

Eksamen gjennomføres som fire timers hjemmeeksamen. Alle hjelpemidler er tilgjengelige, blant annet pensumlitteratur og alle kilder i Lovdata Pro, herunder lovkommentarer. Studentene vil også ha tilgang til opptak og presentasjoner fra forelesningene. Valgemnet krever ikke juridiske forkunnskaper og tas av jusstudenter og andre. Dette innebærer at det ikke kan forventes forkunnskaper om juridisk metode av studentene. Det vil også kunne være forskjeller med hensyn til søkeferdigheter og bruk av de tilgjengelige kildene. Kandidatene skal ikke først og fremst prøves i kildesøk, men de tilgjengelige kildene vil kunne bidra til gode besvarelser. Når kilder brukes, skal det legges inn henvisninger.

Spørsmålene som oppgaven reiser ligger innenfor temaer som kandidatene i henhold til læringskravene skal ha forståelse av. Dette gjelder imidlertid for hovedtrekkene på de forskjellige områdene. Det kreves derfor ikke uttømmende eller svært inngående redegjørelser og drøftelser. Oppgaven gjelder flere svært sentrale forvaltningsrettslige temaer, men deler av dette kan være noe vanskelig tilgjengelig i pensum. Den antas å være relativt krevende og omfattende.

Barnevernloven og barnekonvensjonen må anses som ukjent lovstoff for kandidatene.

Oppgave I og II teller like mye.

1. Det er mye som kan sies på dette punktet, men det utgjør bare en del av oppgaven, og det som forventes er at kandidatene viser at de forstår hovedtrekkene. De bør bruke rettspraksis aktivt i framstillingen.

Domstolenes prøvingsrett har lange tradisjoner i Norge, og kan forankres i Grunnloven § 89. Domstolene prøver om forvaltningsvedtak er lovlige eller ikke. Domstolskontrollen gjelder legalitetskontroll og ikke hensiktsmessighetskontroll. Kandidatene må redegjøre for skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn. Her kan ulike terminologi brukes, for eksempel fritt skjønn og diskresjonært skjønn, poenget er at det redegjøres for begrepsbruken på en klar måte. Utgangspunktet for grensedragningen er en tolkning av kompetansebestemmelsene.

Kandidatene bør få fram at det er rettslige skranker for domstolenes prøvingsrett, men at de i tillegg kan utvise en viss tilbakeholdenhet i prøvingen.

Kandidatene bør også nevne at lovgivningen på enkelte områder utvider eller begrenser domstolskontrollen med forvaltningsvedtak. Et eksempel på utvidet domstolskontroll har vi i forvaltningsloven § 50 om forvaltningssanksjoner, der domstolene kan prøve alle sider ved vedtaket, også hensiktsmessigheten. Et eksempel på begrensning i domstolskontrollen har vi i valgloven § 13-2 fjerde ledd, der det framgår at departementets vedtak i saker om gyldigheten av kommunestyre- og fylkestingsvalg ikke kan bringes inn for domstolene.

Det er sentralt i oppgaven at domstolene prøver saksbehandlingen, faktum, lovtolkning og som utgangspunkt også subsumsjonen. De bør vise noen eksempler på at domstolene i unntakstilfeller ikke prøver subsumsjonen. Så må de også vise at domstolene som utgangspunkt ikke prøver "kan-skjønn". Samtidig er det skranker også for utøvelsen av denne typen skjønn. De bør nevne at skranker for skjønnsutøvelsen kan følge av retningslinjer i loven selv og av ulovfestet rett. De bør innom både utenforliggende hensyn,

usaklig forskjellsbehandling og grovt urimelige vedtak i redegjørelsen. De som også drøfter proporsjonalitetsprinsippet mer spesifikt, bør få pluss for det.

2. Denne delen av oppgaven krever en viss selvstendighet hos kandidatene. De finner stoff til besvarelsen i pensum, men det er ikke så lett tilgjengelig. Kandidatene bør ta utgangspunkt i maktfordelingen mellom Stortinget, forvaltningen og domstolene. Stortinget har den demokratiske legitimiteten og gir lovene. Forvaltningen er utøvende myndighet, og har også en indirekte demokratisk legitimitet. Domstolene skal kontrollere Stortinget og forvaltningen og være uavhengige og objektive. Domstolene bør derfor i begrenset grad gå inn i forvaltningens sted i kontrollen med forvaltningsvedtak.

Skrankene for domstolskontroll med forvaltningen bygger primært på at deres rolle er å prøve lovligheten av vedtak. Utformingen av lovgivningen har imidlertid betydning for hvor langt domstolene kan gå i prøvingen. I Knophs oversikt over Norges rett (2019) s. 621-622, som er pensum, er det redegjort for en utvikling fra bruk av lovbunden til diskresjonær kompetanse. Kandidatene vil kunne hente gode poenger her som kan vise at Stortinget ofte ønsker å overlate til forvaltningen å avgjøre hvilket vedtak som bør gjøres i det enkelte tilfellet, og derfor velger å gi forvaltningen diskresjonær kompetanse. Forvaltningen har ulike former for spesialisering, fagkunnskap og kunnskap om lokale og regionale forhold, som brukes i anvendelsen av forvaltningseskjønn. Når lovgiver har ønsket at visse avgjørelser skal bero på forvaltningens egne valg, enten de er av faglig eller politisk art, tilsier det at domstolenes kontroll bør være begrenset.

Selv om domstolskontrollen har begrensninger, kan den ikke avskaffes helt, se Eckhoff/Smith Forvaltningsrett s. 535. Oppgaven spør ikke om dette, men kandidater som nevner det, viser at de har perspektiv på stoffet.

II

1. Forvaltningsloven gjelder med de særregler som er fastsatt i barnevernloven, jf. barnevernloven § 6-1 første ledd. Når det gjelder spørsmålet om avlysningen av samvær var et enkeltvedtak, skal det tas utgangspunkt i forvaltningslovens definisjon i § 2 første ledd bokstav a og b. Kandidatene bør innom at enkeltvedtak er «en avgjørelse», som treffes «under utøving av offentlig myndighet», som «generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter» til «en eller flere bestemte personer». Spørsmålet her er om avlysningen av samvær var normerende, altså om det var «bestemmende for rettigheter eller plikter». Hvis ikke, vil det kunne anses som en faktisk handling.

Kandidater som finner fram til barnevernloven § 6-5, vil også kunne se i Lovdata Pro at Sivilombudet har tatt stilling til en slik problemstilling i SOM-2021-2020, og de vil kunne hente stoff til drøftelse og konklusjon der. Med alle kilder tilgjengelige vil kandidater også kunne finne fram til denne uttalelsen på andre måter. Ombudet kom til at den delen av barneverntjenestens avgjørelse som knyttet seg til stans av det framtidige samværet mellom klageren og barnet, er et enkeltvedtak. For kandidater som ser denne uttalelsen og bruker den, kreves det at de henviser til den og bruker den på riktig måte.

Det avgjørende her er at kandidatene ser problemstillingen og drøfter spørsmålet på en fornuftig måte. Mye tilsier at en stans i samværet over to måneder vil måtte anses å være bestemmende for rettigheter eller plikter. Dersom det derimot hadde dreid seg om å avverge en helt konkret voldssituasjon i det den oppstår, ville det kunne være å anse som en faktisk handling.

Kandidatene kan ut i fra pensum ikke forventes å se problemstillingen i et menneskerettighetsperspektiv, men det er nærliggende å trekke inn retten til familieliv etter EMK art. 8 og Grunnloven § 102 i dette spørsmålet. Dette trekker klart i retning av at avlysningen av samværet er et vedtak.

2. Det følger av barnevernloven § 6-5 første ledd at enkeltvedtak som barneverntjenesten har truffet kan påklages til statsforvalteren. Det følger også av forvaltningsloven § 28 at det er enkeltvedtak som kan påklages. Dersom avlysningen av samvær er en faktisk handling, vil det ikke være klageadgang. Gode kandidater bør finne fram til bestemmelsen i barnevernloven § 6-5 (som ikke er kopiert inn i oppgaven), men hovedpoenget her er at klageadgang gjelder enkeltvedtak.

Noen kandidater vil kanskje se at det etter barnevernloven § 6-5 andre ledd ikke er klageadgang til statsforvalteren for saker som etter barnevernloven kapittel 7 hører under fylkesnemnda, med mindre noe annet er sagt i loven. Barnevernloven kapittel 7 regulerer uttømmende hvilke typer akuttvedtak som hører inn under fylkesnemnda, og dette vedtaket faller ikke inn under noen av disse. Det er dermed statsforvalteren som er rett klageinstans. Det forventes ikke at kandidatene går inn på dette spørsmålet. Kandidater som ikke gjør det, bør ikke få trekk for det.

3. I spørsmål tre får kandidatene anledning til å vise forståelsen av legalitetsprinsippet.

For vurderingen kan det ha betydning om avlysningen av samværet var et enkeltvedtak eller en faktisk handling. Dette er behandlet på litt ulike måter i pensum, og kandidatene bør ha en viss frihet med hensyn til hvordan de legger opp besvarelsen på dette punktet. Legalitetsprinsippet er kommet til uttrykk i Grunnloven § 113, som sier at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov. Spørsmålet her er om avlysningen skal anses som et «inngrep». Her vil det kunne vises til rettspraksis, for eksempel Rt. 1999 s. 1517 (Selbusjøen), Rt. 1995 s. 20 (tvangsmedisinering) og Rt. 2010 s. 612 (Sårstell), der det er uttalt at legalitetsprinsippetets krav om hjemmel i lov også omfatter faktiske handlinger. Denne oppfatningen er også kommet til uttrykk i Knophs oversikt over Norges rett (2019) s. 623, som er pensum. På dette punktet trekker EMK art. 8 og Grunnloven § 102 i retning av at avlysningen er et "inngrep".

Eckhoff/Smiths Forvaltningsrett (2018) kapittel 23 er også pensum, og der er dette stoffet behandlet på en annen måte. Utgangspunktet er at det gjelder et krav om kompetanse i form av hjemmel i lov mv. for rettslige disposisjoner, og at faktiske handlinger ikke kan være normerende. Se særlig s. 356-359. Faktiske handlinger kan imidlertid være forbudt ved lov, og da kreves særskilt lovhjemmel jf. lex superior-prinsippet.

I dette tilfellet vil det være ganske klart at avlysningen av samvær krever hjemmel i lov dersom den anses som et enkeltvedtak. Dersom avlysningen anses som en faktisk handling, vil det ut i fra en «inngrepsvurdering» være grunn til å kreve hjemmel i lov, mens svaret ikke er like opplagt etter en «kompetansevurdering».

4. Hadde Pål klagerett?

Også her er utgangspunktet at forvaltningsloven gjelder med de særregler som er fastsatt i barnevernloven, jf. barnevernloven § 6-1 første ledd. Det følger av barnevernloven § 6-3 annet ledd at et barn kan opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder. Pål har fylt 15 år, og vi har ikke grunnlag for å anta at han ikke forstår hva saken gjelder. Dette tilsier at han kan opptre som part i saken. Klageadgangen følger av § 6-5 og forvaltningsloven § 28, som det er redegjort for ovenfor.

5. Ville manglende høring av Per og Pål medføre at en avgjørelse om avlysning av samvær var ugyldig?

Kandidatene må først ta stilling til om manglende høring er en feil ved vedtaket, og så hvilken virkning feilen eventuelt skal ha.

Det følger av både Grunnloven § 104, FNs barnekonvensjon art. 12 og barnevernloven § 6-3 første ledd at barn har rett til å bli hørt i saker som berører dem. Barnevernloven § 6-3 første ledd setter aldersgrensen til 7 år, og det må være ganske klart at denne retten gjelder både for Per og Pål. Det forventes ikke at kandidatene går inn i en omfattende drøftelse på dette punktet. Menneskerettens stilling i norsk rett er det redegjort for i pensum i Knophs oversikt over Norges rett § 2. Det bør telle positivt at kandidatene redegjør kort for rangordenen mellom grunnlovbestemmelsen, barnekonvensjons bestemmelse og barnevernlovens bestemmelse. Det forventes ikke at kandidatene går inn på spørsmål om mulig motstrid her. Retten til å bli hørt gjelder som utgangspunkt unntaksfritt. Riktignok kom Høyesterett i HR-2019-2301-A til at bestemmelsen i barnevernloven § 6-3 første ledd ikke kan tas helt på ordet, men denne saken gjaldt en litt annen situasjon, og dommen er kritisert, noe som også framgår i lovkommentaren til bestemmelsen i Lovdata Pro.

Pål ville også som part ha rett til forhåndsvarsel og rett til å uttale seg etter forvaltningsloven § 16. Oppfølgingen av bekymringsmeldingen kan sies å være en form for akutt-tiltak, og kandidater som drøfter om forvaltningsloven § 16 åpner for å unnlate forhåndsvarsel i dette tilfellet bør få pluss for det.

Når det gjelder virkningen av feilen, kan det spørres om denne typen feil skal ha en innvirkningsvurdering eller ikke. Den har gjort at begrunnelsen har klare mangler i dette tilfellet, og det kan anses som en feil som medfører ugyldighet uten innvirkningsvurdering. Dersom kandidatene ser det som en saksbehandlingsfeil som skal ha innvirkningsvurdering, må de gå veien om prinsippet i fvl. § 41. Det er nærliggende å konkludere med at denne feilen gjør vedtaket ugyldig.