

Mønsterbesvarelse JUS242 Rettergang

Eksamen 2017

Kandidat 241

Kommentert av kursansvarlig Ørnulf Øyen

DEL 1

Spørsmål 1

Problemstillingen er om tingrettsdommer Nils Nilsen er inhabil i straffesaken mot Peder Ås.

Peder anfører at alle dommere ved Storevik tingrett er inhabile på grunn av det kollegiale forholdet til sorenskriver Hans Hansen, som er Peders svoger.

Ingen av reglene i domstolloven § 106 gjør seg gjeldende. Det gjør heller ikke § 109, som regulerer forholdet mellom domstolens formann og dommerfullmektig, da Nils Nilsen ikke er dommerfullmektig. Det følger imidlertid av dl. § 108 at en dommer er inhabil dersom det foreligger "særegne omstendigheter" som er "skikket til å svekke tilliten til hans ugildethet".

Spørsmålet er derfor om det kollegiale forholdet til sorenskriver Hans Hansen er "særegne omstendigheter" som er "skikket til å svekke tilliten til [Nils Nilsens] ugildethet", jf. dl. § 108.

ØØ: Kandidaten starter fint, ved å gi en kort presentasjon av anførselen og de rettsregler som er aktuelle, og avslutter med en kort og presis rettslig problemstilling knyttet opp mot det rettslige vurderingstemaet. Gjennom problemformuleringen har kandidaten lagt forholdene til rette for en god metodisk drøfting.

Etter ordlyden så skal det foretas en konkret helhetsvurdering, hvor både subjektive og objektive momenter vil være relevante. Det settes en viss terskel, jf. ordlyden "særegne". Sentrale hensyn bak bestemmelsen er hensynet til en upartisk domstol, slik det fremgår av GrL § 95 og EMK art. 6 nr. 1, samt tillit til domstolene. Vurderingen må derfor skje i lys av disse hensynene.

ØØ: Her forsøker kandidaten å få med for mye i ett kort avsnitt – begge de to siterte vurderingstemaene i loven, og flere rettskilder utover lovteksten. Kandidaten trekker videre for vidtrekkende slutninger fra lovens ordlyd. Omtalen av hensynene blir også noe upresis. Målet med § 108 og de andre habilitetsreglene er å sikre at domstolen både er og fremstår som upartisk, noen som bl.a. er viktig for at domstolene skal ha tillit.

Rent subjektivt er det lite som tilsier at Nilsen vil opptre partisk i denne saken, da det kun er snakk om et kollegialt forhold til sorenskriveren. Det er heller ikke holdepunkter i faktum for at det har vært kontakt mellom Hans og Nils i anledning denne saken, og det er også et strengt regelverk og etiske retningslinjer som skal forhindre eventuelt misbruk av lederstillingen i domstolen. Videre følger det av faktum at beslutningen om beramning av hovedforhandling og beslutning om at saken skulle behandles uten meddommere skjedde den 15. november. Hans ble utnevnt til sorenskriver i slutten av november, og tiltrådte 2. januar, slik at han ikke

hadde en hypotetisk mulighet til å påvirke valget av dommer eller liknende. Dette taler mot at det foreligger "særegne omstendigheter".

ØØ: Kandidaten kunne med fordel presisert innledningsvis i avsnittet at formuleringen «særegne omstendigheter» skulle drøftes, og forklart hva det subjektive perspektivet omhandler.

I lys av hensynet om tillit til domstolene så er imidlertid objektive momenter også viktig. Ifølge forarbeidene og rettspraksis så er utviklingen at det stilles strengere krav nå enn tidligere til dommerens habilitet, og det skal tillegges stor vekt hvordan prosessen oppfattes av partene og allmennheten.

Det følger av faktum at Peder er svogeren til Hans, og at de har en forhistorie, blant annet ved at Hans har nektet å stille som forsvarer for ham og heller ikke invitert han til 50-årsdag til tross for at andre søsken ble det. Dette kan tyde på at det er litt ondt blod mellom Peder og Hans, i tillegg til at Hans ville vært inhabil i kraft av å være svoger. Denne tilknytningen mellom de to, sett i lys av at Hans er formann i tingretten, kan være egnet til å så tvil om upartiskheten til andre dommere ved Storevik tingrett. Dette styrkes av det faktum at Peder kommer med innsigelse, noe loven uttrykkelig sier skal vektlegges i vurderingen. Dette taler for at det foreligger "særegne omstendigheter".

I dommerkollega-dommen så var spørsmålet om en tingrettsdommer som var midlertidig ansatt som settedommer i lagmannsretten var inhabil i ankesaker fra tingretten han egentlig var ansatt. Høyesterett kom her til at dommeren var inhabil, men la stor vekt på hensynet til dommeren selv, og at han skulle slippe å overprøve saker til kollegaene. Det kollegiale forholdet i seg var derfor ikke noe som ble ansett som en inhabilitetsgrunn. Sett hen til vår sak, hvor sorenskriveren ikke har noen innflytelse på Nilsens virke, og det kun foreligger et alminnelig kollegialt forhold som en indirekte link, taler dette mot at det foreligger "særegne omstendigheter".

ØØ: Fint at dette påpekes, herunder at rettspraksis trekkes inn. Rent systematisk hadde det vært en fordel å starte den objektive vurderingen med det sentrale utgangspunktet som utledes fra «dommerkollega-dommen», og spisset en problemstilling ut fra dette utgangspunktet.

Videre taler prosess- og effektivitetshensyn mot at det foreligger "særegne omstendigheter", da det på mindre steder ofte vil være slik at mange har en relasjon til hverandre, og en slags avledet inhabilitet for dommerkollegaer ville ført til at dommere ville vært inhabile i svært mange saker.

Etter en helhetsvurdering må det tillegges avgjørende vekt det kun foreligger et kollegialt forhold mellom Nils og Hans, noe som neppe vil ha innvirkning på Nils sin vurdering, samt prosess- og effektivitetshensyn.

Det kollegiale forholdet til sorenskriver Hans Hansen er "særegne omstendigheter" som er "skikket til å svekke tilliten til [Nils Nilsens] ugildethet", jf. dl. § 108.

Konklusjonen er at tingrettsdommer Nils Nilsen ikke er inhabil.

ØØ: Samlet sett er spørsmål 1 besvart på en god måte. Samtidig er det enkelte ting å sette fingeren på når det gjelder den juridiske presisjonen i analysen. Kandidaten kunne ikke minst med fordel vært klarere mht. hvilket av de to vurderingstemaene i loven som ble

drøftet. Det at en dommerkollega er inhabil bør ses på om en særegen omstendighet. Det avgjørende med en slik tilnærming blir om omstendigheten, slik saken ligger an, er skikket til å svekke tilliten til dommerens upartiskhet.

Spørsmål 2

Problemstillingen er om Peder Ås har krav på en offentlig oppnevnt forsvarer.

Utgangspunktet etter strpl. § 94 er at siktede kan la seg bistå av en forsvarer på "ethvert trinn av saken". Retten til offentlig oppnevnt forsvarer er regulert i § 100, hvor det fremgår av første ledd at siktede har krav på forsvarer dersom reglene i §§ 96-99 får anvendelse. Det er klart at Peder er "siktet", jf. § 82, da "forfølgning mot ham er innledet ved retten".

ØØ: Kandidaten kunne her med fordel unnlatt å nevne § 94, som regulerer en annen problemstilling enn den som er aktuell i oppgaven.

Etter § 96 første ledd så er hovedregelen at siktede har krav på forsvarer under hovedforhandling. Andre ledd oppstiller imidlertid et unntak for saker som fremmet etter reglene i § 268 om forelegg, noe som er tilfellet i vår sak. Unntaket gjør seg derfor gjeldende, og Peder har ikke krav på forsvarer etter § 96. Ingen av reglene i §§ 97-99 gjør seg heller gjeldende.

ØØ: En fin presentasjon av de rettslige utgangspunktet. Både her og ovenfor bruker kandidaten formuleringen «gjør seg ikke gjeldende» e.l. når det påpekes at en bestemmelse ikke gjelder. Rent språklig er dette ingen god formulering.

Utgangspunktet er derfor at Peder ikke har krav på forsvarer. Det følger imidlertid av § 100 andre ledd at retten "kan" oppnevne forsvarer dersom "særlige grunner" taler for det. Rettspraksis har tolket "kan" som "skal" dersom det foreligger "særlige grunner", slik at andre ledd skal tolkes som et krav.

Det må derfor tas stilling til om det foreligger "særlige grunner" som taler for at Peder skal få oppnevnt offentlig forsvarer, jf. § 100 andre ledd.

ØØ: En god problemformulering.

Etter ordlyden må man foreta en helhetsvurdering, hvor siktede rettssikkerhet og behov for svarer må veies opp mot effektivitet- og prosessøkonomiske hensyn. Sentrale momenter i vurderingen er hvor alvorlig og kompleks saken er, om det er subjektive momenter ved siktede som tilsier behov for forsvarer og om det vil være forsvarlig dersom forsvarer ikke oppnevnes.

ØØ: Her trekkes det alt for mye ut av lovteksten. Visse momenter er nevnt i loven, mens eventuelle andre relevante momenter må utledes fra ordet «herunder» og andre rettskilder enn lovteksten. Det er viktig å være metodisk presis.

Det er her snakk om en relativt liten sak, med påstand om forelegg på 10.000 kr. Det er heller ikke en særlig kompleks sak, da det kun gjelder beslag av lommekniv. Sakens karakter tilsier derfor ikke at det foreligger "særlige grunner".

Videre er det ingen holdepunkter i faktum for at det subjektive momenter ved Peder, for eksempel fysisk eller psykisk tilstand. Når loven opererer med et klart unntak for

foreleggssaker, og det ikke er subjektive elementer som kan fravike dette, så taler lovens system klart mot at det foreligger "særlige grunner".

Det anføres også Ås kan bebreides for at han ikke tidligere krevde forsvarer, og hovedforhandling derfor må utsettes, og at dette må vektlegges i vurderingen. Ettersom Høyesterett har tolket "kan" som "skal" i denne bestemmelsen, så er dette noe domstolen må ta stilling til ex officio. Det kan derfor ikke trekkes inn i vurderingen om Peder kan bebreides for å ha krevd forsvarer tidligere, da dette er noe domstolen selv er ansvarlig for å oppnevne. Anførselen må derfor forkastes.

ØØ: Kandidaten går vel langt i å avvise at klander hos siktede er relevant. Et poeng i denne saken er at de omstendigheter som eventuelt utgjør en særlig grunn uansett synes å være omstendigheter retten kunne og burde ha fanget opp under saksforberedelsen. Under saksforberedelsen skal retten, der tiltalte ikke har forsvarer, gå gjennom sakens dokumenter, se § 267 tredje ledd.

Det foreligger ikke "særlige grunner" som taler for at Peder skal få oppnevnt offentlig forsvarer, jf. § 100 andre ledd.

Konklusjonen er at Peder Ås ikke har krav på en offentlig oppnevnt forsvarer.

ØØ: Samlet sett er også spørsmål 2 besvart på en god måte, men kandidaten kunne med fordel hatt en mer presis metodisk tilnærming i sin tolkning av § 100 annet ledd.

Spørsmål 3

Problemstillingen er om lommekniven skal fremlegges som bevis under hovedforhandlingen.

Det er et sikkert straffeprosesuelt prinsipp at utgangspunktet i norsk rett er fri bevisføring.

Det må derfor vurderes om det foreligger unntak fra dette utgangspunktet.

ØØ: En kort og rettslig presis start på spørsmål 3.

Først tas det stilling til om Peder kan kreve å få føre lommekniven som bevis.

ØØ: Denne setningen henger ikke helt godt sammen med de to foregående. Det er prinsippet om fri bevisføring som gjør at Ås kan kreve å føre beviset, og prinsippet medfører at det er opp til påtalemyndigheten og retten å påvise eventuelle skranker for bevisføringsretten.

I lys av hensynet til materielt riktig dom og prinsippet om fri bevisføring så er utgangspunktet at et bevis kan legges frem når som helst og uten tilstrekkelig varsel. Dette er implisitt lagt til grunn i § 293 andre ledd, som imidlertid stiller krav om at retten da må sørge for tilstrekkelig kontradiksjon for motparten.

ØØ: Eller medfører fraværet av preklusjonshjemler at dette er utgangspunktet? Og er det slik at målet om en materielt riktig dom er årsaken til dette fraværet?

Denne retten er imidlertid ikke ubetinget. Det følger derfor av § 293 første ledd at retten kan nekte å utsette forhandlingene av hensyn til bevisførsel dersom bevisførselen vil føre til en

"forsinkelse eller ulempe som ikke står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning". Bestemmelsen må sees i lys av § 294 og rettens ansvar for at saken blir "fullstendig opplyst".

ØØ: Fint at § 293 første ledd ses i sammenheng med § 294, men kandidaten kunne med fordel vært enda mer presis: hva som er «rimelig» må ses i sammenheng med § 294, noe som medfører at terskelen for bevisavskjæring er høy.

Ifølge faktum så befinner kniven seg på Lillevik politistasjon, og hovedforhandlingen må derfor utsettes dersom kniven skal bli lagt frem som bevis.

Spørsmålet er derfor om denne forsinkelsen "står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning".

Etter ordlyden så må det foretas en helhetsvurdering, hvor hensynet til sakens opplysning og materielt riktig dom må veies opp mot effektivitetshensyn og prosessøkonomiske hensyn.

ØØ: En god problemformulering i forrige avsnitt, og en fin metodisk start i dette avsnittet.

Faktum oppgir ikke avstanden mellom Storevik og Lillevik, men ettersom saken berammes til Storevik så tolkes faktum slik at det ikke er stor avstand mellom de to stedene. Da kniven er tilgjengelig i Lillevik vil det ikke føre til en stor forsinkelse, og derfor ikke behov for en lang utsettelse. Dette taler for at forsinkelsen "står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning".

ØØ: Men blir forsinkelsen såpass kortvarig at hovedforhandlingen bare kan utvides med en time eller to, eller må hovedforhandlingen uansett utsettes og berammes til et senere tidspunkt? Kandidaten blir noe upresis om dette potensielt sentrale poenget.

På den andre siden så hadde Peder oppfordring til å reagere tidligere, da det fremgår av bevisoppgaven at det vil føres "bildet av den beslaglagte kniven". Etter § 267 første ledd andre punktum så blir han oppfordret til innen tre dager å melde fra dersom han mener at det bør føres andre bevis. Til tross for misforståelsen, så kan dette trekkes inn som argument mot at forsinkelsen "står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning".

Det er her snakk om en relativt bagatellmessig sak, med påstand om forelegg på 10.000 kr. Hensynet til materielt riktig resultat gjør seg da ikke så sterkt gjeldende, noe som taler mot at forsinkelsen "står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning".

ØØ: Her går kandidaten noe langt i å differensiere alt etter sakens alvor.

En annet relevant moment er bevisets betydning. Peder er tiltalt for å bære kniv på offentlig sted uten aktverdige formål, jf. strl. § 189 andre ledd. Det følger av § 189 tredje ledd at forbudet ikke gjelder kniv som brukes til "arbeid, friluftsliv eller et annet aktverdig formål". Det er her snakk om en lommekniv, med mange trivielle funksjoner som korkopptrekker etc. Et sentralt moment i skyldvurderingen er derfor om lommekniven bærer preg av å være et våpen, eller om den omfattes av unntaket i tredje ledd. Kniven er derfor det mest sentrale beviset i saken, noe som taler for at forsinkelsen "står i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning".

ØØ: En god analyse av et helt sentralt poeng. Kandidaten viser her god innsikt.

På den annen side så blir det allerede ført bilder av kniven, slik at retten kan danne seg et inntrykk av kniven. Dette svekker derfor argumentet om bevisets betydning.

Etter en helhetsvurdering så må det tillegges avgjørende vekt at det er snakk om en lite alvorlig sak, samt at det allerede er fremlagt bildet av kniven slik at en fysisk fremleggelse vil ha begrenset betydning.

Forsinkelsen står ikke "i rimelig forhold til bevisets og sakens betydning", og retten kan derfor nekte å utsette forhandlingene av hensyn til bevisførsel, jf. § 293.

ØØ: Men skal eller bør retten avskjære beviset? Her mangler en klar konklusjon. Eller er drøftingen av § 293 første ledd ikke avsluttet?

Videre anfører Peder at retten må beslutte at lommekniven skulle fremlegges som bevis.

Anførselen må sees i lys av § 294, og rettens plikt til å sørge for at saken blir "fullstendig opplyst". Etter andre punktum så kan retten i dette øyemed beslutte innhenting av bevis og utsettelse av forhandlingen. Dersom kniven er nødvendig for sakens opplysning, så har retten plikt til å innhente denne som bevis, jf. § 294.

Spørsmålet er derfor om lommekniven må fremlegges som bevis for at saken skal bli "fullstendig opplyst", jf. § 294.

Etter ordlyden så må retten innhente alt som kan være av relevans for saken, jf. ordlyden "fullstendig". Dette vilkåret har imidlertid ikke blitt tolket så vidt i rettspraksis, og spesielt effektivitetshensyn tilsier at det må tolkes litt snevrere, slik at det sentrale er at saken er så godt opplyst at det er forsvarlig å dømme.

Som tidligere nevnt så er kniven det mest sentrale beviset i saken, jf. grensedragningen mellom § 189 andre og tredje ledd, men dette blir i stor grad avbøtet ved at det føres bilder av kniven. Det vises til tidligere drøftelse om dette. Retten har fortsatt et "kan"-skjønn, jf. § 294 andre led, men sakens karakter tilsier ikke at retten har en plikt til dette, jf. formuleringen av oppgavens spørsmål "skal kniven fremlegges som bevis".

Det er derfor ikke nødvendig at lommekniven fremlegges som bevis for at saken skal bli "fullstendig opplyst", jf. § 294, slik dette er tolket i rettspraksis.

Konklusjonen er at lommekniven ikke skal fremlegges som bevis under hovedforhandlingen.

ØØ: Isolert sett har kandidaten en god analyse av både § 293 første ledd og § 294. Men det er uklart hvordan kandidaten drøfter § 294. Det kan virke som om kandidaten forutsetter at § 293 første ledd kan tolkes slik at retten i medhold av denne bestemmelsen har hjemmel for å avskjære et bevis som retten i medhold av § 294 har plikt til å sørge for at blir ført. I så fall vil prinsippet om fri bevisføringsrett rekke kortere enn utredningskravet i § 294, noe kandidaten burde ha drøftet. Alternativt kan kandidaten med litt velvilje tolkes slik at § 294 trekkes inn i "kan"-vurderingen etter § 293 første ledd. En slik tilnærming er neppe nærliggende slik § 293 første ledd er formulert. Som nevnt bør heller § 294 trekkes inn ved tolkningen av formuleringen "rimelig forhold til" i § 293 første ledd.

Spørsmål 4

Problemstillingen er om retten begikk saksbehandlingsfeil i tilknytning til punkt 2 i domsslutningen.

Påtalemyndigheten la ned påstand om domfellelse i tråd med forelegget, mens Peder la ned påstand om frifinnelse. I punkt 2 i domsslutningen så dømmes Peder til å tåle inndragning av en lommekniv, jf. strl. § 69 første ledd bokstav c.

Det følger av strpl. § 38 tredje ledd at dersom retten idømmer "en annen rettsfølge" enn påstått, så skal partene gis anledning til å uttale seg om spørsmålet.

Det er kun lagt ned påstand om forelegg i denne saken, mens retten idømmer inndragning av lommekniven også. Dette er en "annen rettsfølge" enn det som følger av påstanden, og retten begikk derfor en saksbehandlingsfeil ved at den ikke ga partene mulighet til å uttale seg om spørsmålet, jf. § 38 tredje ledd.

ØØ: Kandidaten har en kort og presis behandling av denne problemstillingen, noe som er fint.

Det må videres tas stilling til hvilken virkning denne feilen skal få. Ingen av de absolutte grunnene i § 343 andre led gjør seg gjeldende, slik at det springende punkt er om "feilen kan ha virket inn på dommens innhold", slik at feilen kommer i betraktning.

ØØ: Nei, oppgaven spør bare om retten begikk sakshandlingsfeil, ikke også om hvilke konsekvenser feilen kan få hvis Ås anker over saksbehandlingsfeilen. Ut fra oppgaveteksten har Ås (ennå ikke) inngitt en anke. Det er ingen «feil» å drøfte problemstillingen, men det gir ikke uttelling, og tiden på eksamen er knapp.

Det er her snakk om brudd på kontradiksjonsprinsippet, som må anses som et av de mest sentrale rettssikkerhetsgarantiene. Brudd på dette er derfor av så alvorlig art at det må antas å ha "virket inn på dommens innhold", slik at virkningen er opphevelse etter § 343 første ledd.

Konklusjonen er at retten begikk saksbehandlingsfeil da den idømte inndragning av lommekniven, jf. § 38 tredje ledd, og saken må derfor oppheves, jf. § 343 første ledd.

DEL 2

Spørsmål 1

Twistens parter er Marte Kirkerud mot Byhoteller AS.

Problemstillingen er om Marte Kirkerud kunne anlegge søksmålet, og kunne hun i så fall rette søksmålet bare mot Byhoteller AS.

Det må først vurderes om prosessforutsetningene er oppfylte.

Marte Kirkerud er en "fysisk person", og har derfor partsevne, jf. tvisteloven § 2-1 første ledd.

Videre må det tas stilling til om Marte har aktiv søksmålskompetanse, jf. § 1-3.

Marte legger ned påstand om at Fylkesmannens vedtak av er ugyldig. Dette er helt klart et krav som reguleres av rettsregler, og derfor et "rettskrav", jf. § 1-3 første ledd.

ØØ: Kandidaten har her en unødig omstendelig innledning. Ut fra faktum i oppgaven volder verken prosessforutsetningen partsevne eller prosessforutsetningen i § 1-3 (1) tvil, og saksøktes anførsler inviterer til å gå rett på prosessforutsetningen i § 1-3 (2).

Videre er spørsmålet om Marte har et "reelt behov" for å få kravet avgjort, jf. § 1-3 andre ledd.

Selv om bestemmelsen legger opp til en helhestvurdering, så følger det av forarbeider og rettspraksis at det skal tolkes som to kumulative vilkår: Kravet må ha aktualitet, og det må foreligge tilstrekkelig tilknytning. Imidlertid kan det foretas en helhetsvurdering i tvilstilfeller.

ØØ: Formuleringen "to kumulative vilkår" er upresis. Det gjelder klare minstekrav til både aktualitet og tilknytning, men der en er over terskelen må det i tvilstilfeller foretas en helhetsvurdering.

Vedtaket om byggetillatelse er fortsatt gjeldende, og hotellet er ikke bygd enda, sånn at aktualitetskravet er oppfylt.

ØØ: Fint at kandidaten kort og konsist fastslår dette.

Spørsmålet er om Marte har tilstrekkelig tilknytning til kravet .

Utgangspunktet i offentligrettslige forhold er at vedtaket gjelder søkerens rettigheter og plikter, som i dette tilfellet er Byhoteller AS. Det er imidlertid sikker rett at søksmålsadgangen er videre enn partsbegrepet i forvaltningsretten, slik at anførselen om at Marte ikke er part må forkastet. Det bærende hensynet bak dette er at forvaltningen ikke skal kunne bestemme hvem som har søksmålsadgang basert på hvem som anses som part i forvaltningssaken og ikke, og dermed forhindre en effektiv prøving av forvaltningens myndighetsutøvelse. Etter omfattende rettspraksis er det derfor lagt til grunn at dersom man blir berørt i en slik grad at det er rimelig at man står som saksøker i saken, så har man tilstrekkelig tilknytning etter § 1-3.

ØØ: Her kunne kandidaten godt ha droppet omtalen av partsbegrepet i forvaltningsretten, og gått rett på de rettskilder som presiserer tilknytningskravet etter § 1-3 (2), og gjerne sagt litt mer om disse rettskildene.

Det springende punkt er derfor om Marte blir berørt i en slik grad at det er rimelig at hun står som saksøker i saken.

ØØ: En god problemformulering.

Denne vurderingen må skje i lys av partenes pretensjoner, og faktum tolkes slik at arkitektrapporten er en del av Martes pretensjon i saken.

ØØ: Vel, har saksøkerens pretensjon om vedtakets faktiske virkninger for barnehagen betydning? Kandidaten strekker her pretensjonslæren langt, noe som burde vært forklart og begrunnet. Samtidig gir faktum ikke indikasjoner på at saksøkerens anførsler om hvordan barnehagen berøres er uriktige. Av den grunn kunne kandidaten med fordel droppet omtalen av pretensjonslæren.

Et relevant moment i vurderingen er hvilke interesser som gjøres gjeldende, og om disse vernes av den aktuelle lov. I bruksendringssaken så fikk en næringsdrivende tillatelse til bruksendring av et bygg for å drive næring, jf. etableringsloven. Spørsmålet for Høyesterett var om konkurrenter kunne angripe vedtaket om bruksendring, da de hovedsakelig anførte konkurransehensyn som begrunnelse for søksmålskompetanse. Høyesterett uttalte da at man kun kunne gjøre gjeldende interesser som vernes av den aktuelle lov, og konkurrenter kunne derfor ikke anlegge søksmål. Dette gjaldt den gamle tvistemålsloven, men rettsstilstanden er forutsatt videreført, slik at dommen fortsatt har relevans for tvl. § 1-3. Forarbeidene er imidlertid skeptiske til denne dommen, og har modifisert standpunktet litt.

ØØ: Ja, men på hvilken måte er standpunktet i dommen modifisert av forarbeidene til tvisteloven? Og hvordan er rettsstilstanden i dag?

Fylkesmannens vedtak er svar på klage om byggetillatelsevedtaket, slik at det er dette underliggende vedtaket som ligger til grunn for søksmålet. Byggetillatelse blir gitt med hjemmel i plan- og bygningsloven, hvor hensyn til plan- og eiendomsutvikling står sentralt, jf. pbl. § 3-1. Marte anfører både myndighetsmisbrukslæren og strid med reguleringsplan som grunnlag for ugyldighet. I lys av bruksendringssaken er det kun anførselen om strid med reguleringsplan som er relevant, og derfor kun nabointeressene som kan trekkes inn i vurderingen av om tilknytningskravet er oppfylt.

ØØ: Fint at kandidaten analyserer hvilke hensyn plan- og bygningsloven skal ivareta, og sammenholder disse med de interesser som saksøkeren ivaretar gjennom sitt søksmål. Men holdbarheten av sondringen mellom myndighetsmisbrukslæren og reguleringsplanen burde vært forklart og begrunnet bedre.

Det følger av faktum at eiendommen ligger 75 meter syd for barnehagen, og ifølge rapporten vil bygget bryte med områdets arkitektoniske særpreg, samt stenge for all sol i ytterligere fire måneder. I kraft av å være eier av naboeiendommen, samt drif av barnehagen, så taler dette sterkt for at Marte har tilstrekkelig tilknytning.

Anførselen fra Byhoteller AS om at det "stort sett bare er regnvær" kan klart ikke få medhold, da dette er for vagt og Marte pretenderer at det vil føre til at barnehagen vil miste all sol. Videre er de estetiske sidene ved bygget et relevant moment i plan- og bygningsloven, og derfor også noe som kan trekkes inn i vurderingen ettersom Marte pretenderer at det vil stride med reguleringsplanen.

ØØ: Eller er poenget at litt solskinn blir ekstra viktig når det stort sett bare er regn, slik at anførselen av den grunn ikke er særlig god?

Marte blir berørt i en slik grad at det er rimelig at hun står som saksøker i saken. Det foreligger derfor aktiv søksmålskompetanse.

ØØ: Samlet sett en god analyse av temaet aktiv søksmålskompetanse, selv om kandidaten med fordel kunne være noe mer presis på enkelte punkter.

Byhoteller AS anfører imidlertid også at staten også må saksøkes.

Det reises derfor spørsmål om det er nødvendig med tvungent prosessfellesskap, og om vilkåret om passiv søksmålskompetanse er oppfylt.

ØØ: Dette avsnittet burde vært droppet. Neste avsnitt gir en bedre metodisk tilnærming til spørsmålet om også staten skulle vært saksøkt.

Det følger av § 1-3 at saksøker må ha et "reelt behov i forhold til saksøkte". Det bærende hensynet bak denne regelen om rett saksøkt er at en dom må få konkrete virkninger for saksøker. Dette blir belyst av Høyesterett i barnebidragssaken.

I barnebidragsaken, som omhandlet fastsettelse av barnebidrag, var spørsmålet om moren også måtte saksøke barnefaren som skulle betale barnebidraget, eller om det var tilstrekkelig at hun saksøkte staten. I et obiter dictum så uttalte Høyesterett at det ikke var noe krav om tvungent prosessfellesskap i offentlige trepartsforhold, ettersom staten er bundet til å fatte bindende vedtak overfor bidragsyter (barnefaren), og en dom derfor vil få konkrete virkninger (indirekte) for saksøker.

Ifølge faktum så er det også spørsmål om tvungent prosessfellesskap i denne saken, men i motsatt retning. Det springende punkt er derfor om saken vil få konkrete virkninger for Marte uten at staten blir saksøkt, jf. barnebidragssaken.

ØØ: Fint at kandidaten ser at dommen gjelder en annen problemstilling. Fremstillingsmessig burde kandidaten startet med rettskildesituasjonen knyttet til den problemstillingen som oppgaven reiser, og etter behov trukket inn den nevnte dommen som en mulig rettskilde for den problemstillingen som drøftes.

I denne saken har hun lagt ned påstand om at Fylkesmannens vedtak om at klage ikke blir tatt til følge er ugyldig. Det underliggende vedtaket om byggetillatelse gjelder imidlertid fortsatt. Dersom Marte skulle få medhold i påstanden sin, så vil derfor byggetillatelsesvedtaket fortsatt bli stående, og den eneste forskjellen eventuelt at hun har krav på ny prøving av om vedtaket er gyldig. Et slikt ugyldighetsvedtak, med kun Byhoteller AS som saksøkt vil derfor ikke få noen konkret virkning, siden staten (som da har omgjøringsplikten), ikke står som saksøkt. Dette minner om Høyesterettsdommen hvor man må saksøke den som sitter i uskifte, dersom man krever omstøtelse av gavesalg, fordi hvis ikke er ikke person i uskifte forpliktet av en dom på omstøtelse, og dommen vil derfor ikke få virkning for saksøker.

Videre følger det av tvl. § 1-5 at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak rettes mot den "myndighet som har truffet avgjørelse i siste instans". Det vil derfor ikke ha noen konkret rettsvirkning for henne dersom hun kun saksøker Byhoteller AS, slik påstanden er formulert.

ØØ: Her er det uklart hva kandidaten mener at § 1-5 regulerer, og hvilken rettskildemessig interesse bestemmelsen har for den problemstillingen som drøftes. Regulerer bestemmelsen bare hvilket organ som skal saksøkes hvis det offentlige gjøres til part i et gyldighetssøksmål, eller sier bestemmelsen også noe om hvorvidt det offentlige må gjøres til part i et gyldighetssøksmål?

Slik påstanden til Marte er formulert så vil saken ikke få konkrete virkninger for Marte uten at staten blir saksøkt, jf. barnebidragssaken. Vilkåret om passiv søksmålskompetanse er derfor ikke oppfylt.

Konklusjonen er at Marte Kirkerud ikke kunne anlegge søksmålet, da hun ikke kan rette søksmålet bare mot Byhoteller AS.

Her kan det imidlertid være aktuelt med rettens veiledningsplikt etter § 11-5 ettersom saken fortsatt er på saksforberedende stadium. I lys av § 1-5 så måtte Fylkesmannen/staten stått som

saksøkt, og Marte står da fritt til å velge om Byhotellet AS i tillegg står som saksøkt eller ikke, jf. barnebidragssaken.

ØØ: Veiledning blir vel først et tema hvis retting er mulig, noe som er problemstillingen under 2.

Spørsmål 2

Tvistens parter er Marte Kirkerud mot Byhoteller AS og staten.

Problemstillingen er om søksmålet skal avvises.

ØØ: Her kunne kandidaten med fordel presisert hva som blir rettsvirkningen hvis kravet til passiv søksmålskompetanse i § 1-3 (2) ikke er oppfylt, og feilen ikke kan rettes eller blir rettet.

Staten anfører for det første at det ikke er hjemmel for retting ved å trekke inn staten som saksøkt.

En forutsetning for at staten kan trekkes inn som saksøkt er at vilkårene for subjektiv kumulasjon er oppfylt, jf. § 15-2.

ØØ: Kandidaten kunne med fordel først drøftet om feilen etter sin art kan rettes etter § 16-5 (1), og deretter om vilkårene for retting er oppfylt, herunder om vilkårene for subjektiv kumulasjon er oppfylt.

Det er klart at vilkårene i § 15-1 første ledd bokstav a til c er oppfylt, jf. §15-2 første ledd bokstav a. Det følger imidlertid av faktum at staten har innsigelse mot kumulasjonen, jf. § 15-2 første ledd bokstav b.

Det springende punkt er derfor om kravene har så "nær sammenheng" at de bør behandles i samme sak, jf. § 15-2 første ledd bokstav b.

Det bærende hensyn bak denne bestemmelsen er prosessøkonomi, slik at man må vurdere om det er rimelig at de to partene kumuleres.

Det gjelder her offentlig vedtak om byggetillatelse, og prøving av det etterfølgende klagevedtaket fra Fylkesmannen. Lovens system er at staten må stå som saksøkt, jf. § 1-5, og etter barnebidragssaken og omfattende rettspraksis så kan privat part også stå som saksøkt (i denne saken Byhoteller AS).

I lys av dette så synes det klart at kravene har så "nær sammenheng" at de bør behandles i samme sak, jf. § 15-2 første ledd bokstav b.

Det er ikke holdepunkter for å drøfte unntaket i § 15-2 tredje ledd om "vesentlig grad vil forsinke eller vanskeliggjøre".

Vilkårene for kumulasjon er derfor oppfylt, og utgangspunktet er at søksmålet skal fremmes. Staten anfører imidlertid også at det her er snakk om så grov feil at den ikke kan rettes. Ifølge § 16-5 første ledd så er utgangspunktet at dersom en prosesshandling har mangler som kan

avhjelpes, så skal rette sette en frist for retting av disse, og om nødvendig veilede etter § 11-5. Stevningen er helt klart en "prosesshandling", og det er også snakk om en mangel som kan avhjelpes, jf. tidligere drøftelse. Utgangspunktet er derfor at den opprinnelige feilen kan rettes.

Det følger imidlertid av § 16-5 andre ledd at dersom parten er "sterkt å bebreide", så skal det bare gis adgang til å rette dersom "tungtveiende grunner taler for det".

Det springende punkt er derfor om Marte er "sterkt å bebreide".

Ordlyden antyder en svært høy terskel, og krever en høy grad av klander fra partens side.

Det følger klart av § 3-5 andre ledd at Marte identifiseres med sin prosessfullmektig, som i denne saken er den engasjerte advokaten. Loven er ganske klar på at staten skal stå som saksøkt i slike saker, jf. § 1-5 og tidligere drøftelse, og det må derfor regnes som svært klanderverdig at advokaten ikke var klar over dette. På grunn av identifikasjon så rammes også Marte av dette.

ØØ: Fint at kandidaten trekker inn § 3-5 (2) i drøftingen av § 16-5 (2).

Marte er "sterkt å bebreide".

Det må derfor tas stilling til om "tungtveiende grunner" taler for at det likevel skal gis adgang til retting.

Vilkåret må tolkes som en sikkerhetsventil, slik at dersom det foreligger særlige omstendigheter som tilsier retting til tross for klander, så skal det likevel rettes.

Et moment her er at det er snakk om prøving av et offentlig vedtak, og det er også staten som trekkes inn i søksmålet. Forutberegnelighet- og innrettelseshensyn gjør seg ikke like sterkt gjeldende for staten, noe som taler for at det er "tungtveiende grunner".

På den andre siden så er virkningen av feilen kun at kravet mot staten behandles som en egen sak ved begjæring fra Marte, jf. § 15-2 fjerde ledd, jf. § 15-1 fjerde ledd. Marte får altså fortsatt brakt kravet inn til domstolene, noe som taler mot at det er "tungtveiende grunner".

Videre så er det her hovedsakelig advokaten som er ansvarlig for feilen, og ikke Marte personlig. Eventuelle merkostnader som følge av feilen vil derfor mest sannsynlig være gjenstand for erstatningskrav, noe som også taler mot at det er "tungtveiende grunner".

Det må imidlertid tillegges avgjørende vekt at Marte ikke er personlig ansvarlig, samt at det er staten som står som motpart i denne saken, slik at det foreligger "tungtveiende grunner".

Feilen kan derfor rettes, jf. § 16-5, og vilkårene for subjektiv kumulasjon er oppfylt, jf. § 15-2, slik at staten kan trekkes inn i saken.

Konklusjonen er at søksmålet skal fremmes.

ØØ: I tilknytning til spørsmål 2 viser kandidaten god oversikt over ulike prosessuelle problemstillinger og prosessuelle regler, og har presise og gode metodiske drøftinger.

Spørsmål 3

Problemstillingen er om retten kan beslutte at rapporten fra sivilarkitekt Vold bare kan fremlegges som bevis under hovedforhandling hvis Vold møter og forklarer seg.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisføring, jf. sikker rett.

ØØ: Det er svakt at kandidaten ikke vet at denne sentrale regelen er lovfestet i § 21-3 (1) annet punktum.

Rapporten til Vold er en "fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken", og derfor et sakkyndigbevis, jf. § 25- 1.

ØØ: Denne påpekningen blir hengende noe i luften. Hva er formålet med den?

Hovedregelen etter § 21-9 er at bevis føres "direkte for den dømmende rett" i saker som behandles muntlig, men med de unntak som følger av §§ 21-10 til 21-12.

ØØ: Fint at kandidaten tar utgangspunkt i prinsippet om umiddelbar (direkte) bevisføring. Kandidaten kunne med fordel nevnt at tvister om bevisføringen normalt kan avgjøres alt under saksforberedelsen, og at retten kan avgjøre den aktuelle tvisten alt under saksforberedelsen. Se § 9-6 (3).

Utgangspunktet er derfor at Vold må møte for å forklare seg, med mindre noen av unntakene gjør seg gjeldende.

Det følger av § 21-12 andre ledd at skriftlig forklaring "i saken fra andre" kan føres som bevis hvis partene er enige om det, eller det gis adgang til å avhøre den som har avgitt forklaringen. Lovens system er at "fra andre" skal tolkes som partenes vitner, ettersom det i § 21-12 første ledd vises til rettsoppnevnte sakkyndige.

ØØ: Dette ble noe knapt og upresist. Poenget er at bare rettsoppnevnte sakkyndige omfattes av § 21-12 (1), jf. formuleringen "sakkyndig etter § 25-5". Et sakkyndig vitne, noe Vold er, omfattes derfor av annet ledd, jf. formuleringen "fra andre". Men det er fint at kandidaten er kjent med hvordan § 21-12 skal tolkes på dette punkt.

Det første spørsmålet er derfor om dette er en skriftlig forklaring "i saken".

Vilkåret skal tolkes slik at forklaringen er skrevet i foranledning saken, og derfor med sikte på det aktuelle søksmålet. Hensynet bak denne bestemmelsen er at man ikke skal kunne omgå bevisumiddelbarhetsprinsippet, som er grunnleggende i sivilprosessen, og derfor kan slike sakkyndigbevis kun unntaksvis føres skriftlig.

ØØ: Dette ble en noe knapp og metodisk svak analyse av hva som ligger i formuleringen "i saken". Men det er fint at kandidaten er kjent med hvordan formuleringen skal tolkes.

Det følger av faktum at Vold ble hyret for å vurdere konsekvensene for barnehagen og nærmiljøet. Dette skjedde altså før stevning, men det faktum at hun protesterte og gikk til rettslige skritt etter hun fikk rapporten kan vitne om at en viktig grunn for at hun hyret han inn var å vurdere om det var faktisk grunnlag for å at saken videre. Dette taler for at det er "i saken".

På den annen side så kan retts tekniske hensyn tilsi at man opererer med litt klarere tidspunkt, for eksempel stevningstidspunktet, siden det fra rettens perspektiv er vanskelig å vurdere hva formålet med å innhente rapporten i utgangspunktet var. Dette taler mot at det er "i saken".

ØØ: Tja - ideelt sett skal alle bevisene presenteres i stevningen, jf. § 9-2 (2) bokstav e. Og med en slik tolkning ville det bli lite igjen av bevisumiddelbarhetsprinsippet når det gjelder vitner.

Hensynet til bevisumiddelbarhet skal imidlertid veie tungt, og i lys av at det virker som om motivasjonen bak bestillingen av rapporten er å utrede muligheten for å klage eller ta rettslige skritt, så legges det til grunn at forklaringen er avgitt "i saken".

ØØ: Fint at kandidaten trekker inn hensynet til bevisumiddelbarhet.

Utgangspunktet etter § 21-12 andre ledd er derfor at den skriftlige forklaringen kan legges frem ved samtykke eller dersom det gis adgang til å avhøre Vold.

Paragraf 21-10 åpner imidlertid opp for fjernavhør, dersom direkte avhør er "spesielt byrdefullt eller kostnadskrevende". Vold bor i Oslo, og det er derfor verken dyrt eller vanskelig å få han flydd inn til Bergen. Selv om disposisjonsprinsippet tilsier at partene skal få styre dette selv, så er det ikke tilstrekkelig i lys av lovens høye terskel, jf. "spesielt byrdefullt eller kostnadskrevende", samt hensynet til bevisumiddelbarhet.

ØØ: Muligheten for fjernavhør er vel ikke et aktuelt tema etter § 21-12 (2)? Fjernavhør er her bare en fremtidig mulighet, på grunn av rettens kjennelse om bevisavskjæring.

Konklusjonen er at retten kan beslutte at rapporten fra sivilarkitekt Vold bare kan fremlegges som bevis under hovedforhandling hvis Vold møter og forklarer seg.

ØØ: Kandidaten viser gode kunnskaper og god oversikt i tilknytning til spørsmål 3, men blir noe knapp og metodisk svak på enkelte punkter.

Sluttkommentar

Kandidaten viser god oversikt over og god innsikt i både straffeprosessuelle og sivilprosessuelle spørsmål, og god oversikt over prosessuelle regler. Kandidaten har også stort sett presise problemformuleringer, som er knyttet opp mot de aktuelle rettslige vurderingstemaene. Når det gjelder drøftingene, makter kandidaten i stor grad å utnytte faktum på en god måte, og å knytte faktum opp mot momenter som er rettslig relevante. Språket er stort sett klart og godt. Prestasjonen er samlet sett solid, noe som skyldes kombinasjonen av gode kunnskaper, god forståelse, en metodisk tilnærming og god evne til å formidle egne analyser til leseren.

Underveis har jeg kommet med enkelte kritiske bemerkninger, ikke minst når det gjelder problemformuleringer, struktur i drøftinger og metodebruk. Disse bygger på en "ideell" standard, og må ikke tolkes dit hen at en besvarelse jevnt over må være optimal for å få beste karakter. Målet har vært å vise at enkle grep kan heve en drøfting flere hakk, forutsatt at kunnskaper og forståelse er på plass.

Særlig viktig er det å merke seg de påpekninger som er gjort om lovtolkning. En god metodisk analyse av en lovtekst må starte med en språklig tolkning, for å klarlegge hva som kan utledes fra lovens ordlyd. Samtidig er det viktig at et argument knyttes til den rettskilden det utledes fra. Det er klare grenser for hva som rent språklig kan utledes fra en lovtekst, og argumenter som ikke kan utledes gjennom en språklig tolkning av lovteksten må forankres i den rettskilden som argumentet reelt sett utledes fra.