

---

## NOTAT

Til: Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet  
Fra: Ola Ø. Nisja  
Dato: 5. juni 2013  
Ansvarlig partner: Ola Ø. Nisja

---

## Sensorveiledning, JUS2211 Forvaltningsrett våren 2013

### 1 INNLEDNING

Oppgaven minner om det som i sin tid ble kalt en HHH-oppgave (hva, hvorfor hvordan) med tre deler, hvor oppgave I og II utgjør tradisjonelle teorioppgaver og oppgave III en tradisjonell praktikumsoppgave. Temaet for oppgaven står sentralt i JUS2211: Overprøving og domstolskontroll av forvaltningsvedtak.

Hovedlitteratur innen alminnelig forvaltningsrett er Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010 eller Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007 eller Erik Boe, *Innføring i juss bind 2*, Oslo 1993. Alle tre bøkene dekker den delen av den alminnelige forvaltningsretten som er etterspurt i oppgaven. Innenfor velferdsrett er Asbjørn Kjønsdal og Aslak Syse, *Velferdsrett I – Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, Oslo 2012 hovedlitteratur. Det henvises generelt til læringskravene hva gjelder hvilke deler av fremstillingene som utgjør pensum. Temaene som tas opp i oppgaven, er godt behandlet i pensum, uansett hvilke fremstillinger kandidatene har lest i de ulike fagene.

Alle temaene faller inn under krav til god forståelse. Praktikumsoppgaven legger opp til at kandidatene skal anvende kjent lovtekst, men muligens på en noe annen måte enn hva kandidatene er mest vant til. Det er snarere et spørsmål om å anvende de generelle prinsippene kandidatene skal ha lært på konkrete tilfeller. Å beherske denne øvelsen er sentralt for enhver jurist, men jeg vil likevel tro dette er en oppgave mange kandidater vil finne utfordrende. Dette må hensyntas ved sensuren, og det kan nok forventes få "plettfrie" besvarelser. På den annen side innebærer det at oppgaven ber kandidatene om å vise kunnskap innenfor hovedtemaer i faget, at det neppe vil være mange (om noen) besvarelser som ikke inneholder noe overhodet.

Oppgaveteksten angir at oppgave I og II sammen skal telle omtrent like mye som oppgave III.

Denne sensorveiledningen er skrevet uten at jeg har lest noen besvarelser. Jeg har på vanlig måte verken tatt sikte på en uttømmende angivelse av hva som kan tas opp i besvarelsen, eller å angi et mønster for hva som skal til for å få en god karakter.

## 2 OPPGAVE I

Oppgave I er en tradisjonell teorioppgave og lyder slik:

*"Gjør rede for hovedtrekkene i reglene om domstolskontroll av forvaltningsvedtak."*

Det er altså reglene om domstolskontroll av forvaltningsvedtak som skal fremstilles, og det er bedt om hovedtrekkene. En god kandidat vil innlede oppgaven med å angi temaet, typisk ved å gi en kort forklaring på hva et forvaltningsvedtak er og hva som ligger i domstolskontroll.

Det må forventes og aksepteres ulike måter å besvare denne oppgaven på. Nedenfor har jeg valgt å gi en fremstilling av temaet domstolskontroll av forvaltningsvedtak. Jeg understreker imidlertid at dette ikke er ment som et mønster på hvordan en oppgave bør se ut. Her må sensorene etter min mening utvise en ikke ubetydelig grad av fleksibilitet.

En sentral og ny avgjørelse innenfor temaet domstolskontroll er Rt. 2012 side 1985. Kandidater som evner å bruke denne avgjørelsen på en fornuftig måte, bør få uttelling. Dommen er behandlet på forelesninger mv, og kandidatene bør premieres for å følge med i rettspraksis

Det er i norsk rett en grunnfestet adgang til domstolskontroll av forvaltningsvedtak. Innenfor tvistelovens rammer (særlig tvisteloven §§ 1-3 til 1-5 om rettslig interesse mv) er det utstrakt anledning til å bringe et forvaltningsvedtak inn for domstolene og be domstolene om å kjenne det ugyldig. En annen form for kontroll er at det iverksettes erstatningssøksmål mot en offentlig instans som innebærer at en domstol må prøve saksbehandling, faktum, rettsanvendelse mv i forbindelse med vurderingen av om det foreligger et ansvarsgrunnlag.

Selve prøvingsretten har konstitusjonelt grunnlag, jf. Rt. 2012 side 1985 avsnitt 53-54. Domstolenes kontroll med gyldigheten av forvaltningens vedtak bygger på domstolskapt rett. Rettspraksis er derfor et sentralt utgangspunkt ved vurderingen. De nærmere grensene er trukket opp i praksis. Hvilken kompetanse domstolene har, beror derfor i utgangspunktet på en tolking av de enkelte lovbestemmelsene. I noen tilfeller gir loven – direkte eller indirekte – tilstrekkelige holdepunkter til å løse spørsmålet.

Det spørsmålet som særlig har stått i fokus hva gjelder domstolskontrollen, er omfanget av kontroll. Det er grunn til å tro at de fleste kandidatene vil konsentrere seg om dette temaet, da de fleste vil ha begrenset innsikt i sivilprosess. Jeg nevner likevel at domstolskontroll med forvaltningsvedtak også reiser en rekke interessante sivilprosessuelle spørsmål, slik som vitneplikt, rett saksøker/saksøkt og plikt til bevisfremleggelse av interne dokumenter. I det videre vil mitt fokus være omfanget av domstolskontrollen, altså det klassiske spørsmålet om hva domstolene prøver og ikke prøver.

Jeg finner grunn til å nevne at diskusjonene som har vært i teorien om omfanget av domstolskontroll også har omfattet begrepsbruk. Etter min mening er en del slike diskusjoner dessverre egnet til å tilsløre regler hvor utgangspunktene egentlig ikke er spesielt kompliserte.

Det er når forvaltningen har avgjort en sak og vedtaket deretter bringes inn for prøving ved en domstol, at spørsmålet om hvilket omfang domstolens prøving av vedtaket skal ha oppstår. Skal retten selv bedømme alle sider av saken, eller er det deler av vedtaket, for eksempel skjønsmessige vurderinger, som retten ikke skal foreta noen selvstendig vurdering av? Den sentrale rettskilden for å fastlegge

hvordan domstolene prøver forvaltningsvedtak, er rettspraksis og da naturligvis særlig fra Høyesterett. For å virkelig forstå temaet, er det nødvendig å analysere sentrale avgjørelser og forsøke å sette disse inn i et system.

Prinsipielt sett er det som allerede nevnt slik at domstolenes prøvingskompetanse beror på en fortolkning av den aktuelle hjemmelsbestemmelsen for vedtaket. Man kunne kanskje tenke seg at spørsmålet skulle bero på en vurdering av hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, jf. oppgave II. I den praktiske virkelighet er det imidlertid nødvendig å kunne trekke opp noen fastere retningslinjer for fastleggelse av prøvingskompetansen som gir praktisk veiledning. Det vil være prosess- og kostnadsdrivende for partene om rettens kompetanse må fastsettes så å si fra sak til sak, og det vil i utrengsmål beslaglegge knappe domstolsressurser.

At domstolene prøver forvaltningsvedtak, er intet nytt. Det er flere måter dette kan skje på. Vanligvis er det slik at den eller de vedtaket har virkninger for, bringer det inn for domstolene med påstand om at vedtaket skal kjennes ugyldig. Domstolenes oppgave blir da å vurdere om det er grunnlag for å statuere ugyldighet. Hva som vil være relevante grunnlag for at vedtaket er ugyldig, vil avhenge av rettens kompetanse i saken.

Vanlige grunnlag er at forvaltningen har lagt feil lovforståelse eller faktum til grunn. Dernest anføres det ikke sjelden at vedtaket lider av saksbehandlingsfeil, for eksempel at forvaltningen ikke har oppfylt sin utredningsplikt (fvl. § 17) eller at vedtaket ikke er tilstrekkelig begrunnet (fvl. § 25), og at disse feilene må lede til ugyldighet, jf. prinsippet i fvl. § 41. Endelig anføres det relativt ofte at det foreligger myndighetsmisbruk. Med myndighetsmisbruk siktes det vanligvis til følgende grunnlag for ugyldighet: (1) At det er tatt utenforliggende hensyn, (2) at det foreligger usaklig forskjellsbehandling, (3) at vedtaket er vilkårlig og/eller (4) at vedtaket er så grovt urimelig, at det må få betydning for vedtakets gyldighet.

Det er enkelte klare utgangspunkt her. Det er for eksempel stort sett alltid slik at retten kan prøve om vedtaket bygger på en riktig tolkning av hjemmelsbestemmelsen.

Relevansen av, og behovet for de ulike grunnlagene må ses i sammenheng med prøvingskompetansen, altså hvor langt domstolene går i å prøve forvaltningsvedtaket. Dersom det er tale om det Høyesterett karakteriserer som rettsanvendelsesskjønn, det vil si at domstolene prøver vurderingen forvaltningen har gjort fullt ut, er det i grunnen ikke noe behov for samtidig å påberope saksbehandlingsfeil, feil i faktum eller myndighetsmisbruk som selvstendige grunnlag for ugyldighet, se for eksempel Rt. 1969 side 1053. I disse tilfellene må domstolene fastlegge rettsreglene (tolkning) og anvende rettsreglene på et faktum som domstolene finner å legge til grunn (subsumsjon og bevisbedømmelse). Dersom vilkårene er oppfylt, er vedtaket riktig, og en eventuell saksbehandlingsfeil kan ikke ha hatt noen innvirkning på vedtakets innhold. Man kan for eksempel tenke seg et tilfelle der forvaltningen rett nok ikke har oppfylt sin utredningsplikt i medhold av fvl. § 17, men det viser seg ved en grundig belysning under domstolsbehandlingen at man likevel har kommet frem til riktig konklusjon. I et slikt tilfelle er det ikke noe grunnlag for å sette vedtaket til side som ugyldig.

På en rekke rettsområder er det slik at selv om domstolenes prøvingskompetanse ikke er begrenset, viker domstolene tilbake fra å overprøve forvaltningens vurderinger. Dette omtales undertiden som tilbakeholdenhet i prøvingen. Eksempler er Rt. 1975 side 603 (Swingball) og

Rt. 2008 side 1555. Begge sakene gjaldt avgjørelser fra Patenstyret. Begrunnelsen vil typisk være at forvaltningen besitter en spesiell fagkompetanse eller har en innsikt i praksis som domstolene ikke så lett kan få oversikt over. At domstolene tillegger forvaltningens syn vekt på denne måten, er prinsipielt sett noe annet enn at deler av vurderingene er unntatt fra domstolsprøving.

Tilfellene der domstolene ikke fullt ut prøver forvaltningens skjønnsutøvelse, er for øvrig mange og til dels uensartede. I visse tilfeller er hele vurderingen unntatt fra domstolsprøving, i andre tilfeller prøver domstolene om lovens grunnvilkår er oppfylt, men ikke forvaltningens valg om å treffe vedtak innenfor lovens grenser ("kan"-skjønn). I andre tilfeller igjen prøver domstolene lovtolkningen, men ikke den konkrete subsumsjonen. En nokså omfattende kasuistikk er gitt i Frode Innjord: *Hva er vakkert? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/ eller skjønsmessige ord og uttrykk* i JV 1996 side 161 på side 182-190. Hensynene som gjør seg gjeldende i de ulike tilfellene, er de samme. De tilsier at domstolene i større eller mindre grad avstår fra å overprøve forvaltningens vedtak, eller viser tilbakeholdenhet i prøvingen. Det at tilfellene her er mange, til dels overlappende og til dels vanskelige å få taket på når man ikke har konkrete eksempler foran seg, gjør at det ikke kan trekkes mye om kandidatene har problemer med presisjonsnivået på dette punktet. Det avgjørende må være om det foreligger tilstrekkelig forståelse av hva begrenset prøving innebærer. Rt. 2012 side 1985 avsnitt 142 og 145 gir et godt eksempel på hvordan Høyesterett ordlegger seg der det er begrenset domstolsprøving.

Spørsmålet som i nyere tid har vært viet størst oppmerksomhet både i teori og rettspraksis, er i hvilken grad domstolene også kan overprøve forvaltningens subsumsjon (den konkrete rettsanvendelsen). Utgangspunktene må i dag langt på vei sies å være fastlagt. Det vanligste er at domstolene også prøver subsumsjonen. En viss diskusjon har imidlertid gått ut på hvor langt det er riktig å oppstille en presumsjon for at domstolene også overprøver forvaltningens subsumsjon. Om dette viser jeg til Christian Reusch og min artikkel i JV 2009 side 255-263, se også Graver (2007) side 270. Den sentrale avgjørelsen på dette punktet er Rt. 1995 side 1427 (Naturfredningsdommen). Det kan ikke forventes at studentene er kjent med diskusjonen om når det er riktig å oppstille en presumsjon eller ikke.

For å knytte spørsmålet opp til den praktiske virkelighet: Når det anførte grunnlaget for ugyldighet er at lovens vilkår for å treffe det aktuelle vedtaket ikke er oppfylt, oppstår spørsmålet om retten kan eller skal foreta en egen subsumsjon av om de faktiske forholdene i saken tilfredsstillende lovens vilkår. Det har vært nokså vanlig begrepsbruk å omtale dette som et spørsmål om det foreligger fritt forvaltnings-skjønn. Denne begrepsbruken er noen ganger treffende, andre ganger ikke. Antakelig er det mer presist å si at sluttbedømmelsen/subsumsjonen ikke kan tilsidesettes direkte av domstolene.

Uansett er det ikke tvilsomt at domstolene i en rekke tilfeller ikke overprøver forvaltningens subsumsjon. Om man befinner seg innenfor et slikt område eller ikke, vil kunne ha fått sitt svar i rettspraksis. I andre tilfeller vil lovens ordlyd og forarbeider gi anvisning på løsningen. Fra et lovgiverperspektiv kan det være god grunn til å søke å avklare prøvingskompetansen, enten i ordlyden eller i det minste i lovforarbeidene, nettopp for å unngå uklarhet med den prosessdrivende funksjon det har. Hensynene nevnt i oppgave II er ikke så sjelden retningsgivende. Se nærmere i for eksempel Eckhoff og Smith (2010) side 399-405, Graver (2007) side 270 – 279, Boe (1993) s. 687-692 og Innjord (1996) side 182-190.

Det har vært hevdet at Høyesterett de senere år har gitt anvisning på nye toner og en tilnærming til den svenske løsningsmodellen, der det aldri har vært trukket i tvil at forvaltningsdomstolene har full kompetanse til å sette til side forvaltningens lovanvendelse. Christian Reusch og jeg har i vår artikkel fra 2009 gitt uttrykk for at noen slik utvikling ikke kan spores. Det kan selvsagt ikke kreves at kandidatene skal være kjent med en slik debatt.

Med plenumsdommen i Rt. 2012 side 1985, og spørsmål d) i praktikumsoppgaven (oppgave III), vil nok en del også komme inn på spørsmålet om hvilket faktum som skal legges til grunn ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Om dette henviser jeg til hva som fremgår nedenfor knyttet til dette spørsmålet.

For flere øvrige poenger, se kommentarer til oppgave II og III nedenfor.

Fremstillingen ovenfor viser at det er tale om et tema med mange nyanser og synspunkter. Uten praktisk erfaring med forvaltningsrett og domstolsbehandling, og ikke minst fortsatt relativt tidlig i studiet, er dette en utfordrende materie å trenge inn i. Dette må nødvendigvis få betydning ved sensuren. Behandling av stoffet som visers skikkelig forståelse, bør belønnes rikelig.

### 3 OPPGAVE II

Oppgave II tilsvarer hvorfor-delen i HHH-oppgaven og lyder slik:

*"Hvilke hensyn begrunner domstolskontroll av forvaltningsvedtak?"*

Oppgaven spør altså for det første om hvilke hensyn som taler for at domstolene i det hele tatt kontrollerer forvaltningsvedtak. Domstolskontrollen har imidlertid også sine begrensninger, og en god oppgave bør for det andre nevne noen hensyn som tilsier slike begrensninger. Besvarelsene vil nok variere på dette punktet, herunder hvilke hensyn som anses som viktigst. Slik er det jo også blant jurister som arbeider med forvaltningsrett. Særlig må det her tales at en del studenter kan ha vanskelig for å forstå hvorfor domstolene har utviklet en praksis hvor det er en rekke vurderinger som ikke prøves. Opplistingen nedenfor er bare eksempler på hensyn.

Rettsikkerhet er et grunnleggende hensyn som vil kunne tilsi en mest mulig vidtgående kontroll av vedtaket, men ikke alltid. Vekten til dette hensynet vil kunne variere med hva saken gjelder. Blant annet kan hensynet til likebehandling – som må ses som en del av rettsikkerhetshensynet – tilsi at domstolene, som kanskje bare får et enkeltstående tilfelle til behandling, bør avstå fra å sette sin egen vurdering over vurderingen til et forvaltningsorgan som treffer et stort antall avgjørelser på feltet.

Hensynet til riktige avgjørelser er sentralt. Noen ganger har forvaltningen det beste apparatet og kompetansen til å treffe de riktige avgjørelsene, andre ganger domstolene.

Erfaring vil dessuten gi kompetanse. Det kan tale mot vidtgående overprøving at det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket, har spesiell eller sammensatt kompetanse tilpasset saksfeltet. Forvaltningen vil da ofte være bedre i stand til å foreta en riktig bedømmelse av saken enn domstolen. Hensynet til en naturlig og hensiktsmessig arbeidsdeling mellom forvaltningsorganer og domstoler er også sentralt. Blant annet innebærer dette at domstolene bør avstå fra å overprøve politiske vurderinger av hva som er den beste løsningen (med mindre hjemmelsloven ikke åpner for utøvelse av et slikt

skjønn). Et annet sentralt poeng er naturligvis maktfordeling, ved at visse avgjørelser er lagt til forvaltningen med endelig virkning. Domstolene kan også tape anseelse dersom de omdanner seg selv til politiske organer som tar stilling til vanskelige politiske spørsmål i stedet for å være nøytrale.

Denne typen vurderinger vil regelmessig bestå av en rekke størrelser det ikke er så lett å avveie mot hverandre, og hvor et entydig, objektivt svar på hva som er en riktig avveining vanskelig kan gis. Der kan domstolene ikke argumentere for å ha samme legitimitet til for eksempel å ta stilling til arealutnyttelsen i et område, eller hvor terskelen skal legges for å få opphold i riket på humanitært grunnlag, som det politisk valgte og ansvarlige myndigheter vil ha. Også andre momenter vil komme inn, blant annet behovet for å kontrollere om vedtaket ligger innenfor de rammer og skjønnsmarginer som følger av særlig EMK og EØS-avtalen.

En avveining av disse hensynene vil noen ganger lede til at deler av vedtaket unntas fra direkte overprøving, eller at domstolen viser tilbakeholdenhet med å sette sin egen direkte vurdering foran den forvaltningsorganet har hatt i saken. Det første uttrykkes gjerne som at det er begrenset domstolsprøving, eller at man er inne på et område med fritt forvaltningsskjønn. At domstolene viser tilbakeholdenhet, kan uttrykkes slik at forvaltningens vurdering blir et moment i seg selv som taler for å lande på den samme løsningen. Det kreves derfor noe mer for å nå et annet resultat enn at retten – etter en fri og åpen vurdering – selv ville landet på en annen løsning.

Det må likevel understrekes at det vanligste i praksis er at det foreligger full domstolsprøving, det vil si at domstolene prøver både faktum og rettsanvendelse (herunder subsumsjonen). I enkelte tilfeller har dette også kommet til uttrykk i lovteksten, se for eksempel tvisteloven § 36-5, som sier at retten innenfor lovens rammer skal "*prøve alle sider av saken*" i saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. Det samme følger for eksempel av helsepersonelloven § 71. At det vanligste tross alt er at domstolene prøver alle sider av forvaltningsvedtak, sier også noe om at både lovgiveren og domstolene selv i utgangspunktet mener domstolene er skikket til å overprøve forvaltningens vurderinger.

I bedømmelsen må grunnholdningen må være at det er meget positivt dersom kandidatene gjennom sin behandling av hensynene viser at de har forstått hva domstolskontroll med forvaltningsvedtak handler om. Hvilke konkrete hensyn som trekkes frem, og hvilke navn som settes på dem, blir dermed underordnet.

#### 4 OPPGAVE III

Oppgavens faktum er etter det opplyste sterkt inspirert av faktum som lå til grunn i Oslo tingretts dom og kjennelse 14. desember 2012 (Lovdata TOSLO-2012-16519).

Etter min mening er det en god praktikumsoppgave, men den er utfordrende. Temaet kan i utgangspunktet være vanskelig å gripe an, og spørsmålene avviker en del i innhold fra tradisjonelle spørsmål. Oppgaven er samtidig presis, og den bør gi grunnlag for å skille ut de aller beste kandidatene.

##### a) *Hadde Fylkesmannen plikt til å ta stilling til om Peder skulle flyttes eller ikke?*

En del kandidater vil muligens ta opp spørsmålet om beslutningen om å flytte Peder er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, jf. § 2 første ledd a) og b). Det må være helt greit om kandidatene lar

dette ligge all den tid oppgaven selv omtaler avgjørelsen som "vedtaket", øverst side 2. Noen omfattende del av besvarelsen bør dette uansett ikke være.

Det følger av faktum at kommunen fattet vedtaket om flytting med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1, jf. pasientrettighetsloven § 2-1 a annet ledd. Pasientrettighetsloven § 2-1a ("Rett til nødvendig hjelp fra kommunens helse- og omsorgstjeneste") annet ledd har følgende ordlyd:

*"Pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen."*

Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 har følgende ordlyd:

*"§ 3-1. Kommunens overordnede ansvar for helse- og omsorgstjenester*

*Kommunen skal sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester.*

*Kommunens ansvar omfatter alle pasient- og brukergrupper, herunder personer med somatisk eller psykisk sykdom, skade eller lidelse, rusmiddelproblem, sosiale problemer eller nedsatt funksjonsevne.*

*Kommunens ansvar etter første ledd innebærer plikt til å planlegge, gjennomføre, evaluere og korrigere virksomheten, slik at tjenestenes omfang og innhold er i samsvar med krav fastsatt i lov eller forskrift. Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om pliktens innhold.*

*Kommunens helse- og omsorgstjeneste omfatter offentlig organiserte helse- og omsorgstjenester som ikke hører under stat eller fylkeskommune.*

*Tjenester som nevnt i første ledd, kan ytes av kommunen selv eller ved at kommunen inngår avtale med andre offentlige eller private tjenesteytere. Avtalene kan ikke overdras."*

Ingen av de to bestemmelsene oppgaven viser til regulerer eksplisitt kompetansen til å flytte en pasient. Peder synes heller ikke å angripe adgangen til å flytte en pasient på prinsipielt grunnlag, men han mener det ville være uverdige at han skulle flyttes rundt etter kommunens for godt befinnende og bli tvunget til å gå inn og ut av rommet sitt i en sluse.

Fylkesmannen er rett klageinstans i medhold av pasientrettighetsloven § 7-2 første ledd. Bestemmelsen sier ingen ting om omfanget av Fylkesmannens kompetanse, men forvaltningsloven § 34 annet ledd er relevant, jf. pasientrettighetsloven § 2-7.

Forvaltningsloven § 34 annet ledd har følgende ordlyd:

*"Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham. Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn."*

Det følger av bestemmelsens annet punktum at Fylkesmannen skal vurdere de synspunktene Peder kommer med. Se for eksempel Boe (1993) s. 877 og Graver (2007) s. 539. Svaret må derfor være at Fylkesmannen hadde plikt til å vurdere om Peder skulle flyttes eller ikke, da han nettopp hadde påklaget selve avgjørelsen om å flytte ham. En annen sak er at de overordnede forvaltningsorganer ikke sjelden vil slutte seg til fagorganers standpunkter, men disse standpunktene må i det minste vurderes.

Selv om svaret fortøner seg som nokså opplagt, ser jeg ikke bort fra at enkelte kandidater får problemer her, blant annet med å begrunne svaret (som de fleste forhåpentligvis vil komme til) med et fornuftig rettslig grunnlag.

Oppgaven spør ikke om konsekvensene av en misligholdt plikt. Svaret må imidlertid være at det foreligger en saksbehandlingsfeil i medhold av fvl. § 34 som lett kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, jf. fvl. § 41, slik at Fylkesmannens vedtak er ugyldig. Det er helt fint om kandidatene går inn på dette, forutsatt at det gjøres kort..

**b) *I hvilken utstrekning kan domstolen overprøve Fylkesmannens vurdering av om flyttingen og/eller slusesystemet på Omsorgen var i samsvar med kravet om "et verdig tjenestetilbud" i pasientrettighetsloven?***

Dette spørsmålet knytter seg i hvilken grad retten kan og skal prøve Fylkesmannens vurdering av om et lovbestemt vilkår er oppfylt. Hva gjelder de rettslige utgangspunktene, viser jeg til hva som fremgår i forbindelse med oppgave I ovenfor. Utgangspunktet her er uproblematisk: Retten kan prøve Fylkesmannens lovtolkning. Spørsmålet er om retten også kan prøve Fylkesmannens konkrete rettsanvendelse, altså subsumsjonen.

For å avgjøre om subsumsjonen er gjenstand for begrenset eller full domstolsprøving, må det gjøres en konkret vurdering. Jeg er ikke kjent rettspraksis eller uttalelser i forarbeidene som avklarer omfanget av domstolsprøvingen. Dermed må det tas utgangspunkt i lovens ordlyd og det vurderingstemaet loven legger opp til. Kandidater som får frem at det i et slikt tilfelle blir opp til domstolene selv å fastlegge sin egen kompetanse, bør gis et solid pluss.

Om kandidatene viser til Rt. 1995 side 1427 (Naturfredningsdommen) og gir uttrykk for at utgangspunktet er at domstolene prøver subsumsjonen, må det være helt greit, men ikke avgjørende med de mange nyansene det tross alt er innenfor dette temaet.

Av større betydning blir hvordan kandidatene behandler lovteksten. Hva som er "verdig", er et utpreget verdispørsmål, noe som med styrke taler for begrenset domstolsprøving. Det samme gjør det faktum at det kriteriet "verdig tjenestetilbud" er vagt. Samtidig kan det argumenteres for at domstolene i mange andre sammenhenger vurderer hva som er rimelig, utilbørlig, variert mv. Bestemmelsen gir pasient og bruker en rettighet, og rettighetshensyn kan tale for at det ikke er begrenset domstolsprøving her.

Jeg mener nok personlig at de beste grunner taler for begrenset domstolsprøving her, men jeg mener begge konklusjoner må kunne være fullgode dersom veien til konklusjonen er tilstrekkelig god.

Gode kandidater vil her fastlegge et vurderingstema med utgangspunkt i gjeldende praksis og foreta en pro et contra drøftelse. De svakeste vil muligens ikke engang se hva som er spørsmålet.



Det er mulig noen kandidater her vil utvide besvarelsen til også å nevne at domstolen i tillegg til lovtolkningen også kan prøve saksbehandling, faktum og myndighetsmisbruk. Det må være greit, forutsatt at ikke det sentrale, nemlig om subsumsjonen prøves, blir skadelidende.

**c) Er det tatt utenforliggende hensyn? Kan domstolen prøve forvaltningens vektning av relevante hensyn?**

Det er her to ulike spørsmål som skal besvares. For det første om det ble tatt utenforliggende hensyn, idet det ble lagt vekt på ansatte og andre brukere (luktsjenanse), og for det andre om avveiningen av relevante hensyn ved anvendelse av pasientrettighetsloven § 2-1a tredje ledd.

Utenforliggende hensyn kan enten ses som en del av myndighetsmisbrukslæren eller ses som en hjemmelsproblematikk. Hvordan kandidatene velger å forankre dette, bør ikke være avgjørende så lenge de får frem at spørsmålet er hvilke hensyn som er lovlige (relevante/saklige) når den aktuelle vurderingen skal tas (jeg minner for øvrig om at det neppe er noe poeng i å forankre argumentasjonen i myndighetsmisbrukslæren dersom det er full domstolsprøving). Utgangspunktet for hva som er lovlige hensyn, må basere seg på en tolkning av de aktuelle bestemmelsene, jf. Eckhoff og Smith (2010) side 407.

En del kandidater vil muligens skille mellom hensynet til de ansatte og hensynet til andre brukere. Det kan nok være ryddig. Nedenfor har jeg valgt å behandle de to hensynene sammen, da konklusjonen fremstår som nokså klar for meg.

Utgangspunktet for hvilke hensyn som kan være relevante, må som nevnt tas i lovens ordlyd, altså kravet på et "verdige tjenestetilbud". Allerede i "tilbud" ligger at det må være noen begrensninger i hva som kan kreves. Dette er også naturlig: Sentralt ved det å yte helsetjenester er å foreta avveininger mellom ulike behov. Dette taler klart for at det ikke er tatt utenforliggende hensyn.

Slik oppgaven er formulert, må kandidatene mene noe om betydningen av formålsbestemmelsen i § 1-1. Jeg kan vanskelig se at denne bestemmelsen skulle tilsi at hensynet til de ansatte og/eller andre brukere er ulovlig (usaklig/irrelevant). Tvert imot åpner formålsbestemmelsen nettopp for den typen avveininger som er nevnt ovenfor.

Den klart mest nærliggende konklusjonen er etter min mening at det ikke ble tatt utenforliggende hensyn.

Det neste spørsmålet er om domstolene kan overprøve myndighetenes konkrete avveining av ulike hensyn. Spørsmål c) er ikke lagt inn som en forlengelse av spørsmål b). Gode kandidater som har kommet til at det er full domstolsprøving under spørsmål b), kan finne det noe underlig at det så spørres om prøving av forvaltningens vektning. Dersom det er full domstolsprøving, er det ingen tvil om at domstolene selv må foreta en avveining når det skal subsumeres. Det kan absolutt ikke kreves at kandidatene ser poenget med hvilken argumentasjon som er relevant når. Samtidig må det gis et solid pluss til kandidater som har sett denne nyansen.

Dersom vi først befinner oss på et område med begrenset domstolsprøving, vil domstolene vanligvis ikke overprøve selve avveiningen av relevante hensyn utover hva som følger av myndighetsmisbrukslæren, jf. for eksempel Rt. 1996 side 78 (Bjørlo) på side 86, Graver (2007) s. 124-126 og noe

mer forbeholdent Eckhoff og Smith (2010) s. 409. Det kan imidlertid være at lovteksten gir anvisning på en særskilt vekting, men det er ikke tilfelle her.

Når det gjelder spørsmålet om avveining av relevante hensyn, må antakelig begge konklusjoner tillates. Synspunktene i teorien er delte, og hva kandidatene mener om dette spørsmålet vil nok lett bære preg av hvilken lærebok de har arbeidet mest med.

Den mest nærliggende hovedkonklusjonen på spørsmål c) er etter min mening at det ikke er tatt utenforliggende hensyn, og at domstolen ikke skal prøve den konkrete avveiningen av hensyn.

**d) Kunne domstolen ta hensyn til Peders sykdom?**

Spørsmålet tar opp en forvaltningsrettslig klassiker: Hvilket faktumtidspunkt skal legges til grunn ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak? Dersom man ikke befinner seg innenfor et område med særlige regler (for eksempel domstolsprøving av vedtak om tvungent psykisk helsevern, jf. tvisteloven § 36-5 tredje ledd og Rt. 2012 side 1985 avsnitt 50), har den tradisjonelle oppfatningen vært at det er faktum på vedtakstidspunktet som er avgjørende. Standpunktet har flere ganger de senere årene blitt utfordret fra ulike hold, men er nå bekreftet av Høyesterett i plenum, se Rt. 2012 side 1985. Ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak er utgangspunktet at faktum på vedtakstidspunktet legges til grunn.

Dommen er naturlig nok ikke omhandlet i pensumlitteraturen. Den er samtidig en av de mest sentrale avgjørelsene fra Høyesterett innen forvaltningsrett de senere årene. Det vil derfor ikke være overraskende om mange kandidater kjenner til den. For de som har forstått hva den går ut på, vil spørsmål d) fortone seg som et kontrollspørsmål. For dem som ikke kjenner dommen, blir det et spørsmål om hva man kjenner til av tidligere kildemateriale, og hvordan man resonnerer. Jeg mener det må være mulig å få full uttelling selv om kandidatene ikke konkret kjenner denne dommen, forutsatt at vurderingene som foretas når regelen skal fastlegges er rettslig relevante. Kjenner man dommen og anvender den på en god måte, må man selvsagt få et ikke uvesentlig pluss.

Konsekvensen av gjeldende rett er at Peder ikke får behandlet sin sykdom som en del av den foreliggende saken for domstolene, men i stedet må få spørsmålet prøvd av forvaltningen, for eksempel ved å fremme en omgjøringsbegjæring.

\* \* \* \* \*

## **5 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER**

Oppgaven omhandler sentrale temaer som er godt behandlet i pensumlitteraturen, uansett hvilke lærebøker kandidatene har anvendt. Oppgaven er imidlertid temmelig krevende, og dette bør etter min mening hensyntas ved sensuren.

Temaet er også krevende, og sammen med en utfordrende oppgave innebærer det at det må kunne aksepteres flere feilskjær enn ellers. Ved totalvurderingen av besvarelsene må det også tas hensyn til at kandidatene kun er inne i sitt andre studieår. Det er ikke konklusjonene eller enkeltpoengene som er avgjørende, men drøftelsene og analysen totalt sett.

Det følger av det jeg allerede har fremholdt, at det ikke kan kreves at kandidatene ser alle hovedpoengene for å få A. I motsatt ende av skalaen må det kreves en viss kvalitet for å få bestått når samtlige spørsmål gjelder temaer i kjernen av både læringskrav og pensum. Utover dette må det på vanlig måte utøves vanlig godt sensorskjønn.

Lykke til med sensuren og god sommer!

Oslo, 5. juni 2013  
Ola Ø. Nisja