

SENSORVEILEDNING FOR SEMESTEROPPGAVE JUS2211 VÅREN 2018

1 Innledning

Nytt av semesteret er at eksamen i emnet JUS2211 Forvaltningsrett og EØS-rett – som selv er en nyskaping – består av en semesteroppgave med ordgrense på 6000 ord som gjøres som hjemmeeksamen, og en justerende muntlig eksamen med presentasjon, forsvar og utdyping av den innleverte oppgaven. Denne sensorveiledningen er skrevet først og fremst med sikte på den foreløpige fastsettingen av den skriftlige prestasjonen.

I tillegg gis en fire timers skoleeksamen, som er løst fra semesteroppgaven/den muntlige eksamenen (og dermed ikke er tema for sensorveiledningen).

Oppgaveteksten for innleveringsoppgaven er slik:

Gjør rede for kravet til at forvaltningens inngrep overfor borgerne må ha hjemmel i lov (legalitetsprinsippet) i fem avgjørelser fra minst to ulike forvaltningsområder. Det skal dermed være maksimalt fem avgjørelser samlet sett, og som kan være rettsavgjørelser (dommer, kjennelser mv.) og/eller konkrete forvaltningsvedtak. Drøft hvilke krav som stilles til rettsgrunnlaget og hvilke funksjoner kravet har.

Til orientering finnes det åpne nettsider som inneholder vedtak, se til illustrasjon
<https://lovdata.no/pro/#rettskilder> [under «nemnder og utvalg»]
<https://www.nve.no/konsesjonssaker/>
<https://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynssaker/>
<http://www.trygderetten.no/ikbViewer/page/sok2>

Nettlenkene er kun ment som eksempler, ikke som førende tolkninger av semesteroppgaven.

Fakultetet kom med to presiseringer som ble gjort kjent for studentene i god tid før innlevering. Den første presiseringen lød slik:

Det har vært spørsmål om oppgavens formulering «... i fem avgjørelser fra minst to ulike forvaltningsområder. Det skal dermed være maksimalt fem avgjørelser samlet sett ...». For å klargjøre oppgaven gis det følgende presiseringer:

Formuleringen ment å begrense oppgavens beskrivelse av antallet typesituasjoner der forvaltningens inngrep overfor borgerne må ha hjemmel i lov, altså slik at det maksimalt er fem typesituasjoner som behandles. Oppgaven skal forstås slik at hver av de utvalgte typesituasjonene skal analyseres med utgangspunkt i én avgjørelse. Disse analysene foretas i lys av andre rettskilder, og uten at det er noen begrensninger i hvor mange slike kilder som kan trekkes inn.

Den andre presiseringen var mer omfattende:

Det har vært spørsmål om oppgavens presisering. Det som spesielt har foranlediget spørsmål, er minstekravet til antall avgjørelser som må analyseres. For å bringe klarhet i dette, gis det

her en ytterligere presisering: Semesteroppgaven må minst ta for seg to avgjørelser som belyser hver sine områder innen forvaltningsretten. Dette er, som påpekt tidligere, gjort for å imøtekomme ønsket om å «begrense oppgavens beskrivelse av antallet typesituasjoner». I selve analysen av de (minst to) utvalgte avgjørelsene, kan det trekkes inn andre rettskilder (uten antallsbegrensning).

Selv om minstekravet er to avgjørelser som belyser hver sine områder innen forvaltningsretten, kan det berike fremstillingen å trekke inn flere avgjørelser og andre rettskilder. Det beror særlig på om oppgaven har anlagt et breddeperspektiv eller et dybdeperspektiv, og hvor forklaringskrevende de enkelte avgjørelsene er.

Det er også blitt stilt spørsmål om velferdsretten anses som ett og samme forvaltningsområde. Siden velferdsretten er et begrep som rommer svært mange undergrupper av fagområder, anses dette ikke som ett rettsområde i semesteroppgave-sammenheng. Som konsekvens betraktes for eksempel psykisk helsevern og sosialrett som to ulike forvaltningsområder.

I denne presiseringsmeldingen tilføyes det at avgjørelser fra Sivilombudsmannen kan trekkes inn. Det samme gjelder i prinsippet EMD-avgjørelser.

Vedtak som benyttes skal i utgangspunktet være offentlig tilgjengelige. I den utstrekning det benyttes vedtak som ikke er offentlig tilgjengelige, må det sørges for tilstrekkelig anonymisering – og disse anonymiserte vedtakene skal sendes til Morten Kjelland for godkjenning før de vedlegges oppgaven (sikre tilstrekkelig ivaretagelse av personvern).

2 Kunnskapskrav, pensum og undervisning

Alminnelig forvaltningsrett – som jeg oppfatter som oppgavens kjerne – består av 13 studiepoeng av totalt 30 studiepoeng i emnet JUS2211. De andre fagområdene er velferdsrett og miljørett (som er underbruk av forvaltningsretten) og EØS-rett. Det fremgår av kunnskapskravene at studenten skal ha «god forståelse» av «kravet til rettslig grunnlag for avgjørelser (kompetanse) og faktiske handlinger (tillatelse), herunder legalitetsprinsippet». Forbindelsene mellom fagene blir understreket i fakultetets omtale på web.

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*, 10. utg., 2014. Her er legalitetsprinsippet – eller lovskravet som jeg heretter også omtaler det som – behandlet i kapittel 23 (Rettslige grunnlag for forvaltningens virksomhet. Legalitetsprinsippet mv.), særlig s. 337-348, men indirekte også resten av kapittelet. 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.

Jeg går ikke her nærmere inn på den særdeles omfattende listen over tilleggs litteratur, men for sensorene er det av betydning å være kjent med at mange kandidater trekker på materiale herfra i semesteroppgaven.

Det finnes diverse doms- og materialsamlinger, hvor de mest sentrale er Boe: *Oppgave- og materialsamling i forvaltningsrett*, 5. utg., 2013 og Kjelland: *Kurshefte i forvaltningsrett; et tematisert utvalg av sentrale rettskilder*, 2012.

Lovskravet har vært behandlet på forelesning over én dobbeltime under overskriften «Krav til rettslige grunnlag for forvaltningens handlinger og beslutninger (legalitetsprinsippet)». Temaet har også vært dekket i kursundervisningen, etter hva jeg har fått opplyst. Undervisningen i velferdsrett ble først ferdig én uke før fristen for innlevering av semesteroppgaven.

I tillegg har fakultetet hatt et særskilt undervisningsopplegg (kurs og forelesning) med tanke på det å skrive en semesteroppgave. Undervisningsopplegget har vært tilgjengelig for sensorene. I tillegg har studentene hatt anledning til å stille spørsmål til ansvarlig faglærer på fakultetets webside, hvor både spørsmål og svar har vært tilgjengelig for alle studenter. Spørsmål og svar-side skal etter det opplyste ha vært aktiv i fire til fem uker.

3 Tolkning av oppgaven

Oppgaven vil som annen tekst kunne gi opphav til ulike tolkningsalternativer. Fakultetets presisering som er gjengitt innledningsvis, er ett uttrykk for dette uten at jeg går nærmere inn på det her – annet enn å nevne at det altså er tilstrekkelig at det er et minimumskrav at semesteroppgaven gjør bruk av minst to avgjørelser til sammen, og disse skal komme fra ulike rettsområder.

Et annet tolkningsspørsmål er om kandidatene er bedt om å gjøre rede for lovskravet generelt og som sådan, i tillegg til og uavhengig av hvordan det er uttrykt i de maksimalt fem avgjørelsene som skal brukes, eller om redegjørelsen om lovskravets innhold («krav som stilles til rettsgrunnlaget») og dets «funksjoner» er begrenset til lovskravet slik det fremkommer i de valgte avgjørelsene. Mange velger å gi en redegjørelse for lovskravets generelle innhold først, og så besvare spørsmålene oppgaven stiller med utgangspunkt i eksemplene som er valgt. Valget av struktur bør ikke i seg selv ha betydning for vurderingen. Strukturen er nokså lik i de oppgavene jeg har lest.

Heller ikke bør karakterfastsettingen påvirkes av om kandidatene velger bare domstolsavgjørelser eller kun forvaltningsvedtak som eksempler: I oppgaven står det «og/eller». Gjennom uttrykket «konkrete forvaltningsvedtak», avgrenses oppgaven mest sannsynlig mot forskrifter. I og med at kandidatene også kan bruke rettsavgjørelser som eksempler, innebærer det at lovskravet for forvaltningens faktiske handlinger også kan behandles.

Kravet om lovhjemmel for forvaltningens enkeltvedtak er i fokus i pensum og undervisningen. Vedtaksvirksomheten er i lovskravsperspektivet forvaltningens viktigste gjøremål. Domstolenes legalitetskontroll med forvaltningen er dessuten primært en kontroll med gyldigheten av enkeltvedtak, se for så vidt NOU 2001: 32 Rett på sak bind A pkt. 5.4.5.2. Men oppgaven er ikke nødvendigvis begrenset til dette; også lovskravets betydning for forskrifter ligger godt innenfor oppgavens ordlyd.

Eksamensoppgaven er i emnet JUS2211. Lovskravet i strafferetten og straffeprosessretten faller utenfor fordi det dekkes i et annet emne. Det er likevel ikke negativt om det trekkes (noen) paralleller til betraktninger om strafferettslige krav om legalitet, og noen gjør også det. Noe mer utfordrende er avgrensningen mot lovskravet slik det behandles i statsforfatningsretten og menneskerettighetskonvensjonene, som er dekket i faget JUS2111 Statsforfatningsrett, folkerett og menneskerettigheter. På fakultetets sider for begge fag

understrekes den nære forbindelsen dem imellom, også på forståelsesplan. Fakultetets presisering gjengitt i punkt 1 over viser også forbindelseslinjen, ved at det står at EMD-avgjørelser «i prinsippet» kan trekkes inn. Det er likevel opplagt at semesteroppgaven i hovedsak må rette søkelyset mot lovskravet som sett fra den internrettslige forvaltningsrettslige synsvinkelen. I sensorveiledningen går jeg ikke nærmere inn på menneskerettslig regulerte lovskrav. Graver er kort inne på lovskravet i EMK i pkt. 5.2.4. Flere nevner menneskerettslige lovskrav.

Presiseringen fra fakultetet sier ingenting om lovskravet i ulike varianter slik det fremgår av EØS-retten. Etter mitt skjønn er det nokså opplagt at også dette kan behandles, men slik oppgaven er formulert er det naturlig å forstå den først og fremst som en oppgave i fagets ene dimensjon – den internrettslige forvaltningsretten. EØS-rettslige sider av lovskravet går jeg derfor ikke nærmere inn på nå; se imidlertid Graver pkt. 5.2.3. Flere nevner at EØS-retten også stiller krav om lovhjemmel, men for de aller fleste byr det på store utfordringer å forklare hva dette nærmere innebærer. Etter mitt skjønn bør det gis uttelling for de kandidater som viser forståelse her.

4 Generelt om lovskravet

Lovskravet har siden mai 2014 fått et språklig uttrykk i Grunnloven § 113 i dens to språkversjoner: «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» (bokmålsversjonen) og «Styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket» (nynorskversjonen). Både Eckhoff/Smith og Graver behandler § 113, men gjør ikke altfor mye ut av den, hvilket kan forklares med tidspunktet for når bøkene er publisert. Etter mitt skjønn burde det forventes at kandidatene kjenner til bestemmelsen, og at de viser forståelse for det rettslige innholdet i den – etter min mening utover det som fremkommer av pensumlitteraturen. På sensormøtet ble det imidlertid presisert fra fakultetets side at en kan bestå oppgaven selv uten at Grunnloven § 113 er nevnt. Det ble vist til at bestemmelsen ikke er uttrykt i oppgaveteksten. Det ble også fremhevet at en selvstendig kritisk analyse av Grunnloven § 113 ikke er noen forutsetning for beste karakter. Dette legges derfor til grunn for sensorenes arbeid. Jeg tilføyer at Grunnloven § 113 er nevnt i de fleste semesteroppgavene jeg har lest. Bestemmelsen fremstår som noe mange kan en god del om.

Mine bemerkninger til lovskravet – med vekt på dets innhold og funksjoner – tar Grunnloven § 113 som springbrett.

Grunnlovsfestingen av lovskravet tok «i utgangspunktet» ikke sikte på å «endre dagens rettstilstand», se pkt. 2.1.12 i Innst. 186 S (2013-2014) med henvisning til Menneskerettighetsutvalgets rapport, som omtaler lovskravet i Dok. 16 (2011-2012) pkt. 41. Det kan spørres om det med reservasjonen «i utgangspunktet» ligger en kime til å fylle lovskravet i Grunnloven § 113 med et innhold utover det som allerede følger av uskreven rett. Men komiteens innstilling levner ikke tvil om at § 113 i første rekke var ment å kodifisere uskreven rett av konstitusjonell rang («Prinsippet gjelder uansett i norsk rett og har like stor gjennomslagskraft som om det skulle stått skriftlig i Grunnloven»). Det kan være et sentralt poeng å vise forståelse for at legalitetsprinsippet langt fra er noen nyskaping; Graver går noe inn i historikken på s. 79.

Kontroll- og konstitusjonskomiteen beskriver i pkt. 2.1.12 i Innst. 186 S (2013-2014) legalitetsprinsippet som ensbetydende med «at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må

ha hjemmel i lov *eller annet rettsgrunnlag*» (min utheving). Formuleringen står tilsynelatende i konflikt med teksten i Grunnloven § 113, som bare taler om «lov». Det er mulig komiteen her har fått med seg pkt. 41.2 i Dok. 16 (2011-2012) om forholdet mellom den formelle/negative tilnærmingen til legalitetsprinsippet og den materielle/positive tilnærmingen, slik at uttalelsen i Innst. 186 S trekker i retning av bevissthet fra grunnlovsgiver om at lovskravet teoretisk kan forstås og beskrives fra ulike synsvinkler. Det er i så tilfelle positivt.

Jeg ser ikke behov for å gå i detaljer, men legger til at det ikke er tvil om at Grunnloven § 113 gir uttrykk for en materiell/positiv tilnærming. Begrepsparene og sontringen mellom dem er behandlet i Dok. 16 pkt. 41.2, men er også – i ulike ordelag – grundig behandlet i pensumlitteraturen, og særlig hos Eckhoff/Smith, hvor det formelle/negative lovskravet er i fokus.

At det er to konseptuelle tilnærminger til lovskravet, hva disse går ut på og hvilken løsning som fremgår av Grunnloven, er sentralt stoff som kandidatene bør vise forståelse for. Dette får kandidatene bruk for i sin drøfting av «hvilke krav [legalitetsprinsippet stiller] til rettsgrunnlaget», som de spesifikt er bedt om å foreta. Stikkord her er at selv om Grunnloven § 113 taler om hjemmel i «lov» for inngrep, anerkjenner gjeldende rett at andre kompetansegrunnlag til en viss grad kan tre i stedet for vedtak i form av formell lov fastsatt etter fremgangsmåten i Grunnloven §§ 75 flg. Og dette selv om kompetansen ikke kommer i konflikt med Grunnloven § 113.

Grunnloven § 113 krever hjemmel i lov for «inngrep». Det er ikke tvilsomt at dette omfatter både faktiske handlinger og beslutninger; det følger blant annet av Dok. 16 (2011-2012) pkt. 41.5 men selvsagt også av pensumlitteraturen.

Kandidatene bes også om å «drøfte hvilke funksjoner [lovskravet] har». Jeg oppfatter dette *dels* om et spørsmål om lovskravets begrunnelse og *dels* som et spørsmål om hvilken betydning lovskravet har for relevante aktører. De færreste oppgavene jeg har lest foretar et slikt skille, og mange konsentrerer seg om lovskravets begrunnelse. Hvis ikke også betydningen av lovskravet for involverte aktører er med i oppgaven, er det etter mitt skjønn en mangel ved besvarelsen som bør få en viss betydning i karakterfastsettingen.

Pensumlitteraturen *begrunner* lovskravet primært i folkesuvereniteten (Eckhoff/Smith s. 339; Graver s. 81), som jeg i første rekke tolker som en demokratibegrunnelse. Det kan her tilføyes at kravet om legalitet også forankres i det som omtales om rettsstaten og menneskerettighetene – som er konstitusjonelle verdier på linje med demokratiet (se Grunnloven § 2). Kandidater som viser til et spekter av begrunnelser for lovskravet bør få uttelling, for det viser perspektivforståelse og tenkning på tvers av emnene i jusstudiet. Mange av oppgavene jeg har lest viser nettopp en slik forståelse.

Når det gjelder *betydningen* av lovskravet for ulike aktører, kan dette i hvert fall fremheves:

- i) Eckhoff /Smith skriver at lovskravet for *Stortinget* primært (ordet som brukes er «utelukkende», men dette modifiseres i boken) er et spørsmål om hvilken fremgangsmåte som skal følges i visse tilfeller (s. 337-338). Dette kan problematiseres.

- ii) For *domstolene* angis kravet om lovhjemmel å ha betydning for det første ved at de fører kontroll med at andre – i første rekke forvaltningen – overholder kravet, og for det andre ved at domstolene selv må ta stilling til om de trenger lovhjemmel for straffe- og straffeprosessrettslige avgjørelser som tilligger domstolene.
- iii) For *forvaltningen* er kravet om lovhjemmel en skranke for kompetansen ved at den ikke uten lovhjemmel kan gripe inn i den enkeltes rettssfære, og selv om en tenkelig lovhjemmel for så vidt eksisterer, må kompetansen utøves i tråd med kompetansegrunnlaget riktig fortolket.
- iv) Statsmaktenes gjøren og laden er begrenset av lovskravet ikke bare som en direkte skranke, men også i form av et *tolkningsprinsipp*, altså en retningslinje for hvordan et eksisterende rettsgrunnlag kan fortolkes. Dette er nærmere behandlet i pensumlitteraturen, mest direkte i Graver (s. 84-87), men det er også underforstått i Eckhoff/Smith.
- v) I tillegg kan nevnes at lovskravet for «den enkelte» - *de private aktørene* som lovskravet er ment å verne om – er et sentralt bolverk mot myndighetenes vilkårlige maktutøvelse. Dette funksjonsaspektet, hvor begrunnelser som forutberegnelighet og likebehandling står sentralt, er nok underkommunisert i pensumlitteraturen fordi det fremheves i statsretten og menneskerettighetsfaget.

Jeg kan ikke se at forarbeidene problematiserer den mulige forskjellen mellom språkversjonene i Grunnloven § 113. Bokmålsversjonen er, kanskje, ved bruk av termen «den enkelte» noe mer åpen enn nynorskversjonens «einskildmennesket». En får legge til grunn at ingen meningsforskjell er tiltenkt, og at den tolkningen som samsvarer med uskreven rett (som altså går lenger enn å ivareta interessene til enkeltindivider) er den riktige. Eckhoff/Smith behandler deler av dette spørsmålet på s. 341, og karakteriserer begge språkversjoner som «uheldig». Det er jeg enig i. Flere kandidater er for øvrig inne på disse forholdene.

5 Eksempler på avgjørelser og bruken av eksempler

Det er innlysende at det i sensorveiledningen til denne oppgaven ikke kan gis anvisning på hvilke eksempelavgjørelser kandidatene må eller bør nevne. Jeg har da heller ikke gjort noen forsøk på å identifisere de «beste» eller de «gode» eksemplene i de åpne nettsidene som oppgaven peker på (eller andre steder).

Avgjørelsene som velges kan i og for seg inkludere typeeksempler på at lovskravet er ivaretatt, men eksempler som byr på tvil om hvor grensene går er bedre egnet til å illustrere nyanser og yttergrenser og å problematisere. Det viktige for bedømmelsen er at det faktisk gis eksempler, at de er identifiserbare og at de brukes for å illustrere ikke bare lovskravets innhold, men for å drøfte de krav lovskravet stiller til «rettsgrunnlag» og hvilke «funksjoner» legalitetsprinsippet har – som oppgaveteksten fremhever.

Søker en på Lovdata og høyesterettsavgjørelser i sivile saker i tilknytning til Grunnloven § 113, kommer det opp syv treff. Det kan være greit å være kjent med dem, selv om det ikke er noe krav for en god besvarelse at disse avgjørelsene er nevnt.

I Rt. 2014 side 1281 kommer Høyesterett med noen uttalelser om at det ikke gjelder et særskilt lovskrav på skatte- og avgiftsområdet. Det er uttalelser om en «streng» fortolkning av skatteloven i Rt. 2015 side 203. HR-2016-1982-A gjaldt merverdiavgift; her gis det i avsnitt 35 uttrykk for at det er forskjell på strafferettens og forvaltningsrettens lovskrav.

I Rt. 2015 side 913 og HR-2016-749-U var temaet tvungent psykisk helsevern; dommene er eksempler på hvordan lovhjemler fortolkes på et særlig integritetskrenkende forvaltningsrettslig område.

HR-2016-2017-A gjaldt tolkning av en hjemmel for inngripende vedtak i utlendingsloven.

6 Om vurderingen

Oppgaveformen er ny for studentene. Behovet for presiseringer har vist at oppgaven har fremstått som uvant for kandidatene. Studentene som skriver oppgaven er på slutten av sitt andre år i jusstudiet. Dette må få betydning for karakterfastsettingen: Sensorene skal ikke ha urealistiske forventninger til analytisk nivå og forståelse. På den annen side har studentene hatt flere måneder til rådighet med å skrive oppgaven, og de har fått omfattende opplæring i hvordan et slikt arbeid skal gjøres. Mitt inntrykk er at mange har levert relativt gode prestasjoner.

Under sensormøtet presiserte fakultetet at det må stilles andre og mindre strenge krav til å forholde seg nøyaktig til oppgavens ordlyd i en semesteroppgave enn hva tilfellet ville være for en alminnelig skoleeksamen. Evnen til å resonnerer rundt de temaer og eksempler som behandles, bør være det avgjørende for om oppgavens spørsmål anses besvart.

På den andre siden må det forventes at kandidatene problematiserer det tema som semesteroppgaven skal behandle. I undervisningen i hvordan en semesteroppgave skal besvares, ble det poengtert at en bør forklare hvordan oppgaven forstås og hvordan besvarelsen legges opp. Mitt inntrykk er at mange ikke foretar slike innledende avklaringer av sitt eget opplegg. Det trekker ned.

I sensormøtet var det enighet om at det bør gis uttelling til kandidater som trekker på eksempler som viser ytterpunktene i legalitetsprinsippets gjennomslagskraft. Å bare gi eksempler fra rettsområder hvor lovskravet har samme gjennomslagskraft, er lite hensiktsmessig for å få frem forståelse for lovskravets rekkevidde, innhold og funksjoner.

Det er en helhetlig vurdering av den enkeltes prestasjonen som avgjør karakterfastsettingen: Hver semesteroppgave må så å si vurderes ut fra sine egne valgte forutsetninger. Ett mulig skillemerke mellom gode og mindre gode prestasjoner ble nevnt i sensormøtet: Evnen til særlig å fremheve – gjennom eksemplene som er valgt – betydningen av oppgavens siste setning («Drøft hvilke krav som stilles til rettsgrunnlaget og hvilke funksjoner kravet har»).

Vurderingen av den muntlige prestasjonen må ta utgangspunkt i kandidatens egen presentasjon og refleksjonen rundt de spørsmål sensorene stiller. Det er gitt anvisninger til sensorene om hva den muntlige eksamen skal dreie seg om. Dette går jeg ikke inn på her.

Oslo, 27. mai 2018
Marius Emberland