

Det juridiske fakultet
Universitetet i Tromsø

9037 TROMSØ

SENSORVEILEDNING FOR PRAKTIKUM TIL EKSAMEN PÅ 4. AVDELING CAND.JUR. VÅREN 2006

1. Innledning

Oppgaven er i hovedsak en oppgave i sivilprosess. Del I inneholder imidlertid også noe forvaltningsrett og statsrett.

Pensummessig er de sivilprosessproblemstillinger oppgaven inneholder, dekket av Jens Edvin A. Skoghøy: *Twistemål*, 2. utg. (Oslo 2001). Pensum i forvaltningsrett er Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 7. utg. (2003), mens pensum i statsrett er Johs Andenæs: *Statsforfatningen i Norge*, 8. utg. (Oslo 1998). For nærmere detaljer viser jeg til den pensumliste sensorene har fått oversendt.

I det følgende skal jeg gjennomgå de problemstillinger oppgaven reiser, og angi hvordan de etter min mening må løses. Som ellers ved eksamenssensur må imidlertid hovedvekten ved bedømmelsen av besvarelsene legges på rettskildebruk, problemorientering, grep om problemstillingene, argumentasjonsstruktur og forståelse.

2. Del I

2.1. Som begrunnelse for sin prinsipale påstand om avvisning har staten for det første anført at Lillevik privatskole under stiftelse ikke har partsevne.

Friskoleloven kap. 5 inneholder bestemmelser om styre og rådsorgan for private skoler som blir godkjent med rett til statstilskudd etter loven. Som hovedregel kan slike skoler ikke drive annen virksomhet, jf. § 1-4. Dette innebærer at private skoler som blir godkjent med rett til statstilskudd, må organiseres som eget rettssubjekt, jf. Harald Hoves kommentarer til friskoleloven i *Norsk lovkommentar*, Bind 3 (1005), s. 3607 note 9. Ut fra de opplysninger oppgaven gir, er det åpenbart meningen å organisere Lillevik privatskole som et selvstendig rettssubjekt når virksomheten ved skolen kommer i gang. I mellomtiden forestås driften av et interimsstyre for skolen "under stiftelse".

Etter rettspraksis må en sammenslutning være organisert som selvstendig rettssubjekt for å ha alminnelig partsevne, jf. Skoghøy, op.cit. s. 162-163, jf. s. 167-168. Dersom det ikke er særlig hjemmel for annet, må partsevnen oppstå når sammenslutningen er formelt stiftet og fått stilling som selvstendig rettssubjekt. Dette er ikke tilfellet her. For at Lillevik privatskole under stiftelse skal kunne opptre som part, må det derfor være på grunnlag av reglene om begrenset partsevne, jf. Skoghøy, op.cit. s. 171 ff. (og tvisteloven av 2005 § 2-1 andre ledd).

Ved vurderingen av om Lillevik privatskole under stiftelse skal kunne gå til søksmål på grunnlag av reglene om begrenset partsevne, må det for det første legges vekt på at det er tale om å håndheve en rett som sammenslutningen er tilsagt. For det andre må det legges vekt på at skolen har et styre til å opptre for seg. For det tredje må det legges vekt på at skolen har tatt opp lån og disponerer over aktiva. Ut fra en samlet vurdering fremstår Lillevik privatskole under stiftelse som det naturlige søksmålssubjekt for å håndheve den godkjenning med rett til statstilskudd som skolen har fått innvilget, og må derfor ha partsevne i det foreliggende søksmål.

2.2. For det andre har staten anført at det ikke under noen omstendigheter er adgang til å avsi dom i samsvar med de nedlagte påstander.

De påstander som er nedlagt, går ut på (1) at kunnskapsministerens omgjøringsvedtak av 12. november 2005 er i strid med forvaltningsloven § 35, Grunnloven § 97 og privatskoleloven § 2-1, og (2) at Lillevik privatskole har krav på godkjenning med rett til offentlige tilskudd.

Til påstandens punkt 1 er å bemerke at det etter den prosesstradisjon vi har, som hovedregel ikke kan avsies dom for at noe er i strid med en nærmere angitt bestemmelse. Derimot er det ikke noe i veien for å avsi dom for at noe er rettsstridig, jf. Rt. 2001 s. 1505.

I påstandens punkt 2 er det krevd dom for realitet (subsumsjonsdom). Etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2001 s. 995 må det legges til grunn at selv i tilfeller hvor det er tale om lovbundet skjønn, kan domstolene som hovedregel ikke treffe nytt vedtak, men må begrense seg til å avsi dom for ugyldighet. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene til tvisteloven, se NOU 2001: 32, Bind A, s. 195 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 146.

I det foreliggende tilfellet ville det mest adekvate være at Lillevik privatskole under stiftelse begrenser seg til å nedlegge påstand om at kunnskapsministerens omgjøringsvedtak er ugyldig. Da det er klart hva Lillevik privatskole ønsker prøvd, og det kan avises dom for at omgjøringsvedtaket er ugyldig, kan det at påstandene ikke er hensiktsmessig utformet, ikke gi grunnlag for avvisning. Retten må her være forpliktet til å veilede og tillate at påstanden blir endret, jf. tvistemålsloven § 87 sammenholdt med § 97. Dersom Lillevik privatskole etter å ha mottatt veiledning mot formodning skulle insistere på å opprettholde påstandens punkt 1, må imidlertid denne del av påstanden avvises. Da retten uansett kan avsi dom for ugyldighet, kan påstandens punkt 2 derimot ikke avvises selv om Lillevik privatskole ikke skulle være villig til å endre denne. Hvor langt domstolenes prøvingskompetanse går, er et realitetsspørsmål. For at

saken skal fremmes, er det tilstrekkelig at domstolene kan prøve enkelte sider ved vedtaket.

2.3. For det tilfellet at saken skulle bli fremmet, har staten anført at kunnskapsministerens notat til regjeringskonferansen ikke kan fremlegges.

Dersom det ikke finnes særskilt hjemmel for annet, kan partene fremlegge de bevismidler de måtte ha tilgang til for å overbevise retten (prinsippet om fri bevisførsel). For forhold som har vært drøftet på regjeringskonferanse, har imidlertid Høyesterett på ulovfestet grunnlag innført bevisforbud, se Skoghøy, op.cit. s. 584 med nærmere redegjørelse for rettspraksis. Siden det her er tale om et bevisforbud, og ikke bare en bevisfritaksrett, må kunnskapsministerens notat nektes fremlagt, selv om advokat Ås på annen måte har skaffet seg adgang til dette, jf. Rt. 2005 s. 705.

Fra statens side er det som grunnlag for at fremleggelse må nektes, også vist til tvistemålsloven § 197. Denne bestemmelse er ikke relevant. For det første er det sikker tolking av § 197 at det med "saken" siktes til rettssaken. For det andre tar bestemmelsen bare sikte på tilfeller hvor det er den part som har avgitt eller innhentet beviset, som ønsker å fremlegge det, jf. Skoghøy, op.cit. side 632, jf. side 643. Her er det motparten som ønsker å fremlegge det. Tvistemålsloven § 197 danner da ikke noe hinder.

2.4. Lillevik privatskole har bedt om staten blir pålagt å fremlegge uttalelsen fra Justisdepartementets lovavdeling.

Partenes plikt til å fremlegge dokumentbevis på grunnlag av begjæring reguleres av tvistemålsloven § 250. Da det her ikke foreligger noen materiell utleveringsplikt, reguleres fremleggelsesplikten av § 250 første ledd.

Det er et vilkår for edisjonsplikt etter § 250 første ledd at dokumentet inneholder faktiske opplysninger som selvstendig kan tjene som bevis for saksforholdet i den konkrete sak, jf. Skoghøy, op.cit. s. 623-624. Lovavdelingens uttalelse inneholder en rettslig vurdering av adgangen til omgjøring av departementets vedtak av 13. mai 2005. Slike dokumenter omfattes ikke av edisjonsplikten etter § 250 første ledd.

Advokat Ås har påberopt Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II) avsnitt 83, jf. avsnittene 78 og 79 til støtte for at Lovavdelingens uttalelse må anses som bevis i tvistemålslovens forstand. I den saken ble imidlertid Lovavdelingens notater nettopp benyttet som bevis for faktiske omstendigheter, se dommens avsnitt 76. Det er ikke tilfellet i vår sak.

Uttalelsen fra Lovavdelingen kan derfor ikke pålegges fremlagt.

Staten har som begrunnelse for å nekte å fremlegge lovavdelingens uttalelse også vist til tvistemålsloven § 197. På samme måte som for regjeringskonferansenotatet er imidlertid denne bestemmelse ikke relevant her, se punkt 2.3 ovenfor.

2.5. Når det gjelder realiteten, er det naturlig først å drøfte om omgjøringsvedtaket er i strid med friskoleloven § 2-1.

Det følger av friskoleloven § 2-1 at frittstående skoler som oppfyller de krav som følger av loven, har rettskrav på godkjenning med rett til statsstøtte. Siden departementet godkjente skolen 13. mai 2005, og det ikke foreligger opplysninger om noe annet, må det legges til grunn at Lillevik privatskole oppfyller lovens betingelser.

Kunnskapsministerens omgjøringsvedtak er begrunnet med at departementet ønsker å endre loven. Så lenge loven ikke er endret, må imidlertid departementet forholde seg til gjeldende lov. Departementet har følgelig ikke adgang til å avslå søknaden under henvisning til et lovforslag som er under utarbeidelse.

Nå går kunnskapsministerens vedtak av 12. november 2005 riktignok ikke ut på å avslå søknaden fra Lillevik privatskole under stiftelse, men å stille søknadsbehandlingen i bero. Siden friskoleloven er en rettighetslov, må imidlertid også en beslutning om å stille søknadsbehandlingen i bero i påvente av en eventuell ny lov, være i strid med loven. Det vil i realiteten være å gi en planlagt ny lov virkning før den er foreslått og vedtatt.

Konklusjonen må etter dette bli at kunnskapsministerens vedtak av 12. november 2005 er i strid med friskoleloven § 2-1.

2.6. Lillevik privatskole har også påberopt at kunnskapsministerens omgjøringsvedtak er i strid med forvaltningsloven § 35 og Grunnloven § 97. Disse spørsmålene må drøftes under forutsetning av at friskoleloven § 2-1 ikke oppfattes som en bestemmelse som gir rettskrav på godkjenning med rett til statsstøtte.

Jeg behandler først forvaltningsloven § 35.

Det er på det rene at verken omgjøringsvilkårene i første ledd eller omgjøringsvilkårene i tredje ledd er oppfylt. Kandidatene bør derfor relativt raskt gjøre seg ferdig med disse omgjøringsbestemmelsene. I § 35 femte ledd er det imidlertid forutsatt at det også finnes en ulovfestet omgjøringsadgang. Selv om det bare er omgjøring etter § 35 som er påberopt, bør det i alle fall av de bedre kandidatene forventes at de kort går inn på den ulovfestede omgjøringsregel.

Etter den ulovfestede omgjøringsregel kan forvaltningsvedtak omgjøres på grunnlag av en interesseavveining, se nærmere Eckhoff/Smith, op.cit. s. 279 ff. Dersom det ikke foreligger mislighold fra den som er tilgodesett ved vedtaket, eller andre former for bristende forutsetninger, må det imidlertid normalt være et vilkår for omgjøring at dette tilsies av tungtveiende allmenne hensyn. Dette er ikke tilfellet her.

I forbindelse med tillatelse til våpeneksport mener Eckhoff/Smith, op.cit. s. 281 at omgjøring "antagelig" også må kunne skje på grunnlag av "en ny politisk vurdering i Norge, f.eks. i forbindelse med et regjeringsskifte". Dette synspunktet stiller jeg meg noe tvilende til. Som justisministeren bemerket i Nasty-saken kan "den internasjonale forretningsverden ikke godt ... basere seg på en slik usikkerhet", se Eckhoff/Smith, op.cit s. 281 petitavsnittet. Under enhver omstendighet må synspunktet begrenses til utenriks- og forsvarspolitiske spørsmål, som kan være spesielt sensitive. Selv om spørsmålet om i hvor stor grad vi bør ha private skoler, er omfattet av politisk interesse,

kan en ny politisk kurs som følge av et regjeringsskifte ikke danne grunnlag for omgjøring av en godkjenning som er gitt. De skoler som har fått godkjenning, har en beskyttelsesverdig interesse i å kunne innrette seg. Dersom det skal gripes inn i gitte tillatelser, bør det i tilfelle skje ved lov.

Grunnloven § 97 forbyr å gi lover tilbakevirkende kraft. Denne bestemmelse forbyr ikke bare å straffe eller på annen måte knytte nye byrder til tidligere foretatte handlinger. Bestemmelsen beskytter i en viss utstrekning også mot inngrep i etablerte rettigheter. Såfremt inngrepet begrenses til bare å gjelde for tiden etter vedtakstidspunktet, må det imidlertid være et vilkår for at inngrepet skal være i strid med Grunnloven at det virker klart urimelig eller urettferdig, jf. Høyesteretts plenumsdom 10. mars 2006 i saken Arves Trafikkskole mot staten, avsnittene 59 og 60.

I det foreliggende tilfelle er det tale om å gjøre inngrep i en etablert rettighet under henvisning til en lov som er under forberedelse. Selv om søknaden ikke blir endelig avslått ved omgjøringsvedtaket, må det være i strid med Grunnloven § 97.

3. Del II

3.1. Det første spørsmål under del II er om avdelingsdirektør Ole Monsen kan opptre som lovlig stedfortreder for staten.

Etter rettspraksis under gjeldende tvistemålslov kan stillingen som lovlig stedfortreder som hovedregel ikke delegeres, se Skoghøy, op.cit. s. 187-188. Det er her tale om et vanlig sivilt søksmål mot staten. I slike tilfeller finnes det ikke grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen, jf. Rt. 1975 s. 796. Dette innebærer at de prosesshandlinger Monsen har foretatt, verken kan komme staten til gode eller til skade. Retten må ta stilling til de prosessuelle spørsmålene i saken som om det overhodet ikke var fremsatt noen anførsler fra staten.

3.2. Det neste spørsmål er om det er adgang til å avsi dom mot staten i en sak om gyldigheten av et forvaltningsvedtak.

Etter tvistemålsloven § 289 tredje ledd in fine og § 345 er det et vilkår for uteblivelsesdom at den uteblitte har fri rådighet over sakens gjenstand. For gyldigheten av forvaltningsvedtak vil det avgjørende for om saken skal anses dispositiv fra det offentlige side, være om det offentlige – uavhengig av påstanden om ugyldighet – kan omgjøre vedtaket til gunst for den private part, jf. Rt. 2002 s. 320.

I det foreliggende tilfellet vil kunnskapsministerens omgjøringsvedtak kunne omgjøres etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a. Saken må dermed anses som dispositiv fra statens side, og det er således ikke noe til hinder for å avsi uteblivelsesdom dersom vilkårene for øvrig er til stede.

3.3. Videre er det spørsmål om det kan avsies uteblivelsesdom når avdelingsdirektør Ole Monsen møtte.

Som ovenfor nevnt, kan Monsen ikke opptre som lovlig stedfortreder for staten. Selv om Monsen møtte, må staten dermed anses uteblitt.

3.4. Staten har også anført at tingretten ikke kan ta stilling til realiteten så lenge lagmannsretten ikke har tatt stilling til kjæremålet over tingrettens beslutning om å behandle avvisningsspørsmålet sammen med realiteten under hovedforhandlingen.

Det følger av tvistemålsloven § 93 tredje ledd at en beslutning om hvordan spørsmål om avvisning skal behandles innenfor de rammer som er angitt i § 93 første og andre ledd, ikke kan angripes, jf. Skoghøy, op.cit. s. 150. Staten anførsel er dermed allerede av denne grunn åpenbart uholdbar. Dessuten følger det av tvistemålsloven § 400 som hovedregel ikke har oppsettende virkning. Da denne bestemmelse ikke er pensum, kan det imidlertid ikke forventes at kandidatene kjenner til denne. Bestemmelsen i § 93 tredje ledd er derimot pensum.

3.5. Endelig har staten anført at tingretten må ta stilling til avvisningsspørsmålet før den tar stilling til realiteten, og at spørsmålet om avvisning i alle fall ikke kan avgjøres ved uteblivelsesavgjørelse.

Dersom det ikke er særlig hjemmel for annet, må spørsmål om avvisning avgjøres før retten tar stilling til realiteten, jf. Skoghøy, op.cit. s. 149. Dette innebærer at det er en forutsetning for at det skal kunne avsies uteblivelsesdom at vilkårene for å fremme saken er oppfylt.

Etter tvistemålsloven § 93 andre ledd in fine kan det ikke avsies uteblivelsesdom på grunnlag av et rettsmøte som har vært begrenset til å behandle spørsmål om avvisning. Dette betyr imidlertid ikke at retten ikke kan ta stilling til spørsmål om avvisning dersom en part er uteblitt, jf. Skoghøy, op.cit. s. 150 petitavsnittet. I det foreliggende tilfellet må derfor retten ta stilling til spørsmålet om avvisning på det grunnlag som er opplyst. Da de påberopte avvisningsgrunner er absolutte prosessforutsetninger, må retten selv sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst før spørsmålet om avvisning blir avgjort, jf. prinsippet i tvistemålsloven § 86 andre ledd.

Det fremgår av behandlingen under punkt 2.1, jf. punkt 2.2 ovenfor, at spørsmålet om gyldigheten av kunnskapsministerens omgjøringsvedtak må fremmes. Etter dette kan uteblivelsesdom avsies da staten ikke møtte til hovedforhandlingen.

4. Avslutning

Selv om oppgaveteksten ikke er særlig omfattende, inneholder oppgaven en rekke spørsmål som kandidatene må drøfte å ta stilling til. Enkelte av spørsmålene er nokså lette, mens andre krever en del refleksjon.

Så vidt jeg kan forstå, kan imidlertid ingen av spørsmålene anses som spesielt vanskelige. Totalt sett må oppgaven derfor sies å være av nokså middels vanskelighetsgrad.

Siden det tross alt er en del spørsmål å behandle, vil de som ikke har oversikt over jussen, kunne få tidsproblemer. Men dette er nokså vanlig. Det er gjerne de som ikke har full kontroll på rettsspørsmålene, som kan få problemer med tiden. For kandidater som har rimelig grad av kontroll, skulle oppgaven ikke by på tidsproblemer.

Med vennlig hilsen