**Kommentert mønsterbesvarelse**

Fag: BRV 120 Juridisk metode I (hjemmeeksamen)

Eksamensdato: 18.02.2022

Kandidat: Andrea Øren

Besvarelse kommentert av: Håkon Skaathun, CMS Kluge Advokatfirma AS

I samarbeid med



Overført fra originaldokument av Idun Øye, fagansvarlig JUFO 2023. Oppgaven inneholder både kandidatens besvarelse og oppgaveteksten. Da oppgaveteksten vises løpende i oppgaven er denne farget lysegrå slik at det skal være lettere å skille fra kandidatens besvarelse.

Oppgavetekst:

Gi en analyse i et rettskildeperspektiv av Høyesteretts avgjørelse HR-2021-2342-A «formannskapsmedlem».

**Innledning**

Denne oppgaven omhandler en domsanalyse av HR-2021-2342-A i et rettskildeperspektiv. Det innebærer identifisering, analyse og vurdering av Høyesteretts rettslige argumentasjon.

Saken handler om en mann, A, som er dømt til tre år og ni måneder i fengsel etter å ha hatt samleie med en kvinne mens hun sov. Kvinnen var for ruset til å motsette seg handlingen. Oppreisningen ble satt til 150 000 kroner (3). Lagmannsretten kom til samme dom som tingretten etter saken ble anket (4). Dommen handler om å vurdere hvorvidt lagmannsrettens sammensetning var ulovlig, da den ene meddommeren også var medlem av formannskapet i kommunen (5). Formannskapet gjør forberedende arbeid for og legger frem forslag til hvem som skal være meddommere (10).

Partene er A mot Påtalemyndighetene. A har anket saken til Høyesterett på grunn av saksbehandlingen, nig, straffeutmålingen og oppreisningen (5). Anken er kun tillatt fremmet når det gjelder spørsmålet om lagmannsretten var lovlig sammensatt. Det er dermed kun dette spørsmålet retten vurderer.

Det overordnede rettsspørsmålet er om lagmannsrettens dom i en straffesak må oppheves fordi en av meddommerne var medlem av formannskapet i en kommune, jf. domstollova §71 nr. 9. (2)

Rettsanvendelsesprosessens siktemål er å løse rettsspørsmål, gjennom rettslig argumentasjon. Et rettsspørsmål har ofte grunnlag i et krav, og handler om rettigheter og forpliktelser. For å løse rettsspørsmålet må man ha et primært rettsgrunnlag, dette kan regnes som startpunktet for den rettslige argumentasjonen. Dette er en rettsdannelse som inneholder de vilkår som må være oppfylt for å innfri kravet. Gjennom fortolkning av dette grunnlaget, skal man ende med en rettsregel. En rettsregel er en norm som kan anvendes på rettsspørsmålet og føre til en konklusjon.

Rettskildeprinsippene styrer rettslig argumentasjon. De tre viktigste er relevans, slutning og samordning. Relevansprinsippet handler om hvilke rettskilder man legitimt kan utlede argumenter fra, generelt og konkret i saken. Slutningsprinsippet gir retningslinjer for hvilke argumenter som kan utledes fra de forskjellige rettskildene. Utgangspunkt i naturlig språklig forståelse er et sentralt slutningsprinsipp. Prinsippet om samordning handler om hvordan motstrid mellom argumenter skal løses. Her er vektings- og harmoniseringsprinsipper gjeldende. De ulike rettskildeprinsippene vil bli nærmere gjennomgått etter hvert som de gjør seg gjeldende i dommen.

Oppgaven videre vil disponeres slik at jeg først analyserer høyesteretts rettslige argumentasjon, i lys av rettskildeprinsippene og legitimeringsgrunnlagene. Deretter vurderer jeg argumentasjonen. Avslutningsvis vurderes vekten og relevansen til dommen i senere rettsanvendelse.

Kommentar: En tilnærmet perfekt innledning, som bør kunne fungere som en mal til domsanalyse på eksamen. Det er særlig positivt at kandidaten løfter frem sentrale overordnede rammer, og redegjør helt kort for disse, eksempelvis rettsspørsmålet i saken, og hovedtrekkene i rettsanvendelsesprosessen og rettskildeprinsippene. En bør vokte seg for å utbrodere for mye i en innledning, men kandidaten håndterer dette på en presis og elegant måte her.

**Analyse**

Det primære rettsgrunnlaget i saken er domstolloven § 71 nr. 9. Lovbestemmelsen oppstiller regler for hvem som er utelukket som meddommere på grunn av hvilken stilling de har (11). Det er nummer ni som er aktuelt i den konkrete saken og lyder som følger: «kommunens administrasjonssjef (medlemmene av kommunerådet i kommuner med et parlamentarisk styringssystem) og andre kommunale tjenestemenn som tar direkte del i forberedelsen eller gjennomføringen av valget».

Faktum i saken er ikke omstridt, noe som er vanlig når saken står for Høyesterett. Det er ikke omstridt at meddommer Sæter var med i forberedelsen av utvalget. Førstvoterende spisser problemformuleringen i avsnitt 13 og knytter dette til et enkeltvilkår i lovbestemmelsen; «Avgjerande for saka er kva som ligg i uttrykket «kommunale tjenestemenn som tar direkte del i forberedelsen eller gjennomføringen av valet». Som sagt er det ikke omstridt at Sæter var med i forberedelsen så det problematiske vilkåret kan snevres ned til hva som er «kommunale tjenestemenn», og om Sæter faller inn under denne ordlyden.

Den rettslige argumentasjonen i avsnitt (14)-(16) handler om å avgjøre denne underproblemstillingen.

Førstvoterende dommer Høgetveit Berg starter med ordlyden i lovbestemmelsen (14). En isolert tolkning av domstolloven § 71 nr. 9 gir ikke grunnlag for å fastlegge nærmere hvem som faller inn under ordlyden «kommunale tjenestemenn», og om ombudsmenn eventuelt faller inn under dette. Det blir dermed sett til norsk stats- og kommuneskikk, og konstateres at det er et grunnleggende skille mellom tjenestemenn og ombudsmenn. Dette er et relevant moment for vurderingen av om Sæter faller inn under lovbestemmelsen eller ikke, han er en ombudsmann, dette konstateres på slutten av avsnitt 14.

Det er et sentralt prinsipp i juridisk metode at det skal tas utgangspunkt i lovtekst på lovfestet område, nærmere bestemt en naturlig språklig forståelse av denne. Lovtekst er en rettskilde med autoritet, jf. Grl. § 76 flg., og demokratisk legitimitet. I tillegg sikres viktige rettssikkerhetshensyn som forutberegnelighet og likebehandlingshensyn ved å ta utgangspunkt i lovtekst.

Det er relevant å merke seg at det kun foreligger et alminnelig hjemmelskrav i denne saken. Det betyr at det fremsatt kravet (at lagmannsretten er ulovlig sammensatt) trenger hjemmel i en rettsregel som kan baseres både på lovfestet og ulovfestet rett. Dette betyr at det kan være adgang til analogisk anvendelse av lovtekst, dersom tungtveiende argumenter taler for dette. Når det er sagt, skal alltid lovteksten tillegges betydelig vekt. Poenget er at det er tilgang for annen bruk av lovtekst enn det ville vært om saken befant seg på legalitetsprinsippets område.

For å avklare videre hva som menes med «kommunale tjenestemenn» ser førstvoterende til forvaltningsloven. Definisjonen av «kommunale tjenestemenn» som fremgår at forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav d blir lagt til grunn. Nemlig at dette er en ansatt i kommunens tjeneste. Dette gir et klart tolkningsbidrag. Formannskapsmedlemmer er valgt, og ikke ansatt.

Det gjøres også gjeldende at reglene for habilitet som gjelder for kommunale ombudsmenn ikke gjelder for kommunale ombudsmenn som meddommere (14). Her avgrenses den rettslige argumentasjonen mot å gjøre bruk at habilitetsreglene som oppstilles i forvaltningsloven i denne konkrete saken.

Når det blir sett til definisjonen av begrepet «kommunale tjenestemenn» i forvaltningsloven er dette er kontekstuell tolkning. Det er en verdi i rettsstaten at det skal være sammenheng i rettssystemet, dette gir legitimeringsgrunnlag for å bruke definisjoner i andre lover.

Sammenheng i rettssystemet er et alminnelig rettslig hensyn, eller reelt hensyn. Reelle hensyn er en legitim rettskilde i rettslig argumentasjon. Dette er fordi rettsanvendelsesprosessen skal ivareta de sentrale verdiene og autoritet og rasjonalitet. Kommer mer tilbake til dette senere i besvarelsen.

Definisjonen om at en tjenestemann må være ansatt, og at det er et grunnleggende skille mellom tjenestemenn og ombudsmenn trekker i den retningen at Sæter ikke faller inn under ordlyden i lovbestemmelsen, fordi ombudsmenn ikke er nevnt i lovbestemmelsen.

Dommer Høgetveit Berg ser deretter på forarbeidene til lovbestemmelsen (15). Det fremgår av forarbeidene at formålet til regelen er å «unngå grobunn for mistanke om manipulering av valget». Videre er det gjort gjeldende av kommunale ombudsmenn er utelukket fra ordlyden i lovbestemmelsen, fordi dette ville gått lenger «enn det hensynet til domstolenes uavhengighet tilsier». Dette gir et klart støtteargument for den slutningen førstvoterende allerede har trukket fra ordlyden i lovbestemmelsen, sett i lys av definisjonen i forvaltningsloven § 2.

Forarbeider er en legitim rettskilde i rettslig argumentasjon. Forarbeidene har ikke direkte autoritet eller demokratisk legitimitet, men på grunn av den norske lovgivningsteknikken smitter legitimeringsgrunnlaget til lovtekst over på forarbeidene. Lovgivningsteknikken handler om at lovteksten er kort og konsis, men forarbeidene er mer utfyllende. Basert på denne måten å vedta lover på gir forarbeidene i mange situasjoner viktige tolkningsbidrag og støtteargumenter til den rettslige argumentasjonen. I tillegg kan forarbeidene være utarbeidet at særlige kyndige personer, og ha gode begrunnelser i seg. Dette påvirker også vekten og relevansen til slutningen man drar ut av forarbeidene. Det er et generelt prinsipp at dess nærmere lovvedtaket forarbeidene er laget, dess mer veier de, men det er verdt å merke seg at unntak kan forekomme.

I dette tilfellet har lovkonsipistene tatt direkte stilling til om kommunale ombudsmenn skal rammes av ordlyden eller ikke, og konkluderer med at hensynene taler for dette. Det delkonkluderes i avsnitt 16 at medlemmer av formannskapet er valgbare som meddommere.

Det konstateres i avsnitt 11 at bakgrunnen for reglene som oppstilles i domstollova § 71 er at «domstolane skal vera uavhengige frå dei andre statsmaktene», som utledes fra forarbeidene. Dette er altså formålet med § 71 i sin helhet. Formålet med lovbestemmelsen i nr. 9, som er det aktuelle i vår sak, er som sagt å hindre grobunn for mistanke om manipulering av valget. Mistanken man vil unngå er nok fra folket. Det er et viktig hensyn at statsmaktene har tillit hos befolkningen.

I avsnitt 19 gjør dommer Høgetveit Berg gjeldende at man sikrer seg mot mistanke om manipulering av valget fordi saksbehandlingen skjer åpent og det blir lagt ut til ettersyn. Dette betyr at førstvoterende mener at formålet med loven er tilstrekkelig ivaretatt.

I avsnitt 18 uttaler førstvoterende at det er «etter mitt syn klart nok ikkje grunnlag for ei utvidande tolking av domstollova § 71 nr. 9». Dette er fordi det fremgår klart av NOU 2002:11 punkt 6.5.2.2 på side 56 at det er et overveid valg at lokalpolitikere fortsatt skal kunne være meddommere, selv om de er med i den forberedende prosessen av valget, fordi hensynet om sammenblanding av statsmaktene er ivaretatt.

At det på Domstoladministrasjonens sider fremgår av formannskapet ikke er valgbare som meddommere, er ikke drøftet. Dette kan tyde på at førstvoterende respektere stortingets rolle som lovgivende organ, og at det må fremgå av lovgivning dersom disse personene skal inkluderes i § 71.

I avsnitt 20 blir det vist til høyesterettpraksis. Høyesterettspraksis er en rettskilde som ofte må tillegges betydelig vekt i den rettslige argumentasjonen. Høyesteretts rolle er å være rettsavklarende og rettsutviklende. Retningslinjene for juridisk metode kan utledes fra Høyesterett. Det følger av Grunnloven §88 at Høyesterett dømmer i siste instans, noe som gir Høyesterett autoritetsgrunnlag som rettskilde. Dette fører til at avgjørelser herfra er nærmest bindende for senere rettsanvendelse. Det er derimot avgjørende at man finner likhetstrekk mellom en dom Høyesterett har avsagt, og den aktuelle dommen man jobber med. Dersom det ikke finnes en dom i et likt eller lignende tilfelle gjør ikke denne rettskilden seg gjeldende. Det er på grunn av prosessøkonomiske hensyn, samt forutberegnelighetshensyn og likebehandlingshensyn som fører til at man er bundet av tidligere høyesterettspraksis.

Førstvoterende gjør gjeldende at dommen forsvareren viser til, Rt-2009-1681, ikke er relevant fordi hensynene i dommene ikke er de samme.

I denne dommen er det ikke nødvendig med noen vektingsprosess. Dette er fordi slutningene som trekkes fra alle de relevante rettskildene, nemlig lovtekst, forarbeider og formålet, trekker i samme retning.

Rettsregelen som kan utledes fra denne dommen er at formannskapsmedlemmer ikke faller inn under ordlyden i domstolloven § 71 nr. 9, og at disse kan være meddommere. (21)

Dette tolkningsresultatet kan regnes som en bokstavelig tolkning av ordlyden, fordi den tar loven «på ordet».

Rettsregelen er såpass direkte anvendelig på faktum at det ikke er nødvendig med noen egen subsumsjonsfase.

Konklusjon er at anken forkastes.

**Vurdering**

Førstvoterendes argumentasjon er i sin helhet i tråd med generelle prinsipper som følger av juridisk metode. Ved å ta utgangspunkt i den naturlige forståelsen av ordlyden i lovbestemmelsen blir sentrale retningslinjer ivaretatt. Her blir også argumentasjonen forankret i rettskilder med sterkt legitimeringsgrunnlag som generelt skal tillegges betydelig vekt i rettslig argumentasjon.

Argumentasjonen er i hovedsak forankret i positive rettskilder, med liten grad av pragmatiske innslag. Altså, de skriftlige rettskildene tas mest i bruk, noe som kan bidra til å sikre forutberegnelighet. Pragmatiske rettskilder er for eksempel reelle hensyn.

Den juridiske metodelærens verdimessige fundament er autoritet og rasjonalitet. Det overordnede siktemålet med rettsanvendelsesprosessen er å komme frem til den rettsregelen som har de beste rettskildemessige grunner for seg og er en god regel, generelt og konkret for typetilfellet. De argumenter som kan utledes av rettskilder med autoritetsgrunnlag er som oftest den løsningen som har de beste rettskildemessige grunner for seg, men det er ikke alltid slik. Dersom det foreligger tungtveiende grunner for det kan dette tale mot å legge avgjørende vekt på rettskildene med autoritetsgrunnlag.

Det kan argumenteres for i dette tilfellet hvorvidt førstvoterende har tillagt reelle hensyn nok vekt, samt tillagt enkelte rettskilder med autoritetsgrunnlag, lovformålet, nok vekt.

Formålet for domstollova § 71 nr. 9 er som nevnt å hindre mistanke om manipulering av valget. At den domfelte anker blant annet basert på dette kan tyde på at dette hensynet ikke er godt nok ivaretatt. Som nevnt over blir ikke lokalpolitikere inkludert i loven fordi hensynet til «blanding av statsmaktene» er ivaretatt (17) og (18). Her kan det argumenteres for at førstvoterende burde vurdert hvorvidt formålet til den konkrete lovbestemmelsen i nr. 9 er godt nok ivaretatt, nemlig mistanke om manipulering av valget. Dette formålet kan knyttes til det reelle hensynet om tillit fra befolkningen. Lovformål og reelle hensyn kan i noen tilfeller gli over i hverandre, da lovtekst og formålet beror på en vurdering av hensyn.

Det er i de fleste tilfeller kun anledning til å tillegge reelle hensyn, i dette tilfellet tillit fra befolkningen, betydelig vekt dersom hensynet ikke har blitt vurdert av lovgiver. Dersom førstvoterende hadde anerkjent at dette hensynet ikke er tilstrekkelig drøftet av lovgiver eller lovkonsipistene, kunne det vært rom for å tillegge dette hensynet betydelig vekt.

Siden det bare gjelder et alminnelig hjemmelskrav i dette tilfellet, ville det sånn sett ikke vært noe i veien for å anvende forvaltningslovens habilitetsregler analogisk på dette tilfellet. På grunn av hensynet om sammenheng i rettssystemet kunne det vært naturlig at de samme habilitetsregelen som gjaldt for kommunale ombudsmenn også var gjeldende når disse er meddommere. Dette er fordi det er de samme hensynene som gjør seg gjeldende, nemlig tillit hos befolkningen.

Analogisk anvendelse betyr å bruke en lovbestemmelse på et tilfelle som klart faller utenfor, fordi det er tilstrekkelig faktisk likhet og formålslikhet mellom sakene. Analogisk anvendelse faller under kategorien ulovfestet rett.

Det kan gjerne argumenteres for at høyesterettsdommen som forsvareren viste til, Rt-2009-1681, burde blitt tillagt mer vekt. I avsnitt 22 i dommen fra 2009 blir det uttalt at det avgjørende er hensynet som ligger til grunn, og dette er at «domstolene skal være uavhengige av de øvrige statsmaktene». Dette hensynet gjør seg gjeldende i denne aktuelle saken, men førstvoterende trekker slutninger fra forarbeidene at dette er oppfylt. Med tanke på Høyesteretts sentrale plass som rettsavklarende funksjon, kan det argumenteres for at denne avgjørelsen faktisk handlet om relevante hensyn og at denne burde tillegges vekt. Avgjørelsen i Rt-2009-1681 kom til motsatt resultat enn i denne dommen. Når det er sagt gjaldt dommen en annen regel i domstolloven § 71. Det er dermed ikke gitt at dommen er relevant nok til å kunne tillegges betydelig vekt.

Det er dermed ikke gitt at utfallet ville blitt et annet dersom lovformålet, reelle hensyn eller rettspraksis ble tillagt mer vekt, da det er gjort gjeldende at det var et overveid valg fra lovgivers side å holde lokalpolitikere utenfor lovbestemmelsen. I dette tilfellet fremgår det av rettskilder med autoritetsgrunnlag at disse burde holdes utfor, og man kan legitimt trekke konklusjon basert på dette.

**Avslutning**

Dommen er enstemmig avsagt av Høyesterett i avdeling. Dette er to momenter som påvirker vekten til dommen ved senere rettsanvendelse. En enstemmig dom vil veie mer enn en lik dom men dissens, fordi det er flere dommere som har sagt seg enige i resultatet og begrunnelsen. Dommen vil derimot veie mindre enn en lik dom som er avsagt av Høyesterett satt i storkammer eller plenum, med elleve eller samtlige dommere.

Dommen er ny, som også spiller inn på vekten. En eldre dom som har fått «satt seg» i rettssystemet og er fulgt opp av andre dommer, har stor vekt. Når det er sagt svekkes vekten til dommen dersom den er for gammel og det har skjedd utvikling i samfunnet eller retten på det område siden den ble avsagt. Dette er ikke nødvendigvis så relevant akkurat for denne dommen da den ikke «konkurrerer» med noen eldre dom. Det kan likevel være verdt å merke seg at denne vil veie mer enn en helt fersk dom som blir avsagt senere dersom denne har rukket å bli fulgt opp av andre dommer.

Spørsmålet er ikke før drøftet av Høyesterett, dette gjør at dommen vil være svært relevant for senere rettsanvendelse av samme eller lignende spørsmål.

Kommentar: På generelt grunnlag er undertegnede noe negativ til en slik struktur, hvor fremstillingen deles opp i en domsanalyse og en såpass utførlig vurdering av Høyesteretts rettskildebruk, men tilhørende metodeteoretiske redegjørelser. Totalinntrykket er at store deler av «vurderingen» ville hatt langt større slagkraft om de hadde vært integrert i selve analysen. Leseren får med en slik struktur et inntrykk av at analysen er mangelfull, helt til vedkommende leser vurderingen, hvor savnede elementer i analysen løftes frem igjen.

Det er ikke dermed sagt at en slik vurderingsdel nødvendigvis er feil fremgangsmåte. Om det er grunnlag for å kritisere Høyesteretts anvendelse av juridisk metode og det har fått betydning for resultatet, kan det være hensiktsmessig med en slik del. Utover disse tilfellene er undertegnedes inntrykk at den øvrige vurderingen av Høyesteretts rettskildebruk bør aktivt integreres i selve domsanalysen.

**Kilder**

Monsen, Erik. (2020) *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk.* Oslo: Cappelen Damm