

Høst 2017 - JUS2211 - sensorveiledning

Sensorveiledning JUS2211 Forvaltningsrett høst 2017

1. Innledning

Emnet JUS2211 omfatter fagene alminnelig forvaltningsrett (15 sp.), velferdsrett (8 sp.) og miljørett (7 sp.). Eksamensoppgaven er todelt, og består av en teorioppgave i alminnelig forvaltningsrett og en praktikumsoppgave med emner fra både alminnelig forvaltningsrett og velferdsrett. Tidsbruken er anslått til henholdsvis 2 og 4 timer.

Denne sensorveiledningen er skrevet uten å ha lest noen eksamensbesvarelser.

Når det gjelder læringskrav av betydning for oppgavens tema, nevner jeg at det i alminnelig forvaltningsrett kreves god forståelse av *blant annet*:

- Forvaltningslovens sentrale regler, særlig om anvendelsesområde, utredningsplikt, habilitet, varsling, partsøfentlighet, vedtak, underretning, begrunnelse og klage
- Kravet til rettslig grunnlag for avgjørelser (kompetanse) og faktiske handlinger (tillatelse), herunder legalitetsprinsippet
- Hjemmelstolkning og grensene for forvaltningens materielle kompetanse, herunder skillet mellom kompetanse og frihet til (ikke) å bruke den, og kravet til korrekte fakta
- Domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens konkrete lovanvendelse (subsumsjonen) og deres tilbakeholdenhet med å bruke kompetansen

I velferdsretten kreves det god forståelse av *blant annet*:

- Rettssikkerhetsgarantiene i velferdsretten
- Reglene om tvang overfor barn og foreldre og mennesker med psykiske lidelser

Hovedlitteratur i forvaltningsretten er enten Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* (10. utgave, 2014) eller Graver: *Alminnelig forvaltningsrett* (4. utgave, 2015). I velferdsretten er hovedlitteraturen Kjørstad/Syse/Kjelland: *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang* (6. utgave, 2017). I tillegg er artikkelen Kjørstad/Syse: «Grunnlovsreformen og velferdsretten» (*Jussens Venner* 2014 s. 340-357) hovedlitteratur.

2. Teorioppgave 1

I teorioppgaven spørres det først om en redegjørelse for forvaltningsrettens *forbud mot vektlegging av utenforliggende hensyn*. Temaet er behandlet i Eckhoff/Smith s. 385 f. og (noe mer generelt) i Graver s. 111 f. Spørsmålet er nokså oversiktlig, og har dermed en viss karakter av å være en «kapitteloppgave». Alle bør kunne skrive noe fornuftig. Temaet er likevel ikke blant de aller enkleste.

Innledningsvis kan kandidatene gjerne plassere temaet rettslig. Det kan være grunn til å presisere at det aktuelle forbudet ofte også uttrykkes som et påbud, altså slik at forvaltningens avgjørelser må bygge på saklige hensyn. Det er to uttrykksmåter som dekker samme realitet. Derimot må det i denne oppgaven avgrenses mot hvilke hensyn forvaltningen har plikt til å ta.

I læringskravenes språkbruk må utenforliggende hensyn vel karakteriseres som en grense for forvaltningens materielle kompetanse. Noen kandidater vil kanskje si at dette forbudet gjelder helt generelt – for både rettsanvendelse og skjønnsutøvelse. Det er neppe feil, men når det gjelder spørsmålet om lovlige hensyn ved rettsanvendelsen, er det etter min oppfatning mer naturlig å plassere det i rettskildelæren. Det sentrale i forvaltningsretten er antakeligvis forbudet mot utenforliggende hensyn som en skranke for forvaltningens skjønnsutøvelse – og det er også her det har sin praktiske betydning som et eget forbud.

Teoretisk anlagte kandidater vil muligens også problematisere om dette egentlig er en skranke for forvaltningens kompetanse, eller kun en tilblivelsesnorm. Det er strengt tatt et spørsmål om terminologi. Poenget er imidlertid at forbudet mot å ta utenforliggende hensyn er et forbud som regulerer tilblivelsen, og ikke utfallet, av en avgjørelse. Dersom noen kandidater skulle ta opp dette helt kort, vil det raskt vise god innsikt, men noen lenger utlegning kan ikke forsvares.

Andre vil muligens ta opp at hensyn benyttes både om subjektive formål og objektive fakta, se særlig Eckhoff/Smith s. 385 (og Graver s. 111-112). Dette skille er ikke fremtredende i den praktiske rettsanvendelsen. Ingen av de nevnte stedene i litteraturen legger særlig vekt på sontringen, slik at det etter mitt syn heller ikke er nødvendig å ta den opp.

Det kan ikke forventes at de nevnte forholdene drøftes av kandidatene, og selv om forstandige drøftelser vil gi et pluss, bør ikke teoretiske spørsmål vies for stor plass. Det kandidatene derimot må komme inn på, er hva forbudet mot å ta utenforliggende hensyn nærmere innebærer. Et minimumskrav for å bli vurdert til bestått på dette spørsmålet må være at kandidaten ser Rt. 1933 s. 548 (Rådhusospits), som er inntatt i kandidatenes doms- og kjennessamling. Kandidatene må kunne si noe fornuftig om rettssikkerhetshensynene som ligger til grunn for forbudet mot forvaltningens vektlegging av utenforliggende hensyn. Fremstilling av temaet bør være metodisk velstrukturert og de svakere kandidatene vil sannsynligvis ikke makte å begrense seg, men bruke overdreven tid på omfattende fremstillinger som bærer preg av rene gjengivelser av utenat lært kunnskap. Disse kandidatene bør ikke trekkes for mye for dette dersom fremstillingen er innenfor det som oppgaven spør om. Overdreven tidsbruk på dette spørsmålet vil først og fremst resultere i tidsnød og svakere besvarelse av oppgavens senere spørsmål. De bedre kandidatene vil raskt vise seg ved at de gir gode eksempler, som speiler at de også kan *anvende* teorien i praksis. Den spesielle forvaltningsrett som undervises på samme semester – velferdsrett og miljørett – gir rikt med materiale. Nedenfor nøyer jeg meg med å skissere noen hovedpunkter.

Kandidatene bør få frem at hva som er saklige (og motsatt: utenforliggende) hensyn beror på en tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlaget, normalt en bestemmelse i lov eller forskrift. Slik forstår jeg både Eckhoff/Smith og Graver. Kandidatene kan gjerne gi noen eksempler på tilfeller hvor hjemmelsgrunnlaget er helt eksplisitt. Fra rettspraksis i kandidatenes doms- og kjennessamling kan også nevnes utlendingsloven § 38, som har vært tema i blant annet *Lengeværende barn I* (Rt. 2012 s. 1985). Her angir retten en del hensyn som det kan legges vekt på, men det fremgår av ordlyden at opplistingen ikke er uttømmende. Strengt tatt gir bestemmelsen likevel ingen klare holdepunkter for hvilke hensyn som er *utenforliggende*. Annerledes hadde

det vært dersom ordlyden hadde vært uttømmende. Men slike bestemmelser er i det hele tatt mer sjeldne. Dersom kandidatene likevel finner gode eksempler, bør det honoreres.

Når ordlyden ikke gir holdepunkter, må det – i samsvar med alminnelig god metode – søkes støtte i andre rettskilder. Kandidatene bør få frem at det i dette tilfellet særlig er aktuelt å vurdere lovens formål. Spørsmålet er hvilke begrensninger lovens formål setter for skjønnsutøvelsen. Det er klart at det er saklig å vektlegge forhold som bidrar til realisering av lovens formål. Derimot er det ikke gitt at det er utenforliggende å ta hensyn utenfor lovens formål. Dette omtales av og til som sidehensyn, eller sideformål. Inspirert av miljøretten bør kandidatene antakeligvis få frem at norsk rett ikke bygger på et strengt spesialitetsprinsipp, og at det dermed ofte kan bygges på hensyn som primært skal ivaretas gjennom andre lover. På enkelte områder følger dette allerede av trinnhøyere normer, slik som for miljøhensyn (Grunnloven § 112) og hensynet til barnets beste (Grunnloven § 104 annet ledd). Men det er altså sikkert at det i Norge ikke gjelder noe strengt spesialitetsprinsipp – se blant annet *Lunner Pukkverk* (Rt. 1993 s. 528) og *Bjørlo* (Rt. 1996 s. 78). På den annen side betyr ikke dette at alle formål i lovverket er relevante ved alle avgjørelser. Det må altså foretas en nærmere vurdering.

I mangel av konkrete holdepunkter i kildene vil spørsmålet om utenforliggende hensyn bero på mer alminnelige saklighetsnormer, og kandidatene må ta opp dette. Eckhoff/Smith (s. 389-390) tar utgangspunkt i at den offentlige forvaltning skal tjene fellesinteressen, noe som innebærer at avgjørelser «motivert av ønsket om å skade en fiende, hjelpe en venn eller oppnå en fordel for seg selv» da bygger på utenforliggende hensyn. Eckhoff/Smith drøfter deretter de tre kategoriene «personlige kjennetegn ved parten», «politiske hensyn» og «økonomiske hensyn». Drøftelsen illustrerer først og fremst at hvilke hensyn som er utenforliggende må vurderes for det enkelte hjemmelsgrunnlag.

I denne sammenheng bør kandidatene også få frem at det med tiden er lovfestet flere og flere alminnelige saklighetsnormer. Et eksempel er det aksessoriske diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 13. I tillegg kommer de forskjellige diskrimineringslovene 21. juni 2013, som gjør at en rekke hensyn med sikkerhet vil være utenforliggende. Også innenfor avgrensede rettsområder fins det generelle saklighetsnormer, slik som i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

De fleste kandidatene bør få frem noe av dette. Jeg antar bedre kandidater vil skille seg ut med en velstrukturert og metodisk fremstilling, som får frem de rette utgangspunktene, men også greier å illustrere teorien med eksempler.

3. Teorioppgave 2

I oppgave 2 skal kandidatene «[f]orklar[e] sammenhengene mellom forbudet mot vektlegging av utenforliggende hensyn og forbudet mot vilkårlighet i forvaltningen». Omfangsmessig vil nok dette spørsmålet ta en mindre del av teorioppgavenes estimerte tiden på to timer. Det dreier seg samtidig om en forholdsvis krevende oppgave som stiller krav til selvstendighet og forståelse, samt evne til å se sammenhengen mellom to elementer i den såkalte myndighetsmisbrukslæren som kandidatene normalt har fått presentert hver for seg. Så vidt jeg kan se er de aktuelle sammenhengene nemlig ikke beskrevet nærmere i pensum. Eckhoff/Smith

drøfter vilkårlighet på s. 398-399, mens Graver tar det opp på side 113 og på side 126. Domstolene gir av og til uttrykk for at de kan prøve om forvaltningens skjønnsutøvelse er «vilkårlig», se for eksempel *Norland* (Rt. 2012 s. 1025, avsnitt 80), men denne skranken blir sjelden nærmere definert.

Kandidatene vil derfor raskt stå seg på å gi en nærmere definisjon av vilkårlighet. Eckhoff/Smith s. 398 omtaler de rene tilfældighetsavgjørelser:

«Selv om vi ikke har noe prejudikat for det, er det klart at rene tilfældighetsavgjørelser bare kan godtas hvis loven selv bestemmer at et spørsmål skal avgjøres ved loddtrekning e.l. (se f.eks. domstoll. §§ 85 flg. om 'trekking' av meddommere mv.). Hvis det kan godtgjøres at forvaltningen verken har utøvd skjønn eller fulgt noen regel, men bare valgt resultatet på slump, må vedtaket kjennes ugyldig. Dette gjelder selv om det isolert sett ikke er noe å si på resultatet.»

Forstått slik er vilkårlighet et spesialtilfelle av det mer generelle forbudet mot utenforliggende hensyn: Utfallet av en tilfeldig øvelse er ikke et relevant hensyn ved avgjørelsen. Oppgaven er på dette punktet noe krevende, men de fleste kandidatene bør ha fått med seg denne forståelsen av vilkårlighet, og dermed kunne si noe fornuftig om spørsmålet.

I virkeligheten forekommer sjelden denne typen avgjørelser. Mer aktuelt er vilkårlighetskranken i en videre forstand. Det er særlig denne videre betydningen av vilkårlighet som har et uklart meningsinnhold, men som likevel er forutsatt å eksistere, blant annet i nevnte *Norland* (Rt. 2012 s. 1025). De beste kandidatene vil se en slik videre forståelsen av «vilkårlighet», og si noe om sammenhengen med utenforliggende hensyn. Her vil sammenhengen naturlig nok bero på hvordan man definerer vilkårlighet. For min del antar jeg man her sikter til at sentrale faktiske forhold er oversett, eller at pliktige hensyn ikke er vurdert. Det er vel primært det siste som har selvstendig betydning. Skranken har slik sett sammenheng med Høyesteretts krav til at skjønnet må være «tilstrekkelig bredt og saklig», se *Lengeværende barn I* (Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 142). Se også premiss 61 i drosjeløyvesaken i Rt. 2014 s. 310 som også er inntatt i doms- og kjennelsessamlingen. Med denne forståelsen er det mindre sammenheng med kriteriet «utenforliggende hensyn». Snarere er det en sterk sammenheng med motstykket – altså spørsmålet om hvilke hensyn forvaltningen har plikt til å ta.

Kandidater som besvarer oppgaven gjennom å gi en teoretisk fremstilling av forbudet mot vilkårlighet, men som ikke makter å knytte dette opp mot forbudet mot vektlegging av utenforliggende hensyn, kan ikke sies å besvart oppgaven på en tilfredsstillende måte. Det samme vil gjelde kandidater som ikke makter å se andre sammenhenger mellom disse to skrankene i forvaltningens kompetanse enn at de begge utgjør elementer i den såkalte myndighetsmisbrukslæren, eller at de begge tar sikte på å ivareta generelle rettssikkerhetshensyn. Kandidater som derimot klarer å se at både forbudet mot vektlegging av utenforliggende hensyn og forbudet mot vilkårlighet knytter seg til de hensyn som forvaltningen kan vektlegge i lys av myndighetsutøvelsens kompetansegrunnlag, vil fort komme inn på hensynet til forutberegnelighet. Kandidater som på en slik måte klarer å foreta en spesifisering av hensynet til rettssikkerhet må få honnør for dette.

4. Oppgave a)

Det første spørsmålet er om vilkårene for tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 nr. 3, 4 og 7 er oppfylt. Tidsaspektet gjør det ikke aktuelt med noen inngående drøftelse. Hovedformålet med oppgaven må derfor være å kontrollere at kandidatene har en grunnleggende forståelse av de sentrale vilkårene for tvungent psykisk helsevern. Jeg viser til gjennomgangen i Kjønstad, Syse og Kjelland 2017 s. 487 f. (punkt 10.6.7).

For det første må det såkalte grunnvilkåret være oppfylt, jf. phvl. § 3-3 nr. 3, nærmere bestemt må det foreligge en «alvorlig sinnslidelse». Psykosetilfellene er i kjernen av lovens vilkår, se om dette Kjønsstad, Syse og Kjelland 2017 s. 489-491, slik at kandidatene bør ha fått med seg dette. Oppgavens begrensede faktum legger ikke opp til at kandidatene skal foreta en bred drøftelse av hvorvidt det foreligger en psykose, og det må derfor vises forståelse for kandidatene som legger til grunn at vilkåret om «alvorlig sinnslidelse» er oppfylt gjennom en henvisning til sakkyndigvurderingen som foreligger i saken. Tatt i betraktning oppgavens begrensede faktum på dette punktet, kan det heller ikke forventes for mye av kandidatene som faktisk begir seg inn på drøftelse av «alvorlig sinnslidelse». Ved rettsanvendelsen må man i praksis benytte seg av sakkyndighet (tingretten vil være satt med fagkyndig meddommer, se tvisteloven § 36-4). Helst bør det imidlertid fremgå av kandidatenes drøftelse at det er en del av rettens overprøving å vurdere om riktig diagnose er stilt, altså om det foreligger en psykose. Peders oppfatninger kan tilsi en psykose, men det er vel ikke gitt. Noen kandidater problematiserer muligens grensen mellom rusutløste psykoser og de såkalte primærpsykosene, ettersom det er opplyst at Peder reagerte dårlig på sin jevnlige bruk av narkotiske stoffer. Også her gir faktum imidlertid få holdepunkter for noen inngående drøftelse. Konklusjonen må derfor anses åpen – begge løsninger kan etter mitt skjønn forsvares.

For det andre må ett av de alternative tilleggsvilkårene i § 3-3 være oppfylt, enten behandlingskriteriet (forbedrings- eller forverringsalternativet), eller farekriteriet. Loven bestemmer at tvungent psykisk helsevern må være:

«... nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen enten

- a) får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret, eller
- b) utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse.»

Kriteriene er behandlet i Kjønsstad, Syse og Kjelland 2017 s. 491-494.

Det er ikke holdepunkter for at Peders situasjon har bedret seg siden innleggelsen (det skal altså foretas en nåtidsvurdering, både av kontrollkommisjonen og tingretten). Dermed synes forverringsalternativet lite aktuelt, ettersom det er få holdepunkter i faktum for at Peder vil oppleve en «vesentlig forverret» tilstand uten tvungent vern. Dette kriteriet kan derfor behandles svært kort.

Forbedringsalternativet innebærer at vedkommende må få «sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert» uten tvungent psykisk helsevern. Det må altså foreligge en mulighet for «helbredelse eller vesentlig bedring». Det er mulig å behandle psykoser, blant annet gjennom samtalebehandling, kognitiv terapi og/eller medikamenter. I prinsippet er det derfor lett tenkelig at vilkåret er oppfylt. Det sentrale spørsmålet er imidlertid hvordan Peder vil reagere på behandlingen, og her har kandidatene begrenset med holdepunkter. Jeg antar begge løsninger også her er forsvarlig, gitt opplysningene i faktum. Jeg er for min del tilbøyelig til å mene at vilkåret er oppfylt (men helhetsvurderingen vil tale mot bruk av tvang, se nedenfor).

Kandidatene bør også drøfte farekriteriet. Det er alternativet «andres liv eller helse» som er aktuelt. I praksis benytter man her ulike former for farlighetsvurderinger / voldsrisikovurderinger, så heller ikke for dette kriteriet vil kandidatene ha gode forutsetninger for å foreta selve subsumsjonen. Men de bør gjerne peke på at fare-

kriteriet omfatter både fysiske og psykiske skader, og at det må dreie seg om skader utover det rent bagatellmessige, og som får mer håndgripelige følger (jf. Ot.prp. nr. 11 1998-99 s. 81). Selve subsumsjonen må altså lene seg tungt på faglige vurderinger. Men lovens kriterium er altså «nærliggende og alvorlig» fare. I dette tilfellet foreligger det ingen kjent voldshistorikk, og psykosen kan antakeligvis ikke sies å være meget fremtredende. Jeg er da tilbøyelig til å anta at vilkåret ikke er oppfylt. I motsatt retning trekker selvsagt Peders uttrykte aksept av å bruke vold, også mot «uskyldige» hvis det er nødvendig, samt hans kjente rushistorikk. Etter min mening blir det imidlertid noe tynt.

Kandidatene kan gjerne også konkludere når alle tre tilleggskriterier er drøftet. Det holder som nevnt at ett av disse er oppfylt.

For det tredje må det ferske kravet til manglende samtykkekompetanse, jf. phvl. § 3-3 nr. 4, være oppfylt. Dette trådte i kraft først 1. september 2017, men er kort omtalt i Kjørstad, Syse og Kjelland 2017 s. 494. Kandidatene bør få frem at dette vilkåret ikke gjelder dersom det er «fare for eget liv eller andres liv og helse». All den tid spørsmålet om hvorvidt farekriteriet er oppfylt fremstår som noe uklart, bør spørsmålet om samtykkekompetanse også drøftes dersom kandidatens skal gis full uttelling, om subsidiært, og da under den forutsetning at tvangen bygger på behandlingsskriteriet. I dette tilfellet har en psykiater, Marte Kirkerud, truffet avgjørelse om at Peder manglet samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3, se bestemmelsens annet ledd:

«Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

Psykiaterens avgjørelse er selvsagt ikke bindende for retten. Spørsmålet er om Peder «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Vilkaeret er altså ganske strengt. I praksis vil det oftere være aktuelt i tilfeller hvor tvangen bygger på forverringskriteriet, fordi pasienten da også oftere vil vurderes som godt behandlet. I dette tilfellet må tvangen eventuelt bygge på forbedringskriteriet. Spørsmålet om samtykkekompetanse må imidlertid vurderes konkret, også i disse tilfellene – og det skal vurderes konkret mot den helsehjelpen som er aktuelt å gi. Det sentrale er om vedkommende kan ta en beslutning som ikke i for stor grad er påvirket av den psykiske lidelsen. Også her er konklusjonen etter mitt syn ikke gitt. På den ene siden er det relevant å legge vekt på at Peders psykotiske symptomer som nevnt ikke kan sies å være meget fremtredende. På den andre siden synes Peders holdning til behandlingen alene å skyldes at han mener ikke å ha noen psykisk lidelse. Dette siste tilsier at kriteriet er oppfylt, selv om Peder synes nokså velfungerende. Gitt det strenge kravet («åpenbart»), antar jeg for min del av vilkåret om manglende samtykkekompetanse i dette tilfellet ikke er oppfylt – Peder er samtykkekompetent og det er ikke grunnlag for tvang. Men løsningen er altså ikke opplagt, og det sentrale må være drøftelsen.

For det fjerde må kandidatene foreta den såkalte helhetsvurderingen, jf. phvl. § 3-3 nr. 7. Helhetsvurderingen er omtalt i Kjørstad/Syse/Kjelland s. 496-500. Denne vil variere med om farekriteriet er oppfylt, slik også ordlyden bestemmer, men det skal i alle tilfeller foretas en helhetsvurdering. Kandidatene bør få frem at det i utgangspunktet er et krav til at tvungent psykisk helsevern er den klart beste løsningen for vedkommende.

Det følger av annet punktum at det skal legges «særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende». I dette tilfellet er samtalebehandlingen ikke særlig inngripende (tvungent vern uten døgnopphold – med oppmøte tre ganger i uken), men det er også fattet vedtak om tvangsmedisiner. Det siste må regnes som relativt inngripende, sett hen til hvordan antipsykotiske medisiner fungerer. Ved den konkrete subsumsjonen bør det etter mitt syn tas utgangspunkt i den andre siden av avveiningen, nemlig at Peder synes relativt velfungerende. Det er ikke holdepunkter for noe annet, og det er da også begrenset hva man kan oppnå med tvungent psykisk helsevern. Når det ikke er aktuelt med noe ytterligere funksjonsfall, kan helhetsvurderingen etter mitt syn vanskelig være oppfylt. Også her må kandidatenes drøftelse være avgjørende, men det bør kreves noe mer av en drøftelse som konkluderer med at helhetsvurderingen tilsier tvang. Helhetsvurderingen skal være reell, og det er altså krav til en kvalifisert overvekt av hensyn.

5. Oppgave b)

Spørsmålet i oppgave b) er i hvilken utstrekning Lillevik tingrett kan overprøve kontrollkomisjonens vurderinger.

Kandidatene må her finne frem til tvisteloven § 36-5 (3), som innebærer at retten kan prøve alle sider av saken. Det innebærer at domstolene prøver alle vilkårene for tvungent psykisk helsevern, herunder også helhetsvurderingen i phvl. § 3-3 nr. 7.

Bestemmelsen er en viktig rettssikkerhetsgaranti når det offentlige anvender tvang. Den er omtalt i Kjønsstad/Syse/Kjelland s. 546, og må forventes kjent. Oppgaven har derfor karakter av kontrollspørsmål og overdreven problematisering av dette spørsmålet vil lett kunne resultere i tidsnød ved besvarelsen av oppgavens senere spørsmål

6. Oppgave c)

I oppgave c) er spørsmålet om Lisa Holm var inhabil til å behandle klagen fra Peder Ås. Holm er medlem av kontrollkomisjonen. For fire år siden hadde hun vært kollega med psykiateren Ghani. De møttes stadig på konferanser og andre faglige tilstelninger, men privat hadde de lite kontakt. Det er også vist til at Holm i sin tid hadde vært veileder for Marte Kirkerud, psykiateren som vurderte spørsmålet om samtykkekompetanse.

Det antas at det kun er de færreste kandidatene som vil finne frem til henvisningen til domstolovens inhabilitetsregler i phvl. § 6-4 syvende ledd. Kandidater som i stedet bygger drøftelsen på forvaltningslovens inhabilitetsregler, jfr. phvl. § 1-6, kan derfor ikke trekkes for dette. Ingen av alternativene i domstolloven § 106, som er sammenfallende med forvaltningsloven § 6 første ledd, er oppfylt. Det rettslige utgangspunktet er derfor domstolloven § 108, som er sammenfallende med forvaltningsloven § 6 annet ledd. Noen kandidater vil kanskje inngi seg på en nærmere tolkning og subsumsjon av lovens kriterium, altså om det foreligger

«andre særegne forhold (...) som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». Det er etter min oppfatning ikke nødvendig, og vil, under omstendighetene, også kunne fremstå som lite skjønnsomt.

Etter gjeldende rett må det nemlig være temmelig klart at det skal svært mye til før denne type kollegiale og profesjonelle relasjoner medfører inhabilitet. Rettstilstanden er dekkende gjengitt i Lovavdelingens uttalelse 2. juli 2008 (JDLOV-2008-2965):

«Utgangspunktet er at et kollegialt forhold normalt ikke fører til inhabilitet. Vi viser her til Frihagen, op.cit. s. 346, jf. s. 340. Det gjelder etter vårt syn som utgangspunkt selv om samarbeidet strekker seg over lang tid og er omfattende. Bare hvis samarbeidet er særlig nært og omfattende, kan det bli spørsmål om inhabilitet av den grunn alene. Selv i slike tilfeller vil det helst være slik at det må foreligge andre tilknytningsmomenter eller interesser i tillegg til det kollegiale forholdet, før det er aktuelt å konstatere inhabilitet.

I arbeidsforhold vil samarbeidet ofte føre til en viss kontakt utenfor arbeidssituasjonen. Sosial kontakt som ikke går ut over det som er vanlig i kollegiale forhold, medfører ikke inhabilitet. Bare hvis den sosiale omgangen utvikler seg til et personlig vennskapsforhold, får dette særlig betydning, og da er det først og fremst selve vennskapsforholdet som har betydning. I praksis er det antatt at det bare er nært vennskap og skarpt og direkte motsetningsforhold som i seg selv kan føre til inhabilitet. Vanlig godt bekjentskap og samarbeid leder ikke til inhabilitet. (...)»

Kandidatene kan selvsagt ikke forventes å kjenne denne uttalelsen. Men drøftelsen i Graver s. 306-307 bør vise at vi her er nokså langt unna inhabilitet, og i Eckhoff/Smith s. 211 er det helt uttrykkelig sagt at man ikke blir inhabil fordi man er arbeidskamerater eller kolleger. Inhabilitetsreglene er dessuten sentrale i forvaltningsretten. Drøftelsen kan derfor med fordel gjøres kort. Kandidater som derimot kommer til samme konklusjonen og alene basert på at Holms avgjørelse i saken ikke kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for Holm selv eller noen som hun har nær personlig tilknytning til, må kunne forvente et betydelig trekk.

Kandidater som viser at de kjenner til det ovennevnte utgangspunktet om at tilknytning av faglig art ikke medfører inhabilitet, men som likevel ønsker å utfordre dette i den foreliggende saken bør sees på med milde øyne dersom drøftelsen fremstår som poengtert og fornuftig. Dette gjelder ikke minst for kandidater som mener at de samlede tilknytningspunktene mellom Holm og de sakkyndige som har gitt de medisinske premissgrunnlaget for tvangsvedtaket mot Ås samlet sett kan være egnet til å svekke allmennhetens tillit til Holms upartiskhet.

7. Oppgave d)

I oppgave d) er spørsmålet om de ansatte ved Lillevik DPS hadde rettslig adgang til å foreta rutinemessig (ukentlige og uanmeldte) kontroll av pasientens rom og eiendeler. Kandidatene bør få frem at det for et slikt inngrep, også dersom det anses som en faktisk handling, kreves en hjemmel.

Hjemmel i lov er selvsagt tilstrekkelig. Kandidatene får oppgitt henvisningen til phvl. § 4A-2 i oppgaveteksten. Kapittel 4 A i lov om psykisk helsevern er neppe godt kjent for kandidatene, slik at det her er en øvelse i å lese ukjent lovtekst.

Kandidatene bør imidlertid relativt enkelt kunne finne frem til kapitlets del II, siden overskriften her er «Sikkerhetstiltak i regionale sikkerhetsavdelinger». Videre bør kandidatene raskt finne § 4A-4, som gjelder «Undersøkelse av pasientens person, rom og eiendeler». Når adgangen til undersøkelse er såpass presist regulert i loven, er det neppe rom for å drøfte alternative hjemmelsgrunnlag.

Kandidatene bør raskt slå fast at ukentlige og uvarslede kontroller ikke har hjemmel i § 4A-4 første ledd: Bestemmelse gjelder kun «ved innleggelse og før og etter opphold utenfor avdelingen». Ordlyden etterlater ikke tolkningstvil, og må bli avgjørende.

Spørsmålet er dermed om undersøkelsene kan foretas med hjemmel i § 4A-4 annet ledd, som har slik ordlyd:

«Den faglig ansvarlige kan i tillegg vedta undersøkelse som nevnt i første ledd når det er grunn til mistanke om at slike gjenstander eller stoffer, er tilgjengelig i eller vil bli forsøkt innført i avdelingen.»

Det må altså være «grunn til mistanke», og det gir hjemmel for å «vedta undersøkelse». Kandidatene må utfra dette vurdere om det er hjemmel til å rutinemessig gjennomføre «ukentlige og uanmeldte undersøkelser av pasientenes rom og eiendeler». Det dreier seg også her primært om en ordlydsfortolkning, kandidatene har få andre kilder å bygge på. Kandidater som ser den inngripende karakteren til de rutinemessige kontrollene og som oppstiller strenge krav til hjemmelsgrunnlagets klarhet, se *Fjordlaks* (Rt. 1995 s. 530), bør honoreres for dette. Etter en slik streng ordlydsfortolkning vil det kunne argumenteres for at undersøkelsene må vedtas enkeltvis, og at det for hver enkelt beslutning må foreligge en «grunn til mistanke». Også sammenhengen med første ledd tilsier at mer rutinemessige kontroller faller utenfor bestemmelsen. Det sentrale er at kandidatene ser bestemmelsen og de rettsikkerhetsmessige utfordringene som den aktuelle kontrollen innebærer, og får noe fornuftig ut av ordlyden. Enkelte kandidater vil muligens overse den uttrykkelige henvisningen i faktum til phvl. § 4A-2 og i stedet basere drøftelsen på phvl. § 4-6. Dette må nødvendigvis medføre trekk, men trekket bør ikke overdrives dersom drøftelsen fremstår som skjønnsom og kandidaten ser behovet for et klart hjemmelsgrunnlag.

8. Oppgave e)

Spørsmålet i oppgave e) er om Peder Ås har klagerett over avslaget på hans permisjonssøknad. Dette beror på om det dreier seg om et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b. I så fall får forvaltningsloven kapittel VI anvendelse, jf. § 3 første ledd.

Enkeltvedtakskriteriet bør være god kjent for alle kandidatene, og her må det generelt forventes en del. Kandidatene vil antakeligvis ta utgangspunkt i lovens kriterier, og da er det spørsmål særlig om det foreligger en avgjørelse som er «bestemmende for rettigheter og plikter». Sykehuset har vist til at avgjørelsen ikke var bestemmende for Peders rettigheter og plikter. Etter mitt syn tilsier ordlyden isolert sett at det foreligger et enkeltvedtak. Sykehusets avgjørelse av permisjonsspørsmålet blir naturlig nok bestemmende for Peders rett til permisjon. En så vidt kort drøftelse vil nok bli for enkel, men det er etter mitt syn ikke noe stort trekk i

vurderingen – det er tross alt en løsning som er lojal mot kildene, særlig hvis drøftelsen suppleres med enkelte av de hensyn som bærer enkeltvedtaksbegrepet: Ved den nærmere avgrensningen bør det ses hen til «om avgjørelsen er av en slik karakter at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak faktisk bør komme til anvendelse», sett hen til blant annet «partenes rettssikkerhet, forvaltningens arbeidsbyrde og andre praktiske forhold», se SOM-2013-2871.

Spørsmålet her er imidlertid om dette må anses som en avgjørelse truffet under gjennomføringen av det tvungne vernet. Kandidater som har lest Eckhoff/Smith vil muligens fange opp at dette er nevnt nederst på side 258 (riktignok under avsnittet om «Utøving av offentlig myndighet»). Problemstillingen er illustrert slik i den nevnte uttalelsen fra Sivilombudsmannen (SOM-2013-2871):

«Ved både tvungne og frivillige institusjonsopphold i helse- og omsorgssektoren treffes det en rekke beslutninger av mer eller mindre inngripende karakter overfor de som oppholder seg ved institusjonen. Beslutningene varierer fra de mer dagligdagse og rutinemessige som neppe kan anses som enkeltvedtak, for eksempel om tidspunkter for måltider, til mer inngripende avgjørelser som utvilsomt er bestemmende for den enkeltes rettsstilling. Avgjørelser knyttet til tvangsbruk, for eksempel tvangsmedisinering og bruk av belteseng, hører klart inn under den sistnevnte kategorien. Mellom disse ytterpunktene fattes det imidlertid en rekke avgjørelser som i mer eller mindre grad er 'bestemmende' for den enkeltes 'rettigheter eller plikter'.»

Jeg antar at kun de sterkere kandidatene ser denne problemstillingen, og de bør selvsagt honoreres. Kandidater som ikke ser problemstillingen er imidlertid ikke utelukket fra laud dersom besvarelsen ellers kan forsvare en laudabel karakter. Dette vil imidlertid kunne stille seg annerledes for kandidater som ukritisk legger til grunn at sykehusets avslag på Ås sin søknad ikke berører Ås sine rettigheter fordi Ås ikke kan vise til noen hjemmel for sin permisjonssøknad.

Hvis man i tillegg får noe særlig ut av drøftelsen, vil det gi ytterligere pluss. Som nevnt bør det her legges vekt på blant annet partenes rettssikkerhet, forvaltningens arbeidsbyrde og andre praktiske forhold. Sivilombudsmannens uttalelse kan selvsagt ikke forventes kjent, men den illustrerer hvilke momenter som vil være relevante i vurderingen. Sivilombudsmannen oppsummerte rettstilstanden slik:

«Et stort antall avgjørelser som blir fattet under et tvungent opphold i en helse- og omsorgsinstitusjon, vil etter dette ikke være enkeltvedtak. En del av beslutningene vil ikke kunne anses som tilstrekkelig inngripende i henhold til forvaltningslovens definisjon, mens andre forhold må anses å være avgjort ved selve tvangsvedtaket, og dermed falle inn under den fullmakten som er gitt til institusjonen under oppholdet. Dette vil for eksempel kunne være en adgang til tilbakeholdelse med makt dersom pasienten ønsker å avbryte behandlingen. For enkelte avgjørelser som i særlig grad griper inn i pasientens handlefrihet under institusjonsoppholdet, vil imidlertid hensynet til den enkeltes rettssikkerhet kunne tale for at den aktuelle beslutning må anses som enkeltvedtak.»

Deretter konkluderte ombudsmannen med at det i det aktuelle tilfellet (som er nokså sammenlignbart) ikke forelå noe enkeltvedtak. Løsningen er ikke åpenbar, noe neste oppgave illustrerer, men hvis noen i det hele tatt får til en fornuftig drøftelse, må det være avgjørende for karaktersetningen.

9. Oppgave f)

Spørsmålet i oppgave f) er om sykehusets saksbehandling er i strid med ulovfestede krav til begrunnelse av forvaltningsavgjørelser. Kandidatene skal her forutsette at Peder Ås ikke hadde klagerett. Reelt sett innebærer nok det at oppgaven skal løses under den forutsetning at det ikke dreier seg om noe enkeltvedtak. Kandidatene bør raskt slå fast at forvaltningsloven §§ 24 og 25, som oppstiller krav til begrunnelse av enkeltvedtak, dermed ikke får anvendelse.

Spørsmålet i denne oppgaven er om et krav til begrunnelse kan oppstilles på ulovfestet grunnlag. Her er det naturlig for kandidatene å vise til at det av og til oppstilles regler på grunnlag av det mer generelle kravet til god forvaltningsskikk. Jeg viser til drøftelsen i Eckhoff/Smith s. 195-196 og (mer ekspansiv) Graver s. 274 f.

Kandidater som bare kort slår fast det ene eller andre, vil raskt ikke få særlig uttelling på denne oppgaven. Dette vil også til en viss grad gjelde for kandidater som ukritisk bygger på analogier av forvaltningsloven §§ 24 og 25, sammen med en generell henvisning til *Isene* (Rt. 1981 s. 745). Spørsmålet må samtidig anses som ganske avansert. Det avgjørende må være om kandidatene på en fornuftig måte får frem relevante argumenter.

I SOM-2013-2871 uttalte ombudsmannen følgende:

«Ombudsmannen har ovenfor kommet til at avgjørelser om å avslå permisjon, ikke kan anses som enkeltvedtak. Forvaltningslovens regler for slike avgjørelser kommer dermed ikke direkte til anvendelse. Dette innebærer imidlertid ikke at kommunen står fritt ved vurderingen av permisjonssøknader. I samsvar med blant annet alminnelige prinsipper om god forvaltningsskikk må også søknader om permisjon undergis en forsvarlig saksbehandling og vurdering. Hvis en søknad avslås, må det gis en begrunnelse for avslaget. De rettssikkerhetsmessige hensynene som gjør seg gjeldende tilsier at det gis en forholdsvis utførlig begrunnelse i slike saker, der de sentrale vurderingene fremgår.»

Jeg har for min egen del motforestillinger mot en slik rettsanvendelse. Utgangspunktet er at forvaltningsloven oppstiller et kriterium for enkeltvedtak, og at dette skal ivareta krav til begrunnelse, overprøving mv. Lovgiver har altså tatt stilling til når det skal gjelde et krav til begrunnelse. Det kan i denne typen saker være ganske tunge velferdsmessige hensyn i spill, særlig når det dreier seg om permisjon i forbindelse med høytider og andre familiære begivenheter. Men etter mitt syn er det best i tråd med dette å se avgjørelsen som et enkeltvedtak, heller enn å oppstille ulovfestede krav til begrunnelse. Forvaltningsretten skal anvendes av et stort antall brukere uten juridisk utdanning, og ombudsmannens løsning blir etter mitt skjønn unødvendig komplisert.

Men løsningen er åpen. De beste kandidatene får imidlertid atskillig mulighet til å vise seg her, særlig ved den samlede behandlingen av denne og forrige oppgave.

10. Den samlede bedømmingen

Oppgaven sentrale spørsmål innen henholdsvis forvaltningsrett og velferdsrett. Den byr etter min oppfatning på en ganske god kombinasjon av enkle og kompliserte spørsmål, samtidig som alle bør kunne si noe fornuftig på samtlige oppgaver..

Tidsangivelsen innebærer at oppgavedelene i utgangspunktet må vektas med henholdsvis 1/3 og 2/3, men det er som alltid bare et utgangspunkt. Det er det samlede inntrykket som avgjør. Jeg antar at de aller fleste kandidatene kan få knapt med tid, ettersom særlig praktikumsoppgaven byr på en del spørsmål som skal besvares på fire timer. Det er derfor grunn til å understreke at denne sensorveiledningen tar sikte på å være nokså fullstendig, og dermed går langt videre enn det man kan forvente av selv de sterkere kandidatene.

I teoridelen fremstår oppgave 1 som nokså overkommelig. Kandidatene bør beherske metoden, og dermed si noe fornuftig om at de relevante hensyn beror på en tolkning av loven, men at loven ofte må suppleres. Kandidater som ikke i det hele tatt får til dette, eller som legger ut helt frirettslig om diverse eksempler, vil isolert sett raskt bli bedømt til stryk. Oppgave 2 vil kunne besvares kortere, men er noe mer krevende. Gode kandidater vil under studiet gjerne ha reflektert litt rundt kategorien «vilkårlig» (som ikke har noe klart meningsinnhold), og dermed være bedre forberedt.

I praktikumsdelen vil de beste kandidatene skille seg ut blant annet ved å besvare de enkle spørsmålene kort. Oppgave b) og c) kan for eksempel besvares kort. På oppgave a), om de materielle vilkårene for tvungent psykisk helsevern, er det etter mitt skjønn vanskelig å foreta noen treffsikker subsumsjon, ettersom faktum er ganske summarisk (sett hen til hvor kompliserte disse vurderingene er i virkeligheten). Kandidatene kjenner antakeligvis en del rettspraksis, som er omtalt både i pensum og i undervisningen, men heller ikke denne gir mye veiledning. Jeg tror ikke det er så altfor mye rom for å skille seg ut her. Men oppgaven sikrer at kandidatene har satt seg inn i denne delen av velferdsretten, og drøftelsen vil dessuten vise om man har skjønnt systematikken og vurderingstemaene.

Oppgave d) er først og fremst en øvelse i å lese og tolke ukjent lovtekst. Det er en sentral ferdighet i disse fagene, som stort sett bygger på lovhjemler. Kandidatene vil her ha gode muligheter for å demonstrere denne ferdigheten.

Til slutt vil nok oppgave e) og f) kunne skille kandidatene. Spørsmålene gjelder sentral forvaltningsrett. De av kandidatene som har brukt semesteret fornuftig vil raskt derfor kunne reflektere klokt rundt oppgavens spørsmål.

Ettersom veiledningen er skrevet uten å ha lest noen besvarelser, har jeg foreløpig ikke sterke synspunkter på karaktersettingen.

Oslo, 15. desember 2017

Jørgen Vangsnes, med presiseringer av Vincent Tsang og Morten Kjelland