

## **Sensorveiledning JUS2211 skoleeksamen**

---

Sensorveiledning eksamen JUS2211 – høsten 2018

### **1 Generelt om eksamen og sensorveiledningen**

Oppgaven er en praktikum basert på et fiktivt faktum som er estimert til fire timer. Den teller 60 % i den totale bedømmelsen av JUS2211. Kandidatene har også levert inn en semesteroppgave hvor endelig karakter blir fastsatt etter gjennomføringen av en muntlig eksamen, og som vil telle 40 % i den totale bedømmelsen av JUS2211.

Veiledningen er beregnet på sensorene, ikke først og fremst studentene. Den skal gi sensorene informasjon om oppgavens innhold og overordnede retningslinjer for sensurarbeidet. Sensorveiledningen er ikke en fasit og gir heller ingen uttømmende anvisning på hva som kan forventes av studentene på eksamen. Heller ikke de kandidatene som skal bedømmes til A kan forventes å behandle alle temaer som sensorveiledningen tar opp.

### **2 Oppgaven**

#### **2.1 Pensum og læringskrav**

Oppgaven består av fem spørsmål som i hovedsak knytter seg til alminnelig forvaltningsrett. Spørsmål 1 og 2 dreier seg om legalitetsprinsippet. Temaet er meget sentralt i den alminnelige forvaltningsretten og er godt dekket i både undervisningen og av pensumlitteraturen. Det fremgår av kunnskapskravene for JUS2211 at studentene skal ha god forståelse av kravet til rettslig grunnlag for avgjørelser (kompetanse) og faktiske handlinger (tillatelse), herunder legalitetsprinsippet.

Innføringslitteratur i forvaltningsrett er Frode Innjord: Forvaltningsretten (§§ 110-116 i Knophs oversikt over norsk rett, 12. utg., 2004). Hovedlitteratur angis som to valgfrie alternativer. Enten skal kandidatene ha lest Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett, 11. utg., 2018. Her er legalitetsprinsippet behandlet i kapittel 23 (Rettslige grunnlag for forvaltningens virksomhet. Legalitetsprinsippet mv.), særlig s. 344-362. Alternativt skal en ha lest Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 4. utg., 2015, hvor legalitetsprinsippet omtales i kapittel 5 (Legalitet) på s.79-87 og i kapittel 14 (Virkemidlenes rettsgrunnlag) på s. 197-201.



Spørsmål 3 og 4 dreier seg om ulike aspekter ved domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak, hvor spørsmål 3 vil kunne fortone seg som et kontrollspørsmål, mens spørsmål 4 dreier seg om mer grunnleggende spørsmål om domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens konkrete lovanvendelse (subsumsjonen). Sistnevnte er et sentralt tema som er godt dekket i undervisningen og pensumlitteraturen, og er noe som kandidatene forventes å ha god forståelse av, jf. læringskravene for JUS2211. I Eckhoff/Smith er domstolskontroll behandlet i kapittel 33 (Domstolskontroll), særlig s. 3524-532. I Graver er domstolskontroll behandlet i kapittel 6.3.3 (Overprøving), samt kapittel 15.5 til 15.7.

Spørsmål 5 knytter seg ikke til den alminnelige forvaltningsretten, eller til forholdet mellom den alminnelige og spesielle forvaltningsretten, men dreier seg først og fremst om tolkning og anvendelse av ukjent lovtekst.

## **2.2 Spørsmål 1**

«I hvilken grad var grunnlag i lov nødvendig for å foreta avlivning av Einstein?»

Kandidaten bør innledningsvis se at oppgaven ikke ber om en drøftelse av hjemmelsgrunnlaget som er anført av politiet, noe som vil måtte behandles nærmere under spørsmål 2, men kun om en mer overordnet redegjørelse for nødvendigheten av formell lovhjemmel. Flere kandidater vil muligens problematisere legalitetsprinsippets anvendelse ved faktiske handlinger da spørsmål 1 dreier seg om nødvendigheten av formell lov for å «foreta avlivingen av Einstein», mens spørsmål 2 dreier seg om grunnlag «for å vedta». Kandidater som velger en slik tilnærming vil risikere å gå veien om en teoretisk drøftelse av sontringen mellom faktiske handlinger og vedtak, før de til slutt ender opp med at avliving av andres hunder mot eiers vilje innebærer en bruk av fysisk makt som vil være forbudt etter straffeloven, og hvor lovhjemmel derfor vil være nødvendig med mindre det finnes et annet tilstrekkelig kompetansegrunnlag. Forutsatt at dette ikke resulterer i unødig teoretisering, vil en slik tilnærming være fullt ut akseptabel. En langt enklere tilnærming til spørsmålet vil imidlertid være å bygge på Høyesteretts uttalelse i avsnitt 27 i Rt. 2010 s. 612 om at:

*Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.*



Rt. 2010 s. 612 har hatt en sentral plass i undervisningen og skal være godt kjent blant studentene. For å løse oppgaven på en tilfredsstillende måte, bør kandidaten se at oppgaven inviterer til en drøftelse av grensedragningen mellom de såkalte negative og positive tilnærmingene til legalitetsprinsippet. Dette innebærer at kandidaten ikke vil kunne løse oppgaven gjennom kun å rette oppmerksomheten mot «arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er for den som rammes», jf. Rt. 1995 s. 530. Kandidater som bruker for mye tid på en slik tilnærming vil også risikere å foregripe spørsmål 2.

På et eller annet tidspunkt bør kandidaten også trekke inn spørsmålet om anvendeligheten av nødretten som et mulig alternativt kompetansegrunnlag da oppgavens faktum dreier seg om avlaving av et kjæledyr med en ikke ubetydelig skadeevne, som har vist vilje og evne til å gå til angrep på andre som en del av sitt handlingsmønster, og som dermed kan sies å utgjøre en fare for sine omgivelser. Nødrett som alternativt kompetansegrunnlag er klart identifisert i pensumlitteraturen. Kandidater som, for helhetens skyld, nevner andre alternative kompetansegrunnlag som er omhandlet i pensumlitteraturen bør ikke trekkes for mye for dette, med mindre omtalen har et omfang som bærer preg av unødig teoretisering. Det siste vil for eksempel være tilfelle ved en omstendelig eliminasjonsmetodisk tilnærming til de andre alternative kompetansegrunnlagene.

Når det gjelder selve innholdet i drøftelsen av nødretten, kan kandidatene ikke forvente å ha detaljkunnskaper om dennes innhold og rekkevidde, ut over det som kan utledes av ordlyden i straffeloven § 17. Det kan for eksempel ikke forventes at kandidatene kjenner til forutsetningen i Ot.prp. nr. 48 (2002-2003), under punkt 12.1.1, om at §§ 47 eller § 48 i den dagjeldende straffeloven ikke gir «hjemmel til å avlive hunden etter at angrepet er over». Kandidater som ikke problematiserer kravet til nærhet i tid mellom nødrettshandlingen og faren som søkes avverges bør derfor ikke trekkes for mye for dette dersom drøftelsen ellers fremstår som nyansert og fornuftig.

Hva gjelder disponeringen av besvarelsen, bør det gis rom for ulike tilnærminger. Personlig ville jeg nok ha valgt en hovedstruktur som startet med en negativ tilnærming til legalitetsprinsippet, det vil si at formell lov er nødvendig når aktuelle alternative kompetansegrunnlag ikke strekker til, for deretter å drøfte nødvendigheten av formell lov i lys av vurderingsmomentene i Rt. 1995 s. 530. En slik tilnærming vil også åpne for en samlet behandling av spørsmål 1 og spørsmål 2. Kandidater som derimot ønsker å velge et annet oppsett, bør også kunne få full uttelling for sitt valg. Det sentrale må være at besvarelsen, uavhengig av hvilken overordnet strukturell tilnærming som er valgt, fremstår som ryddig, forståelig og ikke legger opp til unødige gjentakelser.



### 2.3 Spørsmål 2

«Er det grunnlag etter hundeloven for å vedta avlivning av Einstein?»

Kandidatene bør innledningsvis anvende vurderingsmomentene i Rt. 1995 s. 530 til å etablere et utgangspunkt for hvilke krav som bør stilles til lovhjemmelens klarhet. Strengt krav til en klar og entydig lovhjemmel vil også tale mot en analogisk anvendelse av hundeloven § 18 første ledd.

Ved denne vurderingen vil det kunne være aktuelt å vektlegge at det er tale om et inngrep som ikke direkte retter seg mot Marte og hennes personlige integritet, men mot Einstein som kan klassifiseres som et formuesgode. Videre så kan det argumenteres for at hensynet til samfunnets sikkerhet taler for at adgangen til avliving av hunder etter hundeloven § 18 første ledd ikke skal være begrenset til hunder, men også til andre kjæledyr med tilsvarende skadepotensial som hunder. En manglende adgang til analogisk anvendelse av hundeloven § 18 første ledd for andre kjæledyr ville i så fall innebære en negativ forskjellbehandling av hunder i forhold til andre kjæledyr som ikke nødvendigvis fremstår som velbegrunnet. Enkelte kandidater vil muligens fremholde Rt. 1997 s. 1341 som et eksempel på at Høyesterett tidligere har akseptert en utvidende anvendelse av regler om avliving av dyr. Den aktuelle avgjørelsen gjaldt imidlertid en utvidende tolkning «bufe» til også å omfatte høns etter forsvarsregelen i viltloven § 11 annet ledd for å frifinne tiltalte. Spørsmål 2 dreier seg derimot om en analogisk anvendelse av hundeloven for å begrunne et inngrep overfor borgeren. Det vil da være mer langt mer treffende å vise til passbåtdommen i Rt. 1973 s. 433 hvor en 17 fots plastbåt med motor på 115 hk ble ansett som «skip», etter § 422 i den dagjeldende straffeloven. Det kan imidlertid ikke forventes av studentene at de kjenner til disse avgjørelsene.

På den annen side så spilte Einstein en vesentlig rolle i Martes liv som hennes sentrale livsledsager, og avlivingen av Einstein rammet derfor Marte hardt. Kandidater som trekker inn Martes sjokktilstand bør presisere at dette i beste fall er et usikkert moment da det ikke synes å være avlivingsvedtaket, men snarere den noe spesielle gjennomføringen av avlivingen som har forårsaket sjokktilstanden.

Konklusjonen på spørsmålet må anses som relativt åpen og spørsmålet bør gi skjønnsomme kandidater gode muligheter til å vise forståelse av legalitetsprinsippets relativitet, samt til å foreta konkrete avveininger av motstridende hensyn. Kandidater som derimot konkluderer bastant på spørsmålet uten å ha identifisert sentrale argumenter som taler for det motsatte resultat, bør kunne påregne seg trekk for dette.

### 2.4 Spørsmål 3



«Har det betydning for adgangen til domstolsprøving at vedtaket ikke er påklaget?»

For kandidater som kjenner til forvaltningsloven § 27 b, vil dette spørsmålet fortone seg som et kontrollspørsmål. Det følger av bestemmelsen at:

*«Det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, kan bestemme at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak eller krav om erstatning som følge av vedtaket ikke skal kunne reises uten at vedkommende part har nyttet sin adgang til å klage over vedtaket, og at klagen er avgjort av den høyeste klageinstans som står åpen. Søksmål skal likevel i alle tilfelle kunne reises når det er gått 6 måneder fra klage første gang ble framsatt, og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens avgjørelse ikke foreligger.»*

All den tid det ikke fremgår av avlivingsvedtaket at klageadgangen må være utnyttet før søksmål kan reises, bør det være rimelig klart at manglende klage ikke har betydning for adgangen til domstolsprøving.

Kandidatene som følger dette sporet bør imidlertid fremheve forvaltningsloven § 1 som fastslår at lovens regler kun gjelder i den utstrekning ikke annet er bestemt i medhold av annen lov for deretter å stille seg spørsmålet om det finnes regler i hundeloven som fraviker § 27 b. Noen av disse kandidatene vil da kunne komme inn på hundeloven § 25 som regulerer saksbehandling, overprøving og iverksetting av vedtak og forholdet til forvaltningsloven. Det kan imidlertid ikke oppstilles noe krav om at studentene finner denne bestemmelsen.

Forvaltningsloven § 27 b er ikke en bestemmelse som er viet stor oppmerksomhet i undervisningen, og det kan derfor ikke forventes at bestemmelsen er godt kjent blant studentene. Studenter som ikke er kjent med bestemmelsen vil i stedet måtte besvare oppgaven ut fra mer alminnelige systembetraktninger og refleksjoner rundt domstolenes kontroll av forvaltningsvedtak i en rettsstat. Flere studenter vil muligens vise til Høyesteretts uttalelse i Rt. 2001 s. 995 (på side 1000) om at: "Domstolkontrollen med forvaltningen har utviklet seg gjennom meget langvarig domstolpraksis, og er i dag sikker sedvanerett, dels av konstitusjonell karakter.". Det sentrale må imidlertid være at kandidaten evner å se betydningen av en effektiv domstolskontroll i rettsstaten, og de prinsipielle betenkelighetene som knytter seg til en domstolskontroll som er betinget av at klageadgangen er uttømt. Også studenter som velger denne tilnærmingen vil kunne få full uttelling for dette dersom drøftelsen viser evne til selvstendighet og skjønnsomhet.

## **2.5 Spørsmål 4**

«Kan valg av metode for oppfølging av vedtaket overprøves av en domstol?»



Flere kandidater har alt vært i befatning med hundeloven § 25 i forbindelse med spørsmål 3, og bør raskt se at retten kan prøve «alle sider av saken» dersom saken blir bragt inn for domstolen. Peder Ås kan derfor ikke bli hørt med og at politiets valg av oppfyllellesmåte ikke kunne overprøves av en domstol. Enkelte kandidater vil muligens knytte formuleringen «alle sider av saken» opp mot tvisteloven kapittel 36 og ta opp spørsmålet om domstolenes adgang til å avsi realitetsdom. Dette ligger imidlertid utenfor oppgaven og må anses som unødig teoretisering.

All den tid oppgavens faktum har beskrevet en relativt spesiell og konkret metode for gjennomføring av avlivingsvedtaket, vil det være fint om kandidaten klarer å si noe mer spesifikt om rammene for domstolsprøvingen av politiets valgte oppfølgingsmetode. Dette innebærer at kandidatene kan vise til hundeloven § 25 tredje ledd om at avliving skal skje etter reglene i dyrevelferdsloven, samt identifisere de sentrale rettslige vurderingstemaene etter dyrevelferdsloven § 12.

Kandidatene vil da se at bestemmelsens første ledd oppstiller et overordnet krav til at avlivingen skal skje på en på en dyrevelferdsmessig forsvarlig måte, mens annet ledd oppstiller en hovedregel om bedøvelse før avliving. Det følger imidlertid videre av annet ledd at kravet om bedøvelse før avliving ikke gjelder hvis dyret avlives med en metode som gir umiddelbart bevissthetstap.

Det kan derimot ikke forventes at kandidatene er kjent med § 2 i forskrift om avliving av hund og katt (FOR-1998-10-11-991) og at avliving etter denne bestemmelsen kan foretas med:

*«Skudd mot dyrets hjerne – fortrinnsvis med haglgevær, eventuelt annet dertil egnet skytevåpen – som avfyres på en avstand tilpasset det våpen som anvendes, og mens dyret er i ro. Avlivingen må foretas av person som er kyndig i bruk av vedkommende skytevåpen».*



Kandidater som ikke finner frem til hundeloven § 25 vil derimot måtte basere sin drøftelse på mer generelle refleksjoner rundt rekkevidden av domstolenes kontroll med forvaltningen. Disse kandidatene vil kunne se på politiets valg av avlivingsmetode som en forlengelse eller utslag av politiets «kan-skjønn» etter hundeloven § 18 første ledd. Rekkevidden av domstolskontrollen vil da være begrenset til «forvaltningens rettsanvendelse, herunder forholdet til våre menneskerettslige forpliktelser. Videre prøves saksbehandlingen og om vedtaket bygger på riktig faktum. Men det konkrete skjønnnet prøves ikke utover en kontroll av om skjønnnet er tilstrekkelig bredt og saklig, og at resultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig», jf. Rt. 2012 s. 1985. Andre kandidater vil derimot se valget av avlivingsmetode i lys av forholdsmessighetskriteriet i § 18 første ledd og komme frem til at dette er en rettslig vurdering som vil være gjenstand for full domstolskontroll, alternativt at vurderingen av uforholdsmessighet har en dyrevelferdsfaglig karakter som tilsier en viss tilbakeholdenhet fra domstolens side, selv om vurderingen i og for seg er gjenstand for full domstolskontroll, jf. Rt. 1995 s. 1427. Samtlige tilnærminger vil kunne aksepteres, så lenge kandidaten klarer å begrunne sitt valg, samt skille de ulike tilnærmingene til domstolskontroll fra hverandre. Erfaring fra undervisningen viser at svakere kandidater ofte vil ha problemer med å skille mellom domstolsprøvingen knyttet til forvaltningens frie skjønn og forvaltningens subsumsjonsskjønn/rettsanvendelsesskjønn. De nevnte tilnærmingene har imidlertid vært sentrale i undervisningen og for semesteroppgaven som kandidatene skal ha levert inn, og det må derfor kunne forventes relativt mye av kandidatene når det gjelder deres alminnelige kunnskap om domstolenes kontroll med forvaltningen.

## 2.6 Spørsmål 5

«Forutsatt av hundeloven kommer til anvendelse: Er avlivningen av Einstein et uforholdsmessig inngrep?»

Spørsmålet legger opp til en vurdering som i det vesentligste vil kunne skje etter mønster av det som Høyesterett la til grunn i HR-2018-1058-A, fra avsnitt 58 til 72. Det kan ikke forventes at kandidatene kjenner til avgjørelsen, og det avgjørende må være kandidatens evne til å bruke ordlyden i § 18 første ledd til å utlede og avveie relevante vurderingsmomenter. Ved denne vurderingen vil det, foruten den skade som alt har materialisert seg ved Einsteins angrep, også være relevant å vektlegge hans skadepotensiale, faren for gjentakelse i fremtiden, samt Einsteins nytteverdi. Det antas at det vil være de færreste kandidater som ser at nytteverdi-momentet primært er knyttet til hunder med særskilte funksjoner, slik som blindhunder og politihunder, jf. 2018-1057-A avsnitt 39. Samtidig så vil Einsteins nytteverdi gjennom sin følelsmessige betydning for Marte være et moment som vil kunne vektlegges ved vurderingen.



Oppgavens faktum er relativt sparsommelig og gir ikke holdepunkter for noen klar konklusjon. Det som kan utledes av faktum er at Einstein har utviklet en ganske dominerende og aggressiv væremåte, som har resultert i angrepene på Rex og Hans. Både Einsteins størrelse og erfaringer fra disse angrepene kan også indikere et ikke ubetydelig skadepotensial, samtidig som de samme forholdene også er egnet til å så tvil rundt Martes evne til å kontrollere Einstein når Einstein først har bestemt seg for å gå til angrep. Det er imidlertid ikke opplyst i faktum om Einstein frivillig avsluttet sine angrep på Rex og Hans, eller om angrepene snarere ble avsluttet gjennom felles kraftanstrengelser fra Marte og Hans. Vi har derfor få holdepunkter for å vurdere grensene for Einsteins aggressive oppførsel, og hvilken skade som Einstein vil kunne påføre omgivelsene når han først går til angrep.

Det kan muligens sondres mellom Einsteins angrep på henholdsvis Rex og Hans da førstnevnte angrep i større grad kan sies å ha en uprovosert karakter enn angrepet på Hans kan skyldes at hans innblanding var egnet til å bli oppfattet som en direkte trussel mot Einstein. Faktum gir imidlertid ikke holdepunkter for å gå nærmere inn på dette.

Det kan tenkes at flere kandidater vil ta opp spørsmålet om Einsteins egenverdi og de etiske sidene ved å avlive et friskt dyr, ikke skal vurderes særskilt. Den manglende betydningen av dette momentet ved uforholdsmessighetsvurderingen er nærmere redegjort for i HR-2018-1057-A avsnitt 37 og 38, men da dommen ikke forventes å være kjent blant kandidatene så bør det ikke medføre trekk om kandidatene tar opp spørsmålet.

Enkelte kandidater vil muligens trekke muligheten for omplassering etter § 18 annet ledd. Selv om dette formelt er en annen vurdering enn uforholdsmessighetsvurderingen etter første ledd, så bør en kort omtale av omplasseringsalternativet kunne aksepteres.

### **3 Om vurderingen**

Det er mitt overordnede inntrykk at oppgaven i hovedsak reiser problemstillinger som enten kan sies å være sentrale, eller som vil fremgå relativt uttrykkelig av de anførte hjemmelsgrunnlag, og som det derfor bør være overkommelig for kandidatene å identifisere.





Denne veiledningen er skrevet uten at jeg har lest noen besvarelser, og det er derfor vanskelig å ha noen sterk mening om bedømmelsen. Det må, som ellers, utvises et fornuftig skjønn ved sensuren hvor det er den helhetlige vurdering av hver enkelt besvarelse som bør være avgjørende for karakterfastsettelsen. Ved denne helhetsvurderingen vil kandidatenes evne til refleksjon og selvstendighet, i den grad den begrensede eksamenstiden gir rom for noe slikt, måtte vektlegges. I tillegg vil metodiske ferdigheter, språkbruk og evne til logisk strukturering også være sentralt ved bedømmelsen. Ved eventuell tvil bør den enkelte besvarelse også kunne vurderes opp mot det generelle prestasjonsnivået. Som nevnt over, vil spørsmål 3 og 4 være relativt enkle å besvare for kandidater som er godt kjent med forvaltningslovens bestemmelser og som evner å orientere seg i ukjent lovtekst for å klarlegge anvendelsen av alminnelige forvaltningsrettslige normer på spesialområder. Kandidatene som ikke klarer dette, men som i stedet må begi seg inn på mer generelle betraktninger vil trolig havne i tidsnød. Selv om evnen til å orientere seg i ukjent lovtekst er noe som man bør kunne forvente av jusstudenter, bør det i utgangspunktet ikke trekkes for mye for kandidater som ikke ser forvaltningsloven § 27 b eller hundeloven § 25 dersom drøftelsene ellers viser god forståelse av relevante forvaltningsrettslige prinsipper. For disse kandidatene antar jeg at tidsnøden, og effekten som denne vil kunne ha for besvarelsens generelle kvalitet, vil være en tilstrekkelig "reaksjon". Denne antakelsen får eventuelt korrigeres basert på erfaringer fra sensuren.

Oslo 8. november 2018 Vincent Tsang

Av Vincent Tsang

