

Forvaltningsrett

Problemstilling 1: Klagerett/Klageadgang

Tvistens parter er Per og Marte mot Frydenlund barnehage, herunder FB.

Per og Marte krever at avslaget på søknaden kan påklages til kommunen. FB motsetter seg dette kravet, med begrunnelse om at slik klageadgang ikke foreligger, da forvaltningsklager ikke gjelder tildeling av barnehageplass.

Den overordnede problemstillingen er om Per og Marte har adgang til å klage på avslått søknad.

Det rettslige utgangspunktet i forvaltningsretten er at Forvaltningslovens regler ikke kommer til anvendelse i det henseendet forholdet er særskilt regulert i spesiallovgivningen. Med dette i mente anfører FB at klageadgang på avslag er avskåret etter Lov av 17. Juni. 2005 om Barnehager (Barnehageloven, bhl.) § 17 (2).

Bestemmelsen tilsier at forvaltningslovens kapittel 4-6 TT(ikke) gjelder for opptak i barnehage. Kapittel 4-6 i Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (1967) (Forvaltningsloven, fvl.) gjelder særskilt i saker som gjelder enkeltvedtak, jf. fvl. § 3 (1). Det henvises særlig til bestemmelsen om behandling av klager og klageinstansen i forvaltningslovens §28. Dett trekker i retning av at klagerett ikke foreligger.

Det følger imidlertid av Bhl. § 17 (2) andre punktum at Departementet kan gi forskrift om behandling av søknader om opptak i barnehage. Denne adgangen er benyttet for å danne (For-2005-12-16-1477), herunder barnehageforskriften. Det følger av forskriften den som får avslag på søknad om barnehageplass... kan klage på avgjørelsen, jf. §6 (1). Adgangen gjelder for dem som har søkt om barnehageplass i tråd med bhl. § 16 og overholdt søknadsfristen, jf. barnehageforskriften §6 (1) andre punktum. Bestemmelsen må tolkes i lys av forskriftens formål, herunder å sikre at opptak til barnehage skjer slik at det ivaretar søkeres rettssikkerhet og en forsvarlig og effektiv saksbehandling.

Ettersom klageretten er spesialregulert i barnehageforskriften, vil det ikke være av betydning at saksbehandlingsreglene i for enkeltvedtak i forvaltningslovens kapittel 4-6 er avskåret.

Klageretten beror på om Per og Marte har overholdt barnehageloven § 16s krav om å søke

Kommentert [MS1]: Generelt: Styrken til denne besvarelsen er at kandidaten - med kun noen få unntak - evner å identifisere de aktuelle rettsreglene og vurderingstemaene som oppgaven legger opp til. Kandidaten viser generelt gode kunnskaper om rettskildelære, kanskje særlig i del 2 - domsanalysen. En svakhet ved besvarelsen er språket, som enkelte steder medfører feil og uklarheter, både ved utleggingen av rettsreglene og ved anvendelsen av dem. Språket er juristens viktigste arbeidsverktøy, og i språket ligger viktige nyanser. Kandidaten må jobbe mer med språket for på en enda bedre måte å kunne få fram sin kunnskap og sine vurderinger.

Kommentert [MS2]: Her menes nok "heretter" FB.

Kommentert [MS3]: Her skulle det stått "forvaltningsloven".

Kommentert [MS4]: Dette er et presist og riktig rettslig utgangspunkt. Kandidaten gjenkjenner umiddelbart at lex specialis-prinsippet er styrende.

innen tidsfristen.

Kommentert [MS5]: Overgangen fra klagerett til rettskravdrøftelsen etter bhl. § 16 er en svak side ved dette avsnittet. Rettskravet er et materielt spørsmål; klageretten avhenger av om søknad er fremmet i tråd med forskriften § 6 (2). Kandidaten sammenblander disse to sporene noe, men konklusjonen er likevel riktig.

Bhl. § 16 (1) tilsier at barn som "fyller ett år senest innen utgangen av august", samme året det søkes om barnehageplass, har "etter søknaden rett til å få plass (Rettskrav) i barnehage fra august". Ytterligere uttales det, også i første ledd, at dette skal være i samsvar med loven og forskrifter i medhold av loven.

En alminnelig forståelse av bestemmelsen tilsier at den som oppfyller bhl. § 16 har et rettskrav etter loven om å få innvilget barnehageplass.

Det fremgår klart av saksforholdet at Marte og Per fremmet søknaden i tråd med bestemmelsen. Det er særlig påpekt at piken er født tidlig på året, at hun har fylt ett år og at hun i bunn og grunn hadde rett på denne plassen. Det er også bemerkningsverdig at forskriftenes formål ønsker særlig å fremme "søkernes rettssikkerhet". Ved å avskjære adgangen til klage vil Marte og Per sitte uten en reell adgang til å ivareta sine interesser og deres rettssikkerhet vil ikke være reell i den forstand at et potensielt feilaktiv vedtak ikke vil kunne bli overprøvd av en overordnet klageinstans. Dette trekker sterkt i retning av at det skal foreligge klageadgang.

Ettersom Per og Marte har overholdt søknadsfristen og fremmet søknad i samsvar med bhl. § 16, jf. Barnehageforskriften § 6 andre punktum, må det legges til grunn at klageadgang foreligger.

Kommentert [MS6]: Dette er en fin og riktig oppsummering. Gjengivelsen av rettskildebildet og vurderingen av de ulike rettskildenes betydning og vekt, herunder harmoniseringen, kunne likevel vært mer stringent.

FBs påstand om at det ikke er klageadgang kan dermed ikke føre frem.

Konklusjon: Marte og Per har klagerett på søknaden.

Problemstilling 2: Riktig klageinstans?

Tvisten har tre de parter. Marte og Per, FB og kommunen.

Kommentert [MS7]: Det fremstår litt rart å angi kommunen som part i en tvist her. Tvisten er mellom FB og foreldrene.

Marte og Per anfører først og fremst at det er statsforvalteren som klageinstans, jf. bhl. § 12.

Denne påstanden kan ikke føre frem som følge av at statsforvalteren er klageinstans for vedtak som er fattet av "kommunen eller fylkeskommunen" for bestemmelsene i

barnehageloven om godkjenning av barnehage og tilskudd til barnehager. Det er ikke et slikt vedtak som skal påklages, og avslaget er dessuten fattet av barnehagen selv og ikke kommunen eller fylkeskommunen.

Kommentert [MS8]: Kandidaten fanger opp poenget. Kunne eventuelt ha drøftet / kommentert ordlydstolkningen.

Kommunen gjør gjeldende at de de fritt kan bestemme hvordan saken skulle avgjøres, og at de dermed kunne delegere sin myndighet, jf. Kommuneloven §5-3 og til barnehageetaten som allerede er ansvarlig for søknader til kommunale barnehager. FB motsetter seg denne påstanden, med anførsel om at barnehageloven §11 krever uavhengig organisering, og at delegeringsadgang var avskåret.

Delegeringsadgangen har sine røtter i Grunnloven §3 og 12, og særlig i organisasjons og instruksjonsfriheten til forvaltningen. Det rettslige utgangspunktet er at en potensiell adgang til å delegere må ha hjemmel i formell lov, jf. lovgivningsprosedyren i Grunnloven § 76 følgende. I det foreliggende tilfelle er kommunen viet adgang til å delegere sin myndighet gjennom kommuneloven, herunder kommunel § 5-3 siste ledd. Det rettslige utgangspunktet er en tolkning av hjemmelsgrunnlaget.

Bestemmelsen tilsier at kommunestyret... kan delegere myndighet til å treffe vedtak til andre folkevalgte organer... Så lenge dette er innenfor rammene av (kommuneloven) eller annen lov.

En alminnelig forståelse av bestemmelsen tilsier at kommunen er viet temmelig vid fullmakt til å delegere sin myndighet, selv om dette ikke er grensefritt.

Spørsmålet som gjør seg gjeldende er om bhl. § 11 setter en slik skranke, gjennom kravet til uavhengig organisering, at kommunen er avskåret fra å delegere.

Kommentert [MS9]: Her klarer kandidaten å identifisere det sentrale spørsmålet.

Bhl. § 11 første punktum tilsier at kommunen skal likebehandle private og offentlige barnehager. Andre punktum tilsier derimot at kommunen skal organisere oppgavene den har som barnehagemyndighet atskilt fra oppgavene den har som barnehageeier, når dette er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet.

En alminnelig forståelse av bestemmelsen tilsier at kommunen kun plikter å skille dersom dette er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet og uavhengighet. Problemstillingen om delegeringsadgangen vil bero på om en uavhengig organisering er egnet til å ivareta tilliten til kommunen eller om delegeringen vil svekke den.

Denne tolkningen forstås av FB som en skranke, slik at forholdet vi står overfor er av en slik art at det er ikke er egnet til å ivareta tilliten til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet. Kommunen motsetter seg dette og anfører at opptaksprosessen ikke er en del av barnemyndighetens oppgaver etter bhl. §10.

En alminnelig forståelse av egnet til å ivareta tilliten tilsier at det dreier seg om en objektiv vurdering, altså hvordan dette oppfattes utad. Passusen kan sammenlignes med den som er hjemlet i forvaltningsloven § 6 om at et forhold er egnet til å svekke tilliten til forvaltningen. Ved en parallell fortolkning tilsier det at vurderingstemaet skal være likt.

Kommentert [MS10]: Dette er en god og viktig presisering.

Kommentert [MS11]: Dette er et godt metodisk grep. Kandidaten bruker systematisk tolkning på tvers av loven for å fylle innholdet i skjønnsstandarden i bhl. § 11.

Etter bhl. § 10 er barnehagemyndigheten gitt til oppgave å føre kontroll med barnehagene som drives i kommunen og om dette er i samsvar med lovgivning og forskrift, jf. første ledd. Dette taler i retning av at det dreier seg om at barnehagemyndigheten er egnet til å foreta blant annet retting, kontroll og veiledning med barnehagene. Dette taler for at barnehageetaten er velegnet til å drive kontroll med og av om barnehagene oppfyller sine plikter i tråd med lovgivningen på området.

På den annen side er det barnehageetaten som driver opptaksprosesser for barnehager i kommunen, jf. bhl. § 10 (2). Dette er noe som klart kan svekke tilliten til kommunen. I tillegg er det bemerkelsesverdig at klage behandles av et uavhengig klageorgan med sikte på å oppnå enn reell klageinstans som ikke kan instrueres av overordnede forvaltningsorganer.

I vårt tilfelle vil en delegasjon til barnehageetaten kunne innebære at kommunen også kan instruere hvordan klagen skal behandles og avgjøres. Dette taler klart for at klagen burde behandles av et uavhengig og særskilt organ, og at en behandling innad i kommunen vil medføre at behandlingen potensielt oppfattes vilkårlig overfor FB som en privat barnehage, jf. Bhl. § 11.

Likevel er det svært nærliggende å anse at en slik delegasjon kan finne plass. Kommunen nevner at barnehageetaten har fagkyndighet til å foreta seg av klagebehandlingen, samt som kommunen kan føre både tilsyn, kontroll og har instruksjonsmyndighet overfor barnehageetaten. De vil kunne følge opp med saken for å se om riktig avgjørelse blir fattet. Dessuten er det slik å forstå at barnehageetaten også er egnet, kapasitet-messig, til å ta seg av klagen.

Avslutningsvis er det bemerkelsesverdig at det er kommunens klageorgan, jf.

barnehageforskriften § 8. Noe som ytterligere taler fro at myndigheten kan delegeres videre, jf. Kommunal § 5-3.

Loven setter hverken direkte eller indirekte skranke mot delegasjon da det ikke uttales at en spesifikk instans må foreta seg av klagebehandlingen.

Kommunen får medhold i at den kan delegere sin myndighet til barnehageetaten. FBs anførsel må forkastes.

Konklusjon: Barnehageetaten er riktig klageinstans

Kommentert [MS12]: Konklusjonen er noe rask: følgende to spørsmål burde vært behandlet separat og mer eksplisitt: (1) er klagebehandling en del av «barnehagemyndighetens» oppgaver etter bhl. § 10 i det hele tatt, og (2) er adskillelseskravet i § 11 en skranke mot delegeringen?

Kommentert [MS13]: Kandidaten har klart å finne fram til de riktige vurderingstemaene og drøftet dem og honoreres for dette. Kandidaten kunne likevel med fordel jobbet litt med språket for tydeligere å få fram hvordan ulike hensyn vektet.

Problemstilling 3: Har FB personell kompetanse til å avslå søknad om barnehageplass?

Tvistens parter er Per og Marte mot FB.

FB hevder at de hadde tilstrekkelig kompetanse til å fatte avslag på søknaden med hjemmel i vedtakene, herunder at Pike ikke hadde navn. Marte og Per motsetter seg kravet og hevder på sin side at det ikke var grunn til å avslå søknaden da Pike hadde et navn.

Den overordnede problemstillingen er om FB har tilstrekkelig personell kompetanse til å avslå søknaden.

Det rettslige utgangspunktet beror på en tolkning av kompetansehjemmelen.

FB har lagt til grunn at avslaget er hjemlet i deres vedtekter, da Pike ikke har et navn i navneloven § 1s forstand. vedtektene er forankret i barnehageforskriften § 2 og 3.

Etter barnehageforskriften § 2 må barnehagen ha vedtekter som skal definere barnehagens opptakskrets og opptakskriterier. I tillegg stilles det krav til vedtektene ved at de må være objektive og etterprøvbare.

Likevel må det klart konstateres at FB ikke kunne nekte Pike plass da hun var kvalifisert til å få plass. Det offentlige kan ikke nekte å innvilge en søknad dersom personen oppfyller lovens krav til å få denne. Ettersom det i denne saken dreier seg om et slikt rettskrav etter bhl. § 16, kan det ikke nektes pike å få plass. Det er kommunen som følger tilsyn og kan gi pålegg om retting av slike forhold, jf. bhl § 10. Det fremgår også klart av saksforholdet at dette er en plass hun hadde rett på.

Kommentert [MS14]: Savner en redegjørelse av hva som menes med "navngitt" i navnelovens forstand. Her går kandidaten glipp av et tolkningsspørsmål oppgaven la opp til at skulle omtales og drøftes.

Konklusjon: De kunne ikke nekte pike å få plass i barnehagen.

Problemstilling 4: Kommer reglene om forskjellsbehandling og usaklige hensyn til anvendelse på Frydenlunds beslutning?

Twistens parter er Marte og Per mot kommunen og FB.

FB anfører at usaklig forskjellsbehandling og usaklig hensyntagen kun kommer til anvendelse for forvaltningen og ikke for private barnehager. Og dermed er spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling og usaklig hensyntagen, herunder reglene om den ulovfestete myndighetsmisbrukslæren kommer til anvendelse.

Læren er ulovfestet og må skisseres med eksempler fra rettspraksis.

Det er i rettspraksis uttalt at den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren ikke bare gjelder når forvaltningsorganer utøver offentlig virksomhet, men også når de "utøver forretningsvirksomhet", jf. Rt-2015-795 (Hurtigruten) avsnitt 73. Det tilsies altså at myndighetsmisbrukslæren ikke bare kommer til anvendelse hvor det offentlige opptrer som det offentlige, men også hvor det opptrer i sin privatautonomi.

Kommentert [MS15]: En fin og treffende oppsummering av rettskildebildet.

Spørsmålet må dermed være om den private barnehagen utøver en slik funksjon at den er å anse som en offentlig aktør.

Kommentert [MS16]: Fin utledning og gjengivelse av vurderingstemact.

Dette vil bero på en forståelse av private barnehagers stilling i forvaltningssystemet. Herunder hvordan private barnehager er rubrisert i henhold til offentlige barnehager.

Kommentert [MS17]: Ja, bra.

Det uttales at private barnehager er selvstendige rettssubjekt, jf. bhl. § 7a. Noe som klart taler for at private ikke kan utøve en slik funksjon at det er å anse som offentlig myndighetsutøvelse i noen forstand, slik at myndighetsmisbrukslæren ikke skal kunne komme til anvendelse.

På den annen side ble de i den tidligere diskusjonen ansett som underlagt kommunen, særlig ettersom kommunen også kan følge tilsyn med private kommuner og gi dem pålegg om oppretting. I tillegg er Fb en offentlig fundert barnehage noe som klart trekker i retning av at de skal kunne anses som en ekstensjon av forvaltningens myndighet.

Kommentert [MS18]: Denne for og imot-drøftelsen er god.

På den annen side er spørsmålet om FB også kan anses som et offentlig forvaltningsorgan, jf. fvl. § 1. Selv om loven tar sikte på å omfatte forvaltningsorganer og deres saksbehandlingsmåte er det en definisjon av Forvaltningsorganer som kan tjene til avklaring. Denne anvendes herunder analogisk.

Etter forvaltningslovens § 1 tredje punktum. Det konstateres at Private rettssubjekter, som FB er etter Bhl. § 7a kan anses som forvaltningsorgan hvor det treffer enkeltvedtak.

Spørsmålet er om avslaget utgjør et enkeltvedtak, jf. fvl. § 2.

Vedtak er definert i fvl. § 2 a som avgjørelse som treffes under utføring av offentlig myndighet og som er bestemmende for rettigheter eller plikter. Og enkeltvedtak er å anse som vedtak som gjelder plikter og rettigheter til en eller flere bestemte personer, jf. bokstav b-

FB er en offentlig fundert barnehage som fattet et vedtak som klart var bestemmende for kirkerud familiens adgang til å sende sin datter Pike til barnehage. Dette var bestemmende for en rettighet de hadde.

Kommentert [MS19]: Denne utledningen av reglene er god og subsumsjonen er korrekt.

Konklusjon: FB må herunder anses som et forvaltningsorgan.

Kommentert [MS20]: Kunne ha føyd til at reglene om forskjellsbehandling får anvendelse, slik at konklusjonen bedre harmonerer med spørsmålsstillingen.

Problemstilling 5: Foreligger det usaklig forskjellsbehandling og usaklig hensyntagen?

Tvistens parter er Marte og Per.

Oppgaven forstås dithen at den at den er kommet for domstolene, og at dette berettiger en kort redegjørelser av domstolenes prøvingsadgang.

Domstolene vil alltid kunne prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor de lovpålagte skrankene, herunder om forvaltningen har anvendt loven korrekt, om riktig faktum er lagt til grunn og om det er foretatt myndighetsmisbruk ved avgjørelsen, jf. Rt-2014-310 (Drosjeløyve) avsnitt 53-54. Domstolene er derimot avskåret fra å overprøve de hensiktmessighets- og rimelighetsvurderinger som forvaltningen er viet gjennom lovgivningen, herunder forvaltningskjønnet.

Saken omhandlet to drosjeløyveeiere som fikk sine drosjeløyver som var tilbakekalt som følge av at eierne hadde begått straffbare forhold. Inndragningen ble ansett berettiget etter at domstolen foretok en vurdering på om det var begått myndighetsmisbruk ved vurderingen av om løyvene skulle tilbakekalles. Dommen kan tas til inntekt for de sentrale momentene ved vurderingen av om myndighetsmisbrukslæren kommer til anvendelse.

For at det skal foreligge usaklig hensyntagen og forskjellsbehandling må det først dreie seg om et forvaltningsskjønn, jf. Drosjeløyve avsnitt 54, slik at barnehagen er viet skjønnsmessig adgang til å enten innvilge eller avslå Per og Martes søknad.

Det ses først til om det er tatt utenforliggende hensyn.

Kommentert [MS21]: Fin utledning av teorien. Kandidaten tegner korrekt opp domstolens prøvingskompetanse som ramme, med rettspraksisforankring. Dette viser god oversikt.

Avslaget til FB er hjemlet i deres vedtekter, jf. barnehageforskriften § 2 og 3, da de mente at pike manglet "navn" i navnelovens forstand, jf. §1. Barnehageforskriften må forstås i samsvar med formålet i forskriftens §1.

Det er fremmet at formålet er å fremme trygg saksbehandling og bevare rettssikkerheten til søkerne.

På den ene siden må det klart kunne anses som en vanskelig situasjon for barnehagen å måtte ta stilling til et barn som manglet navn. Noe som klart trekker i retning av en korrekt hensyntaken.

På den annen side stilles det krav til at vedtektene skal skal definere barnehagens opptakskrets og opptakskriterier. Opptakskriteriene må være objektive og etterprøvbare.

Det er som nevnt klart et opptakskrav i vedtektene at navn er pålagt. I tillegg er dette noe som klart er objektivt og overprøvbart i lovens forstand.

Det er imidlertid slik at Pike egentlig har et navn, og det konstateres klart at det foreligger et rettskrav for henne. Å vektlegge at hun ikke har navn når hun faktisk har det vil være uhensiktsmessig og betingende, herunder vilkårlig.

Delkonklusjon dette må føre til ugyldighet.

Etter forskjellsbehandlingen kreves det i rettspraksis at det dreier seg om parallelle tilfeller.

Det kan ikke konstateres at det dreier seg om slike i det foreliggende tilfelle da De andre barna ikke har samme implikasjon som pike at hun ikke har et offisielt navn.

Konklusjon: Anførlene kan ikke før

Kommentert [MS22]: Litt vanskelig å få tak i deler av subsumsjonen, men man forstår likevel at kandidaten har kontroll på rettsreglene i bakgrunnen.

Tidsnød!

Juridisk metode domsanalyse av Rt-2010-691 .

1. Innledning

Rettskildelæren har utviklet seg enormt de siste 50 årene. Med utvidelsen av rettskildebildet, som følge av Eckhoffs *Rettskildelære* (1971), har en rekke nye rettskilder og rettsforhold, gjort seg gjeldende. Avveiningsmodellen har medbrakt seg en rekke nye rettskilder som ikke var ansett som å ha noen form for relevans i den tidligere rettskildelæren, særlig under Augdahls tid, hvor særlig fokus ble rettet mot kun lov og rettssedvane. Den moderne rettskildelæren viser potensielt en mer elegant og sofistikert fremstilling av hvordan rettskildebruken i norsk rett har vært og potensielt kommer til å utvikle seg fremover.

Kommentert [MS23]: Kandidaten kontekstualiserer Eckhoffs bidrag i rettskildelæren historisk, med navngitt sammenligning til Augdahl. Dette er et tegn på solid pensumoversikt og selvstendighet som går utover gjengivelse.

1.1. Tolkning av oppgaven og avgrensning

Oppgaven tolkes dithen at det skal foretas en metodeorientert domsanalyse, med særskilt fokus på den juridiske metoden og argumentasjonen til Høyesteretts dom inntatt i Rt-2010-

691.

Dommen avgrenses herved mot å ta en inngående vurdering av de materielle spørsmålene som saker reiser, herunder de arverettslige spørsmålene som gjør seg gjeldende.

1.2. Dommens saksgang og kort om faktum

Dommen omhandler et testament som begunstiget et kirkesogn. Spørsmålet i saken var om dette testamentet var å anse som gyldig når testamentetsvitnene var sogneprest og formann i menighetsrådet, da disse var inhabile ved testasjonen, jf. Arveloven §61. Det særlige rettslige spørsmålet var om testasjonen likevel kunne anses som gyldig til tross for inhabiliteten gjennom unntaksbestemmelsen i arveloven § 61 andre ledd tredje punktum. Høyesterett konkluderte med at unntaksbestemmelsen kom til anvendelse og testamentet ble ansett som gyldig til tross for inhabiliteten.

Kommentert [MS24]: Dette er en treffsikker beskrivelse av hva dommen gjelder.

Dommen er behandlet av Høyesterett i alminnelig avdeling etter domstolloven § 5 andre ledd. Saken ble avsagt enstemmig.

1.3. Fremstillingen videre

Opgaven vil ta for seg en argumentasjonsorientert domsanalyse, det vil først ses til (punkt 2) rettslige utgangspunkter og den første problemstillingen. Derneft vil det ses til problemstillingen ompersonene er inhabile (Punkt 3). Etter dette vil det ses til disposisjonen kan ses som gyldig til tross for habiliteten (Punkt 4). Derneft vil det ses til de ankende parterers anførsel (punkt 5), og avslutningsvis ses til førstvoterendes konklusjon (punkt 6).

2. rettslige utgangspunkter

2.1. Ble sognepresten ansett å falle inn under "tjenesteforhold", jf. arveloven § 61 andre ledd første punktum

Førstvoterende Skoghøy tar rettslig utgangspunkt i arveloven §49, jf. avsnitt 26. Bestemmelsen stiller formkrav for testamenter. Førstvoterende skisserer således viktigheten av at testamenter skal kunne oppfylle formkravene for testamenter. I samsvar med dette gjøres videre gjeldende at et av disse formkravene er at testamentsvitnene skal være habile, jf. arveloven §61 første ledd og andre ledd, jf. avsnitt 26. Etter annet ledd fastsetter bestemmelsen at det kan blant annet anses som inhabilitet hvis det vitnet enten er i teneste hos på testasjonstida, jf. annet ledd første punktum.

Det rettslige utgangspunktet bærer stor vekt. Lovens ordlyd er vår mest legitime rettskilde da

den bærer stor demokratisk legitimitet gjennom den formelle lovgivningsprosedyren i grunnloven § 76 følgende. En kan i det henseendet også peke på at førstvoterendes utgangspunkt også har vesentlige likheter med Nils Nygaards teori om primært rettsgrunnlag, da det settes perimetre for den videre drøftelsen.

Kommentert [MS25]: Kandidaten viser at hen forstår at ordlyden i en lov er en rettskilde som generelt har stor vekt.

Kommentert [MS26]: Koblingen til Nygaard er presis og viser bred pensumorientering. Det er ikke alle studenter som trekker inn slike koblinger.

Den videre drøftelsen skisseres allerede i utgangspunkttagen. Det vises til at testasjoner hvor testamentsvitnet er i familiære eller tjenesteforhold vil være ugyldige, jf arveloven §61 andre ledd første punktum. Det vises samtidig til lovens ordlyd. Lovens ordlyd er ansett som det alminnelige utgangspunktet for all lovtolkning, da det bærer mest argumenter for seg, igjen med stort grunnlag i at det er den demokratiske legitimiteten som fremmer et slikt utslag.

Førstvoterende trekker således en klar slutning fra ordlyden at det i denne saken må tales om et være et tenesteforhold, jf. avsnitt 27. Likevel går ikke dommer Skoghøy videre inn på en tolkning i snever forstand for fastleggelse av bestemmelsen, da Selvstendige oppdragsforhold faller utenfor ordlyden av tjenesteforhold. Sognpresten kunne ikke anses å være omfattet av forholdet da det ikke foreligger et ansettelsesforhold mellom sogneprest og kirkesogn. Selv om sognepresten skal tjene sognmenighetenes medlemmer, er han først og fremst statsansatt uten et tjenestemessig avhengighetsforhold, noe som avskjærer en mulighet for at han faller under bestemmelsen.

3. Er sognepresten og formannen inhabile, jf. arveloven §61 andre ledd andre punktum, jf. avsnitt 29.

Etter annet ledd andre punktum vil teneste vert og rekna funksjon som styremedlem og liknande i selskap, lag, stifting eller offentlig institusjon, jf. andre punktum. Dette blir således vurderingstemaet for førstvoterende. Dommer Skoghøy tar således en tolkning i snever forstand for å se om formannen og sognepresten kan ses å falle inn under et slikt forhold, jf. avsnitt 30.

Kommentert [MS27]: Fin gjengivelse av vurderingstemaet, selv om språket ødelegger litt.

3.1. Forarbeider

For å fastsette innholdet i bestemmelsen vender dommeren seg til kirkeloven av 1996 §6 første ledd. Utgangspunktet som skisseres her er et resultat av å benytte denne loven som en uselvstendig tolkningsfaktor for å fastlegge innholdet i bestemmelsen. I neste setning styrkes resonnementet ved at det henvises til kirkeordningsloven §14 som gir uttalelse for det tilsvarende, og det trekkes en slutning om at sognepresten er medlem av menighetsrådet, jf. avsnitt 30. rettskildebruken er konsekvent og formålsrettet ved utfyllingen av bestemmelsens innhold.

Kommentert [MS28]: Kandidaten viser at hen har innsikt i ulike tolkningsfaktorer og hvordan man karakteriserer dem i rettskildelæren.

Kommentert [MS29]: Kanskje ikke helt presist, men sier likevel noe bra om hvordan ordlyden kan utfylles ved hjelp av andre tolkningsfaktorer.

Det vises videre på avsnitt 31 om uklarheten som finner plass når det gjelder kirkesognets stilling ved testamentariske disposisjoner, og resonnementet forankres i forarbeidene til kirkeloven (NOU 1989:7), samt Ot.prp nr. 64). Det siktes her særlig på å forstå i hvilket omfang testamentariske disposisjoner var vanlig for kirkesogn før 1996. Denne slutningen kan merkes i starten av avsnitt 32. Forarbeidene er alminnelig ansett for å bære vesentlig vekt, men mer så med utvidelsen av rettskildebildet. Det foreligger imidlertid diskusjon slike forarbeider skal kunne bære i resonnementer. Løikevel er det alminnelig anerkjent at forarbeider er en svært tungtveiende rettskilde som vektlegges i rettsanvendelsesprosessen.

Kommentert [MS30]: Kandidaten viser grunnleggende forståelse om forarbeider som rettskilde.

Nemlig at arveloven § 61 andre ledd andre punktum forhindrer alle "former for sammenslutninger som det kan testamenteres til fordel for", med videre henvisning til forarbeidene.

Denne uttalelsen harmoniserer førstvoterende med forarbeidernes uttalelser og ankommer en delkonklusjon om at, det er alminnelig anerkjent at det testamenteres til kirkesogn, men at bestemmelsen aldri tilsiktet et slikt omfang, og dersom den gjorde det, ville dette klart fremgått av lovens ordlyd. Her tar førstvoterende en klar forankring i lovens ordlyd og forholder seg lojal til til utgangspunktet om at ordlyden skal bære legitimitet. Dette er teleologisk resonnement med sterkt forankring til lovens ordlyd, hvor argumentene ikke spriker og trekker sterkt i retning av at loven skal tas på ordet. Og at kirkesogn, mest nærliggende faller inn under "offentlig institusjon".

Førstvoterende henviser avslutningsvis til avløsningen av kirkeordningsloven, ved kirkeloven av 1996 som klart henviser til at menighetsrådets sentrale oppgaver, på vegne av kirkesognet er å forvalte sognets midler, noe som gir ytterligere forankring i at loven må tas på ordet. Førstvoterende konkluderer med dette at begge testamentsvinene er inhabile

Kommentert [MS31]: Kandidaten viser at hen har kunnskaper om ordlydsfortolkning, selv om språket ødelegger litt for sammenhengen.

4. Kan disposisjonen anses som gyldig til tross for inhabiliteten, jf. arveloven § 61 andre ledd tredje punktum, jf. avsnitt 34.

Førstvoterende tar utgangspunkt i arvelovkomiteens utredning til arveloven, hvor bestemmelsen grunngis, jf. avsnitt 35. Førstvoterende uttaler noe særegent i forholdet i bestemmelsen. Den fremstår dårlig utarbeidet og førstvoterende fastslår at man må "stille seg noe fritt" i forhold til ordlyden. Dette er et totalt fravik fra den alminnelige rettskildelæren. Som skissert overfor er det klare utgangspunktet en alminnelige språklig forståelse og særskilte holdepunkter krever særskilt begrunnelse. Her viser førstvoterende et særlig Eckhoffians syn. Bestemmelsens innhold er vag og noenlunde uheldig utformet, og det nærmere innholdet må fastsettes særskilt.

Kommentert [MS32]: Kandidaten identifiserer kjernen i dommens metodiske interesse – at Høyesterett sensurerer et selvstendig lovvilkår med formålsbetraktninger.

Kommentert [MS33]: Her viser kandidaten at hen har forstått det sentrale innholdet i en mer relativ (åpen og pluralistisk) rettskildelære, som hos Eckhoff.

Det pekes særlig videre på teleologisk forståelse bak bestemmelsene om behandlingen av testamenter. Nemlig at testamentariske bestemmelser som reelt er i orden, ikke blir underkjent på grunn av inhabilitetsbestemmelser som rekker for langt. Her kan det klart ses til at førstvoterende bygger sitt resonnement som et samarbeid mellom en teleologisk forståelse samt reelle hensyn. Det er særlig i dette henseendet førstvoterendes rimelighetsbetraktninger kommer frem. Det ville klart vært uheldig, og at testamentariske disposisjoner som er gyldige i bunn skal anerkjennes som ugyldige som følge av lovgivers feil ved utformingen. Den slutning som herved trekkes er at bestemmelsen må forstås slik at testamenter skal stå så lenge testators vilje har vært at disposisjonen skal få det utslag testator helst ville det skulle få, jf. avsnitt 36 siste punktum. Og det innarbeides derav et vilkår om at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt at vitnets tjenstemessige tilknytning til den tilgodesette ikke har virket inn på testamentets innhold.

Kommentert [MS34]: Her viser kandidaten dybde.

5. Kan en utvidende fortolkning av inhabilitetsreglene gjøre slik at testamentet likevel er å anse som ugyldig.

De ankende motparter hadde i dette henseendet vist til tidligere rettspraksis, med særlig hensyntagen til klarhet og forutsigbarhet i lovgivningen, jf. avsnitt 37. Reelle hensyn har i utgangspunktet en lav rettskildemessigvekt, men kan som sagt være avgjørende ved forståelsen av bestemmelser. På den annen side har de ankende motparter forankret dette i en svært tungtveiende rettskilde, nemlig rettspraksis fra Høyesterett selv. Høyesterett har som utgangspunkt særlig fokus på å være en rettsavklarende rettsinstans, og særlig ettersom de dømmer i siste instans, jf. Grunnloven §88 vil deres avgjørelser ha avgjørende vekt i slike spørsmål. Det er særlig reelle hensyn om forutberegeleighet og klarhet som nåføres, og disse får klart utslag på en rekke rettsområder, men førstvoterende avslår denne anførselen raskt.

Det ble særlig vektlagt at §61 andre ledd tredjepunktums manglende gjennomføring i lov, ville medføre en felle for dem som ville opprette testamenter, da deres ekte vilje ikke ville kunne bli oppfylt. Her benytter førstvoterende seg klart av rimelighets og formålsbetraktninger igjen for å harmonisere med sitt syn om at bestemmelsens anvendelse burde tilsikte å fremme testatorsvilje, enn å nedlegge en alminnelig forståelse av ordlyden. Førstvoterende uttaler imidlertid at sakens forhold stiller seg som en annen da det er tale om å anvende arveloven § 61 som en sikkerhetsventil.

Dette kan være en maskering av førstvoterendes ekte vurdering, ved å kle hans egne vurderinger i jussdrakt. Etter Ekchoffs og Alf Ross' forståelse ville de kalt dette for fasadelegitimasjon. I stedet for at dommer Skoghøy uttrykkelig sier at han vektlegger reelle hensyn, eller tar rimelighets- og formålsbetraktninger, sier han at det foreligger et spørsmål om å anvende §61 som en sikkerhetsventil.

Kommentert [MS35]: Her viser kandidaten forståelse for et fenomen og en evne til å identifisere at argumenter i realiteten kan ha en annen begrunnelse eller forankring enn det som er anført.

Førstvoterende slutter således under spørsmålet ved å henvise til at den rimeligste løsningen er å innarbeide vilkåret om klar sannsynlighetsovervekt at vitnets tjenestemessige tilknytning til den tilgodesette ikke har virket inn på testamentets innhold, også vil bevare det anførte hensynet til forutberegnelighet i det henseendet vil være tilstrekkelig ivaretatt, jf. avsnitt 37 siste punktum.

6. Konklusjon

Høyesterett subsumerer således spørsmålet under kravet om at det må foreligge sannsynlighetsovervekt at vitnets tjenestemessige tilknytning til den tilgodesette ikke har virket inn på testamentets innhold, og det hadde fremgått klart av både saksforholdet, og testatorens, samt dennes ektefelles vilje at pengene skulle gå til menigheten.

Dommen er et utslag av den moderne rettskildelære i det henseendet at selv rettskildefaktorer som ikke er ansett som vektige rettskilder kan få vesentlig utslag under særlige omsrtendigheter. I denne saken var det særlig rimelighets- og formålsbetraktninger som trumfet loven, men det er en rekke andre reelle hensyn som kunne spilt med som blant annet interesseavveining mellomtestators ønske og en klar og forutsigbar lov.

Dommen ble avsagt enstemmig og den bærer særlig vekt med tanke på inhabilitetsspørsmålet. Til tross for dette er det kommet en ny arvelov, som ikke bærer samme problem og dommen vil dermed miste sin rettskildemessige verdi.

Kommentert [MS36]: Dette er en fin og treffende oppsummering.

Kommentert [MS37]: Dette er en noe overforenklet oppsummering. Høyesterett argumenterer ikke for at reelle hensyn «trumfer» ordlyden som en fri kategori, men at lovgivers formål – slik Høyesterett tolker det via forarbeidene – ikke ble godt ivaretatt av den ordlyden lovgiver valgte. Kandidaten er inne på denne nyansen tidligere, men konklusjonsteksten mister noe av det nyanserte blikket.

Kommentert [MS38]: Dette er også en fin, avsluttende kommentar, som viser perspektiv.