

DEL 1

Utkast til sensorveiledning, JUS2211 – Del 1 av 2

JUS2211, vår 2016

Eksamensdag: 30. mai 2016.

Eksamen med praktikum i to deler, hver del er opplyst å telle en halvdel.

1 Innledning – læringskrav og pensum

Sensorveiledningen er skrevet uten at noen besvarelser er lest.

Oppgavens tema inngår i emnet velferdsrett, som utgjør 8 studiepoeng av JUS2211.

Samtlige av oppgavens spørsmål ligger innenfor det som det kreves «*god forståelse*» av.

Etter læringskravene kreves god forståelse av følgende generelle temaer:

- Rettighetsbegrepet i velferdsretten
- Rettssikkerhetsgarantiene i velferdsretten
- Rettskildesituasjonen i velferdsretten
- Menneskerettighetsperspektiv på velferdsretten
- Velferdsstaten og Grunnloven

Det kreves også god forståelse av følgende tjenester og stønadsordninger:

- Reglene om rett til helsetjenester
- Reglene om rett til sosiale tjenester
- Reglene om rett til trygdeytelser til livsopphold ved sykdom, arbeidsavklaring, uførhet, fødsel og adopsjon samt aleneomsorg for barn
- Reglene om økonomisk stønad og kvalifikasjonsstønad etter lov om sosiale tjenester i NAV
- Reglene om tvang overfor barn og foreldre og mennesker med psykiske lidelser

Studentene skal videre kunne:

- Identifisere velferdsrettslige problemstillinger i et saksforhold
- Drøfte og løse konkrete rettsspørsmål i velferdsretten
- Analysere og formulere vedtak om rettighetsbaserte ytelser og vedtak om tvangsinngrep
- Foreta vurderinger av slike vedtaks gyldighet i lys av rammer gitt i Grunnloven, menneskerettighetskonvensjoner, lover og forskrifter
- Formulere og formidle kunnskaper om velferdsrettslige problemstillinger
- Foreta rettspolitiske vurderinger av rettsreglene på dette området

Kjønstad/Syse: Velferdsrett I (5. utgave, 2012) er hovedlitteratur sammen med artikkelen

«Grunnlovsreformen og velferdsretten» skrevet av samme forfattere, inntatt i Jussens Venner 2014 s. 340-357.

For nærmere informasjon om litteratur og læringskrav for faget JUS2211, se <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2211/v16/pensumliste/index.html>

2 Generelt om oppgaven

Oppgavens tema er relativt sentralt stoff, og er fremstår som rimelig grundig gjennomgått i undervisningen våren 2016, blant annet gjennom Kirsten Sandbergs forelesningsrekke. Kandidater som har lest hovedlitteraturen og fulgt undervisningen bør derfor kunne komme greit igjennom oppgaven.

Jeg oppfatter spørsmålene som balanserte. Selv om oppgaven gjelder sentrale emner, er den likevel krevende. Jeg antar at oppgaven dermed er velegnet til å skille mellom kandidatene.

Kandidatene har to sentrale avgjørelser inntatt i domssamlingen som er tillatt som hjelpemiddel til eksamen. Rt 2002 s 875 gjelder omsorgsovertakelse etter § 4-12. Rt

2007 s 561 gjelder adopsjon. Begge dommene er behandlet i undervisningen i faget våren 2016. Det er å vente at de fleste kandidatene finner frem til og bruker disse avgjørelsene i drøftelsene sine.

Det er relativt lite rettspraksis knyttet til barnevernloven § 4-8. Derimot er det en hel del rettspraksis knyttet til «rene» § 4-12-saker. For spørsmålet om adopsjon og fratakelse av foreldreansvar er det også en del rettspraksis. I undervisningen i faget er de siste avgjørelsene fra Høyesterett, inntatt i Rt 2015 s 1107 og Rt 2015 s 110, gjennomgått rimelig grundig så vidt jeg har forstått.

Jeg antar at de fleste kandidatene vil få til rimelig gode drøftelser. Gode, balanserte drøftelser bør honoreres, mindre gode drøftelser kan vanskelig honoreres særlig, mens gale utgangspunkter nok bør føre til trekk. God juridisk metode bør honoreres. I og med at de fleste bestemmelsene er vist til i oppgaven, skal det godt gjøres å bomme kraftig på de rettslige utgangspunktene for drøftelsene.

Jeg blir ikke overrasket om det skulle vise seg at besvarelsene av spørsmål 1 og 3 gjennomgående er mer omfattende enn besvarelsene av spørsmål 2. Hvordan dette skal behandles under sensuren, antar jeg at vil bli drøftet på sensormøtet.

Veiledningen er skrevet *før* eksamen – slik at jeg ikke har lest noen besvarelser. Sensorveiledningen ventes å bli justert i etterkant av sensormøtet.

For ordens skyld minner jeg om at en sensorveiledning ikke er ment å være en mønsterbesvarelse, men en veiledning for sensorene i sensurarbeidet. Veiledningen er derfor heller ikke utformet som et mønster for en god besvarelse. På vanlig måte forutsettes at sensorene setter seg inn i de deler av pensum som er relevante for å besvare oppgavens spørsmål.

Nedenfor følger en gjennomgang av de ulike rettsspørsmålene som oppgaven reiser.

3 Del I

3.1 Del 1, spørsmål 1 «Drøft og avgjør om de materielle vilkårene for omsorgsovertakelse er tilfredsstillende»

Twisten står mellom Lars Ås og kommunen.

Lovens utgangspunkt er at tiltak etter barnevernloven skal rette seg etter hva som er best for barnet, jf. barnevernloven § 4-1. Herunder skal det legges vekt på å gi barnet «*stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen*». I denne vurderingen inngår barnevernlovens forutsetning om at det normalt vil være til barnets beste å vokse opp hos sine biologiske foreldre. En kan nok stille spørsmålet med betydningen av det biologiske prinsipp på selvstendig grunnlag, på grunn av lovens strenge vilkår for inngrep.

Barnevernloven § 4-8 annet ledd hjemler omsorgsovertakelse i de tilfellene hvor barnet er plassert frivillig utenfor hjemmet.

I og med at kommunen har begjært omsorgsovertakelse etter § 4-8 annet ledd, er det naturlig at studentene starter med å drøfte om vilkårene etter § 4-8 annet ledd er oppfylt.

Det er naturlig å starte drøftelsen med å vise til beviskravet. Det skal være «*overveiende sannsynlig at flyttingen vil føre til en situasjon eller risiko for barnet som nevnt i § 4-12 første ledd, kan det treffes vedtak om omsorgsovertakelse.*»

Studentene bør få frem at beviskravet er strengere enn der barnevernloven § 4-12 anvendes direkte. I forarbeidene (NOU 1985:18 side 159) er det sagt at det kreves en «*høy grad av sannsynlighet*» for at barnet vil komme i en situasjon som omhandlet i § 4-12 dersom vedtak ikke fattes.

§ 4-8 annet ledd krever videre en vurdering av om vilkårene i § 4-12 er oppfylt. Det er derfor å vente at studentene drøfter de materielle vilkårene i § 4-12 – i lys av beviskravet foran.

Faktum er temmelig spinkelt presentert med tanke på at oppgaven fordrer en drøftelse av de materielle vilkårene i § 4-12. Det er opplyst at «*[b]arneverntjenesten i Stordal fryktet at dersom Lars tok med seg Peder til Stavanger, ville det medføre at Peder ikke lenger ville få den omsorg, personlige kontakt og trygghet han trenger.*» Denne opplysningen tilsier at det er naturlig at studentene starter med en drøftelse av om vilkårene i § 4-12 første ledd, bokstav a er oppfylt. De andre alternative vilkårene i § 4-12 første ledd, bokstavene b-d fremstår som lite aktuelle å drøfte. Det vil ikke være særlig skjønnsomt om studentene tar opp disse.

For å vurdere om vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt, skal det foretas en bred og sammensatt vurdering ut fra situasjonen på domstidspunktet. Sentralt ved vurderingen er Peders omsorgsbehov sett opp mot Lars' omsorgsevne. Dette bør studentene peke på. Det er vanskelig å si veldig mye om dette slik som faktum er beskrevet. De studentene som får noe ut av dette og den følgende drøftelsen, bør gis honnør for det.

I ordlyden «*alvorlige mangler*» ligger det en høy terskel for omsorgsovertakelse. Forarbeidene presenterer normen slik: «*Det er forutsatt at situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar – ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer eller situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om ansvarsovertakelse*» (Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s 110).

Konkret, er det vanskelig å se at vilkårene for omsorgsovertakelse etter § 4-12 første ledd bokstav a er oppfylt i saken her. Faktum er, som sagt, meget spinkelt. Studentene bør vise til hva kommunen har anført i tilknytning til bestemmelsen og drøfte vilkårene opp mot disse. Det er nok å vente at en del studenter vil spekulere litt i faktum. Det bør føre til trekk dersom det blir for mye av det.

Det følger av bestemmelsens siste ledd at vedtak etter § 4-12 første ledd «*kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i*» og dersom det ikke kan «*skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11*». Dette bør studentene ha med. Det er å vente at studentene i forlengelsen av denne bestemmelsen viser til det minste inngreps prinsipp, og at det alltid skal vurderes om situasjonen kan bedres ved bruk av hjelpetiltak, se bvl § 4-4.

Selv om vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt, er det likevel ikke gitt at omsorgsovertakelse skal skje. Det følger av ordlyden («*kan*») at bestemmelsen er en kompetanseregulering. Det betyr at retten skal prøve om omsorgsovertakelse *bør* skje. I denne vurderingen vil det være hensynet til barnets beste være det sentrale, jf bvl § 4-1. Det skal foretas en samlet vurdering av hva som er til det beste for Peder, hvor også eventuelle negative konsekvenser som en flytting av ham kan medføre inngår.

Etter mitt skjønn, er det vanskelig å konkludere med annet enn at de materielle vilkårene for omsorgsovertakelse etter § 4-8 annet ledd ikke er oppfylt.

* * *

Det er imidlertid opplyst at *«barneverntjenesten [antok] at det å bryte tilknytningen til familien Tastad og Stordalsbygda i seg selv kunne gi alvorlige problemer for Peder»*.

Dette bør lede studentene inn på en drøftelse av bvl § 4-8 tredje ledd.

Som foran, gjelder det generelle prinsippet i barnevernloven § 4-1 om hensynet til barnets beste. Videre skal hjelpetiltak etter § 4-4 anvendes dersom disse kan etablere forhold slik at det blir tilfredsstillende omsorg i hjemmet.

Bvl § 4-8 tredje ledd har to grunnvilkår. For det første er det et vilkår at plasseringen utenfor hjemmet har vart i minst to år. Kandidatene kan kort slå fast at dette vilkåret ikke fremstår som problematisk.

For det andre er det et vilkår at *«barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering må antas at flyttingen kan føre til alvorlige problemer for barnet.»*

Ordlyden *«alvorlige problemer»* er lik som bvl § 4-21 om tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, som oppstiller det samme vilkåret.

Forarbeidene til § 4-21 legger til grunn at alle flyttinger vil kunne føre til problemer for et barn, og at mindre alvorlige problemer eller problemer av mer forbigående art ikke bør bli avgjørende hvis foreldrene kan gi barnet tilfredsstillende omsorg. Bestemmelsen fordrer både en kortsiktig og en langsiktig vurdering, hvor utgangspunktet er at det i seg selv er en ressurs for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre.

Høyesterett har lagt til grunn at dersom det foreligger en *«reell fare for skadevirkninger av betydning på lengre sikt»* skal det i så fall ikke skje noen tilbakeføring med mindre dette likevel vil være til barnets beste. (Se Rt 2004 s 1683, premiss 32, med videre henvisninger.)

Konkret her, har Peder bodd sammen med Lars, men det fremstår som han mesteparten av sitt unge liv har bodd sammen med familien Tastad – og at hans primære sosiale tilknytning er hos dem. Dette kan tale for at vilkåret foran er oppfylt.

På den annen side vil Lars' omsorgsevne, og om han er i stand til å demme opp for de reaksjonene en adskillelse fra fosterforeldrene ventelig vil medføre være av betydning i

en drøftelse. Her er faktum igjen temmelig sparsomt fremstilt. Det er ikke opplyst at Peder hadde særskilte omsorgsbehov.

Som ellers, er studentenes drøftelse av spørsmålet det viktigste for bedømmelsen av besvarelsene. Balanserte drøftelser bør honoreres. De kandidatene som lar drøftelsen skli ut fra det som bør være fokus; Peder Ås' beste opp mot Lars' forhold, bør få trekk for det. Det vil for eksempel være lite skjønnsomt å fokusere særlig på hensynet til fosterforeldrene her. Resultatet anser jeg som underordnet, samtidig som jeg synes det er vanskelig – ut fra det faktum som er presentert – å konkludere med at vilkårene i § 4-8 tredje ledd er oppfylt.

3.2 Del 1, spørsmål 2: «Forutsett at vilkårene for omsorgsovertakelse er tilfredsstillt. Drøft og avgjør om de materielle vilkårene for fratakelse av foreldreansvar er tilfredsstillt»

Å frata foreldreansvaret etter bvl § 4-20 er et inngripende vedtak overfor Lars. Selv om det i loven ikke oppstilles nye eller strengere materielle vilkår enn for overtakelse av omsorgen, må slike vilkår innfortolkes (se *Velferdsrett I*, side 532). Fratakelse av foreldreansvar foreslås typisk i tilfeller der barneverntjenesten (kommunen) mener det er grunnlag for adopsjon av barnet.

Høyesteretts praksis innebærer at det i realiteten kreves sterke grunner for å frata foreldreansvaret i tillegg til omsorgen. Det er å vente at studentene viser til EMD sin avgjørelse i *Johansen mot Norge*

Bestemmelsen i § 4-20 (1) fastslår at det «*kan*» bestemmes fratakelse av foreldreansvaret. Det er ingen plikt til å gjøre dette selv om omsorgen for barnet er overtatt.

Vurderingen av om foreldreansvaret skal fratas Lars beror på et konkret skjønn. Siktemålet med fratakelsen av foreldreansvaret er som regel å bane veien for adopsjon av Peder. I en slik kontekst vil momentene som taler for og/eller i mot å gi samtykke til adopsjon også måtte trekkes inn under vurderingen av hvorvidt fratakelse av foreldreansvaret skal skje. De kandidatene som ser dette og får noe ut av det, bør gis honnør for det.

3.3 Del 1, spørsmål 3: «Forutsett at de materielle vilkårene for fratakelse av foreldreansvar er tilfredsstillt. Drøft og avgjør om vilkårene etter bvl § 4-20 tredje ledd bokstavene a til c foreligger.»

Adgangen til tvangsadopsjon reguleres av barnevernloven § 4-20. Når det er fattet vedtak om fratakelse av foreldreansvaret, kan det gis samtykke til adopsjon dersom vilkårene i bestemmelsens tredje ledd bokstavene a til d er oppfylt.

Når oppgaven ber studentene drøfte bokstavene a til c, skal de ikke drøfte bokstav d.

Adopsjon skal vurderes ut fra hva som er til barnets beste innenfor rammen av Grunnloven § 102 og § 104, EMK artikkel 8 og FNs barnekonvensjon artikkel 3 og artikkel 21. Det skal særlig tungtveiende grunner til for at det kan gis samtykke til adopsjon.

Grunnvilkåret for adopsjon er angitt i bokstav a, som oppstiller to alternativer. Selv om Lars Ås vil kunne gi Peder ÅS forsvarlig omsorg, kan adopsjon likevel besluttes hvis Peder har fått «*slik tilknytning til mennesker og miljø der [han] er*» at en flytting kan føre til alvorlige problemer for ham. I tillegg må vilkårene i bokstavene b, c og d være oppfylt.

Bevistemaet er langt på vei det samme som ved spørsmål om oppheving av vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-21 første ledd.

Beviskravet etter § 4-21 første ledd er at det skal være overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. Forarbeidene til bestemmelsen presiserer at dette kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt ikke var ment å ha betydning for vurderingen etter § 4-20 tredje ledd bokstav a (se Ot.prp.nr.69 (2008-2009) side 26).

Vurderingen av tilknytningskravet må da ta utgangspunkt i hvilket faktum som er mest sannsynlig.

Det er temmelig spedt med opplysninger om Peders forhold i faktum. Studentene ventes å ta tak i opplysningene om at Peder er fem år gammel, har bodd i fosterhjemmet i flere år. Helt konkret hvor lenge Peder hadde bodd i fosterhjemmet, er det som sagt foran ikke opplyst om, men det er greit å legge til grunn at han synes å ha

en rotfestet og trygg tilknytning til fosterhjemmet og fosterforeldrene. Om betydningen av dette, se Rt 2015 s 110 (premiss 45).

I tillegg til ovennevnte, skal studentene spørre om adopsjon vil være til barnets beste, og om adoptivsøkerne (altså Peders fosterforeldre) har vist seg skikket til å oppdra det som sitt eget.

Drøftelsen av det siste spørsmålet (om fosterforeldrene har vist seg skikket) kan med fordel gjøres temmelig kort. Jeg ser for meg at lange drøftelser her vil føre til unødvendige spekulasjoner i faktum.

Når det gjelder spørsmålet om adopsjon er til Peders beste, se utgangspunktet for drøftelsen presentert i Rt 2015 s 110, premiss 45 og 46. Her kan studentene igjen vise til Peders tilknytning til fosterfamilien. Det er ikke sagt noe om at han har særlige behov. Dette bør studentene få frem. Om Høyesteretts vurdering av disse forholdene, se premiss 61 flg i Rt 2015 s 110.

De studentene som klarer å få balanse inn også her, bør gis honnør for det.

I Rt 2015 s. 110 la Høyesterett til grunn at den nye § 4-20a i barnevernloven om besøkskontakt med de biologiske foreldrene ikke innebar at terskelen for adopsjon var senket. Denne avgjørelsen bør studentene kjenne til – selv om den ikke er inntatt i domssamlingen. Den er, som sagt, behandlet i undervisningen. De studentene som viser til denne avgjørelsen når de behandler kommunens anførsel om at terskelen for tvangsadopsjon er lavere gjennom vedtak om besøkskontakt bør honoreres for det. De studentene som drøfter spørsmålet uten å vise til avgjørelsen bør ikke trekkes nevneverdig for det dersom drøftelsen ellers er forstandig.

DEL 2 (M. Reusch)

Læringskravene i forvaltningsrett fastslår at studenten skal ha god forståelse av bl.a.:

- Forvaltningslovens sentrale regler, særlig om anvendelsesområde, utredningsplikt, habilitet, varsling, partsoffentlighet, vedtak, underretning, begrunnelse og klage
- Reglene om omgjøring av forvaltningsvedtak

- 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
 - Reglene om ugyldighet
 - Domstolens kompetanse til å prøve forvaltningens konkrete lovanvendelse (subsumsjonen) og deres tilbakeholdenhet med å bruke kompetansen
- Fagområdet "Miljørett" inngår i emnet JUS2211 Forvaltningsrett. Etter læringskravene i miljørett skal studentene bl.a. ha god forståelse av
- Rettslige virkemidler og rammer for styring av arealbruk gjennom plan- og bygningsloven (arealplanlegging) og forvaltning av naturmangfold gjennom områdevern etter naturmangfoldloven
 - Rettslige virkemidler og rammer for kontroll med utslipp av forurensning, herunder klimagasser

Studenten skal etter endt emne kunne bruke rettsreglene i offentligrettslige fag på faglig forsvarlig vis ved å kunne føre muntlige og skriftlige juridiske resonnementer basert på anerkjent juridisk metode. Det innebærer å kunne identifisere rettsspørsmål, stille spørsmål klart og tydelig, skille mellom spørsmål som ligner hverandre, men som er forskjellige, samt ha vurderingsevne og selvstendighet til:

- å drøfte løsningene på skisserte praktiske, konkrete problemer i samsvar med fagtradisjonen, og
- å drøfte faktiske og mulige rettsregler i samsvar med de faglige tradisjonene for betenkninger og korte essays.

Hovedlitteratur er Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett* (10. utg., 2014) eller Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (4. utg., 2015). Henvvisninger til de mest aktuelle stedene i disse bøkene gis under hvert av spørsmålene nedenfor.

Generelt

Oppgaven legger opp til å prøve kandidatene i sentrale problemstillinger som ligger innenfor læringskravenes kjerneområder. Hvert av de fire delspørsmålene angir at kandidaten både skal drøfte og avgjøre. Sensorene bør ha et våkent blikk for denne "bestillingen". Som et minimum må det kreves av en drøftelse at kandidaten finner argumenter som taler både for og mot den konklusjonen kommer frem til. Sentralt i sensurarbeidet vil også være å se etter hvilke rettskilder kandidatene henter sine argumenter fra. Erfaringsmessig vil en besvarelse i karakterskalaens nedre halvdel bare bruke momenter fra lovteksten (ordlyd), samt reelle hensyn. Bedre besvarelser vil være mer nyansert og bygge drøftelsene på et større spekter av rettskilder.

En særlig utfordring kan være at oppgavens faktum er bygget opp rundt sykling i terrenget. Noen kandidater vil sikkert kjenne til at sykling utenfor sti i skogsterreng som hovedregel ikke er tillatt. Sykling utenfor sti er bare tillatt på fjellet. Dette fremgår av frilufsloven § 2 andre ledd og hører til læringskravet fra foregående studieår (JUS 1211). Oppgaven gir ikke rom for å ta stilling til om syklingen i dette tilfellet foregår over eller under tregrensen. Noen kandidater vil sikkert kjenne til at sykling i terreng utenfor sti er forbudt, selv om det ikke er fastsatt noe særskilt om det i vernebestemmelsene for området, jf, oppgaveteksten første avsnitt siste setning. Kandidater som ikke er kjent med reguleringen i frilufsloven vil i lys av oppgaveteksten kanskje ta utgangspunkt i at terrengsykling utenfor sti er lovlig.

For sensorene er det viktigste å være oppmerksom på at kandidatene her kan ha ulik inngang til dette. Men vurderingen av de forvaltningsrettslige spørsmålene oppgaven spør etter, bør i denne sammenhengen ikke påvirkes av hvordan kandidatene eventuelt trekker inn frilufslovens i besvarelsen.

Oppgaven angir at besvarelsen av del I og vil bli vektlagt likt. I del II byr spørsmål 1 og 2 på de mest krevende drøftelsene og besvarelsene her vil nok gi størst utslag på karakteren.

Spørsmål 1

Drøft og avgjør i hvilken grad forvaltningsmyndighetenes vurdering av hvorvidt stiene og tråkkene har endret eller kan endre landskapets særpreg eller karakter vesentlig, kan prøves av domstolene.

Hjemmelen for pålegget om å slutte med utleie av fatbikes er oppgitt å være naturmangfoldloven § 69 jf. § 36. Etter § 69 kan forvaltningsmyndigheten gi pålegg til den ansvarlige om å rette eller stanse forhold som er i strid med loven. Hvem som kan være "den ansvarlige" er tema for spørsmål 2 nedenfor.

Etter nmfl. § 36 er det i landskapsvernområder forbudt å sette i verk tiltak som alene eller sammen med andre tiltak kan endre *det vernede landskapets særpreg eller karakter vesentlig*.

I tradisjonell terminologi blir det altså spørsmål om lovvilkårret om å endre *det vernede landskapets særpreg eller karakter vesentlig* er et fritt forvaltningsskjønn, eller om subsumsjonen med endelig virkning tilligger forvaltningsmyndigheten. Men terminologien er ikke helt fast, se Graver s. 236-237.

Utgangspunktet må tas i en tolkning av lovteksten. En typisk markør for fritt skjønn, som "forvaltningsmyndigheten finner", er det ikke her. Andre momenter vil være vurderingstemaets art (er det utpreget politisk eller rettslig?), ev. forarbeidsuttalelser, reelle hensyn mv. Noen helt sikker slutning kan neppe trekkes fra disse kildene.

Det foreligger to høyesterettsdommer som kan være av særlig interesse, begge står i domsamlingen som er lovlig hjelpemiddel for studentene til eksamen. Den første er Rt. 1995 s. 1427 (naturfredningsdommen), der spørsmålet bl.a. var om domstolene kunne overprøve forvaltningsmyndighetens vurdering av om vilkårene for å opprette et naturreservat var oppfylt. Dette ble besvart bekreftende av et flertall på fire dommere. Men det ble videre vist til at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak. Et flertall på tre dommere ga dessuten anvisning på en tolkningspresumsjon (s. 1436): «Om de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet.» Det er usikkert hvor sterk denne tolkningspresumsjonen er.

En annen dom er Rt. 2007 s. 257 (Trallfadommen). Den gjaldt spørsmålet om forvaltningens vurdering av vilkåret *særlige grunner* for dispensasjon etter plan- og bygningsloven (1985) § 7, kunne overprøves av domstolene. Dette ble besvart benektende, bl.a. med vekt på vurderingstemaets art. Tolkningspresumsjonen fra naturfredningsdommen er ikke nevnt i denne dommen.

Anvendt på faktum i eksamensoppgaven er det et moment at vilkårene i nmfl. § 36 er noe annerledes enn de var i naturfredningsdommen, men likevel har et klarere innhold og mindre politisk preg enn de *særlige grunner* i Trallfa-dommen. Den mest nærliggende konklusjonen er at subsumsjonen kan prøves av domstolene, men at det bør utvises en viss tilbakeholdenhet med å overprøve det naturforvaltningsmessige skjønn bak pålegget. Høyesteretts resonnement i begge disse dommene vil kunne gi kandidatene nyttige momenter til drøftelsene. Det vil være et pluss for kandidater som utnytter dette rettskildematerialet på en fornuftig måte.

Spørsmål 2

Drøft og avgjør om uttrykket «den ansvarlige» i naturmangfoldloven § 69 i vår sak kan forstås slik det omfatter «Stordalen natur & fritid».

Oppgaven legger opp til å drøfte om *den ansvarlige* kan være en annen enn den som fysisk påfører terrengskaden. Anførselen om legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 hører hjemme ved behandlingen av dette spørsmålet.

Utgangspunktet for vurderingen er lovteksten. Selve termen *den ansvarlige* er forholdsvis vid. Dersom det ikke ble leid ut sykler, ville trolig skaden vært mindre. Den primært ansvarlige er klart nok hver enkelt syklist. Dette støttes også av den alminnelige aktsomhetsnormen i frilufsloven § 11. Bestemmelsen fastsetter blant annet at enhver som benytter seg av retten til å sykle i naturen skal opptre hensynsfullt og varsomt for ikke å påføre miljøet skade. Språklig sett vil man også være innenfor ordlyden når pålegget rettes mot en som leier ut sykler som leder til skaden. Medvirkeransvar for utleiefirmaet kan imidlertid ikke utelukkes. Forarbeidene til naturmangfoldloven § 69 avklarer ikke nærmere hvem som kan være den ansvarlige, men forutsetter at det kan være flere, se ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 451. Kandidater som vet at terrengsykling utenfor sti i skogen er ulovlig, vil nok komme til at Stordalen natur & fritid kan holdes ansvarlig. Hvis det var et kjent problem med terrengskade utenfor stiene i dette landskapsvernområdet som følge av ulovlig sykling i terrenget, er det ingen rimelig grunn til at Stordalen natur & fritid skal kunne lukke øynene for det. Men den motsatte konklusjonen må også være forsvarlig. Det viktigste for bedømmelsen her vil derfor være kvaliteten på drøftelsen.

Anførselen om legalitetsprinsippet inneholder et kontrollspørsmål: Kandidaten skal vite at kravet til lovgrunnlag også gjelder overfor juridiske personer.

Legalitetsprinsippet er fra mai 2014 inntatt i Grunnloven § 113. Bestemmelsen sier:

Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.

Kandidatene bør vite at grunnlovfesting av legalitetsprinsippet i mai 2014 innebar en kodifisering av gjeldende rett. Innholdet i legalitetsprinsippet er behandlet utførlig hos Eckhoff/Smith s. 337 flg. og hos Graver s. 197. Legalitetsprinsippet vil være et tolkningsmoment i vurderingen av om Stordalen natur & fritid kan utgjøre *den ansvarlige* etter nml. § 69. Et naturlig utgangspunkt her er Rt. 1995 s. 530 der Høyesterett uttalte at «kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn». Dette er senere omtalt som "Fjordlaksformelen". Selv om den praktiske betydningen av "formelen" er omdiskutert i juridisk teori, vil den gode kandidaten gjøre en vurdering av hvor inngripende vedtaket er for utleievirksomheten og se om hjemmelsgrunnlaget for inngrepet er tilstrekkelig klart.

Spørsmål 3

Drøft og avgjør om det foreligger usaklig forskjellsbehandling

Forutsetningen for å besvare dette spørsmålet er at en virksomhet som leier ut sykler kan holdes ansvarlig etter nml. § 69. Kandidater som har kommet til motsatt resultat i spm. 2 må derfor legge inn denne forutsetningen her.

Grunnlaget for anførselen om usaklig forskjellsbehandling må være at det også er to andre som driver likeartet virksomhet med utleie av terrengsykler i Stordalsbygda. Oppgaven gir ikke detaljerte opplysninger om de andre virksomhetene, men det fremgår at Stordalen natur & fritid etablerte seg sist og har den største virksomheten.

Rettslig sett blir det spørsmål om forvaltningsmyndigheten må tilsvarende pålegg til alle tre virksomhetene. Også her skaper oppgaven en liten utfordring ved at den legger opp til å drøfte overskridelse av tålegrensen (jf. uttrykket i teksten om dråpen som får begeret til å flyte over), mens oppgaven ikke fanger opp at også den syklingen utenfor sti som ikke medfører skader, kan være ulovlig.

At forvaltningsvedtak kan være ugyldig pga. usaklig forskjellsbehandling, er en doktrine som er utviklet i praksis. Fra mai 2014 har Grunnloven § 98 en bestemmelse som forbyr usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling. Bestemmelsen gjelder etter sin utforming bare for fysiske personer (intet *menneske*) og får derfor ingen betydning her.

Kjernen i forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, er en forpliktelse til å behandle like tilfeller likt. Men det finnes lite praksis som avklarer mer presist når to tilfeller er så like at likebehandlingsforpliktelsen oppstår.

I saken her vet vi at virksomhetene er likeartede, men det vil være relevante forskjeller at Stordalen natur & fritid har etablert seg sist og at deres virksomhet er den største. Det er derfor vanskelig å se at det her kan være tale om noen usaklig forskjellsbehandling.

På miljøområdet er det dessuten praksis for at myndighetene må kunne velge å sette inn sine virkemidler der det gir best effekt. Dette støttes av sterke reelle hensyn. Det vil bare være mer unntaksvis at utpekingen av ansvarssubjekt vil kunne lede til ugyldighet I Grindalen-saken sa Høyesterett om dette (avsnitt 82):

Det innebærer at forurensningsmyndighetene kan velge å gå på grunneieren, selv om grunneieren ikke er den forurensningen skriver seg fra. Men der en annen klart peker seg ut som nærmere til å foreta effektive tiltak, vil det etter omstendighetene kunne tenkes å innebære myndighetsmisbruk å rette krav mot grunneieren.

Konklusjonen under dette spørsmålet bør derfor være sikker.

Spørsmål 4

Drøft og avgjør om pålegget er grovt urimelig

Dette bør kunne gjøres nokså kort. Igjen kan det ha en viss betydning for inngangen til drøftelsen om kandidaten er kjent med at sykling utenfor sti i skogsterreng er forbudt. Det vil være et pluss dersom kandidaten trekker inn i drøftelsen om det kan finnes andre og mindre inngripende måter å løse problemet med terrengslitasje på. I praksis vil det for eksempel kunne være aktuelt å pålegge utleieren plikt til å informere sine kunder om hvilke regler som gjelder på og utenfor stier.

Uansett bør kandidatene få frem at det er en meget høy terskel for å underkjenne forvaltningsvedtak fordi de etter sitt innhold er grovt urimelige. I høyesterettspraksis er det bare én dom som uttrykkelig synes å ha anvendt dette ugyldighetsgrunnlaget: Mortvedt-dommen i Rt. 1951 s. 19. Av nyere dommer kan det vises til Rt. 2014 s. 310, om inndragning av drosjebevilgninger, se særlig dommen avsnitt 63 flg.

Også her bør konklusjonen være sikker.

Oslo 29. mai 2016, Marianne Reusch