

**KOMMUNSEKTORENS ORGANISASJON - KS ADVOKATENE - Advokater MNA**

Tor Allstrin - områdedir.
Elisabeth Aasheim
Kristine Røed Brun
Gry Brandshaug Dale
Mårten Brandsnes Faret
Øyvind Gjelstad
Solfrid Vaage Haukaas

Anne-Lise Hellebostad
Beatrice Dankertsen Hennyng
Hakon Huus-Hansen
Erna Larsen
Frode Lauareid (H)
Andreas Dag Nilsen
Øyvind Renslo

Jostein Selle
Johan Nyrerød Spiten - avd.dir.
Cecilie R. Sæther
Siri Tofte
Hege Torvbråten
Kristine Vigander
Geir S. Winters

Sabrina Becher (adv. sek.)
Kjersti Benum (adv. sek.)
Stina Berg Nielsen (adv. sek.)
Stig Dahlsveen (adv. sek.)
Linda Hansen (adv. sek.)

H = møterett for Høyesterett

Ørland kommune
Att.: Emil Raaen
Postboks 401
7129 BREKSTAD

Vår referanse: 19/02640-1
Ansvarlig advokat: Frode Lauareid
Deres referanse:

Dato: 15.10.2019

Kan val av ordfører og varaordfører skje ved skriftleg avrøysting

1. Bakgrunn

Rådmann Emil Raaen i Ørland kommune har gjeve meg i oppdrag å gjera ei vurdering av om val av ordfører og varaordfører er gyldig, slik dette vart gjennomført i konstituerande møte den 3. oktober 2019. Valet vart gjennomført ved skriftleg avrøysting og spørsmålet er om dette er ein gyldig måte å velja ordfører og varaordfører på.

Skriftleg votering skjer ved at kvar representant leverer inn ein røystesetel der det går fram kven representanten har røysta på. Røystesetelen skal berre innehalda namnet på den kandidaten eller den lista representanten røystar på. Representantane skal ikkje føra opp sitt eige namn i tillegg på røystesetelen. Ved oppteljinga vil det difor ikkje vera mogleg å finna ut korleis den einskilde representant har røysta. Valet er slik sett hemmeleg.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet har i eit brev av 27. september 2019 til Ulstein kommune uttalt at det etter ny kommunelov ikkje er høve til å gjennomføra val av ordfører og varaordfører ved skriftleg val. Departementet skriv at utgangspunktet etter både kommunelova frå 1992 og 2018 er at avrøystingar skal skje med bruk av røysteteikn i opne møte. Med dette som utgangspunkt viser departementet til at kommunelova av 1992 hadde ein regel om at kvart einskild medlem kunne krevja skriftleg avrøysting ved val og tilsetjingar. Dette var ei såkalla kodifisering (dvs. skriftleggjering) av tidlegare uskriven rett, men at denne regelen ikkje er få finna att i 2018-lova og konkluderer med at regelen difor er oppheva.

Eg deler ikkje vurderinga til departementet. Det er ikkje i tråd med juridisk metode å utan vidare konkludera med at berre fordi ein kodifisert regel ikkje vert vidareført, så er regelen oppheva.

2. Om regelen om skriftleg og hemmeleg røysting ved val og tilsetjingar

Kommunelova av 1992 § 35 regulerer korleis røysting i folkevalde organ skal gjennomførast. Departementet skriv at førearbeida seier at denne regelen er «en kodifisering av det som lenge har vært gjeldende praksis» og viser til NOU 1990:13 side 176. Paragrafen lyder slik:

§ 35. Avstemninger.

1. Vedtak treffes med alminnelig flertall av de stemmer som avgis, hvis ikke annet følger av denne lov eller av valgloven § 9-3 annet ledd. Ved stemmelikhet i andre saker enn valg er møteleders stemme avgjørende.

2. Ved behandlingen av økonomiplan eller årsbudsjett i kommunestyret eller fylkestinget stemmes det ved den endelige avstemning over forslag til økonomiplan eller årsbudsjett som helhet. Er det framsatt alternative forslag, og ingen av disse får flertall ved første gangs avstemning, stemmes det deretter alternativt mellom de to forslag som fikk flest stemmer ved denne.

3. Valg av leder og nestleder for folkevalgte organer holdes som flertallsvalg.

4. Valg av medlemmer av nemnder holdes som forholdsvalg når minst ett medlem krever det, og ellers som avtalevalg.

5. Ved valg og ansettelse kan hvert enkelt medlem kreve skriftlig avstemning.

Regelen om rett til å krevja skriftleg avrøysting ved val og tilsetjingar finn ein att i § 35 nr 5. Merk at denne føreseigna står i ein paragraf som omhandlar korleis avrøystingar skal gjennomførast og ikkje i dei paragrafane som fastset at sakshandsaming skal skje i opne møte.

Reglar om at sakshandsaming skal skje i opne møte er å finna i §§ 30 og 31, der det i § 30 nr 1 står at «[f]olkevalgte organer behandler sine saker og treffer sine vedtak i møter» og § 31 nr 1 som seier at «[e]nhver har rett til å overvære møtene i folkevalgte organer». Det fins reglar om lukking av møte, men eg går ikkje inn på desse her.

Regelen i § 35 nr 5 om retten til skriftleg avrøysting ved val og tilsetjingar er ikkje å finna att i 2018-lova, men reglane om at sakshandsaming skal skje i opne møte er vidareført i §§ 11-2 og 11-5.

Det har også vore ei kommunelov før 1992. Det var lov om styret i herreds- og bykommunene frå 1954. I § 10 finn ein at sakshandsaming skal skje i møte og i § 13 at møta skal gå for opne dører. Reglane om avrøysting finn ein i § 16, men her står ingenting om at eit representant kan krevja skriftleg og hemmeleg avrøysting ved val og tilsetjingar. Oddvar Overå skriv i si kommentarbok til kommunelova frå 1954 til § 16 følgjande på side 86:

«Gjelder det flertallsvalg, tilsettinger - derimot ikke suspensjon eller oppsving - eller innstilling til tilsettinger, har etter fast praksis hvert enkelt medlem rett til å kreve skriftlig, hemmelig stemmegivning.»

Går me tilbake til lovene om kommunestyret i byene og på landet frå 1921, finn me igjen det same. Det står i bylova § 10 (herredsstyrelova § 11) at vedtak skal fattast i møte og at møtet skal gå for opne dører, sjå høvesvis § 13 og § 14. Avrøystingsreglane står i § 16 for bylova og § 17 for herredsstyrelova.

Byråsjef Trygve Utheim i Justisdepartementet kom i 1922 med merknader til bystyrelova og herredsstyrelova. I merknader til §§ 16 og 17 seier han følgjande:

«Ved valg eller ansettelse av tjenestemenn er stillingen en annen. Efter lang tids bruk, som nu antagelig må siges å være blitt sedvanerett, må skriftlig og hemmelig stemmegivning foretas, når det forlanges av ett medlem (skrivelse av 29. oktober 1910).»

Han seier også det same som merknad til § 37 (bylova) og § 36 (herredsstyreløva), som gjeld plikta ordførar har til å handheva forhandlingane slik at dei vedtak som vert fatta er gyldige:

«Efter bestemmelsene i § 16 gjelder det forskjellige regler ved bystyrets valg og ansettelse av tjenestemenn og for de øvrige beslutninger et bystyre fattet. Det er intet til hinder for, at et bystyre ved akklamasjon kan foreta et valg eller ansette en tjenestemann, men det er tillike gammel praksis, som neppe kan endres uten ved lov, at når det forlanges av ett medlem, må skriftlig og hemmelig stemmegivning foretas (se anmerkning nr 2 til § 16). I alle andre saker er skriftlig og hemmelig stemmegivning uforenelig med lovens bestemmelser, fordi ordføreren stemme når stemmene står likt, skal gjøre utslaget.»

Eg går ikkje lenger tilbake i tida enn dette, men ser at regelen også er å finna igjen hjå andre. Eg kan her visa til forretningsorden for Stortinget, der det i § 60 står at representantane har rett til å krevja skriftlege og hemmelege avrøystingar ved val. Tilsvarande ser me til dømes i lovene for næringsorganisasjonen Norges Bondelag, sjå § 9 nr 4 bokstav g og me ser det i boka Tillitsmannen av Einar Gerhardsen, sjå nynorskutgåva frå 1980 side 43. Regelen står fram som eit heilt grunnleggjande prinsipp for alt organisasjonsliv.

3. Kvifor retten til å krevja skriftleg avrøysting ved val og tilsetjingar framleis er gjeldande

Utgangspunktet for mi rettslege vurdering er at det allereie på 1920-talet vart rekna som langvarig praksis at kommunestyremedlemmer kunne krevja skriftlege og hemmelege avrøystingar ved val og tilsetjingar. Dette var ein rett som følgde av uskriven lov og som berre kunne endrast ved ny lov.

Denne retten vart ikkje endra ved 1992-lova, men skriftleggjort (kodifisert). Spørsmålet er kva rettsfølgjer det har at regelen ikkje er å finna att i 2018-lova. Korleis ein metodisk skal løysa kva som gjeld i tilfelle som dette, har Høgsterett tatt stilling til tidlegare. Nils Nygaard skriv om dette i si bok Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgåva side 272. I HR-1993-128-A (Rt-1993-1018) var den rettslege bakgrunnen at forsikringsavtalelova frå 1930 i § 25 hadde kodifisert ein ulovfesta regel om regressrett (cessio legis). Ved ein lovrevisjon på 1980-talet vart denne regelen endra slik at det nå var reglane i skadebotlova som skulle regulera regressretten. Den gamle regelen frå 1930 var likevel ikkje å finna att i skadebotlova. Den det vart søkt regress mot meinte at regelen var falt bort og at vedkommande måtte frifinnast. Høgsterett var ikkje samd i dette og uttala på side 1020 i dommen:

«Til dette skal jeg bemerke at jeg ikke kan se at forarbeidene, som er uklare, gir bestemte holdepunkter i den retning som her er hevdet. Det finnes ingen uttalelse som direkte omtaler trafikkforsikrers regressansvar overfor tingsforsikreren. Heller ikke finner jeg at det kan trekkes noen bestemt slutning for vårt spørsmål fra bestemmelsen i § 4-4 nr 2, verken isolert eller sett i sammenheng med forarbeidene. Hadde det vært meningen å oppheve den grunnleggende regel om regress mot trafikkforsikreren uten at dette framgår av lovteksten, måtte det iallfall kreves at dette kom til uttrykk i lovforarbeidene på en utvetydig måte.»

Høgsterett er inne på det same i HR-1997-43-B (Rt-19971029). Også her var det spørsmål om retten til regress var regulert bort. På side 1036 uttaler Høgsterett dette:

«Her vil jeg peke på at det følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold. Det er avskjæring av regress som krever særskilt hjemmel.»

For at ein kodifisert regel skal reknast som oppheva, må det ut frå rettspraksis stillast krav om at lovgjevar har uttrykt dette i samband med lovgjevingsprosessen. Det har lovgjevar i dette tilfellet ikkje gjort.

Dersom ein også ser til utgangspunktet i ny og tidlegare kommunelover om at kompetansen til kommunane er negativt avgrensa, sjå § 2-1 tredje ledd, vil det krevja særskilt heimel for å avskjera kommunane frå å nytta retten til å krevja skriftleg avrøysting. Ein slik rett må haldast for å vera ein alminneleg rettsgrunnsetning i alt organisasjonsliv. Praksisen er ikkje forankra i reglane om opne møte, men i reglane om avrøysting. Det er difor i reglane om avrøysting ein i tilfelle måtte forankra at retten er oppheva. Særskilt heimel for dette er ikkje å finna i 2018-lova og regelen må difor reknast som framleis gjeldande.

4. Rettsfølgjer

Dersom ein legg til grunn rettsforståinga til departementet, oppstår spørsmålet kva som er rettsfølgjene av at ordførarvalet er gjennomført ved skriftleg avrøysting. Departementet viser her til prinsippet om at feil i saksgangen berre skal får rettsverknader dersom feilen kan ha hatt innverknad på utfallet av saka. Departementet føl opp og seier at dersom det er klart at valet hadde blitt det same også om ein hadde gjennomført valet gjennom open avrøysting, vil valet som er gjort vera gyldig.

Dersom ein derimot meiner at skriftleg og hemmeleg val kan ha gjeve eit anna resultat enn det som hadde vorte resultatet ved ei open avrøysting, kan valet vera ugyldig. I så tilfelle må det haldast nytt val og ein ny ordførar og kanskje også ein ny varaordførar vil få vervet.

Denne tilnærminga frå departementet er etter mi vurdering problematisk, i alle fall ut frå to perspektiv.

Det eine perspektivet er at resultatet hadde blitt eit anna ved ei open avrøysting. Her er ein inne på det som er grunngevinga for regelen om skriftlege og hemmelege avrøystingar ved val, nemleg at kvar representant skal få velja fritt utan påverknad frå partifeller eller andre. Dette er eit svært viktig omsyn. Lovutvalet som utarbeida forslag til kommunelova frå 1992 såg på denne regelen som ukontroversiell, sjå NOU 1990:13 kapittel 25, merknader til § 35:

«Ved forholdsvalg og flertallsvalg av mer enn én person følger det av valgformen at avstemning må skje skriftlig. Ved ansettelse og valg av enkeltpersoner vil derimot avstemning ved stemmetegn være mulig. Ved valg er det imidlertid en innarbeidet og ukontroversiell regel at et enkelte medlem kan kreve skriftlig avstemning. Ved ansettelse er vurderingen mer sammensatt, men utvalget er blitt stående ved at også her bør det enkelte medlems ønske om skriftlig avstemning respekteres. Det vil her være situasjoner hvor den anonymitet som følger av denne avstemningsmåte, vil kunne være både mest hensynsfullt overfor medlemmene og best egnet til å sikre en saklig og uhildet stemmegivning.»

Departementet fremja regelen overfor Stortinget i Ot.prp. nr. 42 for 1991-1992 og forslaget fekk tilslutning i Stortinget, sjå Innst.O. nr 95 for 1991-1992.

Det er gjennom skriftlege og hemmelege val ein får fram den eigentlege meininga i organet. Ei open avrøysting vil i større grad eksponera representantane for partidisciplin og anna påverknad. Den same grunnen til at ordinære val er skriftlege og hemmelege, gjeld også ved val av verv i folkevalde organisasjonar.

Det andre perspektivet er at etter både 1992-lova og 2018-lova, så er eit gyldig val av ordførar endeleg. Valet kan som den store hovudregel ikkje gjerast om. Dersom me legg til grunn at skriftlege avrøystingar er gyldig, vil eit omval med eit anna resultat representera eit brot på forbodet om omval av gyldig vald ordførar. Den som mister ordførarvervet på denne måten, kan reisa sak for domstolane og i tilfelle få underkjent valet av ny ordførar. Eit slikt tilfelle vil by på ei rekkje nye rettslege spørsmål.

5. Oppsummering av spørsmålet om røystereglar

Min konklusjon er at retten til å krevja skriftleg avrøysting ved val og tilsetjingar er framleis gjeldande som uskriven rett. Retten fall ikkje bort ved den nye kommunelova, av di lovgjevar ikkje klart har gjeve uttrykk for at denne retten ikkje lenger gjeld.

Ordførarar og varaordførar som er valde etter skriftleg avrøysting er etter dette gyldig valde. Valet kan ikkje lovleg gjerast om. Det har difor ingenting for seg å stadfesta valet gjennom ei open avrøysting.

6. Ytterlegare spørsmål

Ørland kommune har stilt spørsmål om feil ved val av ordførar og varaordførar har følgjer for val av kontrollutval, val av representantar til organ i KS og oppnemning av arbeidsutval, valnemnd, styre m.m.

Svaret på dette er både ja og nei. I utgangspunktet har feilen ikkje verknader for dei vala som elles er gjort. Dei er altså som utgangspunkt gyldige. På den andre sida er det slik, at til forskjell for val av ordførar og varaordførar, kan val av medlemmer til kontrollutval, KS og andre styre gjerast om. Dersom ein har valt «feil» ordførar inn i styre og utval, kan ein i ettertid gjera dette om dersom ein vil. Men valet er gyldig heilt til andre eventuelt vert valde.



Frode Lauareid
advokat

Telefon: 97 66 90 18
E-post: Frode.Lauareid@ks.no