til aktsomhet således at resultatet her i saken for guttens vedkommende blir et annet enn det ville blitt for en voksen person. Jeg mener at det ut fra samfunnsmessige hensyn er grunn til å besvare dette spørsmål benektende. Jeg bemerker herom: Det er nødvendig hos oss å bruke luftledninger ved overføring av høyspent strøm. Etter de naturlige forhold er disse i virkeligheten overlatt til almenhetens ukontrollerte behandling. Verket har iallfall ikke anledning til å kontrollere almenhetens opptreden. Samtidig er det nødvendig, at almenheten viser aktsomhet i forhold til disse ledninger, idet ved uaktsom behandling skade vil kunne voldes ikke bare for den handlende, men i vide kretser. Det blir da samfunnsmessig sett av stor betydning at nødvendigheten av tilbakeholdenhet og aktsomhet like overfor ledningsmastene innskjerpes. Nå viser erfaring at slike ledningsmaster særlig gir barn en fristelse til klatring. Det er derfor en viktig oppgave for rettsordenen å søke å motarbeide sådan opptreden også fra barns side” (Rt 1940:20,21).

Det at dette er en plenumsdom som avgjøres med dissens 8–7, og at det er tilsvarende problemstillinger uenigheten står om, kan tyde på at spørsmålet om avveiningen mellom virksomhetens erstatningsansvar og kravene til at borgerne må innrette seg for å unngå ulykker er et vesentlig spørsmål og kan antyde en bevegelse i verdigrunlaget til dommerne. Fra det å slå fast at den enkelte har krav på beskyttelse i form av erstatning dersom en virksomhet medfører risiko for ulykker, er det en tendens til at det er borgerne som i større grad må innrette seg på denne risikoen. Denne endringen medfører en avgrensning av hvilke typer risikoer som begrunner ansvar. For å avgrense erstatningsansvaret til virksomheter som medfører risiko, trekkes folks eget ansvar for handlinger inn i større grad. Dette er en måte å unngå å begrunne erstatning, fordi dersom en virksomhet defineres inn under regelen for objektivt ansvar, vil dette automatisk medføre et erstatningsansvar uten hensyn til skyld. Dermed blir det her et spørsmål om vi kan spore antydninger til at fortolkningen av aktsomhetsnormen endrer seg. I spørsmålet om sporvogners erstatningsansvar er dette illustrert ved at Høyesterett gjennom en rimelighetsavveining gjør sporvogners erstatningsansvarlige, og at dette blir en regel. Men denne regelen omgås ved senere avgjørelser ved å drøfte foreldrenes ansvar for barn som ikke er ansvarlige for egne handlinger. Når man ikke kan stille barn til ansvar, blir spørsmålet om man kan stille foreldrene ansvarlige for barnas handlinger.

Betydningen av dissenser

Som nevnt innledningsvis ble 15 saker i denne perioden avgjort med dissens. I den første dissensdommen (Rt 1906 784) blir jernbanen gjort erstatningsansvarlig ut fra vurdering om uaktsomhet, men en av dommerne som var enig med førstvoterende i

resultatet, uttrykte at det ikke hadde vært nødvendig å påføre jernbanen uaktsomhet, fordi jernbanen var brannfarlig og når den er det, må den selv bære ansvaret for risikoen. I Rt 1908 564⁸⁸ ble det ikke tilkjent erstatning, fordi flertallet fant at skadelidte hadde opptrådt uaktsomt. Et mindretall på tre fant derimot gatearrangementet uforsvarlig, og at skadelidte ikke hadde vist uaktsomhet. Erstatning ble av mindretallet begrunnet i gjeldende rettsregler uten at dette ble nærmere presisert. I Rt 1912 610 fant flertallet eieren av en reperbane erstatningsansvarlig for skader som en pike fikk da hånden hennes kom inn i banens drivhjul. Spørsmålene som skilte flertallet fra mindretallet i denne saken, var både synet på risiko og synet på ansvar for barn. Flertallet fant at reperbanen representerte en erstatningsutløsende risiko, selv om det ikke forelå noe rettsbrudd fra eieren av reperbanens side. Mindretallet på tre fant derimot at reperbanen ikke var forbundet med farlig risiko. Risikoen for at barn skulle komme til skade ble ikke vurdert å være større enn i en rekke andre tilfeller der barn ferdes ute i en by på Bergens størrelse. Mindretallet fant også at uhellet hadde inntruffet på grunn av barnets eget forhold. I synet på ansvar for barn sier flertallet at det ikke kan tillegges barnets foreldre culpa at det kommer ut på gaten uten å være fulgt av voksne: ”idet det vel er de færreste, som kan holde barnepiger til sine smaa barn” (Rt 1912 614). Mindretallet argumenterte motsatt: ”Slipper forældre sine smaa børn paa aaben gade faar de regelmæssig selv bære risikoen for *ubeld*, som herunder kan ramme børnene. Ansvaret for disse kan kun under særlige forhold, som ikke er forhaanden i nærværende sag, overføres paa andre” (Rt 1912 611).

I Knallperledom I (Rt 1909 851), der en gutt ble skadet da han lekte med en knallperle som eksploderte, var den dissenterende dommer uenig med flertallet i at jernbanen var erstatningspliktig ut fra regelen om ansvar for spesielt farlige bedrifter. Argumentet var at dette ville bety å strekke virkeområdet for regelen for vidt, særlig fordi dette var en ny rettsregel. Hovedspørsmålet som synes å skille flertallet fra mindretallet, var vurderingen om hvorvidt bruk av dynamitt var så farlig at det begrunnet erstatning, eller hvorvidt det var så alminnelig at man måtte finne seg i at det noen ganger skjer ulykker som da ikke begrunner erstatning og likeledes spørsmålet om det bør stilles strengere krav til årsakssammenheng i saker som gjelder spørsmål om ansvar uten skyld. Også i Rt 1931 97⁸⁹ mente flertallet at ansvar ikke kunne bygges på reglene om ”farlig bedrift”, fordi det ville være å føre regelen for langt. Mindretallet gikk i denne saken inn for erstatning ut fra begrunnelsen om at det forelå ansvarsbetingende forsømmelse fra jernbanens side.

I Rt 1912 993 der spørsmålet dreide seg om en særlig side ved risikoen ved bilbruk, nemlig faren for at biler skal skremme dyr, vurderes denne risikoen helt ulikt av flertallet og mindretallet. Mens mindretallet finner at bil på landeveier medfører så stor risiko for de veifarende at den som farlig bedrift må påta seg ansvar for all skade uten hensyn til

⁸⁸ En mann ble skadet da han falt ned fra veien på et fortau som var anlagt en meter lavere enn veien.

⁸⁹ Jernbanen kjørte på en bil som uvisst av hvilken grunn sto med avslått motor på en planovergang. Bilens eier ble drept.

skyld, finner flertallet at man befinner seg i en overgangstid, og at dyr vil vende seg til biler over tid. Hvis ikke er det uforsiktig av eierne av dyret å benytte det i situasjoner der fare inntreffer. Basert på rimelighetsbetraktninger har flertallet og mindretallet ulike oppfatninger av forholdet mellom samfunnsnytte og enkeltindividers krav på beskyttelse, på hva som representerer risiko: hest på vei eller bil på vei og på forholdet mellom gammelt og nytt.

I flere avgjørelser er det aktsomhetsvurderingen som det er uenighet om (Rt 1914 612, Rt 1914 871, Rt 1918 113 og Rt 1918 543). I Rt 1917 657 der en renne i et kommunalt kloakknnett ble oversvømt og forårsaket skade, mente flertallet at når kommunen ikke i tide hadde truffet foranstaltninger for å avverge en slik oversvømmelse, måtte kommunen bære følgene. Mindretallet mente derimot at kommunen ikke kunne være ansvarlig når årsaken til oversvømmelsen utelukkende var at rennen ikke var stor nok til å fange opp uforutseelige ekstraordinære vannmasser.

I Rt 1921 519 der et dampskip støtte mot en jernbanebro, fordi skipets reverseringsmekanisme sviktet ved et uhell, argumenterer den dissenterende dommer for at det verken var en virkelig bedriftsulykke, og ikke var den særlig typisk heller. I denne saken var mindretallet uenig med flertallet i at dette var en virkelig bedriftsulykke, og at den var typisk. Flertallet og mindretallet trekker ulike grenser for hva som skal komme inn under betegnelsen "farlig bedrift" og for kriteriet om ulykken kan karakteriseres som typisk for bedriften. I de to siste sakene som er avgjort med dissens, dreier uenigheten seg blant annet om hvordan spørsmålet mellom virksomhetens erstatningsansvar og kravene til at borgerne må innrette seg for å unngå ulykker skal avveies. I Rt 1933 817, der en gutt ble skadet da han ble truffet av en sporvogn, blir det ikke tilkjent erstatning, fordi det ikke var funnet noen feil fra sporvognens side verken med hensyn til selve kjøringen eller til vognmateriellet. Den farlige situasjonen oppsto, fordi et lite barn løp ut i veien. To av dommerne fant imidlertid at sporveien kommer inn under reglene om "farlig bedrift", men en av dem fant foreldrene er ansvarlig. Det er to helt ulike syn på hvorvidt det foreligger objektivt ansvar eller ikke, og grunnen til at det ikke blir flertall for det objektive ansvaret i denne saken, er at det er ulikt syn på hvilket ansvar foreldre har for et lite barn. I den siste avgjørelsen Rt 1940 16 som er materialets eneste plenumsdom, er dissensen 8–7. I denne saken fant flertallet på 8 et kraftverk ansvarlig for den skaden som et barn hadde pådratt seg ved å klatre opp i en høyspentmast. Saken er behandlet i avsnittet ovenfor og uenigheten dreier seg om avveiningen mellom virksomhetens erstatningsansvar og kravene til at borgeren må innrette seg for å unngå ulykker.

Uenigheten mellom dommerne som kommer til uttrykk i dissensene, handler om ulike spørsmål. Gjennomgående synes det likevel å være ulike oppfatninger av hva som oppfattes å være rimelig som går igjen i de fleste dissensene. Dette synes å være tilfellet enten spørsmålet dreier seg om rekkevidden av virkeområdet for det ulovfestede objektive ansvaret, spørsmål om hva som innebærer risiko eller om hvilke krav som kan stilles til borgerne om å innrette seg på en gitt risiko.

Avslutning

I det forrige kapitlet analyserte jeg etableringen av det ulovfestede objektive ansvaret i norsk rettspraksis og viste at mange av avgjørelseskriteriene ble hentet fra et annet rettsområde, naboretten. En forklaring på dette kan være at situasjonen ble oppfattet som et geografisk problem; det var den farlige industrien eller bedriften som gjorde skader i lokalsamfunnet og da i hovedsak på sine nære omgivelser. Slik sett fremtrer naboretten som en nærliggende kilde å hente argumenter fra. I den perioden jeg nå skal analysere, endrer dette bildet seg. Fra å skade sine nære omgivelser er det faren ved ”økt bevegelse” som står sentralt i mange av avgjørelsene. Det faktum at nesten halvparten av dommene i denne perioden er knyttet til transportsektoren, er en klar indikasjon på dette. Gjennom den ”økte bevegelse” utvides problemkomplekset og illustrerer to problemer ved moderniteten; risiko knyttet til industrialisering og risiko knyttet til økning i kommunikasjon og mobilitet og endring i måten dette skjer på. Når problemkomplekset på denne måten endrer seg, blir spørsmålet hvordan Høyesterett handler både når det gjelder spørsmålet om det objektive ansvars virkeområde og innholdet i avgjørelseskriteriene.

Når det gjelder regelens substansielle innhold, kjennetegnes utviklingen av kontinuitet. Kriteriene om risiko og påregnelighet videreutvikles og spesifiseres. Det er kriteriene som ble utviklet gjennom rettspraksis i etableringsfasen som avgrenses, utvides og spesifiseres. På den måten legger rettspraksis klare føringer på avgjørelsene som treffes.

Når det gjelder spørsmålet om det objektive ansvars virkeområde, er situasjonen mer tvetydig. På den ene siden er det en utvikling der det som fester seg, er at når en virksomhet først defineres inn under virkeområdet til regelen om ulovfestet objektivt ansvar, utløser dette nærmest automatisk et erstatningsansvar. I de sakene hvor Høyesterett ikke stiller spørsmålet om en virksomhet er av en slik art at den utløser erstatningsansvar uavhengig av skyld, synes andre mekanismer å tre inn.

Det synes som et generelt trekk at når noe først er avgjort ut fra en begrunnelse om nytte eller en henvisning til generelle verdier, har dette en tendens til å bli regler for senere avgjørelser av tilsvarende saker. Når noe for første gang defineres som en farlig bedrift ut fra rimelighetsbetraktninger, er dette det som blir vektlagt ved senere avgjørelser. Men det er ikke avveiningen eller fortolkningen av rimelighet og rettferdighet som blir regelen. Disse avveiningene og innholdet i verdiene holdes som tidligere nevnt ofte skjult. Når disse ikke ekspliseres, åpner det for muligheten til over tid å tillegge disse verdiene ulikt type innhold. Ved ikke å eksplisere premissene bak avveiningene og bak verdiene åpnes det for blant annet subjektive oppfatninger av rimelighetsavveininger mellom samfunnsinteresser og individuelle rettigheter. Det er et sentralt krav i juridisk metode at premissene for avgjørelsene skal tydeliggjøres. Det å ikke ta dette spørsmålet opp til vurdering er en måte å unngå å tydeliggjøre at man bryter med systemets egen logikk. Det vil si at man gjennom ikke å ta opp spørsmålet øker sitt eget handlingsrom uten eksplisitt å redegjøre for hva man egentlig gjør. Dette

er også tydelig ved mange av de begrunnelsene som er kjennetegnet av konsekvens- og verdiargumenter.

Det jeg her antyder, er en tosidig problematikk rundt spørsmålet om betydningen av verdi- og nyttevurderinger. Dersom Høyesterett treffer sine avgjørelser ut fra spørsmål om hva som er godt, dårlig eller nyttig, går de utenfor sin institusjonelle rolle og inntar en politisk rolle. Samtidig representerer dette et problem for domstolen som sådan; dommerne har et eget problem med verdi- og nyttevurderinger, fordi de her opererer utenfor ”spilletts regler”. Det jeg har vist, er at når Høyesterett bryter med krav om åpenhet, gjøres dette gjennom mekanismer som bidrar til å skjule at det er det de i realiteten gjør.

Det kan være vanskelig å avgjøre om dommernes handling kan forklares ut fra en ”logic of consequence” eller en ”logic of appropriateness”. Bildet kompliseres ytterligere ved at innholdet i avveininger og prinsipper holdes skjult, og at det som i noen tilfeller fremstilles som konsekvensvurderinger, egentlig er vurderinger ut fra en ”logic of appropriateness”. Dette er blant annet tilfelle i de avgjørelsene der jeg finner uttalelser om at når ”alle interesser er veid mot hverandre” så tilsier en ”rimelig vurdering at...”. Slike begrunnelser åpner for at avgjørelsen er truffet ut fra en oppfatning om hva som er rimelig, men fremstilles som en avgjørelse truffet ut fra en interesseavveining. Dette kan indikere at det her er forskjell på logikk for handling og logikk for rettfærdiggjøring av handling der dommerne handler ut fra en ”logic of appropriateness”, men rettfærdiggjør handlingen ut fra en ”logic of consequence”.

Jeg har tidligere nevnt at det som er en konsekvensvurdering første gang, blir regler neste gang, men dette er også tilfelle for verdivurderinger i den forstand at er en verdi først tillagt hensyn i en sak og dette er tydeliggjort, vil det være en tendens til at det hensynet blir regel i senere saker. I forhold til analysesekjemaet som ble etablert i kapittel to (se s. 48) synes det som om vi her har en situasjon der forholdet mellom en ”logic of consequence” og en ”logic of appropriateness” kan sees på som en utvikling. Det betyr at når argumenter opptrer første gang kan de plasseres i øverste venstre hjørne (etablering av nye regler uten henvisning til tidligere praksis) når det gjelder innhold; øverste høyre hjørne (inkorporering av nye områder eller avvisning av områder uten henvisning til tidligere praksis) når det gjelder doméne. Over tid er det en tendens til at stadig flere avgjørelser kan plasseres i nederste venstre hjørne (spesifisering av regler og raffinering av argumentasjonen med henvisning til tidligere praksis) og nederste høyre hjørne (utvikling og avgresning av virkeområdet for det ulovfestede objektive ansvaret med henvisning til tidligere praksis). Mens jeg i perioden fra 1866 til 1905 fant at avgjørelsene og begrunnelsene beveget seg frem og tilbake på en nokså usystematisk måte, er det nå etablert et mønster for regelproduksjon som skissert ovenfor.

Det er en klar tendens til at grunnlaget for handling i økende grad blir regelbasert jo mer erfaring Høyesterett baserer seg på i avgjørelser om objektive ansvar. Jeg finner videre at reglene legger klare føringer for den kalkulerende handlingen. Samtidig åpner innslaget av verdi- og nyttevurderinger i avgjørelsene og det at premissene for

vurderingene ikke tydeliggjøres for muligheten til å bryte med denne utviklingen. Det synes som om de fleste argumentene kan knyttes til en "logic of appropriateness", mens klare nyttevurderinger også i noen saker er tilstede.

I avslutningen på forrige kapittel stilte jeg spørsmål om den videre utviklingen av det objektive ansvaret ville preges av de valgene som ble gjort i etableringsfasen og dermed bidra til at innhold og virkeområde ble utviklet i samsvar med de nyetablerte kriteriene, om regelen ble endret eller om den utviklingen jeg fant i denne første fasen, ville fortsette etter at regelen ble etablert. Hovedinntrykket er at utviklingen kjennetegnes av en gradvis institusjonalisering der tendensen for regelens substansielle innhold er at den ser ut til å beholde de trekkene den fikk ved etableringen. Handlingene til dommerne blir i økende grad basert på etablerte regler og prinsipper. Utviklingen er enda sterkere for regelens doméne i den forstand at når noe en gang er definert å innebære en så stor risiko at erstatningsansvar begrunnes uten hensyn til skyld, så blir dette regelen. Bruddet med denne regelen skjer ikke direkte, men gjennom mekanismer som ikke å ta opp spørsmål om risiko til vurdering, og gjennom verdi og nytte vurderinger som i noen grad skjuler hvilke premisser og avveininger som ligger bak selve vurderingen. Dette innebærer at til tross for at praksisen institusjonaliseres, er systemet som sådan fortsatt kjennetegnet av fleksibilitet. Denne fleksibiliteten blir opprettholdt gjennom ulike mekanismer. For det første gjennom å unngå å ta opp ulike typer spørsmål, f. eks om en virksomhet var av en slik karakter at den var å oppfatte som "farlig bedrift". For det andre gjennom det klare innslaget av verdi- og nyttevurderinger som gir muligheter for å treffe avgjørelser med et annet type innhold og argumenter enn det vi ville forvente dersom det grunnlaget som var etablert gjennom rettspraksis, la klare føringer på avgjørelsene. Dessuten innebærer det etablerte avgjørelseskriteriet: risikoen må overstige dagliglivets risiko, at Høyesterett stadig må refortolke hva dagliglivets risiko innebærer og dermed ta stilling til spørsmål som hva som er normalt/unormalt, vanlig/uvanlig eller nytt/gammelt.

KAPITTEL 6

Konsolidering og institusjonalisering – dommere på trygg grunn

Innledning

Det er høyesterettsavgjørelser fra 1945 til 1970 som gjøres til gjenstand for analyse i dette kapitlet. Da jeg startet analysen i forrige kapittel, var det med utgangspunkt i at det var etablert en rettsregel om objektivt ansvar for ”farlige bedrifter”. Feltet ble gradvis lukket gjennom henvisning til tidligere avgjørelser og utviklede kriterier. Dette innebærer at det ble etablert en institusjonell praksis, fordi rettspraksis fikk økt betydning. Det at det er etablert en institusjonell praksis, innebærer at det er etablert oppfatninger og avgjørelseskriterier som skaper et mønster for regelproduksjonen.

Analysen av dommene fra 1945 til 1970 har som utgangspunkt at det er etablert en slik institusjonell praksis. Jeg vil forvente at utviklingen fra forrige periode nå ytterligere forsterkes. Det antas derfor at fortolkninger basert på tidligere rettspraksis vil være dominerende. Dette synspunktet tar utgangspunkt i en antakelse om at grunnlaget for handling i økende grad vil bli regelbasert i en spesifikk situasjon jo større akkumuleringen av erfaring er i denne situasjonen. En viktig forutsetning for denne antakelsen er at ikke samfunnet endrer seg enda hurtigere og skaper nye og uløste situasjoner som det ikke eksisterer regler eller praksis for. Ut fra en slik antakelse vil jeg forvente at innslagene av verdi- og nytte vurderinger i argumentasjonen vil bli mindre enn de har vært i de to foregående periodene som er analysert. Det antas at det er utviklet et handlingsrepertoar som innebærer at nye situasjoner i stadig flere tilfelle kan møtes ut fra den etablerte praksis. Dette har blant annet sammenheng med funn om at når noe først er avgjort ut fra en begrunnelse om nytte eller en henvisning til generelle verdier, har dette en tendens til å bli regler for senere avgjørelser av tilsvarende saker. Det jeg imidlertid fant i forrige kapittel, var at det ikke var selve avveiningen av interessene eller fortolkningen av rimelighet og rettferdighet som ble regelen. Disse avveiningene og innholdet i verdiene ble som tidligere nevnt ofte holdt skjult, noe som åpnet for muligheter til over tid å tillegge disse verdiene ulikt type innhold. Min antagelse er at fordi det er etablert en institusjonell praksis som legger føringer på den nye regelproduksjonen, vil dette bidra til å redusere innslaget av verdi og nytte-vurderinger.

Høyesterettsdommer i perioden 1945 – 1970

Det materialet som nå analyseres omfatter 46 dommer i perioden 1945 til 1970. I likhet med perioden 1906 til 1940 kjennetegnes denne perioden fortsatt av mange saker om krav om erstatning for ulykker i transportsektoren. Av 46 saker kan 17 saker på ulike måter knyttes til ulykker som involverer biler, jernbaner, sporvogner, skip og fly.⁹⁰ Dessuten er det antydninger til at nye samfunnsområder blir representert i sakene. Særlig spørsmål som angår erstatning i forhold til påførte sykdommer, fremstår som nytt i denne perioden. Sakene omfatter blant annet krav om erstatning for smitte og skade påført på sykehus, for påført sykdom som følge av vaksinasjon og for smitte påført i sammenheng med militærtjeneste. 7 av sakene faller innenfor dette området.⁹¹ 3 av sakene gjaldt krav om erstatning for tap som følge av at formue var beslaglagt og forvaltet i medhold av landsvikanordningens regler⁹². De resterende 19 sakene omhandler en buss som under krigen kjørte på en stor stein som lå i veibanen (Rt 1950 20), en isklump som løsnet fra et tak og skadet en forbipasserende person (Rt 1951 212), en mann som ble skadet da han skulle forsere en brøytevoll (Rt 1957 1078), en mann som falt ned i en heissjakt, fordi døren lot seg åpne i femte etasje selv om heisen sto i første etasje (Rt 1957 1097), en soldat som ble beordret som hjelpemannskap på en privat lastebil og kom til skade (Rt 1958 344), en kvinne som skled og falt på et fortau (Rt 1958 680), en rekrutt som under instruksjonsridning falt av en hest og kom til skade (Rt 1960 553), en rutebil som ble skadet av store steinblokker som gled ned på riksveien i en skjæring (Rt 1962 559), et notlag som måtte slippe et steng brisling fordi et sildesalgslag som i h.t. råfiskeloven var eneberettiget til omsetningen, ikke i tide avhentet fisken (Rt 1962 854), en acetylenbeholder som eksploderte (Rt 1964 474), en kvinne som ble ufør under et lengre varetektsfengselsopphold (Rt 1965 377), en dørvrider som løsnet, førte til at en kvinne falt ned et utvendig trapperepot på et feriested (Rt 1965 1061), en okse som stanget og skadet en person som anla kraftlinje gjennom en oksehavn (Rt 1966 1485), en kvinne som ble skadet i svingdøren til en restaurant (Rt 1966 1532), en løftekran som brøt sammen (Rt 1969 109) og skade som oppsto under lossing av et utenlandsk skip (Rt 1969 1308). En sak omhandlet en epileptiker som ble skadet under et opphold i et hjelpefengsel (Rt 1970 1192), en person fikk begge bena skadet i et potetkokeanlegg (Rt 1970 1427), og den siste saken dreide seg om en person som fikk støt gjennom elektriske inntaksledninger (Rt 1970 1452).

Av disse 46 sakene er 17 avgjort med dissens, dvs. 37 %. I 16 av sakene blir det tilkjent erstatning, i 29 saker blir krav om erstatning avslått.

⁹⁰ Rt 1948 439, Rt 1948 719, Rt 1948 1044, Rt 1948 1111, Rt 1952 1170, Rt 1953 152, Rt 1954 463, Rt 1955 46, Rt 1955 243, Rt 1955 290, Rt 1956 605, Rt 1956 1229, Rt 1957 1011, Rt 1959 474, Rt 1964 137, Rt 1964 197, Rt 1964 272

⁹¹ Rt 1949 688, Rt 1950 448, Rt 1956 96, Rt 1960 429, Rt 1960 841, Rt 1960 1235, Rt 1962 415,

⁹² Rt 1953 71, Rt 1963 914, Rt 1963 1171

Institusjonalisering og fleksibilitet – tendenser i motsatt retning

Hovedfunnet etter å ha analysert dommene fra 1945 til 1970 er at institusjonaliseringen forsterkes ytterligere. Følgende trekk synes å være sentrale:

- Etablerte avgjørelseskriterier anvendes, spesifiseres og tydeliggjøres
- Tendens til at skyldbetraktninger igjen kommer inn i avgjørelsene gjennom kriteriene ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” og ”teknisk ufullkommenhet” – nye krav til aktsomhetsnormen.
- En tendens til generelle henvisninger til rettspraksis mer enn tydeliggjøring av premisser
- Sterk tilbakeholdenhet med å utvide doménet for det objektive ansvaret
- Verdi- og nytte vurderinger er mindre fremtredende i argumentasjonen enn tidligere

De avgjørelseskriteriene som nå er utviklet gjennom avgrensninger, utvidelser og spesifiseringer, medfører også at diskusjonene i dommene i noen grad flyttes fra ansvarsgrunnlag til situasjonsoppfatning. Dermed blir det en utvikling der situasjonsfortolkningen blir viktigere for hvilke regler som skal anvendes, enn ansvarsgrunnlaget. Den utvikling som har foregått når det gjelder spesifisering og tydeliggjøring av avgjørelseskriteriene, innebærer at dommerne har fått flere kriterier å velge mellom når de skal avgjøre en sak. Det vil si at det er utviklet et handlingsrepertoar som hendelser kan plasseres langs. Kriterier som gir ulike kategorier å velge mellom, men som samtidig standardiserer og rutiniserer valgmulighetene. Disse trekkene ved utviklingen bidrar til at retten institusjonaliseres, men fleksibiliteten i systemet opprettholdes. Denne fleksibiliteten konstitueres nå gjennom et utvidet handlingsrepertoar som Høyesterett selv har etablert gjennom opprettelse og utvikling av de ulike avgjørelseskriteriene. Disse skiller seg dermed fra de mekanismene Høyesterett etablerte det ulovfestede objektive ansvaret gjennom.

Anvendning, tydeliggjøring og spesifisering av avgjørelseskriterier

Et hovedtrekk ved avgjørelsene fra 1945 til 1970 er videreutvikling, spesifisering og tydeliggjøring av etablerte kriterier. Dette skjer blant annet gjennom avgrensningen at uhell/skader må være typiske for virksomheten (Stagboltdommen Rt 1948 719⁹³,

⁹³ Denne saken gjaldt skade på et skip og to sjøboder som følge av at en stagbolt i et av havnevesenets fortøyningsfester brast. Årsaken til at stagbolten røk, var en skjult materialfeil.

Siriusdommen Rt 1948 1044⁹⁴). I Stagboltdommen ga Høyesterett følgende begrunnelser for at virksomheten ikke frembød noe særlig risikomoment:

”Den materialbrist som her er inntruffet er ikke noen hendelse som særpreger havnevesenets bedrift. Tilsvarende uhell vil like snart kunne tenkes ved nær sagt alle de innretninger eller redskaper som nyttes i en eller annen virksomhet. Det foreligger da heller ikke noen uunngåelig eller statistisk beregnelig risiko eller fare av nettopp denne art. Tilfellet skiller seg for så vidt fra de i Rt 1905 715ff og Rt 1940 16 ff omhandlede ansvar for vannledningsbrudd og for ulykker ved berøring av høyspente elektriske ledninger. I vårt tilfelle står en overfor et ganske enkeltstående uhell, med sin spesifikke årsaks-sammenheng, som knytter seg til den skjulte materialfeil i godset. Av tidligere tilfelle har det i saken bare vært påberopt et enkelt hvor skade er voldt. Bristingen av bolten var ikke noe som en i tidens medfør erfaringsmessig måtte regne med. For så vidt betegner tilfellet en distinkt forskjell fra gesimsdommen fra Drammen i Rt 1939 766 ff. Jeg nevner til avslutning professor Kristen Andersens foredrag inntatt i T.f.R. 1948 99 ff der han gjennomgår en rekke rettsavgjørelser i emnet. Det forekommer meg å være en holdbar ledetråd professoren har gitt, når han fremholder som et gjennomgående synspunkt i dommen om dette ansvar, at skadesituasjonene ikke må ha karakteren av sporadiske, innbyrdes uavhengige enkeltfenomener, men må fremtre som erfaringsmessig uunngåelige konsekvenser av en stadig virksomhet eller innretning (s114). Ansvar må forutsette et stadig og særpreget risikomoment som særkjennes ved at det ut fra en statistisk bestemt påregnelighetsbetraktning fra tid til annen uunngåelig fører nærmere bestemte ulykker med seg (s. 110)” (Rt 1948:720, 721).

Argumentasjonen tar tydelig utgangspunkt i tidligere etablerte avgjørelseskriterier. For det første finner førstvoterende at materialbristen ikke er noen hendelse som særpreger havnevesenets bedrift. Det vil si at dette ikke er typisk for havnevesenets virksomhet. For det andre at det ikke foreligger noen uunngåelig eller statistisk beregnelig risiko. Det vil si at risikoen ikke ble oppfattet å være stadig. Det henvises her eksplisitt til tre ulike høyesterettsdommer for å illustrere at den foreliggende saken skiller seg fra disse situasjonene med hensyn til at dette ikke er noe man erfaringsmessig må regne med kan skje. Dermed kan denne avgjørelsen sees på som et eksempel på en avgrensning av spørsmålet om hva man erfaringsmessig må regne med kan inntreffe, og hva man erfaringsmessig ikke må regne med. Dessuten henvises det i argumentasjonen direkte til juridisk litteratur, nærmere bestemt til professor Kristen Andersens synspunkt om at skadesituasjoner ikke må ha karakter av sporadiske, innbyrdes uavhengige enkeltfenomener, men fremtre som erfaringsmessige uunngåelige konsekvenser av en stadig virksomhet eller innretning. Denne dommen synes å være et eksempel på at det tas utgangspunkt i de avgjørelseskriteriene som er utviklet tidligere, men at de her tydelig-gjøres gjennom en ytterligere spesifisering. Dette oppsummeres gjennom utsagnet:

”Ansvar må forutsette et stadig og særpreget risikomoment som særkjennes ved at det ut fra en statistisk bestemt påregnelighetsbetraktning fra tid til annen uunngåelig fører nærmere bestemte ulykker med seg” (Rt 1948:721).

⁹⁴ Skipet Sirius, som lå ved kai, ble under sterk storm presset mot kaien slik at både skipet og kaien ble skadet.

Det er en tydeliggjøring og eksplisering av avgjørelseskriteriene. Både gjennom avgrensningen at uhell/skader som må være typiske for virksomheten, og av hva som menes med påregnelighet. Med påregnelighet menes i denne sammenheng statistisk påregnelighet som uttrykker erfaringsbasert kunnskap eller sannsynlighetsregning. I Siriusdommen (Rt 1948 1044) sluttet Høyesterett seg til følgende del av lagmannsrettens begrunnelse:

”Høyesterettsdom i 1921 519, som de ankende parter har påberopt seg, angår et annet forhold som vedrører selve driften av skipet, mens det her er tale om sterke naturkrefters plutselige inngripen, som for så vidt kunne forvoldt lignende skade ved å sette en hvilken som helst stor og tung gjenstand i bevegelse mot kaien. Den oppståtte skade kan derfor under de forhold den fant sted, ikke betraktes som typisk for skip, og som rederen bør være den nærmeste til å bære” (Rt 1948:1050).

Som det fremgår av begrunnelsen er det avgjørende argumentet for ikke å ilegge objektivt ansvar at årsaken til skaden ikke kan betraktes som typisk for skip. Dersom risikoen hadde vært typisk for skip ville altså rederen være nærmest til å bære ansvaret, men fordi denne skaden skyldes ”sterke naturkrefters plutselige inngripen” fant Høyesterett at det ikke kunne ilegges objektivt ansvar.

Mange av dommene inneholder diskusjoner basert på fortolkninger av de kriteriene for avgjørelser som er utviklet gjennom rettspraksis (Rt 1951 212, Rt 1952 1170, Rt 1955 46, Rt 1957 1011, Rt 1957 1097, Rt 1969 109). I den første av disse, Isklumpdommen (Rt 1951 212),⁹⁵ ble det gitt følgende begrunnelse for å avvise erstatning ut fra regelen om objektivt ansvar:

”Etter min oppfatning kan gårdeieren i dette tilfelle heller ikke gjøres erstatningspliktig etter reglene om ansvar uten skyld. Etter den beskrivelse lagmannsretten har gitt på grunnlag av åstedsbefaringen, må jeg – i motsetning til byretten – gå ut fra at den delen av taket som isklumpen kom fra, ikke frembyr særegenheter som kan antas å ha medført en ekstraordinær eller øket risiko for slike uhell som det vi har å gjøre med her. På dette punkt skiller saken seg vesentlig fra det tilfelle som er omhandlet i Rt. for 1939 766. Den ting at selv en omhyggelig snerydding av taket ikke kan utelukke at det, som i dette tilfelle, kan danne seg en liten sne- eller isklump som volder skade, er ikke uten videre avgjørende for ansvarsspørsmålet. Muligheten for at dette skal medføre en ulykke, representerer under forhold som de foreliggende etter min oppfatning et så vidt lite fremtredende faremoment, at det ikke uten positiv lovhjemmel bør kunne pålegges gårdeieren erstatningsplikt på objektivt grunnlag” (Rt 1951:213).

Det er kriteriet om ekstraordinær eller økt risiko som gjøres til gjenstand for vurdering. Høyesterett finner at taket ikke har en slik utforming at det utgjør en ekstraordinær eller økt risiko. I begrunnelsen vises det til tidligere rettspraksis nemlig, Rt 1939 766, Gesimsdommen. Her var argumentet at man måtte regne med at gesimser kunne dette ned. I denne saken er argumentet at når taket er ryddet for snø og is, så har det en utforming som ikke representerer ekstraordinær risiko. Tvert i mot er vurderingen at faremomentet er så lite at det må en lovhjemmel til for å begrunne erstatning.

⁹⁵ En klump av is eller frossen snø falt ned fra taket av en bygård og skadet en forbipasserende kvinne.

I Sokratesdommen (Rt 1952 1170)⁹⁶ trekkes det klare vekslers på tidligere avgjørelser da Rt 1921 519, der et dampskip skadet en jernbanebro brukes som prejudikat:

”Jeg er blitt stående ved at det må foreligge objektivt ansvar i dette tilfelle, jfr. Høyesteretts dom av 4. mai 1921 i sak mellom Det Bergenske Dampskipselskab og Norges Statsbaner (Rt 1921 519 flg. og Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender 1921 401 flg.). Visstnok gjaldt det i den nevnte sak kollisjon ikke med kai men med en jernbanebro; men verken denne omstendighet eller det som Bakke for øvrig har anført til begrunnelse for at det ikke er faktisk paralellitet i saksforholdet i de to saker, er etter min mening holdbart. Tilfellene er praktisk talt analoge, og de små faktiske forskjelligheter som foreligger kan – mener jeg – ikke betinge en annen avgjørelse i denne sak enn saken fra 1921” (Rt 1952:1172).

I denne saken er det objektive ansvaret begrunnet med at tilfellet er analogt med tilfeller som tidligere er blitt ilagt ansvar på objektivt grunnlag. I Rt 1948 439⁹⁷ slås det fast at dersom jernbanen har forårsaket brann, må den være ansvarlig. I Skogbranddommen (Rt 1955 46)⁹⁸ fant Høyesterett at det kunne ikke avgjøres om en skogbrann skyldtes ulming i grunnen etter at jernbanens folk noen dager forut hadde brent daugras, eller gnister fra bremseklossene eller brennende sigarettstumper eller andre ting kastet fra et tog. Førstvoterende gikk derfor gjennom hvert alternativ. For gnistkasting med bremseklosser heter det:

”Jeg understreker endelig at det, også etter det nye materiale som er lagt frem for Høyesterett, er helt på det rene at det under bremsing ’i stor utstrekning rives løs fra bremsene større eller mindre partikler som i glødende tilstand slynges rett opp eller rett ned’, slik som nevnt i lagmannsrettens dom. Under disse omstendigheter kan jeg ikke finne det tvilsomt at jernbanen må ha objektivt ansvar for skade ved brann som er voldt som følge av gnistkasting fra bremseklossene. Det er etter min mening ingen grunn til at ansvarsspørsmålet her skal stå i noen annen stilling enn når det gjelder gnister fra damplokomotiv. I begge tilfelle dreier det seg om et særpreget faremoment ved jernbandedriften som jernbanen selv må bære risikoen for” (Rt.1955:49).

Først diskuteres påregneligheten og det slås fast at det her dreier seg om et særpreget faremoment ved jernbandedriften som jernbanen selv må bære risikoen for. Det er altså de tidligere utviklede kriteriene om påregnelighet og særpreget faremoment som legges til grunn.

Når det gjelder det neste forholdet, nemlig brann forårsaket av at passasjerer kaster brennende sigar- eller sigarettstumper ut av toget, heter det:

”Også når det gjelder spørsmålet om jernbanen skal være ansvarlig for brann voldt ved at passasjerene kaster ut f. eks. brennende sigar- eller sigarettstumper, kan jeg i alt vesentlig tiltre det som lagmannsrettens flertall har uttalt, likeså det som i lagmannsrettens dom er sitert av førstvoterendes uttalelse i den høyesterettsdom som er gjengitt i Rt 1890 538 flg. Jeg tilføyer at faren for at brann skal oppstå på en måte som her nevnt, og at skade

⁹⁶ Et motorskip rente på en frittstående pelekai som ble ødelagt.

⁹⁷ Gnister fra et lokomotiv ble antatt å være årsak til brann i et uthus.

⁹⁸ I denne saken fant Høyesterett at en brann som oppsto nær jernbanelinjen, enten måtte skyldes ulming i grunnen etter at jernbanens folk noen dager forut hadde brent daugras, eller gnister fra bremseklossene eller brennende sigarettstumper eller andre ting kastet fra et tog.

derived skal voldes, blir særlig stor ved jernbanedriften. Jeg peker således på det forhold at det i togene konsentreres et stort antall mennesker, og at togene for en stor del trafikerer strekninger hvor antennelse lett kan skje på grunn av vegetasjonen. Og er ild først tent, vil den – tross de linjevisitasjoner som foretas – lett få anledning til å gripe om seg fordi jernbanen mange steder går gjennom terreng hvor det bare er lite eller overhodet ingen annen trafikk” (Rt 1955:49,50).

I lagmannsrettens uttalelse om dette punktet heter det blant annet:

”Jernbanen har anordnet askebegre og søppelkurver i jernbanevognene til bruk for passasjerene, men ikke desto mindre kaster passasjerene erfaringsmessig fra seg glødende sigarettstumper eller aske gjennom vinduer og dører på toget” Rt 1955:53).

Igjen er det påregnelighetsbetraktninger; at passasjerer kaster sigarettstumper ut av vinduet, må vi erfaringsmessig regne med kombinert med en risikobetraktning; dersom dette skjer, anses både risiko for brann og påfølgende skade for å være stor ved jernbanedrift. Videre heter det:

”Når jernbanen da, for å unngå tilfeldige antenner, og dermed også for å unngå erstatningsansvar for brann som følge av sånne antenner, finner regelmessig å måtte foreta slik daugrasbrenning, så må det etter min mening følge av de regler om objektivt ansvar som rettspraksis har etablert, at jernbanen også må bære ansvaret for det risikomoment ved driften som denne avsviingen frembyr” (Rt 1955:50).

Vurderingen her er at når jernbanen driver daugrasbrenning for å unngå tilfeldige branner, som de i så tilfelle ville blitt erstatningsansvarlige for, følger det av de regler om objektivt ansvar som rettspraksis har etablert, at jernbanen må være ansvarlig også i dette tilfellet. Det henvises her i det siste tilfellet til de generelle reglene om objektivt ansvar, det vil si at det som tidligere var rimelighetsvurderinger av hvem som er nærmest til å bære risikoen, nå er blitt en regel for det samme. Denne dommen er et klart eksempel på at det er etablerte kriterier som anvendes på et konkret tilfelle, og spørsmålet det står om, er om hver av brannårsakene kan sies å komme inn under kriteriet særpreget faremoment ved virksomheten. I Arkitektdommen Rt 1956 605 der en arkitekt ble sterkt stadet og bilen hans ødelagt da han kolliderte med et tog på en privat planovergang, er det igjen spørsmålet om risiko som er oppe til vurdering:

”Jeg er – når det gjelder ansvarsspørsmålet – kommet til samme resultat som herredsretten og tiltrer i det vesentlige dens begrunnelse. Jeg antar at den planovergang det her gjelder må betegnes som meget farlig for biltrafikk i sydlig retning. Veien lå betydelig lavere enn jernbanen på strekningen forut for overgangen og gjorde før denne en forholdsvis skarp kurve til høyre. Utsikten var delvis hindret ved busker på begge sider av veien. En bilfører som var ukjent med forholdene på stedet, ville derfor først på meget kort avstand kunne bli klar over at linjen skulle passeres” (Rt 1956:606,607).

Det neste momentet som anføres er at når denne planovergangen er så farlig, har ikke jernbanen truffet de nødvendige sikkerhetsforanstaltninger:

”Jeg finner grunn til å nevne at det for Høyesterett foreligger opplysninger om at jernbanen allerede før ulykken hendte hadde anordnet et særskilt vakthold når det foregikk tømmerkjøring med bil over planovergangen. Jeg kan ikke finne at det som på

hendingstiden var gjort fra jernbanens side for å hindre ulykker ved planovergangen var tilstrekkelig med henblikk på biltrafikk i den kjøreretning det her er tale om. Verken grinden eller det lite iøynefallende skilt på grindstolpen ga en, bilfører det nødvendige varsel i tide. Jeg viser om dette til hva der er anført i herredsrettens dom. Som forholdene ligger an i denne sak må det bebreides jernbanen at den ikke har sørget for at det i god avstand fra planovergangen var satt tydelige skilter som varslet bilføreren om faren” (Rt1956: 607).

Dette er igjen en avgjørelse der spørsmålet om betydelig risiko er oppe til vurdering. Høyesterett argumenterer her med at når planovergangen er svært farlig er det rimelig at jernbanen sørger for sikkerhetsforanstaltninger. Den blir gjort ansvarlig fordi den ikke har gjort tilstrekkelig for hindre at ulykker kunne skje. Dermed er det et avgjørelseskriterium om manglende sikkerhetsforanstaltninger som her blir gjort gjeldende.

I Rt 1955 290⁹⁹ der et skiftetog og en drosje kolliderer i en planovergang konkluderer førstvoterende med at det er lagt størst vekt på argumentet om ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” kombinert med et påregnelighetsargument:

”Jeg er som nevnt tilbøyelig til å mene at det ved en overgang som den her omhandlede ikke vil være tilstrekkelig med et faststående signal. Imidlertid behøver jeg ikke å ta endelig standpunkt til dette, idet jeg etter byrettens beskrivelse av signalanlegget finner at dette i seg selv ikke har vært så iøynefallende som det under hensyn til trafikforholdene måtte kreves. Jeg legger da en viss vekt på byrettens beskrivelse av signalanlegget, særlig på at lyssignalet til dels var skjermet av et trafikkskilt. Men mest vekt legger jeg på byrettens sammenfattende vurdering: ’at jernbanens varsel til trafikken ikke var tilstrekkelig effektivt’, at retten ’anser det som et hell at – der – ikke tidligere har vært noen påkjørsel i denne planovergang’ og at ’dette skyldes neppe signalanlegget, men snarere den særlige forsiktighet som jernbanens personale har utvist under passering av planovergangen’. Byrettens vurdering er tiltrådt av lagmannsretten.

Jeg antar etter dette at jernbanen er ansvarlig for kollisjonen og behøver da ikke gå inn på det spørsmål som er behandlet i prosedyren, om jernbanens ansvar kan grunnes på reglene om farlig bedrift” (Rt 1955:293, 294).

Førstvoterende legger vekt både på argumentet om at jernbanens varsling ikke har vært tilstrekkelig og på et påregnelighetsargument gjennom utsagnet om at det er et hell at det ikke tidligere har skjedd uhell på planovergangen. Det er altså argumentet om manglende sikkerhetsforanstaltninger i kombinasjon med et påregnelighetsargument som ligger til grunn for denne avgjørelsen. Det er interessant at førstvoterende konkluderer med at når dette ligger til grunn for avgjørelsen, er det ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om jernbanens ansvar kan begrunnes ut fra reglene om farlig bedrift. Det er dermed ikke nødvendig å ta opp spørsmålet om rent risikoansvar.

I Rt 1957 1011; Utforkjøring i Åsane¹⁰⁰ vurderes risiko slik:

”Men jeg er enig med lagmannsretten i at det manglende rekkverk ikke kan pådra staten erstatningsansvar i det tilfelle som vi har for oss i denne saken. Jeg finner grunn til å

⁹⁹ En drosje kolliderer med et skiftesett bestående av to godsvogner som ble skjøvet av et lokomotiv. Kollisjonen skjedde i en planovergang over Tollbodgaten i Drammen. På tidspunktet da ulykken skjedde var Tollbodgaten svært trafikkert fordi trafikken fra og gjennom Drammen til den sørlandske hovedvei måtte passere her. Ingen personer kom til skade, men drosjen ble totalt ødelagt.

¹⁰⁰ En bil kjørte på glatt føre utfor en bro og en av passasjerene omkom.

fremheve at veien har var rett, bred og oversiktlig. Mellom selve kjørebanelen og broens ytterkanter var det gangbaner på 90 cm. Etter det som er forklart av overingeniør Glambek under bevisopptaket, lå gangbanene på ulykkesdagen ca. 12 cm over selve kjørebanelen. Rekkverk manglet i bare ca 10 meters lengde. Under disse omstendigheter finner jeg ikke at det manglende rekkverk i relasjon til biltrafikken representerte noen særpreget eller usedvanlig risiko. Det dreiet seg således ikke her om et ekstraordinært og upåregnelig faremoment som bilførere ikke behøvet å regne med” (Rt 1957 1012).

Det første som vurderes er om det manglende rekkverk kan pådra staten erstatningsansvar. Det er altså kriteriet om manglende sikkerhetsforanstaltninger som her benyttes. Førstvoterende vurderer her ikke en bred og oversiktlig vei uten rekkverk til å representere en særpreget risiko, og for bilføreren dreide det seg dermed ikke om et ekstraordinært og upåregnelig faremoment som han ikke behøvde å regne med. Igjen er dette en diskusjon der avgjørelseskriteriene ikke eksplisitt løftes frem, men fremstår gjennom argumenter i diskusjonene. Videre kommer det inn en vurdering av risikoen i dette tilfellet i forhold til dagliglivets risiko og en vurdering av påregnelighet:

”Selv om broen ikke hadde rekkverk kan jeg ikke se at det her for en bilfører var farligere eller vanskeligere forhold enn det ellers ofte er på veiene i vårt land. Når ulykken inntraff i dette tilfelle, skyldtes det etter min oppfatning et usedvanlig sammenstøt av uheldige omstendigheter slik som det nærmere fremgår av lagmannsrettens domsgrunner. Det dominerende trekk i bildet er den irregulære manøvrering av bilen på grunn av det glatte føre” (Rt 1957 1012,1013).

Det neste spørsmålet som diskuteres er om staten er ansvarlig for ulykken fordi det ikke var strødd sand på kjørebanelen. Igjen er dette en diskusjon om manglende sikkerhetsforanstaltninger i en konkret situasjon, nemlig glatt veibanen.

”Når det gjelder spørsmålet om staten er ansvarlig for ulykken fordi det ikke var strødd sand på kjørebanelen over broen – slik den lå der uten rekkverk –, viser jeg til det som er uttalt av lagmannsretten. Jeg er således enig med lagmannsretten i at veivesenets folk ikke har vist noen erstatningsbetingende uaktsomhet. Slik som forholdene ligger an i dette tilfelle, er jeg også enig i at staten ikke på objektivt grunnlag er ansvarlig for ulykken” (Rt 1957 1013).

I Rt 1957 1078¹⁰¹ var argumentet følgende:

”...jeg kan ikke finne at brøytevollen, slik bulldozeren hadde etterlatt den, representerte et faremoment som var større eller mer betydelig enn man i våre dager må være forberedt på og innrette seg etter på et sted som det det her gjelder og under de forhold som var til stede da uhellet fant sted”. (Rt 1957 1080).

En tilsvarende vurdering av risiko finner jeg også i Rt 1960 553¹⁰², der staten ikke ble funnet objektivt ansvarlig, fordi Høyesterett fant at det ikke var grunnlag for å fastslå at en rideulykke under instruksjon skyldtes særlige faremomenter ved rideøvelsene.

I Heisdørdommen (Rt 1957 1097)¹⁰³ er det helt klart det tidligere utviklete avgjørelseskriteriet om ”teknisk svikt” som anvendes:

¹⁰¹ En mann kom til skade da han skulle forsere en brøytevoll foran eiendommen sin.

¹⁰² En rekrutt falt under instruksjonsridning av en hest og kom til skade.

”Når det gjelder spørsmålet om huseieren er ansvarlig er jeg kommet til det samme resultat som byretten og lagmannsretten. Det gjelder her en ulykke forårsaket ved at låsmekanismen i døren – som ikke skal kunne åpnes når heisen ikke står der – ikke funksjonerte som den skulle. Det dreier seg med andre ord om en teknisk svikt ved en anordning som er et vesentlig ledd i de tiltak som er påbudt til sikring mot ulykker, en svikt som medfører en nærliggende mulighet for at uhell kan skje” (Rt 1957:1098).

Dessuten baserer avgjørelsen seg både på betraktninger om påregnelighet og rettspraksis:

”Jeg viser i denne forbindelse til at heiseinspektøren i Bergen under bevisopptaket opplyste at ”i de vel 30 år han har arbeidet i faget i Bergen, har det i 12–13 tilfelle i forbindelse med benyttelse av heis inntruffet ulykker eller uhell, som i 9 av tilfellene kan føres tilbake til tekniske feil ved dørlås...’ For en slik teknisk svikt mener jeg at eieren etter de prinsipper som rettspraksis om ansvar på objektivt grunnlag bygger på, må være ansvarlig, uten at det foreligger skyld. Jeg viser eksempelvis til dommer referert i Rt 1937 563 flg., Rt 1954 739 flg., jfr. Rt 1955 741” (Rt 1957:1098,1099).

I Rt 1958 680¹⁰⁴ fant Høyesterett at skadete ikke hadde krav på erstatning på objektivt grunnlag med følgende begrunnelse:

”Men retten finner heller ikke at frøken Danielsen har krav på erstatning på objektivt grunnlag. Her foreligger ikke et tilfelle som etter norsk rettspraksis betinger ansvar. Den virksomhet som det her er tale om frembyr ikke særegenheter som kan antas å ha medført en ekstraordinær eller øket risiko for slike uhell som det her er tale om. Det kan for så vidt henvises til høyesterettsdom i Rt 1951 212. Den fare som det kan tales om i vårt tilfelle er ikke knyttet til den virksomhet som kommunen og gårdeieren utøver i henhold til sin oppgave. Faren voldes i virkeligheten utenfra, nemlig ved nedbør og temperaturendringer. Erstatningsansvar kan da ikke bygges bare på et alminnelig risikoprinsipp. Dommen i Rt 1939 766, Gesimsdommen, kan ikke påberopes i nærværende sak. Der fant man at gesimsen som innretning representerte en latent fare. I nærværende tilfelle er forholdet tvert om det at arbeidet med å holde fortauet rent og å strø sand på det er en fareavvergende virksomhet. Heller ikke den av ankemotparten påberopte høyesterettsdom av 7. september 1954 får da noen betydning for avgjørelsen i nærværende sak” (Rt 1958:684).

Her argumenteres det først med at et tilfelle som dette ikke etter norsk rettspraksis betinger ansvar. Det er ikke en virksomhet som frembyr særegenheter som kan antas å ha medført en ekstraordinær eller økt risiko for denne type uhell. Det vil si at denne saken vurderes ut fra de kriteriene som er utviklet for å kunne fastslå et rent risiko ansvar. Videre er det kriteriet om sammenheng med drift eller virksomhet som vurderes. Når faren kommer fra nedbør og temperatursvingninger skapes den ikke fra forhold som kan knyttes til virksomheten som kommunen og gårdeieren utøver i henhold til sin oppgave. Dette er begrunnelsen for at ansvar i denne saken ikke bare kan bygge på risiko. I begrunnelsen trekkes Gesimsdommen (Rt 1939:766) frem for å avgrense det objektive ansvaret. Begrunnelsen for å ilegge objektivt ansvar i sistnevnte dom var at

¹⁰³ En heis sto i første etasje, men døren i femte etasje lot seg likevel åpne som følge av en svikt i låsemekanismen. En mann åpnet døren og falt ned gjennom sjakten og kom til skade.

¹⁰⁴ En kvinne skled og falt på et fortau og kom til skade.

gesimsen representerte en latent fare. I Gimlemoddommen (Rt 1960 429) følges de tidligere opptrukne kriteriene:

”Etter de opplysninger som foreligger, finner jeg å måtte legge til grunn at smittefaren i Forsvaret og særlig ’innrykkingsrisikoen’ var større i 1946 enn den var i årene 1948–52 som overlege Dahls undersøkelser omfatter. Imidlertid har man for året 1946 ikke noe statistisk materiale for smitterisikoen i Forsvaret. Heller ikke har man for denne tiden sikre opplysninger å bygge på når det gjelder den alminnelige risiko for smitte innen den sivile sektor. Det foreligger således ikke for året 1946 noen bestemte holdepunkter når man skal sammenligne smitterisikoen i Forsvaret med smitterisikoen for den sivile befolkning” (Rt 1960:433).

Smutterisikoen i forsvaret vurderes her ut fra kriteriet om at risikoen må overstige ”dagliglivets” risiko, og det konkluderes her med at det ikke var grunnlag for å si at smutterisikoen i forsvaret var større enn i samfunnet ellers. Det neste som tas opp, er spørsmålet om risikoen er typisk for den virksomhet som forsvaret driver. Det er tydelig tidligere utviklede kriterier om ekstraordinær og særpreget fare som legges til grunn for denne avgjørelsen:

”Jeg finner videre grunn til å fremheve at faren for å bli smittet med tuberkulose ikke er noe typisk militært problem. Det heter således i Ot.prp. nr. 45 (1947) om lov om tuberkulinprøving og vaksinasjon mot tuberkulose: ’Selv om den tuberkuløse smitte nå er atskillig mindre utbredt blant barn og blant voksne i de yngre aldersgrupper enn den var for noen årtier tilbake, har smitten ennå, som det går frem av tabellene, en meget stor utbredelse. – Ennå må alle mennesker regne med før eller senere i sitt liv en gang å bli utsatt for tuberkuløs smitte og den risiko dette innebærer.’ (Side 6 første spalte) Det dreier seg således her om en smutterisiko som man i høy grad er utsatt for også i det sivile liv, og ikke om en spesiell risiko for dem som gjør militærtjeneste.

Selv om jeg regner med at smutterisikoen i den første tiden etter innrykking i 1946 var større enn risikoen under vanlige forhold for ungdom ellers, er jeg enig med byretten i at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for å anta at det generelt sett forelå et ekstraordinært eller særpreget faremoment som – etter de retningslinjer som er trukket opp i rettspraksis – kan gi grunnlag for et rent objektivt erstatningsansvar for staten. Jeg kan også på dette punkt i det vesentlig tiltre byrettens begrunnelse” (Rt 1960:433).

Tilsvarende i Vaksinedommen Rt 1960 841 der det om risiko ved vaksinasjon heter:

”Ot.prp. nr 4 (1940) omhandler kort risikoen for komplikasjoner etter vaksinasjon mot kopper. Det anføres her bl.a.: ’Som det vil sees, kan fare ved vaksinasjon altså ikke ansees som helt utelukket. Men etter de sterke forestillinger fra de sakkyndige antar departementet at hensynet til denne risiko må vike i den nåværende situasjon. Den ulykke å få kopper inn i landet vil være så stor at den helt overskygger de betenkeligheter en ellers ville ha ved å gjennomføre tvungen vaksinasjon.

I Ot.prp nr. 15 (1954) er det gjort nærmere rede for denne risiko, og det er for årene 1933–1946 gitt en oversikt over antall tilfelle av hjernebetennelse etter første gangs vaksinasjon. I disse årene var det for alle aldersgrupper i gjennomsnitt 1,24 tilfelle av hjernebetennelse pr. 10,000 vaksinerte og i aldersgruppen over 15 år 0,50 tilfelle pr. 10,000 vaksinerte. I saken er det også for årene 1947–58 fremlagt en tilsvarende oversikt. Den viser for alle aldersgrupper under ett 0,75 tilfelle av hjernebetennelse pr. 10,000 vaksinerte, og for aldersgruppen over 15 år 0,56 tilfelle pr.10,000 vaksinerte. Selv om disse alvorlige tilfelle således er forholdsvis sjeldne, må man, så vidt jeg forstår, regne med at de av og til vil inntre. At det er vaksinasjonen som er årsaken, må etter det som

foreligger ansees på det rene og er for øvrig heller ikke bestridt i saken. Etter dette må jeg legge til grunn at man her står overfor et faremoment som må sies å være ekstraordinært og særpreget for vaksinasjon mot kopper. Det er ikke en risiko som man ellers er utsatt for i dagliglivet” (Rt 1960:842,843).

Argumentasjonen følger det utviklede mønster ved først å diskutere hvorvidt det er en mulighet for komplikasjoner ved vaksinasjon, så om dette er en komplikasjon som man må regne med kan skje av og til, og så trekkes konklusjonen om at risikoen ved vaksinasjon er ekstraordinært og særpreget for vaksinasjon mot kopper, og at dette er en risiko som man ikke utsetter seg for i dagliglivet. Det er kriteriene om påregnelighet, ekstraordinær risiko, tilknytning til virksomheten og risiko i relasjon til dagliglivets risiko som alle er med i denne vurderingen.

I Løftekrandommen (Rt 1969 109)¹⁰⁵ ble kraneieren ilagt objektivt ansvar for skaden som rammet en byggherre under et monteringsarbeid med følgende begrunnelse:

”Bruken av store løftekraner fører fra tid til annen til at det volder skade. Den som driver kranservice som ervervsmessig virksomhet, kan forutse dette, og han må være ansvarlig for skade som virksomheten kan ventes å føre med seg uten hensyn til om skaden i det enkelte tilfelle skyldes feil av en art som sjelden forekommer. Han er også den som gjennom aktsom bruk, tilsyn og vedlikehold har størst mulighet for å forebygge at en kran blir svekket med den følge at det kan volder skade ved en belastning som kranen er forutsatt å skulle tåle” (Rt 1969:111,112).

Dette er et påregnelighetsargument: man må regne med at slike kraner fra tid til annen volder skade. En type skade som kan forutses av den som driver slik virksomhet. Dette er en sak der det ikke finnes klarlagt hva som var den egentlige årsaken til uhellet, selv om en her kunne anta at det var en teknisk svikt som førte til uhellet er det altså et rent risikoansvar som her statueres.

I en sak kan det antydes at avgjørelsen er tatt ut fra påregnelighetsbetraktninger, men på en annen måte enn i det øvrige materialet. Fordi dette er en sak (Rt 1965 377¹⁰⁶) som angår spørsmål om objektivt ansvar for statens myndighetsbruk, er begrunnelsen noe tydeligere:

”Når det gjelder en mulig erstatningsplikt for staten i anledning av den uforhet som hadde utviklet seg i løpet av fengslingstiden, bemerker jeg innledningsvis at jeg finner det klart at forutsetningene for å konstatere et objektivt ansvar ikke foreligger. Jeg viser til lagmannsrettens begrunnelse, som jeg anser tilstrekkelig” (Rt 1965 381).

I lagmannsrettens begrunnelse heter det:

”De synsmåter som ligger til grunn for objektivt ansvar ved farlig bedrift kan etter rettens oppfatning ikke få anvendelse i denne sak. Fru A var, etter overlege Leikvams erklæring, både sjelelig og legemlig sterkt disponert for sykdomsutviklingen, og hennes sterke sjelelige reaksjoner over fengslingen er av begge de sakkyndige antatt å ha vært avgjørende for hennes lidelser med påfølgende invaliditet. Fru A hadde selv satt seg i den

¹⁰⁵ En løftekran brøt plutselig sammen til tross for at angitt løfteevne ikke var overskredet.

¹⁰⁶ En kvinne krevde erstatning av staten for uforhet som hadde oppstått under et lengre varetektsfengselsopphold.

stilling at hun ble siktet for straffbare forhold som ledet til fengsling. Under disse forhold kan ikke retten finne at det er grunnlag for at Staten skal kunne pålegges erstatningsansvar når det ikke er funnet bevist at invaliditeten skyldes noe uforsvarlig forhold fra det offentliges side” (Rt 1965 388).

Selv om ikke påregnelighetsargumentet er svært tydelig uttrykt, argumenteres det her med at dersom ulempene eller skaden er en påregnelig følge av myndighetsutøvingen, har staten ikke objektivt ansvar. Myndighetsutøvingen her var et resultat av at skadelidte selv hadde foretatt ulovlige handling, altså var skadelidte selv årsak til at myndighetsutøvingen var satt i verk.

I de avgjørelsene jeg her har referert, avgjøres spørsmålet om erstatning eller ikke ut fra flere ulike avgjørelseskriterier. Dette innebærer at selv om de ulike avgjørelseskriteriene tydeliggjøres, er de vurderinger som gjøres i den enkelte sak sammensatte og komplekse.

Enighet om kriteriene – uenighet om hvor grensene skal trekkes

I det forrige avsnittet viste jeg at de etablerte avgjørelseskriteriene anvendes, spesifiseres og tydeliggjøres. Disse kriteriene gir handlingsveiledning i den forstand at de styrer argumentasjonen i en bestemt retning. Det vil si at i avgjørelsene er det spørsmål om risiko, påregnelighet, tilknytning etc. som diskusjonen går langs. Dette innebærer imidlertid ikke at det er enighet om innholdet i kriteriene og hvor grensene eventuelt går mellom hva som er ekstraordinært og ikke, hva som er påregnelig og ikke etc. Dette får vi særlig innsikt i gjennom avgjørelser som er avsagt med dissens. I Rt 1948 1111, der en kvinne ble skadet da hun falt av en sporvogn, ble det avsagt dom under dissens. Den dissenterende dommer var ikke enig i at ordningen med åpne dører representerer en fremtredende risiko som dermed begrunner ansvar på objektivt grunnlag:

”Derimot er jeg kommet til et annet resultat når det gjelder saken mot Oslo Sporveier A/S. Jeg kan ikke finne det godtgjort at ordningen med åpne dører på høyre side av plattformen medfører noen særlig fremtredende fare for ulykke av den art som det her er tale om. Når passasjerene viser den aktsomhet som man kan kreve av dem, og som også vanligvis blir vist, må det, antar jeg, inntreffe et usedvanlig og upåregnelig uhell for at en passasjer skal bli slynget av vognen, og et slikt uhell finner jeg ikke at man kan gjøre sporveisselskapet ansvarlig for på objektivt grunnlag. Jeg finner noen støtte for min oppfatning deri at den nevnte ordning med myndighetenes godkjennelse har vært praktisert i mer enn en menneskealder, og at den, etter hva det uimotsagt er blitt opplyst i Høyesterett, er den sedvanlige også i andre byer innen- og utenlands” (Rt 1948:1114).

Ser vi nærmere på mindretallets argumentasjon, er den helt motsatt flertallets. For det første finner mindretallet at selve døråpningen ikke representerer noen fremtredende risiko, videre at det er passasjerens sitt ansvar å innrette seg og forholde seg til den risiko som den åpne døråpningen representerer. Jeg finner her, slik jeg tidligere har vist eksempler på, at det argumenteres for at risikoen må aksepteres, og at den enkelte må innrette seg slik at man unngår ulykker. Argumentasjonen er at når enkeltindivider innretter seg i forhold til en risiko, vil et uhell være å anse som usedvanlig og upåregnelig. Et slikt uhell kan man ikke bli ansvarlig for på objektivt grunnlag. Kriteriene

som er utviklet tidligere, tas i bruk og flertallet og mindretallet benytter tilsvarende avgjørelser, men situasjonen tolkes ulikt av flertallet og mindretallet. Det vil si at i begge tilfelle er det kriteriene om fremtredende risiko og påregnelighet som står sentralt, men kriteriene tillegges ulikt meningsinnhold av flertallet og mindretallet. Mindretallet trekker også frem at ordningen har vært benyttet med myndighetenes godkjenning over lang tid, og at ordningen også er vanlig i andre byer både her og i utlandet.

I Rt 1949 688, der sykehuspersonale ble smittet av en tuberkuløs pasient, fant flertallet at risikoen ikke var av en slik art at den kunne begrunne objektivt ansvar. Mindretallet kom frem til motsatt resultat. Det som særpreger denne saken, er at mens flertallet tar utgangspunkt i at læren om farlig bedrift ikke støtter kravet om objektivt ansvar, tar mindretallet utgangspunkt i de utviklede kriteriene og gir dem et innhold i denne konkrete saken. I flertallets argumentasjon heter det først:

”Alt i alt seg jeg forholdet slik at de ankende parter ikke gjennom den smittefare som den omtalte pasients innleggelse på sykehuset frembød, eller gjennom den kontakt med ham som deres arbeid i større eller mindre grad medførte, ble utsatt for en risiko som gikk ut over hva sykepleierker – eller annen betjening ved et sykehus av foreliggende art ved den tid, nemlig så vidt langt tilbake som i 1943, måtte regne med” (Rt 1949:690).

Førstvoterende tar her opp en variant av temaet dagliglivets risiko ved å si at en sykepleier i dette tilfellet ikke var utsatt for en risiko som gikk utover hva man må regne med som sykepleier ved sykehus. Førstvoterende sier videre at han ikke er fremmed for at sykepleiere burde kunne få slik erstatning, men understreker at det i så tilfelle må være lovgivers oppgave:

Avslutningsvis sier førstvoterende:

”Jeg ser ikke at læren om ansvar for farlig bedrift byr noen støtte for de ankende parters krav mot sykehuset. Jeg tror meg for så vidt i samsvar med herredsrettens flertall. Og motsatt den dissenterende dommer kan jeg ikke legge noen vekt på høyesterettsdommen i Rt 1937 974. Etter min mening lå ansvarsspørsmålet der helt annerledes an enn i den foreliggende sak” (Rt 1949:690,691).

Argumentasjonen er at læren om farlig bedrift ikke støtter kravet om objektivt ansvar. Det er en generell henvisning til en oppfatning om hva som på dette tidspunktet oppfattes som gjeldende rett. Dette står i klar kontrast til mindretallets argumentasjon som tar utgangspunkt i de utviklede kriteriene og gir dem et innhold i denne konkrete saken. Mindretallet er enig i at det ikke foreligger uaktsomhet, og at det ville være å foretrekke at ansatte fikk beskyttelse gjennom lovgivning, men er ikke enig i at gjeldende rett i denne saken ikke støtter kravet om objektivt ansvar:

”Videre er også jeg klar over at en rettstilstand, som ikke hjemler erstatning for skader som dem fe ankende parter uten egen skyld ved anledningen er blitt påført må betegnes som utilfredsstillende. I motsetning til førstvoterende er jeg imidlertid blitt stående ved at selv om meget nok kan tale for at det fortrinnsvis burde være en lovgivningssak å skaffe vedkommende sykehusbetjening det vern den for så vidt trenger, så stemmer det best med de prinsipper som gjennom domstolenes praksis i den senere tid har vunnet stadig større innpass i vår erstatningsrett, at et sykehus som det det her gjelder uten hensyn til skyld bør bære ansvaret for den slags skader” (Rt 1949:691).

Mindretallet argumenterer for at risikoen er påregnelig, uunngåelig og ekstraordinær:

”Den fare som i det foreliggende tilfelle har utløst så store skader for de ankende parter, 5 sykepleiersker og en rengjøringshjelp, består i den spesielle risiko som nær sagt uunngåelig vil være knyttet til, at pasienter etter å være blitt innlagt på et kirurgisk sykehus viser seg å lide også av en alvorlig smittsom sykdom. Selv om den slags for sent klarlagte situasjoner vel heldigvis meget sjelden vil forekomme, finner jeg at den nevnte risiko likevel for de personer som har sitt daglige virke ved et slikt sykehus må antas å være såvidt påtagelig av omfang at den etter min mening må tillegges ansvarsbetingende betydning. Jeg anser det nemlig klart at mot denne risiko vil hverken det kirurgiske sykehus eller betjeningen selv være i stand til å skape et tilnærmedesvis så effektivt vern som tilfellet vil være hvor det gjelder personale ansatt ved sykehus som nettopp er beregnet på smittsomme sykdommer og hvor iakttagelsen av de nødvendige forsiktighetsregler derfor vil bli ganske annerledes strengt overholdt, og dermed også bli en daglig rutinesak. I denne forbindelse er de svar etter min mening av stor interesse som sykehusets advokat har fått på en henvendelse han har rettet til en rekke sykehus. Et av de spørsmål han forela lød så: ’Er det truffet noen forholdsregler for å hindre at tuberkulin negativt reagerende personale kommer i berøring med pasienter som innlegges uten at det foreligger noe opplyst om at vedkommende pasienter er angrepet av tuberkulose?’ Svarene går dels kort og godt ut på at der ikke er truffet noen slike forholdsregler, dels på at det ’ikke er helt mulig å forhindre at en tuberkulin negativ sykepleierske kommer i berøring med tuberkuløs pasient, idet det alltid vil forekomme tilfelle hvor diagnosen ikke straks lar seg stille’, at en ikke kan ’hindre at tuberkulin-negative personer blant betjeningen kommer i berøring med dem’, at denslags forholdsregler er ’umulig å gjennomføre i praksis’, eller ’meget vanskelig å treffe’. Det er altså overfor denne spesielle ekstraordinære og såvidt jeg forstår uunngåelige risiko ved tjenesten ved et kirurgisk sykehus at jeg mener det er i samsvar med våre erstatningsregler av i dag at sykehuset har et objektive erstatningsansvar” (Rt 1949:691,692).

Mindretallet finner at den situasjonen man her befinner seg i, er av en slik karakter at gjeldende rett hjemler ansvar på objektive grunnlag i denne saken. Dermed blir avgjørelsen et tydelig eksempel på hvordan ulike situasjonsfortolkninger utløser ulike regler og dette til tross for at det på dette tidspunktet er utviklet relativt sofistikerte og spesifiserte avgjørelseskriterier som man i utgangspunktet skulle regne med ville lede frem til samme vurdering. Det viser seg imidlertid at det er stort rom for tolkning av hva påregnelighet, uunngåelighet og ekstraordinær innebærer. Mindretallet finner også støtte for sitt syn ved å henvise til tidligere avgjørelser som bygger på en tilsvarende tankegang:

”Blant rettsavgjørelser som gir uttrykk for en beslektet tankegang nevner jeg tre som alle gjelder arbeidsherrens objektive ansvar for skader tilføyet personer hvis arbeid var knyttet til eller sto i forbindelse med hans bedrift eller virksomhet. Den første er dom i Rt 1936 345, hvor en av mannskapet på en båt som losset ved en bunkerstasjon ble drept av et kullstykke som falt ut av grabben. Bunkerstasjonen ble ansett erstatningspliktig overfor de etterlatte, idet ’det må regnes med at kullstykket tross utvist forsiktighet faller ut av grabben og kan volde ulykke. Krananlegget kan visstnok ikke i seg selv ansees for farlig bedrift, men det ansvarsbetingende forhold ligger deri at driften medfører et faremoment og at eieren er nærmest til å bære ansvaret for den skade driften volder.’ Videre nevner jeg dom i Rt 1937 741, hvor en gårdeier, til tross for at han ingen uaktsomhet hadde utvist, måtte erstatte den hos ham ansatte fyrbøter det økonomiske tap denne led ved en kullsydforgiftning han pådro seg under arbeidet i det i 2. og 3. kjelleretasje liggende sentralvarmeanlegg. Endelig nevner jeg høyesterettsdom av 29. januar i år i sak Staten mot Jonas Johansen, 1) hvor en rørlegger under sitt arbeid i kjelleren under en brakke ble såret ved at en politisoldat løsnet et skudd. På grunnlag av vår retts alminnelige regler fant

Høyesterett at det ikke ville stemme med prinsippene for våre nyere erstatningsregler, 'om Johansen under sitt arbeid i leiren skulle bære den ekstraordinære risiko å bli tilføyet en omfattende og livsvarig invaliditet som følge av en feil under utførelsen av den vakt-tjeneste det her gjelder og som medførte spesielle færemomenter'" (Rt 1949:692).

Mindretallet benytter disse tre dommene som ledd i en argumentasjon for at det finnes hjemmel i gjeldende rett for at arbeidsgiver kan ha objektivt ansvar for skader som blir påført personer med tilknytning til virksomheten. Det som skiller flertallet fra mindretallet i denne saken er imidlertid at flertallet ikke finner at arbeidstakeren har vært utsatt for noen annen risiko enn den som normalt følger med det yrket de har. Mens mindretallet altså argumenterer for det motsatte standpunkt.

En annen variant er Rt 1959 474 der en mann ble påkjørt av et tog. I denne saken ble det tilkjent erstatning, men der flertallet bygget på objektivt grunnlag, bygget mindretallet på manglende effektive sikringstiltak fra jernbaneledelsens side. Flertallet begrunner ansvaret med at:

"..stasjonsarrangementet innebar et så fremtredende færemoment at jernbanen må være ansvarlig for den inntrådte skade.

... Med dette har jeg ikke ment å ta standpunkt til spørsmålet om hvorvidt ordningen ved Svensid stasjon, alle forhold tatt i betraktning, kan kritiseres som uforsvarlig og følgelig som en tilsidesettelse av den omsorgsplikt for publikum som må påhvile Statsbanene" (Rt 1959:476,477).

Dette er en særskilt vurdering av akkurat dette konkrete stasjonsarrangementet som vurderes å representere en fremtredende fare, men førstvoterende tar forbehold og sier at han ikke tar stilling til om arrangementet er uforsvarlig. Mindretallet kom til samme resultat, men med annen begrunnelse:

"Med hensyn til begrunnelsen kan jeg hva angår sakens hovedspørsmål – om jernbanen er erstatningspliktig – i det vesentlige slutte meg til det som er anført av lagmannsretten, og som for meg er tilstrekkelig. Lagmannsretten, som har foretatt åstedsbefaring, har etter en samlet vurdering av de konkrete forhold funnet at det arrangement ved Svensid stasjon som det er tale om i saken, ikke var tilstrekkelig effektivt i sikkerhetsmessig henseende, og at jernbanen derfor må bære ansvaret når det i det foreliggende tilfelle viste seg at sikkerhetstiltakene sviktet og at det som følge herav inntraff en ulykke" (Rt 1959:477,478).

Mens flertallets argumenter for ansvarsgrunnlag er at stasjonsarrangementet vurderes ut fra risiko, vurderer mindretallet at stasjonsarrangementet ikke var tilstrekkelig sikret. I Rt 1964 197¹⁰⁷ er det en rimelighetsvurdering sammen med risikovurdering som begrunner ansvar for jernbanen:

"Som det fremgår av lagmannsrettens domsgrunner og av Høyesterettsdom i Rt 1954-463 flg., var togtettheten og togenes fart øket sterkt på denne jernbanestrekning frem til 1957 da ulykken skjedde. På den annen side var bremseeffekten på togene blitt større. Økningen av togenes antall og fart førte til at trafikken over private planoverganger på denne strekningen var blitt vesentlig farligere enn den var da jernbanen ble anlagt, ikke minst etter at man noen tid før ulykken var gått over til elektrisk drift. Under slike

¹⁰⁷ To kuer ble påkjørt av et tog ved en privat planovergang.

endrede trafikkforhold må Statsbanene etter min mening gjøre det som i det enkelte tilfelle med rimelighet kan kreves for å redusere faren ved bruk av private planoverganger. Om Statsbanene har plikt til å treffe særlige sikkerhetstiltak og hva som eventuelt skal gjøres, må bero på en skjønnsmessig vurdering av forholdene ved den enkelte planovergang” (Rt 1964 199,200).

Og videre:

”I betraktning av den sterkt økede risiko for ulykker som følge av jernbanens mer intensive drift, kan jeg etter dette ikke se at det fra Statsbanenes side i sikkerhetsmessig henseende var truffet en tilstrekkelig betryggende ordning ved planovergangen. Når da ulykken av den grunn inntraff i dette tilfelle, må Statsbanene ha ansvaret for den skaden som ble voldt. Jeg tilføyer at jeg ikke kan se at den foreliggende rettspraksis om ulykker ved private planoverganger er avgjørende for spørsmålet om Statsbanenes ansvar i dette tilfelle. Det er for meg tilstrekkelig å vise til dommen i Rt 1954-463 fl.” (Rt 1964 200).

En dommer kunne ikke godta objektivt ansvar, fordi han mente at planovergangen ikke frembød særlig fare eller kunne betegnes som uforsvarlig, en dommer stemte for nedsatt erstatning, fordi han mente at eieren av kuene hadde utvist uaktsomhet. Jeg vil i et senere avsnitt komme tilbake til den mer generelle betydningen av dissenser i denne perioden.

I Epileptikerdommen (Rt 1970:1192)¹⁰⁸ er det summen av risikoen for å få et epileptisk anfall og risikoen ved en radiator plassert i en fengselscelle som begrunner erstatning. Radiatoren representerer her et særskilt og utpreget faremoment. I denne saken blir det gitt erstatning, men et flertall på 3 og et mindretall på 2 ga ulike begrunnelser for erstatningsansvaret. Flertallet tok utgangspunkt i tidligere utviklete kriterier for objektivt ansvar, mens mindretallet hevdet at det i denne saken ikke var hjemmel for å ilegge ansvar med mindre uaktsomhet kunne påvises. Skadelidte i saken led både av epilepsi og av en sinnssykdom, og førstvoterende avviste at sinnssykdommen var av en slik art at den frembød noen særlig risiko for skadelidte selv eller andre. Derimot argumenterte førstvoterende for at faren for å komme til skade under et epileptisk anfall var klar og påtakelig:

”A’s epilepsi medførte en påtakelig fare for at han kunne komme til å skade seg, og som før nevnt var hans tilstand kjent for dem som hadde oppsyn med ham. Han var tvangsbrakt i fengsel og måtte til stadighet oppholde seg i den lille cellen. Her representerte denne radiator et særskilt og utpreget faremoment. Dette faremoment kunne fjernes ved relativt enkle tiltak. Når A under disse omstendigheter var anbrakt i fengslet i meget lang tid uten at slike tiltak ble truffet, kan jeg ikke se at anbringelsen var tilstrekkelig betryggende og forsvarlig ordnet. Jeg finner da at staten må være ansvarlig for skaden” (Rt 1970:1194,1195).

På den ene siden vurderes risiko ved skadelidtes sykdom, på den andre siden vurderes risikoen for å bli skadet av radiatoren. Skadelidtes epilepsi vurderes å medføre en påtakelig fare og er dermed et påregnelighetsargument. Det er summen av risikoen for å

¹⁰⁸ En epileptiker som var anbrakt i et hjelpefengsel, forbrente under et anfall i cellen begge hendene på radiatoren.

få et epileptisk anfall og risikoen ved radiatoren som, når den er plassert i en fengsels-celle, representerer et særskilt og utpreget faremoment. Det er altså en vurdering av denne konkrete situasjonen: en epileptiker anbrakt i fengsel, at radiatoren representerer et særskilt og utpreget faremoment. Det argumenteres også ut fra kriteriet om manglende sikkerhetsforanstaltninger gjennom uttalelsen om at risikomomentet lett kunne ha vært fjernet.

Mindretallet støttet flertallet sin vurdering av betydningen av sinnssykdommen men har følgende argumentasjon knyttet til spørsmålet om ansvar:

”Jeg kan, i motsetning til førstvoterende, ikke finne at det er hjemmel for å pålegge staten ansvar med mindre skaden kan føres tilbake til feil eller forsømmelser fra de stedlige fengselsmyndigheter som var kjent med ankemotpartens spesielle tilstand og det faremoment som den uskjermede radiator måtte fremby” (Rt:1970:1195).

Her vises det til lagmannsrettens flertall der det heter:

”Lagmannsretten er etter dette, under noen tvil, kommet til at fengselsmyndighetene burde ha skjont at den varme radiator representerte en særlig fare for A under hans epileptiske antall, og at de burde ha gjort noe for å eliminere denne fare. Det ble ikke gjort noe med radiatoren, og det foreligger således et uaktsomt forhold fra fengselsmyndighetenes side” (Rt 1970:1200).

Som vi ser av argumentene, trekker flertallet og mindretallet ulike grenser for aktsomhetsnormen, og vi ser også hvor glidende overgangen er mellom det objektive og subjektive ansvaret når flertallet argumenterer med objektivt ansvar blant annet ut fra betraktninger om manglende sikkerhetsforanstaltninger.

I Potetkokedommen (Rt 1970 1427)¹⁰⁹ avviste et flertall på tre at et potetkokeanlegg representerte en erstatningsutløsende risiko, mens et mindretall på to fant at potetkokeanlegget representerte en påregnelig risiko og fant derfor eierne ansvarlig ut fra kriteriet om manglende sikkerhetsforanstaltninger.

Skyldbetraktninger og nye kriterier

Høyesterett utvikler nye avgjørelseskriterier i denne perioden. Kriteriene om ”teknisk svikt”, ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” og ”forsikringshensynet” ble etablert i den forrige perioden. Nå finner jeg at Høyesterett tar i bruk et nytt avgjørelseskriterium i tillegg til de øvrige, nemlig ”teknisk ufullkommenhet”. ”Teknisk ufullkommenhet” skiller seg fra ”teknisk svikt” ved at det her ikke er noe som er gått i stykker eller ikke fungerer etter hensikten, men at ulykken skyldes at man benytter en ordning som kunne vært erstattet med noe som ville være sikrere. På dette punktet forholder Høyesterett seg altså til den mer generelle kunnskapsutviklingen. I Rt 1948 1111, der en kvinnelig passasjer falt ut av en åpen plattform på sporveien, er det den tekniske utviklingen på området Høyesterett tar utgangspunkt i:

¹⁰⁹ Under fylling av poteter i et potetkokeanlegg fikk en kunde (A) begge ben bort i transportskruen og kom alvorlig til skade.

”Men jeg mener at det i dag – og på den tid da ulykken inntraff – må kunne sies at det er en teknisk ufullkommenhet ved Sporveiene at det kjøres med åpne dører uten at det er truffet særlige sikkerhetsforanstaltninger mot den fare som foreligger for at passasjerer kan bli slynget ut. Det er riktignok opplyst at sporvognene har gått helt siden århundreskiftet uten noen avstenging av disse døråpninger, og jeg tror nok at det i sin tid ikke kan ha vært noe å bemerke ved det tekniske arrangement for så vidt. Men det er siden foregått en betydelig teknisk utvikling også på sporveienes områder. Det stilles nå vesentlig strengere krav til Sporveiene på mange områder, således med hensyn til passasjerenes komfort og sikkerhet med videre, og det er også foregått en svær utvikling av, trafikken med en langt intensere utnyttelse av materiellet enn tidligere. Jeg mener derfor at det i utviklingens medfør er blitt en teknisk ufullkommenhet ved Sporveienes vogner, og at det er Sporveiene som er nærmest til å bære risikoen for den økonomiske skade som måtte bli følgen av denne” (Rt 1948:1113).

Det er tidligere vist at ”teknisk svikt” er et avgjørelseskriterium som vektlegges i avgjørelser om objektivt ansvar, og særlig når det gjelder sporveisvirksomhet, har Høyesterett avvist å statuere et rent risikoansvar for sporveien. I denne saken tar Høyesterett i bruk et nytt avgjørelseskriterium, nemlig ”teknisk ufullkommenhet”. Dette kriterium skiller seg fra ”teknisk svikt” ved at det her ikke er noe som er gått i stykker eller ikke fungerer etter hensikten, men at ulykken skyldes at man benytter en ordning som kunne vært erstattet med noe som ville være sikrere, og at dette er en følge av den tekniske utvikling mer generelt. Det legges også vekt på intensiteten og omfanget av sporveiens virksomhet. Det er i noen saker uklart om Høyesterett baserer seg på et ansvar uten skyld eller om ansvar kan forstås ut fra skyldbetraktninger. I denne saken blir ansvaret begrunnet med at Sporveien kunne handlet annerledes. Dermed blir det mulig å vurdere dette som en variant av et skyldansvar mer enn et objektivt ansvar. Kriteriet om ”teknisk ufullkommenhet” etableres gjennom en verdivurdering av hvem som er nærmest til å bære risikoen. I Rt 1956 1229¹¹⁰ dreier diskusjonen seg om dørsystemet var av en slik art at de kom inn under betegnelsen ”teknisk ufullkommenhet”, eller om det var noe ved dørsystemet som sviktet, altså om det forelå ”teknisk svikt”:

”Jeg kan heller ikke se at ansvar for statsbanene i dette tilfelle kan bygges på rent objektivt grunnlag. Det er opplyst at jernbanens administrasjon i 1930-årene nøye overveiet hvilket system som skulle velges når det gjaldt dørlukking i vogner av den type som det her dreier seg om. I Hovedstyrets brev av 16. november 1953 heter det bl.a.: ’Da man i 1935 planla de første vogner av angjeldende type ble følgende 2 alternativer for dørlukkingen drøftet: 1) Lukking av dørene fra førerplassen og frigjøring først ved ankomsten til neste stasjon. 2) Lukking av dørene fra førerplassen, men automatisk avblåsing av lukketrykket etter 20–30 sekunder slik at publikum kan åpne dørene selv om toget er i fart. Alternativ 2 ble valgt da man var redd for at publikum, ved alternativ nr. 1, ikke skulle komme hurtig nok ut i tilfelle av toguhell eller liknende.’ Etter det system som ble foretrukket, kan således passasjerene etter en viss tid selv åpne dørene når toget er i fart. Det hender også – som nevnt av lagmannsretten – at lufttrykkmekanismen for lukking av dørene ikke virker tilfredsstillende, f. eks. når dørene bare står delvis åpne. Lagmannsretten har lagt til grunn at når døren i vårt tilfelle sto åpen, skyldtes det en teknisk svakhet ved lufttrykkmekanismen. Jeg kan imidlertid ikke se at man her kan gå ut fra at det var en slik teknisk

¹¹⁰ En passasjer steg av et lokaltog før det var stanset, falt ned på pattformen og ble skadet.

feil eller svakhet ved systemet som var årsaken til at døren ikke var lukket igjen. Det er etter min mening like sannsynlig at døren er blitt åpnet av en passasjer etterat toget var gått fra Hauketo. Og – som jeg tidligere har nevnt – finner jeg det avgjørende at den omstendighet at døren sto åpen ikke kunne gi Finstad grunn til å tro at toget var stoppet. Under disse omstendigheter er det etter min mening ikke grunnlag for et objektivt ansvar for statsbanene i det foreliggende tilfelle” (Rt 1956:1231).

Det Høyesterett ikke gjorde i denne saken var å drøfte spørsmålet om det var rimelig at skadelidte selv her måtte bære ansvaret, eller om det ville vært mer rimelig å la jernbanen bli erstatningsansvarlig i situasjoner som dette. At distuasjoner kan drøftes utfra kriterier om ”teknisk svikt” og ”teknisk ufullkommenhet”, bidrar til at Høyesterett slipper å ta opp vurderinger av mer verdimesig karakter og kan derfor som jeg vil komme tilbake til nedenfor, være en av forklaringene på at innslaget av reelle hensyn i begrunnelsene er mindre i denne perioden enn i de to foregående. Jeg finner også antydninger til et annet nytt avgjørelseskriterium som ytterligere bidrar til å avgrense det objektive ansvaret. Det er et kriterium som etableres ut fra en konsekvensvurdering. I Rt 1966 1485 ”Oksen på Stanghelle”¹¹¹ la Høyesterett avgjørende vekt på at skadelidte var kjent med den risiko han utsatte seg for:

”Grindevoll opptrådte selv på en måte som må lede til at han ikke kan kreve at oksens eier helt eller delvis skal betale erstatning for det tap han ble påført. Jeg anser det derfor ikke nødvendig å gå inn på ankemotpartenes anførsler om at betingelsene for ansvar etter 6-10-2 overhodet ikke er til stede. Grindevoll hadde før ulykken fått underretning om oksens nærgående opptreden på arbeidsstedet. Han var også fullt oppmerksom på at avlsokser kan være uberegnelige og farlige. Det måtte under de foreliggende omstendigheter være klart at det var forbundet med en viss risiko å ferdes på arbeidsstedet. Det er forståelig at Grindevoll ikke ønsket å forsinke arbeidet med kraftledningen uten at han fant dette tvingende nødvendig. Men når han valgte å la arbeidet fortsette uten å sørge for at oxen ble fjernet, kan han ikke gjøre oksens eier ansvarlig for den skade han ble tilføyet. Jeg finner det ikke nødvendig å ta standpunkt til om oksens eier ville være ansvarsfri selv om Grindevoll hadde opptrådt helt ut forsvarlig, idet jeg antar at han i dette tilfelle ikke viste den aktsomhet som etter forholdene var nødvendig. Det Grindevoll kom ut for under sine to befaringer i første halvdel av oktober 1959, gav så vidt jeg forstår grunnlag for å anmode grunneierne om at oxen måtte bli hentet før arbeidet i oksehavnen ble påbegynt 19. oktober 1959. Iallfall burde Grindevoll straks ha tatt skritt til å få oxen fjernet da han ble underrettet om oksens irriterte og nærgående opptreden på arbeidsstedet og om arbeidernes reaksjon på dette forhold. Under disse omstendigheter går jeg ikke inn på spørsmålet om hvorvidt Grindevoll viste den nødvendige varsomhet da han kom til arbeidsstedet om ettermiddagen 21. oktober 1959” (Rt 1966:1488).

Dette er en måte å overføre ansvaret for risiko fra skadevolder til skadelidte ved å si at dersom man med viten og vilje utsetter seg for en kjent risiko, kan ikke dette utløse ansvar på objektivt grunnlag. Samtidig er det et eksempel på at grensene for aktsomhetsnormen trekkes ved å vurdere det som uaktsomt å utsette seg for en risiko man har kunnskap om, og som man kunne fjernet for å utføre arbeidet.

¹¹¹ En arbeidsleder ble, under anleggsarbeid med en kraftlinje gjennom en oksehavn, stanget av en okse som tilhørte et fealslag.

Høyesterett skaper nye kriterier for avgjørelser og dermed nye regler gjennom både konsekvensvurderinger og rimelighetsvurdering. Kriteriet om ”teknisk ufullkommenhet” etableres gjennom en rimelighetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære risikoen. Kriteriet om ”kunnskap om risiko” etableres gjennom en konsekvensvurdering: når noen med viten og vilje utsetter seg for en kjent risiko, kan dette ikke utløse et erstatningsansvar.

Manglende begrunnelser og generelle henvisninger til rettspraksis

Samtidig som avgjørelseskriteriene spesifiseres og tydeliggjøres, er det også en tendens i materialet til at høyesterettsdommerne blir mer generelle i sine henvisninger til rettspraksis. I en særstilling står tre høyesterettsdommer (Rt 1953 71, Rt 1963 914 og Rt 1963 1171) som omhandler spørsmål om erstatning etter beslag av formue i forbindelse med landsvikanordningens regler. I disse sakene slår Høyesterett fast, uten noen nærmere begrunnelse, at det ikke er grunnlag for å kjenne staten erstatningspliktig etter objektive erstatningsregler. De senere dommene henviser dessuten til de tidligere dommene som grunnlag for dette standpunkt. I Rt 1950 20¹¹² fant Høyesterett at veivesenet ikke hadde utvist uaktsomhet, og at årsaken til ulykken var å finne i mangelfulle belyningsforhold som gjennomføringen av blendingsforskriftene i krigstiden førte med seg for biltrafikken. Staten ble heller ikke funnet ansvarlig på objektivt grunnlag med følgende begrunnelse:

”Etter min oppfatning er det nemlig klart at den helt ekstraordinære risiko som kjøringen med motorvogn var utsatt for i okkupasjonstiden – en risiko som var likefrem forårsaket av krigssituasjonen – ikke kan komme i betraktning når det i det foreliggende tilfelle er spørsmål om å bringe i anvendelse overfor Staten (veivesenet) de regler om erstatningsansvar uten skyld som er anerkjent i rettspraksis. Om det overhodet – altså under andre faktiske forhold enn de det her er tale om – vil kunne finnes grunnlag for å anvende disse erstatningsregler når det er spørsmål om veivesenets ansvar for veienes tilstand, er noe jeg ikke behøver å drøfte, slik som den forliggende sak ligger an.” (Rt 1950:21).

Noen ytterligere begrunnelse gies ikke. Det samme er tilfelle i Rt 1958 344¹¹³ og Rt 1962 559¹¹⁴ der objektivt ansvar for staten avvises uten ytterligere begrunnelse og i Rt 1962 854¹¹⁵ avvises objektivt ansvar fordi det ikke er hjemmel for det.

I flere av avgjørelsene sier Høyesterett at de regler om objektivt ansvar som rettspraksis har etablert, avgjør om man blir ansvarlig eller ikke (Rt 1948 1113, Rt

¹¹² En buss kjørte under mørkleggingen i 1944 mot en stor stein som var falt ned i veien.

¹¹³ En soldat som ble beordret som hjelpemannskap på en privat lastebil kom til skade under rygging.

¹¹⁴ En rutebil ble skadet av et ras da store steinblokker gled ned i en riksvei.

¹¹⁵ Et notlag måtte slippe et steng brisling fordi et sildesalgslag som i h. t. råfiskeoven var eneberettiget til omsetningen, ikke i tide avhentet fisken.

1949:690, Rt 1950 448, Rt 1954 463, Rt 1955 243, Rt 1956 96¹¹⁶). I Rt 1948 1111¹¹⁷ argumenterer førstvoterende blant annet slik:

”Jeg mener at dette resultat er i overensstemmelse med de regler for objektivt ansvar som er utviklet i rettspraksis, og henviser for så vidt særlig til høyesterettsdom i Rt 1936 298 og 1937 563” (Rt 1948:1113).

I (Rt 1949:688),¹¹⁸ som gjaldt sykehuspersonale smittet av tuberkuløs pasient, sier førstvoterende:

”Jeg ser ikke at læren om ansvar for farlig bedrift byr noen støtte for de ankende parters krav mot sykehuset” (Rt 1949:690).

Og i Dikemark dommen (Rt 1950 448)¹¹⁹ heter det:

”Når det gjelder spørsmålet om det foreligger et objektivt ansvar skal jeg bemerke: avgjørende for meg er at man hverken i alminnelige rettsgrunnsetninger eller i lovgivningen har noen hjemmel for å pålegge et sykehus ansvar uten hensyn til skyld overfor sykehusets egne folk, når det som her gjelder en fare som er en naturlig eller normal følge av tjenesten” (Rt 1959:450).

Denne utviklingen kan fortolkes på litt ulike måter. På den ene siden illustrerer det en utvikling der spesifiseringen og tydeliggjøringen av det objektive ansvaret er kommet på et stadium i utviklingen som gjør at det er mulig å henwise til en mer generell lære om objektivt ansvar. En slik fortolkning baserer seg på en antakelse om at det er utviklet en enighet om hva læren er, og hvilke områder den omfatter. En alternativ tolkning er at Høyesterett gjennom generell henvisning til rettspraksis eller til læren om det objektive ansvaret øker sitt eget handlingsrom på et tidspunkt da dette er blitt snevret inn på grunn av nettopp den økte spesifiseringen og tydeliggjøringen. Dermed blir dette en mekanisme på linje med dem jeg har identifisert i de tidligere periodene. Jeg har tidligere vist at dommerne i flere saker unngikk å ta opp spørsmålet skyld/ikke skyld og ikke diskuterte hvorvidt en virksomhet innebar en så høy risiko at den begrunnet ansvar uten skyld. Særlig synliggjøres dette i de avgjørelser med dissens. I Rt 1949 688 der flertallet sier at læren om ansvar for farlig bedrift ikke byr på noen støtte for kravet mot sykehuset, finner jeg at mindretallet, gjennom nettopp å ta utgangspunkt i de utviklede avgjørelseskriteriene og gi dem et konkret innhold, finner at den situasjonen man befinner seg i hjemler ansvar på objektivt grunnlag i denne saken.

¹¹⁶ En mann fikk lungebetennelse og krevde erstatning, fordi han mente at behandlingen i helserådets tuberkuloseavdeling hadde forverret og forlenget sykdommen.

¹¹⁷ En sporvogn bråstanset for å unngå sammenstøt med en varebil, og en kvinnelig passasjer på bakre plattform falt ut av den åpne døren og kom til skade.

¹¹⁸ 9 ansatte på et kirurgisk sykehus ble smittet av tuberkulose av en pasient som var innlagt for mavekreft, men som det viste seg også led av tuberkulose. 6 av de ansatte ble alvorlig syke og krevde sitt økonomiske tap erstattet av sykehuset.

¹¹⁹ En sykepleier som arbeidet på et psykiatrisk sykehus (sykehus for sinnssyke) ble slått og skadet av en pasient da hun var på jobb.

Virkeområdet for det objektive ansvaret – doménet konsolideres.

Når det gjelder utviklingen av doménet, altså virkeområdet for det ulovfestede objektive ansvaret, har jeg vist at mens rettsregelen etableres i løpet av årene mellom 1866 til 1905, fastlegges virkeområdet til regelen til en viss grad frem til 1940. Mellom 1905 og 1940 var Høyesterett både tilbakeholden med å utvide doménet for den nye reglen og varsom med å stadfeste et rent risikoansvar på visse områder samtidig. Under ett fant vi at Høyesterett foretok en klar utvidelse av virkeområdet for regelen. Dette er en tendens som nå ytterligere befestes.

Avgrenser risikoansvar

På de områdene der Høyesterett var varsomme med å stadfeste rent risikoansvar, slår det nå mer eksplisitt fast at det objektive ansvaret ikke gjelder for dette området. Særlig tydelig fremtrer dette for virksomheter som jernbanen og sporveien. Her ser vi at det ytterligere bekreftes at disse virksomhetene ikke ilegges rent risikoansvar og i begrunnelsene henvises det ofte til at det ikke finnes hjemmel for et slikt ansvar (Rt 1953 152,¹²⁰ Rt 1954 463, Rt 1955 243, Rt 1955 290, Rt 1959 474, Rt 1964 272). I Rt 1954 463¹²¹ finner vi det uttrykt slik:

”Etter fast rettspraksis, som har utviklet seg på grunnla av § 11 i jernbaneloven av 7. september 1854, bruker man en privat planovergang over jernveien på egen risiko. Ansvar på objektivt grunnlag for skade ved kollisjon med tog på privat jernbaneovergang som ikke er farlig og gjenstand for sterk og alminnelig ferdsel, foreligger ikke for jernbanen. Slikt ansvar bør etter min mening heller ikke antas å foreligge, da trafikkforholdene eller ville kunne bli uholdbare. Jeg viser til høyesterettsdommene i Rt 1908 787, Rt 1931 97, Rt 1937 256 og Rt 1953 152. Når Høyesterett i Rt 1937 698 har pålagt jernbanen ansvar, skyldes dette at den private planovergangen som saken gjaldt, ble ansett som farlig og uoversiktig, og at den etter hvert var blitt sterkt beferdet på grunn av endrede forhold i nabolaget. Høyesterett fant det da uaktsomt av Statsbanene at de ikke hadde truffet spesielle sikkerhetsforanstaltninger for å hindre ulykker. Jeg vil også nevne at Vår rettspraksis når det gjelder jernbanens ansvar i tilfelle av kollisjon på privat jernbaneovergang som ikke er farlig eller uoversiktig og som ikke er gjenstand for alminnelig ferdsel, er i samsvar med bestemmelsene om tilsvarende forhold i lovene i Danmark, Finland og Sverige om skader som følge av jernbanedrift (av henholdsvis 1. mars 1921 (§ 1 og § 9), 19. februar 1898 (§ 3) og 12. mars 1886 (§ 6)). Et objektivt ansvar for jernbanen for en ulykke som den foreliggende kan etter min oppfatning heller ikke bygges på ekspropriasjonsrettslige regler, det Madland har hevdet” (Rt 1954:467,468).¹²²

¹²⁰ Saken gjaldt en skogsarbeider med hest og kjøredøning som ble påkjørt og drept under togets kryssing av en planovergang.

¹²¹ Saken gjaldt tre kuer som ble påkjørt av et tog ved en privat planovergang og måtte slaktes.

¹²² I denne saken mente tre dommere at jernbanen var ansvarlig for skaden etter vanlige erstatningsregler, og to av dem at også eieren hadde vist uaktsomhet. Men to dommere mente at jernbanen burde frifinnes, én dommer fant at det ikke var nødvendig å avgjøre om det fra jernbanens side var utvist uaktsomhet fordi feilen var ubetydelig i forhold til eirens egen uaktsomhet. Den andre fant at det ikke var noe å bebreide jernbanen og at jernbanen her ikke kunne gjøres ansvarlig på objektivt grunnlag. Det er den sistnevnte dommers begrunnelse det her vises til fordi de andre ikke diskuterer ansvar på objektivt grunnlag.

I denne begrunnelsen henvises det til norsk rettspraksis og lovgivning i de andre skandinaviske landene for å begrunne at jernbanen ikke er erstatningsansvarlig. Det er igjen et eksempel på en avgjørelse der det generelt henvises til rettspraksis som hjemmelsgrunnlag uten å ta opp en diskusjon om hva det faktisk innebærer. Begrunnelsen bidrar til en bekreftelse på avgrensningen av jernbanens erstatningsansvar og dermed virkeområdet for det objektive ansvaret. Dersom ikke de kriteriene som er utviklet tidligere om farlig og uoversiktlig planovergang vurderes å være til stede, avvises altså erstatning på objektivt grunnlag. I Rt 1955 243¹²³ slutter Høyesterett seg til lagmannsrettens dom der det til spørsmålet om objektivt ansvar heter:

”Hva spørsmålet om objektivt ansvar angår vil lagmannsretten ha bemerket at det ikke etter gjeldende rettspraksis er etablert alminnelig objektivt ansvar for jernbanen, langt mindre gjelder for den noen rettsregel svarende til motorvognlovens § 30. For at det skal kunne etableres et objektivt ansvar for jernbanen, må det kunne påvises en teknisk ufullkommenhet ved materiell eller sporarrangement. Det er ikke i saken påvist noe spesielt risikomoment som knytter seg til dette tilfelle. At spesielt sporvekselen på Greåker stasjon skulle innebære et slikt risikomoment er det intet som tyder på, idet denne sporveksel må antas å være helt ordinær, som den forekommer ved så mange jernbanestasjoner i Norge. 4. vitne, som den gang var stasjonsmester på Greåker, har forklart at han ikke i de 14 år han var stasjonsmester der har merket noen spesielle vanskeligheter ved innkjøringen til stasjonen. Sporvekselen er som alle andre sporveksler” (Rt 1955: 246,247).

Høyesterett sier her at det ikke kan statueres et objektivt ansvar for jernbanen i det foreliggende tilfelle, og vi ser av lagmannsrettens begrunnelse at dette tydeliggjøres ved utsagnet om at dersom det skal statueres objektivt ansvar her, må det kunne påvises en teknisk ufullkommenhet. Det at døren eventuelt skulle ha vært åpen, vurderes ikke i forhold til kriteriet om teknisk ufullkommenhet. Det som vurderes er om sporvekselen innebærer et særskilt risikomoment der det trekkes den konklusjon at sporvekselen er som alle andre sporveksler. Denne avgjørelsen er igjen et eksempel som viser hvordan Høyesterett har avgrenset virkeområdet til det objektive ansvaret ved uttalelsen om at gjeldende rettspraksis ikke har etablert alminnelig objektivt ansvar for jernbanen. I 1959 474¹²⁴ blir jernbanen kjent erstatningsansvarlig, men flertallet understreker følgende:

”Det er riktig som saksøkeren anfører, at erstatningsretten er et felt i utvikling – som mange andre rettsfelter – men så vidt retten kan se er der en fast linje i rettspraksis hittil som viser at jernbanen ikke har noe objektivt ansvar i et tilfelle som det foreliggende. Det synes for øvrig heller ikke åpenbart at utviklingen i erstatningsretten for tiden går i retning av utvidet objektivt ansvar” (Rt 1959: 480,481).

Både i Rt 1964 137¹²⁵ og Rt 1964 272¹²⁶ slår Høyesterett fast at rettspraksis ikke hjemler objektivt ansvar for sporveisdrift med mindre det foreligger teknisk svikt. I sistnevnte dom heter det:

¹²³ En 9 år gammel gutt falt av toget og ble overkjørt. Gutten ble skadet og måtte amputere den ene foten.

¹²⁴ En mann sto på en mellomplattform på en stasjon da han ble påkjørt av et passerende hurtigtog og drept.

¹²⁵ En kvinne ble påkjørt av en sporvogn.

”Jeg er således enig i at rettspraksis har trukket snevrere grenser for objektivt ansvar ved sporveisdrift enn dem man måtte bruke i nærværende tilfelle for å komme frem til ansvar. Det hevdes som nevnt ikke at uhellet skyldes teknisk svikt eller mangel, det spørres med andre ord om et ’rent’ objektivt ansvar, og Høyesterett har ikke tidligere lagt et så vidtgående ansvar til grunn ved sine avgjørelser. I frifinnelsesdommer i Rt 1909 586 og 1933 817 er resultatet bl. a. bygget på at det ikke var noen mangel ved sporvognsmateriellet, og i dommer i Rt 1927 651 og 1948 1111, hvor Høyesterett kom til ansvar for sporveien, var begrunnelsen den at mangel ved materiellet (1927) eller en teknisk ufullkommenhet (1948) var årsak til uhellet. Så vidt skjønnes bygget man også i dom i Rt 1926 899 på teknisk svikt” (Rt 1964:273).

Førstvoterende kommenterer ytterligere to av disse dommene. Den første fordi den ble påberopt av Oslo Sporveier som prejudikat, den andre fordi forholdet i den saken, i likhet med nærværende sak, var at en passasjer ble skadet på grunn av bråstopping:

”Noe rent prejudikat er kanskje ikke dommen fra 1933. Forholdet var der at et 2 ½ år gammelt barn ble skadet ved påkjørsel av sporvogn, og det er trukket inn som et ledd i begrunnelsen at ulykken var en følge av barnets eget forhold. Men dommen, som riktignok ble avsagt under dissens, kan ikke oppfattes annerledes enn at Høyesteretts frifinnelse først og fremst var begrunnet med at det hverken kunne legges skyld på sporveiens betjening eller bygges på feil eller mangler ved sporvognenes utstyr” (RT 1964:273).

Førstvoterende gir en tolkning av hvordan en tidligere avgjørelse forstås. I den andre dommen er det spørsmålet om hvorvidt det å falle ut av en sporvogn og det å falle inne i en sporvogn er tilfelle som skal bedømmes likt:

”I den sak som er behandlet i dommen av 1948 var forholdet det at en passasjer på grunn av bråstopp falt ut av den åpne dør mot gaten. Fru Myre hevder at det ikke er noen fornuftig grunn til å bedømme hennes tilfelle annerledes fordi hun falt innover i vognen. Jeg kan ikke være enig i dette. Når Høyesterett kom frem til ansvar i 1948 var det med den begrunnelse at den åpne dør betydde en teknisk ufullkommenhet, og det er nettopp der saken i et avgjørende punkt skiller seg fra vårt tilfelle. Faren ved å falle ut av en sporvogn må da også fremstille seg som langt større enn faren ved å falle inne i vognen” (Rt 1964:273,274).

Høyesterett trekker den konklusjon at det å falle ut av en sporvogn er mye farligere enn å falle inne i vognen, videre at det i saken fra 1948 ble definert som en teknisk ufullkommenhet at man fortsatt kjørte med åpne dører, og denne tekniske ufullkommenheten var det som begrunnet ansvaret. Avslutningsvis ser vi at førstvoterende her definerer at Høyesterett gjennom sine tidligere avgjørelser har trukket en grense for det objektive ansvaret, og at det er de folkevalgte som må ta stilling til om et slikt ansvar for sporvogner skal utvides:

”Jeg mener at om man skulle finne det ønskelig å utvide det objektive ansvar ved sporveisdrift utover det domstolene har bygget på, bør dette bli et spørsmål som lovgivningen får ta seg av, slik det er gjort f. eks for motorvogners vedkommende” (Rt 1964:274).

¹²⁶ Denne saken dreier seg om en dame som ble skadet da hun falt over ende i en sporvogn som bråbremsset.

Tilbakeholdenhet med utvidelse av doménet

Høyesterett er tilbakeholden med å utvide doménet for det objektive ansvaret. I Rt 1949 688, der 9 ansatte på et kirurgisk sykehus ble smittet av en tuberkuløs pasient, argumenterer førstvoterende med at han ikke er fremmed for at sykepleiere burde kunne få slik erstatning, men understreker at det i så tilfelle må være lovgivers oppgave:

”Med alt dette står jeg ikke fremmed for den tanke som, så vidt forstås, også herredsrettens flertall er inne på: At det kan være ønskelig i en eller annen form å trygge sykehusbetjening mot følgene av den risiko for smitte som deres virke i større eller mindre grad, skiftende blant annet etter arten av de sykehus de er knyttet til, utsetter dem for. En ordning av denne art ville åpenbart stemme godt med tendenser i den senere lovgivning. Slik jeg ser det, må imidlertid veien her gå gjennom lovgivning” (Rt 1949:690).

I Rt 1950 448, der en sykepleier ble slått og skadet av en pasient da hun var på jobb, er argumentet at det ikke er hjemmel for å ilegge sykehus objektivt ansvar. Samlet kan dette sees som et uttrykk for at Høyesterett er tilbakeholden med å etablere et objektivt ansvar for sykehus. Høyesterett argumenterer med at den ikke er fremmed for en slik tanke, men da måtte dette i så fall gå veien om lovgiver (Rt 1949:690). Tilsvarende argument finner jeg også når det gjelder objektivt ansvar for sporveier:

”Jeg mener at om man skulle finne det ønskelig å utvide det objektive ansvar ved sporveisdrift utover det domstolene har bygget på, bør dette bli et spørsmål som lovgivningen får ta seg av, slik det er gjort f. eks for motorvogners vedkommende” (Rt 1964:274).

I Rt 1960 1235, der en soldat ble smittet av lungetuberkulose drøftes det hvorvidt sykehus har noe alminnelig objektivt ansvar, altså et rent risiko ansvar for smitte som påføres pasienter:

”Noe alminnelig objektivt ansvar for smitte påført pasienter under opphold på sykehus, kan jeg ikke finne hjemmel for i gjeldende rett. En regel som gikk ut på slikt ansvar for sykehusene, antar jeg ville fremtre som mindre rimelig. Det må visstnok regnes med at det i noen utstrekning iblant kan være større smitterisiko på et sykehus enn ellers normalt. Men når sykehusbehandlingen svarer til de krav man etter vanlig medisinsk standard kan stille og det ikke foreligger noen vesentlig svikt av teknisk eller annen art, kan jeg ikke finne grunnlag for at en pasient skal kunne velte ansvaret for smitte over på sykehuset. Den mulige økede risiko i sykestuen må ansees som en følge av den situasjon pasientens sykdom har ført ham inn i. Det er en risiko han normalt selv må bære og ikke kan velte over på den institusjon som arbeider for å gjøre ham frisk, når behandlingen svarer til de krav som kan stilles. Staten ved Forsvarsdepartementet må derfor frifinnes” (Rt 1960:1239).

I begrunnelsen trekkes det veksler på rettspraksis gjennom en generell henvisning til hva det er hjemmel for i gjeldende rett. Videre er det ut fra en rimelighetsbetraktning at et slikt ansvar avvises. Begrunnelsen er at selv om det er større smitterisiko på sykehus, kan ikke sykehuset være ansvarlig dersom det ikke kan lastes for noe de har gjort eller ikke gjort. Økt risiko for smitte defineres her ikke som økt risiko for smitte på sykehus, men økt risiko for smitte fordi pasienten i utgangspunktet er syk. Når det er tilfelle, mener Høyesterett at dette er en risiko som pasienten selv må bære og som ikke kan veltes over

på den institusjonen som har til hensikt å avhjelpe sykdomssituasjonen. Med henvisning til Rt 1960 429 og Rt 1960 1235 avvises også objektivt ansvar i Rt 1962 415.¹²⁷

Inntrykket er at kravene skjerpes for at regelen om objektivt ansvar i betydningen rent risiko ansvar skal komme til anvendelse. Det er få saker der det vurderes at en virksomhet innebærer en så stor risiko at den kan vurderes ut fra rent risikoansvar. I Stagboltdommen (Rt 1948 719), der en stagbolt i et av havnevesenets fortøyningsfester brast, slås det fast at havnevesenet ikke driver noen "farlig virksomhet" (Rt 1948:720). Kriteriet om at risikoen må være "typisk" for den virksomheten som drives, innebærer også en avgrensning av det objektive ansvaret. I Siriusdommen (Rt 1948 1044), der et skip som lå ved kai i sterk storm, ble presset mot kaien slik at både skipet og kaien ble skadet, var argumentet at skaden som oppsto ikke var typisk for skip. Hvis skaden hadde vært typisk for skip ville rederen vært nærmest til å bære ansvaret, men fordi skaden skyldtes "sterke naturkrefters plutselige inngripen" (Rt 1948 1050) fant Høyesterett at det ikke kunne ilegges objektivt ansvar. Lignende argument finner vi i Rt 1958 680 der en kvinne skled og falt på et fortau og kom til skade. Her argumenteres det med at virksomheten ikke frembyr særegenheter som kan antas å ha medført en ekstraordinær eller økt risiko for denne type uhell, og når faren kommer fra nedbør og temperatursvingninger, skapes faren ikke fra forhold som kan knyttes til virksomheten som kommunen eller gårdeieren utøver i henhold til sin oppgave. I Heisdørdommen slås det fast at heisanlegg ikke er en farlig virksomhet, men her blir det gitt erstatning ut fra argument om teknisk svikt, påregnelighet og rimelighetsbetraktninger (Rt 1957 1097).

Acetylendommen (Rt 1964 474) er også en illustrasjon på at Høyesterett er tilbakeholden med å utvide doménet for det objektive ansvaret. Dette er en av dommene i denne perioden som er avsagt under dissens, og dermed får vi en konkret alternativ argumentasjon å forholde oss til. I denne saken argumenterer flertallet ut fra tidligere etablerte kriterier. Objektivt ansvar avvises, fordi brannen som oppsto som følge av at en acetylenbeholder eksploderte, ikke hadde sammenheng med driften av verkstedet som var påstått ansvarlig. Selv om risikoen for eksplosjon ved brann fastslås å være stor, var det bruken av acetylen i driften som ble vurdert i forhold til objektivt ansvar, og flertallet fant at de kriterier som var utviklet for objektivt ansvar i rettspraksis, ikke var tilstede i dette tilfellet. Mindretallet kom frem til motsatt konklusjon og fant at den som bruker acetylenbeholdere, driver en virksomhet som er forbundet med en risiko for eksplosjonsulykker som man ikke er herre over. Mindretallet og flertallet deler seg også i synet på hvem som er nærmest til å bære risikoen ut fra et rimelighets-synspunkt. Mindretallet mente i motsetning til flertallet at det å illegge objektivt ansvar i dette tilfellet kunne baseres på tidligere etablerte regler, men at de her ble anvendt på et nytt område. Vi finner imidlertid at også mindretallet tar forbehold, og at de avgrenser

¹²⁷ 7 vernepliktige ble under militærtjeneste i 1947–48 påført tuberkulose. For 6 av dem måtte staten betale erstatning på grunn av uaktsomt forhold. For den syvende ble staten frifunnet for uaktsomhet. Med henvisning til rettspraksis ble objektivt ansvar avvist.

seg fra å statuere et rent risikoansvar for bruk av acetylen. Også i dørvriderdommen avgrenses det objektive ansvaret der et feriested ikke anses som farlig virksomhet (Rt 1965 1061). Samlet får vi et inntrykk av at de rene risikobetraktningene og vurderingene av om virksomheter kan gjøres ansvarlig på dette grunnlag er oppe til diskusjon i de tilfellene der ansvaret avgrenses, men finner ingen dommer i dette materialet der rent risikoansvar statueres. Det vil si at virkeområdet for det rene risikoansvaret synes å lukkes i denne perioden. I Rt 1959 474 sies dette eksplisitt:

”Det synes for øvrig heller ikke åpenbart at utviklingen i erstatningsretten for tiden går i retning av utvidet objektivt ansvar” (Rt 1959:481).

Dette betyr at virkeområdet som til nå er trukket opp for det objektive ansvaret, i stadig sterkere grad sementeres slik at Høyesterett føler seg så sterkt bundet av dette at det er vanskelig å utvide doménet. Alternativt bruker Høyesterett det som argument for å slippe å gå inn i vanskelige diskusjoner rundt verdi- og nyttehensyn som kunne begrunnet utvidelser av doménet.

På den andre side kan vi tolke det objektive ansvaret for ”teknisk svikt”, ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” eller ”manglende teknisk oppdatering” som en utvidelse av ansvaret.

Det vi ser, er altså en antydning til to typer objektivt ansvar; rent risikoansvar og ansvar for ”teknisk svikt”, ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” og ”teknisk ufullkommenhet”. Det ulovfestede ansvaret kan dermed deles inn i to hovedgrupper: Det rene risikoansvaret som viser til skade som er utslag av normal drift. Det vil si at skaden ikke kan tilbakeføres til konkrete objektive feil, mangler eller teknisk svikt med virksomheten, men der det likevel er en uunngåelig risiko for skade. Den andre gruppen er tilfelle der årsaken til skaden er teknisk svikt, manglende sikkerhetstiltak eller manglende teknisk oppdatering (Lødrup 1999). I den sistnevnte gruppen ser vi at Høyesterett glir i retning av culpa vurderinger. Det kan her synes som Høyesterett igjen er på søking. I en situasjon preget av tilbakeholdenhet finner en likevel måter å utvide ansvaret på. Kriteriene som utvikles går i retning av culpavurderinger, men fordi Høyesterett bruker dem til å ilegge ansvar på objektivt grunnlag, blir dette antageligvis oppfattet som mindre belastende for skadevolder enn om han/hun ble dømt ut fra rene culpavurderinger. Dette spørsmålet har også vært et debatttema mellom skandinaviske rettssteoretikere, fordi de nordiske landene har utviklet en ulik praksis på dette området (Lødrup 1999).

Færre verdi og nyttevurderinger

Jeg har tidligere vist at rettsregelen om objektivt ansvar ble etablert gjennom rettferdighets-, rimelighets- og konsekvensvurderinger. Jeg har også vist at avgjørelseskriteriene som utvikles først etableres ut fra verdi- eller nyttevurderinger, for i neste omgang å bli regler for senere avgjørelser. I Siriusdommen (Rt 1948 1044) der skipet Sirius som lå ved kai, under sterk storm ble presset mot kaien slik at både skip og kai ble

skadet, inngikk rimelighetsvurdering i begrunnelsen for å avvise krav om erstatning fra eieren av kaien:

”I sin begrunnelse for at det i dette tilfelle heller ikke for øvrig er grunnlag for objektivt erstatningsansvar, anfører lagmannsrettens flertall blant annet at skipenes kaianløp vesentlig antas å tjene ladningsmottagernes interesser, og at det da synes lite rimelig å pålegge skipene objektivt ansvar for skader som voldes på kaier under slike forhold, hvor strøm- og værforhold gjør skipene mindre manøvreringsdyktige i trange farvann. Jeg finner ikke å kunne slutte meg til denne betraktning. Etter min mening må det sies at anløpene er både i skipenes, ladningsmottagernes og kaieernes interesse” (Rt1948:1046).

Begrunnelsen inneholder en rimelighetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære risikoen. Vurderingen sier at kaianlegget tjener alle involvertes interesser, og at det derfor ikke er rimelig å pålegge rederen erstatningsansvar. Også i Arkitektdommen (Rt 1956 605)¹²⁸ finner jeg rimelighetsargument:

”På grunn av disse faremomenter var det etter min mening nødvendig med særlige sikringstiltak for å trygge biltrafikken, og jeg kan ikke finne det synderlig tvilsomt at plikten til å treffe slike tiltak i dette tilfelle påhvilde jernbanen. Selv om det er så at kommunene – etter hva der er opplyst for Høyesterett – delvis har overtatt utgiftene til snebroyting på veien, er det antagelig riktig å betegne planovergangen som ’privat’. Veien var i privat eie og ble – foruten som atkomst til et par gårdsbruk – i første rekke brukt av eieren under tømmerdriften. Men disse forhold fører i denne sak ikke til at jernbanen kan velte ansvaret for eventuelle mangler ved sikringstiltakene over på eieren av veien. Veien ble nemlig i ikke liten utstrekning også brukt av almenheten, ikke bare av lokalkjente folk, men også av fremmede bilister som benyttet den som gjennomgangsvei til og fra den sørlandske hovedvei. Dette var jernbanen fullt klar over” (Rt 1956:607).

Vi har i tidligere saker sett at jernbanen ikke er blitt funnet ansvarlig for private overganger. I denne saken finner imidlertid Høyesterett at jernbanen må være ansvarlig for sikringstiltak fordi den private planovergangen også benyttes av allmennheten. I Heisdørdommen Rt 1957 1097 heter det:

”Et heisanlegg kan ikke ansees for en farlig virksomhet. Men med visse mellomrom hende det heisulykker. Et faremoment er til stede og frembyr risiko for ulykke. Mot ulykker av denne art kan huseieren tegne ansvarsforsikring. Gode grunner tilsier at huseieren bør bære risikoen for skader uten hensyn til skyld” (Rt 1957:1102).

Gjennom denne uttalelsen slår Høyesterett fast at heisanlegg ikke er en farlig virksomhet, men når det fra tid til annen skjer ulykker og når huseieren kan tegne ansvarsforsikring, tilsier ”gode grunner” at huseieren er nærmest til å bære skaden. Det er altså en rimelighetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære risikoen, en rimelighetsvurdering som både baserer seg på en påregnelighetsbetraktning og forsikringshensynet.

Det er et generelt inntrykk at verdi- og nyttevurderinger i inneværende periode i mindre grad inngår som delargumenter i avgjørelsene enn det som har vært tilfelle

¹²⁸ En arkitekt ble sterkt skadet og bilens hans ødelagt da han kolliderte med et tog på en privat planovergang.

tidligere. Men der de er til stede synes det å være tilsvarende tendens som vi så i forrige periode, nemlig at konsekvens- og verdivurderinger blir regler for senere avgjørelser, og at avveiningene og prinsippene bak nytte- og verdivurderingene delvis er skjulte. Som jeg har vært inne på ovenfor synes det som det er utviklet et handlingsrepertoar gjennom den utvikling, spesifisering og raffinering av de ulike avgjørelseskriteriene. Dette har både sammenheng med det relativt store innslaget av generelle henvisninger til rettspraksis og med utvikling av kriteriene om ”teknisk svikt” og ”teknisk ufullkommenhet”. Dette handlingsrepertoaret bidrar til at diskusjonene i de ulike sakene nå flyttes til de etablerte kriteriene og vekk fra de mer, for Høyesterett, vanskelige spørsmål om rimelighet, rettferdighet og nytte. De ”reelle hensyn” blir dermed enda mindre synlige for oss som leser, og vanskeligere å få fatt i.

Der verdi- og nyttevurderinger i denne perioden er mest fremtredende, er i sakene som omfatter nye områder. Det gjelder for eksempel Gimlemoddommen Rt 1960 429¹²⁹ der en rekrutt ble smittet av tuberkulose under militærtjeneste. I denne saken ble kravet om erstatning avvist fordi Høyesterett mente at det ikke forelå et ekstraordinært eller særpreget faremoment, og Høyesterett vurderte det ikke tilstrekkelig at smitten hadde oppstått under tvungen militærtjeneste i samfunnsinteresse:

”Under de forhold som jeg således må legge til grunn i dette tilfelle, er det etter min mening ikke tilstrekkelig til å fastslå et rent objektivt erstatningsansvar for staten at smitten og sykdommen er oppstått under tvungen militærtjeneste i samfunnets interesse. Men i tilslutning til det som er anført av byretten, finner jeg grunn til å tilføye at dette moment kan tale for at Thorsen som er blitt usedvanlig hårdt rammet ved sykdommen, for tiden før 1. juli 1953 blir tilstått en billighetsgodtgjørelse i tillegg til de ytelser som han har mottatt av det offentlige” (Rt 1960:434).

Altså en rimelighetsvurdering der vi ikke får vite hvilke verdier det er tatt utgangspunkt i (Rt 1960 429). I Vaksinedommen (Rt 1960 841)¹³⁰ tas det opp hvorvidt spørsmålet om vaksinerer er i den enkeltes eller samfunnets interesse, og her konkluderer Høyesterett med at selv om vaksinasjon beskytter det enkelte individ som vaksineres, er vaksinasjon i første rekke et tiltak i arbeidet med å hindre koppesmitte i landet. Førstvoterende avslutter en argumentasjon som for øvrig følger det utviklede mønster for argumentasjon, ved å forholde seg til risiko og tidligere utviklede kriterier med å slå fast.

”Under de foreliggende omstendigheter er jeg enig med byretten i at det må være rimelig og riktig at staten, som har påbudt vaksinasjonsinngrepet i samfunnets interesse, også tar den økonomiske risiko for skader som dette måtte medføre” (Rt 1960:843).

Det er en avveining av samfunnets interesse mot individets krav om erstatning som her begrunner et objektivt ansvar. En mulig forklaring på at verdi- og nyttevurderinger er

¹²⁹ En rekrutt som i 1946 fikk fastslått at han hadde tuberkulose, mente at sykdommen skyldtes smitte under tjenesten.

¹³⁰ En gutt skulle ta hyre som dekksgutt for å kunne bli med en båt frem og tilbake til Amerika. I henhold til helsedirektoratets forskrifter ble han vaksinert mot kopper. Denne vaksinasjonen førte til at gutten fikk hjernehinne- og ryggmargsbetennelse som gjorde ham 35–40% invalid.

mindre tilstede i argumentasjonen nå enn før, er at etableringen av kriteriene om ”teknisk svikt”, ”teknisk ufullkommenhet” og ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” bidrar til at Høyesterett kan flytte diskusjonen til denne type spørsmål og dermed unngår å måtte begrunne standpunkter ut fra interesseavveininger eller verdivurderinger om rettferdighet og rimelighet.

Forholdet mellom samfunnsnytte og enkeltindividets rettigheter

Det er tidligere vist at dommernes verdigrunnlag har vært i bevegelse gjennom etableringen og institusjonaliseringen av det ulovfestede objektive ansvaret. Det rene risikoansvaret ble åpenbart etablert ut fra hensynet til det enkelte individs rettigheter. Men jeg fant antydninger til bevegelse i verdigrunnlaget til dommerne gjennom de avveiningene som ble foretatt mellom virksomhetenes erstatningsansvar og kravene til at borgerne måtte innrette seg for å unngå ulykker. Fra å avgrense erstatningsansvaret til virksomheter som medfører risiko ble folks eget ansvar for handlinger trukket inn som argument. I saker der samfunnsnytte har stått opp mot det enkelte individs rett til beskyttelse, har vi sett at Høyesterett, særlig i perioden fra 1905 til 1940 ble mer opptatt av de kollektive verdiene enn av individenes rett til beskyttelse. I perioden fra 1945 til 1970 fant vi antydning til at det etableres et nytt avgjørelseskriterium: kunnskap om risiko. Vi så at Høyesterett ikke tilkjente erstatning på objektivt ansvar med den begrunnelse at skadelidte utsatte seg for en kjent risiko (Rt 1966 1485). Et slikt avgjørelseskriterium kan tolkes som en avveining i retning av kollektive interesser mot individets rettigheter ved at ansvaret for å innrette seg påligger det enkelte individ. Det kan derfor stilles spørsmål om de utvidelsene av avgjørelseskriteriene vi her har sett, er uttrykk for at det er samfunnsmessige hensyn som står sterkest i denne perioden. En antagelse som også styrkes av at ”forsikringshensynet” er såpass lite fremtredende i denne perioden. Det å legge avgjørende vekt på forsikringshensynet betyr at det er de som er ansvarlige for den skadevoldende virksomhet eller innretning som må bære risikoen og innebærer dermed en beskyttelse av det enkelte individ.

Betydningen av dissenser

Det generelle inntrykk er at dissensene i denne perioden bekrefter tidligere funn om at rommet for alternative tolkninger av etablerte avgjørelseskriterier er stort. I mange av dissensene er det grensene for aktsomhet som trekkes ulikt av høyesterettsdommerne (Rt 1951 212, Rt 1952 1170¹³¹, Rt 1954 463¹³², Rt 1955 290, Rt 1962 854, Rt 1964 137, Rt

¹³¹ I denne saken kom den dissenterende dommer frem til samme resultat som flertallet, men ut fra et annet grunnlag, nemlig at det forelå et skyldansvar

¹³² I denne saken fant tre dommere jernbanen ansvarlig for skaden etter vanlige erstatningsregler, to av dem at også eierne hadde vist uaktsomhet, mens to dommere mente at jernbanen burde frifinnes. Den ene fant at det ikke var noe å bebreide jernbanen, og at jernbanen her ikke kunne gjøres ansvarlig på objektivt grunnlag. Den andre fant at det var unødvendig å avgjøre om det var vist uaktsomhet fra jernbanens side, fordi feilen fra jernbanen måtte ses på som ubetydelig i forhold til eiernes egen uaktsomhet.

1970 1192¹³³, Rt1970 1427). I den siste av disse (Rt 1970 1427), der en kunde under fylling av et potetkokeanlegg fikk begge ben bort i transportskruen og kom alvorlig til skade, mente flertallet at ulykken skyldtes uaktsomhet. Mindretallet var enig i at skadelidte selv utløste ulykken ved grov uaktsomhet, men mente at selve potetkokeanlegget representerte en påregnelig risiko, og når det representerte en slik risiko, ble meieriet vurdert å være ansvarlig ut fra kriteriet om manglende sikkerhetsforanstaltninger. Flertallet og mindretallet hadde her en sammenfallende oppfatning av spørsmålet om uaktsomhet, men var uenig i risikovurderingen i det mindretallet fant at potetkokeanlegget representerte en påregnelig risiko.

I Rt 1948 1111, der en passasjer falt av bakre plattform på en sporvogn da den bråbremses, er det spørsmålet som risiko som skaper uenighet. Den dissenterende dommer er ikke enig med flertallet i at ordningen med åpne dører på sporvogner representerer en fremtredende risiko som dermed begrunner ansvar på objektivt grunnlag. Videre finner mindretallet i motsetning til flertallet at det er passasjerens sitt ansvar å innrette seg og forholde seg til den risiko som den åpne døråpningen skaper. Mindretallets argument er at risikoen må aksepteres, og at den enkelte må innrette seg slik at man unngår ulykker. Argumentasjonen er at når enkeltindivider innretter seg på risikoen, vil uhell være å anse som usedvanlige og upåregnelige, og et slikt uhell kan man ikke bli ansvarlig for på objektivt grunnlag. Også i Rt 1964 197 er det uenighet i spørsmålet om hvordan risikoen skulle vurderes. Et flertall på tre fant jernbanen objektivt ansvarlig på grunn av manglende sikkerhetstiltak. Et mindretall på én fant skadelidtes opptreden uaktsom, mens et annet mindretall på én ikke mente at risikoen ved den private planovergangen var av en slik art at jernbanen kunne bli ansvarlig på grunn av manglende sikkerhetstiltak.

Avgjørelsen om erstatning i Rt 1959 474, der en mann sto på en mellomplattform på en stasjon da han ble påkjørt og drept av et passerende hurtigtog, var enstemmig, men i denne saken var det ulike oppfatninger av ansvarsgrunnlaget. Flertallet på tre bygget på objektivt grunnlag ut fra en risikovurdering, mens mindretallet på to baserte seg på ansvar på grunnlag av manglende sikringstiltak fra jernbaneledelsens side.

I Acetylendommen (Rt 1964 474), der en acetylenbeholder som sto like utenfor et sveiseverksted eksploderte som følge av en brann i en uthusbygning og en tilskuer til brannen ble truffet av skallet fra beholderen og drept, reiste enken sak mot verkstedseieren med krav om erstatning, men fikk ikke medhold. I denne saken var Høyesterett enig i at det ikke forelå noen uaktsomhet fra verkstedets side, men delte seg i synet på om det forelå objektivt ansvar. Flertallets argumenter for ikke å ilegge erstatning var for det første at det ikke var bruken av acetylenbeholderen som var skyld i ulykken, og at det ikke var i sveiseverkstedet eller i forbindelse med virksomheten i verkstedet at brannen oppsto, og fordi brannen ikke har sammenheng med driften av verkstedet, mente førstvoterende at de kriterier som er utviklet for objektivt ansvar i

¹³³ Både flertallet og mindretallet gikk i denne saken inn for erstatning, men med ulik begrunnelse. Flertallet baserte ansvaret på objektivt grunnlag, mindretallet på manglende aktsomhet. Mindretallet mente i denne saken at det ikke var hjemmel for objektivt ansvar.

rettspraksis ikke var tilstede i dette tilfellet. Vurderingen var at til tross for at risikoen for eksplosjon var stor ved brann, var risikoen for eksplosjon uten sammenheng med brann meget liten. Mindretallet derimot, fant både risikoen tilstrekkelig stor og påregnelig:

”Den som bruker acetylenbeholdere, driver en virksomhet som er forbundet med en risiko for eksplosjonsulykke man ikke er herre over. Slike ulykker er påregnelige, så vel ved bruk som ved oppbevaring av acetylen” (Rt 1964:478).

I kombinasjon med en rimelighetsvurdering av hvem som var nærmest til å bære risikoen, ved å trekke inn forsikringshensynet og ved henvisning til rettspraksis, gikk mindretallet inn for å utvide virkeområdet.

I Rt 1949 688 der ansatte på et sykehus ble smittet av en tuberkuløs pasient mente flertallet at læren om farlig bedrift ikke støttet kravet om erstatning, og at risikoen ikke var større enn det en ansatt på sykehus vanligvis utsetter seg for. Mindretallet tok utgangspunkt i de utviklede kriteriene og ga dem et innhold i denne konkrete saken. Avgjørelsen er et tydelig eksempel på hvordan ulike situasjonsfortolkninger utløser ulike regler. Dette til tross for at det på dette tidspunktet er utviklet relativt sofistikerte og spesifiserte avgjørelseskriterier som man kunne anta skulle lede frem til samme vurdering. Avgjørelsen illustrerer at det er et stort rom for tolkning av hva ”påregnelig”, ”uunngåelig” og ”ekstraordinær” innebærer.

I Rt 1970 1452¹³⁴ var det uenighet om flere spørsmål, og flere avgjørelseskriterier trekkes inn i vurderingen. Flertallet fant, ut fra en vurdering av påregnelighet og kriteriet om ”manglende teknisk og sikkerhetsmessig ufullkommenhet” e-verket ansvarlig. En dommer kom til samme resultat, men da ut fra en begrunnelse om at uisolerte ledninger inn til en husvegg ikke har vært forsvarlig og baserte seg dermed på et skyldansvar. Mindretallet fant at det verken kunne ilegges erstatningsansvar på subjektivt eller objektivt grunnlag. Til spørsmålet om objektivt ansvar fant mindretallet at de elektriske inntaksledningene ikke frembød så nærliggende faremomenter at ansvar for skaden ville falle inn under det objektive bedriftsansvaret, og mindretallet fant også at det ikke var grunnlag for den utvidelse av rammen for det hittil aksepterte objektive ansvar som ville være nødvendig for ansvar på objektivt grunnlag.

I to av sakene, Rt 1953 71 og Rt 1963 1171, gjaldt uenigheten spørsmålet om saksomkostninger.

Samlet sett synes dissensene å gi et bilde av at uenighet mellom dommerne i denne type saker går på en rekke dimensjoner og ulike typer spørsmål. Det er bildet fra den øvrige analysen som forsterkes når det spesifikt fokuseres på betydningen av dissensene.

¹³⁴ Under maling av eget hus kom en mann bort i de elektriske inntaksledningene, fikk støt og falt ned fra stigen. Skaden påførte mannen 75 % ervervsmessig invaliditet og han reiste erstatningssak mot kraftverket.

Avslutning

Funnene fra analysen av dommene fra 1945 til 1970 bekrefter antakelsene om at etablerte oppfatninger og avgjørelseskriterier skaper et mønster for regelproduksjonen, og at innslagene av verdi- og nyttevurderinger i argumentasjon er mindre enn de har vært i de to foregående periodene jeg har analysert. I likhet med analysen i forrige kapittel finner jeg at mange av sakene i perioden 1945 til 1970 kan plasseres nederst i venstre og høyre hjørne i analyseskjemaet (se s. 48), altså en videreutvikling, spesifisering og tydeliggjøring av de etablerte kriteriene og regelens virkeområde. Jeg har også vist at det nye kriteriet om ”teknisk ufullkommenhet” etableres gjennom en verdivurdering, altså i øverste venstre hjørne.

I forhold til det etablerte analyseskjemaet observerer jeg at utviklingen i noen grad går i motsatt retning. På den ene siden kan det som første gang antydes som et argument, som det kan bli mulig å vektlegge i neste omgang, bli en mye ”fastere” regel enn det som var tilfellet da argumentet ble fremført. For det andre synes det også å være en tendens til at det som slås fast som en ”etablert sannhet”, synes å være mindre bindende enn det vi vil forvente. F. eks kan generelle henvisninger til rettspraksis oppfattes som svært bindende, men samtidig åpner dette for et handlingsrom, fordi man her unngår å tydeliggjøre premissene for avgjørelsene. Det å unngå å tydeliggjøre premissene er, som jeg tidligere har vist, en mekanisme som bidrar til at dommerne kan øke sitt eget handlingsrom uten eksplisitt å redegjøre for hva de egentlig gjør. Jeg finner altså en klar tendens til at dommerne nå henviser til generelle rettsgrunnsetninger eller generelle henvisninger til rettspraksis som bidrar til at premissene for avgjørelsene holdes skjult for utenforstående. For å kunne vurdere premissene for en avgjørelse er det nå, enda tydeligere enn i de to foregående periodene, en forutsetning at man besitter kunnskap om den juridisk faglige tenke- og handlemåte. Det at jeg finner slike generelle argumenter med henvisning til rettspraksis, illustrerer at det på dette området er etablert en rettslig argumentasjon; en argumentasjon som juridisk kompetente personer vil akseptere som rettslig gyldig (Bernt og Doublet 1999). Det vil si at det nå er etablert et normgrunnlag som forvaltes av det juridiske fellesskapet. Jeg ser både gjennom de generelle henvisningene og de utviklede avgjørelseskriteriene at det er etablert regler som må overholdes for at argumentasjonen skal være rettslig. Utviklingen innebærer på den ene side at systemet fungerer ut fra de premissene som er forventet og som gir domstolene legitimitet. Samtidig innebærer imidlertid denne utviklingen at premissene, for andre enn jurister, blir vanskelig tilgjengelig.

Disse funnene til tross opprettholdes fleksibiliteten i systemet. Utviklingen kjennetegnes av konsolidering, men dette innebærer ikke at systemet tilstivner og blir rigid. Jeg finner, i likhet med funn i de foregående kapitlene, at nye områder inkorporeres eller avvises gjennom verdi- og nyttevurderinger. Det vil si at disse sakene kan plasseres i øverste høyre hjørne. Flexibiliteten i systemet sikres gjennom muligheten til å argumentere ut fra verdi- og nytte vurderinger, men innslaget av disse er betraktelig mindre enn i de tidligere periodene.

KAPITTEL 7

Høyesterett – et lukket system?

Innledning

Analysen av dommene fra 1948 til 1970 viste at institusjonaliseringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar i løpet av disse årene var ytterlige forsterket. De tidlige etablerte avgjørelseskriteriene ble anvendt, spesifisert og tydeliggjort. Jeg fant en tendens til at skyldbetraktninger igjen kom inn i avgjørelsene gjennom kriteriene ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” og ”teknisk ufullkommenhet”. Dessuten fant jeg en tendens til generelle henvisninger til rettspraksis mer enn tydeliggjøring av premisser, en sterk tilbakeholdenhet med å utvide doménet for det objektive ansvaret og sist, men ikke minst, at verdi- og nytte vurderinger var mindre fremtredende i argumentasjonen enn tidligere. I sum bidro disse trekkene til at retten ble institusjonalisert samtidig som fleksibiliteten i systemet ble opprettholdt. Gjennom det repertoar av avgjørelseskriterier som er etablert, og verdi- og nyttevurderinger konstitueres denne fleksibiliteten både i selve rettsanvendelsen og i regelproduksjonen.

Under forutsetning av at det ikke skjer noe i samfunnet som Høyesterett ikke er i stand til å håndtere via de etablerte avgjørelseskriteriene vil jeg forvente at den periode som nå skal analyseres, perioden fra 1971 til 2003, vil være kjennetegnet av en enda sterkere institusjonalisering. Det vil si at jeg forventer at de etablerte oppfatningene og avgjørelseskriterier vil standardisere regelproduksjonen. På samme måte som tidligere baserer dette synspunktet seg på antakelsen om at grunnlaget for handling i økende grad vil bli regelbasert i en spesifikk situasjon jo større akkumuleringen av erfaring er i denne situasjonen. Jeg vil derfor også nå forvente at utviklingen, med et relativt mindre innslag av verdi- og nyttevurderinger, vil fortsette. Jeg vil anta at de fleste situasjoner nå kan møtes med det handlingsrepertoar som nå er utviklet. Dette impliserer ikke at jeg forventer at det nå vil være større eller mindre grad av enighet i avgjørelsene, men at argumentasjonen vil ta utgangspunkt i kriteriene om f. eks. at risiko skal overstige dagliglivets risiko, eller spørsmål om hvorvidt en situasjon er typisk eller ikke.

Et særtrekk for den perioden som nå skal analyseres, er at det objektive ansvaret lovfestes på en rekke områder. Dette betyr blant annet at for en del av sakene som jeg skal analysere er rettsstilstanden endret i perioden mellom skadetidspunktet og tidspunktet for behandling av saken i Høyesterett. Dette innebærer at saken må avgjøres på grunnlag av rettsstilstanden før lovendring, noe som skaper en spesiell situasjon fordi høyesterettsdommerne da vet hva lovgiver har sagt om spørsmålet.

Høyesterettsdommer i perioden 1971 – 2003

Det materialet som her analyseres omfatter 31 dommer i perioden 1971 til 2003. De tidligere periodene som er analysert, har vært kjennetegnet av en betydelig andel saker knyttet til ulike deler av transportsektoren. Eksempelvis var over halvparten av sakene i perioden 1945 til 1970 knyttet til ulykker som involverte biler, jernbane, sporvogner, skip eller fly. I perioden fra 1971 til 2003 endrer dette bildet seg. Av de 31 sakene jeg her har analysert, er kun 5 saker knyttet til transportsektoren. Sakene dreide seg om en gutt som falt av toget og ble skadet (Rt 1975 710), krav om erstatning for rein som var påkjørt på Nordlandsbanen (Rt 1978 521), en gutt fikk foten i klemme mellom kaien og ferjelemmen på en bilferje (Rt 1979 1326), en person ble truffet av et tog mens han sto på en perrong (Rt 1985 1011) og en person ble skadet da en kabelferge kantret (Rt 1988 1003). Dessuten finner vi 4 saker der skaden er knyttet til ulike typer produkter. To saker dreier seg om skader som følge av bruk av p-piller (Rt 1974 1160, Rt 1992 64), en sak om lettbetonblokker som smuldret opp (Rt 1993 1201) og en sak om sykdom påført gjennom sigarettøyking (Rt 2003 1546). Videre er fire saker knyttet til skade eller sykdom påført i tilknytning til sykehus; en pasient fikk sårskader etter røntgenbehandling (Rt 1978 482), en kvinne ble påført skade i forbindelse med en operasjon (Rt 1980 1299), en person ble hiv-smittet gjennom blodoverføring under en operasjon (Rt 1990 768), en tvangsinnlagt pasient i et psykiatrisk sykehus ble skadet da han knuste et vindu og kastet seg ut (Rt 2000 388). De øvrige 17 sakene lar seg vanskelig kategorisere. En sak dreide seg om en pike som ble skadet av takstein som falt ned i en trafikkert gate (Rt 1972 965), en sak om skade på mink i en minkfarm som følge av infisert fôr (1973 1153), et fly brøt en kraftledning under en militærøvelse og et oppdrettsanlegg for ørret ble påført skade (Rt 1973 1268), en ubåt skadet i neddykket tilstand trålen til en tråler (Rt 1973 1364), en mann kom til skade i en skyvestige som var montert med ”gal” side mot veggen (Rt 1974 41). En boligeiendom ble skadet som følge av tilstopping i en kommunal kloakkledning (Rt 1975 1081), en dampkjele i et vaskeri ble ødelagt av tørrbrenning (Rt 1979 1224), en gutt ble skadet etter fall i en fjellskråning (Rt 1980 1272), en tannlege ble hepatitt smittet av en pasient (Rt 1981 312), en gutt ble skadet av boltepistolpatroner (Rt 1981 492), et kaianlegg ble skadet i forbindelse med uskadeliggjøring av granater (Rt 1983 758), et sprengstofflager eksploderte som følge av brannstiftelse (Rt 1983 1052), rein gikk gjennom isen i forbindelse med nedtapping av vann (Rt 1986 1019), en brannmann omkom i forbindelse med slukningsarbeid om bord på en båt (Rt 1988 174), en person ble skadet da hun falt gjennom en luke i gulvet i en restaurant (Rt 1991 1303), en bil ble skadet av hester som løp ut på en vei (Rt 1995 1358), skade på beslaglagte gjenstander (Rt 1998 40), en person utviklet yrkessykdom pådratt gjennom arbeid (Rt 2001 1646).

Det ble gitt erstatning i 12 av de 31 sakene. Av disse 31 dommene er 9 saker – 29 % – avgjort med dissens. Og av disse igjen ble det gitt erstatning i 4 av sakene, altså ca. halvparten.

Innledning til analyse

Analysen av perioden fra 1971 til 2003 bekrefter funn fra tidligere perioder om at kriteriene for avgjørelser om ulovfestet objektivt ansvar ligger fast. Det vil si at de fleste argumentasjoner er kjennetegnet av et relativt fast mønster. Når spørsmål om årsaks-sammenheng er avklart, er det spørsmålene om risiko, påregnelighet, teknisk svikt, forsikringshensyn, tilknytning, manglende sikkerhetsforanstaltninger etc. som tas opp og vurderes i forhold til det konkrete tilfellet som Høyesterett har oppe til vurdering. Dommerne tar i den enkelte sak stilling til hva som er sannsynlig, hvilken risiko man må finne seg i uten å få erstatning og hvilken risiko som er erstatningsutløsende. Det skjer en ytterligere spesifisering og tydeliggjøring ved at de innholdsmessige aspektene ved kriteriene avgrenses i svært konkrete og spesifikke situasjoner. Slik sett representerer utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar en kontinuitet. Det er gjennom å anvende etablerte kriterier i nye situasjoner at virkeområdet for regelen slås fast.

To trekk ved utviklingen synes imidlertid å skille seg ut fra det vi tidligere har sett. For det første er det en tendens til at høyesterettsdommerne ekspliserer hvordan de oppfatter rettsstilstanden på det området som er oppe til behandling. Dette i motsetning til det jeg fant i forrige kapittel der høyesterettsdommerne argumenterte ved hjelp av generelle henvisninger til rettspraksis mer enn tydeliggjøring av premissene for avgjørelsene. For det andre synes nå verdi- og nytte argumenter igjen å være tilstede i svært mange av avgjørelsene. I forrige kapittel viste jeg at denne type hensyn spilte en mindre rolle i avgjørelsene. Stikkordsmessig har dommene fra 1971 til 2003 følgende kjennetegn:

- Kontinuitet substansielt og i doméne
- Tydeliggjøring av rettsstilstanden
- Verdi- og nytte hensyn til stede i mange avgjørelser

Nedenfor følger en analyse av hovedtendensene i denne perioden.

Kontinuitet substansielt og i doméne

I perioden fra 1971 til 2003 anvendes og diskuteres de tidligere utviklede avgjørelseskriteriene i nye konkrete situasjoner. Perioden er kjennetegnet av en utvikling der gjeldende kriterier for avgjørelse av objektivt ansvar og reglene om objektivt ansvar gis en anvendelse i svært spesifikke situasjoner/eller avgrenses fra svært spesifikke situasjoner. Dette innebærer at det særlig er doménet til det ulovfestede objektive ansvaret som spesifiseres ytterligere i denne perioden. I mange av sakene som er oppe for Høyesterett, er spørsmålet hvorvidt den spesifikke situasjon man står overfor, faller innenfor eller utenfor den regel om objektivt ansvar som er etablert. Dette bidrar også til å forklare hvorfor vi i denne perioden finner en større andel av det vi kan kalle

”særskilte” saker enn i de øvrige periodene vi har analysert. Med ”særskilte saker” mener jeg saker som ikke kan knyttes til et særlig område eller sektor av samfunnet slik som eksempelvis transportområdet eller helsesektoren. Av 31 saker går hele 20 saker inn under denne betegnelsen.

Regelens substansielle innhold

Det substansielle innhold i regelen om ulovfestet objektivt ansvar synes nå å være befestet, og da blir det opp til dommerne å slå fast anvendelsesområdet for regelen. Som eksempel kan nevnes Gol-bygg dommen (Rt 1983 1052)¹³⁵ der et flertall på tre fant det påregnelig at en ansatt i sinnsforvirret tilstand tente en brann mens mindretallet fant den samme situasjonen helt upåregnelig. I likhet med mange øvrige saker er det flere ulike spørsmål som er oppe til vurdering. Til spørsmålet om dette er en type risiko en bør regne med sier førstvoterende:

”Når lagmannsretten her ikke påla erstatningsplikt, var det med den begrunnelse at den handling som utløste eksplosjonen var så lite forutselig at skaden burde holdes utenfor det objektive ansvar. Denne vurdering er jeg ikke enig i. Jeg peker på at ildspåsetteren var ansatt i Gol Bygg og hadde adgang til lagernøkkelen. Det forhold at han i sinnsforvirret tilstand tente på lageret, var etter min mening ikke mer atypisk enn at det bør regnes som en del av den generelle driftsrisiko” (Rt 1983:1056).

Førstvoterende avgrensner seg imidlertid til å ta stilling til hvorvidt ansvar hadde inntruffet dersom en som ikke hadde tilknytning til bedriften hadde påsatt brannen:

”Jeg tar ikke standpunkt til ansvarsspørsmålet for tilfelle en utenforstående tredjemann skulle ha påsatt brannen” (Rt 1983:1056).

Videre trekkes *forsikringsbetydningen* inn i vurderingen:

”Jeg har ved min vurdering funnet å kunne legge en viss vekt på adgangen til å tegne ansvarsforsikring. Ankemotparten har riktignok fremhevet at ansvarsforsikringer bare dekker det ansvar forsikringstakeren har etter vanlige erstatningsregler, og at forsikringsadgangen derfor ikke kan ha betydning for spørsmålet om ansvar foreligger. Til dette er å bemerke at muligheten for forsikring er et av de momenter som rettspraksis har tillagt vekt ved avveiningen av om et ansvar bør pålegges. I den konkrete sak kunne antagelig også de skadelidende ha forsikret seg, men ansvarsforsikringen gir den beste generelle dekning om ulykken først skulle inntreffe” (Rt 1983:1056).

Ut fra ovennevnte argumenter finner førstvoterende Gol Bygg, som er forhandler av dynamitten, ansvarlig for skaden. Det neste spørsmål som tas opp til vurdering, er om Dyno, som produsent av dynamitten og eier av bygningen, også er ansvarlig. Spørsmålet som her er oppe til vurdering, er om Høyesterett mener at Dyno har *sterk nok tilknytning*

¹³⁵ Et sprengstofflager eksploderte, og det oppsto skade på skog både på eiendom hvor lageret hadde fått leiet tomt og på en naboeiendom. De skadelidte gikk til sak mot A, eieren av lagerbygget som også var produsent av sprengstoffet og mot B, forhandleren som hadde fått lagerbygget stillet til disposisjon og hadde kjøpt sprengstoffet i fast regning. Eksplosjonen skjedde som følge av en brann påsatt av en sinnsforvirret funksjonær hos B, som hadde adgang til lagernøkkelen.

til driften av lageret at den blir ansvarlig. Førstvoterende finner også Dyno ansvarlig med følgende begrunnelse:

”Det neste spørsmål blir så om også Dyno kan holdes ansvarlig. Dette spørsmål må etter mitt skjønn besvares bekreftende. Jeg finner i denne forbindelse grunn til å understreke at det er Dyno som har bygd lagerbygningen, som har fått den godkjent av Sprengstoffinspeksjonen og som eier den. Den er stilt til Gol Byggs disposisjon som ledd i distribusjon av det sprengstoff som Dyno produserer. Opplegget er for øvrig ikke spesielt for Gol: Det er generelt slik at Dyno bygger sprengstofflager på steder det er behov for det, og stiller det til disposisjon for en forhandler. Distribusjon skjer dels gjennom forhandlere som er kommisjonærer for Dyno, dels gjennom forhandlere som kjøper sprengstoff i fast regning. Også når representanten har forhandlerstatus, selger og fakturerer Dyno selv det sprengstoff som leveres fra lageret til storkunder. Gol Bygg var opprinnelig kommisjonær for Dyno, men gikk i 1972 etter Dynos ønske over til å kjøpe sprengstoffet i fast regning, av forretningsmessige eller andre grunner uten tilknytning til ansvarsforholdet. Forhandlerkontrakten kan – om de øvrige forhandlerkontrakter – oppsies med 3 måneders frist. Disse forhold gir – sette i sammenheng – Dyno slik tilknytning til driften av lageret at også Dyno må holdes ansvarlig for eksplosjonsskadene” (Rt 1983:1057).

Mindretallet på to kom frem til motsatt standpunkt med følgende argument:

”Jeg er likevel enig i at når et lager går i lufta – selv om det skjer ytterst sjelden – vil det som alminnelig regel være ansvar på objektivt grunnlag for de skader som voldes. En forutsetning for det objektive ansvar må imidlertid – mener jeg – være at den hending som utløser skaden står i en rimelig årsakssammenheng med den driftsrisiko ved lagring og håndtering av sprengstoff som begrunner det objektive erstatningsansvar. Etter min mening er ikke dette tilfellet i saken her. Etter det som skjedde kan jeg ikke legge avgjørende vekt på at eksplosjonen ble utløst ved handlinger av en ansatt ved Gol Bygg A/S. Disse ble ikke foretatt i tjenesten, ikke i arbeidstiden, og de var heller ikke utslag av handlingsmønstre som lå innenfor det påregnelige. Ildspåsettelsen på lageret var tvert i mot bare en av flere meningsløse, atypiske og utforutsebare ildspåsettelse, som ikke har kunnet gis annen forklaring enn at de var utslag av en akutt sinnsforvirring, som kom helt uventet. Risikoen for skader utløst ved at en person på slik måte som her – utenfor enhver mulighet for kontroll – går amok, må etter min mening ligge der hvor skade inntreffer. Det framtrer i denne sammenheng som helt tilfeldig at gjerningsmannen på grunn av sitt ansettelsesforhold lettere enn andre hadde adgang til sprengstofflageret. For min vurdering av ansvarsspørsmålet ligger forholdet nær opp til om en tilsvarende skade var blitt voldt av en utenforstående tredjemann for eksempel ved sabotasje, eller ved en uavvendelig naturhending” (Rt 1983:1058).

I denne avgjørelsen har flertallet og mindretallet to helt ulike vurderinger av hva som er påregnelig. Mens flertallet sier at det at en ansatt i sinnsforvirret tilstand tenner en brann er noe man må regne med, finner mindretallet den samme situasjonen å være totalt upåregnelig. Dermed blir dette et eksempel på at hvordan situasjonen defineres, får helt klare følger for hvilke regler som kommer til anvendelse. Kriteriene for ansvar er på denne tiden at risikoen må være skapt ved ting eller innretning eller virksomhet eller drift som den påstått ansvarlige må ha tilstrekkelig tilknytning til. Videre at risikoen må være stadig, typisk og ekstraordinær. Dessuten at ansvaret er avgrenset mot tilfeldige skader. Grunnlaget for påregnelighetsbetraktningene synes å være avhengig av hva

dommerne i dette tilfellet mener. Et eksempel på at kriteriene nå er så spesifiserte og utviklete at de i sum igjen åpner for alternative handlinger for dommerne.

Spørsmålene som høyesterettsdommerne tar stilling til, er både hvorvidt spesifikke situasjoner faller innenfor eller utenfor regelen som er etablert, og dermed doménet for det objektive ansvaret og spørsmål om hva som oppfattes som påregnelig eller ikke, hva som er forsvarlig, om risikoen er større eller mindre enn dagliglivets risiko etc.¹³⁶ Det vil si at diskusjonen dreier seg om å trekke grensene for de substansielle kriteriene. I mange av sakene er det nettopp spørsmålet om påregnelighet som er oppe til diskusjon og som dommerne har ulike oppfatninger av. Som eksempel kan nevnes Stigedommen (Rt 1974:41).¹³⁷ Førstvoterende er tydelig på hvilke spørsmål saken reiser og tar utgangspunkt i tidligere utviklete avgjørelseskriterier:

”For meg reiser det seg da følgende spørsmål: Var det påregnelig for Aaneslands Treindustri at kjøpere av stigen ville eller kunne komme til å bruke den ’gale’ veien. Og innebar dette en risiko som fabrikken burde ha avverget – hvilket nok kunne ha vært gjort ved relativt enkle tekniske endringer – eller i det minste ha advart mot i en bruksanvisning eller ved merking på stigen” (Rt 1974:42).

De sakkyndige mente at når stigen var konstruert slik at den bare kunne brukes med den ene siden mot veggen, ville den som brukte stigen, først oppdage dette når stigen brøt sammen. Førstvoterende argumenterte imidlertid slik:

”Den sakkyndige har uttalt seg klart, og hans vurdering trekker sterkt i retning av byrettens resultat. Men for meg står det så at den vurdering som det her dreier seg om, ikke i utpreget grad vil bero på teknisk kyndighet, men mer på alminnelig erfaring. Ingen som vil sette opp til en husvegg en relativt høy stige, kan unnlate å gjøre seg opp en mening om hvilken ende av stigen som skal stå på grunnen og hvilken side som skal vende inn mot veggen, man kan ikke bare tankeløst sette den opp på en hvilken som helst måte. Etter mitt skjønn kan ikke Kollen ha viet dette spørsmål synderlig omtanke da han satte opp stigen med den gale siden ut og så utsatte den for belastningen med to mann på stigen.

Aaneslands stige var ikke ’idiotsikker’, og fabrikken har heller ikke utgitt den for å være det. Men etter den bevisføring og demonstrasjon som vi har hatt her i Høyesterett, er jeg blitt stående ved at den var sikker nok for en bruker som viste en rimelig grad av omtanke og forsiktighet før og under oppsettingen av den. En slik bruker ville ikke komme til å sette den opp den gale veien. Dette bestyrkes etter min mening av det forhold at det ikke er påvist at lignende uhell eller ulykker har hendt tidligere med denne stigen, som angis å være solgt i et antall av mer enn 100.000, og som har vært i vanlig bruk minst i et par tiår.

¹³⁶ I Rt 1979 1224 krevde en bedrift erstatning fra et kommunalt vannverk fordi en dampkjele var blitt ødelagt ved tørrbrenning. Kontrolleren som skulle hindre uhell av denne type virket ikke fordi det var kommet et belegg på den og eieren av bedriften mente at dette skyldtes at det var levert vann med unormalt stort innhold av magnetitt fra det kommunale vannverket. Kommunen ble i denne saken frifunnet for kravet om erstatning fordi det ikke forelå tilstrekkelig bevis for årsakssammenheng, men Høyesterett uttalte at den ikke hadde ment å ta avstand fra lagmannsrettens konklusjon når det gjaldt spørsmålet om objektivt ansvar. I lagmannsretten var kommunen frifunnet fordi ”det risikomoment som her har realisert seg ikke er av en slik særpreget eller ekstraordinær art som det etter rettspraksis kreves for at objektivt ansvar skal kunne foreligge” (Rt1979:1238).

¹³⁷ En huseier satte en skyvestige med den ”gale” siden mot veggen. Stigen var konstruert slik at den bare skulle brukes med den ene siden inn mot veggen. Den sviktet da huseieren og en medhjelper gikk opp samtidig og huseieren kom til skade.

Jeg finner som lagmannsretten at en samlet vurdering bør lede til den konklusjon at Aaneslands Treindustri ikke har vist noen ansvarsbetingende uaktsomhet ved å ha laget og solgt den stige som Kollen kjøpte” (Rt 1974:42,43)

Til spørsmålet om objektivt ansvar heter det:

”Heller ikke kan, etter min mening, Aanesland pålegges et objektivt ansvar for ulykken og dens følger. Av det jeg alt har sagt, fremgår at uhellet ikke var typisk for bruken av Aaneslands stige, tvert imot, man kjenner ikke noe annet tilfelle av samme art. Heller ikke var det utslag av et risikomoment som måtte fremtre som nærliggende og forutseelig eller som i det hele fabrikkens bør være den nærmeste til å bære ansvaret for” (Rt 1974:43).

Kravet om objektivt ansvar avvises ut fra kriteriet om at uhellet må være typisk for å utløse et erstatningsansvar. Dessuten finner førstvoterende at risikoen ikke er nærliggende eller forutseelig og at fabrikkens ut fra en rimelighetsvurdering ikke er den nærmeste til å bære ansvaret. Dommen er avsagt under dissens, og mindretallet finner i motsetning til flertallet ingen grunn til å sette de sakkyndiges vurdering til side:

”Selv om det må forutsettes at den som klatrer opp i en stige- og særlig i en høy stige – viser omtanke og forsiktighet, kan det ikke ventes at hver og en har kyndighet i bæreprinsippene for en skyvestige. Stigen var også beregnet på å bli brukt av de rene amatører, og man kan ikke – slik jeg ser det – regne med at den vanlige forbruker måtte forstå at stigen kunne svikte hvis den ikke ble reist på en helt bestemt måte. Jeg viser her til det som er uttalt av de to sakkyndige, overingeniør Schei og brannsjef von der Fehr, om at stigen virker ’klart innbydende’, og ’stø og solid’ selv om den er uriktig satt opp. Jeg kan ikke se at det er noe grunnlag for å sette de sakkyndiges vurdering til side, og antar at denne vurdering faller sammen med det man kan vente av en uerfaren legmann. At korrekt bruk av stigen etter en inngående demonstrasjon av en liten modellstige etter hvert fremtrådte som åpenbar for hele Høyesterett, finner jeg ikke å kunne legge vesentlig vekt på. Det avgjørende må være hvordan stigen, dens konstruksjon og bruk har fortonet seg for den uinnvidde bruker i praksis. Etter min mening kan Kollen ikke bebreides for sin bruk av stigen.

Når en stige av den art det her gjelder selges som brannstige og til vanlige forbrukere, er det etter min mening en påregnelig fare for at den blir uriktig brukt og at ulykke kan skje. Vel er det så at stigen har vært solgt i et større antall gjennom mange år uten at det er opplyst om tilsvarende ulykker, men dels kan det ha forekommet ulykker man ikke kjenner til, og dels er det vel ikke så ofte at en stige belastes på en så uheldig måte av to personer samtidig, slik som i vårt tilfelle. Når selve stigenes konstruksjon er slik at man må regne med at den kan bli uriktig brukt med den fare det innebærer – jeg viser her igjen til det som er uttalt av de sakkyndige – kan det ikke være avgjørende at det så vidt vites har gått godt i mange år. Aanesland burde ha vært klar over at stigenes konstruksjon innebar et faremoment som kunne realisere seg i en skade. Når han like fullt markedsførte stigen uten en gang å gi kjøperen noen form for veiledning, har han etter min mening vist en erstatningsbetingende uaktsomhet” (Rt 1974:44).

Mindretallet kommer frem til at selv om det ikke har vært opplyst om tilsvarende ulykker, eksisterer det en påregnelig fare for feil bruk av stigen. Denne påregnelige fare mener mindretallet at produsenten er ansvarlig for og at det derfor er erstatningsbetingende uaktsomhet ikke å gi kjøperen noen form for veiledning når stigen markedsføres.

Avgjørelsene kjennetegnes av sammensatte vurderinger der ulike avgjørelseskriterier kombineres for å komme frem til resultatet. I tillegg til de dommene jeg her fremhever, finner jeg tilsvarende mønster for argumentasjon i Rt 1972 965¹³⁸, Rt 1979 1326¹³⁹, Rt 1981 492¹⁴⁰, Rt 1988 1003¹⁴¹, Rt 1991 1303¹⁴². I Rt 1975 710 der en gutt falt av toget, baseres avgjørelsen på at dørsystemet defineres som et særpreget faremoment og at det er påregnelig at personer fra tid til annen vil falle av tog. Kriteriet som anvendes, er særpreget og påregnelig risiko. Denne og flere av de andre avgjørelsene som diskuteres i dette avsnittet, har i tillegg klare innslag av rimelighetsvurderinger. Dette vil jeg komme tilbake til i et senere avsnitt.

I Rt 1980 1272¹⁴³ tar Høyesterett stilling til hvilken risiko som skal aksepteres. Kriteriet som nyttes er en variant av dagliglivets risiko: Terrenget her er ikke annerledes enn terrenget mange andre steder i Norge. Dermed hadde ikke veivesenet tilstrekkelig grunn til å vurdere risikoen som så entydig at den krevde oppsetting av gjerde. Med andre ord mente Høyesterett at det i denne saken ikke forelå en ekstraordinær risiko. Igjen er dette et eksempel på at Høyesterett treffer en avgjørelse som er med på å trekke grensen for hvilken risiko som må aksepteres og hvilken risiko som det er rimelig bør medføre erstatningsansvar. Avgjørelsen treffes dermed ut fra en risikovurdering og rimelighetsbetraktninger. I Hepatittdommen (Rt 1981 312)¹⁴⁴ diskuteres først det tidligere utviklede kriteriet om ”tilstrekkelig tilknytning” altså om det forhold at pasienten var sosialkontorets klient innebar en så sterk tilknytning at kommunen blir erstatningsansvarlig. Dette avvises med følgende begrunnelse:

”Den ankende part bygger prinsipalt på at det skal foreligge en bevisst integrering av narkomanomsorgen i den ordinære sosialomsorg, blant annet når det gjelder de narkomanes behov for tannpleie. Dette må etter den ankende parts mening føre til at kommunen, som ansvarlige for sosialkontorene, må pålegges erstatningsansvar når en tannlege blir smittet med hepatitt av en av sosialkontorets narkomane og tannpleie-

¹³⁸ En 14 ½ år gammel pike ble truffet av en takstein i en sterkt beferdet Oslogate. Hun fikk hodeskade og reiste krav om erstatning fra gårdeieren.

¹³⁹ En gutt ble skadet i foten da han under ilandstigning fra en bilferje fikk foten i klemme i en sprekk mellom ferjen og ferjekaien.

¹⁴⁰ En 13 år gammel gutt fikk overlatt noen boltepistolpatroner som var stjålet fra en lagerbrakke. Den tilhørte et entreprenørfirma som hadde et mindre arbeid på stedet. Gutten plasserte 2 patroner på et bål med den følge at de eksploderte og skadet det ene øyet hans.

¹⁴¹ Sankthansnatten 1982 kantret kabelfergen mellom Nesøya og Brønnøya i Asker. En person ble liggende under vannet så lenge at han ble varig hjerneskadet.

¹⁴² En restaurantgjest falt 4,5 meter ned gjennom en usikret luke i gulvet i et gjennomgangsrom i restaurantens annen etasje.

¹⁴³ En 5 1/2 år gammel gutt fikk varige skader etter et fall i en fjellskråning. Nederst i skråningen var det et loddrett stykke på 4–5 meter etter utsprengning i forbindelse med kommunens anlegg av vei. Guttens verge reiste sak mot kommunen med krav om erstatning. Området der ulykken skjedde hadde gjennomgått store endringer og var, etter at veien ble anlagt, utviklet til boligformål. Ulykkesstedet lå ca. 100 meter fra guttens bolig, en boligblokk som ble bygget noen år etter veianlegget.

¹⁴⁴ En privatpraktiserende tannlege ble smittet med serumshpatitt under behandling av en pasient. Pasientens honorar skulle dekkes av sosialkontoret i Stavanger. Tannlegen krevde erstatning da han mente pasienten måtte anses som sosialkontorets klient, og fordi pasienten som sprøytenarkoman tilhørte en utpreget risikogruppe for hepatittsmitte.

søkende klienter uten hensyn til om sosialkontoret har hatt eller burde ha hatt mistanke om narkomani eller smittefare i det enkelte tilfelle. Jeg finner det åpenbart at det ikke er grunnla for et slikt objektivt ansvar.

Etter lov om sosial omsorg § 3 nr. 1 'har den som ikke er i stand til å sørge for sitt livsopphold eller til å dra omsorg for seg selv' rett til sosialhjelp i forskjellige nærmere angitte former.

Bestemmelsen omfatter alle som er kommet i slike situasjoner som angitt, og da selvsagt også narkomane. Etter angivelse av forskjellige hjelpeformer i bokstav a-e heter det i bokstav f at det også kan gis lån eller bidrag til andre formål..... i den utstrekning den anses nødvendig'. I medhold av denne bestemmelse kan det gis lån eller bidrag også til tannbehandling. De tannpleiesøkende blir ikke henvist til bestemte tannleger, men oppsøker som enhver annen den privatpraktiserende tannlege de måtte ønske. Det settes bare som vilkår for å dekke utgiftene at det på forhånd innhentes omkostningsoverslag som godkjennes av sosialstyret" (Rt 1981:319).

Og senere:

"Jeg tilføyer at jeg i alt vesentlig kan tiltre lagmannsrettens bemerkninger om utilstrekkelig tilknytning mellom sosialkontoret og de tannlegesøkende sosialklienter. Det består ikke annen tilknytning enn at sosialkontoret i medhold av loven påtar seg en betalingsforpliktelse" (Rt 1981:320).

Deretter tar Høyesterett opp spørsmålet om risiko og argumenterer her med at risikoen i dette tilfellet ikke er større enn den risikoen som tannleger vanligvis utsetter seg for:

"At det kan gis støtte til tannbehandling, vil føre til at enkelte som ikke ellers ville ha sett seg anledning til å gå til tannlege, oppsøker tannlege. Det er mulig, men ikke påvist, at det blant dem som kommer til tannlegen med støtte fra sosialkontorene, er en noe større andel smittebærere av forskjellig slag enn blant det øvrige tannlegeklientell, men det dreier seg ikke under noen omstendighet om smittefare av en annen art enn den tannlegene utsettes for også fra andre pasientgrupper, og som må anses som en del av deres ordinære yrkesmessige risiko. At slik smittefare består, er tannlegene kjent med og har oppfordring til å stille de nødvendige spørsmål til pasienten og ta særlige foranstaltninger når dette fremstiller seg som påkrevd" (Rt 1981:319,320).

Høyesterett benytter her begrepet "ordinær yrkesmessig risiko" et begrep som langs en dimensjon utvider begrepet om dagliglivets risiko, fordi det her aksepteres at risikoen er større enn dagliglivet, men ikke større enn det man må forvente innen dette gitte yrket. At ikke en slik risiko medfører et erstatningsansvar styrkes også av, i følge Høyesterett, at tannlegen hadde anledning til å tegne forsikring:

"Den økonomiske risiko kan de gardere seg mot ved å tegne de nødvendige forsikringer" (Rt 1981:320).

Det neste spørsmålet som diskuteres, er om det foreligger ansvar ut fra "uforsvarlig ordning". Her sier Høyesterett at disse må vurderes ut fra de foreliggende konkrete omstendighetene. Det er altså måten saken er behandlet på ved sosialkontoret som vurderes ut fra krav til forsvarlighet. Dette antyder en utvidning av det objektive ansvaret. Der det i tidligere saker har vært mer eller mindre tekniske innretninger som har kommet under betegnelsen uforsvarlig ordning, er det nå saksbehandlingen ved et

offentlig kontor som vurderes ut fra kriteriet om ”uforsvarlig ordning”. Etter å ha presentert saksgangen ved sosialkontoret heter det:

”Siden den smitte som danner grunnlag for erstatningskravet senest kan ha vært påført Hamre ved siste behandling den 22. oktober, blir spørsmålet om det foreligger noen ansvarbetingende unnlattelse fra sosialkontorets side i tiden 13.–22 oktober. Allerede fordi det dreier seg om et så kort tidsrom, kan jeg ikke se at skaden kan sies å ha sin årsak i en feil ved arbeidsordningen ved sosialkontoret. Den opplysning som var mottatt fra sosialsjefen i Sandnes, måtte under enhver omstendighet vurderes nærmere og ytterligere undersøkelser i tilfelle foretas. Sosialkontoret hadde ikke fått noen underretning om av behandling var satt i gang uten hensyn til at det ennå ikke forelå noen avgjørelse fra sosialstyret. Tannlege Hamres overslag kom som nevnt først tilbake fra kontrolltannlegen den 24. oktober. Hvis spørsmålet om orientering til behandlende tannleger skulle gå inn i en rutine, ville det ha vært rimelig å vurdere det sammen med selve bidragsaken dersom det ikke forelå særlige omstendigheter som tilsa noe annet.

Selv om jeg finner at krav på erstatning på grunn av systemfeil allerede av denne grunn ikke kan føre frem, finner jeg grunn til å tilføye at jeg er enig med kommunens prosessfullmektig i at en generell underretningsrutine vil ha betenkelige sider. Det vil kunne virke uheldig, og forholdet til reglene i sosialomsorgsloven vil kunne være tvilsomt, hvis sosialkontoret skulle stille spørsmål utover det som er nødvendig for å fastslå behovet for tannbehandling og den manglende eve til å betale denne selv. Meddelelse av opplysninger til behandlende tannlege reiser også spørsmål i forhold til den taushetsplikt som sosialkontorets tjenestemenn er pålagt i lovens § 19. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette” (Rt 1981:320,321).

Høyesterett vektlegger at på det tidspunktet sosialkontoret fikk opplysninger som kunne tyde på at pasienten var narkoman, var tannlegebehandlingen allerede påbegynt, at opplysningene ikke ga noe sikkert grunnlag for å vite om pasienten var narkoman og at sosialkontoret ikke kunne bebreides for at de ikke kjente til risikoen for hepatittsmitte fra narkomane. I Fuglevatndommen (Rt 1986 1019)¹⁴⁵ følger argumentasjonen de tidligere utviklede kriteriene. Risikoen er stadig, reineierne kan ikke unngå risikoen, det vil si at reneierne ikke kan velge om de vil utsette seg for risikoen eller ikke. Videre fremheves det at risikoen er et typisk utslag av kraftverkets normale drift. I Rt 2000 388¹⁴⁶ vurderes risikoen som påregnelig og større enn det man vanligvis må akseptere gitt at man er i den situasjonen som skadelidte befinner seg i, altså psykotisk pasient:

”Det er – som fremhevet av fylkeskommunen – riktignok slik at det alltid vil foreligge muligheter for en innlagt psykiatrisk pasient til å skade seg selv. Den manglende vindussikringen utgjorde imidlertid en særpreget og ekstraordinær risiko i forhold til de risiki slike pasienter ellers møter på sykehuset. Jeg tilføyer at risikoen i dette tilfellet har vært av mer generell karakter enn tilfellet var i epileptikerdommen i Rt 1970-1192. Mens radiatoren i sistnevnte dom representerte en risiko bare for den skadelidte og ikke for andre som ble innsatt på cellen, innebar den manglende vindussikringen en risiko også for andre pasienter som ble innlagt ved avdelingen.

Jeg er blitt stående ved at sykehuseieren må bære de økonomiske konsekvenser av den skaderisikoen som her har foreligget. I denne sammenheng legger jeg betydelig vekt

¹⁴⁵ Ved nedtapping av vann i forbindelse med vassdragsregulering oppsto sprekkdannelse i isen. Reinsdyr falt i sprekker som lett ble skjult av snø.

¹⁴⁶ Saken gjaldt krav om erstatning for skader som en pasient ble påført da han som tvangsinnlagt knuste en vindusrute i sitt pasientværelse og kastet seg ut.

på at selv om det på dette tidspunkt ikke forelå forskrifter som på dette punkt stilte krav til den bygningsmessige standard på de psykiatriske sykehus, så innebar de usikrede vinduene et avvik fra det sikkerhetsnivå som på dette tidspunkt generelt ble ansett påkrevet” (Rt 2000:397).

Her baserer Høyesterett seg på uttalelser fra sakkyndige vitner som viser at alle pasientrom ved samtlige psykiatriske akuttavdelinger i landet (med mulig unntak av en) ”var sikrede på tiden for det i stevningen omhandlede forhold”(Rt 2000:397,398).

En ytterligere indikator på kontinuitet er at det ikke etableres nye avgjørelseskriterier i denne perioden. Det er eksempler på at nye argumenter trekkes inn, men det synes uklart hvorvidt disse etablerer regler siden jeg ikke har avgjørelser som kan bekrefte eller avkrefte dette. Høyesterett trekker inn hensynet til at Norge har tiltrådt internasjonale konvensjoner i saken der en gutt falt av et tog (Rt 1975 710):

”Det kan være grunn til å nevne at det resultat jeg er kommet til, er i samsvar med det som følger av tilleggsoverenskomst til internasjonal overenskomst om befordring av reisende og reisegods på jernbanene (CIV) av 25. februar 1961 angående jernbanens ansvar for reisendes død og skade, undertegnet i Bern 26. februar 1966, samt protokollene A og B. Tilleggsoverenskomsten er tiltrådt av Norge for så vidt angår utlendinger som befordres med jernbane i Norge. Jeg viser også til lov av 23. februar 1973 om befordring av personer og gods På jernbanene i henhold til internasjonale overenskomster av 7. februar 1970.

Det ville være lite rimelig om reisende som ikke går inn under overenskomsten, skulle være dårligere stillet” (Rt 1975:713,714).

Og i Røykedommen (Rt 2003 1546)¹⁴⁷ argumenterer Høyesterett med at det å statuere objektivt ansvar i en bestemt sak ikke tjener samfunnmessige behov:

”Lagmannsretten har, blant annet under henvisning til dette forhold, konkludert med at en konstatering av et objektivt erstatningsansvar forut for 1964 ikke kan fylle noe berettiget samfunnsbehov i dag eller for fremtiden, og at tiden på et vis ’har løpt fra problemstillingen’. Jeg ser det på samme måte” (Rt 2003 1560).

Selv om det her ikke kan konstateres at Høyesterett faktisk etablerer disse kriteriene, er det verdt å legge merke til at for å kunne trekke inn helt nye kriterier, er det nødvendig for dommerne å basere seg enten på nytte- og/eller verdivurderinger. Dette bekrefter tidligere funn om at eventuelt nye kriterier synes å etableres gjennom denne type vurderinger.

Det er et generelt inntrykk at det substansielle innholdet i regelen om ulovfestet objektivt ansvar nå er utviklet på en slik måte at Høyesterett ved hjelp av den etablerte regel kan møte de fleste situasjoner. Dette betyr at det ikke har oppstått situasjoner som Høyesterett ikke har vært i stand til å håndtere ved hjelp av den eksisterende regel. Argumentasjonen følger et etablert mønster i den forstand at når ansvar skal vurderes, finnes det et repertoar av argumenter å ta utgangspunkt i. Et repertoar som gjør det mulig for høyesterettsdommerne å innta ulike standpunkt og ha ulike oppfatninger om

¹⁴⁷ Saken gjaldt krav om fastsettelsesdom for at en tobakksprodusent var erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag overfor en skadelidt som etter vel 40 års sigarettøyking utviklet lungekreft og døde.

hvor grensene for hva som er påregnelig, ekstraordinært eller tilstrekkelig, faktisk går. Slik sett må regelens substansielle innhold kunne sies å være robust i den forstand at dommerne ved å ta utgangspunkt i de etablerte avgjørelseskriteriene blir i stand også til å møte nye og uforutsette situasjoner.

Regelens doméne

Høyesterett er, slik de også var det i perioden 1945 til 1979, tilbakeholdne med å utvide doménet for det objektive ansvaret. Det er en betydelig forskjell på å ilegge erstatningsansvar på objektivt grunnlag i svært spesielle situasjoner og det å statuere eller ikke statuere et objektivt ansvar for så omfattende virksomheter som jernbane eller sykehus. Jeg finner heller ikke i denne perioden dommer der erstatningen begrunnes ut fra et rent risikoansvar. Det vil si at en virksomhet, bedrift, ting eller innretning faktisk innebærer en slik risiko for sine omgivelser at det begrunner erstatning uten hensyn til skyld. Det er faktisk slik at Vannledningsdommen (Rt 1905:715) fortsatt er det tydeligste eksempel på en avgjørelse tatt ut fra et rent risikoansvar. Til tross for denne utviklingen impliserer dette at vi aldri kan vite når Høyesterett igjen vil akseptere eller argumentere for rent risikoansvar i en konkret situasjon eller et konkret område.

For jernbanens vedkommende er det flere dommer som illustrerer Høyesteretts tilbakeholdenhet.

I Reindommen Rt 1978 521¹⁴⁸ avvises det at det foreligger objektivt ansvar for jernbanen med henvisning til rettspraksis:

”Jeg kan ikke se at det er tilstrekkelig grunnlag for å statuere et så omfattende ansvar for NSB som det her er spørsmål om. Det er riktig, som anført av reieneierne, at en rekke av de momenter som kan gi grunnlag for å statuere et objektivt bedriftsansvar er til stede, men den rettspraksis som gjelder for farlig bedrift, gir ikke uten videre grunnlag for å trekke slutninger om ansvar for jernbanedrift. Det foreligger ikke noe tilfelle hvor Høyesterett har funnet statsbanene ansvarlige for påkjørsel på rent objektivt grunnlag” (Rt 1978:529).

De enkelte sakene der spørsmålet om jernbanens ansvar har vært oppe til vurdering, trekkes frem og førstvoterende konkluderer med at ingen av disse sakene statuerer et rent objektivt ansvar for jernbanen. Heller ikke de foreliggende høyesterettsdommene om påkjørsel av husdyr på planoverganger forstås slik at de statuerer et objektivt ansvar. Når det gjelder spørsmålet om påkjørsel av husdyr som er kommet inn på linjen, foreligger det ingen høyesterettsdommer.

Også Hauketoddommen Rt 1985 1011¹⁴⁹ er interessant blant annet fordi den veldig klart slår fast at det ikke eksisterer noe rent objektivt ansvar for skader ved påkjørsler av tog. Det heter nemlig:

¹⁴⁸ Saken gjaldt spørsmål om erstatning for påkjørte rein på Nordlandsbanen.

¹⁴⁹ En mann som sto ytterst på perrongkanten, ble truffet i hodet av en lykt festet til styrevognen på et hurtigtog som passerte. Normalt skulle toget ha kommet på et annet spor.

”Jeg er kommet til samme resultat som byretten og ser saken slik: Det rettslige utgangspunkt i saken, som for øvrig partene er enige om, er at NSB ikke har noe rent objektivt ansvar for skader ved påkjørsler av tog. Jeg nøyer meg med å vise til bemerkningene i dommen i Rt 1978 521, særlig side 529” (Rt 1985:1014).

Videre slås det fast at skaden ikke skyldes feil eller uaktsomhet og for at det skal foreligge erstatningsansvar i dette tilfellet, slår førstvoterende fast at det må foreligge en spesiell fare ved driften som NSB ikke har sikret seg tilstrekkelig mot:

”Skal NSB likevel være erstatningsansvarlig for den skade som rammet Trygve Paulsen, må det derfor etter min mening være fordi det her har foreligget en spesiell fare ved jernbanedriften som NSB ikke kan sies å ha truffet rimelige sikringstiltak mot” (Rt 1985:1015).

I Fuglevatn dommen (Rt 1986 1019),¹⁵⁰ der reineiere ble tilkjent erstatning av kraftlaget etter de ulovfestede regler for objektivt bedriftsansvar, diskuteres det hvorvidt Reindommen (Rt 1978 521) er et prejudikat mot ansvar i denne saken:

”Etter min mening er denne avgjørelse ikke avgjørende for vurderingen av den foreliggende sak. Avgjørelsen ble truffet under dissens, idet to dommere stemte for å pålegge NSB ansvar. Også flertallet delte seg med hensyn til begrunnelsen. De enkelte momenter i begrunnelsen får derfor en begrenset betydning ved vurderingen av andre saker. Det er også klare forskjeller i saksforholdet i NSB-saken og den foreliggende sak. I NSB-saken var det tale om ansvar for jernbanedrift, hvor det etter rettspraksis ikke gjelder noe objektivt ansvar for påkjørsler. Flertallet reserverte seg riktignok mot at dette forhold skulle tillegges avgjørende betydning. – Dessuten gjaldt saken ansvar for skader over en meget lang strekning der risikoen varierte, mens saken her gjelder skader på et meget begrenset område. En vesentlig forskjell er videre at NSB betalte erstatning for påkjørte dyr etter en helt fast etablert ordning. Saken gjaldt egentlig spørsmål om det skulle betales en erstatning i tillegg” (Rt 1986:1025,1026).

Det er verdt å legge merke til at NSB fortsatt står i en annen stilling. Denne tilbakeholdenhet kan ikke forklares med at man ikke har tilstrekkelige kriterier eller at disse ikke er oppfylt. Det er de tidligere avvisningene av objektivt ansvar som finnes bindende for senere retters avgjørelser.

Når Høyesterett diskuterer sykehus og helsevesenets ansvar, legges det vekt på tidligere rettspraksis, og man opprettholder en tilbakeholdenhet med å ilegge sykehus objektivt ansvar. I Ulnarisnervedommen Rt 1980 1299¹⁵¹ sier førstvoterende:

”Jeg finner det formålstjenlig i denne sak først å ta stilling til om sykehuset på objektivt grunnlag kan gjøres erstatningsansvarlig for den skaden som har rammet den ankende part. Innledningsvis må det pekes på at man ikke har å gjøre med en skade på pasienten som er inntrådt som følge av svikt i tekniske hjelpemidler som nyttes på sykehuset. Man står overfor spørsmålet om sykehuset uten hensyn til skyld skal gjøres erstatningsansvarlig for skade som påføres en pasient, når den er en følge av en helt ut adekvat medisinsk behandling. Dette spørsmål ble forelagt Høyesterett i den saken som er gjengitt i Rt 1978 482. Spørsmålet ble besvart benektende, og jeg henholder meg til hva førstvoterende har uttalt om gjeldende rett.

¹⁵⁰ Reinsdyr gikk gjennom isen i forbindelse med nedtapping av et vann.

¹⁵¹ En kvinne ble i forbindelse med en operasjon påført skade på ulnarisnerven.

Etter den ankende parts oppfatning danner dog denne avgjørelse ikke noe prejudikat som må følges i den foreliggende sak, da det mellom tilfellene er stor forskjell. Den stikker etter den ankende parts mening i at det i saken fra 1978 dreide seg om en operasjon som tok sikte på og var nødvendig for å stoppe en livstruende sykdom, mens det her er tale om et inngrep som hadde til formål å befri pasienten for en plage som selv uten kirurgisk behandling ville ha forsvunnet etter noen års forløp. Etter min oppfatning er det utslagsgivende at man i nærværende sak står overfor en operasjon som var fullt ut medisinsk indikert, og det syn Høyesterett la til grunn for dommen i 1978, har da full relevans. Jeg finner grunn til å føye til at det ikke på dette punkt i saken kan tillegges vekt at operasjonen kan betegnes som rutinemessig” (Rt 1980:1304,1305).

Én dommer kom til et annet resultat:

”Avgjørende for meg er at man har men en komplikasjonsmulighet å gjøre som ifølge de sakkyndige skal være kjent for det personale som har med pasienten å gjøre under operasjonen og oppvåkning, at de forhold som kan medføre komplikasjonen er lett synlige – som nevnt utelukker jeg spesiell predisposisjon hos pasienten i det foreliggende tilfelle – og at det er teknisk meget enkelt å utelukke disse skadefaktorer eller rette på feil som oppstår underveis” (Rt 1980:1309)

I denne avgjørelsen føres det en omfattende diskusjon om sannsynlighetsovervekt for at skaden kunne tilbakeføres til forhold som kunne bebreides personalet som uaktsomhet.

Dette er igjen et godt eksempel på at disse dommene handler om hvilken type risiko vi som borgere må akseptere å leve med, og hvilke type risiko som Høyesterett mener kan medføre erstatningsansvar. I Hiv dommen (Rt 1990 768) der en pasient ble påført HIV-smitte gjennom helt nødvendige blodoverføringer, går Høyesterett først gjennom hva rettspraksis tidligere har uttalt og vektlagt når tilsvarende spørsmål har vært behandlet av Høyesterett og diskuterer likheter og forskjeller i forhold til den saken som her er opp til behandling:

”Jeg går så over til spørsmålet om erstatningsansvar for det offentlige på objektivt grunnlag. Høyesterett har i flere dommer innenfor de siste 30 år måttet ta standpunkt til spørsmålet om objektivt ansvar for skader som er påført under sykehusopphold og behandling i sykehus eller innenfor helsevesenet ellers. Ved dom i Rt 1960 841 tilkjente Høyesterett erstatning på objektivt grunnlag for skade påført gjennom koppevaksinasjon. Saken var imidlertid særegen, idet slik vaksinasjon var en betingelse for påmønstring som sjømann i utenriksfart. For den skadede, som ville ut i slik fart, var vaksinasjonen for så vidt tvungen. Det ble lagt avgjørende vekt på dette, og anført at det måtte være rimelig og riktig at staten, som hadde påbudt vaksinasjonsinngrepet i samfunnets interesse, også tok den økonomiske risiko for skader som dette måtte medføre. Der er visse likhetspunkter mellom denne saken og vår sak, for så vidt som det i begge tilfelle dreier seg om skade som følge av at noe bevisst tilføres den skadede vaksine eller blod, og at dette skjer med viten om at handlingen innebærer en viss risiko – vaksinen kan i noen tilfelle føre til hjernehinnebetennelse, blodet fra blodbanken kan tenkes å være infisert og å tilføre pasienten smitte.

Der er imidlertid også vesentlig forskjell mellom sakene. I vaksinasjonstilfellet var det samfunnets interesse som var den dominerende årsak til at sjømannen utsattes for risikoen. Man ville hindre at han ved hjemkomsten brakte koppesmitte til landet. At vaksinen også beskyttet sjømannen selv, ble i sammenligning med dette en biting. I vår sak kan det riktignok vises til at det var i samfunnets interesse at blodbanken fortsatte sin virksomhet, til tross for muligheten for overføring av smitte. Men det står her på en helt annen måte som sentralt, at det som gjøres skjer i pasientens egen interesse. Blodoverføringen

var et helt nødvendig ledd i behandlingen av A. Uten den ville hun så vidt skjønnes ikke ha overlevd operasjonen, som medførte et blodtap på mer enn 40 prosent. De avgjørelser som ellers foreligger, forkaster tanken på objektivt ansvar for sykehusskader. Ved avgjørelse i Rt 1960 1235 fastslo Høyesterett at det ikke gjelder noe alminnelig objektivt ansvar for smitte påført pasienter under opphold på sykehus. Saken gjaldt påføring av tuberkulose under opphold i militært lasarett. Synspunktet om at det ikke gjelder noe objektivt ansvar for sykehus ble fastholdt i avgjørelse i Rt 1978 482, som gjaldt sårskader etter røntgenbehandling – postoperativ behandling. Synspunktet har vært fastholdt også i senere avgjørelser” (Rt 1990:776).

I Rt 2000 388 der en pasient ble påført skade da han som tvangsinnlagt knuste en vindusrute i sitt pasientværelse og kastet seg ut, gir førstvoterende sitt syn på hva som oppfattes å være rettsstilstanden på området, altså her spørsmål om objektivt erstatningsansvar for skader som inntreffer på sykehus og eller under utøvelse av helsetjenester. Her heter det blant annet:

”Det må imidlertid fremheves at det er et generelt objektivt erstatningsansvar som Høyesterett har stilt seg avvisende til. I dommene i Rt-1960-1235, Rt-1978-482 og Rt 1980-1299 ble det tatt forbehold for tilfeller hvor skaden skyldes svikt av teknisk eller annen art. I dommen i Rt-1990-768 ble det i tilknytning til det aktuelle skadetilfellet uttalt om begrepet ’svikt’ at det forutsetter at det ’ikke er forholdt i samsvar med fastsatte normer, eller at det foreligger en mangel på et område hvor myndighetene hadde mulighet til å påvirke’. I andre sammenhenger har Høyesterett pålagt objektivt erstatningsansvar for ulykker som – i ’utviklingens medfør’ – er blitt en teknisk ufullkommenhet ved innretningen, jf. 1948-1111, og ved såkalte uforsvarlige ordninger, jf. Særlig Rt-1970-1192. Sistnevnte dom gjaldt en sikringsdømt epileptiker som var anbrakt i et hjelpefengsel, og som under et anfall i cellen forbrant begge hendene på radiatoren som var dampoppvarmet med høy overflatetemperatur. Rettens flertall – tre dommere – påla staten ansvar på objektivt grunnlag. Flertallet fant at radiatoren representerte et – for epileptikeren – et særskilt og utpreget faremoment, og det ble antatt at anbringelsen i fengselet under disse omstendigheter ikke var ’tilstrekkelig betryggende og forsvarlig ordnet’. Bedømmelsen av den manglende vindussikringen på As pasientrom må skje på bakgrunn av situasjonen på lukket avdeling ved X Sentralsjukehus. Avdelingen overtar omsorgen for pasienter – tvangsinnlagte og frivillig innlagte – som ikke kan ta vare på seg selv. Risikovurderingen av innretninger på avdelingen må skje i lys av dette” (Rt 2000:395).

Det går igjen i de dommene jeg har analysert at når det gjelder sporvei, tog og sykehus, er Høyesterett svært tilbakeholdne med å etablere et objektivt ansvar.

Utvidelse av doménet – produktansvaret

På et område utvides doménet for det objektive ansvaret; det som kan gå under betegnelsen produktansvaret. Som nevnt innledningsvis er det fire saker der skaden er knyttet til ulike typer produkter. To av sakene dreide seg om skader som følge av bruk av p-piller (Rt 1974 1160 og Rt 1992 64)¹⁵², en sak dreide seg om oppsmuldring av

¹⁵² P-pille-dom I (Rt 1974 1160) dreide seg om en kvinne som døde av en hjertesykdom etter å ha brukt p-pillen Anovlar. Hennes mann mente at dødsfallet skyldtes bivirkninger av pillebruken og anla på egne og to mindreårige barns vegne sak mot produsenten med krav om erstatning for tap av forsørger. P-Pilledom II (Rt 1992 64) dreide seg om en kvinne som fikk hjerneslag og meget betydelige lammelser etter bruk av p-piller.

lettbetongprodukter (Rt 1993 1201)¹⁵³ og en sak dreide seg om skader som følge av sigarettøking (Rt 2003 1546).

I den første p-pilledommen (Rt 1974 1160) fant en enstemmig Høyesterett at det ikke var årsakssammenheng mellom p-pille bruk og dødsfall og derfor ikke grunnlag for å ilegge erstatningsansvar. I denne avgjørelsen er det selve årsakssammenhengen som gjøres til gjenstand for svært omfattende behandling. Førstvoterende fant at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å trekke den slutning at det var p-pille bruken som forårsaket dødsfallet. Han understreket at avgjørende for hans syn på saken var at det ved hvert ledd i årsaksresonnementet gjorde seg gjeldende bevisvil av til dels betydelig styrke og at det var den samlede vekt av bevisvilen som måtte tas i betraktning når det skulle tas standpunkt til om årsakssammenheng forelå. I dommen ble det foretatt omfattende diskusjoner av hva den primære dødsårsaken måtte antas å være: hjerteinfarkt eller myokarditt. En rekke sakkyndige ble konsultert hvorav fem var patologer. Av dem holdt professor D. Teare, London og professor Eivind Myhre, Oslo sterkt på myokarditt, mens professor Jørgen Dahlgaard, Århus og professor Jørgensen holdt like sterkt på hjerteinfarkt. Den femte patolog, professor N. H. Sternby, Malmø uttalte seg ikke om spørsmålet. Det var videre en relativt omfattende diskusjon av sakens fakta som førstvoterende fant at det hersket stor usikkerhet omkring. Blant annet hvor stort omfang bruken av p-pillen var for avdøde. Det vises her både til opplysninger i obduksjonsjournalen og til artikler som obdusentene skrev i medisinske tidsskrifter. Førstvoterende konkluderte slik:

”Etter den gjennomgåelse jeg nå har foretatt, må konklusjonen bli at vi har å gjøre med et tilfelle hvor den tidsmessige sammenheng mellom kvinnens død og forutgående bruk av p-piller byr på en rekke tvilsmomenter. Bruken har under ingen omstendigheter foregått i mer enn noen få måneder, kanskje i et atskillig kortere tidsrom; om kvantumet vet vi intet sikkert det kan dreie seg om 71 piller, men kanskje om bare 11. Og på det tidspunkt dødsfallet fant sted, var det etter all sannsynlighet gått så lang tid (6 uker) siden pillen sist ble tatt, at østrogenpåvirkning av koaguleringsfaktorene i blodet etter en normalberegning ikke lenger skulle være til stede. Det er mulig, men ikke sikkert, at den hos fru A påviste hjertetrombose var primær årsak til hennes død. Det er mulig, men ikke vitenskapelig bevist, at også denne form for trombose kan ha sammenheng med bruk av østrogenholdige orale antikonsepsjonsmidler som Anovlar. Om en slik sammenheng foreligger, har den imidlertid hittil bare manifestert seg i et forsvinnende lite antall sykdomstilfelle sett på bakgrunn av at spiller (må være piller, min kommentar) – til dels med meget høyere østrogeninnhold enn Anovlar – nå gjennom mange år har vært brukt regelmessig og over lange perioder av hundretusener av kvinner. At årsakssammenheng skulle foreligge nettopp i et tilfelle som fru A’s – med de særtrekk det har når det gjelder omfanget av og tiden for pillebruken – kan jeg ikke anse sannsynlig. Noen rimelig sannsynlighetsovervekt som kan begrunne et erstatningskrav mot pilleprodusenten, foreligger etter min mening iallfall ikke, hva enten kravet bygges på uaktsom informasjonssvikt eller på objektive grunnlag” (Rt 1974:1174).

¹⁵³ Saken gjaldt oppsmuldring av lettbetongblokker som var brukt i grunnmurer. Etter noen år smuldret blokkene opp på grunn av for høyt svovelinnhold og måtte skiftes ut.

I denne avgjørelsen finner en enstemmig Høyesterett at det ikke er årsakssammenheng mellom p-pille bruk og dødsfall. Etter en svært omfattende diskusjon (denne dommen er på ca. 60 sider) der de sakkyndige ikke er enige om dødsårsaken og heller ikke om hjertetrombose kunne ha sammenheng med p-pillebruken, fant førstvoterende det ikke sannsynlig at det i dette tilfellet har vært en slik sammenheng. Det er denne mangel på rimelig sannsynlighetsovervekt som gjør at man ikke ilegger et erstatningsansvar verken på subjektivt eller objektivt grunnlag.

I P-pilledom II (Rt 1992 64) delte Høyesterett seg i et flertall på tre og et mindretall på to. Flertallet fant at det var sannsynlighetsovervekt for at bruk av en bestemt p-pille hadde vært en nødvendig årsak til skadelidtes hjernetrombose, mens mindretallet ikke fant å kunne konkludere med sannsynlighetsovervekt. Det ble for Høyesterett oppnevnt 4 sakkyndige som med varierende fagkunnskap (en gynekolog, en statistiker, en biokjemiker og en nevrolog) og omfattende forskningsmateriale skulle bidra til å avklare om p-pillen hadde vært nødvendig årsak til skadelidtes hjernetrombose. Saken kjennetegnes av en svært omfattende og komplisert diskusjon av dette spørsmålet. I P-pille dom I (Rt 1974 1160) kom Høyesterett fram til at en slik årsakssammenheng ikke forelå. Begge disse sakene inneholder det som benevnes som "tvilsomme elementer", men førstvoterende finner at denne saken inneholder færre slike elementer enn den forrige saken og finner "etter en samlet vurdering" at det er sannsynlighetsovervekt for at p-pillen var en nødvendig årsak til skadelidtes trombose.

Diskusjonen handler om å etablere en direkte sammenheng mellom den påståtte skadeårsak og skaden. Kompleksiteten i diskusjonen øker ytterligere fordi både selve årsaksbegrepet internt i den medisinske forskning diskuteres og brukes ulikt av ekspertene og at erstatningsretten og naturvitenskapen i en slik sammenheng har ulike krev når det gjelder å etablere årsakssammenheng. Den dissenterende dommer erklærte seg enig med førstvoterende i oppfatningene om årsakskravets rettslige innhold, men fant at det ikke forelå tilstrekkelig bevis for å konkludere med sannsynlighetsovervekt for denne sammenhengen. Når flertallet først hadde konkludert med sannsynlighetsovervekt for at det var p-pillebruken som førte til skaden, fulgte diskusjonen følgende mønster: Det første spørsmålet som ble tatt opp, var spørsmålet om det forelå en kjent risiko:

"Saken gjelder en type skade som rammer et meget lite antall av de kvinner som bruker p-piller, uten at det foreligger noen feil ved tilvirkningen av produktet. Risikoen var kjent på det aktuelle tidspunkt. På tross av risikoen har det vært ansett forsvarlig å markedsføre p-piller. Vi har for oss et tilfelle av det som i juridisk teori har vært omtalt som systemfeil. Det er ikke nødvendig å ta stilling til hvorledes saken skulle vært bedømt dersom trombosen skyldtes en risiko ved p-pillen som var ukjent, dersom skaden hadde vært forårsaket av et legemiddel forskrevet i terapeutisk øyemed eller dersom skaden hadde vært av mindre alvorlig karakter" (Rt 1992:78).

Og videre:

"De hensyn som taler for objektivt ansvar i denne saken er langt på vei sammenfallende med de hensyn som har båret frem det ulovfestede objektive erstatningsansvar på andre

områder: Risikoen er skapt ved utviklingen av nye produkter. Brukeren kan vanskelig vite om hun befinner seg i en risikogruppe. Det er en forsvinnende liten andel av brukerne som rammes, men konsekvensene for de som rammes kan bli katastrofale. Når p-pillen likevel tillates markedsført, er det fordi den anses for å ha overveiende positiv betydning for de mange kvinner som bruker den. Det kan på denne bakgrunn hevdes at tapet for de få brukere som rammes katastrofalt bør dekkes av produsenten som kan kalkulere dette som en omkostning. – Det foreligger som nevnt ikke tidligere rettspraksis i beslektede saker av særlig betydning for avgjørelsen av saken, men jeg vil likevel nevne koppevaksinedommen i Rt 1960 841.

Erstatningsansvaret ble riktignok der pålagt staten som hadde påbudt koppevaksineringsen, men de betraktninger om risikoens karakter som dommen bygger på, har en viss vekt også i vår sak” (Rt 1992:79).

Førstvoterende argumenterer slik jeg vil forvente gitt de utviklede kriteriene. Førstvoterende er også eksplisitt på dette spørsmålet når han sier at risikoen er skapt ved utviklingen av produktet; brukeren kan ikke vite om en er i risikogruppen, altså er det en variant av ikke å være kjent med den risiko man utsetter seg for. Det fremheves også at produsenten kan kalkulere dette som en omkostning, et utsagn som er svært tydelig med hensyn til å legge vekt på muligheten til å pulverisere ansvaret. Videre at selv om det er svært få som rammes, er konsekvensene svært store og koppevaksinedommen trekkes inn:

”Når jeg har vært i tvil om det bør pålegges objektivt ansvar i dette tilfellet, skyldes det at en rekke forhold kan medvirke til at det oppstår arterielle hjernetromboser, og at dette til dels er risikofaktorer som man frivillig utsetter seg for. Jeg er imidlertid kommet til at denne innvendingen ikke kan være avgjørende. Når det gjelder kvinner som røker og nyter alkohol, må disse antas å utgjøre en betydelig del av produsentenes kundegrunnlag. Risikoen for tromboser er statistisk sett meget liten også for denne del av p-pillebrukerne, selv om risikoen f. eks skulle fordobles, og man vet ikke på forhånd hvilke personer innen gruppen som kan være utsatt for å bli rammet. På denne bakgrunn finner jeg det ikke riktig å unnta fra produsentens ansvar de tilfeller hvor røyking eller alkoholnyttelse må antas å ha vært en av de samvirkende skadeårsaker, iallfall ikke når røykingen og alkoholnyttelsen har ligget innenfor moderate rammer. Jeg tilføyer at det objektive legemiddelansvaret etter produktansvarsloven gjelder generelt for denne type skader, selv om disse også kan ha andre årsaker enn p-pillebruk” (Rt 1992:79,80).

Førstvoterende tok også opp spørsmålet om dette er et område som det er riktig å overlate til lovgiver:

”Ankemotparten har med styrke vist til at lagmannsretten i saken fra 1974 la avgjørende vekt på at fastsettelsen av et objektivt ansvar for denne type skader ville reise så mange kompliserte spørsmål, blant annet ved avgrensningen av ansvaret, at det måtte være riktig å overlate til lovgiver å ta stilling til spørsmålet.

Jeg er enig i at det fremtrer som en hensiktsmessig ordning at dette nå er blitt gjenstand for lovgivning etter et forutgående utredningsarbeid. Men jeg er likevel kommet til at slike betraktninger ikke kan være en avgjørende innvending mot et objektivt erstatningsansvar for skadetilfeller forut for loven, dersom et slikt ansvar ellers har de beste grunner for seg, noe jeg er blitt stående ved.

Da A i 1976 ble syk var produktansvarsutvalget nedsatt. Jeg kan ikke se at spørsmålet står i en annen stilling fordi en lovregulering da var på trappene. På bakgrunn av prosedyren vil jeg imidlertid knytte er par bemerkninger til dommen i Rt 1990 768. Der kom Høyesterett – blant annet på bakgrunn av tidligere rettspraksis – til at ’gjeldende

rette ikke (ga) grunnlag for objektivt ansvar for det offentlige' ved et tilfelle av Hiv-smitte ved blodoverføring i forbindelse med en operasjon. Førstvoterende tilføyde at det i 1987 var nedsatt et lovutvalg for å utrede og eventuelt foreslå lovbestemmelser om objektivt ansvar for skader påført ved behandling innenfor helsevesenet, og uttalte at domstolene i en slik situasjon bør 'vise tilbakeholdenhet med en rettskapende virksomhet'. I avgjørelsen fra 1990 la imidlertid førstvoterende til grunn at den foreliggende rettspraksis 'har stilt seg avvisende' til et objektivt ansvar ved smitteskader under slike forhold som saken gjaldt. I vår sak skal derimot Høyesterett ta stilling til et rettsspørsmål som er uavklart i tidligere rettspraksis.

Det forhold at utredningsarbeidet ved produktansvarutvalget var satt i gang, kan i denne situasjon ikke i seg selv medføre endring i den foreliggende rettstilstand. At skadetilfeller forut for loven av 1988 må avgjøres etter andre regler enn de som omfattes av loven, vil være situasjonen uten hensyn til utfallet av denne saken, og det kan – slik jeg ser det – ikke anføres mot å pålegge objektivt ansvar i dette tilfellet" (Rt 1992:80).

Når årsakssammenhengen først er etablert, er diskusjonen rundt ansvarsgrunnlaget relativt klassisk. Det vil si at det er gjennom de tidligere utviklede kriteriene og med henvisning til tidligere praksis at doménet her på denne måten utvides. Når Høyesterett først hadde konkludert med sannsynlighetsovervekt, fulgte argumentasjonen det etablerte mønster for avgjørelser av objektivt ansvar. Det som imidlertid skiller argumentasjonen her i forhold til øvrige saker, var at området var lovregulert mellom skadetidspunkt og domsavsigelse slik at betydningen av lovgivning på området også tas inn i vurderingen. Førstvoterende argumenterer her for at det ikke er treffende å stille spørsmål om det gjaldt et "objektivt produktansvar" før loven av 1988, men om hva som er rekkevidden for det ulovfestede objektive ansvaret på dette området og at det heller ikke kunne brukes som et argument mot objektivt ansvar i denne saken at området nå er blitt gjenstand for lovgivning. Gjennom å tydeliggjøre rettstilstanden, mer enn å henvise til en lære om objektivt ansvar, utvider Høyesterett doménet til det objektive ansvaret. Det samme var tilfelle for saken om lettbetongblokker som smuldret opp (Rt 1993 1201). Høyesterett fant produsenten ansvarlig på objektivt grunnlag, og førstvoterende uttalte at man her ikke kan være upåvirket av den løsning som lovgiver har valgt. Høyesterett bruker her produktansvarsloven til å styrke beslutningen om erstatningsansvar ut fra reglene om ulovfestet objektivt ansvar. Dette vil jeg komme tilbake til i et eget avsnitt som omhandler hvordan Høyesterett tydeliggjør rettstilstanden og hvilken betydning dette kan ha.

I Lettbetongdommen (Rt 1993 1201) er det de tidligere utviklede kriteriene om hvem som er nærmest til å bære risikoen og spørsmålet om teknisk feil som førstvoterende finner aktuelt å anvende i denne saken:

"Jeg ser etter dette først på forholdet til læren om objektivt bedriftsansvar. Dette ansvar er dannet ved rettspraksis over en periode på mer enn 100 år, og det er stadig blitt utviklet videre i pakt med behovene i det moderne industri- og servicesamfunn. Noen tidligere rettsavgjørelser som tar standpunkt til et tilfelle som er parallelt til det vi har med å gjøre, foreligger så vidt jeg vet ikke. Skal man søke tilknytning til noen av de hensyn som er trukket frem i rettspraksis ved fastleggingen av det objektive bedriftsansvar, er det naturlig å feste seg ved læren om teknisk feil og risikofordeling.

Selv om ansvar for teknisk feil hittil har begrenset seg til enkeltstående tilfelle, er det etter min mening som utgangspunkt naturlig å se ansvarforholdet på samme måte når det

foreligger en feil som gjør at en hel produksjon blir mangelfull. Det som karakteriserer begge situasjoner, er at det foreligger en fabrikasjonsfeil som lett vil føre til skade og tap” (Rt 1993:1206).

Spørsmålet om det foreligger det som tidligere ble betegnet som teknisk ufullkommenhet, drøftes i forhold til om det kan anvendes på en hel produksjon eller bare på enkeltstående tilfelle slik rettspraksis har forholdt seg til tidligere. Førstvoterende argumenterte med at det er naturlig å se ansvarsforholdet på samme måte fordi feilen lett vil føre til skade eller tap.

I saken om sykdom påført gjennom sigarettøyking (Rt 2003 1546), den såkalte Røykedommen, ble det ikke gitt erstatning, og i produktansvarsloven er det tatt reservasjon for kjente risikoer som bruk av tobakk. Også denne saken avgjøres ut fra reglene som gjaldt før loven trådte i kraft, og debatten følger de helt klassisk opptrukne kriterier når det gjelder risiko, mens ”kjente risiki” er det kriteriet som blir utslagsgivende og begrunner at det ikke gis erstatning i denne saken. En mulig forklaring er at nettopp dette kriteriet gir grunnlag for unntak etter loven.

På tidspunktet da saken kom opp for Høyesterett, var produktansvarsloven trådt i kraft. Denne loven regulerer det erstatningsansvaret som en produsent har for skade som voldes av et produkt; i loven er det tatt reservasjon for kjente risikoer som bruk av alkohol og tobakk.

I dommen vises det til at skaden som Robert Lund ble påført, ligger i tid lenge før produktansvarsloven loven trådte i kraft og at produktansvarsloven ikke får betydning i denne saken. Førstvoterende sier at de vilkår som må være oppfylt for at det skal forligge et ulovfestet objektivt erstatningsansvar, er i rettspraksis knyttet til betraktninger rundt ulike sider ved skaderisikoen. Argumentasjonen følger de tidligere opptrukne kriteriene for det objektive ansvaret:

Først til spørsmålet om risikoen var typisk:

”Den helserisiko som tobakksrøykerne utsettes for, er som nevnt regelmessig slik at den først etter mange år, og oftest etter mange års røyking, kan resultere i påviselige skader. Til tross for dette må risikoen kunne karakteriseres både som stadig og vedvarende. Både Tiedemanns og andre tobakksfabrikanter hadde i den perioden som er aktuell i vår sak, de kunnskaper om helserisiko som til enhver tid med rimelighet var tilgjengelige. Det er således heller ikke tvilsomt at det er tale om en typisk risiko. Det var ikke upåregnelig for skadevolderen at en del av røykerne før eller senere kunne bli påført helseskade, også av alvorlig karakter, Så langt er det derfor tale om en risiko med særtrekk som kan være forenlig med et objektivt erstatningsansvar” (Rt 2003:1553,1554).

Etter å ha slått fast at risikoen er typisk blir spørsmålet om den er ekstraordinær diskutert:

”Det er i enkelte av de dommer som danner grunnlaget for det ulovfestede objektive erstatningsansvaret, også fremhevet at risikoen må være ekstraordinær. Spørsmålet kan reises hva enten man ser risikoen fra skadevolderens eller skadelidtes ståsted. Man har med dette blant annet ment å sette en grense mot det som kan betegnes som dagliglivets risiko, som normalt vil falle utenfor det objektive ansvaret. I vår sak hører unektelig selve røykingen med til dagliglivet. Men risikoen for skade, som rammer mange røykere meget

hardt på et senere tidspunkt, må vel sies å overstige 'hva dagliglivet ellers fører med seg av farer' jf. Rt 1966 1532, hvor skade påført av en svingdør ikke førte til ansvar.

Når den risiko som for skadelidte fortøner seg som ekstraordinær, lettere kan lede til et objektivt erstatningsansvar for skadevolderen, henger dette sammen med det behov for erstatningsrettslig vern som skadelidte vil ha: Den ekstraordinære risikoen fremstår lett som uventet og upåregnelig, og skadelidte har da mindre muligheter for selv å ta sine forholdsregler mot å bli påført skade. Det er i tidligere dommer fremhevet at det ulovfestede objektive erstatningsansvaret skal dekke den uventede eller upåregnelige skade, se for eksempel dommen i Rt 1939 766, hvor det ble fastslått ansvar etter at en gesims hadde falt ned, og på den annen side dommen i Rt 1957 1011, hvor manglende rekkverk på en bro ikke førte til ansvar. Som jeg kommer tilbake til, kan man i vår sak vanskelig hevde at risikoen for Robert Lund fremsto som uventet eller upåregnelig" (Rt 2003:1554).

Argumentasjonen er at risikoen finnes å være ekstraordinær og typisk, men spørsmålet som videre må tas opp er om risikoen fremsto som uventet eller upåregnelig. Derfor blir det neste spørsmålet som diskuteres: hvilken kunnskap om helserisikoen ved røyking har den alminnelige forbruker hatt i tidsrommet fra 1950 til 1975. Fra 1975 antar også den ankende part at kunnskapen var brakt på et slikt nivå at røyking etter dette tidspunkt skjedde på eget ansvar. Spørsmålet i saken er dermed om Tiedemanns var erstatningsansvarlig for de helseskader som kan føres tilbake til Robert Lunds Røyking i tiden forut for 1975, eller eventuelt forut for et tidligere tidspunkt. Aktuelle skjæringspunkter ble for Høyesterett antydnet som senere på 1950-tallet, 1964 eller 1970. Det ble for Høyesterett lagt frem et betydelig materiale om folks kunnskap om helseskader ved røyking både i form av utklipp fra aviser, tidsskriftsartikler etc. i tillegg til at begge parter hadde engasjert sakkyndige som også avga forklaring ved bevisopptak. På denne bakgrunn uttaler førstvoterende:

"Kunnskapen hos folk flest om denne helserisikoen har sitt utgangspunkt først og fremst i de resultater som den medisinske forskningen til enhver tid var kommet frem til. I den 25-års perioden som har interesse i vår sak, foregikk det en kontinuerlig forskning både i Norge og ikke minst i utlandet. Enkelt sagt ble den helserisiko som legene allerede i 1950 hadde grunn til å regne med, ikke bare bekreftet, men også forsterket gjennom denne perioden. Det var her tale som forskning omkring en helserisiko som i høyeste grad var knyttet til alminnelige menneskers vaner i hverdagen, og som den enkelte ved egen adferd hadde mulighet for å fjerne. Det er derfor forståelig at det var stor interesse for de resultater som forskningen brakte frem. Likevel gikk det nødvendigvis en viss tid fra resultatene var publisert overfor medisinsk kyndige lesere, til den alminnelige kvinne og mann kunne ta del i dem" (Rt 2003:1555)

Førstvoterende går deretter grundig inn på det som skjedde i 1964 og viser til at dette året er det året i den aktuelle periode der det skrives mest om røyking og helse i avisene og det året der både den amerikanske og norske helsedirektøren legger frem dokumentasjon på at sigarettøyking utgjør et alvorlig helseproblem, blant annet med stor risiko for utvikling av lungekreft og andre sykdommer. Videre at risikoen kan reduseres dersom røykingen opphører. Blant annet på denne bakgrunn konkluderer førstvoterende:

”Til tross for at svært mange sigarettøykere fortsatt ikke tok konsekvensene av den medisinske kunnskap som forskningen hadde brakt fram, mener jeg at forbrukerne i alle fall i 1964 hadde fått slik informasjon om helseskade at en alminnelig forstandig person ville ta det med i sin vurdering om hvordan han ønsket å innrette seg. Slik jeg ser det, kan det ikke være tvilsomt at Robert Lunds røyking etter dette tidspunkt skjedde for egen risiko” (Rt 2003:1556).

Etter dette gjensto spørsmålet om Tiedemanns hadde et objektivt erstatningsansvar i tiårsperioden forut for 1964. Førstvoterende understreker at opplysningene fra den perioden er langt mer sparsomme enn for de øvrige periodene og argumenterer slik:

”Mitt samlede inntrykk av det materiale som er fremlagt om situasjonen fra første halvdel av 1950-årene og frem til 1964, er at legevitenheten på den tid ennå ikke hadde fått sikker viten om direkte årsakssammenheng mellom sigarettøyking og lungekreft og andre alvorlige helseskader. Som allerede nevnt hadde man behov for en langvarig observasjonstid før det kunne trekkes sikre konklusjoner. Selv om man nærmet seg avslutningen var det i denne perioden ikke mulig å trekke konklusjoner med den grad av sikkerhet som måtte kreves. Men det materiale som man etter hvert fikk, ga klarere og klarere holdepunkter for at det var en slik direkte sammenheng.

I denne siste 10-årsperioden før de endelige konklusjoner kunne trekkes, var sammenhengen mellom røyking og helseskader ikke ukjent for den alminnelige kvinne og mann. Men i mangel av de helt klare bevis var det i større grad enn senere overlatt til den enkelte i hvilken grad man ønsket å tro på det man fra tid til annen leste og hørte om tobakkens skadelige virkninger. Og den gang som nå var det helt opp til den enkelte om man valgte å ta sjansen. Det sentrale for meg er at det også på denne tiden må ha vært alminnelig kjent at sigarettøyking *kunne innebære en risiko for alvorlig helseskade*, og at risikoen for slik skade i alle fall i noen grad ville øke dersom sigarettforbruket var stort. Slik jeg ser saken, er det ikke nødvendig med noen mer finmasket analyse på dette punkt” (Rt 2003:1557,1558).

Førstvoterende argumenterer her for at også før 1964 var risikoen alminnelig kjent. Førstvoterende argumenterer videre for at et objektivt ansvar for skadevolder ikke utelukkende er avhengig av de ulike sider ved risikoen, men også av en helhetsvurdering der også interesser av samfunnsmessig karakter må trekkes inn. Førstvoterende tar opp spørsmål om pulverisering av ansvar, myndighetens holdning, lik behandling av skadelidte røykere og partenes subjektive forhold. Førstvoterende finner ikke at det er mulig å pulverisere ansvaret ut fra følgende argumenter:

”Tobakksskadene har rammet og kommer til å ramme en betydelig del av røykerne. Tallene viser at antall personer som hvert år får ulike typer helseskader, er meget stort. Selv om det normalt tar meget lang tid før slike skader utvikler seg, har sigarettøyking nå vært vanlig for en stor del av befolkningen i så lang tid at et meget stort antall mennesker allerede er blitt rammet. I en slik situasjon kan jeg vanskelig se at muligheten for forsikring eller for pulverisering av utgifter kan være med på å begrunne et objektivt erstatningsansvar. Noen aktuell forsikringsmulighet vil neppe foreligge. Og det kan vanskelig være noen farbar vei å la tobakksprodusentene innkalkulere et tillegg i salgsprisen til dekning av erstatninger til de som er blitt økonomisk skadelidende som følge av helseskader påført ved røyking” (Rt 2003:1558).

Videre argumenteres det mot å utvide virkeområdet for det objektive ansvaret:

”I vårt tilfelle har regulær bruk av et produkt uten noen form for fabrikkasjonsfeil etter hvert vist seg å ha ulike typer skadevirkninger – til dels av alvorlig art – som over tid rammer et meget stort antall personer. Vi har for tobakkens del sett at det gikk mange tiår før det var mulig med sikkerhet å slå fast at bruken forårsaket alvorlige helseskader. Til tross for dagens regler om offentlig kontroll med næringsmidler har vi ingen sikkerhet for at ny forskning ikke vil kunne påvise lignende helserisiko ved langvarig eller for stort forbruk av enkelte produkter som er allment akseptert i dag, men som senere viser seg å inneholde skadelige stoffer. Det er allerede for lengst konstatert at bruk av alkohol – i alle fall over visse terskler – kan gi alvorlige helseskader. Dersom det ulovfestede objektive erstatningsansvaret skulle omfatte tobakkskadene, ville man etter min oppfatning fjerne seg fra den type risiko og skader som dette ansvaret er utviklet for å dekke. En dom som pålegge Tiedemanns et slikt ansvar, ville derfor innebære en utvidelse av rammene for dette ansvaret. En slik utvidelse vil kunne åpne for konsekvenser som det i dag ikke er lett å ha oversikt over” (Rt2003:1559).

Begrunnelsen er at en slik utvidelse ville fjerne seg fra den type risiko og skader som ansvaret er utviklet for å dekke, uten at det dermed sies noe mer spesifikt om hvilke typer risiko og skader en her sikter til. I følge førstvoterende støttes dette synet opp av myndighetenes holdning til helserisikoen ved røyking:

”Myndighetenes holdning til helserisikoen ved bruk av tobakk forsterker etter min mening dette inntrykk. De helsemessige konsekvenser av tobakksbruk er et spørsmål som i høy grad har påkalt myndighetenes oppmerksomhet. Sentralt står her lov om vern mot tobakkskader av 9. mars 1973 nr. 14 med tilhørende forskrifter. Også for det offentlige utgjør helseskadene etter tobakksrøyking en følbar belastning, både i helsevesenet og i sosial- og trygdesystemet. Verken i Norge eller i andre sammenlignbare land har man grepet inn med forbud mot omsetning og bruk av tobakk. Men bruken er søkt redusert ved hjelp av reklameforbud, informasjon – blant annet på emballasje – og avgifter. Således har det hele tiden vært tale om lovlig salg av et helseskadelig produkt. Et objektivt erstatningsansvar for fabrikanten som også omfatter skader forårsaket av at feilfrie produkter anvendes på en regulær måte, ville i denne situasjon bli stående i klar disharmoni til myndighetenes aksept av tobakken som et lovlig produkt. Dersom et slikt ansvar eventuelt skal etableres, bør det etter min mening i tilfelle skje ved lovgivning og ikke ved at domstolene uten slik lovgivning utvider rammene for det ulovfestede objektive erstatningsansvar” (Rt 2003:1559).

Det er ulike argumenter som her benyttes. Det ene er knyttet til at et objektivt ansvar for skader av feilfrie produkter står i motsetning til myndighetenes aksept av tobakk som lovlig produkt. Det andre at skal et slikt ansvar etableres, må det skje gjennom lovgivning. I tidligere avgjørelser har Høyesterett argumentert noe annerledes ved å si at dersom ikke en bedrift kan innrette seg slik at virksomheten blir sikker, så er de nærmest til å bære ansvaret (Nitroglyserindommen Rt 1875 330). Den type argumentasjon føres ikke i denne saken.

Tydeliggjøring av rettstilstanden

Den forrige perioden jeg analyserte, var kjennetegnet av at dommerne i betydelig grad henviste til generelle rettsgrunnsetninger eller generelle henvisninger til rettspraksis i sine begrunnelser. I den perioden som nå analyseres finner jeg en annen tendens. I flere av avgjørelsene, særlig sent i perioden, ser vi at førstvoterende innleder argumentasjonen

med å gi en generell presentasjon av hvordan han/hun oppfatter rettstilstanden på området. I de sakene som omhandler jernbanen og sykehus, argumenteres det klart med at rettspraksis ikke har etablert objektivt ansvar på disse områdene og at det derfor ikke er hjemmel for et generelt objektivt ansvar. Både Rt 1978 482¹⁵⁴ og Rt 1990 768¹⁵⁵ er illustrerende for Høyesteretts oppfatninger om objektivt ansvar for sykehus. I førstnevnte dom sier førstvoterende følgende:

”Å etablere ansvar uten hensyn til skyld ved adekvat behandlingsmåte, ville føre til store konsekvenser. Faren for komplikasjoner vil man ved alvorlige inngrep alltid stå overfor, og risikoen for slike komplikasjoner anses det forsvarlig å løpe når man sammenholder den med den fare selve sykdommen innebærer” (Rt 1978 487).

Førstvoterende slutter seg til det som ble anført av lagmannsretten om objektivt ansvar:

”I og for seg kan det derfor sies at påregnelighetsbetraktninger, risikosynspunktet, forsikringssynspunktet og den interesseavveieende rimelighetsbetraktning som er momenter for det ulovfestede objektive ansvar i Norge, skulle tale for objektivt ansvar i denne sak.

På grunn av den oppdeling av behandlingen som spesialiseringen og utbyggingen av sykehusvesenet har medført, har det vært slått til lyd for å pålegge sykehusene objektivt ansvar for feil ved undersøkelse eller behandling. Det vises til artikkel av h.r. advokat Trampe-Kindt i Lov og Rett 1963 97. Professor Kristen Andersen har gitt uttrykk for store betenkeligheter ved å¹⁵⁶ slå inn på en slik vei, jfr. hans bok ’Skadeforvoldelse og erstatning’, side 189, hvor han bl.a. uttaler:

”I og for seg er jeg ikke ubetinget fremmed for den tanke at man – i samsvar med det ulovfestede objektive ansvar for risikofylte bedrifter og innretninger – også pålegger sykehus objektivt ansvar i visse tilfeller, der de tekniske apparater svikter. Derimot er jeg meget engstelig for – som antydnet av O. Trampe Kindt i ’Lov og Rett’ 1963 297 – å la sykehusene bli innfanget av et objektivt ansvar såfremt den foreliggende feil skyldes ’systemet’, i den form at den menneskelige faktor har sviktet uten av svikten har karakter av uaktsomhet eller uforsvarlighet.....’

Det er ikke sannsynliggjort teknisk svikt ved behandlingen, så det blir for lagmannsretten ikke nødvendig å drøfte spørsmålet om objektivt ansvar i relasjon til teknisk svikt ved apparater som benyttes i sykehusene. Spørsmålet er om det skal pålegges objektivt ansvar for menneskelig svikt som ingen kan bebreides..... Dersom Berit Hestnes ikke var blitt behandlet for sin sykdom, så ville hun etter all sannsynlighet ikke levet i dag. Under disse omstendigheter kan objektivt ansvar i alle fall ikke komme på tale” (Rt 1978:497,498).

I Hiv dommen (Rt 1990 768) heter det:

”Det må etter dette legges til grunn at man i foreliggende rettspraksis ikke har villet tilstå erstatning på objektivt grunnlag for skader – herunder smitte – påført i forbindelse med behandling i sykehus. Denne rettsoppfatning er i sistnevnte avgjørelse fra 1960 begrunnet med at når sykebehandlingen svarer til de krav man etter vanlig medisinsk standard kan

¹⁵⁴ En pasient fikk sårskader av røntgenbehandling etter en brystkreftoperasjon.

¹⁵⁵ Under en operasjon på sykehus ble det foretatt helt nødvendige blodoverføringer til en pasient. Gjennom disse blodoverføringer ble hun påført HIV-smitte. Senere ble hennes mann påført smitten ved seksuell omgang med hustruen. De var begge tilstått billighetserstatning, men fremsatte ytterligere erstatningskrav mot staten og sykehusets eier.

¹⁵⁶ Dette er skrivefeil i dommen.

stille og det ikke foreligger noen vesentlig svikt av teknisk eller annen art, finner man ikke grunnlag for at en pasient skal kunne kreve erstatning fra sykehuset. I avgjørelsen er videre bemerket: 'Den mulig økede risiko i sykestuen må anses som en følge av den situasjon pasientens sykdom har ført ham inn i. Det er en risiko han normalt selv må bære og ikke kan velte over på den institusjon som arbeider for å gjøre ham frisk, når behandlingen svarer til de krav som kan stilles.' Se Rt 1960 1235 på side 1239" (Rt 1990:776,777).

Det er interessant at førstvoterende her slår fast at ut fra foreliggende rettspraksis har ikke Høyesterett *villet* etablere et ansvar på objektivt grunnlag for sykehus. Dersom vi går tilbake til de tidlige dommene på dette området, finner vi at kriteriene for å ilegge objektivt ansvar i flere av dem er til stede, men at Høyesterett er svært tilbakeholden med ansvar på dette området. Etter denne generelle gjennomgangen videreføres argumentasjonen om at det ikke foreligger objektivt ansvar for sykehus med følgende resonnement:

"Jeg må således legge til grunn at den foreliggende rettspraksis har stilt seg avvisende til spørsmålet om objektivt ansvar ved smitte påført under opphold sykehus, når det – som her – er foretatt sykebehandling til pasientens beste og er forholdt i samsvar med de krav vanlig medisinsk standard stiller, jfr. uttalelser i Rt 1960 1235. De smittetilfelle man hittil har drøftet i rettspraksis, har gjeldt sykdommer som delvis har en annen karakter enn Aids. Etter sin farlighet kan denne tenkes å måtte stilles i en særstilling. Jeg har likevel vanskelig for å se at man kan stille denne ene sykdom i en slik særstilling at overføring av denne smitte kan gi grunnlag for objektivt ansvar. Jeg nevner at man gjennom tidene har hatt tilfelle hvor det ved blodtransfusjon er overført alvorlige sykdommer som malaria og syfilis uten at dette har ledet til rettsavgjørelser for objektivt ansvar. Man har videre hatt en lang rekke tilfelle hvor blødere og andre som har trengt blodtilførsel, er blitt påført hepatitt-lidelse med alvorlige konsekvenser for vedkommendes helse og livsutfoldelse. I en del tilfelle har dette hatt dødelig utgang. Etter mitt syn vil det således vanskelig la seg forsvare å fastslå objektivt ansvar for smitteoverføring ved blodtransfusjon for Aids-sykdommen alene. Den reservasjon som ved avgjørelsen i Rt 1960 1235 ble oppstilt for å kunne fastslå objektivt ansvar – 'vesentlig svikt av teknisk eller annen art' – kan, slik jeg bedømmer forholdet, ikke begrunne ansvar i dette tilfelle. 'Svikt' forutsetter at det ikke er forholdt i samsvar med fastsatte normer, eller at det foreligger en mangel på et område hvor myndighetene hadde mulighet til å påvirke forholdet. Noen slik svikt foreligger ikke i dette tilfelle. Blodbankens vedkommende var uten mulighet for i juli 1983 å forhindre at det ble mottatt infisert blod, og sykehusets vedkommende var uten mulighet for ved blodtransfusjonen i august 1983 å kassere denne infiserte blodporsjon" (Rt 1990:777).

Det argumenteres her for at gjeldende rett ikke gir grunnlag for et objektivt erstatningsansvar og at det må være lovgivende myndighet som i så fall må avgjøre dette spørsmålet. Dette argumentet styrkes ytterligere gjennom henvisning til at fordi det foregår et utredningsarbeid når det gjelder lovfesting av objektivt ansvar for blant annet skader påført gjennom sykehusbehandling, må domstolene være tilbakeholdne:

"I denne sak står man etter mitt syn overfor et tragisk tilfelle hvor gjeldende rett ikke gir grunnlag for objektivt ansvar for det offentlige. Som fremholdt i Rt 1978 482, må det være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres i tilfelle av skader påført ved opphold eller behandling i sykehus.

Jeg finner grunn til å bemerke at det i 1987 ble oppnevnt et utvalg som har fått i oppdrag å utrede og eventuelt foreslå lovbestemmelser om objektivt ansvar for skade

påført ved behandling innenfor helsevesenet. Myndighetene har dermed anmodet om at spørsmål av den karakter som denne sak gjelder, blir undergitt nærmere utredning som de lovgivende myndigheter etter et bredt lovforarbeid senere vil ta standpunkt til. I en slik situasjon bør domstolene etter mitt syn vise tilbakeholdenhet med en rettskapende virksomhet” (Rt 1990:777,778).

Det er særlig i dommer avsagt etter 1990 at førstvoterende gir en redegjørelse for hvordan han/hun tolker rettsstilstanden på området. Dette gjøres blant annet i P-pilledom II (Rt 1992:64) der det om rettsstilstanden på området heter:

”Ved lov 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar ble det innført nye erstatningsregler for skader voldt av produkter. Loven bygger i hovedsak på utredningen – NOU 1980:29 Produktansvaret – fra produktansvarsutvalget som ble oppnevnt i 1975. Hovedregelen i loven § 2-1 er at produsenten og – for importerte produkter – importøren er erstatningsansvarlig for skader som produktet volder og ’som skyldes at det ikke byr den sikkerhet som en bruker eller allmennheten med rimelighet kunne vente’. For legemidler – og p-piller regnes som et legemiddel – er det i loven kapittel 3 innført et mer vidtrekkende objektivt erstatningsansvar som er kombinert med en obligatorisk forsikringsordning direkte til fordel for skadelidte. Blant skader som forutsettes erstattet under Legemiddelforsikringen, nevner utredningen ’bivirkninger som sjelden inntreffer, men som lett fører til alvorlig skade’ og som eksempel er nevnt ’at p-piller kan føre til visse tromboser’, jf. utredningen side 205. Jeg tilføyer at det er forutsatt i forarbeidene at produktansvarsloven uttømmende regulerer produsentens og importørens erstatningsansvar. Dette gjelder også legemiddelansvaret. Loven suppleres altså ikke av det ulovfestede objektive ansvaret. Produktansvarsloven trådte i kraft 1. januar 1989; med unntak av kapittel 3 som ble satt i kraft 1. juli 1989. Legemiddelansvaret i kapittel 3 gjelder ikke produkter som ’er gitt til forbruk’ før loven ikrafttreden, og As skade omfattes ikke av reglene i produktansvarsloven. Før produktansvarsloven måtte spørsmålet om erstatningsansvar ved produktskader løses ved anvendelse av generell ulovfestet erstatningsrett. Om produktansvarsloven av 1988, og det forutgående lovarbeidet har betydning for denne saken, kommer jeg tilbake til under behandlingen av ansvarsgrunnlaget” (Rt 1992:69).

Til spørsmålet om det foreligger objektivt ansvar i denne saken heter det:

”Det er etter min mening ikke treffende dersom man spør om det gjaldt et ’objektivt produktansvar’ før produktansvarsloven av 1988. Det er ikke tvilsomt at produsenter før loven i visse tilfeller var erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Problemet var å fastsette rekkevidden for det ulovfestede objektive ansvaret på dette området” (Rt 1992:78).

Førstvoterende viser her til at det synes å være et åpent spørsmål hva som er gjeldende rett på dette området.

”Det ulovfestede objektive erstatningsansvaret er utviklet gjennom en omfattende rettspraksis. Utviklingen startet med at det ble pålagt et objektivt erstatningsansvar for såkalt ’farlig bedrift’, men ansvaret har senere fått en betydelig større rekkevidde. Det kan i dag langt på sies å bygge på risikobetraktninger og interesseavveininger. Produktansvarsutvalget har omtalt denne utvikling på følgende måte på side 82:

’I alle vestlige land har erstatningsretten i dette hundreåret hatt en klar utvikling i retning av strengere ansvarsregler og bedre beskyttelse for skadelidte. I Norge er denne utviklingen i det vesentlige skjedd gjennom rettspraksis, og norsk rett går i dag – ved

siden av amerikansk rett – trolig lengst i å oppstille rene objektive ansvarsregler...” (Rt 1992:79).

Lettbetongdommen (Rt 1993:1201) kommer opp for Høyesterett etter at produktansvarsloven av 23. desember 1988 er trådt i kraft, men skal avgjøres ut fra det som var rettsstilstanden før loven ble vedtatt. Høyesterett diskuterer også i denne saken forholdet mellom produktansvarsloven og de tidligere ulovfestede rettsreglene om ulovfestet objektivt ansvar og førstvoterende sier at man her ikke kan være upåvirket av den løsning som lovgiver har valgt:

”Når det gjelder forholdet mellom produktansvarsloven og de tidligere ulovfestede rettsregler hvis innhold må fastlegges i ettertid, er jeg enig i det lagmannsretten uttaler om at ’vurderingen ikke kan være upåvirket av den løsning lovgiveren har valgt’. Men flere av bestemmelsene i produktansvarsloven har i sin konkrete utforming et så sterkt positivrettslig preg at de iallfall ikke kan brukes direkte i den foreliggende sak. Derimot må det etter min mening være riktig å se hen til den rekkevidde loven mer allment har når det gjelder objektivt ansvar for produkter. Som utgangspunkt kan det ikke antas at de tidligere rettsregler gikk lenger enn dette. Likevel kan produktansvarsloven løsninger spille en veiledende rolle ved fastleggingen av den tidligere rettsstilstand i den utstrekning man står ubundet i forhold til tidligere rettsavgjørelser og andre rettskilder” (Rt 1993:1205,1206).

I saken om travhester som traff en bil (Rt 1995:1358)¹⁵⁷, dreier saken seg om hvor langt ansvaret for husdyr strekker seg. Saken er derfor av prinsipiell betydning fordi rettspraksis ikke tidligere har avklart hvor langt dette ansvaret strekker seg. Rettspraksis gir ikke noe klart svar på hvor langt ansvaret for husdyr går. Førstvoterende foretar her en grundig gjennomgang av det han oppfatter å være rettsstilstanden når det gjelder ansvar for skade voldt av dyr, deretter diskuteres ansvar etter beiteloven og til slutt ansvar etter de ulovfestede reglene om objektivt ansvar. Her konsentrerer jeg meg om argumentene knyttet til det alminnelige ulovfestede ansvaret. Førstvoterende avslutter sin gjennomgang av oppfattelsen av rettsstilstanden når det gjelder ansvar for skade voldt av dyr på følgende måte:

”det ansvar uten skyld som følger av alminnelige erstatningsregler’, oppfatter jeg ikke dette dithen at det er tatt stilling til om det i gjeldende rett eksisterer noen slik objektiv ansvarsregel knyttet til dyrehold; lovgiveren har bare ikke villet stenge for den mulighet at et objektivt ansvar for dyr kan statueres også på ulovfestet grunnlag” (Rt 1995:1362).

Etter å ha drøftet beitelovens erstatningsregel og avvist at erstatning kan hjemles i denne lovbestemmelsen tas det objektive ansvaret opp:

”Så noen ord om det annet påberopte grunnlag, det ulovfestede objektive virksomhetsansvar. Etter min oppfatning kan erstatningsplikt for Berit Næss heller ikke bygges på dette. Jeg ser det her slik at erstatningsansvaret for skade voldt ved ordinært husdyrhold må anses uttømmende regulert ved bestemmelsene i beiteloven og i skadeerstatningsloven, slik jeg nå har gjennomgått dem. Det kan ikke godt tenkes at lovgiveren med forbeholdet i sistnevnte lovs § 1–5 nr 5 har villet åpne for et objektivt

¹⁵⁷ Saken gjaldt tre travhester som ved et uhell hadde kommet seg ut gjennom en åpning i et gjerde. De løp ut på en fylkesvei og støtte der sammen med en bil som kom kjørende i motsatt retning.

tingsskadeansvar for husdyr ut over de regler som ble positivt lovfestet i 1985. Som nevnt har et slikt objektivt ansvar heller ikke hatt noen basis i domspraksis” (Rt 1995:1363).

Førstvoterende avviser et slikt objektivt ansvar med den begrunnelse at husdyrhold må anses uttømmende regulert gjennom lovgivning og at dette ansvaret ikke har noe grunnlag i rettspraksis. Dersom ansvar skulle foreligge ut fra regelen om ulovfestet objektivt ansvar, er det ikke selve hesteholdet som sådan, men den risikoen det medfører som måtte begrunne ansvaret:

”Ansvaret måtte i tilfelle forankres ikke i Berit Næss’ hestehold som sådant, men i at det ved hesteholdet og hestenes opphold i luftgården var etablert en virksomhet som medførte en særlig risiko for tingsskader som naturlig burde dekket under et slikt ansvar. Jeg ser imidlertid ikke at dette hesteholdet, som har bestått i å holde 3–4 travhester gående i en innhegning på eiendommen, kan sies å ha medført noen skaderisiko som går ut over den som husdyrhold ellers vil kunne medføre på et vanlig gårdsbruk. Det gjelder uansett om man vil betegne hesteholdet i vår sak som del av eierens næring eller som en hobbyvirksomhet.

Jeg peker ellers på at det ikke er noe uvanlig fenomen i vårt land at husdyr – særlig mer vanlige dyr som ku og sau – befinner seg på eller i nærheten av offentlig vei og i en gitt situasjon kan tenkes å volde skade på f.eks. kjøretøyer. Skaden har i dette tilfelle rammet en bil under kjøring på veien. En bil er selv underlagt objektive ansvarsregler for skade den volder og står ellers i en særlig stilling om erstatningsobjekt, jf. unntaket i skadeerstatningsloven § 1–5 nr 3 for skade voldt av hund på motorvogn” (Rt 1995:1363,1364).

Argumentasjonen følger de tidligere opptrukne linjene. Først avvises det at risikoen er ekstraordinær eller særlig. Den foreliggende risiko er ikke en risiko utover den som vanlig husdyrhold medfører, altså ikke en risiko utover hverdagslivets risiko. Videre at det ikke er uvanlig at dyr befinner seg på offentlig vei.

I Kols saken (2001:1646)¹⁵⁸ gir både flertallet og mindretallet en omfattende redegjørelse for hvordan de oppfatter rettstilstanden på området. Annenvoterende som tilhører flertallet gir i sin argumentasjon uttrykk for at han ikke fullt ut deler førstvoterendes syn om at rettstilstanden på 1980-tallet må anses å ha vært klar med hensyn til rekkevidden av det ulovfestede ansvaret:

”Innledningsvis bemerkes at jeg ikke fullt ut deler førstvoterendes syn om at rettstilstanden på 1980-tallet må anses å ha vært klar med hensyn til rekkevidden av det ulovfestede objektive ansvar i forhold til yrkesskader utviklet innenfor den risiko som normalt følger med yrket” (Rt 2001:1655).

I Røykedommen (Rt 2003 1546) heter det:

”Det ulovfestede objektive erstatningsansvar i norsk rett er utviklet gjennom en omfattende rettspraksis. Når rekkevidden av ansvaret skal søkes fastlagt, må det skje med utgangspunkt i denne praksis. Utviklingen startet ved at skadevoldere fra annen halvdel av 1800-tallet ble pålagt ansvar for såkalt ’farlig bedrift’. Først på 1900-tallet ble ansvaret

¹⁵⁸ Saken gjaldt spørsmålet om en arbeidsgiver var erstatningsansvarlig etter det ulovfestede objektive grunnlaget for en yrkessykdom som en arbeidstaker hadde pådratt seg gjennom sitt arbeid. Mannen var ansatt i Selmer ASA fra 1977 inntil han ble 100 prosent sykmeldt i 1997. I 1980 fikk han astmatiske plager som utviklet seg til en kronisk lungesykdom (KOLS).

utvidet til også å omfatte skade som følge av 'en stadig Resiko¹⁵⁹ for Omgivelserne', se dommen i Rt 1905 715 om vannskader forårsaket ved brudd på en hovedvannledning. I dag kan ansvaret sies å bygge både på risikobetraktninger og interesseavveininger" (Rt 2003:1553).

Det at det er en utvikling i retning av tydeliggjøring av rettstilstanden på de områdene som er oppe til vurdering, kan være et uttrykk for at premissene for avgjørelsene nå tydeliggjøres i sterkere grad enn tidligere. I sum styrker dette oppfatningen om at denne perioden er kjennetegnet av kontinuitet. Den etablerte rettsregelen med tilhørende avgjørelseskriterier anvendes på spesifikke situasjoner. Samtidig er perioden kjennetegnet av at vurderingene i de enkelte sakene er sammensatte og kompliserte, og spørsmålet er om utviklingen nå har nådd et nivå som samtidig åpner for fleksibilitet og alternative handlinger.

Verdi- og nyttehensyn

Jeg har tidligere vist at rettsregelen om objektivt ansvar ble etablert gjennom rettferdighets-, rimelighets- og konsekvensvurderinger og at avgjørelseskriteriene som er utviklet, først ble etablert ut fra reelle hensyn for i neste omgang å bli regler for senere avgjørelser. I perioden fra 1945 til 1970 var verdi- og nytte hensyn i mindre grad enn tidligere delargumenter i avgjørelsene. I de avgjørelsene der verdi- og/eller nytteargumenter var til stede, var tendensen som tidligere nemlig at avveiningene og prinsippene bak nytte og verdivurderingene delvis var skjult. I perioden fra 1971 til 2003 er det igjen en økning i bruk av denne type argumenter i avgjørelsene. Noe av det som er gjennomgående for den perioden som nå er analysert, er at verdi- og nyttevurderinger er tilstede i svært mange av avgjørelsene samtidig som begrunnelsene er sammensatte. Det er som delargumenter, som understøtter den øvrige argumentasjonen, at disse vurderingene inngår i de fleste begrunnelsene. Som eksempler kan nevnes Botulismedommen (Rt 1973 1153)¹⁶⁰ der det inngår en rimelighetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære risikoen. Spørsmålet som da vurderes er om det er oppdretterne eller eierne av minkkjøkkenet som er nærmest til å bære denne risikoen. Her heter det:

"Etter min oppfatning er under disse omstendigheter minkoppdretterne nærmere enn eieren av forkjøkkenet til å bære den økonomiske risiko for et botulismeutbrudd. I denne forbindelse peker jeg på at det er opplyst under saken at man i bestemmelsene om de kooperativt drevne forkjøkken har en klausul om at medlemmene i forlaget ikke kan fremsette krav overfor laget om erstatning for skader som måtte oppstå som følge av levert for. Man har her et uttrykk for hvordan oppdretterne, når de organiserer seg, selv ser på det spørsmål som det her gjelder, og det er etter min mening ikke grunn til å stille et privat forkjøkken i noen annen stilling enn et som drives på kooperativ basis. Den klausul i vedtektene for de kooperative kjøkkener som jeg nevnte, gir også uttrykk for at minkeierne selv må holde sine dyr forsikret, og det må etter min mening sies at minkeierne er nærmere til å tegne en forsikring mot botuliserisikoen enn eierne av

¹⁵⁹ Skrivefeil i dommen.

¹⁶⁰ Det oppsto botulisme i minkfarmer som fikk sitt for fra et minkkjøkken, og utbruddene skyldtes botulinumtoksin i foret.

minkkjøkkenene. Ved min vurdering spiller det også en rolle at minkeierne har anledning til ved en vaksine å beskytte sine dyr mot botulisme, og at nettopp en slik vaksine er det mest tjenlige middel mot botulinforgiftning. Jeg er således etter forholdet mellom partene kommet til at forkjøkkenet ikke uten særlig hjemmel kan pålegges objektivt ansvar for den skade som pelsdyreierne ble påført ved at dyrene ble forgiftet.” (Rt 1973:1158).

Dermed blir det en rimelighetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære risikoen, en rimelighetsvurdering som sier at oppdretterne er nærmere enn eierne av forkjøkkenet til å bære den økonomiske risikoen. En noe implisitt tolkning er at denne rimelighetsvurderingen er basert på at oppdretterne har valgt å drive en risikofylt næring, en risiko som de er kjent med. Rimelighetsvurderingen suppleres i tillegg med øvrige avgjørelseskriterier. Både forsikringshensynet og manglende sikkerhetsforanstaltninger, gjennom muligheten til å vaksinere dyrene, er kriterier som trekkes inn i argumentasjonen.

I Flymanøverdommen (Rt 1973 1268)¹⁶¹ er det rimelighetsvurderinger som avgjør hvor langt erstatningsplikten skal trekkes. Førstvoterende baserer seg her på en rimelighetsvurdering av hvor langt dette erstatningsvernet rekker:

”På bakgrunn av den endring i oppfatningen som har gjort seg gjeldende med hensyn til den erstatningsrettslige betydning av skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, senest og klart i den såkalte KABELDOM (Rt 1955 872), kan jeg ikke tillegge det avgjørende vekt at det i den foreliggende sak er spørsmål om erstatningsrettslig vern for en obligatorisk fordring, – krav om strømleveranse. Men som den ankende part ser jeg det slik at den skadelidende interessers art kommer inn som et viktig moment ved vurderingen av om det under omstendigheter som de foreliggende er rimelig og forsvarlig å utstrekke erstatningsvernet til også å omfatte tredjemann som står i kontraktsforhold til innehaveren av den skadede ting. Det synes åpenbart at det under nåtidens tekniske og samfunnsmessige forhold må settes en grense for erstatningspliktens mulige ringvirkninger. Ellers vil en måtte regne med at erstatningsplikten ofte kan komme til å gi seg urimelige, urettferdige og for den enkelte skadevolder helt ruinerende utslag” (Rt 1973:1271,1272).

Spørsmålet er om det er rimelig og forsvarlig å utstrekke erstatningsvernet til også å omfatte tredjemann som står i kontraktsforhold til innehaveren av den skadede ting. I argumentasjonen sier førstvoterende at det er åpenbart at det må settes en grense for erstatningspliktens mulige ringvirkninger. Det er både på bakgrunn av en rimelighetsvurdering og en konsekvensvurdering at førstvoterende avgrensar erstatningsansvaret. Argumentet er at det vil være urimelig og urettferdig for skadevolder dersom erstatningsplikten trekkes for langt. Konsekvensvurderingen er knyttet til argumentet om at det er åpenbart at det må settes grenser for erstatningspliktens ringvirkninger. Slike vurderinger og resonnementer gjøres uten at vi får innsikt i hvilke avveininger som faktisk er gjort, eller hva det er som oppfattes som rimelig eller urimelig og hvor grensene går. Grensene blir uttrykt ved at førstvoterende i denne konkrete saken trekker grensen ved å avgrense erstatningsansvaret mot den situasjonen som her er oppe til vurdering. Førstvoterende finner ikke at det i rettspraksis eksisterer noen avgjørelser

¹⁶¹ Et fly brøt en kraftledning under en militærmanøver og et stort antall abonnenter mistet strømmen. Ved et anlegg for oppdrett av regnbueørret ble det voldt skade fordi en elektrisk pumpe ble satt ut av drift.

som kan gi veiledning av betydning, og etter en diskusjon av nærhet i årsakssammenheng heter det:

”De vurderinger som etter dette, slik jeg bedømmer forholdet, må lede frem til at den lidte skade i dette tilfelle ikke anses erstatningsmessig, kan underbygges ved at man innfører en risikobetraktning. Spørres det om hvem som i alminnelighet er nærmest til å bære risikoen for skader av den omhandlede art, kan svaret neppe være særlig tvilsomt. De enkeltpersoner og bedrifter som er utsatt for å lide skade, vil som regel ha en større eller mindre kontroll over sin situasjon. De må ta foreliggende skademuligheter med i sine beregninger og treffe de for hver især hensiktsmessige tryggingstiltak, faktisk eller rettslig. Det som er opplyst i saken om ankemotpartens forhold, er for så vidt illustrerende. Han var klar over at hans bedrift var særdeles sårbar for tilfelle av strømstans og kunne ha avverget skaden ved enkle og billige midler. Forholdene ligger helt annerledes an for en eventuell skadevolder, som ikke behøver å være staten, en kommune eller en annen økonomisk vel funderet institusjon. Han vil ofte ha liten mulighet for å sikre seg mot å komme i ansvar, og kan se seg stilt overfor erstatningskrav som ikke bare virker personlig ruinerende, men kan sette en effektiv brems for samfunnsgagnlige tiltak. At en risikofordeling som antydnet er naturlig og nærliggende, bekreftes ved det som er opplyst om elektrisitetsverkens praksis med hensyn til ansvarsfraskrivelse, – en ansvarsfraskrivelse som så vidt skjønnes også omfatter tilfelle der en strømstans er forårsaket ved menneskelig svikt” (Rt 1973:1273).

Førstvoterende baserer seg her på en risikobetraktning og spørsmålet om hvem som er nærmest til å bære risikoen. Argumentet som benyttes her, er at den skadelidte selv må beskytte seg mot den risikoen som foreligger særlig når risikoen er kjent. Avveiningen som gjøres, er at den som utsettes for risikoen, selv må sørge for sikkerhetsforanstaltninger, ikke den skadevoldende virksomhet. Argumentet her er at skadevolder vil ha liten mulighet til å sikre seg mot å komme i ansvar. Samfunnsinteressen går foran hensynet til det enkelte individ gjennom argumentet:

”Han vil ofte ha liten mulighet for å sikre seg mot å komme i ansvar, og kan se seg stilt overfor erstatningskrav som ikke bare virker personlig ruinerende, men kan sette en effektiv brems for samfunnsgagnlige tiltak” (Rt 1973:1273).

Et mindretall på en kom til et annet resultat. Her vurderes det å være tilstrekkelig nærhet i årsakssammenheng:

”I motsetning til førstvoterende antar jeg at det også foreligger tilstrekkelig nærhet i årsakssammenheng. Med andre ord, jeg anser ikke den oppståtte skade for å være for fjerntliggende og finner ikke at skadens uberegnelighet eller mulige omfang ved brudd av en høyspentledning bør lede til at erstatningsansvar her avvises” (Rt 1973:1274).

I tillegg finner jeg her at mindretallet ut fra en vurdering av rimelighet og hensiktsmessighet, altså med henvisning til samme generelle prinsipper som førstvoterende, kommer frem til motsatt vurdering. Dette innebærer at ut fra en henvisning til rimelighet og hensiktsmessighet faller flertallet og mindretallet ned på ulike syn med hensyn til hvem som er nærmest til å bære risikoen:

”Heller ikke kan jeg finne at en vurdering av hensiktsmessighet og rimelighet generelt bør lede til at risikoen for skader ved uaktsomt voldt strømbrudd bør ligge hos de strømabonnenter som er utsatt for å lide skade, og ikke hos skadevolderen.

I likhet med herredsrett og lagmannsrett finner jeg støtte for at en strømabonnt kan kreve erstatning for skade som følge av strømstans ved ledningsbrudd i kabledommen i Rt 1955 872” (Rt 1973:1274).

Og videre:

”For meg står det som rimelig at flytrafikken bør ha ansvar og bære risiko for tap som oppstår for abonnenter ved ledningsbrudd voldt av fly” (Rt 1973:1274).

Mindretallet finner altså at det er rimelig at skadevolder bærer den risikoen som her er oppstått, og går ikke inn på diskusjonen som førstvoterende tar opp: om erstatningsansvarets utstrekning og forholdet mellom kollektive og individuelle interesser. Mindretallet fant imidlertid at erstatningen burde halveres fordi skadelidte hadde vist manglende aktsomhet ved ikke selv å gjøre de nødvendige sikkerhetsforanstaltninger. I denne dommen kommer flertallet og mindretallet med henvisning til de samme prinsippene frem til motsatt resultat. I disse dommene får vi ikke innsikt i hvilke avveininger som faktisk er gjort eller hva det er som oppfattes som rimelig eller urimelig og hvor grensene går.

I Ubåtdommen (Rt 1973 1364)¹⁶² kom flertallet til at det ikke er hjemmel i gjeldende rett for objektivt ansvar, mens mindretallet ikke fant det rimelig at ubåten kunne forårsake skade og la tapet ligge på skadelidte. Førstvoterende argumenterer slik:

”Jeg kan ikke se at de momenter som er fremholdt av den ankende part kan gi rettslige holdepunkter for et objektivt erstatningsansvar. Til tross for at meget synes å tale for at det hadde vært rimelig om erstatning her var ytet, er jeg blitt stående ved at et rettslig erstatningskrav i det foreliggende tilfelle, når skyld ikke finnes godtgjort, ville falle utenfor rammen av det jeg må anse som gjeldende rett” (Rt 1973:1370).

Mindretallet legger også vekt på at skadevolder i dette tilfellet er staten og at ansvar ikke vil være urimelig tyngende for staten:

”Uansett om min aktsomhetsvurdering her skulle være for streng, og selv om intet skulle være å bebreide ubåtens mannskap, antar jeg imidlertid at staten må være ansvarlig for den skade som oppstod på objektivt grunnlag. En ubåt under vannet er således utsatt for en særegen fare for sammenstøt med gjenstander i sjøen som den slett ikke eller vanskelig kan observere. Den skiller seg for så vidt helt fra vanlige overflatefartøyer. Denne særegne risiko, som er karakteristisk for ubåter, og som kan sies å skyldes tekniske ufullkommenheter eller begrensninger ved dem, antar jeg at det må være riktig at disse må bære selv. Etter min oppfatning ville det være urimelig om de skulle kunne avvise ansvar, og la tapene bli hos dem skadeforvoldelsen rammer” (Rt 1973:1371).

Argumentet er at en ubåt under vann representerer en særlig risiko som skyldes en teknisk ufullkommenhet. Det er tidligere utviklede kriterier som benyttes for å stadfeste det objektive ansvaret. Dessuten baserer mindretallet seg på en rimelighetsvurdering der det urimelige vil være å kunne forårsake skade og la tapet ligge på skadelidte. Der flertallet ikke går inn på denne diskusjonen, men sier at det ikke er hjemmel i gjeldende rett, finner mindretallet en slik hjemmel ved å anvende utviklede kriterier på det

¹⁶² En norsk ubåt kjørte i neddykket tilstand inn i trålen til en nederlandsk tråler.

gjeldende tilfellet. I tillegg legger mindretallet vekt på at skadevolder i dette tilfellet er staten og at ansvar ikke vil være urimelig tyngende for staten:

”Ubåter er normalt statsskip. Hos oss er det visstnok alltid tilfelle. Det ansvar for skade som det her er tale om, vil ikke være urimelig tyngende for staten. De uhell av liknende art som denne sak gjelder har ikke vært mange, og skadene ikke særlig store. For den som får fiskeredskap ødelagt av en ubåt, kan skaden derimot være følbar. Han kan intet gjøre for å beskytte seg mot den fare ubåter slik representerer, og jeg antar at han normalt ikke praktisk vil kunne dekke seg ved forsikring. For ham vil det fremtre som urimelig at han ikke skulle ha krav på erstatning.

Objektivt ansvar har liten plass i sjøretten, som vesentlig bygger på¹⁶³ culpaansvar. Ukjent er det imidlertid ikke i vår rettspraksis, og jeg antar at det ikke i gjeldende rett er noe som utelukker objektivt ansvar for et skadetilfelle av den foreliggende art. Det dreier seg om en risiko særpreget for ubåter, en meget begrenset gruppe fartøyer, hos oss alle tilhørende marinen; den henger sammen med disse fartøyers teknisk begrensede muligheter for å observere når de går under vann. Jeg antar at det er i godt samsvar med de synspunkter som ellers har ført til objektivt ansvar i norsk rett, om man antar at staten må bære risikoen for de skader dens ubåter volder på grunn av sine teknisk begrensede observasjonsmuligheter under vann. Etter vanlig rettsoppfatning antar jeg det vil oppfattes som urimelig om staten skulle kunne vise fra seg ansvar for skader ubåter slik gjør, og la tapet bli hos den det tilfeldig rammer” (Rt 1973:1371,1372).

Dersom vi sammenligner flertallet og mindretallets vurderinger, finner jeg at flertallet, gjennom rimelighetsvurderinger, kommer frem til at man ikke vil utvide det objektive ansvaret. Mens mindretallet anvender utviklede kriterier sammen med rimelighetsvurderinger og kommer frem til motsatt resultat. I Rt 1975 710 der en 9 år gammel gutt falt av toget, argumenterte Høyesterett for at det er naturlig og rimelig at det økonomiske tapet dekkes av NSB når noen faller av toget ved hendelig uhell:

”Med den store fart et tog kan ha – på tidspunktet for ulykken var farten omkring 100 km i timen – vil det kunne oppstå et så plutselig og sterkt lufttrykk når en dør åpnes, at en uforberedt passasjer vil risikere å bli trukket ut av døren. Det må derfor sies at en utgangsdør med det aktuelle arrangement sammen med togets fart frembyr et faremoment som er særpreget for jernbanen, og som gjør det naturlig og rimelig at økonomisk tap som følge av fall fra toget ved hendelig uhell, påhviler NSB og ikke den enkelte passasjer som rammes. Og når NSB valgte å kjøre med dette dørarrangement tross det iboende faremoment, må det også av denne grunn være rimeligst at NSB bærer det økonomiske tap i tilfelle som dette” (Rt 1975:713).

I saken om tilstopping av et kloakkanlegg (Rt 1975:1081)¹⁶⁴ tar Høyesterett utgangspunkt i de alminnelige regler om objektive ansvar samtidig som argumentasjonen baseres på rimelighetsargumenter:

”Videre finner jeg – som også de tidligere retter – at kommunen er erstatningspliktig etter de alminnelige regler om objektivt ansvar. Jeg er som alt nevnt i det vesentlige enig i hva byretten og lagmannsretten har uttalt om dette spørsmål. Det vil etter min oppfatning verken være naturlig eller rimelig om den enkelte bruker av kommunens kloakkanlegg

¹⁶³ Skrivefeil i dommen.

¹⁶⁴ Denne saken dreier seg om krav om erstatning for skader påført en boligeiendom som følge av tilstopping av og tilbakeslag i en kommunal kloakkledning.

selv måtte bære de økonomiske følger av et uhell som dette som fra hans side sett var ganske tilfeldig. Jeg kan ikke se at det forhold vi har å gjøre med, bør stå i en annen stilling enn der hvor lovgivningen eller domstolene har ansett det for mest naturlig og rimelig at tap ved skade i sammenheng med et anlegg eller en bedrift bæres av anleggets eller bedriftens eier og ikke av den enkelte som tilfeldig rammes av skaden.

Jeg legger for mitt syn noen vekt på det forhold at bygningsloven i alminnelighet påbyr tilknytning til offentlig kloakk. Og betydelig vekt tillegger jeg det at huseiere ikke har anledning til å tegne forsikring mot følgene av svikt i en kommunal kloakkledning – lagmannsretten har uriktig gått ut fra det motsatte – mens kommunen kan dekke seg ved ansvarsforsikring” (Rt1975:1083).

Dette er en dom der Høyesterett tar utgangspunkt i de alminnelige regler om objektivt ansvar uten å gå inn på en nærmere diskusjon av disse. Videre baserer argumentasjonen seg på rimelighetsargumenter, og disse er sammensatt. For det første finner Høyesterett at det er lite rimelig at den enkelte bruker av kloakkanlegget må bære risikoen for uhell. Det er altså eierne av et anlegg som vurderes som nærmere til å bære risikoen, ikke den som tilfeldig rammes av skaden. Her henvises det både til generell lovgivning og domstolenes praksis uten at dette nærmere presiseres. Dessuten legges det vekt på at den enkelte ikke har noen valgfrihet knyttet til bruk av kloakkledning og at brukeren heller ikke har anledning til å tegne forsikring, mens kommunen har anledning til å tegne ansvarsforsikring.

Det er her en antydning til at premissene for rimelighetsvurderingene tydeliggjøres. For det første finner Høyesterett at det er lite rimelig at den enkelte bruker av kloakkanlegget må bære risikoen for uhell. Videre henvises det både til generell lovgivning og domstolenes praksis og det presiseres at det ikke er rimelig at dette forholdet bør stå i en annen stilling enn der lovgivning eller domstoler har ansett det som naturlig og rimelig at tap ved skade dekkes av virksomhetens eier og ikke den enkelte som tilfeldig rammes av skade:

I Granatdommen Rt 1983 758¹⁶⁵ baserer Høyesterett seg, i tillegg til en rekke andre argumenter, både på en konsekvensvurdering og på rimelighetsbetraktning:

”Det følger av det jeg her har sagt, at jeg ikke kan godta vannverkets anførsel om at fjerningen av granatene ikke var nødvendig av hensyn til vannverkets interesser. Slik jeg ser det, har fjerningen av granatene i utpreget grad karakter av en bistandshandling i forhold til vannverket, selv om den også var nødvendig for å vareta allmennhetens sikkerhet.

Dersom granatene hadde gått av der de lå, er det klart og uomtvistet at vannverket ikke ville ha hatt noe erstatningskrav mot det offentlige for skader på vannverkets eiendom. Likeledes er det klart at vannverket selv måtte bære et mulig tap som følge av at anlegget ikke kunne benyttes å lenge granatene lå like utenfor.

Mitt syn på saken er altså at tilintetgjørelsen av granatene må anses som en nødvendig bistands- eller redningshandling i forhold til vannverket, med sikte på å fjerne en risiko som vannverket var spesielt utsatt for og som det offentlige ikke svarte for. Men

¹⁶⁵ En amatørdiver fant noen granater i vraket av et tysk marinefartøy, fjernet messinghylsene og kastet senere granatene i et vann like utenfor A's kai. Granatene ble oppdaget, og mannskaper fra en minedykkertropp ble tilkalt. Av hensyn til risikoen for skader på A's anlegg ble granatene før sprengningen flyttet et stykke lenger ut i vannet. Allikevel oppsto det skader på kaianlegget, og A krevde at staten ved Forsvarsdepartementet skulle erstatte reparasjonsarbeidene som kostet vel kr. 460.000.

da står det for meg som lite akseptabelt om det offentlige skulle ha et objektivt ansvar overfor vannverket for de skader som viste seg å oppstå.

Som det fremgår av hva jeg før har sagt, lar jeg det imidlertid stå åpent om det kan tenkes tilfelle hvor staten, hensett til skadeforløpet og de skadede interesser, har objektivt ansvar for skader voldt under Forsvarets fjerning av sprenglegemer” (Rt 1983:766).

Høyesterett finner her at fjerning av sprenglegemene er i vannverkets egen interesse og at det i et slikt tilfelle vil være urimelig å pålegge forsvaret objektivt erstatningsansvar. Det samme er tilfelle i Flymanøverdommen (Rt 1973:1268) der et fly brøt en kraftledning under en militærmanøver og et stort antall abonnenter mistet strømmen. Ved et anlegg for oppdrett av regnbueørret ble det voldt skade fordi en elektrisk pumpe ble satt ut av drift. Her fant flertallet det urimelig og urettferdig for skadevolder dersom erstatningsplikten ble trukket for langt, og de argumenterte for at det åpenbart må settes grense for erstatningspliktens mulige ringvirkninger. Både i denne saken og i Kolssaken (Rt 2001:1646) som gjaldt spørsmålet om en arbeidsgiver var erstatningsansvarlig etter det ulovfestede objektive grunnlaget for en yrkessykdom som en arbeidstaker hadde pådratt seg gjennom sitt arbeid, har flertallet og mindretallet ulike oppfatninger av hva som er rimelig. Flertallet i sistnevnte sak fant det urimelig at den som er kjent med at de har et risikofylt arbeid også blir pålagt risikoer de ikke kjenner til og som de da ikke kan velge hvordan de vil forholde seg til. Mindretallet fant at det var lite rimelig at en arbeidstaker som blir utsatt for risikoen, ikke skulle få erstatning dersom følgen var kjent og få erstatning dersom følgen var ukjent:

”Min konklusjon blir da at forbeholdet om et unntak for normal yrkesrisiko er en del av den rettsstilstanden som foreligger fra lovendringen i 1976 og frem til at yrkesskadeforsikringsloven trer i kraft, og at det ikke foreligger lovvedtak eller rettsavgjørelser som endrer denne tilstanden.

Slik jeg ser det, fremstår risikoen for utviklingen av KOLS ikke som en unaturlig eller unormal følge av det arbeidet A har utført for Selmer, og jeg mener således at forbeholdet om yrkesrisiko kommer til anvendelse i denne sak. Det er i denne saken tale om et ikke tidligere klarlagt utslag av en kjent risiko. Dersom det legges til grunn at kjente følger av støv og gass i form av andre yrkessykdommer, for eksempel silikose, ikke ville gå inn under det objektive ansvaret, kan jeg ikke se at det vil være grunnlag for et annet resultat for andre utslag av de samme risikoer, i alle fall der det er tale om utslag av noenlunde sammenlignbar art. I dette tilfellet er det ikke tale om ukjente risikofaktorer, men om et noe endret utslag av disse faktorene. Det fremstår etter min mening ikke som en rasjonell og hensiktsmessig løsning at en arbeidstaker som ble utsatt for en gitt mengde støv og gass, ikke skulle få erstatning dersom følgen ble en av medisinen kjent yrkessykdom, men skulle få det dersom utslaget medførte en lignende sykdom som da ikke var dokumentert.

Jeg er ikke uenig i at unntaket for normal yrkesrisiko var urimelig. Men arbeidsgivere må etter min mening ha det samme ansvar for kjente følger av en risiko som for ikke kjente følger. Det lå således etter mitt syn til rette for en omfattende reform av dette rettsområdet for å sikre arbeidstakere tilfredsstillende erstatning for yrkesskader og yrkessykdom. En slik reform ble da også gjennomført av lovgiver i 1989. Selmer må etter mitt syn frifinnes” (Rt 2001:1654,1655).

Førstvoterende finner at risikoen for å utvikle Kols kommer inn under unntaket fordi Kols ikke er en unaturlig eller unormal følge av arbeidet som A utførte, og fordi det her

dreier seg om et ikke tidligere klarlagt utslag av en kjent risiko. Man kjente altså til risikoen, men ikke at den kunne føre til Kols. Dessuten baseres vurderingen på en rimelighetsvurdering. Det fremstår som lite rimelig at en arbeidstaker som blir utsatt for risikoen ikke skulle få erstatning dersom følgen var kjent og få erstatning dersom følgen var ukjent. Denne dommen er avsagt med dissens 3–2. Uenigheten mellom flertallet og mindretallet gjelder spørsmålet om Selmer var ansvarsfri ut fra læren om at arbeidstakeren ikke har krav på erstatning for skader som ligger innenfor den normale yrkesrisiko. Annenvoterende som representerer flertallet hevder imidlertid:

”Når det henses til de hensyn som begrunner det ulovfestede objektive ansvar, slik som risikoavveininger, pulverings-¹⁶⁶ og forsikringshensyn samt rimelighetshensyn, er det for meg ikke tvilsomt at arbeidsgiveren bør være nærmest til å bære ansvaret for skaden i As tilfelle. Under disse omstendigheter kan jeg ikke se at forbeholdet med ansvarsfrihet for arbeidsgiver for yrkesskader slik dette oppstilles i Ot., prp. Nr 2 (1975–1976) side 23 bør tolkes særlig vidt. Etter min mening bør forbeholdet under enhver omstendighet begrenses til de tilfeller hvor risikoen for vedkommende skaderesultat er så ordinær og typisk for arbeidet at arbeidstakeren har oppfordring til å innrette seg etter risikofaktorene. Men dette forutsetter i det minste at vi står overfor et kjent tilfelle av skadeutslag. Dette var ikke situasjonen i nærværende sak. Sammenhengen mellom den yrkesrisiko som A utsatte seg for og utviklingen av KOLS var ukjent på 1970 tallet. Det er først på 1990-tallet at det blir fremlagt forskning som påviser en slik sammenheng. Det er riktignok slik at A må antas å ha kjent til at det kunne være helseskadelig å utsette seg for gasser av dieseleksos, kvarts og nitrogen dioksid m.m. i sitt arbeid, men jeg kan ikke se at dette stiller saken i en annen stilling. Dersom man la avgjørende vekt på en slik betraktning, ville det medføre at de arbeidere som er kjent med at de har et risikofylt arbeid, ville bli pålagt risikoen også for andre beslektede risiki som de ikke kjenner til, og som de av den grunn ikke har foranledning til å forholde seg til ved egne forebyggende tiltak” (Rt 2001:1656,1657).

Annenvoterende er her enig med førstvoterende i innholdet, men mener at det forhold at A må ha kjent til at det kunne være helseskadelig å utsette seg for denne risikoen, ikke er avgjørende. Annenvoterende baserer seg på en annen rimelighetsbetraktning enn førstvoterende: det er urimelig at den som er kjent med at de har et risikofylt arbeid, også blir pålagt risikoer de ikke kjenner til og som de da ikke kan velge hvordan de vil forholde seg til. Dommer Tjomsland som støtter annenvoterende, legger dessuten til at forutsetningen for å anvende aksept av risikosynspunkt ved yrkesskade er at risikoen må ha vært kjent for arbeidstakeren:

”Det er – som tidligere nevnt – på det rene at risikoen for utvikling av Kols ikke var kjent da A ble utsatt for den påvirkning som medførte at han ble syk. A kunne derfor ikke ta den i betraktning da han ble ansatt i stillingene hos og utførte arbeidsoppgavene for Selmer. Man kan da ikke – i tråd med den tradisjonelle læren – si at han har akseptert risikoen for å bli påført en slik lungesykdom. Det er riktignok så – som fremhevet av førstvoterende, at det her er tale om en påvirkning som også av andre – kjente – grunner kan være helseskadelig. I likhet med annenvoterende kan jeg imidlertid ikke se at dette kan medføre at saken kommer i en annen stilling. Dersom man la avgjørende vekt på en slik betraktning, ville det medføre at arbeidere som er kjent med at de er utsatt for risiko for å bli påført en yrkessykdom i sitt arbeid, av den grunn også vil bli pålagt risikoen for

¹⁶⁶ Skrivefeil i dommen

yrkessykdommer som er ukjente utslag av denne risikoen. Et slikt resultat ville etter mitt syn ikke være noen naturlig eller rimelig konsekvens av den tradisjonelle læren. En slik ordning har etter mitt syn heller ikke støtte i den rettspraksis eller juridiske teori som utgjør grunnlaget for læren. Noen grunn til å utvide området for – det omstridte – unntaket for den normale yrkesrisiko, er det etter min mening ikke. Når jeg er kommet til at Selmer i dette tilfellet er erstatningsansvarlig også etter den tradisjonelle læren, finner jeg det ikke nødvendig å ta stilling til i hvilken utstrekning denne læren etter 1976 må anses for å ha vært i samsvar med gjeldende rettstilstand” (Rt 2001:1658).

I denne avgjørelsen baserer både flertallet og mindretallet sin argumentasjon på rimelighetsvurderinger, men kommer frem til ulikt resultat. I begge tilfelle får vi vite hvilke premisser som ligger til grunn for de ulike rimelighetsvurderingene.

Det er tidlig i perioden tilsvarende tendens som før nemlig at premissene bak vurderingene ikke tydeliggjøres, men mot slutten av perioden synes det å være endringer her. Premissene kommer tydeligere frem, og det er også interessant at Høyesterett ikke argumenterer ved hjelp av den generelle termen ”reelle hensyn”,¹⁶⁷ men argumenterer ut fra rimelighet og interesseavveining og i noen saker viser de hvilke avveininger og premisser som ligger bak argumentasjonen. Dette gjelder for eksempel i Granatdommen (Rt1983 758) og i Kolsdommen (Rt 2001:1646) der særlig sistnevnte gir innsikt i hvilke premisser som ligger bak rimelighetsvurderingene til flertallet og mindretallet.

Mens jeg i analysen av perioden fra 1945 til 1970 konkluderte med at Høyesterett unngikk å begrunnes sine avgjørelser ut fra verdi- og/eller nytte hensyn dersom de hadde andre argumenter tilgjengelig, eksempelvis ”teknisk svikt” eller ”manglende sikkerhetsforanstaltninger”, finner jeg nå at Høyesterett med trygghet benytter seg av verdi- og nyttevurderinger i kombinasjon med de øvrige argumentene. Dette kan indikere at Høyesterett ikke lenger oppfatter denne rettskilden som like problematisk som tidligere og at det i sterkere grad er akseptert, også innen det juridiske fagmiljø, at det som i den juridiske fagterminologien går under betegnelsen ”reelle hensyn” kan inngå som momenter i vurderinger.

Betydningen av dissenser

Fra 1971 til 2003 blir 9 av de 31 dommene avsagt med dissens. Dissensene er også i denne perioden av noe ulik type. For det første kan flertallet og mindretallet ta utgangspunkt i ulike avgjørelseskriterier for å komme frem til motsatt resultat. Dette blir mulig når repertoaret av kriterier når et visst omfang og det ikke er tydelig hvilke av kriteriene som skal vektlegges mest.

I mange av disse sakene dreier uenigheten seg om vurderinger av innholdet og betydningen av de ulike kriteriene som er utviklet, og hvorvidt de kommer til anvendelse i en konkret situasjon eller ikke. Det dreier seg om den konkrete avveiningen av hvor grensene for aktsomhet, påregnelighet, risiko, tilknytning, rimelighet og nytte går i spesifikke situasjoner. Argumentasjonen i avgjørelsene er sammensatte, kompliserte og

¹⁶⁷ Kinander viser at Høyesterett i økende grad har tatt i bruk den generelle termen ”reelle hensyn” i sine begrunnelser de siste årene (Kinander 2002).

representerer ikke sjelden en omfattende prosess der ulike data og argumenter konfronteres.

Jeg finner dissenser som er basert på ulike oppfatninger av hvor grensen for aktsomhet skal trekkes i flere avgjørelser slik som i Rt 1973 1364 der dette spørsmålet inngår i argumentasjonen. I Rt 1991 1303 ble det tilkjent erstatning, men flertallet og mindretallet ga ulik begrunnelse. Der flertallet gikk inn for objektivt ansvar, baserte mindretallet seg på en uaktsomhetsvurdering. Ulik oppfatning av hva som er påregnelig eller typisk finner vi i Rt 1974:41, Rt 1978:521, Rt 1983 1052 og i flere av sakene har dommerne ulike oppfatninger av rimelighet og nytte. I Rt 1973 1268, der et fly under en militærmanøver brøt en kraftledning og et anlegg for oppdrett av regnbueørret ble voldt skade fordi en elektrisk pumpe ble satt ut av drift ble det ikke tilkjent erstatning. Flertallet og mindretallet baserte seg i denne saken på ulike rimelighets- og konsekvensvurderinger av rekkevidden av erstatningsansvaret. Samtidig som mindretallet og flertallet hadde ulike oppfatninger av spørsmålet om ”tilstrekkelig nærhet til årsakssammenheng”. I Rt 1973 1364 baserte flertallet og mindretallet seg både på ulike rimelighets- og aktsomhetsvurderinger.

I Rt 1978 521 som gjaldt spørsmål om erstatning for påkjørte rein på Nordlandsbanen, ble det ikke tilkjent erstatning av et flertall på tre, disse igjen avga ulik begrunnelse. I denne saken var det uenighet om hvilken risiko som skulle vurderes. To dommere vurderte både jernbanens risiko og hvilken risiko reindriften representerte. En dommer mente at risikoen jernbanen representerte, ikke var vesentlig og at påkjørslene av rein ikke representerte en vesentlig risiko for reindriftnæringen i sin helhet. Mindretallet på to baserte seg på en rimelighetsvurdering av hvem som var nærmest til å bære risikoen ut fra spørsmålet om hvem som er nærmest til å bære en risiko som ikke kan unngås. I Rt 2001 1646 som gjaldt spørsmålet om en arbeidsgiver var erstatningsansvarlig etter det ulovfestede objektive grunnlaget for en yrkessykdom som en arbeidstaker hadde pådratt seg gjennom sitt arbeid, ble det tilkjent erstatning. Uenigheten mellom flertallet og mindretallet dreide seg om rettstilstanden mht. til rekkevidden av det ulovfestede objektive ansvaret. En avgjørelse som baserer seg på ulike rimelighetsvurdering.

I Rt 1980 1299, der en kvinne ble påført skade på ulnarisnerven i forbindelse med en operasjon, ble det ikke tilkjent erstatning fordi flertallet ikke fant at det var sannsynlighetsovervekt for at skaden kunne tilbakeføres til forhold som kan bebreides personalet som uaktsomhet. Flertallet mente at man sto overfor en del av den risiko for uhell som følger av ethvert operativt inngrep av noen betydning og som pasienten må bære om operasjonen ønskes utført. Mindretallet på én fant det derimot tilstrekkelig sannsynliggjort at skaden i dette tilfellet skyldtes uaktsomhet som enten knyttet seg til manglende informasjon eller innsikt, eller svikt ved den oppmerksomhet pasienten burde bli fulgt med. I P-pilledom II (Rt 1992 64) var det årsakssammenhengen som flertallet og mindretallet var uenig i. Det var spørsmålet om sannsynlighetsovervekt som var gjenstand for uenighet.

På bakgrunn av denne gjennomgangen av typer spørsmål som er gjenstand for uenighet, er det vanskelig å trekke noen generelle slutninger om betydningen av dissenser. Den kanskje viktigste implikasjonen er at denne variasjonsbredden i typer uenighet styrker inntrykket av at dommerne har et relativt stort handlingsrom for alternative handlinger.

Høyesterett – et lukket system?

Innledningsvis antok jeg at den utvikling jeg fant i perioden 1945 til 1970 med relativt færre verdi- og nyttevurderinger i begrunnelsene, ville fortsett i den perioden fra 1971 til 2003. Det jeg imidlertid finner, er en økning i betydningen av verdi- og nyttevurderinger. Det forhold at denne type vurderinger er mer til stede i argumentasjonen i perioden fra 1971 til 2003 kan indikere at feltet igjen er mer åpent og at fleksibiliteten til systemet på denne måten ivaretas. Tilstedeværelsen av verdi- og nytte argumenter og spesifiseringen av avgjørelseskriterier gir et repertoar for alternative handlinger og dermed muligheter for tilpasninger til samfunnsmessige endringer. Det vil si at når regelakkumuleringen når et visst nivå, synes det først som om vi får en utvikling der grunnlaget for handling i økende grad blir regelbasert i en spesifikk situasjon for i neste omgang å åpne for nye alternative kombinasjoner av måter å handle på.

Da jeg analyserte perioden fra 1945 til 1970 fant jeg at den spesifiseringen og tydeliggjøringen av avgjørelseskriteriene som hadde funnet sted, innebar at dommerne hadde fått flere kriterier å velge mellom når de skulle avgjøre en sak. Dette var en utvikling som standardiserte og rutiniserte valgmulighetene, samtidig som det åpnet for muligheten til alternative handlinger. Jeg fant at det var utviklet et handlingsrepertoar som ulike hendelser kunne plasseres langs. Dette er en utvikling som blir enda tydeligere i den perioden som nå er analysert. Den institusjonaliseringsprosessen som er redegjort for i avsnittet ovenfor, bidrar til at feltet lukkes. Det er etablert et sett avgjørelseskriterier som nye situasjoner prøves mot, og doménet synes å ligge rimelig fast. I en del av avgjørelsene, og særlig de som er enstemmige, finner jeg at dommerne følger et opptrukket mønster for argumentasjon der tidligere etablerte kriterier og avgjørelser blir lagt til grunn for å vurdere om det er grunnlag for objektivt ansvar (Rt 1972:965, Rt 1981:492, Rt 1988 1003, Rt 1992:64, Rt 1995:1358, Rt 2000:388). I noen saker er begrunnelsene knyttet til noen av avgjørelseskriteriene (Rt 1975:710). Dermed kan det i noen saker være et åpent spørsmål om resultatet ville blitt annerledes dersom andre kriterier hadde blitt vektlagt (Rt 2003:1546). Samtidig finner jeg at denne utviklingen åpner for variasjoner i synspunkt og dermed alternative handlinger. Noe som blir særlig tydelig i avgjørelser med dissenser.

De fleste avgjørelsene har sin hovedtyngde i nederste venstre og høyre hjørne i analyseskjemaet (se s. 48), det vil si at avgjørelsene er kjennetegnet av en bekreftelse av tidligere utviklede kriterier, av spesifisering av argumentasjon og av addering og gradvis utvikling. Dette sier mer om hvilke typer diskusjoner dommerne må ta og hvilke typer spørsmål de må gjøre seg opp en mening om, enn at de gir direkte handlingsanvisning.

Ser vi nærmere på de avgjørelseskriteriene høyesterettsdommerne har å ta utgangspunkt i når reglen om ulovfestet objektivt ansvar skal anvendes, kan de karakteriseres som "elastiske ord" som åpner for betydelig skjønn (Olsen 1989:61). Kriteriene er knyttet til begreper som verken er absolutte eller målbare. Høyesterett utvikler kriterier som "påregnelighet", "tilstrekkelig nærhet til" eller "ekstraordinær risiko" og benytter begreper som "etter en samlet vurdering", "tjener ikke samfunnsinteresser", rimelig eller nyttig. Det å gi meningsinnhold til slike begreper som et resultat av beslutningsprosessen innebærer at Høyesterett, gjennom sin egen rettspraksis, etablerer et ikke ubetydelig handlingsrom. Selv etter at lovutviklingen er foretatt, gjennom etableringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar med tilhørende avgjørelseskriterier, preges avgjørelsene både av en lovanvendelse og en kontinuerlig lovutvikling.

Mot dette resonnementet kan innvendes at når Høyesterett tar stilling til eksempelvis spørsmål om sannsynlighetsovervekt eller ekstraordinær risiko i konkrete avgjørelser, vil de avveiningene som er gjort i en sak, legge føringer på senere avgjørelser som har analoge trekk. Det er nettopp dette som er kjennetegnet ved den juridiske tenke- og handlemåte. Jeg vil imidlertid argumentere for at når argumentasjonen er så sammensatt og kompleks, opprettholdes fleksibiliteten i systemet av flere årsaker:

For det første hierarkiserer ikke Høyesterett sine argumenter. Det vil si at i sammensatte og komplekse vurderinger som inneholder mange ulike argumenter, vet vi ikke hvilke argument som er tillagt størst vekt. Det er nettopp dette som ligger i uttrykket "etter samlet vurdering". Dette innebærer at fleksibiliteten ivaretas ved at Høyesterett ved neste korsvei kan ta utgangspunkt i de samme argumentene, men gi dem en annen innbyrdes vektlegging og "etter samlet vurdering" komme frem til resultatet. Dette indikerer at kriteriene for argumentasjon er institusjonalisert i den forstand at de på den ene side binder argumentasjonen og fører den inn i bestemte mønstre, samtidig som friheten i argumentasjonen er blitt større. Repertoaret blir etter hvert så fyldig at dommerne kan velge hvilke sett med kriterier de vektlegger i den enkelte sak. Slik sett fremstår argumentasjonen som bundet, men i realiteten kan valgfriheten for ulike typer argumenter og sammensetning av ulike typer kriterier være stor.

For det andre har ikke Høyesterett selv uttalt om man ut fra regelen om ulovfestet objektivt ansvar må forholde seg til alle kriteriene som er utviklet, eller om man kan velge ut noen. Ved ikke å uttale seg om dette kan Høyesterett variere hvilke av kriteriene som tas opp til diskusjon i den enkelte sak. Dette kommer også til uttrykk gjennom den uenighet som eksisterer i det juridiske fagmiljøet, om avgjørelseskriteriene er å oppfatte som minstekrav som må være innfridd, eller argumenter som skal vektlegges.

For det tredje har jeg gjennom analysen av argumentasjonen vist at det ofte er et åpent forhold mellom premisser og konklusjon i den enkelte sak. Denne åpenheten skyldes ikke minst muligheten til å vektlegge verdi- og eller nyttevurderinger i avgjørelsene. Som analysen har vist, er det mulig for høyesterettsdommerne å treffe avgjørelser med ulikt resultat med henvisning til de samme premissene. Hva som

oppfattes som rimelig, rettferdig eller nyttig ligger verken fast over tid eller mellom de enkelte dommere.

For det fjerde har innslaget av dissenser vist at systemet har rom for ulike meninger, og at det eksisterer et repertoar av avgjørelseskriterier som det er mulig å ha ulike meninger om. De utviklete avgjørelseskriteriene er avhengig av vurderinger og gir ikke direkte handlingsveiledning. Hva som til enhver tid og i en konkret situasjon oppfattes som *uaktsomt*, *påregnelig*, *tilstrekkelig*, *ekstraordinært*, *teknisk svikt*, *teknisk ufullkomment* etc. må det tas faktisk stilling til i den enkelte sak, og denne analysen har vist at dommerne nødvendigvis ikke har identiske oppfatninger av hvor grensene i ethvert tilfelle går mellom f. eks. hva som er påregnelig eller ikke.

Avgjørelser om ulovfestet objektivt ansvar er sammensatte og komplekse. Regelfølgning, konsekvensvurderinger og verdivurderinger eksisterer side om side i en og samme avgjørelse.

I sum gir denne fleksibiliteten dette systemet en dynamikk og en robusthet som bidrar til at Høyesterett kan møte mange, nye og uforutsette situasjoner på en, for Høyesterett, passende måte. Inntrykket er at vi nå, i motsetning til den første perioden vi analyserte, står overfor et system som ikke er under press. Den institusjonaliserte praksisen sier imidlertid mer om hvilke type argumenter det forventes at dommerne vil forholde seg til, enn om hvordan de konkret vil hierarkiseres eller avveies.

KAPITTEL 8

Institusjonalisering av Høyesteretts praksis – begrensning eller muliggjøring?

Innledning

I denne avhandlingen om utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret har jeg søkt å svare på følgende hovedtyper av spørsmål: jeg har ønsket å beskrive den utviklingsretning som regelen om objektivt ansvar har fått over tid, og jeg har ønsket å beskrive hvordan denne utviklingen faktisk skjer. Den første typen spørsmål dreier seg om hvilke endringer som skjer i retten: Hvilket konkret innhold gis reglene om objektivt ansvar? Hva kjennetegner utviklingen over tid? Hvilke samfunnsområder omfattes av det objektive ansvaret? Hvordan er utviklingen av regelens domene? Den andre typen av spørsmål dreier seg om prosessene disse endringene skjer gjennom. Hvordan etablerer Høyesterett regelen om objektivt ansvar? Er det et tydelig brudd med tidligere praksis eller er det en gradvis utvikling over tid som leder frem til en ny rettsregel? Hvordan endres og utvikles de konkrete avgjørelseskriteriene? Hvordan endrer Høyesterett regelens innhold etter at den er etablert? Hvordan endrer Høyesterett regelens domene etter at den er etablert?

Avhandlingen er en studie av regeldannelse i en helt særskilt institusjon: norsk Høyesterett, der hovedsiktemålet med analysen har vært å vise hvordan Høyesterett utvikler sin egen praksis over tid. Dette gjelder både praksisens substansielle innhold, eventuelle endringer i denne praksisen og prosessuelle aspekter gjennom å analysere hvordan eventuelle endringer finner sted. Analysen har også hatt som siktemål å belyse hvorfor disse endringene skjer. I den grad denne type spørsmål er belyst, er det med utgangspunkt i spørsmål om hvordan trekk ved Høyesterett som institusjon har betydning for hvordan regelen om objektivt ansvar over tid utvikles og endres. Utgangspunktet er at Høyesterett må forholde seg til endringer i samfunnet og at måten Høyesterett responderer på kan forklares med bakgrunn i trekk ved Høyesterett som institusjon. Det er selve institusjonaliseringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar som her er gjort til gjenstand for analyse. Institusjonalisering viser både til etablering, utvikling og opprettholdelse av regelen.

En analyse av hvordan rettsregelen om ulovfestet objektivt ansvar etableres og utvikles, er en analyse av hvordan handling i en særskilt institusjonell kontekst etableres, utvikles og endres over tid. Som teoretisk utgangspunkt har det vært antatt at Høyesteretts argumentasjon primært styres av forpliktelse overfor lovregler, konstitusjon,

identitet og roller, men at argumentasjonen vil kunne styres av forventinger om fremtidige effekter i situasjoner når det ikke forligger klare regler, presedenser eller entydig praksis. Videre har det vært et åpent spørsmål om utvikling og endring av regelen om objektivt ansvar etableres gjennom tydelige brudd med tidligere praksis eller om det skjer en gradvis utvikling og endring over tid.

De to ulike måtene å fortolke atferd på ble knyttet til to ulike grunnleggende syn på hvordan handling kan fortolkes: handling basert på en "logic of appropriateness" og handling basert på en "logic of consequence", der førstnevnte ser handling som drevet av internaliserte regler og prinsipper og sistnevnte ser handling drevet av kalkulert forventet nytte. Hvorvidt utviklingen og endringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar skjer gjennom brudd eller kontinuitet ble knyttet til to hovedideer om endring: historiske brudd og gradvis endring.

Hovedfokus har vært hvorvidt dommerne argumenterer ut fra etablerte regler og prinsipper eller forventninger om fremtidige effekter, og hvordan denne argumentasjonen etableres, utvikles og endres over tid. Som redegjort for tidligere er dette en tilnæringsmåte som gjør det mulig å se interaksjonen mellom individ og institusjon som kontinuerlig. Det er denne vedvarende interaksjonen mellom aktører som handler og strukturen de handler innenfor som skaper kraften for utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar. Det relativt lange tidsperspektivet i denne studien har vært viktig for å identifisere de endringsprosesser som faktisk skjer over tid. Måten regelen endres og utvikles gjennom ville vært vanskelig å identifisere uten et slikt perspektiv.

Hvordan utvikles og endres regelen om ulovfestet objektivt ansvar?

Et sentralt poeng har vært å ikke trekke et for skarpt skille mellom institusjonell stabilitet og institusjonell endring for å kunne fange opp muligheten for at det gjennom inkrementelle endringer kan oppstå brudd og dermed noe nytt og vesentlig annerledes enn det som var utgangspunktet. For å analysere utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar etablerte jeg et skille mellom utvikling av regelens substans og utviklingen av regelens domène (se figur kapittel 2 s. 48). Det å skille mellom substans og domene gjør det mulig å fange opp at utvikling og endring over tid kan være kjennetegnet både av brudd og kontinuitet samtidig.

Kategoriene domene og substans og dimensjonen brudd-kontinuitet har gjort det mulig å identifisere situasjoner der domstolen har gjort noe nytt og brutt med tidligere praksis, og situasjoner der Høyesterett i hovedsak har basert sine avgjørelser på tidligere praksis, men der utviklingen kan observeres som en gradvis spesifisering av både regler, argumentasjon og virkeområde. Videre er det etablert kunnskap om hvorvidt dommernes begrunnelser baserer seg på internaliserte regler og prinsipper eller på kalkulert forventet nytte. Den induktive forskningsstrategien som ble valgt, har gjort det mulig å identifisere ulike mekanismer som endringene og utvikling av regelen har skjedd

gjennom. Nedenfor følger en oppsummering av de vesentligste funnene for hver periode som avsluttes med en samlet oppsummering av de viktigste observasjonene.

Regelen om ulovfestet objektivt ansvar ble etablert av domstolene på slutten av 1800-tallet og regelen gjelder fortsatt i dag. Senest i den såkalte Røykedommen (Rt 2003 1546) der Høyesterett avviste at en tobakksprodusent var erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag overfor en skadelidt som etter vel 40 års sigarettøyking utviklet lungekreft og døde. Begrunnelsen var at vilkårene for ansvar etter den ulovfestede regelen i norsk rett om objektivt erstatningsansvar ikke var oppfylt. De vilkårene som det her vises til, er utviklet gjennom norsk rettspraksis over en periode på over hundre år, og gjennom denne prosessen er regelen om ulovfestet objektivt ansvar institusjonalisert. Spørsmålet blir da hva som kan betraktes som institusjonelle endringer i hele denne perioden?

Perioden 1866 til 1905

I kapittel 4 som omfattet 10 høyesterettsavgjørelser for perioden 1866 til 1905, ble etableringen av det ulovfestede objektive ansvaret i norsk rettspraksis analysert. Spørsmålet var her hvordan Høyesterett kunne etablere et helt nytt ansvarsprinsipp uten å ha lovgivning å støtte seg til, og hvordan denne endringen kunne skje når retten som beslutningssystem skal være kjennetegnet av at konflikter løses på grunnlag av generelle regler som i størst mulig grad skal være definert i forkant av den aktuelle konflikt.

I denne initierende fasen ble både regelens substans og domène antydnet. For domènets vedkommende var variasjonen mellom sakene relativt stor. Det dreide seg blant annet om spørsmål om erstatning for drift av jernbane, om skade som dampskip gjorde på elvebredder, om en dynamittfabrikk som eksploderte og om en vannledning som brast. Flere av dommene gjaldt bedrifter som skadet sine naboer. Dette er bakgrunnen for at regelen om ulovfestet objektivt ansvar ofte er blitt betegnet som regelen for "farlig bedrift". Når det gjelder regelens substans, var de avgjørelseskriteriene jeg fant ikke av en slik art at de var tilstede i samtlige avgjørelser som ble analysert. De mest tydelige avgjørelseskriteriene var kravene om at ulemper måtte være "ekstraordinære og uforholdsmessige". Disse kriteriene var tilstede allerede i den første dommen i materialet. Det ble her argumentert med at ulempene må være "ekstraordinære og uforholdsmessige" for å begrunne erstatning (Rt 1866 735). Kriteriene synes å ha sitt opphav i et annet rettsområde: naboretten, og slik sett var det med henvisning til en etablert praksis på et annet rettsområde at de første avgjørelseskriteriene oppsto. I den neste dommen i materialet var det ikke de "ekstraordinære og omfattende" ulempene som ble vektlagt, men "det nye" som driften av dampskip representerte (Rt 1874 145). "Ekstraordinære og omfattende" ulemper var likevel det kriterium som tydeligst var til stede i mange av dommene (Rt 1874 409, Rt 1875 330, Rt 1882 38, Rt 1900 753). Et annet kriterium som også ble etablert, var kriteriet om påregnelighet. Både i Nitroglycerindommen (Rt 1875 330) og Vannledningsdommen (Rt 1905 715) ble slike påregnelighetsbetraktninger vektlagt. I sistnevnte dom var dette av avgjørende betydning. Her var det ikke de "ekstraordinære" ulempene, men det forhold

at virksomheten, her en kommunal vannledning, bød på en stadig eller varig risiko for skade som begrunnet erstatning.

Den første perioden kan beskrives som en brytningstid der retten var på søking etter et nytt grunnlag for ansvar. Etableringen av det objektive ansvaret skjedde over en periode på ca. 40 år. Selv om etableringen av det objektive ansvaret var et klart brudd med tidligere praksis, tok dette bruddet form av en gradvis utvikling. Utviklingen kulminerte med at begrepet risiko ble rettslig relevant. Fra i flere saker å fokusere på forholdet mellom naboer, der forholdet mellom ”personer” sto sentralt, til å fokusere på ”virksomheters beskaffenhet”, ble oppmerksomheten flyttet fra individnivå til samfunnsnivå. Når spørsmålet om risiko uttrykt som fare ble trukket inn i begrunnelsene, var det spørsmålet om sannsynlighet for skade eller ulykke som ble et vesentlig avgjørelseskriterium. Dermed ble også en rekke faktorer som tidligere ikke hadde vært relevant, trukket inn i begrunnelsene. Det var hvordan denne risikoen skulle reguleres Høyesterett måtte ta stilling til i den enkelte sak.

I begrunnelsene henviste dommerne til det spesielle ved en sak. De reserverte seg mot at avgjørelsen etablerte et generelt prinsipp, innholdet i skyldbegrepet ble tøyd, tidligere rettspraksis ble lagt til grunn, det ble avsagt dommer som gikk i motsatt retning og verdi- og nyttehensyn ble også trukket inn i vurderingene. I de to første dommene (Rt 1866 734, Rt 1874 145) synes rettferdighets- og rimelighetsvurderinger å ha en betydelig vekt i argumentasjonen, der konsekvensen for skadelidte ut fra slike betraktninger synes å være avgjørende for utfallet. I Nitroglycerindommen (1875 330) ble konsekvensvurderingene rettet mot skadevolder ved at den som produserte dette farlige stoffet, enten måtte innrette seg slik at produksjonen ikke kunne skade noen eller finne seg i å erstatte skaden. Slik sett ble det å pålegge erstatning for skade en variant av å tillate noe som ellers syntes uakseptabelt. Rimelighetsvurderinger kom også inn i de dommene som baserte sine begrunnelser på at det forelå ekstraordinære eller uforholdsmessige ulemper, fordi det var i den enkelte situasjon at grensen ble trukket mellom det som på dette tidspunkt ble oppfattet som rimelige eller urimelige ulemper.

Perioden 1906 til 1940

Med utgangspunkt i at det var etablert en rettsregel om objektivt ansvar ble 48 avgjørelser i perioden 1906 til 1940 analysert i kapittel 5. Det var første fase av en videreutvikling av regelen som her ble analysert. Utviklingen var for det første kjennetegnet av en bekreftelse av rettsregelen om objektivt ansvar. Under ett var denne perioden kjennetegnet ved at det ble etablert en institusjonell praksis som innebar at etablerte oppfatninger og avgjørelseskriterier skapte et tydeligere mønster for videre regelproduksjon.

De avgjørelseskriteriene som ble etablert i den første perioden, ble spesifisert og videreutviklet samtidig som det ble etablert nye avgjørelseskriterier. Det vil si at det med utgangspunkt i risikovurderinger ble tatt stilling til hvor grensene skulle trekkes mellom hva borgerne måtte finne seg i og hva de ikke måtte finne seg uten erstatning. Det ble

trukket nøyere grenser for hva Høyesterett oppfattet som påregnelig og hva den oppfattet som sporadiske hendelser.

Virkeområdet for det objektive ansvaret ble utvidet samtidig som det utkrystalliserte seg områder der Høyesterett var varsom med å stadfeste et objektivt ansvar. Når Høyesterett først hadde definert en virksomhet som ”farlig bedrift”, bandt dette for senere avgjørelser. Ved hjelp av rimelighets- og konsekvensvurderinger ble argumentasjonen raffinert med hensyn til å vurdere hvorvidt en virksomhet var av en slik art at den begrunnet erstatning eller ikke. Argumentasjonen representerte en kontinuitet der de etablerte kriteriene ble avgrenset, utvidet og spesifisert. Som eksempel kan nevnes Rt 1934 265 der en mann ble skadd da han med hest og slede kjørte inn i en ledningsstolpe ved en veikant. På dette tidspunkt hadde Høyesterett slått fast at elektrisitetsverk hadde objektivt ansvar. I denne saken ble det ikke gitt erstatning fordi skaden ikke hadde forbindelse med det farlige momentet ved bedriften. I Kullstykkedommen (Rt 1936 345) der et kullstykke falt ned fra grabben på en elektrisk kullkran og en mann ble drept, begrunnet Høyesterett erstatningen med at selv om ikke et krananlegg var å anse som farlig bedrift, innebar driften av kranen et faremoment som eierne var nærmest til å bære ansvaret for. Ulykken ble sett på som en for driften typisk skadeforvoldelse og som en adekvat følge av den med virksomheten forbundne fare. Gjennom slike argumenter som at skaden måtte ha forbindelse med det farlige momentet ved bedriften, at ulykken var typisk for driften og adekvat følge av det farlige momentet, ble avgjørelseskriteriene spesifisert.

Helt nye kriterier ble etablert gjennom rimelighetsvurderinger. I Rt 1916 9, der en varebil hadde kjørt inn i et butikkvindu, fant Høyesterett at det var en feil ved reverseringsmekanismen som var årsak til ulykken. Begrunnelsen for at Høyesterett tilkjente erstatning i denne saken, var at dersom noe gikk i stykker og ingen kunne klandres for dette, var eieren nærmest til å bære ansvaret. Dette utgjorde en rimelighetsvurdering av hvem som var nærmest til å bære ansvaret og kriteriet var ”teknisk svikt”. Det ble etablert et nytt avgjørelseskriterium ut fra en verdivurdering, et kriterium som deretter ble etablert som regel for avgjørelser i tilsvarende saker. I Rt 1921:519 der et dampskip støtte mot en jernbanebro fordi reverseringsmekanismen sviktet, ble det henvist direkte til Styrestagdommen (Rt 1916:9) som begrunnelse for erstatning. Dermed ble ”teknisk svikt” etablert som et ytterligere avgjørelseskriterium i denne perioden. To andre typer kriterier kom også inn i vurderingene; ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” og ”forsikringshensynet”. I Sarpsborgdommen (Rt 1936:298) ble manglende sikkerhetsforanstaltninger trukket inn i vurderingen. Igjen et eksempel på at nye kriterier ble etablert gjennom rimelighetsvurderinger. Argumentet var at jernbanen var nærmere til å bære risikoen om det i et enkelttilfelle skulle vise seg at de sikkerhetsforanstaltninger som det hadde vært vanlig å treffe, ikke hadde vært tilstrekkelig effektive. I Rt 1933 817 der en gutt ble påkjørt av en sporvogn, trakk den dissenterende dommer inn argument knyttet til at den skadevoldende bedrift hadde anledning til å tegne ansvarsforsikring. Det samme fant jeg i Klatredom I (Rt 1940:16)

der førstvoterende som tilhører flertallet, argumenterte med at det må være berettiget å ta hensyn til den adgang et elektrisitetsverk hadde til å tegne ansvarsforsikring.

Når det gjaldt den videre utvikling av regelens domène, hadde denne ulike trekk. For det første var Høyesterett klart tilbakeholden med å utvide domènet i de første årene etter at risikoansvaret var etablert gjennom Vannledningsdommen (Rt 1905:715). For det andre utkrystalliserte det seg områder der Høyesterett var varsom med å stadfeste et rent risikoansvar. Det området der Høyesterett var tydeligst tilbakeholden med å etablere et rent risikoansvar var transportsektoren, uten at det ble gitt nærmere begrunnelse for dette. For det tredje representerte perioden under ett en klar utvidelse av virkeområdet for regelen, der stadfesting av objektivt ansvar i Gesimsdommen (Rt 1939:766) representerte et klart brudd med rettspraksis.

Gjennom ulike mekanismer ble utvidelsen av domenet begrenset. Særlig de første årene etter at regelen var etablert, fant jeg at Høyesterett i mange avgjørelser ikke tok opp diskusjonen om den virksomheten eller bedriften man hadde foran seg i den konkrete avgjørelsen, faktisk innebar en slik risiko for sine omgivelser at det kunne begrunne erstatning uten hensyn til skyld. I så henseende hadde denne mekanismen flere likhetspunkter til måten spørsmålet om skyld ble håndtert på under etableringen av det objektive ansvaret.

Høyesterett innførte kriteriet om teknisk svikt i transportsektoren slik at objektivt ansvar kunne komme til anvendelse på dette området, og jeg fant i likhet med funnene i det forrige kapitlet argumenter om at det var viktig å være tilbakeholden fordi regelen var ny, og en svak tendens til at kravet om skyld ble opprettholdt når det ikke var begått feil eller utvist uaktsomhet.

I selve etableringen av det objektive ansvaret i norsk rettspraksis var rettferdighets-, rimelighets og konsekvensvurderinger vesentlige. Avgjørelser i årene fra 1906 til 1940 var kjennetegnet av at konsekvens- og verdivurderingene ble regler for senere avgjørelser, mens avveiningene og prinsippene bak nytte- og verdivurderingen var delvis skjult. Dette åpnet for at dommerne i neste omgang kunne benytte den samme argumentasjonen, men falle ned på andre vurderinger av hva som ble oppfattet som rimelig eller nyttig.

Dette trekket ved måten beslutningene ble truffet på bryter i noen grad med rettstatens krav om forutberegnelighet for borgerne i rettslige anliggender fordi det alltid vil være mulig å gjøre alternative avveininger og basere seg på andre prinsipper når disse ikke ekspliseres i argumentasjonen. Som illustrasjon kan her nevnes Rt 1912:993 der en hest ble skremt av en bil. I begrunnelsen fant jeg at det var en klar konsekvensvurdering som lå bak flertallets vurdering. Den store samfunnsnyttien bilen representerte, ble veid mot den forsiktighet som måtte utvises overfor andre av bilføreren. Denne konsekvensvurderingen hadde samtidig innslag av rimelighetsbetraktninger; avveiningen var gjort gjennom uttalelsen om at når rimelige hensyn var tatt til begge sider, fant Høyesterett her at bilføreren ikke var erstatningspliktig. Dermed fikk vi ikke innsikt i hva disse rimelige hensyn faktisk bestod i. I dissensen var det motsatte argumentet fremme. Der ble bilkjørsel fremholdt som ”noe nytt”, og da var det ikke mer enn

rimelig og rettferdig at den som til sin fordel ville utnytte et slikt fremkomstmiddel og nyte fordelene av dette også burde ta risikoen. Dommen er dermed en illustrasjon på at gjennom henvisning til hva som ble oppfattet som rimelig og rettferdig kom flertallet og mindretallet frem til motsatte konklusjoner.

Spørsmål om erstatning for skader som følge av ulike typer risiko involverer spørsmål om forholdet mellom samfunnsnytte og individets rett til beskyttelse. I den første perioden fant jeg at det var hensynet til den enkelte skadelidte som ble sterkest vektlagt. I denne perioden var det en antydning til bevegelse i synet på forholdet mellom samfunnsnytte og individets rett til beskyttelse. To avgjørelser synes her å peke seg ut. Den ene er Rt 1933:817 der en gutt ble påkjørt av en sporvogn. I den avgjørelsen ble det foretatt en vurdering av hvorvidt det var virksomheten eller borgerne som burde innrette seg i forhold til risikoen som sporvognen skapte. Avveiningen som ble gjort var at det i en beferdet gate i en større by med sporvognstrafikk gjennom gatene var i allmennhetens interesse at det ble krevd at man ikke måtte slippe små barn ut i trafikken uten tilsyn. Derfor var det barnets foresatte som ikke hadde sørget for dette, som ble nærmest til å bære risikoen. Tilsvarende problemstilling fant jeg i Klatredom I (Rt 1940:16), der et elektrisitetsverk ble pålagt erstatningsansvar ut fra regelen om objektivt ansvar for skader som en 8 år gammel gutt hadde pådratt seg ved å klatre opp i en ledningsmast med høyspentstrøm. Denne dommen er som nevnt materialets eneste plenumsdom, og er avgjort under dissens 8–7. Flertallet argumenterte med at når sterkstrømanlegg var å oppfatte som farlige bedrifter som ikke kunne innrette seg slik at ulykker kunne forhindres, tilsa en naturlig og rimelig avveining av interessene at elektrisitetsverket selv måtte bære ansvaret. Mindretallet derimot argumenterte med at det ikke var hjemmel til å fravike kravet om betydningen av skadelidtes eget forhold.

Fra det å slå fast at den enkelte har krav på beskyttelse i form av erstatning dersom en virksomhet medfører vedvarende risiko for ulykker, fant jeg i denne perioden en tendens til at Høyesterett fastslo at borgerne, etter hvert som virksomheten var blitt mer kjent og man kunne tilpasse seg den, i større grad måtte innrette seg på risikoen. Dette medførte en avgrensning av hvilke typer risikoer som begrunnet ansvar. Erstatningsansvaret til ulike virksomheter ble avgrenset når folks eget ansvar for handlinger, i betydningen å forholde seg til en risiko, i større grad ble trukket inn i vurderingene.

Perioden 1945 til 1970

Kapittel 6 omfattet en analyse av 47 avgjørelser i perioden 1945 til 1970. De tidligere etablerte oppfatningene og avgjørelseskriteriene skapte et mønster for regelproduksjon. Tendensen var at institusjonaliseringen ble forsterket i denne perioden gjennom en ytterligere spesifisering og tydeliggjøring av avgjørelseskriteriene. Dette betyr at avgjørelsene inneholdt klarere presiseringer av hva Høyesterett i gitte situasjoner forsto med påregnelighet, at risikoen måtte overstige dagliglivets risiko osv. I Stagboltdommen (Rt 1948 719) kom dette eksplisitt til uttrykk gjennom utsagnet:

”Ansvaret må forutsette et stadig og særpreget risikomoment som særkjennes ved at det ut fra en statistisk bestemt påregnelighetsbetraktning fra tid til annen uunngåelig fører nærmere bestemte ulykker med seg” (Rt 1948:721).

I tillegg ble det lagt vekt på at skaden/uhellet måtte være typisk for virksomheten for å begrunne erstatning. Et kriterium som ble fulgt opp i Siriusdommen (Rt 1948 1044).

Det var også en tendens til at skyldbetraktninger igjen kom inn i avgjørelsene gjennom kriteriet ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” som vi så ble etablert i forrige periode, og kriteriet om ”teknisk ufullkommenhet” som ble etablert i denne perioden. Igjen fant jeg at det nye kriteriet om ”teknisk ufullkommenhet” ble etablert gjennom en verdivurdering av hvem som var nærmest til å bære risikoen (Rt 1948 1113). Jeg fant også at det ytterligere ble etablert et nytt avgjørelseskriterium som bidro til å avgrense det objektive ansvaret, et kriterium som her ble etablert ut fra en konsekvensvurdering. Når skadelidte ikke sørget for å fjerne en kjent risiko eller ikke unnlot å utsette seg for denne risikoen, kunne dette vektlegges som argument for at skadevolder ikke ble erstatningsansvarlig. I Rt 1966 1485 la Høyesterett avgjørende vekt på at skadelidte var kjent med den risikoen han utsatte seg for. Dermed ble ansvaret for risiko overført fra skadevolder til skadelidte ved å hevde at dersom man med viten og vilje utsatte seg for en kjent risiko, kunne ikke dette utløse ansvar på objektivt grunnlag. Et slikt avgjørelseskriterium kan tolkes som en avveining i retning av å vektlegge kollektive interesser mot individets rettigheter, ved at ansvaret for å innrette seg fornuftig ble pålagt det enkelte individ. Dette kan være uttrykk for at det var samfunnsmessige hensyn som også sto sterkest i denne perioden. En antagelse som også styrkes av at ”forsikringshensynet” var såpass lite fremtredende i denne perioden. Det å legge avgjørende vekt på forsikringshensynet betyr at det er de som var ansvarlige for den skadevoldende virksomhet eller innretning, som måtte bære risikoen og innebar dermed en beskyttelse av det enkelte individ.

I sum betød repertoaret av kriterier som nå var utviklet, at Høyesterett i mindre grad trengte å gjøre bruk av nye rimelighetsvurderinger med hensyn til hvem som var nærmest til å bære risikoen, for å avgjøre enkeltsaker. Et eksempel er Rt 1956 1229 der en passasjer gikk av et lokaltog før det var stanset, falt ned på plattformen og ble skadet. Her diskuterte Høyesterett om dørsystemet var av en slik art at det kom inn under betegnelsen ”teknisk ufullkommenhet”, eller om det var noe ved dørsystemet som sviktet, altså om det forelå ”teknisk svikt”. Det Høyesterett unnlot å gjøre, var å drøfte om det var rimelig at skadelidte selv her måtte bære ansvaret, eller om det var mer rimelig å la jernbanen bli erstatningsansvarlig i en slik situasjon. Tilgangen på et større repertoar av etablerte avgjørelseskriterier kan være en forklaring på at innslaget av verdi- og nyttevurderinger var mindre i denne perioden enn det jeg fant i de to forrige periodene. Der nytte- og verdivurderinger i denne perioden var mest fremtredende, var i saker som omfattet nye områder. Det gjaldt for eksempel Gimlemoddommen (Rt 1960 429) der en rekrutt ble smittet av tuberkulose under militærtjeneste. Kravet om erstatning ble avvist fordi Høyesterett mente at det ikke forelå et ekstraordinært eller særpreget faremoment, og fordi Høyesterett vurderte det som ikke tilstrekkelig at

smitten hadde oppstått under tvungen militærtjeneste i samfunnets interesse. Dette er også et eksempel på en rimelighetsvurdering der vi ikke fikk vite hvilke verdier det var tatt utgangspunkt i. I Vaksinedommen (Rt 1960 841) argumenterte Høyesterett med at det måtte være rimelig og riktig at staten som hadde påbudt vaksinasjonsinngrepet i samfunnets interesse, også måtte ta den økonomiske risikoen for skader som dette medførte (Rt 1960:843). Høyesterett avveide her samfunnets interesse mot individets krav om erstatning.

I tillegg fant jeg i denne perioden en tendens til generelle henvisninger til rettspraksis mer enn tydeliggjøring av premissene for avgjørelsen. Dette kan illustrere en utvikling der spesifiseringen og tydeliggjøringen av det objektive ansvaret hadde nådd et punkt som gjorde det mulig å henwise til en mer generell lære om objektivt ansvar. Dette kan på den ene siden oppfattes som svært bindende, i den forstand at det her ble signalisert en utstrakt enighet om hva denne rettspraksisen faktisk innebar. En alternativ tolkning er som nevnt tidligere, at Høyesterett gjennom generell henvisning til rettspraksis, eller til læren om det objektive ansvaret, økte sitt eget handlingsrom på et tidspunkt da dette var blitt snevret inn på grunn av den økte spesifisering og tydeliggjøring. Dette illustreres eksempelvis i Rt 1949 688 der flertallet i Høyesterett sa at læren om ansvar for farlig bedrift ikke bød på noen støtte for et erstatningskrav mot et sykehus, mens mindretallet anvendte de utviklede avgjørelseskriteriene og på den bakgrunn kom frem til at det var hjemmel for ansvar på objektivt grunnlag. En generell henvisning til rettspraksis eller til læren om objektivt ansvar innebar at premissene for avgjørelsene ikke ble tydeliggjort. Dette er, slik jeg også tidligere har påpekt, en mekanisme som bidro til at høyesterettsdommerne økte sitt eget handlingsrom uten eksplisitt å gjøre rede for hva de egentlig gjorde.

Til spørsmålet om hvordan utviklingen var når det gjaldt det objektive ansvars domène, fant jeg at på de områdene der Høyesterett tidligere var varsomme med å stadfeste et rent risikoansvar, ble det nå mer eksplisitt slått fast at det objektive ansvaret ikke gjaldt for disse områdene. Dette var særlig tydelig for virksomheter som jernbane og sporvei. Jeg fant også en sterk tilbakeholdenhet med å utvide domenet for det objektive ansvaret til nye områder. Særlig var dette tydelig når det gjaldt objektivt ansvar for sykehus. Samtidig synes det å være trekk ved utviklingen som i noen grad går i motsatt retning. Objektivt ansvar for ”teknisk svikt”, ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” eller ”manglende teknisk oppdatering” kan tolkes som en utvidelse av ansvaret. Det vi så var en antydning til to typer objektivt ansvar: rent risikoansvar og ansvar for ”teknisk svikt”, ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” og ”teknisk ufullkommenhet”. Det var i den sistnevnte gruppen at Høyesterett gled i retning av culpa vurderinger. I en slik situasjon preget av en generell tilbakeholdenhet fant Høyesterett likevel måter å utvide ansvaret på ved å strekke regelen mot skyldvurderinger.

Perioden 1971 til 2003

I kapittel 7 ble 31 dommer fra 1971 til 2003 analysert. Denne analysen bekrefter funn om at kriteriene for avgjørelser nå lå fast. Argumentasjonen var kjennetegnet av et fast

mønster. Utviklingen representerte kontinuitet, både substansielt og i domène. Det var gjennom anvendelse av etablerte kriterier i nye situasjoner at virkeområdet for regelen ble slått fast. Dommerne tok i den enkelte sak stilling til hva som var sannsynlig, hvilken risiko man måtte finne seg i uten å få erstatning og hvilken risiko som var erstatningsutløsende. Det skjedde en ytterligere spesifisering og tydeliggjøring ved at de innholdsmessige aspektene ved kriteriene ble avgrenset i svært konkrete og spesifikke situasjoner. Eksempelvis i Rt 1970 1452 der en mann under maling av eget hus kom i kontakt med de elektriske inntaksledningene, fikk støt og falt ned av en stige. Høyesterett foretok en sammensatt vurdering der ulike avgjørelseskriterier ble kombinert. Først ble det generelt vist til alminnelige rettsprinsipper, og så ble det gjort en spesifikk vurdering av den foreliggende situasjon i forhold til etablerte kriterier; det ble vurdert om skadelidte selv kunne handlet annerledes, det ble vurdert om ledningene led av en teknisk og sikkerhetsmessig ufullkommenhet, forsikringshensynet ble trukket inn og det ble trukket veksler på tidligere avgjørelser. I Hepatittdommen (Rt 1981 312) krevde en tannlege erstatning av et sosialkontor i en kommune fordi han mente at pasienten måtte anses som sosialkontorets klient, og fordi pasienten som sprøytenarkoman tilhørte en utpreget risikogruppe for hepatittsmitte. Høyesterett vurderte her om det forhold at pasienten var sosialkontorets klient, innebar en så sterk tilknytning til kommunen at den ble ansvarlig. Spørsmålet om risiko ble vurdert, og Høyesterett fant at risikoen i dette tilfelle ikke var større enn den risikoen som tannleger vanligvis utsatte seg for. Videre vurderte retten om saksbehandlingen ved sosialkontoret kunne vurderes som en ”uforsvarlig ordning” og forsikringshensynet ble trukket inn. Avgjørelsene var kjennetegnet av sammensatte vurderinger der ulike avgjørelseskriterier ble kombinert for å komme fram til et resultat.

Slik sett representerte utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar en kontinuitet. Det var gjennom å anvende etablerte kriterier i nye situasjoner at virkeområdet for regelen ble slått fast. Spørsmålene Høyesterett tok stilling til, var både hvorvidt spesifikke situasjoner og saker falt innenfor eller utenfor reglen som var etablert, og hvor grensene for de ulike kriteriene skulle trekkes. Dette innebar at det særlig var domenet til det ulovfestede objektive ansvaret som ble ytterligere spesifisert i denne perioden. I mange av sakene som var oppe for Høyesterett, var det sentrale spørsmålet hvorvidt den spesifikke situasjon man sto overfor, falt innenfor eller utenfor den regel om objektivt ansvar som var etablert. Hvordan en situasjon ble definert fikk klare følger for hvilke regler som kom til anvendelse. Som jeg har vist var kriteriene for ansvar på denne tiden definert ved at risikoen måtte være skapt ved ting, innretning eller virksomhet eller drift som den påstått ansvarlige måtte ha tilstrekkelig tilknytning til. Videre at risikoen måtte være stadig typisk og ekstraordinær. Dessuten var ansvaret avgrenset mot tilfeldige skader.

En ytterligere indikator på kontinuitet var at det ikke ble etablert nye avgjørelseskriterier i denne perioden. Det er eksempler på at nye argumenter ble trukket inn, men det synes uklart hvorvidt disse etablerte nye regler siden vi ikke har senere avgjørelser som kan bekrefte eller avkrefte dette. Jeg fant f. eks. i saken der en gutt falt

av et tog (Rt 1975 710), at Høyesterett trakk inn hensynet til at Norge hadde tiltrådt internasjonale konvensjoner, og i Røykedommen (Rt 2003 1546) argumenterte Høyesterett med at det å statuere objektivt ansvar i denne bestemte saken ikke tjente samfunnsmessige behov. Selv om det her ikke kan konstateres at Høyesterett faktisk etablerte disse kriteriene, er det verdt å merke seg at for å kunne trekke inn helt nye kriterier synes det nødvendig for dommerne å basere seg enten på nytte og/eller verddivurderinger. Dette bekrefter tidligere funn om at etablering av nye avgjørelseskriterier synes å nødvendiggjøre mobilisering av denne type vurderinger.

Det er et generelt inntrykk at det substansielle innholdet i regelen om ulovfestet objektivt ansvar på dette tidspunkt var utviklet på en slik måte at Høyesterett ved hjelp av det etablerte regelsett kunne møte de fleste nye situasjoner. Argumentasjonen fulgte et etablert mønster i den forstand at når ansvar skulle vurderes, fantes det et repertoar av argumenter å ta utgangspunkt i. Et repertoar som gjorde det mulig for høyesterettsdommerne både å tilpasse bruk av kriterier til en gitt situasjon gjennom adgang til å vektlegge noen, men ikke alle kriterier og til å innta ulike standpunkt og ha ulike oppfatninger om hvor grensene burde trekkes for hva som var påregnelig, ekstraordinært etc. Slik sett må regelens substansielle innhold kunne sies å være robust i den forstand at dommerne ved å ta utgangspunkt i de etablerte avgjørelseskriteriene ble i stand også til å møte nye og uforutsette situasjoner.

Når det gjaldt regelens domène, var situasjonen fortsatt slik at når Høyesterett diskuterte et eventuelt ansvar for Norges Statsbaner, sykehus og helsevesen, ble det lagt vekt på tidligere rettspraksis, og Høyesterett opprettholdt den tilbakeholdenhet som tidligere er observert. Denne tilbakeholdenheten kan vanskelig forklares med at disse situasjonene i seg selv ikke innfridde kriteriene for objektivt ansvar. Derimot var det de tidligere avvisningene av objektivt ansvar for disse områdene som ble funnet bindende for senere rettes avgjørelser. Fordi mange av sakene i denne perioden kunne karakteriseres som "særskilte saker", altså saker som ikke kunne knyttes til et særlig område eller en sektor av samfunnet, er det vanskelig å konkludere med at virkeområdet for regelen ble utvidet. Et felt skilte seg imidlertid ut som et område der domènet for det objektive ansvaret faktisk ble utvidet: det som går under betegnelsen produktansvar. Gjennom flere saker fant Høyesterett produsenter av ulike typer produkter ansvarlig på objektivt grunnlag.

To trekk ved utviklingen skilte seg fra det som tidligere er observert. Det ene var at det synes å være en tendens til at høyesterettsdommerne klarere tydeliggjorde hvordan de oppfattet rettstilstanden på det området som var oppe til behandling. Sent i perioden fant jeg at dommene gjerne ble innledet med en generell presentasjon av hvordan rettstilstanden på området ble oppfattet. Dette var særlig fremtredende på de områdene der Høyesterett ikke ville etablere objektivt ansvar.

Det andre var at verdi- og nyttevurderinger igjen synes å få en mer fremtredende plass i argumentasjonen. Fra 1971 til 2003 fant jeg en økning i bruk av denne type argumenter i avgjørelsene, og da særlig som delargumenter til støtte for den øvrige argumentasjonen. Det var også en antydning til at premissene for rimelighetsvurderinger

ble tydeliggjort. Et eksempel var Granatdommen (Rt 1983:758) der Høyesterett fant at fjerning av sprenglegemene var i vannverkets egen interesse og at det i et slikt tilfelle ville være urimelig å pålegge forsvaret objektivt erstatningsansvar.

Institusjonalisering forstått som begrensning av alternative handlinger

Analysen av utviklingen og endringen av reglen om ulovfestet objektivt ansvar viser at de ulike fasene i utviklingen både har fellestrekk og trekk som skiller dem fra hverandre. Regelen om ulovfestet objektivt ansvar utvikles gjennom flere ulike prosesser og disse har sammensatte og i noen grad motstridende kjennetegn.

Etableringen, utviklingen og endringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar har flere trekk som gir støtte til et syn på endring, som betoner historiske brudd. Det er klare tendenser til at valg som gjøres tidlig i en utvikling og de institusjonelle forpliktelsene som vokser ut av dem, er bestemmende for senere beslutninger (Skockpol 1992, Thelen, Steinmo, Longstreth 1992, Koelbe 1995, Peters 2001). Regelen ser ut til å beholde mange av de trekkene som den fikk ved etableringen. Dette er i overensstemmelse med en antakelse om at for å forstå utvikling og endring må vi forstå de første policyvalgene og de institusjonaliserte forpliktelsene som vokser ut av disse. Det er et generelt inntrykk at de avgjørelseskriteriene som ble etablert i en tidlig fase av utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar danner et mønster for senere regelproduksjon. Særlig er det kriteriene om ”ekstraordinær risiko” og ”påregnelighet” som tidlig legger føringer på den videre utviklingen av regelen. Det er et sentralt funn at regelens substansielle innhold beholder mange av de trekkene den fikk ved etableringen. Disse kriteriene som gjerne ble etablert gjennom verdi- eller nyttevurderinger, ble regler for senere avgjørelser. Dette betyr at dommernes handlinger i økende grad baseres på etablerte regler og prinsipper. Jo mer erfaring Høyesterett baserte seg på i avgjørelsene om objektivt ansvar, jo mer regelbasert ble handlingene. Når kriteriene først var etablert, fulgte argumentasjonen på et nivå dette mønsteret. Spesifiseringen og tydeliggjøringen av argumentasjonen tok utgangspunkt i etablerte regler og prinsipper. Denne spesifisering av regelens substansielle innhold representerte en ”lukking av feltet”, fordi Høyesterett gjennom slike spesifiseringer innsnevret hva som kunne vektlegges i senere avgjørelser. En slik spesifisering øker regelens handlingsdeterminerende betydning, og en fortolkning blir dermed at anvendelse av regelen blir mer forutsigbar.

Kontinuitet synes å være sterkest på de områder der Høyesterett klart definerte domenet. Når Høyesterett en gang definerte en virksomhet, ting eller innretning som å innebære en så stor risiko at det begrunnet erstatningsansvar uten hensyn til skyld, ble dette en regel for senere avgjørelse. Det samme var tilfellet dersom Høyesterett avviste at en virksomhet, ting eller innretning innebar en slik risiko. Det var også slik at når Høyesterett første gang la vekt på et argument, som det kan bli mulig å vektlegge i neste omgang, ble dette noen ganger en mye ”fastere” regel enn det enn det en kunne anta da argumentet ble fremført.

En slik økende grad av systematisering av avgjørelseskriterier som er dokumentert, har klare likhetstrekk med Max Webers begrep om rasjonalisering (Weber 1968). Rasjonalisering for Weber innebar en klargjøring, systematisering og integrering av ideer. For Weber var dette en naturlig prosess som ga ideer kontinuitet, stabilitet og autonomi. Utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar er kjennetegnet av en gradvis lukking gjennom spesifisering av avgjørelseskriterier som ”ekstraordinær risiko” og ”påregnelighet”. De fleste kriteriene innebærer en økt spesifisering og dermed innsnevring, mens noen kriterier innebærer en addering i den forstand at det blir mulig å ta flere ulike hensyn. Etablering av kriterier som ”teknisk svikt” og ”manglende sikkerhetsforanstaltninger” er eksempler på slike og bidrar til en økt handlefrihet, særlig på områder som tidligere ikke er blitt omfattet av det objektive ansvaret. Dette er tydeligst på transportsektoren der Høyesterett ikke ville statuere et objektivt ansvar med mindre det forelå en ”teknisk svikt”. Denne handlefriheten ble igjen innsnevret gjennom f. eks krav om ”ansvar for egen risiko”. Regelen ble spesifisert gjennom stadige presiseringer av regelens substansielle innhold og anvendelse i spesifikke situasjoner. Denne spesifiseringen av regelen over tid kan oppfattes å redusere mulighetene for alternative handlinger, fordi regelen i økende grad forventes å gi tydelige handlingsanvisninger.

Disse trekkene gir støtte til en ide om at utviklingen av regelen er stivhengig. Det vil si at dette synet på endring er godt egnet til å forklare forekomsten og stabiliteten av regelens substans og domène, men perspektivet er mindre i stand til å forklare hvordan disse mønstrene endres. Perspektivet baserer seg på et syn om at den stivhengigheten som observeres, kun brytes dersom en tilstrekkelig sterk ytre kraft tvinger utviklingen i en annen retning (Krasner 1984). Dette er en idé som forutsetter at lange perioder med stabilitet kun brytes ved kriser, og at det kun er slike situasjoner som kan medføre fundamental endring og eventuelt nyopprettelse av en institusjon.

To trekk synes å være vanskelig å forklare gjennom dette perspektivet. Det ene er selve etableringen av regelen. Det andre er at regelens substansielle innhold og domène over tid har gjennomgått betydelige endringer uten at disse endringene synes å kunne knyttes til situasjoner som kan beskrives som entydige brudd med praksis. Derimot skjer disse endringene gradvis gjennom erfaringsbasert tilpasning og læring. Det er også trekk ved utviklingen som i mindre grad gir støtte til forståelse av rasjonalisering/institusjonalisering som en naturlig utvikling mot større grad av klargjøring, systematisering og integrering av ideer.

Institusjonalisering forstått som muliggjøring av alternative handlinger

Mye av litteraturen om institusjonelle endringer baserer seg på ideen om at institusjoner i hovedsak er kjennetegnet av lange perioder med stabilitet som bare brytes gjennom eksterne sjokk (Streeck og Thelen 2005). Dette synes i dag å være en dominerende forklaring på institusjonell endring. Et syn på endring som ser endring som inkrementell

og tilpasning til omgivelsene som mindre automatisk kan fange opp hvordan inkrementelle steg i sum kan produsere transformative resultat (March og Olsen 1989, Streeck og Thelen 2005). De funnene som er gjort i denne studien av etablering, utvikling og endring av regelen om ulovfestet objektivt ansvar, gir mer støtte til et slikt syn på endring.

I den første fasen av regelens historie var praksis kjennetegnet av en åpenhet og en søking etter et alternativ til "culpa". Dette var mulig fordi etableringen av den nye regelen skjedde over relativt lang tid. Etableringen kan beskrives som en prosess der Høyesterett både brøt med og opprettholdt gjeldende rett. De enkelte dommene hadde gjerne både elementer av brudd med tidligere praksis samtidig som de representerte en videreutvikling av allerede påbegynte argumentasjonsrekker. I flere av sakene hadde verddivurderinger om rimelighet, rettferdighet og konsekvensvurderinger en sentral plass. Argumentasjonen baserte seg på etablerte regler og tidligere praksis, men strakk seg mot nye regler, blant annet ved å tøyne skyldbegrepet, ved å henvise til det særskilte ved en sak, eller ved å reservere seg mot at avgjørelser skulle etablere generelle prinsipp.

Slik ble overgangen fra et grunnleggende prinsipp til et annet dempet, og retten som system kunne være på søking etter et nytt ansvarsprinsipp uten at institusjonene på en åpenbar måte brøt med egen beslutningspraksis. Overgangen fra utelukkende å tenke ansvar i forhold til skyld til å tenke ansvar i forhold til risiko er en dramatisk endring, men måten denne endringen skjedde på illustrerer at det eksisterer en fleksibilitet i retten. Denne fleksibiliteten gjorde det mulig for Høyesterett i en overgangsperiode å leve med relativt stor uenighet rundt grunnleggende spørsmål uten at det er tegn som tyder på at tilliten til retten ble utfordret. Over tid ble regelen spesifisert og dette bidro til at argumentasjonen i økende grad fulgte et visst mønster. Dette skjedde imidlertid på en slik måte at rommet for alternative handlinger stadig ble opprettholdt. Innslaget av verdi- og nyttevurderinger i avgjørelsene, og det forhold at premissene for vurderingene ikke ble tydeliggjort eller kun ble tydeliggjort i begrenset grad, åpnet for muligheten for en vedvarende fleksibel praksis. Adderingen av kriterier og spesifisering av de enkelte kriteriene ga handlingsveiledning for dommerne i den forstand at de styrte argumentasjonen i en bestemt retning, men dette innebar ikke at det var full enighet om innholdet i kriteriene, eller hvor grensene gikk mellom hva som for eksempel skulle betraktes som ekstraordinært eller ikke, eller hva som var påregnelig eller ikke. Ved å unngå å ta opp ulike type spørsmål, f. eks skyld/ ikke skyld eller om en virksomhet var av en slik karakter at den var å oppfatte som "farlig bedrift", og gjennom det klare innslaget av verdi- og nyttevurderinger, hadde Høyesterett en kontinuerlig mulighet til å treffe avgjørelser med et annet type innhold og begrunnelse enn det vi ville forvente dersom det var etablert entydige føringer på avgjørelsene. I tillegg kommer det forhold at de etablerte avgjørelseskriteriene stadig måtte fortolkes og refortolkes. Høyesterett måtte for eksempel stadig refortolke hva dagliglivets risiko innebar og dermed ta stilling til spørsmål om hva som var normalt/unormalt, vanlig/uvanlig eller nytt/gammelt.

Det er et sentralt funn at Høyesteretts praksis i hele den perioden var kjennetegnet av en åpenhet for alternative handlinger. En viktig årsak til dette er at det ikke kan antas at

det er direkte samsvar mellom en regel og selve praktiseringen av regelen. Praktiseringen av en regel kan både snevre inn et handlingsrom og praktiseringen kan øke et handlingsrom. Utviklingen av praktiseringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar var kjennetegnet av en fleksibilitet der retten ble utviklet via ulike type fortolknings- og avgjørelsesmekanismer. Nye avgjørelseskriterier ble ofte etablert gjennom nytte- og/eller verddivurderinger, som i neste omgang ble regler for senere avgjørelser. Ser vi nærmere på de avgjørelseskriteriene høyesterettsdommerne tok utgangspunkt i når reglen om ulovfestet objektivt ansvar skulle anvendes, kan de karakteriseres som "elastiske ord" som åpnet for betydelig skjønn (Olsen 1989:61). Kriteriene ble knyttet til begreper som verken er absolutte eller særlig målbare. Ved å utvikle kriterier som "påregnelighet", "tilstrekkelig tilknytning til" eller "ekstraordinær risiko" og ved å benytte begreper som "etter en samlet vurdering", "tjener ikke samfunnsinteresser", "rimelig", eller "nyttig", etablerte Høyesterett gjennom sin egen rettspraksis et ikke ubetydelig handlingsrom. I Gesimsdommen (Rt 1939 766) ble det slått fast at man må regne med at gesimsen på hus kan dette ned, men i Stagbolt dommen (Rt 1948 719) sa Høyesterett at man ikke kan regne med at bolter kan bryte. Det er mulig å stille spørsmål om hvor påregnelig det er at gesimsen danner ned, og spørsmålet er om ikke Høyesterett i Stagboltdommen kunne argumentert ut fra de samme kriteriene og kommet frem til at materialfeil er noe som kan oppstå fra tid til annen.¹⁶⁸ Det kan antas at kravet om statistisk påregnelighet fremstår som et entydig kriterium kun i den grad det er enighet om hva som faktisk er statistisk påregnelig. Langt mer tvetydig blir det dersom eksperter og sakkyndige ikke skulle være enig i hva som er å påregne statistisk.

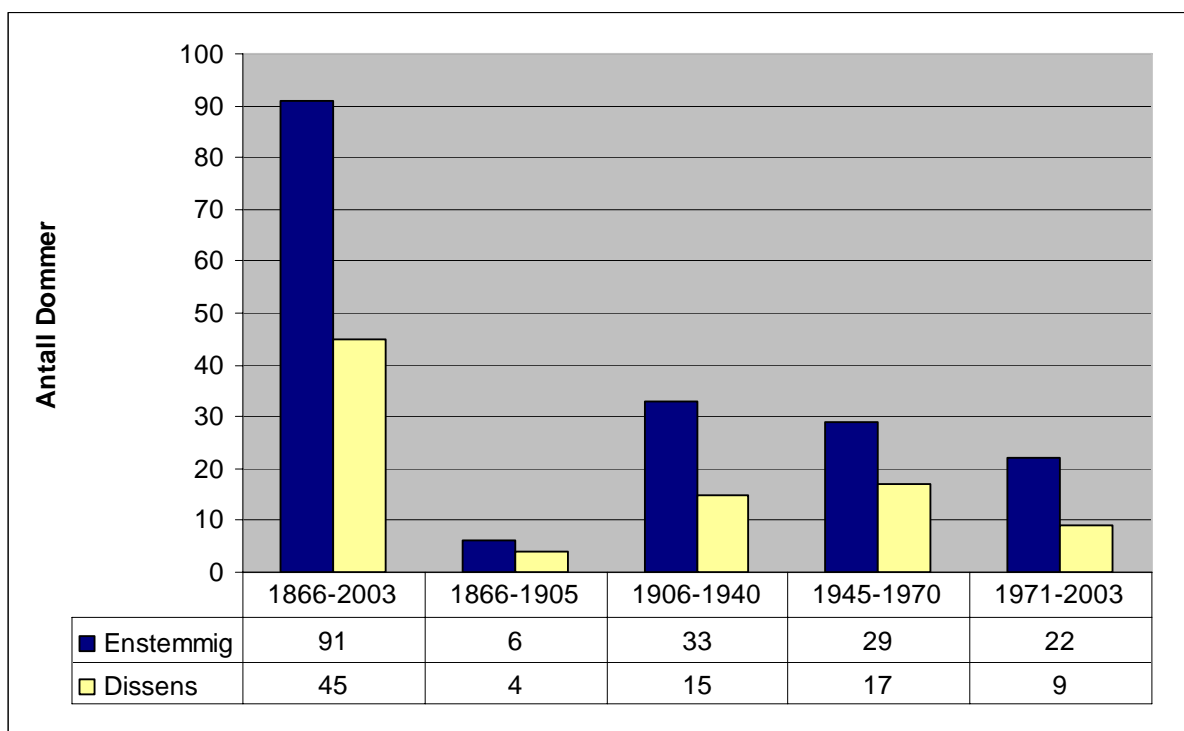
Det er ikke bare det "elastiske" innholdet i avgjørelseskriteriene som skapte et handlingsrom for Høyesterett, men også praksisen Høyesterett utviklet med hensyn til vektleggingen av ulike kriterier. Med dette mener jeg at Høyesterett i noen tilfeller la mest vekt på påregnelighetsbetraktninger slik som i Vannledningsdommen (Rt 1905 715), mens det i denne dommen ikke ble lagt vekt på at risikoen skulle være ekstraordinær. I P-pilledom II (Rt 1992 64) var det ikke påregneligheten som ble vektlagt, tvert i mot ble det slått fast at sannsynligheten var liten for slike alvorlige bivirkninger. Her vektløste Høyesterett blant annet den store konsekvensen slike bivirkninger ville ha for den enkelte og adgangen produsenten av P-pillen hadde til å pulverisere kostnadene gjennom prisen på produktet. Denne praksisen muliggjøres fordi Høyesterett i liten grad hierarkiserer sine argumenter.

Jeg finner også at det som Høyesterett i noen sammenhenger slår fast som en "etablert sannhet", kan være mindre bindende enn det vi kunne forvente. F. eks. kan generelle henvisninger til rettspraksis oppfattes som svært bindende for nye avgjørelser, men samtidig åpner dette for et handlingsrom fordi man her unngår å tydeliggjøre premissene for avgjørelsene. Det å unngå å tydeliggjøre premissene er, som jeg tidligere har vist, en mekanisme som bidro til at handlingsrommet ble økt. Funnet om at dommerne henviste til generelle rettsgrunnsetninger eller generelle henvisninger til

¹⁶⁸ Se også Alten 1950

rettspraksis, bidro til at premissene for avgjørelsene ikke ble eksplisert. Over tid ble det etablert en situasjon der en for å kunne vurdere premissene for en avgjørelse måtte besitte kunnskap om den juridisk faglige tenke- og handlemåte. Dette er en utvikling der premissene for avgjørelsene ble vanskelig tilgjengelig for andre enn jurister.

Adgangen Høyesterett har til å avsi dommer med dissens, gir institusjonen god anledning til å leve med uenighet om vesentlige spørsmål. Dissenser kan ha ulik betydning. Én betydning er at jo mer delte meninger det ekspliseres i saker, desto mer sannsynlig vil det være at standpunktene kan bli endret. Når det gjelder dissenser i saker om ulovfestet objektivt ansvar, viser figuren nedenfor hvordan utviklingen i enstemmige saker og dissens saker har vært over tid.



Det var de enstemmige sakene som dominerte, og den perioden som hadde flest saker avgjort med dissens, var perioden fra 1866 til 1905. Her ble 4 av 10 saker avgjort med dissens, det vil si 40 %. For de to neste periodene var andelen dissenssaker 31,3 % i perioden 1906 til 1940 og 37 % i perioden 1945 til 1970. I perioden 1971 til 2003 var det en nedgang i andelen dissenssaker til 29 %. De studiene som tidligere er referert viser at for sivile saker generelt har andelen saker avgjort med dissens vært oppe i 25 %. Prosentandelen for saker som gjelder ulovfestet objektivt ansvar, ligger derimot noe høyere. Dette kan ha ulike forklaringer. Det kan ha sammenheng med at dette området har klare rettsskapende trekk og at det ikke er urimelig å anta at høyesterettsdommerne derfor er mer uenig på et slikt område enn i rene rettsanvendelsesspørsmål. Ulike oppfatninger av hva som oppfattes å være rimelig, går igjen i mange av dissensene. Dette synes å være tilfellet enten spørsmålet dreier seg om rekkevidden av virkeområdet

for det ulovfestede objektive ansvaret, spørsmål om hva som innebærer risiko, hvor stor denne er, eller hvilke krav som bør stilles til borgerne om å innrette seg i forhold til ulike typer risiko.

Dissensene synes samlet å bekrefte de øvrige funnene som er gjort. Sett under ett er det vanskelig å identifisere noe entydig mønster i dissens saker. Det er funnene fra den øvrige analysen som forsterkes når det spesifikt fokuseres på betydningen av dissensene. Dette har for det første sammenheng med at de ulike typer argumenter er mest fremtredende i saker med dissens. Innholdet i dissensene og utviklingen over tid synes også å være i samsvar med de studiene som er gjort av dissenser i Høyesterett og som konkluderer med at det ikke er vesentlige prinsipielle brytninger i institusjonen og at det ikke kan identifiseres radikale eller konservative fløyer i domstolen (Smith 1975). I følge Smith synes det ikke å være slik at de dommere som dissenterer, er i utakt med flertallet i domstolen i alminnelig samfunnssyn eller i mer grunnleggende juridisk metodesyn, og dissensene synes heller ikke å spille noen fremtredende rolle for hovedlinjene i rettsutviklingen (Smith 1975). I sakene som er avgjort med dissens i perioden fra 1866 til 1905 i denne studien, skifter det mellom flertall og mindretall med hensyn til hvem som forsvarer den etablerte regelen om "intet ansvar uten skyld" og hvem som forsvarer et nytt prinsipp om objektivt ansvar. Dermed synes dissensene i denne perioden å bekrefte inntrykket av at retten var på søking etter et nytt ansvarsgrunnlag.

For Høyesterett er dissenser, som denne studien har vist, bare en av flere mekanismer Høyesterett trekker veksler på i utviklingen av retten. I motsetning til de øvrige mekanismene kommer imidlertid uenigheten tydelig frem i dissenser. Avgjørelseskriteriene som ulovfestet objektivt ansvar baseres på, er mange, kompliserte og sammensatte. Uenighet dreier seg om ulike spørsmål i ulike saker. Men det som synes å være mest gjennomgående er at høyesterettsdommerne gir tilkjenne ulike oppfatninger av hvor grensene for aktsomhetsnormen skal trekkes både for skadevolder og skadelidte, hva som skal regnes som påregnelig eller ikke, og ulik oppfatning av hvilken risiko som er erstatningsutløsende og hvilken risiko vi som borgere må innrette oss på.

Funnene i denne studien viser at retten kjennetegnes av en forholdsvis stor åpenhet, fordi bruken av regelen om ulovfestet objektivt ansvar vedvarende åpner for alternative handlinger. Av den grunn lar det seg ikke gjøre å avlede handlinger direkte fra selve regelen. Regelen om ulovfestet objektivt ansvar påvirker praksis over tid, men den determinerer ikke denne praksisen. En implikasjon er at det ikke er mulig å trekke noen generell slutning om hvorvidt mer spesifiserte regler virkelig innsnevrer et handlingsrom.

I utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar utvikles ikke bare et repertoar av avgjørelseskriterier som anvendes for å vurdere om regelen skal komme til anvendelse eller ikke, men også et repertoar av beslutningsmekanismer. Disse beslutningsmekanismene bidrar til å forklare hvordan retten som system fremstår som stabil, fleksibel og robust. Noe som er særlig viktig fordi retten skal være kjennetegnet av at tidligere argumentasjon forplikter. Disse institusjonelle trekkene gir på den ene

siden økt forutsigbarhet og minsker usikkerheten både for dommerne i Høyesterett og for samfunnet rundt.

Et sentralt funn er likevel at utviklingen og endringen i reglen om ulovfestet objektivt ansvar ikke følger noen rett linje. Selve etableringen av det objektive ansvaret skjedde over en periode på ca. 40 år gjennom en dynamikk der dommere argumenterte både ut fra forventninger om fremtidige effekter og ut fra etablerte regler og prinsipper. Når dommerne avgjør saker om ulovfestet objektivt ansvar, følger de både regler og de kalkulerer nytte. Både etableringen og den videre utvikling av det objektive ansvaret er kjennetegnet av en dynamisk veksling mellom handlingslogikkene ”logic of consequence” og ”logic of appropriateness”. Endring og utvikling av regelen om ulovfestet objektivt ansvar er ikke bare et resultat av de til enhver tid eksisterende omgivelser og politiske betingelser, men også et resultat av rettens opphav, historie og interne dynamikk. Derfor er noen dimensjoner kjennetegnet av kontinuitet, andre av brudd, og tilpasningene til endringene i omgivelsene kan noen ganger fremstå som tilfeldige.

I en svært institusjonalisert praksis, som Høyesteretts beslutningsatferd vanligvis må kunne sies å være, er rommet for alternative handlinger, slik det er observert i denne studien, overraskende stort. Analysen av utviklingen av det objektive ansvaret har vist at institusjonalisering av regelen om ulovfestet objektivt ansvar ikke går mot økende rigiditet, forutsigbarhet eller liten endringsvilje. Tvert imot har analysen vist at institusjonaliseringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar innebærer vedvarende fleksibilitet. En fleksibilitet som også opprettholdes gjennom dommernes muligheter til å skifte mellom ulike handlingslogikker. Dette er et trekk ved utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret som setter spørsmålsteget ved etablerte oppfatninger av endring og utvikling. Institusjonalisering av regelen om ulovfestet objektivt ansvar vil vanligvis fortolkes som en gradvis lukking av rettens beslutningspraksis. Mine funn viser at institusjonalisering også innebærer økte muligheter for alternative handlinger. Muligheter som særlig fremmes gjennom de beslutningsmekanismene som er identifisert. Over tid etableres et utvidet repertoar av mekanismer som anvendelsen og endringen av regelen om objektivt ansvar skjer gjennom. Dermed kan vesentlige endringer skje uten at disse fremstår som direkte brudd med tidligere praksis. Ved ikke å trekke et skarpt skille mellom kontinuitet og endring og ved å skille mellom regelens substansielle innhold og regelens domène har det vært mulig å fange opp denne dynamikken.

Hvordan trekk ved Høyesterett som institusjon kan forklare den observerte utvikling

En sentral antakelse er at trekk ved Høyesterett som institusjon kan forklare viktige observasjoner i denne studien. I første kapittel presenterte jeg en del slike trekk. Her kan nevnes at Høyesteretts institusjonelle identitet i første rekke vil være knyttet til Høyesterett som upartisk og velkvalifisert regelfortolker og regelanvender. Jeg antok

videre at den særegne juridiske tenke- og handlemåte vil kunne ha betydning for hvordan Høyesterett responderer på samfunnsmessige endringer, at Høyesteretts rolle som lovgiver er sekundær, at forholdet til lovgiver er en nøkkelfaktor og at Høyesterett, som andre institusjoner, vil søke å utvide institusjonens prestisje og makt i situasjoner hvor dette er mulig. Det sentrale spørsmålet er om og hvordan disse egenskapene ved Høyesterett som institusjon kan tenkes å påvirke regelutviklingen og de prosessene den skjer gjennom.

Gradvis utvikling

En viktig observasjon i mitt materiale er at selve etableringen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar skjedde over en periode på 40 år. Bruddet med tidligere praksis tok form av en gradvis utvikling. Videre var Høyesteretts praksis etter at regelen var etablert, kjennetegnet av en tilbakeholdenhet både når det gjaldt å utvide domenet for regelen og når det gjaldt stadfesting av rent risikoansvar. Det vil si at den tilpasning som Høyesterett gjorde til endringer i samfunnet skjedde over et relativt langt tidsrom. En viktig forklaring er at hensynet til domstolenes politiske legitimitet, forutberegnelighet og likhet i rettsanvendelsen setter ganske strenge grenser for utviklingen og utviklingshastigheten i retten. Det er lovgiver som har mandat til å foreta større og raske endringer.

Mekanismer som demper overgang til ny praksis

Denne studien har videre avdekket gjennom hvilke prosesser etableringen og utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar skjer. Gjennom en rekke ulike type mekanismer som tøyning av skyldbegrepet, henvisning til det særskilte ved en sak, ved reservasjon mot å etablere generelle prinsipp og ved bruk av verdi- og nyttevurderinger ble regelen etablert og utviklet. Over tid ble det utviklet et repertoar av avgjørelseskriterier som gjorde det mulig for høyesterettsdommerne å vektlegge og kombinere disse på ulike måter. Ved hjelp av manglende hierarkisering av argumenter kunne dommerne legge vekt på ulike argumenter i ulike saker uten at den relative betydningen av dem ble eksplisert.

Ut fra juridisk metode vil høyesterettsdommer som hovedregel anses som bindende for senere avgjørelser. Det kan forklare hvorfor det er nødvendig for Høyesterett å etablere regelen gjennom mekanismer som innfrir kravet til at utviklingshastigheten ikke blir for høy eller at endringen i den enkelte avgjørelse blir for omfattende slik at avgjørelsen fremstår som et direkte brudd med tidligere praksis. Den juridiske metode skal regulere den juridiske diskusjon på en slik måte at enhetlige rettsavgjørelser sikres gjennom å sette opp normer for hvilke typer argumenter eller grupper av argumenter som skal vektlegges i domsavgjørelser. Den måten regelen om ulovfestet objektivt ansvar etableres og utvikles på avviker i noen grad fra disse normene, men likevel slik at måten å treffe beslutninger på ikke fremstår som et direkte brudd med den grunnleggende juridiske metode.

Kontinuitet og rutinisering av beslutninger

Trekkene ved Høyesterett som institusjon kan også forklare hvorfor kontinuitet synes å være sterkest på de områdene hvor retten klart definerer domenet for regelen. Når Høyesterett har inntatt et bestemt standpunkt med hensyn til hvilken rettsregel som gjelder, og innholdet av denne, skal dette være et svært tungt argument i favør av å bygge på samme rettsregel i senere saker. Derfor vil det være vanskelig for Høyesterett å bryte med egen praksis fordi slike tydelige brudd vil stride mot et av institusjonens sentrale identitetsgrunnlag.

Trekk ved Høyesterett som institusjon kan også forklare en annen sentral observasjon; tendensen til rutinisering av beslutningene over tid. Jeg antok innledningsvis av vi ut fra Høyesteretts identitets/legitimitetsgrunnlag vil forvente en gradvis rutinisering, at beslutninger uavhengig av hvilket grunnlag de er truffet på, over tid vil nedfelle seg i regler og prinsipper og at deres virkeområde nyanseres og presiseres som resultat av erfaringsbasert læring.

Endring av grunnlaget for dissenser

I en situasjon med økt grad av rutinisering og institusjonalisering, ville vi forvente en nedgang i antallet dissenser. Dette er imidlertid ikke et observert trekk i materialet, tvert i mot ligger antallet avgjørelser avsagt med dissens på et relativt stabilt og høyt nivå. Til tross for at regelen rutiniseres og det etableres en mer generell lære om objektivt ansvar kan den relativt høye andelen dissenser ha sammenheng med at Høyesterett på dette området stadig blir stilt overfor situasjoner som det ikke finnes klare regler/praksis for. Samtidig er det et viktig funn at spørsmålene høyesterettsdommerne er uenig om endrer seg over tid. Over tid dreier dissensene seg i synkende grad om uenighet om rettsreglene og mer om uenighet om situasjonsoppfatningene. Dette er en observasjon som tyder på at regelen institusjonaliseres.

Konsekvensorientering som grunnlag for innovasjon

Det er tidligere antatt at Høyesteretts institusjonelle identitet i første rekke vil være knyttet til retten som upartisk og velkvalifisert regelfortolker og regel anvender, men at tradisjonen med "reelle hensyn" åpner for et at Høyesterett i visse situasjoner kan treffe konsekvensorienterte beslutninger. Det jeg finner i denne studien av utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar er at Høyesterett følger regler hvis de kan. Når Høyesterett stilles overfor nye situasjoner blir det nødvendig for Høyesterett å ty til sitt sekundære identitetsprinsipp gjennom konsekvensorienterte beslutninger. Men utviklingen over tid viser at Høyesterett benytter sitt subsidiære handlingsprinsipp mer enn det jeg i utgangspunktet antok. Konsekvensorienterte argumenter er i mange av avgjørelsene til stede sammen med argumenter som knyttes til eksisterende praksis og regler. Nye kriterier etableres både ut fra nytte- og verdivurderinger, vurderinger som i denne sammenheng ikke kan knyttes til eksisterende regler og praksis. Den mer

kontinuerlige bruken av nytte- og verdivurderinger synes å være større enn det vi i utgangspunktet skulle forvente.

Det kan derfor synes om Høyesteretts subsidiære handlingslogikk er kritisk for innovasjon. Det kan synes som om dette identitetsprinsippet er en forutsetning for at institusjonen skal være i stand til å tilpasse seg endringer i samfunnet. Når det ikke foreligger klare regler/presedenser finner jeg at Høyesterett beveger seg mot sitt sekundære identitetsprinsipp som er en konsekvenslogikk. Når de gjør dette finner jeg at resonneringen også knyttes til hva som er generelle normer i samfunnet som rettferdighet og fornuft. Mål-middel vurderingene knyttes an til oppfatninger av hva som er det felles beste eller til fortolkninger av individuelle rettigheter. Samtidig viser denne studien at Høyesterett selv aktivt trekker grensene for hva som oppfattes som rimelig eller rettferdig, hva som til enhver tid er balansen mellom kollektive og individuelle rettigheter. Dette skjer gjennom at slike avveininger legges til grunn for avgjørelser i enkeltsaker, vurderinger som har en klar tendens til å bli regler for senere avgjørelser. Over tid er det en tendens til at konsekvensbaserte beslutninger transformeres til normbaserte avgjørelser.

Høyesterett styrker sin institusjonelle posisjon i samfunnet

Denne studien har vist at utviklingen over tid er kjennetegnet av at Høyesterett velger løsninger som gir fremtidig handlingsrom, et handlingsrom som bidrar til at retten i stadig flere situasjoner slipper å ty til sin sekundære handlingslogikk. Dersom vi ser utviklingen av regelen om ulovfestet objektivt ansvar samlet, synes følgende typer mekanismer å være de mest sentrale med hensyn til å opprettholde Høyesterett sitt handlingsrom:

- For det første kan høyesterettsdommerne alltid anvende nytte- og/eller verdivurderinger i sine argumentasjoner. I denne studien har jeg vist at dette er et vesentlig element i Høyesteretts praksis på dette området.
- For det andre kan høyesterettsdommerne unnlate å tydeliggjøre hvilke premisser avgjørelsen bygger på. Dette kan skje på ulike måter: enten ved å henvise til en generell regel, til rettspraksis som sådan, eller ved bruk av verdi- og/eller nyttevurderinger hvor det ikke tydeliggjøres hvilke verdier eller interesser som faktisk er avveid mot hverandre, eller hva som er det substansielle innholdet i en verdivurdering.
- For det tredje gjør et økende repertoar av avgjørelseskriterier det mulig for høyesterettsdommerne å vektlegge ulike kriterier i ulike avgjørelser, og kombinere dem på ulik måte.
- For det fjerde kan høyesterettsdommerne unnlate å hierarkisere sine begrunnelser. Når vurderingene er sammensatte og mange ulike

momenter er oppe til vurdering, kan dommerne legge mer eller mindre vekt på ulike argumenter uten at betydningen av dem ekspliseres.

- For det femte kan høyesterettsdommerne leve med uenighet gjennom adgangen til å avsi dommer med dissens.

Samlet sett bidro de mekanismene som det her er redegjort for, til at retten kunne være på søking etter et nytt ansvarsprinsipp, etablere nye avgjørelseskriterier, utvide og avgrense virkeområdet til regelen om ulovfestet objektivt ansvar, uten at dette fremsto som et klare brudd med tidligere rettspraksis. En slik stadig økning av handlingsrom kan forklares med at Høyesterett, som andre institusjoner, vil søke å utvide sin prestisje og makt i situasjoner hvor dette er mulig.

Denne studien har vist at måten Høyesterett utvider sin makt og autoritet på skjer i relasjon til andre trekk ved Høyesterett som institusjon. Det vil si at måten retten utvider sin makt på skjer gjennom prosesser som ikke kommer i synlig konflikt med andre trekk ved Høyesterett som institusjon, for eksempel med hensyn til kravene om lojalitet overfor lovgiver og kravet om at Høyesterett skal være nøytral regelanvender. Det er imidlertid Høyesterett selv som trekker disse grensene mellom lojalitet, nøytralitet og faglig uavhengighet gjennom sine avgjørelser. Praksis fremstår dermed som et resultat av hva Høyesterett selv til enhver tid finner å være den adekvate balanse mellom ulike hensyn.

Litteratur

- Abbot, A. (1988): *The system of professions: an essay on division of expert labour*. Chicago: University of Chicago Press.
- Abrams, P. (1982): *Historical Sociology*. Somerset: Open Books Publishing Ltd.
- Alten, E. (1950): "Våre domstolers stilling til spørsmål om objektivt erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold". *Tidsskrift for rettsvitenskap*. s. 325–333.
- Andenæs, J. (1965a): "Høyesterett som politisk organ" i *Lov og Rett*. s 22–43. Oslo: Universitetsforlaget.
- Andenæs, J. (1965b): "Jus og politikk" i *Lov og Rett*. s. 456–464. Oslo: Universitetsforlaget.
- Andenæs, J. (1979): *Innføring i rettsstudiet*. Oslo: Grøndahl & Søn.
- Andenæs, J. og Kvamme H. (1969): "Om grunner til uenighet om rettsspørsmål. Et streiftog i Rettskildelæren" i *Nordisk gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm*. Oslo: Johan Grundt Tanum.
- Andersen, B. m.fl. (1990): "Domstolene som institusjoner: Reformforslag, verdier og Situasjonsoppfatninger". LOS-senter Notat 90/21.
- Andersen, K. (1976): *Skadeforvoldelse og erstatning*. Oslo: Tanum-Norli.
- Arnholm, C. J. (1933): "Prejudikaters betydning for rettsutviklingen". *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. s.163–180.
- Aubert, V. (1964): *Likhet og Rett*. Oslo: Pax.
- Baum, L. (1988): "Measuring Policy Change in the U.S. Supreme Court". *American Political Science Review*. 82:905–21.
- Bernt, J. F. (2002): "Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren" i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygård*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Bernt, J. F. og Doublet, D. R. (1992): *Retten og Vitenskapen*. Bergen: Alma Mater.
- Bernt, J. F. og Doublet, D. R. (1998): *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Bernt, J. F. og Doublet, D. R. (1998b): "Rettslig og politisk legitimitet". I Doublet, D., Krüger, K. og Strandbakken, A.: *Stat, politikk og folkestyre. Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen, 19. februar 1998*. Bergen: Alma Mater.
- Bernt, J. F. og Doublet, D. R. (1999): *Juss, samfunn og rettsanvendelse. En introduksjon til rettsvitenskapen*. Oslo: Ad Notam Gyldendal.
- Blichner, L. C. og Molander, A. (2005): "What is juridification?" Working Paper Arena No. 14.
- Bratholm, A. (1957): *Pågrepelse og Varetaktsfengsling*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Cherryholmes, C. H. (1992): "Notes on pragmatism and scientific realism". *Educational Researcher*, 14. August – September 13–17.
- Clayton, C. W. og Gillman, H. (1999a): *Supreme Court Decision-making. New institutionalist Approaches*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Clayton, C. W. og Gillman, H. (1999b): *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations*. Kansas: The University Press of Kansas.
- Collier, R., Collier, B. og Collier, D. (1991): *Shaping the Political Arena: Critical Junctures, the Labour Movement and Regime Dynamics in Latin America*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Cresswell, J. W. (2003): *Research Design. Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches*. Sage Publications, Inc.
- Cyert, R. M. og March, J. G. (1963): *A behavioral Theory of the Firm*. New Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- Dahlberg-Larsen, J. (1992): "Luhmann og retten". I Jacobsen, J.C. (red): *Autopoiesis: en introduksjon til Niklas Luhmanns verden av systemer*. København: Forlaget politisk revy.
- DiMaggio, P. J. og Powell, W. W. (1991): *The New institutionalism in organizational analysis*. Chicago: University of Chicago Press.
- Doublet, D. (1995): *Rett, Vitenskap og Fornuft. Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimeslige forutsetninger*. Bergen: Alma Mater.

- Eckhoff, T. (1965): "Noen refleksjoner om domstolenes uavhengighet". *Jussens venner* nr 1.
- Eckhoff, T. (1989): "Juss og Politikk" i Eckhoff, T.: *Juss, moral og politikk*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Eckhoff, T. (1989): *Juss, moral og politikk*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Eckhoff, T. og K. D. Jacobsen (1960): *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-making*. København: Munksgård.
- Eckhoff, T. ved Helgesen, J. E. (1997): *Rettskildelære*. Oslo: Tano Aschehoug.
- Engelstad F., Selle, P. og Østerud, Ø. (2003): *Makten og demokratiet. En sluttbok fra Makt- og Demokratiutredningen*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Eskeiland, S. og Finne, J. (1984): "Almenhetens behov for rettshjelp" i *Jussens Venner*. s. 222–252.
- Egeberg, M. og Lægred, P. (red.) (1999): *Organizing Political Institutions. Essays for Johan P. Olsen*. Oslo: Scandinavian University Press.
- Furre, B. (1992): *Norsk historie 1905–1990: vårt hundreår*. Oslo: Samlaget.
- Goodin, R. E. (1996): "Institutions and their design". I Goodin R. E (red). *The Theory of Institutional Design*. s 1–53. Cambridge: Cambridge University Press.
- Graver, H. P. (1986): *Den juristskapte virkelighet*. Oslo: Tano.
- Graver, H. P. (1998): "Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap" i *Lov og Rett*. s. 579–603.
- Graver, H. P. (2005): Høyesterett på kollisjonskurs? Kronikk i *Dagbladet* 02.11.05.
- Guba, E. G og Lincoln, Y. S. (1998): "Competing Paradigms in Qualitative Research" i Denzin, N. og Lincoln Y. (red): *The Landscape of Qualitative Research, Theories and Issues*. Sage Publications Inc. s. 195–200.
- Gaarder, K. (1967): "Domstolene og den alminnelige rettsutvikling" i Nissen, G. B., Hiorthøy, F. og Gaarder, K.: *Den dømmende makt: domstolene og rettsutviklingen 1814–1964*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Hagstrøm, V. (1987): *Offentligrettslig erstatningsansvar. Studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett*. Oslo: Tano.
- Hall, P. A. og Taylor, R. C. R. (1996): "Political Science and the Three New Institutionalisms". *Political Studies*. 44: 952–73.
- Hay, C. (2002): *Political Analysis*. Palgrave Macmillan, Ltd.
- Immergut, E. M. (1992): *Health politics: interests and institutions in Western Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ikenberry, G. J. (1988): "Conclusion: An Institutional Approach to American Foreign Economic Policy" i Ikenberry, G. J., Lake, D. A. og Mastanduno, M. (red.): *The State and American Foreign Policy*. New York: Cornell University Press.
- Jordan, A. G. (1990): "Policy community realism versus 'new' institutionalism ambiguity" i *Political Studies*. 38: 470–84.
- Kinander, M. (2002): "Trenger man egentlig 'reelle hensyn'?" *Lov og Rett*. s. 224–241.
- Kinander, M. (red.) (2005): *Makt og rett. Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Kjønstad, A. (1997): "Trygderettigheter, Grunnloven og Høyesterett" i *Lov og Rett*. s. 243–292.
- Knoph, R. (1936): "Hilsner i anledning av jubileet. Fra professor Knoph: Norsk retstidende 100 år". *Norsk retstidende*. s. 8–9.
- Knoph, R., Lilleholt, K. og Andenæs, J. (1998): *Knophs oversikt over Norges rett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Koelbe, T. A. (1995): "The New Institutionalism in Political Science and Sociology". *Comparative Politics*. January: 231–243.
- Krasner, S. D. (1984): "Approaches to the State. Alternative Conceptions and Historical Dynamics". *Comparative Politics*. 16: 223–246.
- Krasner, S. D. (1988): "Sovereignty: An institutional Perspective". *Comparative Political Studies* 21(1):66–94.
- Langeland, N. R. og Sandmo, E. (2005): *Siste ord. Høyesterett i norsk historie*. Oslo: Cappelen 2 bind.
- Lilleholt, K. (1999): "Bruk av reelle omsyn i formueretten" i *Jussens Venner*. Hefte nr. 2.
- Lindblom, C. E. (1968): *The policy-making process*. New Jersey: Prentice Hall.
- Luhmann, N. (1990): *Social Systems*. California: Stanford University Press.
- Luhmann, N. (2004): *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- Lundeberg, I. R. (2005): "Rettsliggjøringens makt". *Nytt Norsk Tidsskrift*. nr. 01.

- Lødrup, P. (1986): "Norsk rettsvidenskap og rettsvitenskap". *Norsk rettsvidenskap*. s. 12–13.
- Lødrup, P. (1999): *Lærebok i erstatningsrett*. Oslo: P. Lødrup.
- Magnussen, A.-M. (2005): "The Norwegian Supreme Court and Equitable Considerations: Problematic Aspects of Legal Reasoning". *Scandinavian Political Studies*. Vol. 28, No.1.
- March, J. G. (1994): *A Primer on Decision Making*. New York: The Free Press.
- March, J. G. og Olsen, J. P. (1984): The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *American Political Science Review*. 78 (3): 7344–749.
- March, J. G. og Olsen, J. P. (1989): *Rediscovering Institutions*. New York: The Free Press.
- March, J. G. og Olsen, J. P. (1995): *Democratic Governance*. New York: The Free Press.
- March, J. G. og Olsen, J. P. (1996): "Institutional Perspectives on Political Institutions" i *Governance*, 9: 247–264.
- March, J. G. og Olsen, J. P. (1998): "The Institutional Dynamics of International Political Orders" i *International Organizations* 52 (4): 943–969.
- March, J. G. og Olsen, J. P. (2004): "The logic of appropriateness". Arena Working Paper. Series: 9. Kommer i Goodin, R. E., Moran, M. og Rein, M. (red): *Handbook of Public Policy*. Oxford University Press.
- March, J. G. og Olsen, J. P. (2005): "Elaborating the New Institutionalism". Arena Working Paper. Series: 11.
- March, J. G. og Simon, H. A. (1958): *Organizations*. New York: John Wiley.
- March, J. G. og Simon, H. A. (1993): *Organizations*. 2. utg. Oxford: Blackwell Publishers.
- Marsh, D. og Furlong, P. (2002): "A skin not a sweater: Ontology and Epistemology in Political Science" i March, D. og Stoker, G. (red): *Theory and Methods in Political Science*. Palgrave Macmillan Ltd.
- Mathiesen, T. (1997): *Retten i samfunnet*. Oslo: Pax Forlag A/S.
- Mæhle, S. S. (2005): *Grenser for rettsanvendelseskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Oslo: Gyldendal akademisk.
- Nygaard, N. (1974): *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis*. Bergen: Universitetsforlaget.
- Nygaard, N. (2000): *Skade og ansvar*. Bergen: Universitetsforlaget.
- Olsen, J. P. (1989): *Petroleum og politikk: det representative demokratiets møte med oljealderen*. Oslo: Tano.
- Olsen, J. P. (2000): "Domstoler og Demokrati" i *Nytt norsk tidsskrift* årg. 17, nr.1.
- Olsen, J. P. (2001): "Garbage cans, New Institutionalism, and the study of politics". *American Political Science Review*. 95: 191–198.
- Ostrom, E. (1990): *Governing the Commons*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ostrom, E. (1995): "New Horizons in Institutional Analysis" i *American Political Science Review*. Vol. 89, no. 1.
- Patton, M. Q. (1990): *Qualitative evaluation and research methods* (2. utg.) Newbury Park, CA: Sage.
- Peters, B. G. (1996): "Political Institutions, Old and New" i Goodin, R. E. (red.): *A New Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press.
- Peters, B. G. (1999): "Institutional Theory in Political Science, The 'New Institutionalism'". London and New York: Pinter.
- Peters, B. G. (2001): *Institutional Theory in Political Science*. London: Continuum.
- Peters, B. G. og Pierre, J. (1998): "Institutions and Time: Problems of Conceptualization and Explanation". *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART*, Vol. 8 No. 4 565–583. Oxford University Press.
- Riker, W. H. (1990): "Political Science and rational choice" i Alt, J. E. og Shepsle, K. A.: *Perspectives on Positive Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rothstein, B. (1992/1995): "Labor-market institutions and working-class strength" i Steinmo, S., Thelen, K. og Longstreth, F. (red.): *Structuring Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rothstein, B. (1996): "Political Institutions: An Overview" i Goodin, R. E. (red.): *A New Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford University Press.
- Sand, I. J. (1996a): *Styring av kompleksitet. Rettslige former for statlig rammestyring og statsforvaltning*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Sand, I. J. (1996b): "Hva er den moderne retten? Niklas Luhmanns bidrag". *Sosiologi i dag*. nr 1. s. 45–69.
- Schei, T. (2003): Tale ved feiringen av Høyesteretts Hus 100 års jubileum 22. mars 2003 <http://www.hoyesterett.no/artikler/9029.asp>.

- Segal, J. A. og Spaeth, H. J. (1993): *The Supreme Court and the attitudinal model*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Seip, J. A. (1965a): "Den norske høyesterett som politisk organ." *Lov og Rett*. s. 1–21. Oslo: Universitetsforlaget.
- Seip, J. A. (1965b): "Jus og politikk". *Lov og Rett*. s. 396–423.
- Seip, J. A. (1965c): "Replik til professor Andenæs". *Lov og Rett*. s. 464. Oslo: Universitetsforlaget.
- Selznick, P. (1957): *Leadership in administration*. New York: Harper & Row.
- Selznick, P. (1996): "Institutionalism 'Old' and 'New'." *Administrative Science Quarterly* 41:270–277.
- Simon, H. (1957): *Administrative behaviour*. New York: Macmillan.
- Skockpol, T. (1992): *Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of social Policy in the United States*. Cambridge, MA: Belknap.
- Skoghøy, J. E. A. (1996): "Uviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk". *Lov og Rett*. s. 209–210
- Smith, C. (1975): "Domstolene og rettsutviklingen". *Lov og Rett*. s. 292–319.
- Smith, C. (1992): *Rettsenkning i samtiden: Rett, økonomi, politikk*. Oslo: Universitetsforlaget
- Smith, C. (1994): "Høyesteretts plass i rettssystemet. Fremtidsperspektiver". Justisdepartementets Småskriftserie nr. 1.
- Smith, C. (2000): Domspremissenes omfang, formulering og prejudikatsverdi. Foredrag på symposium ved Københavns Universitet om Den danske Høyesterett 7. november 2000.
- Smith, E. (1993): *Høyesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, E. (1998): *Aftenposten* 24. oktober.
- Smith, E. (1999): "Jus og virkelighet" – fra 1972 til 1998" i *Rapportserien* (Makt- og demokratiutredningen 1998–2003).
- Smith, R. M. (1988): "Political Jurisprudence, the 'New Institutionalism', and the Future of Public Law". *American Political Science Review*, 82: 89–108.
- Stang, F. (1919): *Erstatningsansvar*. Kristiania: H. Aschehoug & CO. (W. Nygaard).
- Stenberg-Nilsen, H. (1986): "Norsk retstidende 1836–1986". *Retstidende*. s. 1–7.
- Stinchcombe, A. (1968): *Constructing Social Theories*. New York: Harcourt, Brace and World.
- Streeck, W. og Thelen, K. (2005): *Beyond continuity: Institutional Change in Advanced Political Economies*. Oxford: University Press.
- Steinmo, S. og Thelen, K. (1992/1995): "Historical institutionalism in comparative politics" i Steinmo, S., Thelen, K. og Longstreth, F. (red.): *Structuring Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Steinmo, S., Thelen, K. og Longstreth, F. (red.) (1992/1995): *Structuring Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thompson, J. D. (1967): *Organization in action*. New York: McGraw-Hill.
- Tully, J. (1999): "The agonic freedom of citizens". *Economy and Society*. Vol. 28 nr. 2. s. 161–182.
- Østlid, H. (1977): *Dissensavgjørelser i Norges Høyesterett. 20-årsperioden 1936–1955*. Oslo: Fondet til fremme av forskning på privatrettens område.
- Østlid, H. (1988): *Dommeratferd i dissensaker*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Øyehaug, E. O. (1984): "Retstidende som informasjonssystem". *Complex* 10/84.
- Weber, M. (1968): *Economy and Society*. New York: Bedminister Press.

Offentlige dokumenter

NOU 1980:29 Produktansvaret

Domsregister

Rt 1866 735
Rt 1874 145
Rt 1874 409
Rt 1875 330
Rt 1882 38
Rt 1889 65
Rt 1889 642
Rt 1900 753
Rt 1904 394
Rt 1905 715
Rt 1906 784
Rt 1907 29
Rt 1908 564
Rt 1908 787
Rt 1909 347
Rt 1909 586
Rt 1909 851
Rt 1910 365
Rt 1912 610
Rt 1912 993
Rt 1913 656
Rt 1914 23
Rt 1914 291
Rt 1914 612
Rt 1914 871
Rt 1916 9
Rt 1916 844
Rt 1917 86
Rt 1917 202
Rt 1917 212
Rt 1917 590
Rt 1917 601
Rt 1917 657
Rt 1918 113
Rt 1918 125
Rt 1918 543
Rt 1921 519

Rt 1926 899
Rt 1927 651
Rt 1927 724
Rt 1929 737
Rt 1931 97
Rt 1931 513
Rt 1932 416
Rt 1933 475
Rt 1933 509
Rt 1933 817
Rt 1933 968
Rt 1934 265
Rt 1935 218
Rt 1935 951
Rt 1936 298
Rt 1936 345
Rt 1937 741
Rt 1939 720
Rt 1939 766
Rt 1940 16
Rt 1940 503
Rt 1948 439
Rt 1948 719
Rt 1948 1044
Rt 1948 1111
Rt 1949 688
Rt 1950 20
Rt 1950 448
Rt 1951 212
Rt 1952 1170
Rt 1953 71
Rt 1953 152
Rt 1954 463
Rt 1955 46
Rt 1955 243
Rt 1955 290
Rt 1956 96
Rt 1956 605
Rt 1956 1229
Rt 1957 1011
Rt 1957 1078
Rt 1957 1097
Rt 1958 344
Rt 1958 680

Rt 1959 474
Rt 1960 429
Rt 1960 553
Rt 1960 841
Rt 1960 1235
Rt 1962 415
Rt 1962 559
Rt 1962 854
Rt 1963 914
Rt 1963 1171
Rt 1964 137
Rt 1964 197
Rt 1964 272
Rt 1964 474
Rt 1965 377
Rt 1965 1061
Rt 1966 1485
Rt 1966 1532
Rt 1969 109
Rt 1969 1308
Rt 1970 1192
Rt 1970 1427
Rt 1970 1452
Rt 1972 965
Rt 1973 1153
Rt 1973 1268
Rt 1973 1364
Rt 1974 41
Rt 1974 1160
Rt 1975 710
Rt 1975 1081
Rt 1978 482
Rt 1978 521
Rt 1979 1224
Rt 1979 1326
Rt 1980 1272
Rt 1980 1299
Rt 1981 312
Rt 1981 492
Rt 1983 758
Rt 1983 1052
Rt 1985 1011
Rt 1986 1019

Rt 1988 174
Rt 1988 1003
Rt 1990 768
Rt 1991 1303
Rt 1992 64
Rt 1993 1201
Rt 1995 1358
Rt 1998 40
Rt 2000 388
Rt 2001 1646
Rt 2003 1546

Lovregister

Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814

Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 (Domstolloven)

Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 (Tvistemålsloven)

Lov om forandring i lovgivning om Høiesterett av 25. juni 1926 nr. 2 (Plenumsloven)

Lov om ansvar for skade som motorvogner av 3. februar 1961 (Bilansvarslova)

Lov om rettshøve mellom grannar av 16. juni 1961 nr. 15 (Grannelova)

Lov om skadeerstatning av 13. juni 1969 nr. 26. (Skadeerstatningsloven)

Lov om atomenergivirksomhet av 12. mai 1972 nr. 28. (Atomenergiloven)

Lov om jernbaneansvar av 21. mai 1977 nr 31 (Jernbaneansvarsloven)

Lov om vern mot forurensninger og avfall av 13. mars 1981 nr. 6 (Forurensningsloven)

Lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104 (Produktansvarsloven)

Lov om yrkesskedeforsikring 16. juni 1989 nr. 65. (Yrkesskedeforsikringsloven)

Lov om luftfart av 11. juni 1993 nr. 101 (Luftfartsloven)

Lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr. 39 (Sjøloven)

Lov om petroleumsvirksomhet av 29. november 1996 nr. 7 (Petroleumsloven)

Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (Folketrygdloven)

Lov om erstatning ved pasientskader av 15.juni 2001 nr. 53 (Pasientskadeloven)