**JUR 115 Juridisk metode I UiA vår 2022 – sensorveiledning**

**Oppgaveteksten:**

Bokmål:

Gi en analyse i et rettskildeperspektiv av HR-2021-2532-A «Eltel Networks».

Følgende deler av dommen skal ikke analyseres: avsnitt 50 til 70 og avsnitt 91 til 95.

Ordgrense: 3500 ord.

Om noen skriver lengre enn ordgrensen, vil ikke oppgaven automatisk bli underkjent, men sensuren vil kun hensynta den delen av oppgaven som ligger innenfor ordgrensen.

Opplys om antall ord til å begynne med i svaret.

Nynorsk:

Gje ein analyse i eit rettskjeldeperspektiv av HR-2021-2532-A "Eltel Networks".

Følgjande delar av dommen skal ikkje analyserast: avsnitt 50 til 70 og avsnitt 91 til 95.

Ordgrense: 3500 ord.

Om nokon skriv lengre enn ordgrensa, vil ikkje oppgåva automatisk bli underkjend, men sensuren vil kun ta omsyn til den delen av oppgåva som ligg innanfor ordgrensa.

Opplys om antal ord til å byrja med i svaret.

***Læringsmål***

Gi en analyse i et rettskildeperspektiv av HR-2021-2532-A «Eltel Networks».

Oppgaven aktualiserer blant annet følgende læringsmål:

«Etter å ha fullført dette emnet skal studenten kunne identifisere, analysere og besvare juridiske spørsmål vd hjelp av juridisk metode, herunder:

\* gjøre rede for hvilke rettskilder som er anerkjent som legitime i norsk juridisk metode og forklare denne anerkjennelsen ved hjelp av legitimeringssystemet

\* gjøre rede for og anvende prinsippene for lovtolking (...)

\* beskrive, forklare og reflektere over andres juridiske resonnementer, særlig i form av domsanalyse (...)

(...)

\* forklare hvordan juridisk metode bidrar til vern om sentrale rettsstatsverdier, slik som rettssikkerhet, forutberegnelighet og likhet for loven

\* reflektere kritisk over gjeldende juridisk metode i lys av blant annet ivaretagelsen av grunnleggende verdier i rettssystemet, den norske konstitusjonelle orden og/eller den pågående internasjonaliseringen som medfører et stadig større tilfang av internasjonalt kildemateriale (...)»

Gjennom å analysere hvordan Høyesterett bygger opp og gjennomfører sin argumentasjon vil kandidaten få vist at han kan identifisere og analysere juridiske spørsmål ved hjelp av juridisk metode, med fokus på bruken av rettskilder i forbindelse med lovtolkning. Gjennom å knytte rettskildebruken i dommen til legitimeringssystemet for rettskildene, kan kandidaten vise at han kan forklare hvordan juridisk metode bidrar til vern om sentrale rettsstatsverdier. Dersom kandidaten i tillegg vurdererer deler av Høyesteretts argumentasjon kritisk, får kandidaten vist at han kan reflektere kritisk over gjeldende juridisk metode.

***Pensum og undervisning***

Læreboken er Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (2012). Både forskjellige typer rettskilder og forskjellige rettskildeprinsipper er behørig omtalt i boken, og et av hovedpoengene ved domsanlysen vil være å identifisere de rettskilder og rettskildeprinsipper som Høyesterett gjør bruk av i sin argumentasjon. Også flere øvrige tema som ligger til grunn for det å gjennomføre en domsanalyse i et rettskildeperspektiv, står sentralt i boken, slik som hva som kjennetegner rettslig argumentasjon, og forskjellige typer tolkningsresultater. De samme temaer som er fremhevet ovenfor har også stått sentralt i undervisningen på faget, både på forelesninger og gruppesamlinger (arbeidsgrupper og storgrupper).

***Nærmere om oppgavetypen***

Oppgaven går ut på å analysere den vedlagte dommen i et rettskildeperspektiv. Det har fra begynnelsen av kurset ovenfor studentene vært fokusert på at de på eksamen kan få nettop denne oppgavetypen. De har øvd seg på å skrive en slik type domsanalyse gjennom hele kurset. Tre oppgaveinnleveringer har gått ut på domsanalyse. På begge storgruppene har fokus vært på analyse av forskjellige høyesterettsvgjørelser. Den emneansvarlige har på Canvas publisert skriv om hva en god domsanalyse kan inneholde.

Når det gjelder hva oppgavetypen går ut på, viser jeg til følgende utdrag fra sensorveiledning på juridisk metode I ved Universitetet i Bergen våren 2016 (skrevet av professor Erik Monsen):

*En domsanalyse i et rettskildeperspektiv inneholder to hovedelementer. For det første skal studentene identifisere og redegjøre for uttalelser i dommen som er interessante i et rettskildemessig perspektiv. Det vil typisk vedrøre domstolens bruk av rettskilder, herunder hvilke rettskilder som ble anvendt, hvordan disse ble brukt (slutning), og hvordan motstridende argumenter ble avveid (vekt). På et mer overordnet nivå kan det rettskildemessig sett interessante vedrøre f.eks. hvordan domstolen gikk frem for å identifisere det primære rettsgrunnlaget, dersom dette grunnlagets eksistens var mer eller mindre tvilsom. Eller det kan vedrøre spørsmålet om legalitetsprinsippet gjorde seg gjeldende som lovhjemmelskrav og tolkningsprinsipp. For det andre skal relevante uttalelser i dommen undergis en analyse i lys av det teoretiske metodestoffet som kurset omhandler. De relevante uttalelsene i dommen fungerer på sett og vis som «springbrett» for studentene til å få vist kunnskap og forståelse. Følgelig er det et temmelig vidt rom for studentene til å «teoretisere» om de delene av pensum som blir aktualisert gjennom dommen.*

I tillegg har det underveis på kurset blitt understreket ovenfor studentene at de ved denne oppgavetypen gjerne kan gjennomføre en kritisk evaluering av den rettslige argumentasjonen som Høyesterett leverer. Poenget er at det vil kunne løfte besvarelsen om kandidaten klarer å sette et selvstendig og kritisk søkelys på Høyesteretts bruk av rettskilder og rettskildeprinsipper i den konkrete avgjørelsen som skal analyseres. Grunnlaget for en slik kritisk analyse vil typisk være de grunnleggende rettsstatsverdier som bidrar til å legitimisere de forskjellige rettskildene, slik som demokratisk legitimitet, forutberegnelighetshensyn og retfferdighets-og rimelighetsbetraktninger. Kandidaten trenger selvsagt ikke å si seg *uenig* med den måten Høyesterett argumenterer på, poenget er at det vil løfte besvarelsen om kandidaten leverer en saklig og relevant evaluering av den rettslige argumentasjonen i dommen.

***Nærmere om eksamenssituasjonen***

Kandidatene har hatt 4 dager hjemmeeksamen, og hatt full kildetilgang.

Studentene har fått klar beskjed om at de skal svare på eksamensoppgaven individuelt, altså uten å samarbeide med hverandre eller med utenforstående. Om noen av oppgavene gir grunn til mistanke om slikt samarbeid, må sensor kontakte emneansvarlig.

Siden kandidatene har hatt en del tid (4 dager) til å besvare oppgaven, kan det stilles ganske høye krav til at strukturen og fremstillingen skal være gjennomarbeidet, også for å få en middels god karakter (C-nivået).

***Når det gjelder henvisninger***

Om sensor, som en følge av plagiatkontrollverktøy eller av andre grunner, får en mistanke om at det kan forekomme plagiat i noen av oppgavene (altså at andres arbeider blir utgitt som kandidatens eget), må sensor kontakte emneansvarlig om dette. Når det gjelder hva som kan forventes av henvisninger underveis i teksten og avslutningsvis, herunder til eventuelle egne tidligere innleveringsoppgaver, kan det være greit at sensor er klar over at følgende beskjed er gitt til kandidatene om dette før eksamen (fra den emneansvarlige):

*Eg har fått spørsmål om i kva grad ein må visa til kjelder (litteratur, osv) når ein skriv*

*eksamenssvaret på heimeeksamen.*

*Her er mitt innspel til dette: de bør ha ei kjeldeliste til slutt kor de opplyser om kva bok eller*

*bøker (eller anna litteratur/materiale) som de særleg har henta det de skriv om rettskjeldelære*

*frå (typisk pensumboka). De treng imidlertid ikkje å ha med spesifikke kjeldetilvisingar*

*(bokmål: kildehenvisninger) undervegs når de gjer greie for ganske allment anerekjende delar*

*av rettskjeldelæra (til dømes: at førearbeid er rekna som ei relevant rettskjelde). Om de*

*imidlertid viser til eit meir spesielt synspunkt som ein forfattar hevdar, eller til eit spesfikt*

*poeng henta frå ein bestemd dom, eller liknande, så bør de ha med ei tilvising (direkte i teksta,*

*i ein fotnote eller i ein parantes). Dette gjeld på såvel skuleeksamen som heimeeksamen.*

*Akkurat når ein bør ha med ei slik spesifikk tilvising undervegs, vil komma an på eit visst*

*skjønn, og vi som sensurerer vil ta omsyn til det tidspresset de arbeider under.*

*Om ein siterer, så må ein imidlertid ha med ei kjeldetilvising, samt markera kva som er eit*

*sitat, for at det ikkje skal vera som plagiat å rekna. Det samme gjeld om ein i realiteten berre*

*refererer eller tek opp att noko som nokon andre har skrive (døme: attgjev eit avsnitt frå*

*Monsen si bok, men berre byttar ut nokre få av orda med synonym). Det overordna poenget*

*her, som gjeld på alle typar eksamenar og ved alle innleveringar, er følgjande: ein skal ikkje*

*utgje andre sitt arbeid som sitt eige.*

*Når det gjeld formen på tilvisinga: det gjeld ikkje nokre spesielle formkrav til tilvisingane på*

*dette stadiet av studiet, av typen at de må visa til eit litterært verk på ein bestemd måte (forlag,*

*årstal, osv). Det som gjeld er at de får kommunisert kor de har henta sitatet eller*

*informasjonen frå. Her vil vi sensorar vera romslege.*

*Når det gjeld eventuell bruk av formuleringar som de sjølve har brukt i tidlegare*

*innleveringsoppgåver – som eg også har fått spørsmål om – så merk følgjande:*

*Om de brukar enkelte formuleringar frå eigne tidlegare innleveringsoppgåver om att, så går*

*det greit, og de treng ikkje å ha med fortløpande tilvisingar og sitatteikn undervegs i teksten*

*for dette. Men opplys til slutt i oppgåva at de har brukt formuleringar frå eigne tidlegare*

*innleveringsoppgåver (og kva for innleveringsoppgåve).*

*Samstundes vil eg sterkt råda i frå at de satsar på utstrekt bruk av formuleringar frå tidlegare*

*innleveringar. Det vil ikkje gjera noko godt inntrykk.*

***Hva analysen kan inneholde***

Når det så gjelder hva besvarelsen, altså domsanalysen, kan forventes å inneholde: kandidaten skal altså skrive en domsanalyse i et rettskildeperspektiv. Undertegnede har lagt ut en generell veildedning til studentene om hvordan en slik domsanalyse kan bygges opp. Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i denne generelle veiledningen, og gi eksempler på hvordan en analyse av HR-2021-2532-A «Eltel Networks» kan tilpasses denne, samt peke på noen av de sentrale juridisk-metodiske poengene som avgjørelsen i særlig grad aktualiserer. Det understrekes at analysen ikke trenger å bygges opp nøyaktig slik som jeg indikerer nedenfor for å være en analyse på et høyt faglig nivå. Kandidatene skal ha et visst spillerom når det gjelder oppbygning og innretning av analysen. Gjennomgangen nedenfor vil imidlertid være et signal om en del momenter som en faglig sterk analyse kan forventes å inneholde.

Innledning

*- Gjengi og presentere oppgaven.*

At skal gjennomføre en domsanalyse i et rettskildeperspektiv av HR-2021-2532-A «Eltel Networks». Dette er en dom, avsagt av Høyesterett i avdeling.

*- Forklare kort hva dommen gjelder.*

Førstvoterende, dommer Falch, presenterer saken som følger i (2):

Saken gjelder arbeidsgiverens rett til å trekke en arbeidstaker i lønn for å korrigere tidligere feilutbetalinger.

Partene i saken er Eltel Networks AS (arbeidsgiver) mot A (arbeidstaker). Sakens bakgrunn er A høsten 2018 fikk utbetalt for mye i diettgodtgjørelse etter arbeidsreiser. Eltel trakk dette beløpet i As lønnsutbetalinger våren 2019.

A gikk deretter til sak mot Eltel, med krav om tilbakebetaling av det beløpet som var trukket fra lønnen. Eltel ble frifunnet av tingretten. For lagmannsretten endret A sin påstand til et krav om fastsettelsesdom. Det vil si at A krever at det skal fastsettes at Eltel har handlet urettmessig ved å gjennomføre lønnstrekket. Lagmannsretten gir A medhold i dette, og Eltel har anket saken til Høyesterett. Eltel hevder at lagmannsrettens rettsanvedelse er uriktig. For Høyesterett er det Eltel som er ankende part, og A som er ankemotpart.

Det saken gjelder når den står for Høyesterett, er om det lønnstrekket som Eltel gjennomførte, er urettmessig. Fokus for domsanalysen skal være på spørsmålet om lønnstrekket er urettmessig i henhold til arbeidsmiljølovens regler. Dette følger av hvilke avsnitt av dommen som kandidaten, i følge oppgaveteksten, ikke skal analysere.

Høyesterett deler seg i et flertall og et mindretall når de gjelder det spørsmålet som domsanalysen gjelder. Flertallet (FT) på 4 dommere, og med førstvoterende, dommer Falch, som talsmann, kommer til at lønnstrekket var urettmessig, og at anken over lagmannsrettens rettsanvendelse må forkastes. Mindtretallet (MT) er dommer Høgetveit Berg, som kommer til at lønnstrekket var rettmessig.

*- Få frem noen grunnleggende poenger om hva som karakteriserer en rettsanvendelsesprosess, slik som hvilken betydning rettskilder og rettskildeprinsipper spiller i den rettslige argumentasjonen. At det blir et hovedpoeng med den videre analysen å identifisere de rettskilder og rettskildeprinsipper som gjør seg gjeldende i dommen. Si hvordan vil disponere oppgaven videre.*

Det kan forventes at kandidaten enten innledningsvis eller underveis forklarer, i større eller mindre grad, hva som kjennetegner en rettsanvendelsesprosess.

Forøvrig kan kandidaten gjerne si noe innledningsvis om hvordan hun vil håndtere forholdet mellom flertallets og mindretallets argumentasjon.

Det er, som nevnt ovenfor, dissens forsåvidt gjelder det spørsmålet som domsanalysen gjelder. Førstvoterende (Falch) er talsmann for flertallet, så det kan være greit å analysere hans argumentasjon ganske grundig først. Andrevoterende (Høgetveit Berg) fører ordet fra avsnitt (72) til (98)) ((91)-(95) skal ikke analyseres), og analysen av hans votum bør fokusere på de sentrale uenighetspunktene mellom MT og FT. Kandidaten kan gjerne analysere MTs votum etter først å ha gjennomført analysen av FTs votum, men må da passe på å sammenligne votaene, og få frem hva uenigheten består i. Eventuelt kan uenighetspunktene integreres i analysen av FTs votum, altså at det ikke gjennomføres en separat analyse av MTs votum. Det siste vil gjerne være mer krevende for kandidaten å håndtere.

Hoveddel

- *Hva er det rettslige grunnlaget for kravet? Er vi eventuelt på et område hvor spesielle hjemmelskrav gjør seg gjeldende, slik at det rettslige grunnlaget må være en lovbestemmelse? Jf. det strafferettslige legalitetsprinsippet og det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.*

Grunnlaget for As påstand om at lønnstrekket var urettmessig, er arbeidsmiljøloven § 14-15(2), som slår fast det rettslige utgangspunktet, nemlig at «[t]rekk i lønn og feriepenger kan ikke gjøres». Deretter følger en oppregning av unntak fra dette utgangspunktet. Det unntaket som Eltel påberoper seg som grunnlag for at trekket likevel var rettmessig, er bokstav c).

Trekk i lønn og feriepenger kan ikke gjøres unntatt:

...

c) når det på forhånd er fastsatt ved skriftlig avtale.

Se dommens avsnitt 28 og 29.

Vi er ikke på et område hvor et lovhjemmelskrav gjør seg gjeldende, men de deler av dommen som skal analyseres, gjelder uansett lovtolkning, nærmere bestemt av arbeidsmiljøloven § 14-15(2)(c).

Det saken dommen overordnet sett gjelder, er altså om lønnstrekket var urettmessig i henhold til arbeidsmiljølovens regler.

*- Hvordan bygger Høyesterett opp sin rettslige argumentasjon? Prøv gjerne å identifisere følgende hovedelementer i den rettslige argumentasjonen, og få frem hvilke deler av dommen som går ut på hva:*

*\* Problemutvikling (hvilke vilkår er klart oppfylt og klart ikke oppfylt, altså få identifisert de vilkår som er problematiske) + rettslige problemformuleringer (eksplisitte og implisitte) + tolkning av lovbestemmelsen som utgjør primært rettsgrunnlag + normformulering (hvilken rettsregel som oppstilles) + subsumsjon + konklusjon.*

Høyesteretts (FTs) argumentasjon fremgår av (25) til (49).

(25) til (27) fremstår som problemutvikling. Det er ikke omstridt mellom partene om at det ble utbetalt for mye diettgodtgjørelse.

Det sentrale spørsmålet blir, i følge (28), om Eltels adgang til å trekke det som hadde blitt utbetalt for mye, «er avskåret etter arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd bokstav c». Dette kan anses som den sentrale rettslige problemstillingen. I følge bokstav c kan trekk skje *når det på forhånd er fastsatt ved skriftlig avtale*.

HR fortsetter en slags problemutvikling i (29). Her får HR frem at utgangspunktet er «at arbeidsgiver er avskåret fra å trekke ansatte i lønn», men at vi har unntak, herunder bokstav c. Videre så er det utvilsomt i denne saken at det var «på forhånd, før trekkene ble gjort, inngått skriftlig avtale om trekk i lønn».

Den aktuelle klausulen i arbeidsavtalen er gjengitt tidligere, i (3), og lyder som følger:

Er det ved lønningsdag foretatt feil utlønning, kan arbeidsgiver foreta den nødvendige justeringen ved neste eller påfølgende lønningsdager.

Dette leder videre til et mer spisset *lovtolkningsspørsmål*  i avsnitt 30, nemlig «om det etter loven er tilstrekkelig at avtalen gir arbeidsgiver en generell trekkadgang ved fremtidige feilutbetalinger, eller om det kreves at avtalen regulerer en mer konkret trekksituasjon.» Dersom det første av disse tolkningsalternativene velges, vil avtaleklausulen (jf. avsnitt (3)) kunne anses som et tilstrekkelig grunnlag for lønnstrekk i henhold til aml § 14-15(2)(c). Dersom det andre tolkningsalternativet velges, vil dette fremstå mer tvilsomt, utifra hvor generell avtaleklausulen er, og at den ikke kan sies å gjelde den konkrete trekksituasjonen som hadde oppstått.

Fra (31) til (47) kommer så HRs *tolkning* av aml § 14-15(2)(c), med henblikk på ovenfor siterte lovtolkningsspørsmål. Lovtolkningen kulminerer i (45), hvor HR fastslår hvordan bokstav c) skal tolkes. Her gis det altså uttrykk for den *rettsregel* som HR kommer frem til. I (48) til (49) kommer så *subsumsjonen*, det vil si den konkrete anvendelsen av denne rettsregelen på faktum. I (49) når HR den *konklusjonen* at lønnstrekket var i strid med aml § 14-15(2)(c), og dermed var urettmessig.

*- Deretter: analyser nærmere selve Høyesteretts rettskildebruk, og prøv å vise hvordan denne forholder seg til rettskildeprinsippene og legitimeringssystemet, altså til rettskildenes legitimeringsgrunnlag.*

Det interessante er etter dette hvordan HR argumenterer for å komme til det tolkningsresultatet som det er gitt uttrykk for i (45), og hva dette tolkningsresultatet, eller denne rettsregelen, nærmere bestemt går ut på.

Når kandidaten går videre til å se mer detaljert på selve lovtolkningen, kan hun gjerne først fremheve noen helt grunnleggende juridisk-metodiske poenger: at det vil gjelde noen retningslinjer for den rettslige argumentasjonen, nemlig rettskildeprinsipper, og at disse gir retningslinjer både for hvilke argumenttyper som er relevante å trekke inn (hva som kan regnes som «rettskilder»), for hvordan man kan trekke slutninger fra rettskildene, og for hvordan rettskildene skal samordnes for å komme frem til et svar på tolkningsspørsmålet. Videre at disse rettskildeprinsippene bygger på noen helt grunnleggende rettslige verdier, slik som demokratisk legitimitet, forutberegnelighet og rettferdighets-og rimelighetsperspektiver, og at disse verdiene dermed utgjør et legitimeringsstystem for rettskildene og den rettslige argumentasjonen.

Når det gjelder den enkelte rettskilde kan denne utgjøre det primære rettsgrunnlaget for det kravet som er omstridt, eller den kan komme inn som et tolkningsbidrag eller støtteargument ved tolkningen (og eventuelt anvendelsen) av det primære rettsgrunnlaget. I denne saken er det aml § 14-15(2) som er det primære rettsgrunnlaget for påstanden om at lønnstrekket var urettmessig. Rollen for øvrige rettskilder blir å komme inn og gi bidrag til eller fungere som støtteargumenter ved tolkningen av aml § 14-15(2)(c), som oppstiller et unntak fra utgangspunktet om at lønnstrekk ikke kan gjøres.

Disse helt grunnleggende poengene kan kandidaten eventuelt ha fått frem tidligere i besvarelsen også.

Jeg minner igjen om at det i følge bokstav c) kan gjøres lønnstrekk «når det på forhånd er fastsatt ved skriftlig avtale», og at det sentrale lovtolkningsspørsmålet er om det «er tilstrekkelig at avtalen gir arbeidsgiver en *generell* trekkadgang ved fremtidige feilutbetalinger, eller om det kreves at avtalen regulerer en mer *konkret* trekksituasjon», jf. dommens avsnitt (30).

Når det så gjelder HRs rettskildebruk i (31) til (47), er det mange poenger kandidaten kan fremheve, knytte til det teoretiske metodestoffet, og underkaste en konkret analyse. Jeg vil ikke i denne veiledningen gi en uttømmende oppregning, men jeg vil gi eksempler på poenger som kandidaten kan fokusere på. Kandidaten kan løfte frem for eksempel:

- At HR i (31) fokuserer på den naturlige ordlydsforståelsen, noe som gir anledning til å skrive litt generelt om betydnigen av den naturlige språklige forståelsen av orldyden i loven ved lovtolkning. Det er et viktig poeng at HR ser det slik at ordlyden «ikke gir noe entydig svar på spørsmålet», altså at den kan forstås *vidt* eller mer *snevert*, noe som bereder grunnen for å legge større vekt på andre typer rettskilder og betraktninger.

- At HR i (32) leser ordlyden i bokstav c i sammenheng med lovbestemmelsen forøvrig, og ser det slik at det taler i favør av en snever forståelse at øvrige unntaksbestemmelser i oppregningen fremstår ganske restriktive.

- At HR i (33) til (39) ser på forarbeidene til tidligere og nåværende lover vedrørende arbeidsmiljø. Dette gir anledning til å skrive litt generelt om betydningen av forskjellige typer forarbeider som rettskilde.

Samtidig er det et viktig poeng, som det er av betydning at kandidaten får frem ved analysen, at HR ikke finner noen uttalelser om det spesifikke lovtolkningsspørsmålet som saken gjelder i forarbeidene.

HRs fokus ved forarbeidsgjennomgangen er istedenfor å få forankret noen grunnleggende formålsbetraktninger i forarbeidene, for deretter å tolke aml § 14-15 i lys av disse formålsbetraktningene. Dette er et vesentlig poeng, som en kandidat bør få frem om det midtre (C) og de øvre (B og A) karaktersjiktene skal være aktuelle.

HR er opptatt av at et overordnet formål med aml § 14-15 (hovedregelen og unntakene) er at «unntakene fra lønnstrekkforbudet burde begrenses mest mulig», for «[l]ønnen er arbeidstakerens levebrød, og adgangen til å gjøre innhogg i den må være minst mulig», jf. (35) og (34). Eller som HR oppsummerer det i (38), så er formålet med aml § 14-15 at «arbeidstakerne skal motta lønnen mest mulig ubeskåret, og at lønnen skal være forutsigbar for dem». Dette kan anses for den *slutning* HR trekker fra forarbeidene samlet sett, og den trekker «klart i retning av å tolke unntakene (...) restriktivt», jf. (39).

Man kan også se det slik at med bakgrunn i forarbeidsuttalelser ser HR bestemte *hensyn*, eller *verdier*, som viktige ved lovtolkningen, nemlig hensynene til forutsigbarhet og livsopphold for arbeidstakeren.

Kandidater som i denne forbindelse reflekterer rundt forholdet mellom forarbeider, lovformål og reelle hensyn, og får sagt noe forstandig om hvordan slike rettskilder / argumementtyper kan virke sammen, må honoreres for det.

- I (40)-(41) trekker HR inn sammenhengen med en ganske lik lovregel i skipsarbeidsloven, altså illustrerer avgjørelsen at sammenhengen i *lovverket som helhet* også etter omstendighetene kan spille inn ved tolkningen av enkeltbestemmelser. Samtidig kan det være vanskelig for kandidatene, også de sterkeste, å gripe fullt og helt nyansene ved det HR har å si om forholdet til skipsarbeidsloven og dens forarbeider. Den potensielle betydningen av skipsarbeidsloven kommer egentlig skikkelig frem først når FTs votum leses i sammenheng med MTs votum.

Et poeng i denne forbindelse er at forarbeidene til skipsarbeidsloven inneholder uttalelser som, i følge HRs flertall, «kan forstås slik at arbeidsgiverens trekkadgang ved feilutbetaling av lønn kan reguleres i arbeidsavtalen».

I fortsettelsen er HR opptatt av å nyansere hvilken slutning som kan trekkes fra skipsarbeidsloven og dens forarbeider, slik at disse i begrenset grad taler i favør av den vide tolkningen av aml § 14-15(2). Kandidater som får analysert HRs rettskildebruk i (40)-(41) langs denne typen linjer, må honoreres for det.

- I (42)-(43) trekker HR inn forskjellige typer forvaltningspraksis, med særlig fokus på avgjørelser fra Sivilombudet vedrørende forståelsen av aml § 14-15(2). Dette gir eventuelt kandidaten en foranledning til å si litt om betydningen av forvaltningspraksis som rettskilde generelt, og av betydningen av sivilombudsavgjørelser spesielt. Eventuelt kan dette gjøres i forbindelse med analysen av MTs votum, som inneholder prinsippielle betraktninger rundt dette, jf. nedenfor.

- I (47) trekker HR inn et tilleggshensyn, i form av noen konsekvensbetraktninger, som blir hevdet å støtte ytterligere opp under en restriktiv tolkning. Disse betraktningene kan hevdes av å ha preg av støtteargumenter, men det skal ikke trekkes om kandidaten ikke gjør bruk av denne terminologien. Innsiktsfulle refleksjoner vedrørende den rollen disse konsekvensbetraktningene synes å spille, og av hvilken karakter de er, må uansett honoreres.

- I (44), og tildels i (46) og (47), gjennomfører HR en ganske eksplisitt *samordning*, eller *vekting*, av rettkildene. Det er sentralt i denne forbindelse at HR anser ordlyden som «relativt åpen» og forarbeidene som tause om det spesifikke tolkningsspørsmålet som saken gjelder. Det må derfor «legges stor vekt på lovformålet».

Den restriktive tolkningen som formålet taler i favør av, har ytterligere støtte i enkelte andre rettskilder og betraktninger.

Disse avsnittene gir kandidatene en fin mulighet til å reflektere rundt vekten av den typen rettskilder som HR gjør bruk av i denne dommen, og av betydningen av en uklar ordlyd for vekten av øvrige rettskilder. Kandidater som på bakgrunn av (44) til (47) får gjennomført innsiktsfulle refleksjoner rundt forholdet mellom forskjellige typer rettskilder, må honoreres for det.

*Og så videre.*

I (45) fastsetter HR at aml § 14-15(2)(c)

må tolkes slik at den avtalen lønnstrekket bygger på, må konkretisere det aktuelle lønnstrekket i en slik grad at arbeidstakeren beholder forutsigbarhet for sine lønnsutbetalinger. For trekk som skyldes uriktige lønnsutbetalinger, må avtalen da i praksis være inngått enten i forbindelse med feilutbetalingen eller etterpå. Men dette er ikke til hinder for at trekkene i andre situasjoner kan konkretiseres allerede på et tidligere tidspunkt.

Dette kan anses som et uttrykk for den *rettsregel* som HR kommer frem til ved tolkningen, og er dermed det *tolkningsresultat* som HR kommer frem til. Det er viktig at kandidaten får frem dette.

Det er også viktig at kandidaten får reflektert litt rundt hvilken type tolkningsresultat dette er. HR selv (flertallet) ser det slik at dette blir en *presiserende tolkning*, ved at de har valgt det ene av to hovedtolkningsalternativer som anses for å samsvare med bestemmelsens ordlyd, jf. (30)-(31).

Dette kan problematiseres, noe MTs votum viser. Det kan hevdes at det HR i realiteten har gjort er å innsnevre hvor vidt unntaket i bokstav c rekker, altså at de har tolket denne unntaksbestemmelsen *innskrenkende* (HRs egen omtale av sitt tolkningsalternativ som *snevert*, jf. (31), gir også en mistanke om at det er nærliggende å kalle dette for innskrenkende tolkning). Kandidater som skal være aktuelle for de øvre karaktersjikt (B eller A) må antagelig problematisere, til en viss grad, hvilket tolkningsalternativ HR reelt sett kommer frem til, siden MTs votum gir kandidatene en veldig klar foranledning for en slik problematisering. Samtidig kan denne problematisering gjerne gjennomføres i forbindelse med analysen av MTs votum, så det er sagt.

En annen side ved den rettsregel HR kommer frem til, er at den åpner for at det i visse situasjoner må vurderes konkret, og til en viss grad ved bruk av skjønn, om en avtaleklausul gjør et lønnstrekk skjønnsmessig: «må konkretisere det aktuelle lønnstrekket i en slik grad at arbeidstakeren behoder forutsigbarhet for sine lønnsutbetalinger». Kandidater som får poengtert dette, må honoreres. Det kan være at noen vil hevde at dette kan anses som en *avveiningsregel*. Det er kanskje å gå vel langt, men kandidater som hevder dette, skal ikke trekkes for det. Generelt sett skal det honoreres om kandidaten reflekterer rundt hvilken type rettsregel dette kan anses som.

Uansett er det et viktig aspekt ved den rettsregel HR kommer til at den i realiteten blir ganske spesifikk for det typetilfellet saken gjelder, som er at lønnstrekket skyldes uriktige lønnsutbetalinger. Som HR selv understreker, må avtalen i slike tilfeller «i praksis være inngått enten i forbindelse med feilutbetalingen eller etterpå». Kandidater som får frem dette poenget, må honoreres.

Den videre subsumsjonen i (48) til (49) viser at rettsregelen er ganske spesifikk for et slikt typetilfelle som vi her har med å gjøre. Siden lønnstrekket bygde på en avtaleklauseul «som ble inngått lenge før feilutbetalingene (...) skjedde», så har vi med en arbeidsavtale å gjøre som ikke kunne sies å *konkretisere* trekket. Avtaleklausulen «gir da ikke trekkgrunnlag etter arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd bokstav c». Dermed var lønnstrekket urettmessig. Kandidater som får kommunisert tydelig at, og på hvilken måte, subsumsjonen i (48)-(49) henger sammen med norformuleringene i (45), må honoreres for det.

*Hva kjennetegner MTs rettslige argumentasjon?*

Siden dette er en dissensvagjørelse, er det selvsagt viktig at kandidaten i en viss utstrekning får analysert MTs argumentasjon også (som vi finner i (73) til (90)), og får kontrastert denne med FTs argumentasjon. Dersom kandidaten får gjort lite eller ingenting ut av å analysere MTs argumentasjon, må det gi trekk. På den andre siden må det honoreres om kandidaten reflekterer selvstendig rundt forskjellene mellom FTs og MTs rettskildebruk, og det må også honoreres om kandidaten kommer med egne, faglig begrunnede synspunkter på henholdsvis FTs og MTs rettskildebruk.

Når det gjelder MTs argumentasjon, så kan kandidaten bygge videre på det som allerede er sagt om hva saken gjelder og hva som er det sentrale lovtolkningsspørsmålet. MT er enig med FT i hvilket lovtolkningsspørsmål som står sentralt, jf. (73). Fokuset når det kommer til MTs argumentasjon, bør være på å identifisere hva uenigheten består i, og hva som skiller MTs argumentasjon fra FTs forsåvidt gjelder rettskildebruken.

Det MT er uenig med FT i er selve tolkningen av aml § 14-15(2)(c). MT kommer, i (90), til at det ikke kan «tolkast inn eit vilkår for avtaler om motrekning i løn at avtala fyrst kan inngåast etter at motkravet har oppstått, eller at motkravet må vera konkretisert før det har oppstått». Implisitt så velger altså MT det *vide* av de to tolkningsalternativer som FT skisserer i (30)-(31), nemlig at «det er tilstrekkelig at avtalen fastsetter en generell trekkadgang». Siden MT kommer til dette tolkningsalternativet, gir subsumsjonen seg selv, jf. (90) andre setning: «Det avtalte lønstrekket i saka her var difor i tråd med arbeidsmiljølova (...)».

Når det så gjelder MTs rettskildebruk i (74) til (90), som leder frem til et annet tolkningsresultat enn for FT, er det flere sentrale forskjeller mellom FTs og MTs rettskildebruk, altså uenighetspunkter mellom FT og MT når det kommer til slutninger fra og samordningen av rettskildene, som kandidaten kan fremheve. Kandidaten kan fokusere på for eksempel:

- At MT trekker en annen slutning fra lovens ordlyd enn FT gjør. Som MT avrunder sin analyse av hva lovens ordlyd, utifra naturlig språklig forståelse og utifra «kjennskap til kva motrekning er», tilsier (jf. (77)):

Dersom meininga var å heimle avtalt motrekning berre i dei to nemnde situasjonane, med det monaleg auka presisjonsnivået det inneber, ville ordlyden etter mitt syn enkelt ha vore utforma annleis.

Undertegnedes synspunkt er at MTs analyse av hva lovens ordlyd tilsier, er overbevisende. Det er altså godt grunnlag for å problematisere den slutning som FT trekker utifra sin analyse av lovens ordlyd. Kandidaten trenger selvsagt ikke å si seg enig med MT (og undertegnede) i denne forbindelse, men selvstendige refleksjoner rundt, og en kritisk evaluering, av henholdsvis FTs og MTs betrakninger av hva ordlyden tilsier, må honoreres kraftig.

Uansett er det et sentralt poeng at FTs og MTs forskjellige forståelser av hva ordlyden faktisk tilsier, altså av *hvilken slutning som skal trekkes ut av ordlyden*, utgjør et helt sentralt uenighetspunkt, siden lovens ordlyd generelt sett er en veldig tungtveiende rettskilde. Det er viktig at kandidaten får vist en viss forståelse for den store betydningen de forskjellige forståelsene av ordlyden her har. Mangelfull forståelse her kan gi trekk.

- MT forholder seg også annerledes til forarbeidene enn FT gjør. Nærmere bestemt ser MT annerledes enn FT på det faktum at det spesifikke lovtolkningsspørsmålet ikke er omhandlet i forarbeidene. MT ser på dette som et argument *mot* en restriktiv forståelse av bestemmelsen, utifra følgende betraktning (jf. (79)):

Når førearbeida i det heile ikkje nemner dette moglege vilkåret, talar det for at lovgjevaren heller ikkje har meint å setja eit slikt vilkår.

Man kan si det slik at MT trekker *en annen slutning* fra forarbeidene, utifra en vurdering av hva «tausheten» tyder på forsåvidt gjelder lovgivers *intensjon* med aml § 14-15(2)(c). Det blir ganske metodisk avansert å klare å knytte denne delen av MTs argumentajson til det teoretiske metodestoffet på denne måten, så kandidater som klarer det, må honoreres kraftig for det.

- MT trekker også *en annen slutning* fra skipsarbeidesloven og dens forarbeider, som i relasjon til aml blir ansett som en slags *etterarbeider*. Dette gir i yttereligere grad rettskildematerialet et annerledes helhetlig preg enn hva det har utifra FTs perspektiv. Jf. (80)-(82).

- MT sier seg ikke uenig med FT i at et sentralt *formål* med reglene i aml § 14-15(2) «er at arbeidstakarane skal motta løna si mest mogleg intakt, og at storleiken på lønsutbetalingane skal vera «føreseieleg». MT sier seg imidlertid uenig i at dette formålet trekker i en bestemt retning forsåvidt gjelder det lovtolkningsspørsmålet saken gjelder. Nok en gang kan man si at MT trekker en *annen slutning* fra deler av rettskildematerialet enn hva FT gjør.

- Når det så gjelder forvaltningspraksis, og da i særdeleshet en av de avgjørelser fra Sivilombudet som FT hadde lagt en viss vekt på, så ser MT annerledes på hvilken *vekt* det i denne saken er grunn til å legge på denne rettskilden. MT kommer i denne forbindelse med noen prinsippielle betraktninger vedrørende vekten av sivilombudsavgjørelser i forskjellige sakstyper, og utifra hvilke konsekvenser sivilombudsavgjørelsen(e) har hatt (om den har gitt seg utslag i ensartet forvaltningspraksis ellers). Innsiktsfulle kommentarer til denne delen av MTs argumentasjon, må selvsagt honoreres.

- I (90) kommer så MTs avsluttende *samordning av* og *vekting* av rettskildene.

- I samme avsnitt kommer MTs syn på den rettsregel som aml § 14-15(2)(c) gir opphav til, og understreker i denne forbindelse at det ikke kan «tolkast inn eit vilkår for avtaler om motrekning i løn at avtala fyrst kan inngåast etter at motkravet har oppstått, eller at motkravet må vera konkretisert før det har oppstått.» MT lander altså på den videre forståelsen av bestemmelsen. Slik MT ser det, er det dette tolkningsresultatet som samsvarer med ordlyden, altså er MTs syn at FT har tolket bestemmelsen *innskrenkende*. Når MT tolker bestemmelsen på denne måten, gir subsumsjonen seg av seg selv. Som MT avslutter (90) med å si: «Det avtalte lønstrekket i saka her var difor i tråd med arbeidsmiljølova § 14-15 andre ledd».

*Og så videre.*

Det skal honoreres om kandidaten klarer å si noe reflektert og innsiktsfullt om forholdet mellom FTs og MTs argumentasjon, og om hvilken som fremstår mest velbegrunnet i lys av det grunnleggende legitimeringssystemet for den juridske metoden. Jo mer kandidaten klarer å få brukt MTs argumentasjon til på innsiktsfullt vis å få kontrastert og evaluert forskjellene i rettskildebruk mellom FT og MT, jo mer vil det heve besvarelsen opp mot det aller øverste karakternivået (A-nivået). Det understrekes at det ikke er de synspunkter kandidaten eventuelt gir uttrykk for, som er det sentrale, men om kandidaten gjennom sin analyse og sine vurderinger viser metodisk innsikt og forståelse.

Avslutning

Avslutningsvis kan kandidaten for eksempel få frem noen avsluttende betraktninger om betydningen av at FTs, og ikke MTs, synspunkt vant frem. Kandidaten kan eventuelt oppsummere noen av de viktigste poengene fra analysen. Det er imidlertid ikke noe krav om at kandidaten må klare å skrive en avslutning som bringer noe nytt inn i besvarelsen (eller noen separat avsltuning i det hele tatt), heller ikke for å få B eller A. Det sentrale er hvilken metodisk innsikt og forståelse kandidaten har vist underveis i analysen.

**Om vurderingen**

Den endelige karakterfastsettelsen skal baseres på følgende kvalitative beskrivelser (som gjelder generelt for universitets-og høgskolesektoren):

**A** Fremragende: Fremragende prestasjon som klart utmerker seg. Kandidaten viser svært god vurderingsevne og stor grad av selvstendighet.

**B** Meget god: Meget god prestasjon. Kandidaten viser meget god vurderingsevne og selvstendighet.

**C** God: Jevnt god prestasjon som er tilfredsstillende på de fleste områder. Kandidaten viser god vurderingsevne og selvstendighet på de viktigste områdene.

**D** Nokså god: En akseptabel prestasjon med noen vesentlige mangler. Kandidaten viser en viss grad av vurderingsevne og selvstendighet.

**E** Tilstrekkelig: Prestasjonen tilfredsstiller minimumskravene, men heller ikke mer. Kandidaten viser liten vurderingsevne og selvstendighet.

**F** lkke bestått: Prestasjon som ikke tilfredsstiller de faglige minimumskravene . Kandidaten viser både manglende vurderingsevne og selvstendighet.

Til karakterfastsettelsen på denn eksmanenen spesielt, vil jeg legge til følgende kommentarer.

Det understrekes at det ovenstående ikke trenger å være en uttømmende angivelse av hvilke juridisk-metodiske poenger som kan tas opp underveis i analysen. Kandiater som får frem en stor del av de poenger som jeg har fremhevet ovenfor, antar jeg imidlertid at vil ha levert en ganske sterk besvarelse (A eller B), såfremt besvarelsen ellers er velskrevet, godt strukturert, tilstrekkelig grundig, og alt i alt viser at kandiaten har opparbeidet seg betydelig innsikt og forståelse, herunder for de grunnleggende verdier som juridisk metode bygger på.

La meg legge til: en besvarelse som i en viss utstrekning er på det jevne, men inneholder enkelte sterkere partier som vitner om en innsikt og forståelse litt over det gjennomsnittlige for en førsteårsstudent, vil gjerne få en B. En besvarelse som i det store og hele fremstår solid og innsiksfull, og som flere steder heves over det gjennomsnittlige, vil gjerne få en A.

Kandidater som får frem hovedtrekkene ved Høyesteretts rettslige argumentasjon, og i en viss utstrekning får knyttet denne til det teoretiske metodestoffet, men uten å klare å heve analysen særlig over det helt grunnleggende, vil nok fort havne i midtre karaktersjikt (C).

Kandidater som i betydelig grad kun refererer det som skjer i dommen, og i for liten grad *analyserer det* i lys av rettskildelæren, eventuelt virker til å misforstå enkelte sentrale poenger, vil gjerne havne i nedre karaktersjikt (D eller E).

En besvarelse som er nesten utelukkende refererende, eller hvor kandidaten misforstår og bommer i stor utstrekning forsåvidt gjelder de sentrale juridisk-metodiske poengene, vil stå i fare for F.

Det må også understrekes at forventningene til faglig nivå selvsagt må settes i lys av at dette er studenter tidlig på studiet (første studieår). Samtidig har de altså hatt 4 dager til å utforme en eksamensbesvarelse, så det kan stilles ganske høye krav til hvor godt strukturert og gjennomarbeidet den skal være, som tidligere understreket.

Selv om de har hatt forholdsvis god tid på seg, har de også hatt en ordgrense på 3500 ord å forholde seg til. Dette setter noen grenser for hvor grundig analysen kan bli på alle punkter, og hvor mange større og mindre juridisk-metodiske poenger de kan fremheve. Dette må sensuren selvsagt hensynta. Dersom kandidaten har gjennomført noen forstandige prioriteringer av hvilke aspekter ved dommen som underkastes grundigst analyse, så må det honoreres, og det kan ikke da trekkes for at kandidaten ikke får behandlet alle aspekter ved dommen like grundig. Tvert imot blir det noe av oppgaven for kandidaten å klare å gjennomføre forstandige prioriteringer av hva som vies mest plass og oppmerksomhet.

Til sist understrekes det at det må gjøres en helhetsvurdering av besvarelsen. Svake partier kan til en viss grad oppveies av sterkere partier, og så videre. Sensoren må til sist gjøre seg opp en begrunnet mening om hvilket faglig nivå besvarelsen samlet sett gir inntrykk av at kandidaten befinner seg på. Videre så må det understrekes at ved å gjennomgå flere besvarelser, vil det gjerne dannes et bilde av hva det var realistisk å forvente av studentene.

*Mvh Ola Johan Settem, førsteamanuensis*

**Tilleggsinformasjon til sensor:**

*Her er det skrivet som har blitt lagt ut til studentene underveis i emnet, som en veiledning til dem om det å skrive en domsanalyse i et rettskildeperspektiv. Dette kan det være nyttig for sensor å kikke litt på, for å være klar over hvilke råd og forventninger som har blitt kommunisert til studentene av den emneansvarlige:*

Domsanalyseoppgaver er en veldig aktuell oppgavesjanger på faget juridisk metode I. Om dere får domsanalyseoppgave på eksamen, vil poenget være å analysere en dom *i et rettskildeperspektiv* (dette vil gjerne også understrekes i oppgaveteksten). Fokuset skal altså ligge på de juridisk-metodiske poengene som dommen innbyr til å skrive noe om.

Hovedpoenget med en domsanalyse er at dere klarer å identifisere de viktigste trekkene ved den rettslige argumentasjonen i dommen, og forklare disse i lys av rettskildeprinsippene og legitimeringssystemet. Det vil gjerne telle positivt om dere analyserer dommen med et kritisk blikk, altså om dere klarer å problematisere deler av den rettslige argumentasjonen i dommen. Grunnlaget for en slik problematisering vil typisk være de grunnleggende hensynene som rettskildeprinsippene bygger på, og som legitimerer rettskildene.

Den tapende partens anførsler kan jo etter omstendighetene være til inspirasjon for en slik problematisering. Og om dommen er avsagt under *dissens* vil det være et selvstendig poeng også å anaylsere mindretallets argumentasjon, og klare å identifisere og vurdere de sentrale punktene som uenigheten gjelder. Er det subsumsjonen eller tolkningen uenigheten gjelder? Er det noen rettskilder som vektes ulikt? Trekkes det forskjellige slutninger fra samme rettskilde? Dersom uenigheten gjelder begrunnelsen, og ikke selve resultatet, hva er det uenigheten om begrunnelse nærmere går ut på? Er det flertallets eller mindretallets argumentasjon som best ivaretar de grunnleggende hensynene som den juridiske metoden bygger på?

Som på andre teorioppgaver (domsanalyseoppgaver er en undersjanger av teorioppgavesjangeren) vil det være positivt om dere strukturerer hoveddelen av fremstillingen rundt problemstillinger.

Mulige eksempler på problemstillinger: \* ... neste spørsmål blir hvordan Høyesterett går frem for å trekke argumenter ut av forarbeidene ... \* ... et sentralt spørsmål blir hvilken rettsregel Høyesterett kan sies å komme frem til, og hvorfor ... \* ... det kan spørres om Høyesterett her har lagt tilstrekkelig vekt på den naturlige forståelsen av ordlyden i lovbestemmelsen, eller om Høyesteretts rettskildebruk kan kritiseres på dette punktet ...

Merk følgende tips, hentet fra sensorveiledning til eksamen i juridisk metode I ved UiB våren 2016 (skrevet av Erik Monsen):

*En domsanalyse i et rettskildeperspektiv inneholder to hovedelementer. For det første skal*

*studentene identifisere uttalelser i dommen som er interessante i et rettskildemessig perspektiv. Det vil typisk vedrøre domstolens bruk av rettskilder, herunder hvilke rettskilder*

*som ble anvendt, hvordan disse ble brukt (slutning), og hvordan motstridende argumenter*

*ble avveid (vekt). På et mer overordnet nivå kan det rettskildemessig sett interessante vedrøre f.eks. hvordan domstolen gikk frem for å identifisere det primære rettsgrunnlaget, dersom dette grunnlagets eksistens var mer eller mindre tvilsom. Eller det kan vedrøre spørsmålet om legalitetsprinsippet gjorde seg gjeldende som lovhjemmelskrav og*

*tolkningsprinsipp. For det andre skal relevante uttalelser i dommen undergis en analyse i lys av det teoretiske metodestoffet som kurset omhandler. De relevante uttalelsene i dommen fungerer på sett og vis som «springbrett» for studentene til å få vist kunnskap og forståelse. Følgelig er det et temmelig vidt rom for studentene til å «teoretisere» om de delene av pensum som blir aktualisert gjennom dommen.*

**Grovstrukturen** for en domsanalyseoppgave kan for eksempel være som følger:

Innledning

- Gjengi og presentere oppgaven, og forklare kort hva dommen gjelder.

Hvem er partene, og hvem er det som krever hva fra hvem, på bakgrunn av hvilke faktiske omstendigheter?

Hva er det som er særskilt omtvistet nå når saken står for Høyesterett? Altså: Hva er det overordnede rettsspørsmålet?

Merk: det kan gjerne være formulert flere underproblemstillinger underveis i Høyesteretts rettslige argumentasjon, disse vil det være et poeng å få identifisert og løtet frem i hoveddelen av besvarelsen.

- Få frem noen grunnleggende poenger om hva som karakteriserer en rettsanvendelsesprosess, slik som hvilken betydning rettskilder og rettskildeprinsipper spiller i den rettslige argumentasjonen. At det blir et hovedpoeng med den videre analysen å identifisere de rettskilder og rettskildeprinsipper som gjør seg gjeldende i dommen.

- Si hvordan vil disponere oppgaven videre

Hoveddel

- Hva er det rettslige grunnlaget for kravet? Er vi eventuelt på et område hvor spesielle hjemmelskrav gjør seg gjeldende, slik at det rettslige grunnlaget må være en lovbestemmelse? Jf. det strafferettslige legalitetsprinsippet og det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.

- Hvilke rettsvilkår må være oppfylt for at kravet skal kunne gis medhold? Eventuelt kan det være at det som er omtvistet ikke er om vilkårene for et krav er innfridd, men rettsvirkningens nærmere *omfang*. For eks: erstatningens størrelse, eller hvor streng straff som skal gis.

- Hvordan bygger Høyesterett opp sin rettslige argumentasjon? Prøv gjerne å identifisere følgende hovedelementer i den rettslige argumentasjonen, og få frem hvilke deler av dommen som går ut på hva:

*Følgende kan her legges til: det kan godt være at det ikke er hensiktsmessig å være veldig detaljert om alle disse punktene tidlig i oppgaven, altså når man skal gi et oversiktsbilde over hvordan argumentasjonen er bygd opp.*

\* Problemutvikling (hvilke vilkår er klart oppfylt og klart ikke oppfylt, altså få identifisert de vilkår som er problematiske).

\* *Eventuelt* kan det være at deler av faktum er omstridt, og at det derfor også tas stilling til bevisspørsmål i dommen (men ofte vil faktum være avklart når saken står for Høyesterett).

\* Rettslige problemformuleringer.

*Merk her: det er greit å være bevisst på at vi har forskjellige typer problemstillinger som kan gjenfinnes i en høyesterettsdom og i annen rettslig argumentasjon, slik som:*

*Det overordnede rettsspørsmålet, som er knyttet til det kravet som er gjort gjeldende (evnt. knytter sammen kravet og det rettslige grunnlaget).*

*Rettslig problemformulering knyttet til et enkeltvilkår (om er innfridd eller ikke). Ikke alltid HR er så nøye på å være eksplisitt her, men kan gjerne være det også. Uansett viktig for dere studenter å øve dere opp på dette, og ved domsanalyse: prøv gjerne å identifisere en eksplisitt eller implisitt problemstilling knyttet til hvert problematiske vilkår.*

*Så vil det kunne komme flere underproblemstillinger, herunder mer eksplisitte tolkningsspørsmål som faktum i saken aktualiserer. Et poeng med en analyse å identifisere de tolkningsspørsmål og øvrige underproblemstillinger som HR formulerer underveis i den rettslige argumentasjonen.*

\* Tolkning av lovbestemmelsen som utgjør primært rettsgrunnlag, eventuelt identifisering og utlegning av en ulovfestet rettsregel.

\* Normformulering, altså formulering av en rettsregel, eventuelt skissering av hvilke momenter, osv, som er spesielt aktuelle ved anvendelsen av en avveiningsregel (eller lignende) på faktum.

\* Subsumsjon, alså anvendelsen av rettsregelen på faktum.

\* Konklusjon. Denne vil gjerne komme før selve argumentasjonen.

- Deretter: analyser nærmere selve Høyesteretts rettskildebruk, og prøv å vise hvordan denne forholder seg til rettskildeprinsippene og legitimeringssystemet, altså til rettskildenes legitimeringsgrunnlag.

\* Hvilke rettskilder legger Høyesterett vekt på i sitt resonnement? Hvorfor er disse relevante?

\* Hvordan går Høyesterett frem for å trekke argumenter ut fra den enkelte rettskilde? Hvilke slutningsprinsipper er det som gjør seg gjeldende her?

\* Hvordan går Høyesterett frem for å samordne argumentene fra forskjellige rettskilder? Hvilke harmoniserings-eller vektprinsipper gjør seg gjeldende her?

\* Hvilken rolle spiller de forskjellige rettskildene? Det primære rettsgrunnlaget er gjerne identisert innledningsvis, men hvilke rettskilder gir tolkningsbidrag, og hvilke kommer eventuelt inn og gir støtteargumenter?

\* Hvilke hensyn/verdivurderinger legger Høyesterett vekt på, og på hvilken måte? (som en selvstendig argumenttype/rettskilde? som retningsgivende for samordningen av øvrige rettskilder?)

\* Hva var det Høyesterett la størst vekt på, og hvorfor?

\* Hvordan forholder Høyesteretts tolkningsresultat (dersom det primære rettsgrunnlaget er en lovbestemmelse) seg til ordlyden i lovteksten? Var det fullt ut samsvar, gikk det lenger enn ordlyden skulle tilsi eller ble ordlydens rekkevidde snevret inn? Altså: hvilket tolkningsresultat er det Høyesterett kommer til?

\* Dersom Høyesterett formulerer og/eller utlegger en ulovfestet rettsregel: hva er grunnlaget for den ulovfeste rettsregelen? Bygger den på sedvanerett, på analogi, på det totale rettskildebildet (inkludert tidligere høyesterettspraksis)? Osv

\* Som nevnt tidligere: prøv gjerne å problematisere deler av den rettslige argumentasjonen som Høyesterett leverer.

- Merk: akkurat hvilke spørsmål som vies størst oppmerksomhet, og akkurat hvordan hoveddelen av oppgaven skal disponeres, må selvsagt tilpasses hva dommen spesielt innbyr til å skrive om og problematisere.

HUSK: når dommen analyseres, sørg hele veien for å få frem hvor i dommen man finner de poenger som du omtaler. Enten ved å vise til avsnittsnummer (i nyere høyesterettsdommer), eller ved å vise til sidetall (som man gjerne må gjøre når det gjelder litt eldre høyesterettsdommer).

Avslutning

- Evnt. komme med noen oppsummerende ord, for eksempel om dommens betydning, om hvordan selv ser på og vurderer dommen, om de metodiske poengene som dommen illustrerer, osv.

**Utfyllende om «domsanalyse i et rettskildeperspektiv»:**

Her er noen utfyllende kommentarer om det å skrive domsanalyse i et rettskildeperspektiv på dette faget. Disse kommentarene ble skrevet som svar til arbeidsgruppeledere ved UiS i 2020 etter at de hadde stilt spørsmål ved om det gjelder andre retningslinjer for domsanalysen nå enn tidligere år (da Monsen var emneansvarlig). Det jeg skriver under reflekterer hvilke innspill som har blitt gitt til studentene både ved UiS og UiA om det å skrive domsanalyse i et rettskildeperspektiv. Her er mine kommentarer:

Det er riktig at det er viktig i en domsanalyse å få frem hvordan rettskildene blir gjort konkret bruk av i dommen, og det er viktig å få frem hvilke vilkår som dommen fokuserer på, og bygge analysen på en forståelse av hvilke(t) vilkår som anses problematisk om er innfridd eller ikke, og hvorfor. Men det er ikke meningen at retningslinjene for analysen skal skille seg vesentlig fra hva som ligger i det Monsen kaller domsanalyse i et rettskildeperspektiv. Det er også i år meningen at man skal si noe generelt om de rettskilder som brukes i dommen, om deres legitimeringsgrunnlag, hvordan det blir sluttet fra dem (og hvordan dette forholder seg til allment anerkjente slutningsprinsipper for kilden, etc). Det er selvsagt ingen motsetning mellom dette og det å få frem hvilken konkret rettslig argumentasjon som gjennomføres i dommen.

Så kan det være noen vanskelige, skjønnsmessige grensedragninger forsåvidt gjelder når de generelle kommentarene om rettskildene blir for omfattende og for løsrevne / fjerne fra den konkrete argumentasjonen i dommen, slik at fremstilligen får et teorioppgavepreg. Og her vil studentene ha et slingringsmonn på eksamen, så det er sagt. Men det er helt klart og utvilsomt at det må dras en slik grense. Om studenten virker til å bruke dommen mest som et arsenal av «stikkord» («forarbeider» , for eksemel), som det så skrives lange teoretiske redegjørelser for, med liten tilknytning til hva som konkret skjer i dommen, så vil ikke det trekke opp ved bedømmelsen. Altså, det kan jo kanskje holde til en D eller endog en C, men det vil ikke være det som kjennetegner en B-eller A-besvarelse.

For å komme opp i øvre sjikt må man klare både å skrive noe forstandig og innsiktsfullt om den konkrete rettskildebruken i dommen, og klare å knytte denne til det teoretiske metodestoffet til en viss grad. Når det er sagt: C er en god karakter, sånn at det er understreket.

En tommelfingerregel kan være at de teoretiske utlegningene i størst mulig grad bør kunne knyttes til hva som faktisk skjer i dommen. For å ta et eksempel: selv om forarbeider brukes i dommen, så betyr ikke det at det trengs å gis (eller bør gis) en utfyllende redegjørelse for forholdet mellom Prp. og Innst. i situasjoner hvor det er motstrid mellom disse, såfremt dette ikke er noe som blir aktualisert av dommen. Men om dommen gir et eksempel på at HR leser forarbeidene i sammenheng for å trekke ut noe om lovgivers intensjon, så kan det gjerne skrives en del om dette slutningsprinsippet, hvorfor man opererer med et slikt slutningsprinsipp, osv.

Altså: når man skal benytte dommen som springbrett for å skrive generelt om rettskildene og rettskildeprinsippene, prøv hele tiden å spørre deg selv om det du skriver kan sies å stå i sammenheng med den rettslige argumentasjonen i dommen, eller om man begynner å bevege seg for langt vekk fra den rettskildebruken som faktisk skjer i dommen.

Mvh Ola Johan Settem.