**Kommentert mønsterbesvarelse**

Fag: BRV 210-2 Forvaltningsrett II

Eksamensdato: 28.02.23

Kandidat: Marie Simonsen

Besvarelse kommentert av:

Advokatfullmektig Daniel Røvik, CMS Kluge

I samarbeid med

Et bilde som inneholder Font, logo, Grafikk, symbol

Automatisk generert beskrivelse

Overført fra originaldokument av Carina Kristoffersen, fagansvarlig JUFO 2023. Oppgaven inneholder både kandidatens besvarelse og oppgaveteksten. Da oppgaveteksten vises løpende i oppgaven er denne farget lysegrå slik at det skal være lettere å skille fra kandidatens besvarelse.

Oppgavetekst:

Det følger av opplæringslova § 2 -1 første ledd første punktum at *«Barn og unge har plikt til grunnskoleopplæring, og rett til ein offentleg grunnskoleopplæring i samsvar med denne lova og tilhøyrande forskrifter.».*

Opplæringslova § 8-1 første ledd første punktum lyder: *«Grunnskoleelevane har rett til å gå på den skolen som ligg nærast eller ved den skolen i nærmiljøet som dei soknar til.»*

Det følger av forarbeidene at det ved vurderingen av hva som er nærmest for eleven skal ta utgangspunkt i geografiske forhold, men at det også skal tas hensyn til andre forhold som for eksempel om søsken er plassert på den samme skolen, kapasiteten på skolene og om skoleveien er farlig.

Opplæringslova § 8-1 tredje ledd lyder:

*«Etter søknad kan eleven takast inn på annan skole enn den eleven soknar til.»*

FNs barnekonvensjon gjelder som norsk lov med forrang fremfor annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 2-3. Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 lyder:

*«Ved alle handlinger som vedrører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»*

Marie gikk på A skole i X kommune.

Marie ble i en lengre periode mobbet på A skole gjennom utfrysning av en større gruppe medelever på samme trinn. Marie følte seg ofte ensom i hverdagene. I helgene var hun likevel en del med sine bestevenner som hun gikk på kickboksing sammen med. Mobbingen ble etter hvert tatt kraftig tak i av rektor på A skole. Mobbingen opphørte og inkludering av Marie ble forsøkt fra skolens side, men hun var ikke særlig interessert. I stedet slo hun til jenta som hadde stått i bresjen for mobbingen. Marie søkte ved hjelp av foreldrene om å få bytte skole til B skole i samme kommune, X. Søknaden ble begrunnet med at hennes bestevenner også gikk der, samt med den tidligere mobbingen og det etterfølgende oppgjøret.

Søknaden ble avslått og påklaget, men Statsforvalteren opprettholdt avslaget med samme begrunnelse som kommunen. Det var ved avslaget lagt vekt på kapasitet, avstand, barnets beste, likebehandling, at tvillingsøsteren til Marie, Emilie, også gikk på A skole og at de ved B skole ikke hadde noe ønske om å overta elever med voldelige tendenser. Når det gjaldt likebehandling ble det vist til at en annen elev på A skole nylig hadde fått avslag på sin søknad om å begynne på B skole.

Marie ved foreldrene saksøkte X kommune med påstand om at avslaget på søknaden om skolebytte var ugyldig.

Du er tingrettsdommer i saken og under bevisførselen kommer det frem følgende: Det er større kapasitetsproblemer på A skole enn B skole. Avstanden mellom Marie sitt hjem og A skole er ca. 1 km, mens avstanden mellom hjemmet og B skole er ca. 1,5 km. Skoleveien til A skole er likevel mye mer trafikkert enn skoleveien til B skole, hvor skoleveien til B skole for det meste går gjennom en skog med en helt ny sykkelvei. Slaget med flat hånd hadde ikke ledet til en skade, men fornærmede hadde vært litt rød i ansiktet i en halv time og det gjorde vondt. Den andre eleven som hadde fått avslag, Kathrine, var Maries nabo. Moren til Kathrine sa i vitneboksen at deres datter på søknadstidspunktet og fremdeles ble mobbet av den samme gjengen som hadde mobbet Marie. Kathrine hadde også en søster, Randi, som gikk på B skole. Randi hadde riktignok fått plass på B skole da familien tidligere bodde rett ved B skole. Det fremkom til slutt at foreldrene til Marie ikke hadde noe planer om å søke overflytting av Maries tvillingsøster, Emilie, til B skole, da Emile mottok spesialundervisning ved en spesialavdeling ved A skole pga. sin uspesifiserte psykiske utviklingshemming.

**a) Var avslagsvedtaket til Marie ugyldig?**

Overodnet rettslig spørsmål er om avslagsvedtaket til Marie er ugyldig.

Det primære rettslige grunnlaget for vurderingen er den ulovfestede ugyldighetslæren. Det grunnleggende vilkåret er at det må foreligge en kompetansemangel. En kompetansemangel er nødvendig for ugyldighet, men ikke nødvendigvis tilstrekkelig for å lede til ugyldighet.

Det legges til grunn at den personelle kompetansen er i orden, ettersom ingenting i faktum legger opp til noe annet.

For å vurdere spørsmålet om ugyldighet, må det foretas en vurdering av om det rettslige grunnlaget utgjør et rettsanvendelsesskjønn eller forvaltningsskjønn. Denne vurderingen har noe å si for domstolens videre prøvelse av tvisten.

Dersom det foreligger et rettsanvendelsesskjønn, kan domstolen prøve subsumsjonen, men må vise tilbakeholdenhet ovenfor faglige og politiske vurderinger som foretas av forvaltningen, jf. Swingball-dommen.

Et forvaltningsskjønn bygger på et skjønnsmessig valg forvaltningen har grunnet deres faglige kompetanse. Dersom et rettslig grunnlag bygger på et faglig og politisk skjønn, indikerer dette at det foreligger et forvaltningsskjønn, jf. Gausi-dommen. Ved et forvaltningsskjønn kan kun de rettslige rammene for skjønnet overprøves.

Det rettslige grunnlaget for vedtaket er opplæringslova § 8-1 tredje ledd.

Etter søknad "kan" eleven tas inn på en annen skole. Ordlyden "kan" indikerer at forvaltningen står ovenfor et valg. Det å velge om en elev skal få bytte skole eller ikke, er et faglig og politisk valg som må tas av kommunen. Det fremgår av Kristefos træsliberi-dommen at faglige og politiske vurderinger indikerer et forvaltningsskjønn.

Ordlyden "kan" utgjør i seg selv en generelt og utpreget skjønnsmessig vurdering. Slike vurderinger taler for at det foreligger et forvaltningsskjønn, jf. HR-2015-2252-A.

Etter dette foreligger det et forvaltningsskjønn ettersom ordlyden indikerer at forvaltningen har et faglig og politisk valg i vurderingen av om eleven kan bytte skole. Domstolene kan dermed overprøve de rettslige rammene til forvaltningsskjønnet.

Det skal først foretas en utgreielse av de fire hovedrammene for forvaltningsskjønnet; utenforliggende hensyn, vilkårlig, usaklig forskjellsbehandling og sterkt urimelig.

Forvaltningen kan ikke foreta utenforliggende hensyn. Slike hensyn kan eksempelvis være etnisitet, religøsitet og hudfarge. Dersom hensynene ikke er saklige vedrørende vedtaket, er de å anse som utenforliggende hensyn. I Frogner hospist-dommen søkte et sykehus om hotellbevilling. Søknaden ble avslått grunnet det ble ansett som utenforliggende å søke om hotellbevilling vedrørende leiligheter til de ansatte på sykehuset.

Vilkårlige avgjørelser er ikke tillatt, så lenge det ikke følger av det rettslige grunnlaget for avgjørelsen. Forvaltningsskjønnet innebærer at det skal foretas et skjønnsmessig valg. Dersom forvaltningen eksempelvis kaster terning om hvem som skal få innvilge vedtak, blir det ikke foretatt et slikt skjønn. I drosjebevillingsdommen ble et vedtak kjent ugyldig grunnet forvaltningen ikke hadde foretatt skjønn. Dette ble ansett som vilkårlighet.

Forvaltningen kan ikke bedrive usaklig forskjellsbehandling. Saklig forskjellsbehandling er derimot tillatt. Denne rammen innebærer at forvaltningen ikke kan diskriminere på usaklig grunnlag. Dersom forvaltningen eksempelvis avslår et vedtak om byggetillatelse grunnet hudfarge, er dette å anse som diskriminering og videre usaklig forskjellsbehandling. I drosjeeierenke-dommen ble søknaden satt i en annen stilling enn de andre søkerne, og hun ble gjenstand for diskriminering. Dette førte til at vedtaket ble ugyldig.

Den siste rammen for forvaltningsskjønnet er sterkt urimelig. Forvaltningen kan foreta urimelige avgjørelser, så lenge de ikke er sterkt urimelige. I Mortveit-dommen fikk 4 drosjeeiere sine søknader om bevillinger avslått grunnet de hadde vært passive medlemmer av NS under krigen. Høyesterett uttalte at denne nektelsen var "så urimelig og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning", at den må anses ugyldig. I sterkt urimelig vurderingen, er forholdsmessighet et moment som kan vektlegges, jf. Boplikt-dommen.

I det følgende skal det foretas en vurdering av om avslagsvedtaket til Marie er ugyldig.

Av forarbeidene følger det at ved vurderingen av hva som er nærmest for eleven kan det tas utgangspunkt i geografiske forhold, men at det også kan tas hensyn til andre forhold som f.eks. søsken, kapasitet og skolevei. Det fremgår i tillegg av FNs barnekonvensjon at barnets beste skal vektlegges.

Det at kommunen har vektlagt disse tingene i avslagssøknaden er dermed å anse som saklig. Isolert sett er avslagsvedtaket til kommunen gyldig.

For å vurdere om vedtaket likevel kan anses ugyldig, må det vurderes om noen av rammene for forvaltningsskjønnet er brutt.

Det fremgår av avslagsvedtaket at det ved avslaget er lagt vekt på kapasiteten til skolene. Det fremgår av forarbeidet at dette kan vektlegges. Momentet er dermed saklig sett opp mot vedtaket.

Det at kapasiteten er vektlagt tyder på at det er liten kapasitet på skole B.

Under bevisførselen fremkommer det derimot at det er større kapasitetsproblemer på skole A enn B. Ettersom det er større kapasitet på skole B enn A, kan ikke kapasiteten vektlegges under avslaget.

Det foreligger dermed feil av fakta i avslagsvedtaket. Feil av fakta er en feil med tilblivelsen av vedtaket, og er dermed en tilblivelsesmangel.

*Delkonklusjon: Det foreligger en tilblivelsesmangel.*

Videre fremgår det av avslagsvedtaket at det er lagt vekt på avstanden mellom skolene og Marie sitt hjem. Det fremgår av bevisførselen at avstanden mellom Marie sitt hjem og A skole er ca. 1 km, mens avstanden mellom hjemmet og B skole er 1.5 km. Det er dermed å anse som saklig å legge vekt på at A skole er nærmere hjemmet til Marie enn B skole.

På den andre siden fremgår det av bevisførselen at skoleveien til B skole er tryggere enn skoleveien til A. Det må dermed vurderes om kommunen har utelatt et vesentlig hensyn.

Det fremgår av forarbeidet at det kan vektlegges om skoleveien er farlig. Dette er dermed et saklig hensyn å vektlegge.

Skoleveien til A skole er mye mer trafikkert enn skoleveien til B skole. Veien til B skole går for det meste gjennom skog med en helt ny sykkelvei. Det at farligheten av skoleveien til A skole ikke er vektlagt tyder på at forvaltningen har utelatt et vesentlig hensyn.

Det at skoleveien til B skole er mindre farlig enn veien til A skole, er et moment som taler for at Marie burde få bytte skole.

Ettersom skoleveiene er såpass ulike i faregrad, burde dette vært et hensyn som ble vektlagt i vurderingen av om søknaden burde avslås. Kommunen har dermed utelatt et vesentlig hensyn. Det foreligger dermed en tilblivelsesmangel.

*Delkonklusjon: Det foreligger en tilblivelsesmangel.*

Videre har kommunen vektlagt barnets beste i avslaget.

Det fremgår av FNs barnekonvensjon at ved alle handlinger vedrørende barn "skal" barnets beste være et grunnleggende hensyn. Kommunen er dermed pliktig til å foreta en vurdering av hva som er barnets beste.

I UNE dommen forelå det en saksbehandlingsfeil ved vedtaket grunnet hensynet til barnas beste ikke tilfredstilte de krav som må oppstilles. Det må dermed vurderes om det er foretatt en tilstrekkelig vurdering av barnas beste i den foreliggende sak.

I den foreliggende sak blir Marie mobbet gjennom utfrysning og har alle vennene gjennom kickboksing på B skole. Marie ønsker dermed å bytte til denne skolen.

Marie blir mobbet og har en dårlig skolehverdag på A skole. Det fremgår av faktum at hun  
blir utfryst av medelevene på samme trinn og ofte følte seg ensom. Dette tyder på at det er for Marie sitt beste å bytte skole.

På den andre siden fremgår det av faktum at det ble tatt tak i mobbingen og den opphørte, noe som indikerer at hun ikke lengre har det så ille i skolehverdangen.

Marie var derimot ikke særlig interessert og mottakelig for inkludering. Etter man har blitt mobbet av en stor gjeng på trinnet, er det å anse som forståelig at man ikke ønsker å bli bestevenner med de som har mobbet deg. Alle ønsker ekte venner som liker deg for den du er. Når noen har mobbet deg i en lengre periode, er ikke dette mennesker man senere ønsker å bli venn med. Dette taler for at det beste for Marie er å skifte skole.

I foster-dommen ble det lagt vekt på barnets beste i vurderingen av om fosterbarn skulle bli sendt tilbake til sine biologiske foreldre. Høyesterett kom frem til at hensynet til barnas beste tilsa at de måtte få bli hos fosterfamiliene ettersom de hadde bodd der såpass lenge og utviklet et liv med dem. Denne dommen har overførende verdi til foreliggende tilfelle.

Ettersom alle vennene til Marie fra kickboksing går på B skole, tyder dette på at Marie vil ha en bedre hverdag og et bedre sosialt liv der. Det fremgår av faktum at hun er med bestevennene fra kickboksing i helgene og omgås sosialt med dem. Dette tyder på at det er for Marie sitt beste å gå på B skole.

Det er etter dette en saksbehandlingsfeil at det ved avslagsvedtaket er vektlagt barnets beste. Ettersom kommunen har kommet frem til at det er det beste for barnet å bli på A skole, er det ikke tatt tilstrekkelig med hensyn til hva det beste for Marie er. Det foreligger dermed en tilblivelsesmangel.

*Delkonklusjon: Det foreligger en tilblivelsesmangel.*

Tvillingsøsteren til Marie, Emilie, gikk også på A skole. Det fremgår av forarbeidene at det er saklig å legge vekt på om søsken er plassert på den samme skolen.

Videre fremgår det at foreldrene til Marie ikke hadde planer om å søke overflytting av Emilie. Grunnen til dette var at hun mottok spesialundervisning ved en spesialavdeling ved A skole pga. sin uspesifiserte psykiske utviklingshemming.

Ettersom det fremgår av forarbeidet at dette kan vektlegges, anses dette som et saklig hensyn.

Det vektlegges videre i avslagsvedtaket at de ved B skole ikke hadde noe ønske om å overta elever med voldelige tendenser. Ettersom listen for hensyn i forarbeidene ikke er uttømmende, tyder dette på at det også kan tas andre hensyn enn de som er nevnt. Det må dermed vurderes om kommunen har foretatt er et saklig hensyn.

Det fremgår av faktum at Marie slo til jenta som hadde stått i bresjen for mobbingen. Videre fremgår det at slaget var med flat hånd og at det ikke hadde ledet til noe skade untatt et litt rødt kinn i en halvtimes tid. Dette tyder på at slaget ikke var av særlig voldelig karakter.

B skole sier at de ikke ønsker å overta elever med voldelige tendenser. Grunnskoler kan ikke bare avslå og innvilge søknader basert på om de ønsker voldelige elever eller ikke. Barn og unge har "plikt" til grunnskoleopplæring etter opplæringslova § 2-1. Skoler kan dermed ikke bare velge og vrake i hvilken type elever de ønsker. Grunnskolen er for alle barn og alle har rett på en offentlig grunnskoleopplæring.

I Rådhushospits-dommen ble det ansett som et utenforliggende hensyn å legge vekt på en arbeidskonflik vedrørende vedtak om skjenkebevilling. Dette har overføringsverdi til foreliggende sak. B skole kan ikke vektlegge en konflikt mellom Marie og en elev på A skole i vurderingen om hun kan bytte skole. Dette taler for at det er tatt et utenforliggende hensyn.

Det at det legges vekt på at B skole ikke ønsket å overta elever med voldelige tendenser, er dermed å anse som et utenforliggende hensyn i vurderingen av om Marie kan få bytte skole. Utenforliggende hensyn er en tilblivelsesmangel.

Delkonklusjon: Det foreligger en tilbliveslesmangel.

Til slutt er det lagt vekt på likebehandling i avslagsvedtaket. Det ble vist til at en annen elev på A skole hadde fått avslag på sin søknad om å begynne på B skole.

Den andre eleven som hadde fått avslag, Kathrine, var Maries nabo. På søknadstidspunktet ble Kathrine fremdeles mobbet av den samme gjengen som hadde mobbet Marie. I tillegg hadde Kathrine en søster som gikk på B skole.

Tilfellene til Marie og Kathrine er to ulike tilfeller der det må vektlegges ulike hensyn. Det at det vektlegges i avslaget til Marie at en annen søker også hadde fått avslag, er kun relevant dersom sakene er like.

I det foreliggende tilfellet blir Marie ikke mobbet, men det gjør Kathrine. Søsteren til kathrine går på B skole, mens Marie sin søster går på A skole. I tillegg har Marie alle vennene sine på B skole, noe det ikke fremgår at Kathrine har. Dette tyder på at det er utenforliggende å vektlegge Kathrine sitt avslag vedrørende avslaget til Marie.

Det foreligger dermed et utenforliggende hensyn. Delkonklusjon: Det foreligger en tilblivelsesmangel.

For at en tilblivelsesmangel skal lede til ugyldighet, må det foreligge en "viss sannsynlighet" for at feilen har virket inn på innholdet i vedtaket. I tillegg må en skjønnsmessig vurdering tale for ugyldiggjøring av vedtaket.

Det er sikker rett at fvl. § 41 skal anvendes analogisk i spørsmålet om feilen har hatt en "viss sannsynlighet" for å virke inn på vedtaket.

Det sentrale vilkåret i § 41 er at "feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold". Reinøya-dommen går imidlertid i retning av å formulere vilkprene som ett krav. Dette formuleres som at det må foreligge en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at feilen har virket inn på avgjørelsens innhold. Det må dermed vurderes om det foreligger en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at tilblivelsesmangleen har virket inn på vedtakets innhold.

Det foreligger feil av fakta, vesentlige hensyn utelatt, utenforliggende hensyn og en saksbehandlingsfeil. Det at det foreligger såpass mange feil med vedtaket tyder på at det foreligger en "viss sannsynlighet" for at manglene kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

Kommunen har i begrunnelsen lagt vekt på alle disse manglene. Dette tyder på at det foreligger en "viss sannsynlighet" for at feilene har virket inn på innholdet i vedtaket.

Dersom kommunen ikke hadde foretatt disse feilene, ville det vært mer sannsynlig at Marie fikk byttet skole. Dette taler for at det ikke foreligger en "helt fjerntliggende" mulighet for innvirkning.

Det foreligger dermed en "viss sannsynlighet" for innvirkning. Videre skal det foretas en skjønnsmessig vurdering.

Ugyldiggjøring av vedtaket er til gunst for Marie. I tillegg er feilen forvaltingen sin feil. Dette taler for ugyldiggjøring av vedtaket.

*Konklusjon: Avslagsvedtaket er ugyldig.*

Det skal i det videre forutsettes at Marie sitt avslagsvedtak ble kjent ugyldig.

Kommunen omgjorde etter dette avslagsvedtaket til en innvilgelse, men stilte som vilkår for innvilgelsen at søsteren, Emile, også skulle overflyttes til B skole.

Opplæringslova § 5-1 første ledd lyder: «*Elevar som ikkje har eller som ikkje kan få tilfredsstillande utbytte av det ordinære opplæringstilbodet, har rett til spesialundervisning.»*

Foreldrene saksøkte igjen kommunen, da det var mer praktisk å transportere Emilie til A skole med bil, siden moren jobbet i nærheten av A skole. Kommunen anførte at Emile hadde krav på taxi. Alle andre barn ved spesialavdelingen ved A skole tok taxi og det ville bryte med likebehandlingsprinsippet å legge vekt på praktiske ønsker fra morens side. Dette måtte også være et utenforliggende hensyn.

Igjen er du tingrettsdommer i saken. Under bevisførselen kom det frem at Emilie ikke kunne få tilstrekkelig utbytte av den ordinære undervisningen ved B skole, men at B skole kunne tilby tilsvarende god spesialundervisning som A skole, ved en til en oppfølgning av Emilie. Emile hadde krav på taxi.

**b) Var omgjøringsvedtaket ugyldig?**

Det overordnede spørsmålet er om omgjøringsvedtaket er ugyldig.

Det primære rettslige grunnlaget for tvisten er den ulovfestede ugyldighetslæren. Det grunnleggende vilkåret er at det må foreligge en kompetansemangel.

Det foreligger et forvaltningsskjønn, jf, tidligere drøftelse.

Det fremgår av faktum at kommunen omgjorde det ugyldige avslagsvedtaket til Marie. Etter § 35 c kan et forvaltningsorgan omgjøre sitt eget vedtak dersom vedtaket må anses "ugyldig". Forvaltningen har dermed kompetanse til å omgjøre vedtaket.

Videre blir det stilt som vilkår for innvilgelsen at søsteren Emilie også skulle flyttes over til B skole. Det må dermed vurderes om kommunen kan stille et slikt vilkår.

For å vurdere om vilkårslæren kommer til anvendelse, må det vurderes om det foreligger et egentlig eller uegentlig vilkår. Et egentlig vilkår kommer i tillegg til begunstigelsen, mens et uegentlig vilkår er en begrensning i begunstigelsen. Ved egentlige vilkår kommer vilkårslæren til anvendelse, mens med uegentlige vilkår gjelder rammene for forvaltningsskjønnet.

Det foreligger et egentlig vilkår ettersom vilkåret om at Emilie også skulle overflyttes til B skole kommer i tillegg til begunstigelsen. Vilkårslæren kommer dermed til anvendelse.

Det er sikker rett at forvaltningen kan stille vilkår som har saklig sammenheng med avgjørelsen og som ikke er uforholdsmessig tyngende sett opp mot begunstigelsen, jf. Strømnett-dommen. Vilkårene er kumulative, og dersom ett av vilkårene ikke er oppfylt vil dette lede til ugyldighet av vilkåret.

I kravet til saklig sammenheng ligger at vilkåret må ha en klar forbindelse til den avgjørelsen som vilkåret knytter seg til. Det må dermed vurderes om det foreligger en klar forbindelse.

Kommunen stiller som vilkår at Emilie også må overflyttes til B skole grunnet Marie flytter skole. Det må dermed vurderes om det foreligger en klar forbindelse mellom vilkåret som stilles og begunstigelsen.

I sykkelvei-dommen ble det ansett å være saklig å stille som vilkår om å påkoste gang- og sykkelvei ved dispensasjon fra reguleringsplan. Ved utbyggingen ble gang- og sykkelveien revet, og det måtte dermed anses som saklig at utbygger måtte bygge ny vei. Det er uttalt i dommens avsnitt 60 at det må det være en naturlig sammenheng mellom dispensasjon og vilkår.

Det er å anse som enklere for foreldrene til Marie og Emilie dersom deres to døtre går på samme skole. Både arrangementer, skoletimer og henting taler for at det er positivt for foreldrene at Emilie også bytter skole. Dette taler for at det foreligger en naturlig sammenheng mellom vilkåret og begunstigelsen.

Det foreligger saklig sammenheng mellom vilkåret og begunstigelsen.

Videre må det vurderes om vilkåret er uforholdsmessig tyngende sett opp mot begunstigelsen. At vilkåret ikke må være uforholdsmessig tyngende innebærer at det må foretas en avveining mellom de fordeler som oppnås og de ulemper det påfører parten, jf. NOU 2019:5.

Det fremgår av faktum at det er en ulempe for foreldrene til Emilie dersom hun må bytte fra A skole, ettersom det er mer praktisk å transportere Emilie til skolen med bil. Dette taler for at vilkåret er uforholdsmessig tyngende for parten.

Kommunen anførte at Emilie hadde krav på taxi og at det ville bryte ned likebehandlingen dersom de skulle legge vekt på praktiske ønsker fra morens side.

Det at moren til Emilie ønsker å kjøre Emilie til skolen selv, kan ikke anses som et utenforliggende hensyn å legge vekt på. Det vil ikke være til last for kommunen å la være å hente Emilie med taxi, men la moren kjøre henne.

I Huttiheita-dommen ble det ansett som uforholdsmessig tyngende at en drosjesjåfør ble pålagt å kjøre fra en holdeplass i kjøreområde som ikke ga mulighet for å leve av drosjekjøringen som hovedyrke. Det ble ansett som å være et vesentlig inngrep i Siemensens rett i bevillingsperioden som i sine praktiske virkninger gjorde hans bevilling verdiløs. Vilkåret måtte dermed anses ugyldig.

Dommen har overføringsverdi til den foreliggende sak. Det at Emilie blir overført til B skole uten at hun selv eller foreldrene gir uttrykk for at hun ønsker det, er et vesentlig inngrep i Emilies rett til blant annet spesialundervisning.

Av opplæringslova § 5-1 første ledd fremgår det at elever som ikke kan få tilfredstillende utbytte av det ordinære opplæringstilbudet, har rett til spesialundervisning. Emilie har dermed rett til spesialundervisning ved B skole.

Det fremgår av bevisførselen at Emilie ikke kunne få tilstrekkelig utbytte av den ordinære undervisningen ved B skole, men at skolen kunne tilby en til en oppfølging av Emilie.

Det at Emilie må bytte fra en spesialavdeling med andre barn på A skole til en til en oppfølging ved B skole, tyder på en ulempe for Emilie. Når et barn har mulighet og plass på en spesialavdeling tilrettelagt for psykisk utviklingshemming med andre barn, er det å anse som uforholdsmessig å overføre barnet til en til en oppfølging.

Ulempene veier tyngre enn fordelene. Vilkåret er dermed å anse som uforholdsmessig tyngende, og vilkåret om at Emilie måtte overflyttes til B skole er ugyldig.

Delkonklusjon: Vilkåret om at Emilie må bytte skole er ugyldig.

Ugyldigheten strekker seg ikke lengre enn ugyldighetsgrunnen. Begunstigelsen vil dermed stå, mens vilkåret faller.

Konklusjon: Omgjøringsvedtaket er delvis ugyldig.

Det skal i det videre forutsettes at omgjøringsvedtaket var delvis ugyldig. Kommunen omgjorde omgjøringsvedtaket og innvilget søknaden til Marie uten vilkår.

Kathrine sine foreldre søkte etter dette på nytt om skolebytte for Kathrine til B skole og viste til Marie sitt endelige innvilgelsesvedtak. Kommunen avslo søknaden og viste til at kommunen nylig hadde besluttet å avslå alle fremtidige søknader om skolebytte fra A skole til B skole i inneværende år, da flere elever hadde søkt om det samme i det siste, blant annet på grunn av den nye sykkelveien til B skole. Kathrine ved foreldrene saksøkte kommunen umiddelbart.

Igjen er du tingrettsdommer, men nå i saken til Kathrine.

**c) Var Kathrine sitt avslagsvedtak ugyldig?**

Overordnet spørsmål er om Kathrine sitt avslagsvedtak er ugyldig.

Det primære rettslige grunnlaget for vurderingen er den ulovfestede ugyldighetslæren. Det grunnleggende vilkåret er at det må foreligge en kompetansemangel.

Det foreligger et forvaltningsskjønn, jf. tidligere drøftelse.

Det fremgår av faktum at Marie fikk byttet skole, men ikke Kathrine. Det må dermed vurderes om kommunen har foretatt en usaklig forskjellsbehandling.

Usaklig forskjellsbehandling foreligger når to like tilfeller har blitt behandlet ulikt. I tillegg er dette en innholdsmangel, noe som tilsier at det må være klart at feilen har virket inn på innholdet i vedtaket.

Sakene til Marie og Kathrine har er ikke to like tilfeller, ettersom det fremgår en rekke ulikheter blant faktum i sakene. Det kan dermed ikke foreligge usaklig forskjellsbehandling.

Videre må det vurderes om det er foretatt et utenforliggende hensyn.

Kommunen avslo på bakgrunn av at de hadde besluttet å avslå alle fremtidige søknader om skolebytte fra A skole til B skole inneværende år. Grunnen til dette var at flere elever i det siste hadde søkt om bytte grunnet den nye sykkelveien til B skole.

Det må dermed vurderes om dette er å anse som et utenforliggende hensyn vedrørende søknad om bytting av skole grunnet mobbing.

I Rådhushospits-dommen ble det ansett som et utenforliggende hensyn å legge vekt på en arbeidskonflikt vedrørende søknad om skjenkebevilling. Lignende tilfelle ble også ugyldig etter Georges-dommen.

I den foreliggende sak begrunner kommunen avslaget med at mange har søkt grunnet den nye sykkelveien gjennom skogen til B skole.

Det fremgår av faktum at kommunen har besluttet å avslå alle fremtidige søknader om skolebytte fra A skole til B skole det neste året grunnet flere elever hadde søkt blant annet grunnet den nye sykkelveien. Det at mange har søkt om å bytte skole grunnet ny sykkelvei, kan ikke føre til at ingen generelt kan bytte skole grunnet andre forhold. Dette taler for at det er utenforliggende av kommunen å vektlegge dette.

Kathrine ønsker å bytte skole grunnet mobbing. Det at kommunen har bestemt at ingen kan bytte skole grunnet mange elever har søkt om å bytte grunnet sykkelveien, kan tale for at kommunen har foretatt et utenforliggende hensyn.

Det fremgår av det rettslige grunnlaget av elever "kan" tas inn på en annen skole etter søknad. Forvaltningen har dermed et valg der det kan legges vekt på ulike faglige og politiske hensyn. Derimot anses det ikke som et valg dersom kommunen bare avslår alle søknader i et helt år.

I Minstekvantumdommen ble kjøp av alkohol satt til minst 600 flasker. Høyesterett kom til at forvaltningen ikke kunne bruke sin rett til å foreta et valg, til å videre forby. Når grensen ble satt så høyt som til 600 flasker, forbød i prinsippet forvaltningen å kjøpe øl. Høyesterett kom til at vedtaket var ugyldig.

I den foreliggende sak forbyr i prinsippet kommunen å søke om å bytte fra A til B skole. Dette er noe de ikke har tilgang til i henhold til det rettslige grunnlaget som sier at det skal foretas et skjønn ved hver enkelt søknad. Forvaltningen har dermed foretatt et utenforliggende hensyn.

Utenforliggende hensyn er en tilblivelsesmangel. Det er sikker rett at feilen må ha en "viss sannsynlighet" for innvirkning på avgjørelsens innhold. I tillegg må det foretas en samlet vurdering av ulike momenter.

Ved vurderingen av om det foreligger en "viss sannsynlighet" for innvirkning, skal det foretas en analogisk anvendelse av fvl. § 41. Det fremgår av forarbeidene at denne bestemmelsen ikke skal tolkes antitetisk.

Det sentrale vilkåret i § 41 er at "feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold". Nyere høyesterettspraksis, som f.eks. Ambassadedommen og Reinøya, går i retning av å se dette vilkåret og vilkåret om "viss sannsynlighet" som ett krav. Dette formuleres som at det må foreligge en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at feilen har virket inn på avgjørelsens innhold.

Det må dermed vurderes om det foreligger en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at tilblivelsesmangelen har virket inn på avgjørelsens innhold.

Av begrunnelsen for avslåelsen fremgår det at kommunen avslo på grunn av at de nylig hadde besluttet å avslå alle fremtidige søknader om skolebytte fra A skole til B skole i inneværende år grunnet flere elever har søkt om bytte grunnet den nye sykkelstien. Det at kommunen begrunner vedtaket med tilblivelsesmangelen tyder på at det foreligger en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for at feilen har fått betydning.

Videre skal det foretas en skjønnsmessig vurdering av om vedtaket burde ugyldiggjøres.

I den skjønnsmessige vurderingen fremtrer graden av sannsynlighet som et moment. I den foreliggende sak ble det ansett å være en "ikke helt fjerntliggende mulighet" for innvirkning, noe som taler for at vedtaket burde ugyldiggjøres.

Feilen skyldes forvaltningen og er til ulempe for Kathrine. Dette taler for at avslagsvedtaket burde ugyldiggjøres.

Konklusjon: Avslagsvedtaket til Kathrine er ugyldig.