

DEL 1: Praktikum**Spørsmål 1: Har foreldrene klagerett på avslaget?**

Tvistens parter er Marte Kirkerud og Peder Ås (heretter foreldrene) og Frydenlund friluftsbarnehage (heretter Frydenlund).

Foreldrene klaget på beslutningen om avslag på barnehageplass. Frydenlund gikk til motmæle og anførte på sin side at reglene om klagerett ikke gjaldt beslutninger om barnehageplass.

Partene har anført barnehageloven (heretter bhl.) § 17 (2) og barnehageforskriften § 6, og de utgjør således det rettslige grunnlaget.

Først blir det nærliggende å vurdere om bhl. § 17 (2) stenger for klagerett.

Bestemmelsen regulerer tildeling av barnehageplass og skal sikre likebehandling av barn på privat og offentlig sektor, jf. første ledd.

I annet ledd fremgår det at forvaltningslovens kapittel om klage "ikke gjelder for opptak til barnehage".

Bestemmelsen taler for at Frydenlunds anførsel tas til følge.

Likevel fremgår det at "departementet" kan gi "forskrifter" om behandling av søknader om opptak i barnehage.

Momentet taler for at det foreligger en klageadgang.

I forskriften § 6 fremgår det at søkere som får "avslag på søknad om barnehageplass" og søkere som ved "tildeling av barnehageplass" verken får sitt "første eller andre ønske" om barnehageplass oppfylt, kan klage på avgjørelsen, jf. første punktum. Videre oppstilles det et krav om at søknaden må oppfylle kravene i bhl. § 16.

Ordlyden gir uttrykk for at både søkere om en bestemt barnehageplass og tildeling av plass kan klage dersom søknaden er i tråd med bhl. § 16, og dersom de verken har fått sitt "første eller andre ønske" oppfylt.

Det er klart at kravene i bhl. § 16 er oppfylt da det fremgår at foreldrene søkte barnehageplass idet piken fylt ett år.

Mer tvilsomt er ordlyden "første eller andre ønske".

En forståelse av ordlyden "første eller andre ønske" kan være at vedkommende må ha søkt på minimum to barnehager for å få rett til å klage.

Følgelig kan det forstås som et vilkår for klagerett at søkeren har sendt inn to barnehageønsker og fått avslag på begge.

Det fremgår at foreldrene har søkt på én barnehage, Frydenlund, da de regnet med at hun fikk plass ettersom hun var født tidlig på året.

Følgelig taler det for at foreldrene ikke oppfyller vilkåret for klagerett etter forskriften § 6.

Konklusjon: Foreldrene har ikke klagerett på avslaget.

Spørsmål 2: Er barnehageetaten riktig organ til å behandle klagen på avslaget?

Tvistens parter er Marte Kirkerud og Peder Ås (heretter foreldrene), Kommunen og Frydenlund friluftsbarnehage (heretter Frydenlund).

Foreldrene hevdet at saken måtte sendes til statsforvalteren, men kommunen motsatte seg dette og hevdet at de selv kunne bestemme hvem som skulle behandle klagen. Frydenlund hevdet at kommunen sin anførsel var i strid med barnehageloven § 11 som måtte tolkes som et delegeringsforbud. Kommunen gikk til motmæle og mente at det ikke forelå delegeringsforbud.

Den overordnede problemstillingen er om barnehageetaten er riktig organ til å behandle klagen på avslaget.

Rettsspørsmålet reiser to under problemstillinger.

Det første spørsmålet er om klagen skal behandles av statsforvalteren eller om kommunen selv kan bestemme. Den andre problemstillingen er om bhl. § 11 skal forstås som et delegeringsforbud som gjør kommunens delegering rettsstridig.

Først vurderes spørsmålet om klagen skal behandles av statsforvalteren eller om kommunen har selvbestemmelsesrett.

Det rettslige utgangspunkt er bhl. § 12.

Av bestemmelsen fremgår det at statsforvalteren er riktig klageinstans for "vedtak" truffet av "kommunen eller fylkeskommunen" etter "§§ 14 og 15, § 19 første ledd, §§ 24 til 26, §§ 35 til 38, § 53", eller der det følger av "forskrift" med hjemmel i loven.

Ordlyden forstås som en uttømmende liste. Det kreves at det er fattet et vedtak av et kommune eller fylkeskomme med hjemmel i en av de nevnte bestemmelsene.

Den foreliggende saken omhandler avslag om barnehageplass etter bhl. § 16, og faller dermed ikke inn under noen av de nevnte paragrafene.

Følgelig taler det for at statsforvalteren ikke er riktig organ til å behandle klagen.

Spørsmålet blir så om det foreligger "forskrift" som bestemmer klageinstansen.

Det fremgår av barnehageforskriften § 7 første ledd at klagen skal fremsettes skriftlig for "kommunen".

Videre fremgår det av tredje ledd at dersom "kommunen ikke tar klagen under behandling" eller "ikke gir klageren medhold i at denne skulle vært tilbudt den ønskede barnehageplassen" så skal kommunen "sende klagen til klageinstansen".

Ordlyden gir uttrykk for at det er kommunen som er første instans til å behandle klagen.

Følgelig taler det for at kommunen selv må behandle klagen fra foreldrene om avslag på barnehageplass.

Anførselen om at statsforvalteren skal behandle klagen fører således ikke frem. Kommunen hevdet imidlertid at kommuneloven § 5-3 og barnehageforskriften § 8 hjemlet deres selvbestemmelsesrett.

Spørsmålet er om kommunen kunne delegere avgjørelsesmyndigheten til barnehageetaten. Kommuneloven § 5-3 hjemler at myndigheten til å treffe vedtak "kan delegeres" av "[k]ommunestyret og fylkestinget" til "andre folkevalgte organer, ordføreren eller kommunedirektøren". Det kreves imidlertid at det skjer "innenfor rammene av denne loven eller annen lov".

Ordlyden gir uttrykk for at kommunestyret og fylkestinget har en intern delegeringsadgang. Likevel må denne delegeringen ikke stride mot rammene i loven eller annen lov.

Kommuneloven § 5-3 taler for at det foreligger hjemmel til intern delegering.

Videre anførte kommunen imidlertid at også barnehageforskriften § 8 hjemlet delegeringen.

I følge ordlyden "kommunens klageorgan er klageinstans" i barnehageforskriften § 8 taler det for at klageretten er forbehold klageorganet i kommunen.

Følgelig taler det for at klagebehandlingen bare kan foretas av "klageorganet" innad i kommunen. Det opplyses imidlertid om at kommunen ikke hadde behandlet slike saker tidligere, noe som kan tale for at det ikke foreligger et bestemt klageorgan for avslag på barnehageplass i privat barnehage.

Momentet kan dermed tale for at det foreligger en delegeringsadgang etter kommuneloven § 3-4.

Frydenlund hevdet imidlertid at barnehageloven § 11 må forstås som et delegeringsforbud.

Spørsmålet er om bhl. § 11 kan tolkes som et delegeringsforbud.

I bhl. § 11 fremgår det at "kommunen" skal "likebehandle private og kommunale barnehager" når den "utfører oppgaver som barnehagemyndighet". Videre fremgår det et krav om at kommunens oppgaver som "barnehagemyndighet" skal organiseres "adskilt" fra oppgavene den har som "barnehageeier" når det vil bidra til å opprettholde tillit til kommunens upartiskhet som barnehagemyndighet.

Ordlyden skaper flere tolkningsspørsmål.

Det må først vurderes om delegering av klagekompetanse er en oppgave som "barnehagemyndighet".

Å utføre oppgaver som "barnehagemyndighet" kan forstås som at kommunen handler på vegne av barnehagene og styrer det administrative overfor barnehagene.

En delegering av klagekompetanse vil dermed kunne anses som en administrativ handling på vegne av barnehagene.

Videre må det vurderes om "delegeringen" av klagebehandling strider mot deres oppgaver som "barnehageeier".

Først blir det nærliggende å vurdere om kommunen kan anses som "eier" av Frydenlund.

Frydenlund er en privat barnehage. Følgelig taler det for at kommunen ikke kan anses som eier av barnehagen. Det kan dermed argumenteres for at en delegering av klagebehandling ikke strider mot deres oppgaver som "barnehageeier".

Likevel fremgår det at barnehagen mottar tilskudd av kommunen, noe som kan tale for at kommunen er delvis eier av barnehagen.

Barnehagen driftes imidlertid etter egne vedtekter og følger således et annet regelement enn de kommunale barnehagene. Momentet taler for at kommunens delegering ikke strider mot deres oppgaver som "barnehageeier".

Det kan argumenteres for at tilliten til kommunen upartiskhet som barnehagemyndighet ikke svekkes som følge av at kommunen opptrer på vegne av deres oppgaver som barnehagemyndighet og ikke som eier.

De sterkeste grunner taler for at kommunen hadde adgang til å delegere avgjørelsesmyndigheten til barnehageetaten som eide og styrte de kommunale barnehagene.

Argumentet kan ytterligere støttes av at bhl. § 18 stiller krav om at kommunen skal behandle private- og kommunale barnehager likeverdig.

Konklusjon: Barnehageetaten er riktig organ til å behandle klagen på avslaget

Spørsmål 3: Har Frydenlund kompetanse til å avslå søknaden om barnehageplass?

Tvistens parter er Marte Kirkerud og Peder Ås (heretter foreldrene) mot Frydenlund og kommunen.

Foreldrene mente at avslaget var ulovlig på bakgrunn av at det var begått flere feil, men Frydenlund argumenterte for at klagen måtte avslås. Kommunen støttet Frydenlund og opprettholdt avslaget på barnehageplass.

Det overordnede spørsmålet er om Frydenlund har kompetanse til å avslå søknaden om barnehageplass.

Det rettslige grunnlaget er bhl. § 16.

Av bhl. § 10 fremgår det at "[k]ommunen har plikt til å tilby plass i barnehage til barn under opplæringspliktig alder som er bosatt i kommunen", jf. § 16, jf. første ledd.

Ordlyden taler for at kommunen har et overordnet ansvar for å påse at alle barn tilbys barnehageplass i kommunen sin.

Frydenlund er imidlertid en privat barnehage og dermed et "selvstendig rettssubjekt", jf. bhl. § 7a. Følgelig taler det for at barnehagen har kompetanse til å avslå søknader dersom søknaden ikke oppfyller kravene deres.

Videre må det vurderes om kravene for barnehageplass er oppfylt.

Av barnehageloven § 16 fremgår det at "[b]arn som fyller ett år senest innen utgangen av

august det året det søkes om barnehageplass, har etter søknad rett til å få plass i barnehage fra august i samsvar med denne loven med forskrifter.", jf. første ledd.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at foreldre som har barn som er født før september, har rett på barnehageplass til barnet deres fra august, dersom de søker det året barnet fyller ett år.

Den presiserende problemstillingen er således om det foreligger feil ved behandlingen av barnehage søknaden som gjør avslaget ugyldig.

Først blir det nærliggende å vurdere om vilkårene for barnehageplass etter bhl. § 16 er oppfylt.

Det opplyses om at barnet til Marte og Peder, Pike, er født tidlig på året. Det er dermed grunn til å tro at det første vilkåret er oppfylt.

Videre fremgår det at foreldrene søkte plass idet datteren fylte ett år.

Barnehageloven § 16 tredje ledd bestemmer også at barn har rett på barnehageplass i den kommunen de er bosatt i. Momentet taler følgelig for at avslaget er ugyldig.

Samlet taler det for at Pike har rett på barnehageplass og at Frydenlund sitt avslag dermed er ugyldig.

Det fremgår imidlertid at retten til barnehageplass gis i samsvar med "denne loven med forskrifter".

Videre må det vurderes om det foreligger holdepunkter i forskrift som taler for at Pike ikke har rett på barnehageplass.

Frydenlund har anført at barnehageforskriften §§ 2 og 3 må tolkes slik at brudd på bestemmelsene legitimerer avslag på søknad om barnehageplass.

Det fremgår av forskriftens § 1 at den gjelder ved opptak i "alle virksomheter som omfattes av barnehageloven".

Forskriften kommer således til anvendelse i saken.

Forskriften § 2 regulerer at barnehagens opptakskrets og opptakskriterier skal defineres i vedtekter. Bestemmelsen oppstiller videre krav til at kriteriene skal være "objektive og etterprøvbare".

Videre fastslår forskriftens § 3 at tildeling av barnehageplass skjer i tråd med opptakskriteriene, jf. § 2.

Spørsmålet er om det foreligger feil i opptakskriteriene som kan gjøre at avslaget inneholder feil.

Først må det vurderes om opptakskriteriene er "objektive og etterprøvbare".

I vedtektene til Frydenlund fremgår det at "Navngitte barn tildeles barnehageplass etter fødselsdato".

Videre anførte Frydenlund at vedtekten skal forstås i lys av navneloven § 2.

Vedtektene gir uttrykk for å være både objektiv og etterprøvbar ettersom vedtekten gjelder alle barn uavhengig av andre individuelle forhold. Videre kan vedtekten etterprøves i lys av definisjonen i navneloven § 2.

Navneloven § 2 bestemmer at "[a]lle skal ha fornavn og ett enkelt eller dobbelt etternavn".

Følgelig gir det uttrykk for at "navngitt" skal tolkes som at barnet må ha et "fornavn" og "ett enkelt eller dobbelt etternavn".

Ordlyden gir ingen ytterligere føringer for hva som anses som "fornavn".

I den foreliggende saken har ikke foreldrene gitt datteren et eget fornavn, men hun er registrert som "Pike Kirkerud".

Videre argumenterte foreldrene for at de kaller hun "Ulla" hjemme. Følgelig kan det tale for at hun har er tildelt et navn til tross for at navnet ikke står oppført i folkeregisteret. Likevel vil manglende folkeregistrering tale for at "Ulla" i større grad er et kallenavn.

Det kan imidlertid argumenteres for at datteren er navngitt ettersom hun i folkeregisteret heter "Pike Kirkerud".

Hun har følgelig et navn, noe som gir hun rett på plass i barnehage etter vedtektene. Samlet taler det for at avslaget er ugyldig, og Pike Kirkerud har dermed krav på barnehageplass etter bhl. § 16.

Konklusjon: Frydenlund hadde ikke kompetanse til å avslå søknaden om barnehageplass.

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

Tvistens parter er de samme.

Foreldrene hevdet at avslaget var ulovlig grunnet forbudet mot usaklig forskjellsbehandling og usaklig hensyn. Frydenlund gikk til motmæle og hevdet prinsipielt at forbudet ikke gjaldt private barnehager.

Det primære rettsspørsmålet er om reglene om forskjellsbehandling og usaklige hensyn kommer til anvendelse på Frydenlunds beslutning.

Forbudene mot usaklig forskjellsbehandling og usaklig hensyn er uttrykk for en kontroll av forvaltningens skjønn. Domstolen kan ikke prøve forvaltningens frie skjønn av hensyn til maktfordelingsprinsippet, jf. GrL. § 49.

Det foreligger imidlertid en adgang for domstolene til å "kontrollere at forvaltningsmyndighetene ikke overskrider grensene for sin myndighet eller misbruker sin makt», jf. Forvaltningslovkomiteens innstilling, NUT-1958-3, side 376.

Det fremgår av Grunnloven § 89 at domstolen har rett og plikt til å prøve "beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet".

Ordlyden beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet er uklar. Den tyder på at det må være et offentlig organ som treffer en avgjørelse.

Det avgjørende i den foreliggende saken er om Frydenlund sitt avslag om barnehageplass kan anses som "utøving av offentlig myndighet".

Først blir det nærliggende å vurdere om avslaget kan anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven.

I fvl. § 2 bokstav b framgår det at et enkeltvedtak er et "vedtak" som gjelder "rettigheter eller plikter" til "en eller flere bestemte personer".

Følgelig må avslaget anses som et "vedtak" som påvirker en persons rettigheter eller plikter.

I fvl. § 2 bokstav a fremgår det at som vedtak er "en avgjørelse" som treffes under "utøving av offentlig myndighet" og som "generelt eller konkret" er bestemmende for "rettigheter eller plikter til private personer".

Ordlyden gir uttrykk for at det må foreligge en beslutning foretatt av et offentlig organ som har påvirket rettstilstanden til private personer.

Den foreliggende saken omhandler Frydenlund sitt avslag på en søknad om barnehageplass. Avslaget medførte at datteren mistet sin rett på plass i barnehage. Følgelig taler det for at det foreligger en avgjørelsen og at denne var bestemmende for rettighetene til datteren.

Spørsmålet blir således om Frydenlund kan anses for å utøve "offentlig myndighet".

Det fremgår av bhl. § 7a at en privat barnehage må anses som et selvstendig rettssubjekt som opptrer på vegne av individer.

Følgelig taler det for at Frydenlunds avslag er uttrykk for en avgjørelse fattet under utøvelse av offentlig myndighet.

Avslaget på barnehageplass er et enkeltvedtak som kan overprøves av domstolen, jf. fvl. § 2 bokstav b, jf. bokstav a.

Domstolene har i utgangspunktet full prøvingsrett av forvaltningens beslutninger, jf. Grunnloven § 89.

Videre følger det av fast rettspraksis at domstolene ikke kan prøve forvaltningens frie skjønn fullt ut. Likevel kan domstolene prøve om forvaltningen har foretatt skjønn og om skjønnsutøvelsen er innenfor lovens rammer. Idet ligger prøvingen av om forvaltningen har foretatt usaklig forskjellsbehandling eller usaklig hensyn.

For å vurdere om forbudene kommer til anvendelse må det vurderes om beslutningen anses som en utøvelse av forvaltningsskjønn.

Høyesterett har slått fast i Rt. 2015 s. 1388 (Internflukt) at "[e]n begrenset prøvingskompetanse kan følge av en tolkning av kompetansegrunnlaget, jf. blant annet Rt-2012-1985 – lengeværende barn I avsnitt 142 og HR-2015-2252-A avsnitt 30".

I den foreliggende saken fattes beslutningen ut fra den interne vedtekten om at "Navngitte

barn tildeles barnehageplass".

Videre hevder Frydenlund at "navngitte" må tolkes i samsvar med navneloven § 1.

Navnloven definere hva som skal til for at et barn anses som "navngitt". Følgelig er det lite rom for forvaltningsskjønn.

Likevel vil det være uklar hva som gyldig kan anses som et "fornavn" eller "etternavn" i lovens forstand.

Det kan imidlertid argumenteres at så lenge navnet er gyldig registrert i folkeregister vil det oppfylle kravet til navngitt. Dermed vil det være lite rom for skjønnsvurdering av hvorvidt det foreligger et navn.

Ordlyden gir dermed uttrykk for å være rettsanvendelsesskjønn og ikke fritt forvaltningsskjønn. Forbudene om forskjellsbehandling og usaklig hensyn kommer således ikke til anvendelse da beslutningen fattes på grunnlag av hvorvidt et barn er "navngitt".

Høyesterett har imidlertid åpnet opp for at forbudene også kan komme til anvendelse i saker som ikke omhandler fritt skjønn, jf. HR-2019-273-A avsnitt 68. I følge Høyesterett kan det i prinsippet også tenkes å slå inn ved anvendelse av rettsanvendelsesskjønn. Retten uttaler imidlertid at det utelukkende gjelder unntaks tilfeller, og det var ikke et slikt tilfelle i den aktuelle saken.

Dommen gir uttrykk for at reglene sjeldent gjelder rettsanvendelsesskjønn og det vil dermed være vanskelig å se at det foreligger tilstrekkelige holdepunkter i den foreliggende saken.

Konklusjon: Reglene om forskjellsbehandling og usaklige hensyn kommer ikke til anvendelse på Frydenlunds beslutning.

Spørsmål 5: Foreligger det usaklig forskjellsbehandling og/eller er det tatt usaklige hensyn?

Twistens parter Marte Kirkerud og Peder Ås (heretter foreldrene) og kommunen.

Foreldrene tok ut søksmål og hevdet at vedtaket var ulovlig grunnet forbudet mot usaklig forskjellsbehandling og usaklig hensyn. Kommunen hevdet at eventuelle feil måtte lede til ugyldighet, men at det ikke var begått feil i vedtaket.

Det overordnende spørsmålet er om det om det foreligger usaklig forskjellsbehandling og/eller er det tatt usaklige hensyn.

Foreldrene har søksmålkompetanse etter tvisteloven § 1-3 da de er part i saken på vegne av datterens krav på barnehageplass.

Domstolen har i utgangspunktet full prøvingsrett av forvaltningens avgjørelse, jf. Grl. § 89. Likevel har domstolen en begrenset prøvingsadgang av forvaltningsskjønn. Domstolen kan bare prøve om forvaltningen har utøvet skjønn og om utøvelsen har skjedd innenfor lovens rammer.

Det er et grunnleggende hensyn at mennesker er like mye verd og skal behandles likt, jf.

Grunnloven § 98 (1) og EMK artikkel 14.

Spørsmålet om det foreligger usaklig forskjellsbehandling eller usaklig hensyn gjør seg i hovedsak gjeldende i vurderingen av Frydenlunds interne vedtekter.

Det må dermed vurderes om et avslag på barnehageplass etter interne vedtekter er uttrykk for usaklig forskjellsbehandling eller er uttrykk for usaklige hensyn.

Først blir er det nærliggende å vurdere om det foreligger usaklig forskjellsbehandling.

Det er et kjent prinsipp i forvaltningsretten at like saker skal behandles likt, jf. Rt-2011-111 avsnitt 66.

Av bhl. § 16 fremgår det at barnehageplass tildeles dersom bestemmelsens vilkår og medfølgende forskrifter er oppfylt.

I forskriften § 2 fremgår det at barnehagen har rett til å stille opptakskrav så lenge disse er "objektive og etterprøvbare". Kravene om skal videre danne grunnlaget for tildelingen av plass, jf. forskriftens § 3.

Dersom barnet ikke oppfyller kravene vil vedkommende dermed ikke få tildelt plassen, men vil etter § 3 (3) ha krav på å komme på venteliste.

Anførselen om at Frydenlund ikke kan avslå etter vedtekten fører dermed ikke frem.

Videre vil det å stille krav til at et barn er navngitt både kunne anses som et objektivt krav og det vil være mulig å etterprøve.

Foreldrene skal ha anført at andre barn som var født senere på året fikk tildelt plass, noe de opplevde som usaklig forskjellsbehandling. Det er imidlertid klar at det ikke var fødetidspunkt som var avgjørende for Frydenlunds avslag i den foreliggende saken. Anførselen kan dermed ikke føre frem.

Det foreligger ikke usaklig forskjellsbehandling.

Det må så vurderes om det foreligger usaklige hensyn.

Vedtekten til Frydenlund satt krav til at barn var navngitt for å få barnehageplass.

En slik vurdering vil dermed måtte ta utgangspunkt i hvorvidt barnet et navn. Vedtekten utdyper ikke hvilke formelle krav som stilles til navnet, utenom at "navngitt" skal tolkes i lys av navnloven § 1.

Vurderingen er konkret og uttrykk for å være rettsanvendelsesskjønn, jf. drøftelse under spørsmål 4. Det vil dermed være lite rom til å foreta skjønn.

Kommunen anførte at et barn uten navn lett vil kunne ende opp i utenforskap, og at avslag på plass som følge av manglende navn var dermed et insentiv om å navngi barna sine. Videre argumenterte kommunen for at mangel på navn vil skape vanskeligheter i det daglige arbeidet.

Formålet med barnehageforskriften er å sikre at opptak til barnehage "skjer på en måte som ivaretar søkerens rettssikkerhet og en forsvarlig og effektiv saksbehandling", jf. § 1 første ledd.

Vedtektens innhold i lys av formålet med forskriftens adgang til å stille krav i vedtekter gir således ikke rom til å legge vekt på fare for utenforskap eller vanskeligheter i arbeidsliv. Det taler for at det foreligger usaklige hensyn.

Konklusjon: Det foreligger usaklige hensyn.

Foreldrene anførte videre at vedtaket om avslag måtte være ugyldig som følge av feil. Kommunen var enig i at eventuelle feil ville medføre ugyldighet.

I den foreliggende saken er hadde ikke Frydenlund kompetanse til å avslå søknaden om barnehageplass da vilkårene for barnehageplass forelå samt kravet i den interne instruks, jf. se drøftelse under spørsmål 3. Det foreligger således en materiell mangel.

Da det ikke foreligger en saksbehandlingsfeil vil ikke forvaltningsloven § 41 om ugyldighet komme til anvendelse.

Vedtaket kan imidlertid anses ugyldig etter den ulovfestede ugyldighetslæren. For at vedtaket skal være ugyldig må det (i) foreligge en feil, (ii) som det er sannsynlig at har innvirket på vedtaket, (iii) og det må foretas en interesseavveining.

Det er klart at det foreligger en feil da Frydenlund la til grunn en feil forståelse av hjemmelsgrunnlaget, og la vekt på utenforliggende hensyn, jf. drøftelse under spørsmål 5.

Videre må det vurderes om feilen kan ha virket inn på vedtaket.

Høyesterett har i Husebyskog-dommen lagt til grunn at innvirkningskravet ikke er "et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning", jf. Rt. 2009 s 661 (71). Det er imidlertid tilstrekkelig at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak om endring av reguleringsplan for bygging av ambassade. Høyesterett kom til at denne feilen ikke kunne ha virket bestemmende for kommunens omreguleringsvedtak og at det dermed ikke var grunnlag for ugyldighet.

Det er på det rene at feilen kan ha virket bestemmende på avgjørelsen da Pike Kirkerud trolig hadde fått barnehageplass dersom feilene ikke var begått.

Videre må det foretas en interesseavveining.

Særlig skal det legges vekt på om det vil være til ugunst for parten i saken å få kjent vedtaket ugyldig.

I den foreliggende saken er det klart at det ikke vil være til skade for foreldrene dersom vedtaket kjennes ugyldig. Datteren har ikke barnehageplass som følge av vedtaket. Dersom vedtaket erkjennes ugyldig vil partene kunne få saken behandlet på nytt, særlig ettersom foreldrene ikke har klagerett på avslaget etter barnehageloven, jf. se drøftelse under spørsmål 1.

Samlet taler momentene for at vedtaket er ugyldig etter den ulovfestede ugyldighetslæren.

Del 2: Metode

1 Innledning

1.1 Innledende bemerkninger og avgrensning

Oppgaven ber om en analyse av Rt. 2010 s. 691 i et metodisk perspektiv. Analysen skal innebære en identifisering av de rettslige problemstillingene Høyesterett tar stilling til, og hvordan retten behandler rettskildene i sin argumentasjon.

Oppgaven avgrenses mot en full domsanalyse da hovedfokuset er på det metodiske.

1.2 Videre fremstilling

Innledningsvis vil sakens faktum bli presentert (**pkt. 1.3**) før jeg foretar en analyse hvor de rettslige problemsitllingene vil bli presentert og analysert hver for seg. Rettens behandling av rettskildene vil analyseres fortløpende under hver problemstilling (**pkt. 2**). Avslutningsvis vil det knyttes noen generelle bemerkninger til rettens bruk av rettskilder i deres argumentasjon (**pkt.3**)

1.3 Sakens faktum

Saken gjaldt hvorvidt et testament som begunstiget et kirkesogn var gyldig når testamentvitne var henholdsvis sognprest og formann i meningshehetsrådet. Høyesterett kom til at testamentet var gyldig etter arvelovens unntaksbestemmelse i § 62 annet ledd tredje punktum til tross for at testamentsvitnen var inhabile.

2. Analyse

2.1 Inhabil etter arveloven § 61 andre ledd første punktum

Høyesterett starter deres vurdering med å forankre formålet for formkrav til testament. Ved å se bestemmelsen i lys av formålet og legislative hensyn bak reglene vil retten kunne få en bedre forståelse av hvordan terskelen for inhabilitet skal vurderes.

Videre vurderer retten først om testamentvitnene er inhabile etter arveloven § 61 annet ledd som følge av "nærmere tjeneste forhold"

Retten starter i ordlyden, og foretar en ordlydstolkning av hva som anses med "tjeneste". I drøftelsen av om vitnene er inhabile etter "tjeneste forhold" argumenterer retten selvstendig og i lys av formål. Argumentasjonen forankres dermed ikke i rettskilder, noe som kan svekke holdbarheten av argumentasjonen.

Høyesterett vurderer ordlyden "teneste" i lys av § 61 andre ledd, og trekker slutningen om at "teneste" sikter til et ansettesleseforhold. På bakgrunn av ordlyden trekker dermed Høyesterett en antitese om at selvstendige oppdragsforhold faller utenfor.

På bakgrunn av manglende avhengighetsforhold konkluderer retten med at det ikke foreligger inhabilitet etter første punktum.

2.2 Inhabil etter Arveloven § 61 andre ledd andre punktum

I avsnitt 29 går retten over til å vurdere om det foreligger inhabilitet etter annet punktum.

Retten starter i Kirkeloven for å vurdere om vitne som var sognprest er inhabil etter bestemmelsen.

Vurderingen til retten stater med å se om sognprest faller inn under ordlyden "offentlig institusjon" som lovlig kan testamenteres til fordel for.

Først anvender retten kirkeloven for å argumentere at sognpresten er et lovbestemt medlem av menighetsrådet.

For vurdere om kirkesogn kunne motta gaver før den nye kirkelovgivningen søker retten presisering i forarbeider, jf. avsnitt 32.

Retten anvender både en utredning og en proposisjon for å klarlegge rettsstillingen. Først ser retten til nye forarbeider for å klarlegge posisjonen før kirkeloven, jf. avsnitt 32. Retten slår fast at det forelå adgang til å motta før kirkeloven.

Videre anvender retten en annen proposisjon for å forstå hvordan formuleringen i § 61 annet ledd skal forstås.

På bakgrunn av forarbeidene slutter HR seg til at et testament til fordel for kirkesogn også må være omfattet av bestemmelsen, og finner det mest naturlig å kategorisere kirkesogn som "offentlig institusjon".

Retten finner dermed at Solveig Kirsten Røysane er inhabil.

Videre vurderer retten om Jo Volden som er leder av skjåk meningsråd er inhabil.

Retten argumenterer at ettersom oppgavene til meningsrådet reguleres av kirkeloven vil det avløse bestemmelser i kirkeordningsloven som regulerer meningsrådets oppgaver. På bakgrunn av oppgavene som følger meningsrådet, argumenterer retten for at Jo Volden er inhabil etter vilkåret om "funksjon som styremedlem og liknande", jf. avsnitt 34.

Høyesterett starter i ordlyden, men da den er noe uklar søker retten presisering i forarbeider. En slik rettsanvendelse er metodisk god. Forarbeider er en sentral rettskilde da de har avledet autoritet fra lovtekst. Likevel vil forarbeidene vekt avhenge av hvor nærliggende uttalelsene er den gjeldende lovteksten. Ulike rettsfilosofer anser dermed verdien til forarbeider som en glideskala som må avgjøres utfra forarbeidens kvalitet.

2.3 Inhabil etter Arveloven § 61 andre ledd tredje punktum

Høyesterett fant begge vitnene inhabile etter § 61 annet ledd annet punktum, og gå så videre til å vurdere om unntaksbetsmemelsene kan gjøre at testamentet likevel er gyldig.

En slik fremgangsmåte hvor retten starter i hovedbestemmelsen og så vurderer unntaket er i samsvar med god juridisk metode.

For å forstå unntakets anvendelsesområdet anvender retten Arvekomiteens utredning Utkast til lov om arv. På bakgrunn av utredningen argumenterer retten for at § 61 andre ledd tredje punktum ikke fremstår som gjennomarbeidet og at HR dermed kan stille seg fritt i forhold til

ordlyd.

En slik slutning fra rettskilden kan anses kritikkverdig. Særlig ettersom loven er en autorativ kilde som er uttrykk for lovgivers vilje. Det vil følgelig stride mot demokratihensyn og hensynet til forutberegnelighet dersom Høyesterett skulle se bort fra lovens ordlyd etter egen oppfatning.

Videre argumenterer retten for at mangel på nærmere utdyping om at fjern tilknytning skulle være et selvstendig vilkår tilsier at det ikke vil være et selvstendig vilkår i lovens forstand. Høyesterett trekker altså en antitese om at manglende utdypning i forarbeider tilsier at lovgiver ser bort fra at vilkåret skulle være selvstendig. Her argumenterer retten med en hypotetisk lovgivervilje som kan anses kritikkverdig da retten ikke forankrer synet i andre rettskilder.

Retten underbygger derimot sitt eget argument i deres oppfatning om at det ikke er behov for et selvstendig vilkår om fjern tilknytning. Det kan stilles spørsmål om argumentet til retten her er et uttrykk for egne vurderinger, og begrunnet i reelle hensyn. Domstolen har i stor grad en rettsavklarende funksjon i samfunnet, likevel må retten ikke bryte med deres kompetanse og opptre som lovgiver. Ved å se bort fra ordlyd og forarbeider vil det bryte med maktfordelingsprinsippet, jf. GrL § 49 og svekke hensynet til forutberegnelighet.

På bakgrunn av nevnte argumenter konkluderer retten med at det sentrale i vurderingen må være om det kan utelukkes at vitnes tilknytning til den som er tilgode sett kan ha virket inn på testamentets innhold.

Videre argumenterer Høyesterett for at dersom det foreligger en fjern tilknytning vil det kunne være et moment i vurderingen, men ikke noe mer. Retten har således foretatt en slutning på bakgrunn av uklar ordlyd og manglende utdypning i forarbeider og konkludert med at tilknytningskravet bare er et moment i vurderingen men derimot ikke avgjørende.

Retten argumenterer videre på bakgrunn av egen oppfatning og slår fast at vurderingen må foretas ut fra klar sannsynlighetsovervekt. Det må således foreligge overvekt av at vitnes tjenestemessige tilknytning til en tilgodesette ikke har virket inn på innholdet i testamentet, jf. avsnitt 36.

Høyesterett har således argumentert seg frem til gjeldende rett ut fra deres slutninger fra de aktuelle rettskildene. I avsnitt 37 behandler retten så en anførsel fra part. Parten anvender en Høyesterettsdom som slår fast det skal legges vekt på hensyn til klarhet og forutsigbarhet i tolkningen av unntaksregelen.

Retten ser imidlertid bort i fra denne dommen da saken dreide seg om å tolke bestemmelsen utvidende. Å bryte med tidligere rettspraksis er i utgangspunktet betenkelig dersom den gir uttrykk for en ensartet og langvarig rettsoppfatning. Likevel så retten bort fra dommen da saksforholdet var ulikt. Retten ser bort fra tanken om å tolke bestemmelsen utvidende og kommer så med en obiter dictum uttalelse om at det ville "virke som en felle for de som skulle opprette et testament" dersom ordlyden skulle tolkes utvidende.

Argumenterer videre med utgangspunktet i deres obiter dictum uttalelse for at unntaket må forstås som en sikkerhetsventil. Ettersom unntaket har en sikkerhetsfunksjon argumenterer retten for at det stiller krav til en konkret bevisvurdering.

Til tross for at retten argumenterer for at det kreves en konkret bevisvurdering uttrykker retten at hensynet til forutberegnelighet i rimelig grad vil bli ivaretatt som følge av at det kreves klar sannsynlighetsovervekt. Retten konkluderer dermed med at unntaket må vurderes ut fra en konkret bevisvurdering hvor det er tilstrekkelig med klar sannsynlighetsovervekt for at inhabiliteten ikke har virket bestemmende på innholdet i testamentet.

I avsnitt 38 subsumerer retten og kommer frem til at testamentet er gyldig etter unntaket ettersom de inhabile vitnene ikke hadde vært involvert ved utarbeidelsen av testamentet. Vitnene ble først kalt inn ved undertegnelsen.

3. Avsluttende bemerkninger

Høyesterett har i stor grad fulgt god alminnelig juridisk metode. Likevel finner jeg det bemerkelsesverdig at retten foretar en slutning om at taushet fra lovgiver og uklar ordlyd betyr at et vilkår ikke er tiltenkt å være selvstendig. En slik slutning er lite rettslig forankret. Høyesterett har videre lagt stor vekt på deres egen oppfatning av unntakets tolkning. På rettsområder hvor rettstilstanden er uklar og det foreligger få rettskilder som redegjør for tolkning og anvendelse vil en slik tilnærming være nødvendig. Likevel er det rettens antitetsiske slutninger og vektleggelse av eget syn som kan anses kritikkverdig.