



Professor dr.juris
Alf Petter Høgberg

Institutt for offentlig rett

Pb 6706, St. Olavs plass, 0130 Oslo

Besøksadr.:

Karl Johansgt. 47, 0162 Oslo

Telefon: +47 22859487

Telefaks: +47 22859420

E-post: a.p.hogberg@jus.uio.no

<http://www.jus.uio.no/lor/>

Til sensorene for JUS4211 del 1 2013

Dato: 30. oktober 2013

Sensorveiledning JUS4211 del 1, høsten 2013

1. Innledning

Det dreier seg om en halvdagsoppgave i faget «strafferett og prosess. Oppgaven er en praktikumsoppgave og reiser sentrale problemstillinger fra strafferetten Oppgaven har følgende ordlyd:

«Lars Holm og Peder Ås kom i snakk på den lokale baren Tinget i Lillevik sentrum. Det viste seg at begge mennene var svært interessert i armbåndsur. Ås fortalte at han hadde kjøpt en retroklokke med mekanisk urverk av merket Tell hos den lokale klokkeforhandleren på storsenteret i Lillevik, men at denne forskjøv seg med 5 sekunder pr. døgn. Ås fortalte videre at han hadde krevd omlevering av det uret, men at butikkpersonalet da hadde sagt at forsinkelsen var helt akseptabelt for et mekanisk urverk, og at de derfor nektet å foreta seg noe som helst. Uret var også blant de billigere i Tells klokkekolleksjon, med en pris på kr. 4000. Det hjalp ikke det spor at Ås fortalte at han jobbet som intensivlege, og at det var av avgjørende betydning for ham at klokken gikk riktig.

Lars Holm syntes synd på Peder Ås, og fortalte at han nettopp hadde startet i en deltidsjobb som vokter på nattetid i helgene på storsenteret i Lillevik, og at Ås eventuelt kunne bli med på en runde for å se seg om. Holm sa videre at Ås eventuelt kunne låse seg inn i urmakerbutikken og bytte ut klokken med en tilsvarende modell, mens Holm selv «så seg om». Ås syntes dette hørtes ut som en ganske god idé. Ås tenkte at ettersom klokken hans var nesten helt ny, ville antakelig ikke butikkpersonalet merke ombytingen, og kanskje syntes den nye kjøperen at det bare var sjarmerende med en tidsforskyvning på fem sekunder pr. døgn?

Allerede neste natt satte de planen ut i livet. Holm låste opp en sidedør til storsenteret og Ås smatt inn uten å si et ord. Ås syntes det var ganske skummelt, selv om han ikke mente å ha til hensikt å skulle gjøre noe ulovlig. Da de stod utenfor klokkeforretningen, sa Holm at han ville se seg litt om. Ås låste seg deretter inn i klokkeforretningen, låste opp klokke monteret og foretok ombytingen av klokken. På grunn av mørket gjorde imidlertid Ås en feil, og byttet klokken med en modell som kostet kr. 25 000,-.

De gikk forbi butikken til gullsmed Blanch på vei ut. Ås sa at hans ektefelle fylte 50 år samme morgen og at han hadde glemt å kjøpe en gave til henne. De låste seg deretter inn i gullsmedbutikken. Ås pekte så ut et diamantsmykke til kr. 18 000,-, hvorpå Holm låste ut smykket og solgte det til Ås for kr. 12 000. Ås stusset over at han fikk smykket billigere enn pålydende, med falt til ro med Holms forklaring om at han som ansatt på Lillevik storsenter fikk såkalt «ansatterabatt». Holm sa at kjøpet måtte gjøres opp kontant ettersom kortterminalen ikke fungerte på nattetid. Det viste seg at Ås ikke hadde kontanter på seg, og de satte derfor smykket tilbake i monteret.

Det viste seg at Storsenteret var kameraovervåket, slik at hele seansen var tatt opp på video. Ettersom Ås mente at han ikke hadde gjort noe ulovlig, fortalte han velvillig om den spennende vandringen på storsenteret i nattetørket. Dette medførte at også Holm bestemte seg for å legge alle kortene på bordet, for derigjennom å få mildest mulig reaksjon.

Statsadvokat Jon Vold tok ut tiltale mot både Peder Ås og Hans Tastad. Peder Ås ble tiltalt for

- Grovt tyveri av klokke til en verdi av kr. 25000,- fra urmaker Kirkerud (strl. § 258, jf 257)

Holm ble tiltalt for

- Tyveri eller forsøk på tyveri av diamantsmykke fra gullsmed Blanch (strl. § 257)
- Forsøk på hvitvasking av utbytte fra tyverihandling ved at diamantsmykket ble forsøkt solgt til Peder Ås (straffeloven § 317)

Både Ås og Holm nektet straffeskyld.

Peder Ås hevdet ved sin forsvarer at ombytting av klokke ikke kunne anses å utgjøre tyveri.

Holm hevdet ved sin forsvarer at han ikke kunne straffes for tyveri eller forsøk på tyveri og hvitvasking av diamantsmykket, i alle fall ikke i konkurrans.

Ta standpunkt til hver enkelt post i tiltalen.»

Oppgaven etterspør sentral kunnskap fra den alminnelige strafferett, samt kunnskap om konkrete straffebed innenfor den spesielle strafferett. Oppgaven er temmelig variert mht. vanskelighetsgrad, noe som gjør oppgaven godt egnet til å skille de sterke og de mindre sterke studentene fra hverandre.

De fleste studenter vil antakelig la tiltalens utforming få avgjørende betydning for tiltale. Også denne veiledning vil følge tiltalens struktur.

2. Kunnskapskrav og anbefalt hovedlitteratur

Fra kunnskapskravene i faget strafferett hitsettes følgende:

«Studenten skal ha god forståelse av:

- Metodiske forhold og problemstillinger på strafferettens område, herunder ved tolking av straffebed
- Ansvarslæren, herunder hovedvilkårene for straff: (1) lovstridig handling, (2) fravær av straffrihetsgrunner, (3) subjektiv skyld, og (4) tilstedeværelse av personlige forutsetninger for straff
- Reaksjonslæren

Studenten skal ha kunnskap om:

- Enkelte forbrytelseskategorier og straffebedene som regulerer disse»

Fra angivelsen av anbefalt hovedlitteratur hitsettes følgende:

«ALMINNELIG STRAFFERETT:

- *Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett* (5. utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn, 2004). Utvalgte kapitler (se nedenfor). Petitstoff omfattes ikke av læringskravet.

eller

- *Ståle Eskeland: Strafferett* (3.utg.). Utvalgte kapitler (se nedenfor)

Litteraturhenvisninger til læringskrav i ALMINNELIG STRAFFERETT - **God forståelse:**

- Juridisk metode: Andenæs kap. 10 og 11 eller Eskeland kap. II:6.1.og 6.2, III: 1, 2, 3.1 og 3.3, IV og XX
- Ansvarslæren: Andenæs kap. 8, 9, 12:I-V 1., 14, 15:I-VII, 16, 17, 19 - 24, 25:III-IX, 27:I, 28, 29, 31, og 33 – 35 eller Eskeland kap. VII-XI, XII: 2.2.1 og XIII

...

- *Johs. Andenæs v. Kjell Andorsen: Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, (Oslo 2008) Utvalgte kapitler. (se nedenfor)

Litteraturhenvisninger til læringskrav i SPESIELL STRAFFERETT - **God forståelse:**

...

- Strl. §§ 228 og 229: Andenæs v. Andorsen, kap 6 - 8
- Strl. §§ 233 og 239: Andenæs v. Andorsen, kap 5 og 12
- Strl. §§ 255, 257 og 267, 276 a til 276 c: Andenæs v. Andorsen, kap. 38. 39, 41, 46 og 50
- Strl. § 317: Andenæs v. Andorsen, kap. 60»

De fleste av oppgavens sentrale problemstilling er godt dekket i den anbefalte hovedlitteratur. Det foreligger like fullt relevant praksis som det bare i begrenset grad er vist til i denne litteraturen, særlig for de mer kompliserte problemstillingenes del. Denne litteratur har i særlig grad vært trukket inn i forbindelse med strafferettsundervisningen. Det er uansett ikke fullstendig sammenfall mellom den anbefalte hovedlitteratur og den kunnskap studentene forutsettes å erverve seg. De beste studentene forutsettes å holde seg oppdatert mht. sentral rettspraksis uavhengig av om denne er reflektert i hovedlitteraturen eller ei.

3. Tiltalen mot Peder Ås for grovt tyveri av klokke til en verdi av kr. 25 000,- fra urmaker Kirkerud (strl. § 258, jf 257)

3.1 Innledning

Denne tiltaleposten reiser en rekke strafferettslig problemstillinger med varierende vanskelighetsgrad.

3.2 Foreligger tyveri?

Studentene må her gjennomgå hvorvidt grunnvilkårene for tyveri i straffeloven § 257 er oppfylt. Straffeloven § 257 første ledd lyder:

«For tyveri straffes den som borttar eller medvirker til å bortta en gjenstand som helt eller delvis tilhører en annen, i hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning ved tilegnelsen av gjenstanden.»

En rekke av lovens kriterier er klarligvis også oppfylt, og studentene vil derfor ventelig raskt legge til grunn at dreier seg om å borta en gjenstand som tilhører en annen.

Det tvilsomme punktet refererer til det såkalte «subjektive overskudd» i straffeloven tyveribestemmelse, altså hvorvidt det foreligger vinnings hensikt, jf. kriteriet «uberettiget vinning». Dersom det ikke foreligger vinnings hensikt, foreligger såkalt krenkelse av eiendomsrett (strl. § 392) og ikke tyveri.

I det foreliggende tilfelle mener Peder Ås å ha kjøpt en mangelfull klokke, og at han ved å bytte ut denne vil få en klokke som svarer til det han har krav på. Det kan da heves at Peder Ås sin handling representerer en type ulovlig selvtækt, og ikke et tyveri. Dette har også en viss støtte i rettspraksis, jf. Rt. 1994 s. 1521. Se også Andenæs, Spesiell strafferett med formuesforbrytelsene s. 321 med videre henvisninger.

Det er fullt ut forsvarlig å hevde at Peder Ås ikke hadde til hensikt å skaffe seg en uberettiget vinning, og denne løsning er antakelig også den som harmonerer best med praksis og teori. Studenter som kommer til at selve oppgjørsmåten innebærer en form for uberettiget vinning, må på den annen side heller ikke trekkes for mye for det, og resonnementet ellers er godt.

3.3 Foreligger grovt tyveri?

Studentene må her finne frem til straffeloven § 258, som lyder:

«Grovt tyveri straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 år. Medvirkning straffes på samme måte.

Ved avgjørelsen av om tyveriet er grovt skal det særlig legges vekt på om tyveriet er forøvd ved innbrudd (§ 147, første ledd) eller fra person på offentlig sted, om gjerningsmannen har vært forsynt med våpen, sprengstoff eller lignende, om tyveriet gjelder en betydelig verdi eller om gjerningen av andre grunner er av særlig farlig eller samfunnsskadelig art.»

Som det fremgår av annet led, beror bedømmelsen av om tyveriet er grovt eller ikke på en sammensatt vurdering. I dette tilfellet er tyveriet begått på en innbruddsliknende måte på nattestid fra butikklokalet. Det viser seg at klokken har en langt høyere verdi en antatt av Peder Ås. En verdi på kr. 25 000 vil isolert sett trekke i retning av at man står ovenfor et grovt tyveri.

I det foreliggende tilfelle foreligger en faktisk villfarelse som må bedømmes etter straffeloven § 42, som lyder:

«Har nogen ved Foretagelsen af en Handling befundet sig i Uvidenhed angaaende Omstændigheder ved denne, der betinger Strafbarheden eller forhøier Strafskylden, bliver disse Omstændigheder ikke at tilregne ham.

Saafremt Uvidenheden selv kan tilregnes som uagtsom, kommer i de Tilfælde, hvor Uagtsomhed er strafbar, den derfor bestemte Straf til Anvendelse.

Det ses bort fra uvitenhet som følge av selvforskyldt rus. I slike tilfeller blir gjerningsmannen bedømt som om han var edru.

Vildfarelse med Hensyn til en Gjenstands Værdi eller til det Beløb, hvortil en voldt Skade maa ansættes, kommer alene i Betragtning, hvor Strafbarheden betinges deraf.»

Som utgangspunkt skal en gjerningsperson bedømmes ut fra sine faktiske forestillinger på gjerningstidspunktet, jf. strl. § 42 første ledd. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid i bestemmelsens fjerde ledd, der det fremgår at villfarelser om en gjenstands verdi kun kommer i betraktning dersom straffbarheten er betinget av villfarelsen. I den foreliggende sak er dette i utgangspunktet ikke tilfelle, hvorvidt klokken er verdt 40000 eller 25 000 er primært et spørsmål om subsumpsjon under hhv. straffeloven § 257 eller straffeloven § 258, og skal da ikke tas i betraktning.

Enkelte studenter vil muligens hevde at villfarelsen også er av betydning for straffbarheten, ettersom korrekt verdsettelse av klokken på tyveritidspunktet også ville gitt Ås vinnings hensikt. Den som argumenterer på dette vis vil kunne hevde at det må ses bort fra villfarelsen etter strl. § 42. Et slikt resonnement må også godtas. Jeg legger uansett til grunn at de som måtte komme til å problematisere dette aspekt er blant de beste.

De studenter som forutsetter at det foreligger vinnings hensikt, vil antakelig også legge til grunn av villfarelsen mht. klokken verdi ikke skal tas i betraktning, jf. straffeloven § 42 fjerde ledd. Men dette synspunkt er altså mulig å problematisere.

3.3 Vurdering

Oppgaven reiser både enkle og kompliserte problemstillinger som gjør at det formodentlig vil være mulig å skille mellom de sterke og de mindre sterke kandidatene. Studentene bør ta utgangspunkt i den objektive gjerningsbeskrivelse i strl. § 257, for deretter å si noe om de subjektive elementer som må til for å statuere straffbart tyveri, herunder kravet til subjektivt overskudd.

4. Tiltalen mot Lars Holm

4.1 Innledning

Lars Holm ble tiltalt for I) tyveri eller forsøk på tyveri av diamantsmykket fra gullsmed Blanch og II) forsøk på hvitvasking av utbytte fra tyverihandling ved at diamantsmykket (gullarmbåndet) ble forsøkt solgt til Peder Ås (straffeloven § 317). Disse to tiltaleposter og de problemstillinger de reiser, behandles nedenfor i punktene 4.2 og 4.3.

4.2 Kan Lars Holm straffes for tyveri eller forsøk på tyveri av diamantsmykket fra gullsmed Blanch?

Under dette tiltalepunktet må studentene igjen drøfte hvorvidt vilkårene i straffeloven § 257 er oppfylt. I denne sammenheng må studentene vurdere hvorvidt tyveriet er fullbyrdet eller ei. Dersom tyveriet ikke er fullbyrdet, vil det kunne være aktuelt å vurdere hvorvidt det foreligger såkalt straffriende tilbaketreden fra tyveri.

Mange studenter vil antakelig drøfte hvorvidt det foreligger et straffbart forsøk. Det er liten tvil om at Holms handlinger i sum overskrider den nedre grensen for forsøk. Studentene må her trekke inne inn ordlyden i straffeloven § 49. Studentene bør videre drøfte hvorvidt det foreligger et såkalt straffriende tilbaketreden fra forsøk, jf. straffeloven § 50. Studentene vil i denne forbindelse antakelig drøfte hvorvidt det foreligger et såkalt fullendt eller ufullendt forsøk. Det kan argumenteres i begge retninger i det foreliggende tilfelle, og det er derfor ikke viktig hva studentene her faller ned på. Dersom man står ovenfor et forsøk, vil antakelig Holms handlinger eventuelt kvalifisere som straffriende tilbaketredelseshandlinger.

Mange studenter vil formodentlig drøfte hvorvidt man står ovenfor et fullbyrdet tyveri. I så fall er det etter alminnelig lære ikke noe forsøk å tre tilbake fra. Det er videre slik at fullbyrdelsesterskelen for tyveriforbrytelsen i praksis settes svært lavt, slik at det kan hevdes at man i det foreliggende tilfelle kan sies å foreligge fullbyrdet tyveri.

Oppgaven fremstår som vanskelig, og det er flere måter å løse den på. For studenter som starter med å drøfte fullbyrdelse, vil kunne miste hele tilbaketredelsesproblematikken ovenfor. Dette må aksepteres. Det avgjørende er at besvarelsen fremstår som fornuftige på sine egne premisser.

5. Kan Lars Holm straffes for forsøk på hvitvasking av utbytte fra tyverihandling ved at diamantsmykket (gullarmbåndet) ble forsøkt solgt til Peder Ås (straffeloven § 317).

Studentene må her finne frem til det såkalte selvvaskingsalternativet i straffeloven § 317 annet ledd, som kom inn i loven i 2006. Tidligere var det lovgivers forutsetning av man ikke kunne straffes for hvitvasking av utbytte for egne straffbare handlinger. Det er lovgivers uttrykkelige forutsetning at man nå kan straffes for både tyveri og hvitvasking av utbytte fra tyveriet. Oppgaven utfordrer dette synspunktet ved at tyverihandlingen og hvitvaskingshandlingen nær sammenfaller i det ytre. Enkelte studenter kan da tenkes å stille spørsmål ved om det for det foreliggende tilfelle foreligger en type konkurransliknende situasjon. Hva dette eventuelt leder til, er uklart, og bare de aller beste studentene kan forventes å få noe ut av problemstillingen. Det må være helt greit å kort konstatere at bestemmelsene kan anvendes side om side, slik lovgiver har lagt opp til.

6. Vurdering

Oppgaven fremstår som både omfattende og kompleks, og det må antakelig utøves en type mildhet ved sensuren for å kompensere for dette. Jeg har ikke rettet noen oppgaver, men vil innta eventuelle korreksjoner til denne foreløpige veiledning på sensormøtet.

Med vennlig hilsen

Alf Petter Høgberg

Sensorveiledning JUS4211 del 2

Oppgave - Tvisten om lokalisering av Dunch-museet

Læringskrav

Studenten skal ha god forståelse av:

- Metodespørsmål i sivilprosessen, herunder bruk av rettspraksis og internasjonale rettskilder
- Forholdet mellom alminnelige sivilprosessuelle mål og prinsipper, og enkeltregler i lovgivningen
- Sivilprosessen som partsprosess, med særlig vekt på reglene om kontradiksjon og partenes disposisjon
- Domstolenes organisering og sammensetning, med vekt på prinsippet om domstolenes uavhengighet og regler om inhabilitet
- Muntlighet, umiddelbarhet og offentlighet
- Hvilke saker som kan bringes inn for domstolene og vilkårene for å gjøre det
- Reglene om forberedelse og gjennomføring av allmennprosessen og småkravprosessen, hvilket grunnlag retten kan bygge avgjørelsene på, og reglene om avgjørelsene og deres virkning
- Reglene om komplekse saker (behandling av flere krav eller parter, samt partshjelp)
- Overprøving av rettsavgjørelser

Hovedlitteratur

- *Jo Hov*: Innføring i prosess 1 og 2 (2010), med unntak av petitavsnitt.
Stoff som bare angår straffeprosessen, hører ikke med her.

eller

- *Anne Robberstad*: Sivilprosess (2.utg., 2013). Hele boken inklusive petitavsnitt hører med til lærestoffet, unntatt notene.

og (felles for begge alternativene over)

Jørgen Aall: Rettsstat og menneskerettigheter (3. utg. 2011) kap. 17.1-17.2 og 17.5.1, 17.5.2 og 17.5.5, og kap 18. Petitavsnitt inngår ikke.

eller

Erik Møse: Menneskerettigheter (2002) kap 13.1-2 og 13.4-9. Petitavsnitt inngår ikke.

Oppgaven

- I. Habilitetsspørsmål

Oppgaven legger opp til å drøfte dommerens habilitet. De sentrale bestemmelser er domstolloven §§ 106 og 108. Å gå inn på saksbehandlingen for å avgjøre habilitetsspørsmålet (som er regulert i §§ 111 flg.) faller på siden av oppgaven.

Oppdatert litteratur om disse spørsmålene er Robberstad, *Sivilprosess* (2. utg., 2013) s. 31 – 33, Hov, *Innføring i prosess I*, s. 161 – 162, Skoghøy, *Tvisteløsning*, s. 145 – 185 og Bøhn, *Domstolloven – kommentarutgave* (2. utg., 2013), s. 366 flg. Det finnes omfattende rettspraksis om habilitetsreglene. Kandidatene kan ikke forventes å kjenne detaljert til praksis. Primært blir det derfor spørsmål om å identifisere problemstillingene og forankre drøftelsene av dem i de rette lovbestemmelsene.

Det er naturlig først å drøfte de ulike forhold som kan ha betydning for habilitetsvurderingen hver for seg.

Vennskap på Facebook mellom dommeren og kommuneadvokaten kan antagelig ikke vurderes strengere habilitetsmessig enn vennskap ellers. Det at advokaten og dommeren er i samme vennskapskrets – som her er meget vid med 300 personer – kan neppe anses som en særegen omstendighet som leder til inhabilitet etter § 108. Rettspraksis viser at det skal temmelig mye til før en dommers bekjentskap eller vennskap med en prosessfullmektig leder til inhabilitet, se Bøhn s. 441-442 og Skoghøy s. 175 – 176. Også uten nærmere kjennskap til rettspraksis bør kandidatene relativt raskt komme frem til at bekjentskap i en så vid krets ikke kan være inhabiliserende.

Slektskap mellom dommeren og en prosessfullmektig er regulert i domstolloven § 106 nr.7. Kandidatene bør finne frem til denne bestemmelsen og se at slektskap som fetter/kusine faller utenfor det som leder til inhabilitet. Det slektskap som har bestått i et tidligere ekteskap med kommuneadvokatens kusine er fjernere og faller derfor også utenfor. Gode kandidater vil gå videre for å drøfte om det likevel kan være "særegne omstendigheter" etter § 108. Her må det da trekkes inn at avgrensningen i § 106 nr. 7 beror på et bevisst valg av lovgiver (det ser man ved å sammenligne nr. 7 med nr. 2, som rekker videre). Det må derfor ha formodningen mot seg at det fjerne/tidligere slektskapet kan lede til inhabilitet etter § 108 med mindre det foreligger andre forhold i tillegg. Se nærmere Bøhn s. 425 – 427 og Skoghøy s. 173. At dommeren og kommuneadvokaten av og til møtes på T-banen kan klarligvis ikke være tilstrekkelig til å sette dette i noe annet lys.

Spørsmålet blir etter dette om det skal foretas en *samlet vurdering* av Facebook-venskapet og slektsrelasjonen gjennom det tidligere ekteskapet. Høyesterett er ikke helt konsistente i tilnærmingen. Dette er det redegjort for i en omfattende merknad på Lovdata fra Anders Bøhn.¹ Det kan ikke forventes at kandidatene er kjent med dette.

¹ <http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftrmrk?04&hr-2013-13-u&/app/online/www/docroot/lex/avg/hrstr/hr-2013-00013-u.html&>

Selv om det foretas en samlet vurdering må det etter mitt syn være en ganske sikker konklusjon at dommeren ikke er inhabil som følge av disse to forholdene. Det er antagelig ganske utbredt med Facebook-vennskap overfor personer man har en eller annen slektsrelasjon til, uten at det er uttrykk for at relasjonen er noe tettere eller mer utbredt.

Etter dette må *betydningen av dommerens tidligere advokatpraksis* i Opphavsrett, som ble kjøpt opp og derved videreført gjennom Kunstadvokatene, drøftes. Dette faller utenfor § 106. Dommerens advokatpraksis ligger fire år tilbake i tid. Kandidatene må drøfte om dette er "særegne omstendigheter". Om kandidatene ikke er kjent med praksis eller litteratur må de bruke et godt skjønn i drøftelsene. Det er vel kjent at mange dommere kommer fra praksis som advokater og at dette ikke medfører at de for all fremtid er forhindret fra å håndtere saker med advokater fra sitt tidligere advokatfirma. Fire år er en temmelig lang periode. Skoghøy, s. 185, mener en karantenetid på et år normalt bør holde og viser samme sted til at etter Høyesteretts någjeldende praksis skal det gå tre år før en dommer som tidligere har vært advokat, kan delta ved behandlingen av saker med prosessfullmektig fra samme firma. Her er det tre år siden dommeren sist var på advokatfirmaets sommerfest. At dommeren fortsatt inviteres til sommerfestene kan neppe inhabilisere ham. Det er ikke grunn til å gå inn på hvilken betydning det hadde hatt om han hadde deltatt på de seneste sommerfestene eller årsakene til at han ikke hadde deltatt.

Dommerens *bemerkning om at dette "måtte oppveie eventuelle habilitetsproblemer knyttet til kommuneadvokaten"* bør tas opp, men avvises. Foreligger det først forhold som medfører inhabilitet i forhold til en part, kan ikke det repareres ved at dommeren også er inhabil overfor motparten.

At dommeren selv er *kunstinteressert* og har et *Dunch-trykk* på veggen, må være helt uten betydning for vurderingen av habiliteten. Kandidater som legger vekt på dette forholdet bør antagelig trekkes for det.

Domstolloven § 108 annet punktum kan tas opp. Det skal tillegges vekt om en av partene har krevet at dommerne skal vike sete. I tvilstilfeller er det et argument som kan få betydning. I dette tilfellet har ingen av partene (så langt i alle fall) krevet at dommeren skal vike sete. Det kan være et pluss om kandidaten får frem nettopp denne forskjellen mellom å ta opp et habilitetsspørsmål for avklaring og det å kreve at dommeren viker sete.

II. Prosessuelle spørsmål ved bruk av kartet

Poenget med å vise kartet med Dunchs påtegning er antagelig å få frem at Dunch selv hadde en klar oppfatning av hvor museet skulle plasseres. Å bruke kartet på denne måten blir derved å føre et bevis for testators vilje. Det går utenfor rammen for hjelpedokumenter som følger av tvisteloven § 9-14 annet ledd annet punktum.

Når hovedforhandlingen er kommet så langt at arvingenes prosessfullmektig får ordet til prosedyre, skal bevisførselen være avsluttet. Se tvisteloven § 9-15 sjette ledd og sjuende ledd.

Oppgaven skal antagelig forstås slik at kartet, fordi prosessfullmektigen anså det for et hjelpedokument, ikke tidligere var påberopt som bevis i saken. I så fall blir det også spørsmål om preklusjon etter tvisteloven § 9-16. Oppgaven gir ikke tilstrekkelig opplysninger til å foreta en nærmere drøftelse av denne bestemmelsen.

Anførselen om at bruk av kartet er i strid med muntlighetsprinsippet sikter antagelig til de begrensninger som gjelder for bruk av skriftlige vitneerklæringer. Adgangen til å bruke slike erklæringer var tidligere nokså sterkt begrenset etter tvistemålsloven § 197 hvis erklæringen var avgitt i anledning saken. I tvisteloven er denne adgangen myket betraktelig opp gjennom § 21-12 annet ledd. Men Dunchs påtegning faller utenfor rammen av § 21-12 annet ledd – og de vilkår som der gjelder etter annet punktum – fordi den ikke er avgitt i forbindelse med rettssaken. Påtegningen må ses på som andre dokumentbevis, jf. tvisteloven kapittel 26.

Det kontradiktoriske prinsipp fremkommer bl.a. av tvisteloven § 1-1 annet ledd første strekpunkt, § 11-1 tredje ledd og § 9-15 åttende ledd. Om kommunen gis adgang til å imøtegå det nye beviset før saken tas opp til doms, vil kontradiksjon kunne ivaretas. En slik imøtegåelse vil imidlertid kunne medføre behov for undersøkelser for ev. å fremskaffe motbevis (kanskje Dunch i andre sammenhenger hadde antydnet andre plasseringer av museet?). Alternativet må være at retten erklærer at den ikke aksepterer fremleggelse av kartet i saken og at retten derfor vil se bort fra det. Det skjer noen ganger at dommere først må ta stilling til om et bevis skal tillates, og ifm. med det må sette seg noe inn i beviset, før det nektes ført og tas ut av saken. Ulempen er imidlertid at skaden på et vis kan være skjedd allerede ved at dommerens underbevissthet kan være preget av argumentet. Den beste løsningen i praksis er derfor antagelig at sakens avslutning utsettes slik at kommunen får noe tid til å søke etter og ev. føre motbevis på det aktuelle punktet.

Oppgaven inviterer for så vidt ikke kandidatene til å konkludere mht. hvilken fremgangsmåte retten bør velge for sluttbehandling av saken. Kandidatene må imidlertid få frem at det ikke er adgang til å komme med nye bevis i prosedyren, og at retten må sørge for at motparten får anledning til å imøtegå den nye bevisførselen før saken tas opp til doms.

Habilitetsspørsmålene er relativt oversiktlige, med reservasjon for om det skal foretas en samlet vurdering eller ikke under § 108. Kandidater som ser det problemet kan belønnes. Løsningene av habilitetsspørsmålene virker ganske klare.

I den siste delen blir det mer spørsmål om kandidatene klarer å ha en praktisk tilnærming til hvordan en overraskende utvikling under prosedyren kan håndteres.