

UiO • **Det juridiske fakultet**

Domstolskontroll med administrative tvangsvedtak, jf. tvisteloven kapittel 36

En analyse av rettstilstanden

Kandidatnummer: 566

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 16 889



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon og avgrensning av tema.....	1
1.2	Hensyn og begreper	2
1.2.1	Rettsikkerhet	2
1.2.2	Tvang.....	4
1.3	Metode	7
2	TVISTELOVEN KAPITTEL 36.....	8
2.1	Bakgrunn	8
2.2	Virkeområde, § 36-1	8
2.2.1	Hjemmelskravet	8
2.2.2	Aktualitetskravet	15
2.2.3	Krav om ny administrativ behandling før ny prøving.....	17
2.2.4	Søksmål etter de alminnelige regler	18
2.2.5	Forholdet til EMK	21
2.3	Virkningene av søksmål, § 36-2 (3)	25
2.3.1	Rettslig utgangspunkt.....	25
2.3.2	Konsekvenser - Den særlige betydning i barnevernssaker	28
2.4	Rettens behandling og prøving, § 36-5.....	29
2.4.1	Rettslig utgangspunkt.....	29
2.4.2	Konsekvenser	35
2.5	Foregrepet virkning, § 36-9	36
2.5.1	Rettslig utgangspunkt.....	36
2.5.2	Konsekvenser	38
2.6	Anke, § 36-10	41
2.6.1	Rettslig utgangspunkt.....	41
2.6.2	Særregler i barnevernssaker – samtykkeordningen.....	42

2.6.3	Konsekvenser	49
3	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	52
4	LITTERATUR.....	54
4.1	Lover.....	54
4.2	Internasjonale konvensjoner	54
4.3	Forarbeider.....	54
4.4	Juridisk teori	55
4.5	Juridiske artikler	56
4.6	Rundskriv.....	56
4.7	Domsregister.....	57
4.7.1	Høyesterett	57
4.8	Nettsider.....	58

1 Innledning

1.1 Presentasjon og avgrensning av tema

Domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser er et viktig element i det moderne samfunn, rettsstaten. Omfanget av denne prøvelsesretten diskuteres og utvikles forløpende. Kjernen i domstolskontroll er at borgerne skal ha mulighet til å få overprøvd forvaltningens beslutninger hos et uavhengig organ. I juridisk litteratur er det enighet om at domstolene kan prøve lovmessigheten av forvaltningens avgjørelser, en såkalt legalitetskontroll, det vil si om forvaltningen har tolket loven riktig, om det foreligger saksbehandlingsfeil, og om det er bygd på riktig faktum¹. Derimot kan domstolene som utgangspunkt ikke prøve forvaltningens skjønnsutøvelse, altså forvaltningens frie skjønn.

For borgerne er kontroll med forvaltningen spesielt viktig der det er tale om alvorlige inngrep som begrenser friheten til den enkelte. Staten pålegger en rekke frihetsbegrensninger i enhver persons liv av ulik styrke, alt fra trafikkregler til regler om skatt. Bruk av tvang overfor enkeltindivider utgjør det sterkeste inngrep et enkeltindivid kan oppleve. Felles for alle tvangsinngrep er at de begrenser individenes grunnleggende friheter, og de tilsidesetter individenes selvbestemmelsesrett og integritetsvern². Vi befinner oss da i kjerneområdet for legalitetsprinsippet, som jeg kommer tilbake til under punkt 1.2.2. På dette området er det behov for gode rettssikkerhetsgarantier. Hensynet til rettssikkerhet vil jeg gå nærmere inn på i punkt 1.2.1. De særlige hensyn som gjøre seg gjeldende ved bruk av tvang, gjør at det er behov for spesielt tilpassede regler på dette området. Kapittel 36 i tvisteloven, "saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren", er utformet nettopp med tanke på de spesielle utfordringer bruk av tvang reiser³.

¹ Kjønstad og Syse, *Velferdsrett 1* s. 247 og Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* s. 544

² Kjønstad og Syse, *Velferdsrett 1* s. 433

³ Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Målsetningen med denne oppgaven er å redegjøre for de spesielle prosessreglene i tvisteloven kapittel 36. Overprøving etter de alminnelige prosessreglene som gjelder for forvaltningsvedtak generelt, faller dermed i utgangspunkt utenfor oppgaven. Med hensyn til tidsbruk og plass, vil bare et utvalg av bestemmelsene i tvistelovens kapittel 36 bli nærmere drøftet. Jeg har valgt de bestemmelsene som jeg mener har mest aktualitet og som ut fra rettspraksis reiser størst utfordringer. Videre er målsettingen å belyse hvilke utslag reglene kan gi i praksis, dels ved å fordype meg i Høyesteretts praksis og dels ved intervju av ulike personer med erfaring på området. Tvisteloven kapittel 36 retter seg mot enkelte saker etter barnevernloven, psykisk helsevernloven, smittevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven. I den grad jeg tar for opp særlovgivning, vil dette dreie seg om barnevernssaker og saker om tvungen psykisk helsevern, da det i hovedsak er disse vedtakene som bringes inn for domstolene.

Under punkt 1.2 vil jeg si litt om begrepene rettssikkerhet og tvang, og punkt 1.3 vil dreie seg om hvilken metode jeg har brukt.

Del 2 er oppgavens hoveddel. Her vil jeg ta for meg de utvalgte bestemmelsene fra tvisteloven kapittel 36. Det vil først gis et rettslig utgangspunkt, altså en oversikt over gjeldende rett. Deretter følger en drøftingsdel med vekt på hvilke konsekvenser reglene kan gi i praksis.

I del 3 vil jeg kort oppsummere hva jeg har lært under arbeidet med oppgaven.

1.2 Hensyn og begreper

I dette avsnittet vil jeg ta for meg sentrale hensyn og begreper i oppgaven.

1.2.1 Rettssikkerhet

I juridisk litteratur blir ofte adgangen til domstolskontroll begrunnet med hensynet til rettssikkerhet. Begrepet "rettssikkerhet" brukes på svært ulike måter, men det er til dels felles enighet om de verdier som bør legges inn i begrepet. Som en sammenfatning av hva rettssikkerhetsbegrepet omfatter, uttaler Eckhoff og Smith: "De som krever rettssikkerhet i for-

valtningen, sikter som regel til beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, til mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og til å forsvare sine rettslige interesser. Ofte tar de også med hensyn til likhet og rettferdighet⁴. Dette er grunnleggende verdier som de aller fleste vil være enige om bør beskyttes. Videre fremhever Eckhoff og Smith at maksimal rettssikkerhet ikke alltid er å foretrekke. Poenget er at man nesten alltid vil komme til at det foreligger rettssikkerhet i større eller mindre grad, ikke til at det er eller ikke er rettssikkerhet. Spørsmålet blir ofte i hvor stor grad man ønsker rettssikkerhet avveid mot hvordan man prioriterer andre hensyn, som bl.a. effektivitet. Andre motstridende hensyn kan være hensynet til behandling, rettsvern, kostnadsnivå, utvikling og tilpasning av retten, behov for individuelle løsninger fremkommet gjennom utøvelse av skjønn og behov for fullmaktslovgivning⁵. Hvor stort gjennomslag hensynet til rettssikkerhet får i det enkelte tilfellet vil også avhenge av tilgjengelige faktiske ressurser.

Kjønstad systematiserer rettssikkerhetsbegrepet ved å skille mellom rettssikkerhetskrav og rettssikkerhetsgarantier⁶. Rettssikkerhetskravene dreier seg i hovedsak om krav om at avgjørelsen skal være i samsvar med gjeldende rett og/eller bestemte verdier. Dette innebærer altså at det stilles krav både til lovgivning og til håndheving.

Kjønstad uttaler at rettssikkerhetsgarantier i hovedsak dreier seg om ulike regler eller ordninger som fungerer som midler til å realisere rettssikkerhetskravene til at avgjørelsene skal være i samsvar med gjeldende rett eller i samsvar med bestemte verdier⁷. Poenger er altså at slike regler og ordninger betegnes som garantier for sikring av rettssikkerheten fordi de rent faktisk fungerer som virkemidler for oppfyllelsen av rettssikkerhetskravene.

I tillegg til domstolskontroll, kan regulering av forvaltningen gjennom gode saksbehandlingsregler være med på å sikre rettssikkerhet.

⁴ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* s. 58.

⁵ Kjønstad, *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet* s. 384

⁶ Kjønstad, *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet* s. 395

⁷ Kjønstad, *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet* s. 407.

Hvorvidt man betegner domstolskontroll som en rettssikkerhetsgaranti, et rettssikkerhetskrav eller noe annet, har liten praktisk betydning. At domstolene har kompetanse til å prøve legaliteten av forvaltningens virksomhet følger av Grunnloven § 88 tolket i lys av sikker praksis gjennom snart 100 år⁸. EMK art. 6 oppstiller også krav om at det må foreligge mulighet for overprøving gjennom en "upartisk og offentlig saksbehandling innen rimelig tid, ved en uavhengig og upartisk domstol, opprettet i henhold til lov". Forutsetningen er at det dreier seg om "civil rights and obligations".

1.2.2 Tvang

Grunnlaget for at domstolene har utvidet prøvingskompetanse etter tvisteloven kapittel 36 er fordi forvaltningsvedtakene dreier seg om ulike former for tvang. I dette avsnittet vil jeg si litt om hva tvang er og hva som kan begrunne bruk av tvang.

Tvang går ut på å tvinge noen til å gjøre eller unnlate noe mot sin egen vilje. Det er altså ett inngrep i friheten. Tvang kan for individet oppleves å ha likhetstrekk med straff, men det er en viktig prinsipiell forskjell. Straffen tilføyes den enkelte i den hensikt at den skal føles som et onde⁹. Når tvang blir brukt innen velferdsrettens rammer, er det først og fremst for å hjelpe den som blir utsatt for tvang, for å hindre selvdestruktiv virksomhet eller for å beskytte andre¹⁰. En annen vesentlig forskjell er at frihetsberøvelse som straff, bare kan ilegges av domstolene jf. Grunnloven § 96, mens for eksempel vedtak om etablering og opprettholdelse av tvungen psykisk helsevern i medhold av psykisk helsevernloven, treffes av forvaltningen og utgjør derfor en administrativ frihetsberøvelse.

⁸ Kongeriget Norges Grundlov 17 mai 1814, Smith, *Konstitusjonelt demokrati* kap. 7.5

⁹ Kjønstad og Syse, *Velferdsrett 1* s. 70

¹⁰ Kjønstad og Syse, *Velferdsrett 1* s. 70

Både legalitetsprinsippet og forpliktende menneskerettighetskonvensjoner tilsier at staten ikke kan gripe inn i borgernes private livsområde, eller i deres grunnleggende friheter, uten at det finnes hjemmel for dette. Dette følger også av at tvang i utgangspunktet er straffbart etter straffeloven § 222¹¹.

Legalitetsprinsippet har tradisjonelt vært oppfattet som prinsippet om at inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Nyere juridisk litteratur har imidlertid gått bort fra en slik positiv oppregning av legalitetsprinsippet og heller benyttet seg av en negativ formulering, nemlig at hjemmel i lov er nødvendig hvis det ikke foreligger noe annet grunnlag for kompetanse¹². Andre kompetansegrunnlag kan være forvaltningens organisasjons- og instruksjonsmyndighet, privatautonomi for stat og kommuner, sedvanerett, nødrett og spesielle kompetanseregler herunder Stortingets adgang til å treffe plenarvedtak. Poenget er at legalitetsprinsippet ikke har noen konkret størrelse. I takt med hvor sterkt inngrepet er, øker også kravet til klar hjemmel. Tvang er etter sin natur i kjerneområdet av legalitetsprinsippet. Tvang utgjør, som tidligere nevnt, det sterkeste inngrep en person kan oppleve. På bakgrunn av dette kreves det klar lovhjemmel ved bruk av tvang¹³.

Norge har gjennom avtaler med andre land påtatt seg visse menneskerettslige forpliktelser, og gjennom menneskerettsloven § 2 har bestemte konvensjoner fått forrang foran andre formelle lover¹⁴. Forrangsbestemmelsen er imidlertid bare vedtatt som formell lov og kan dermed til enhver tid endres gjennom ny lov. Et initiativ til endring av menneskerettighetsloven § 2 er lite trolig grunnet bred politisk enighet om opprettholdelse av våre menneskerettslige forpliktelser. Det følger av EMK artikkel 8 nr. 2 at vedtak om tvangsbruk må være truffet med basis i et nasjonalt, anerkjent rettsgrunnlag, og hjemmelen må være så presist

¹¹ Almindelig borgerlig Straffelov 22 mai 1902 nr. 10

¹² Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* s. 364

¹³ Kjønstad og Syse, *Velferdsrett 1* s. 433

¹⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30

utformet at den gir tilstrekkelig forutberegnelighet. Det følger altså et krav om klar hjemmel.

Tiltak av begrensende eller inngripende karakter overfor den enkelte, mot vedkommendes egen vilje, strider mot hensynet til individets autonomi og selvbestemmelsesrett. Dette tilsier at det skal tungveieende hensyn til for at det skal være legitimt å ta i bruk tvang. I juridisk litteratur blir ofte hensynet til vedkommendes egen interesse og samfunnsinteresser fremhevet som grunnlag for tvang. I sosiologisk teori kalles gjerne dette sosial kontroll¹⁵.

Tvangsbestemmelsene i velferdsretten kan deles opp i verneregler og kontrollregler. "Med verneregler forstås bestemmelser som tar sikte på å verne personer i utsatte grupper fra å bli utsatt for overgrep fra andre eller gjøre skade på seg selv, eller å fritta vedkommende for ansvar for egne handlinger"¹⁶. Verneregler kan gjøre en person ansvarsfri. Tanken er at det er lite skjønnsomt å pålegge ansvar for handlinger som utøveren ikke har evne til å skjønne skadepotensialet av. Verneregler er dermed i tråd med grunnleggende rettferdighets- og rettssikkerhetshensyn. Et eksempel på en verneregel er psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd¹⁷. Paragrafen inneholder vilkårene for at en pasient kan underlegges tvungent psykisk helsevern. Første ledd nr. 3 bokstav b er det som blir omtalt for farekriteriet i juridisk litteratur. Den er ett av to alternative tilleggsvilkår til hovedvilkåret om at pasienten må ha en alvorlig sinnslidelse. Dersom man griper inn av hensyn til vedkommende selv, vil dette være en verneregel¹⁸. Men om man griper inn for å beskytte andre, vil bestemmelsen være en kontrollregel. Opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 3-3 er etter samme lovs § 7-1 ett av vedtakene som kan overprøves etter tvisteloven kapittel 36.

¹⁵ Kjønstad og Syse, *Velferdsrett 1* s. 423.

¹⁶ Kjønstad og Syse, 2010, *Velferdsrett 1* s. 428

¹⁷ Lov 2 julli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern

¹⁸ Kjønstad og Syse, *Velferdsrett 1* s. 434

Formålet med kontrollregler er å avverge skader på andre personer og på materielle gjenstander. Dette gjøres ved at den potensielle skadeforvolder rent fysisk blir kontrollert. Det kan være kostnadsbesparende å hindre skade og på denne måten kan kontrollregler tilfredsstille kravet til effektivitet. Å hindre selvskading kan etter dette forsvarers dels ut fra et vernesynspunkt, dels ut fra et kontrollsynspunkt. Eksempel på bruk av kontrollregler finner vi i psykisk helsevernloven om bestemmelsene om tvangsmedisinering jf. § 4-4 og bruk av tvangsmidler jf. § 4-8. Dette er imidlertid tiltak som ikke faller inn under psykisk helsevernloven § 7-1 og kan dermed ikke overprøves av domstolene etter tvisteloven kapittel 36.

De utfordringer bruk av tvang reiser, gir et behov for egne og tillitvekkende rettssikkerhetsgarantier. Disse er forsøkt ivaretatt ved utarbeidelsen av tvisteloven kapittel 36.

1.3 Metode

Formålet med oppgaven er å foreta en analyse av rettstilstanden i saker om rettslig prøving av administrative vedtak om tvang mot personer etter tvisteloven kapittel 36. I arbeid med denne oppgaven har jeg benyttet tradisjonell juridisk metode, deriblant brukt flere ulike typer rettskilder, i hovedsak lover, forarbeid, rettspraksis og juridisk litteratur. Da jeg mangler erfaring fra rettssaker, har jeg foretatt et par kvalitative intervjuer av noen som jobber med slike saker til daglig. Formålet var å bli bedre i stand til å vurdere hvordan reglene fungerer i praksis. Jeg har snakket med Merethe Meling Gulbrandsen, ved Kommuneadvokaten i Oslo, om hvordan enkelte av bestemmelsene blir praktisert i barnevernssaker. I tillegg snakket jeg med advokatene i Helsedirektoratet, herunder Vårin Hellevik, om saker om tvungent psykisk helsevern. Dette ga meg blant annet hjelp til å forstå hvilke av reglene jeg burde bruke mest tid på i oppgaven. Jeg vil underveis i oppgaven trekke frem det jeg synes har interesse.

2 Tvisteloven kapittel 36

2.1 Bakgrunn

Tvisteloven kapittel 36 dreier seg om særlige saksbehandlingsregler for rettslig overprøving av administrative tvangsvedtak. Dette gjelder visse vedtak truffet av kontrollkommissjonen etter psykisk helsevernloven, fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker etter barnevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven, og smittervernsnemnda etter smittevernloven. Kapitlet suppleres av de øvrige bestemmelser i tvisteloven og EMK. Tvisteloven kapittel 36 er i hovedsak en videreføring av tvistemålsloven kapittel 33 med noen endringer. Praxis og forarbeid fra tvistemålsloven kan derfor fortsatt være relevant.

Rettsikkerhetsbetraktninger var blant de viktigste hensynene som lå til grunn da tvistemålsloven fikk et nytt kapittel 33 og er også det sentrale hensynet bak tvisteloven kapittel 36. Et vesentlig siktemål er å ivareta behovet for rask behandling og avgjørelse¹⁹. Videre er ønsket å imøtekomme de særlige sterke rettsikkerhetsbehov som gjør seg gjeldende i saker om bruk av administrativ tvang og frihetsberøvelse, blant annet ved at retten står fritt til å prøve alle sider av saken uten hensyn til hvilke anførsler partene fremsetter²⁰.

2.2 Virkeområde, § 36-1

2.2.1 Hjemmelskravet

2.2.1.1 Rettslig utgangspunkt

Det følger av tvisteloven § 36-1 første ledd at reglene i samme lovs kapittel 36 bare gjelder for rettslig prøving av administrative vedtak om tvang mot personer der dette er uttrykkelig angitt i hjemmelsloven. Videre er rettslig prøving forebeholdt vedtak om bruk av tvang, ikke vedtak om å unnlate bruk av tvang. Den aktuelle hjemmelslov kan imidlertid bestem-

¹⁹ Tvisteloven § 36-5 første og annet ledd

²⁰ Tvisteloven § 36-5 tredje ledd og Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1300

me noe annet²¹. Tvistemålsutvalget understreket at man av hensyn til oversikten så langt som mulig burde tilstrebe at henvisningen til reglene i tvisteloven kapittel 36 fremgår direkte av den aktuelle hjemmelsloven, ikke via henvisninger til andre lover eller ved regulering via forskrift²².

Av tvisteloven § 36-1 første ledd annet punktum følger det i samsvar med gjeldende rett at andre krav, for eksempel erstatningskrav, ikke kan trekkes inn i en sak som skal behandles etter reglene i kapittel 36. Tvistemålsutvalget drøftet om det burde skje en oppmykning på dette punkt, men ble stående ved at dette ikke var tilrådelig. Det ble vist til at siktemålet med de særlige reglene i tvisteloven kapittel 36 er å få en rask avgjørelse av selve tvangsvedtaket, og at kapitlets regler for saksbehandling, prøvingstema og prøvingsintensitet er tilpasset dette. En regel om at eventuelle erstatningskrav kunne trekkes inn, ville kunne virke unødig tvisteskapende og bidra til å vidløftiggjøre saken²³. Departementet sluttet seg til dette. Det følger av forarbeidene at et krav om erstatning må reises som egen sak etter de alminnelige regler²⁴.

Psykisk helsevernloven § 7-1 gir hjemmel for domstolsprøving etter tvisteloven kapittel 36 for kontrollkomisjonens vedtak i sak om tvungen observasjon etter § 3-2, etablering - og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern etter § 3-3 og § 3-7. Domstolenes prøvingskompetanse er etter denne loven noe utvidet i forhold til 1961-loven. Etter andre punktum kan også saker om overføring fra tvungent psykiske helsevern uten døgnopphold i institusjon til døgnopphold i institusjon som nevnt i § 3-5, behandles etter særreglene i tvisteloven kapittel 36²⁵. Bakgrunnen er at det er spesielt disse overføringsvedtakene som vil føles byr-

²¹ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1308

²² Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 499

²³ NOU 2001:32 bind A s. 528

²⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 499

²⁵ Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* s. 170 og Rundskriv IS-9/2012 s. 108

defulle for pasienten, fordi inngrepet går fra å representere en møteplikt på poliklinikk til frihetsberøvelse i døgninstitusjon.

Vedtak om tvungen observasjon kan som hovedregel ikke vare lenger enn 10 dager, jf. psykisk helsevernloven § 3-2 tredje ledd første punktum. Fristen kan forlenges med inntil 10 dager dersom pasientens tilstand tilsier at det er strengt nødvendig og kontrollkommissionens leder gir samtykke til det, jf. tredje ledd annet punktum. På grunn av den korte fristen vil observasjonen for lengst være avsluttet når saken kommer opp til tingretten. Da vil aktualitetskravet gjøre at saken blir avvist, se punkt 2.2.2. Tvungen observasjon er altså et tiltak av så kortvarig art at det aldri vil være aktuelt å prøve dette for domstolene etter tvisteloven kapittel 36²⁶.

Barnevernsloven § 7-24 åpner for domstolskontroll, etter tvisteloven kapittel 36, av fylkesnemndas vedtak²⁷. Denne bestemmelsen er en naturlig følge av at det ikke foreligger adgang til forvaltningsklage av fylkesnemndas vedtak²⁸. Den eneste mulighet for overprøving er å bringe fylkesnemndas vedtak inn for de ordinære domstoler.

De ulike typer vedtak fylkesnemnda kan fatte fremgår av barnevernloven kapittel 4. Det dreier seg om et vidt spekter av ulike tiltak, for eksempel tvang som følger direkte av loven, som blant annet omsorgsovertakelse etter § 4-12 og § 4-24. Men også andre typer inngrep i frihet omfattes, som for eksempel regulering av samvær etter § 4-19 (2) og begrensninger i telefonkontakt mellom barnet og biologisk familie. I Rt. 2007 side 1136 gjaldt saken kjæremål over lagmannsrettens avvisning av anke over en tingsrettsdom om gyldigheten av et fylkesnemndsvedtak i en barnevernssak. Tingretten hadde blant annet fastsatt hvor mye telefonkontakt moren kunne ha med en av sine døtre. I avsnitt 22 uttaler kjæremålsutvalget: "Tingretten hadde dermed utvilsomt kompetanse til å vurdere hvilke begrensninger

²⁶ Rundskriv IS-9/2012 s. 108

²⁷ Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100

²⁸ Ofstad og Skar, *Barnevernloven med kommentarer* s. 419

i samværet som den fant riktig å fastsette". Kjennelsen viser at fylkesnemnda har stor frihet når det kommer til hvilke begrensninger de kan sette i samværet etter § 4-19. Vedtakene kan imidlertid overprøves etter tvisteloven kapittel 36, jf. barnevernloven § 7-24.

Etter ordlyden er det bare fylkesnemndas "vedtak" som kan bringes inn for domstolene til rettslig overprøving. Dette innebærer at avgjørelser som fylkesnemnda treffer som ledd i saksbehandlingen, som f.eks. bevisavskjæring, som hovedregel ikke kan overprøves etter tvisteloven kapittel 36²⁹. I forarbeidene til barnevernsloven er det gjort unntak for fylkesnemndas beslutning om å avvise en sak³⁰. Dette var antakelig gjeldende rett allerede på ett tidligere tidspunkt. I kjennelse fra Rt. 1996 side 157 tok kjæremålsutvalget stilling til om fylkesnemndas avvisningsvedtak i en barnevernssak kunne overprøves av domstolene etter tvistemålsloven kapittel 33. På side 1599 er det uttalt: "På samme måte som lagmannsretten legger kjæremålsutvalget til grunn at også et avvisningsvedtak i fylkesnemnda kan overprøves ved søksmål etter tvistemålsloven kapittel 33. Det avgjørende er at avvisningsvedtaket i praksis innebærer at man ikke kommer frem til noe realitetsvedtak i fylkesnemnda om hvorvidt omsorgsovertakelsen skal oppheves etter barnevernloven § 4-21. Et slikt realitetsvedtak er en forutsetning for at den som har søksmålsadgang, rettslig kan få prøvet spørsmålet om barnet fortsatt skal være under barnevernets omsorg, jf. tomånedersfristen i sosialtjenesteloven § 910 tredje ledd".

Ordlyden i barnevernloven § 7-24 er generelt utformet og tilsier adgang til prøving av alle nemndas vedtak. Sammenholdt med ordlyden i tvisteloven § 36-1 forutsettes imidlertid at det kun er vedtak om tvang som kan angripes. I motsetning til det som vanligvis følger av tvisteloven § 36-1, innebærer den generelle ordlyden i § 7-24 en rett til overprøving av alle de aktuelle vedtak, altså i tillegg til der det treffes vedtak om tvang, også der det treffes

²⁹ Ofstad og Skar, *Barnevernloven med kommentarer* s. 420

³⁰ Ot.prp. nr. 74 (2005-06) s. 65

vedtak om å ikke anvende tvang eller om opphør av tvangstiltak³¹. Vedtak om tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21 dekkes derfor også.

Det er bare de krav som fylkesnemnda konkret har tatt stilling til, som kan bringes inn for overprøving. Rt. 2011 s. 377 illustrerer dette. Mor ble fratatt omsorgen da barnet var 3-4 dager gammelt og barnet ble plassert i fosterhjem hvor hun bodde i to og et halvt år. Da saken ble behandlet for fylkesnemnda, ønsket ikke far å være fosterhjem for datteren. Mor brakte vedtaket om omsorgsovertakelse inn for tingretten og under tingrettens behandling nedla far prinsipalt påstand om at datteren skulle plasseres i fosterhjem hos ham. Høyesterett kom til at spørsmålet om fosterhjemsplassing hos far ikke kunne prøves etter tvisteloven kapittel 36, fordi det var et krav som nemnda ikke hadde prøvet. Resultatet ble dermed at tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser måtte oppheves, for så vidt gjaldt valg av fosterhjem og kravet om fosterhjemsplassing hos far ble avvist fra domstolene.

Høyesteretts ankeutvalg sier i avsnitt 47: "Hvis et slikt krav skulle kunne fremmes for domstolene, uten at forvaltningsorganet først hadde vurdert spørsmålet, ville domstolene tre i forvaltningens sted". Videre i samme avsnitt heter det: "Det er de kravene nemnda har tatt stilling til som kan bringes inn til overprøving, ikke andre krav, jf. også tvisteloven § 36-1 første ledd siste setning". Dette har blitt fulgt opp i andre kjennelser, se blant annet Rt. 2012 s. 488 avsnitt 25.

2.2.1.2 Konsekvenser

Som følge av hjemmelskravet vil en rekke tiltak med innslag av tvang ikke få den ekstra beskyttelsen en prøving etter tvisteloven kapittel 36 gir.

Bestemmelsens angivelse av hvilke vedtakstyper som kan bringes inn for domstolene etter psykisk helsevernloven § 7-1, er uttømmende. Dette innebærer at ingen av de vedtakene som kan treffes under gjennomføringen av vernet etter psykisk helsevernloven kapittel 4,

³¹ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1310

kan bringes inn for domstolene etter de særlige prosessregler i tvisteloven kapittel 36. Slike vedtak må eventuelt bringes inn for domstolene etter de alminnelige prosessregler som gjelder for forvaltningsvedtak generelt. Dette vil være tilfellet for vedtak om bruk av tvangsmidler, tvangsbehandling, tvangsmedisinering, remmer osv. Det kan nok diskuteres om denne ordningen er god. Lovgiver har foretatt en interesseavveining og kommet frem til at det kun er visse vedtak om bruk av tvang som bør undergis særlige prosessregler. Begrunnelsen er at det er de utvalgte tiltakene som er mest inngripende for pasienten. Om tvangsmedisinering har vært lovlig og om tvangsmidler har vært brukt unødvendig er spørsmål som det bør gis adgang til å overprøve på grunn av pasientens rettssikkerhet. Dette er alvorlige tiltak og kan føles like integritetskrenkende som selve innleggelsen. Slike tiltak kan oppfattes som nedverdiggende og unødvendige.

I forarbeidene til psykisk helsevernloven § 7-1 i Ot.prp. nr. 11 (1998-99) på side 139-140 drøftet departementet om anvendelsesområdet til dagjeldende tvistemålsloven kapittel 33 burde utvides. Departementet vurderte om det burde åpnes for overprøvelse etter tvistemålsloven kapittel 33 for andre inngripende vedtak, for eksempel vedtak om tvangsbehandling. Det ble lagt vekt på at regjeringsadvokaten var tvilende til om det burde åpnes for at domstolene settes til å overprøve faglige skjønn og således utføre forvaltningsoppgaver. Det ble fremhevet at domstolenes særlige styrke ligger i kontroll av saksbehandlingen og lovanvendelsen. Departementet kom frem til at det var usikkerhet knyttet til om rettssikkerheten til pasienten ville bli større ved en utvidelse av søksmålsadgangen. Videre ble det lagt vekt på saksmengden for domstolene og at en ytterligere økning kunne gjøre prioriteringen vanskelig. Tvistemålsutvalget har i NOU 2001:32 bind A på side 524 lagt til grunn de samme argumentene.

På den ene siden er det vanskelig å se at det foreligger mer faglig skjønn bak et vedtak om bruk av tvangsmidler etter § 4-8 enn et vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern etter § 3-3. Faglig skjønn vil stort sett alltid være nødvendig og påkrevd ved enhver form for vedtak om tvang. På den andre siden har departementet rett i at saksmengden for domstolene er stor og dersom et av hovedformålene bak tvisteloven skal ivaretas, nemlig

rask saksbehandling, må man begrense søksmålsadgangen. Som påpekt ovenfor må hensynet til rettssikkerhet alltid avveies i forhold til andre hensyn. Det kan være nærliggende å anta at her har rettssikkerhetshensyn i form av domstolskontroll, fått mindre gjennomslag enn ressurs- og effektivitetshensyn.

Dersom psykisk helsevernloven § 7-1 endres slik at også andre tiltak med innslag av tvang skal kunne overprøves etter tvisteloven kapittel 36, vil aktualitetskravet som regel stenge for slik domstolskontroll. Dette kommer av at tiltak som skjerming etter psykisk helsevernloven § 4-3, forbindelse med omverdenen jf. § 4-5 og bruk av tvangsmidler etter § 4-8, som regel vil være virksomt i kort tid og dermed være avsluttet når saken tas opp til behandling i retten. Dermed må det eventuelt også gjøres unntak fra aktualitetskravet for at slike tiltak skal kunne overprøves etter tvisteloven kapittel 36.

Det har imidlertid i juridisk litteratur vært pekt på at slike tiltak har en indirekte prøvingsrett fordi selve innleggelsen kan prøves og slike tiltak bare kan gis etter at man har blitt innlagt. I tillegg kan bruk av slike tvangstiltak spille inn under den helhetsvurdering som skal foretas etter psykisk helsevernlov § 3-3 første ledd nr. 6³². Etter denne bestemmelsen er et av de kumulative vilkårene for etablering (og opprettholdelse jf. § 3-7) av tvungen psykisk helsevern at det etter en helhetsvurdering skal fremtre som den klart beste løsning for pasienten. Ved denne helhetsvurderingen skal det legges særlig vekt på den belastning det tvangsmessige inngrep må antas å medføre for den syke³³. Belastningen må regnes å bli større dersom det blir brukt tvangstiltak under oppholdet.

At en sak ikke kan prøves etter tvisteloven kapittel 36, stenger ikke for overprøving gjennom søksmål etter de alminnelige regler i tvisteloven. Hva man kan få prøvd i ettertid og på hvilken måte en alminnelig søksmålsadgang eventuelt representerer dårligere rettssikkerhet kommer jeg tilbake til senere under punkt 2.2.4.

³² Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* s.170

³³ Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* s. 83

2.2.2 Aktualitetskravet

2.2.2.1 Rettslig utgangspunkt

Tvisteloven § 36-1 annet ledd første punktum angir at søksmål etter reglene i kapittel 36 ikke kan reises etter at det underliggende tvangsvedtaket er falt bort. Bestemmelsen er en lovfesting av aktualitetskravet som allerede fulgte av gjeldende praksis³⁴. Bestemmelsen gir indirekte uttrykk for at rettslig prøving og avgjørelse etter tvisteloven kapittel 36 forutsetter at tvangsvedtaket er virksomt³⁵. I dette ligger at en sak skal avvises dersom vedtaket har falt bort før saken tas opp, jf. annet ledd første punktum. Videre følger det av annet ledd annet punktum at en sak skal heves dersom vedtaket faller bort etter at det er krevd rettslig prøving. Det fremgår av forarbeidene at dette, i motsetning til tidligere, også vil gjelde der vedtaket faller bort i perioden mellom dom og eventuell anke³⁶.

Aktualitetskravet henger sammen med kravet til rettslig interesse jf. tvisteloven § 1-3 andre ledd. Dersom vedtaket faller bort kan man si at saksøker ikke lenger har et reelt behov for å få prøvet vedtaket.

Aktualitetskravet utelukker rene gyldighetskontroller. Det er i utgangspunktet bare lovens materielle vilkår for tvang som kan overprøves og dersom vedtaket har falt bort, vil ikke retten behandle saken uansett om det tidligere har blitt foretatt saksbehandlingsfeil. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 2.4.1.2 som omhandler omfanget av rettens prøving etter tvisteloven § 36-5 tredje ledd.

2.2.2.2 Konsekvenser

Aktualitetskravet har størst praktisk betydning i saker som gjelder opprettholdelse av tvungen psykisk helsevern. I og med at retten skal ta stilling til vilkårene på domstidspunktet, se for eksempel Rt. 2002 side 1646 på side 1653, vil det bare være spørsmål om opp-

³⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-05), s. 500

³⁵ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1311

³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-05), s. 500

rettholdelse som er aktuelt i saker om tvungent psykisk helsevern. Retten tar ikke stilling til om vilkårene var oppfylt da vernet ble etablert, dette kommer jeg nærmere tilbake til under punkt 2.4.1.2 om omfanget av rettens prøvelsesadgang.

På den ene siden kan regelen åpne for uheldig praksis i institusjoner. Grunnet at det er forholdene på domstidspunktet som er avgjørende ved rettens prøving, kan institusjonen oppheve tvangsvernet når pasienten tar ut stevning og dermed slippe unna rettslig prøving. Tvangsvern kan i prinsippet etableres på nytt igjen rett etter at saken er hevet. På den annen side har bestemmelsen en rettssikkerhetsmessig funksjon ved at institusjoner vet at tvangen kan bli gjenstand for rettslig prøving så lenge tvangen pågår. Dette setter press på institusjonen til å oppheve vernet så snart lovens materielle vilkår ikke lenger er oppfylt. Dette bidrar til skjerpet fokus med at vilkårene alltid skal være til stedet.

Advokatene ved Helsedirektoratet opplyste om at i saker om tvungent psykisk helsevern, bortfaller 6 av 10 saker før hovedforhandling. Dette skjer enten fordi pasienten trekker saken eller fordi pasienten skrives ut. Advokatene påtar seg altså en rådgivende rolle og har dermed mulighet til å påvirke utfallet uten å gå gjennom en rettssak. Dette har en viktig rettssikkerhetsmessig funksjon, ved at pasienten kan "vinne" før det blir hovedforhandling. Det ble videre påpekt at det er få som er tvangsinnlagt over lenger tid, men mer vanlig å være underlagt tvungent vern uten døgnopphold. Tvangselementet ved tvungent vern uten døgnopphold er mindre enn i tilfeller der man er underlagt tvungent psykisk helsevern med døgnopphold, det vil dermed være mindre aktuelt å gå til sak i førstnevnte tilfeller.

Tvistemålsutvalget fremhever at det har sine betenkeligheter at saker der tvangen opphører mens saken står for retten, skal avvises eller heves, slik praksis er i dag³⁷. Utvalget påpeker at dette ikke bare er uheldig for den det gjelder, men også lite tilfredsstillende sett i et bredere rettssikkerhetsperspektiv³⁸. Den som har vært rammet av tvangen er da henvist til å

³⁷ NOU 2001:32 bind A s. 524

³⁸ NOU 2001:32 bind A s. 524

reise ny sak etter de alminnelige regler, med den følge at man ikke har de rettssikkerhetsgarantiene som tilfaller prøving etter tvisteloven kapittel 36. Dette vil imidlertid være en annen type sak. Her vil spørsmålet dreie seg om vedtaket var gyldig og saksøker kan eventuelt reise krav om erstatning. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 2.2.4.

2.2.3 Krav om ny administrativ behandling før ny prøving

Tvistemålsloven inneholdt i § 486 første ledd en bestemmelse om at ny sak tidligst kunne reises ett år etter at dom som fastsetter eller stadfester et tvangsinngrep, er blitt rettskraftig. Fristen på ett år gjaldt uten hensyn til om saksøkeren påberopte seg at det hadde inntruffet nye forhold etter den tidligere dom. På dette punktet innebar regelen i realiteten en begrensning i adgangen til å anlegge ny sak i forhold til det som ville fulgt av de vanlige rettskraftregler. Tvistemålsutvalget fant ikke grunn til å videreføre denne regelen.

Etter tvisteloven § 36-1 tredje ledd kan ny rettslig prøving bare skje etter at saken er behandlet på nytt administrativt. Avgjørelser etter tvisteloven kapittel 36 vil i praksis ha begrensede rettskraftvirkninger, i og med at det ikke er fastsatt begrensninger i adgangen til å reise ny sak. Denne regelen er fastsatt nettopp på grunn av behovet for å begrense muligheten for stadig nye saker om aktuelle tvangsbruk. Når det stilles krav om at saken først er behandlet på nytt administrativt, vil dette indirekte stenge for ny sak, så langt den lov som hjemler vedtaket, oppstiller en karenperiode for krav om ny administrativ behandling.

Forarbeidene angir at det er reglene om karenperiode for ny administrativ behandling i den underliggende hjemmelslov som avgjør hvor raskt det kan bli aktuelt med ny rettslig prøving³⁹. Dersom saken har vært prøvd etter reglene i tvisteloven kapittel 36, må man i saker om psykisk helsevern, vente seks måneder etter at dommen har blitt rettskraftig, før man kan fremsette ny klage til kontrollkommisjonen, jf. psykisk helsevernloven § 6-4 åttende ledd annet punktum. I barnevernssaker er det etter barnevernsloven en karenperiode på ett

³⁹ Ot.prp. nr.51 (2004-05) s. 500

år i samværssaker jf. § 4-19 femte ledd og ett år i saker om tilbakeføring etter omsorgsovertakelse jf. § 4-21 annet ledd.

Tvistemålsloven kapittel 33 hadde ikke noen slik uttrykkelig regel, men i forarbeidene til tvisteloven står det likevel at et slikt krav i stor grad følger av gjeldende rett⁴⁰. Løsningen var allerede blitt lagt til grunn i barnevernssaker, jf. Rt. 1994 side 1669, og det ble antatt at et slikt krav måtte innfortolkes i tvistemålsloven § 486 om karenstid.

Departementet foreslo heller ingen videreføring av dagjeldende § 486 annet ledd om forenklet saksbehandling. Det ble lagt til grunn at den administrative behandlingen i praksis ofte vil tilføre saken noe nytt og at det dermed ikke foreligger behov for regler om forenklet saksbehandling⁴¹. I tillegg vil de alminnelige regler om sakstilpasset behandling også gjelde i tvangssakene, jf. blant annet tvisteloven §§ 9-4 og 9-11.

I barnevernsloven § 7-5 er det åpnet for en forenklet behandling i barnevernssaker. Etter paragrafens tredje ledd kan nemndsleder, i saker som gjelder krav om endring i forhold til et tidligere vedtak eller dom, avgjøre saken alene dersom det er ubetenkelig med hensyn til sakens tema, vanskelighetsgrad, behovet for fagkyndighet og hensynet til en forsvarlig behandling.

2.2.4 Søksmål etter de alminnelige regler

Hvis saken faller utenfor virkeområdet jf. tvisteloven § 36-1, oppstår spørsmålet om alternative overprøvningsmuligheter. Det fremgår av forarbeidene at selv om vilkårene for overprøving etter tvisteloven kapittel 36 ikke er til stedet, stenger ikke dette for muligheten til å reise søksmål etter de alminnelige regler. Adgangen til å reise søksmål etter de alminnelige regler er imidlertid ikke ubegrenset. En forutsetning for søksmål er at kravene til søksmåls-situasjonen i tvisteloven § 1-3 er oppfylt. Tradisjonelt har man i Norge gått ut i fra at man

⁴⁰ Ot.prp. nr.51 (2004-05) s. 500

⁴¹ Ot.prp. nr.51 (2004-05) s. 500

ikke kan få fastsettelsesdom for at noe er rettsstridig, men bare for virkningene av at rettsstrid foreligger. Dette følger også av tvisteloven § 1-3, som setter krav om at saksøker må ha et rettskrav og et reelt behov for å få avgjort saken i forhold til saksøkte. Bestemmelsen viderefører i hovedsak det som tidligere fulgte av kravet om rettslig interesse jf. tvistemålsloven § 54.

Ved etterfølgende erstatningssøksmål knyttet til tvangsvedtaket, vil nesten alltid kravene etter tvisteloven § 1-3 være oppfylt. Erstatningssøksmål kan i slike saker dreie seg om oppreisning for økonomisk tap. Der det kun kreves dom for at tvangsvedtaket var ugyldig, rettsstridig eller liknende, vil det imidlertid være vanskeligere å fastslå om det foreligger et reelt behov. At saksøker må ha et reelt behov for dom, utelukker for eksempel tilfeller der en tidligere pasient vil ha dom kun for å konstantere at vilkårene for innleggelse ikke har vært til stede. Men dersom han fortsatt er innlagt vil han, i håp om å bli utskrevet, ha behov for dom.

Tvistemålsutvalget sier i NOU 2001:32 bind A på side 525, i relasjon til kravet om rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54, at det ikke kan stilles for strenge krav ved administrative tvangsvedtak. De finner støtte for sitt synspunkt i kjennelse inntatt i Rt. 1978 side 1571. Her fremhever kjæremålsutvalget at i en sak: "som gjelder en rettslig vurdering av et offentligrettslig tvangsinngrep i den personlige integritet, kan det være grunn til ikke å stille særlig strenge krav for fremme av fastsettelsessøksmål etter tvistemålsloven § 54".

Det finnes også eksempler på kjennelser som viser at det ligger noe i kravet om rettslig interesse. I Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2001 side 1123 omhandlet saken spørsmålet om avvisning av søksmål på grunn av at pasienten hadde blitt utskrevet. Saksøkeren krevde dom for opphevelse av kontrollkomisjonens vedtak om ikke å ta klage over tvangsinnleggelse, etter daværende lov om psykisk helsevernloven § 3, til følge. Høyesterett fastslo at den oppreisning av moralsk karakter saksøkeren ville oppnå med en dom i sin favør, ikke ga tilstrekkelig rettslig interesse. Saksøkeren måtte sannsynliggjøre at en dom i hans favør også ville få andre virkninger av betydning for han, ved vurderingen etter § 54.

Selv om det vil være adgang til å reise erstatnings- og gyldighetssøksmål etter de alminnelige regler, vil ikke dette nødvendigvis oppleves som tilfredsstillende for den det gjelder.

I mitt intervju av advokatene i Helsedirektoratet ble det fremhevet at det er svært sjeldent utskrevde pasienter benytter seg av en adgang til å reise søksmål etter de alminnelige regler. Dette kan komme av at søksmål etter de alminnelige regler på enkelte områder representerer dårligere rettssikkerhet, ovenfor den som er utsatt for tvangsvedtaket, enn det som følger av særreglene i tvisteloven kapittel 36.

Ved overprøving etter de alminnelige regler, vil ikke saksøker uten videre ha krav på fri rettshjelp, i motsetning til domstolskontroll etter tvisteloven kapittel 36 jf. rettshjelploven § 16 første ledd nr. 2⁴². I tillegg kan saken bli tidkrevende i og med at det ikke stilles krav som i tvisteloven § 36-5 til hurtig behandling. Det er dermed ingen garanti for at en sak om etterfølgende erstatningskrav ikke kommer til å strekke seg over lang tid. I praksis vil disse forhold lett oppleves som store hindre, og medføre at vedkommende unnlater å forfølge saken.

I tillegg vil det i en sak etter de alminnelige regler ikke være en like kompetent rett som i saker etter tvisteloven kapittel 36, der det etter § 36-4 første ledd kreves at retten skal settes med to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig.

Tvistemålsutvalget påpeker at det er et gjennomgående trekk at tvang typisk rammer mennesker som på ulike måter har svake ressurser, og som derfor ofte også har begrensede muligheter for å ivareta egne interesser⁴³. Det å reise søksmål er en kompleks prosess og krever en egeninnsats. Personer som utsettes for tvang vil ofte være i en tilstand som gjør at de har nok med seg selv og derfor begrenset mulighet på det personlige plan til å gjennomgå en slik påkjenning på egenhånd. For mange vil det dermed være utelukket å reise sak etter

⁴² Lov om fri rettshjelp av 13. juni 1980 nr. 35

⁴³ NOU 2001:32 bind A s.510

de alminnelige regler dersom man ikke får noe hjelp og også risikerer å sitte igjen med store kostnader.

Departementet foreslår en utvidelse av rettens adgang til å innvilge fri sakførsel etter behovsprøving, jf. rettshjelploven § 16 annet ledd jf. samme lovs § 11 annet ledd⁴⁴. Tanken er å øke den reelle tilgang til domstolene i enkelte sakstyper som ikke behandles etter reglene i tvisteloven kapittel 36, men som står i nær forbindelse med slike saker. Dette kan blant annet bidra til å øke den reelle muligheten en person har til å reise etterfølgende erstatningssøksmål etter de alminnelige regler.

2.2.5 Forholdet til EMK

I dette avsnittet skal jeg gå inn på noen sentrale internasjonale forpliktelser som får anvendelse ved bruk av tvang etter norsk lovgivning. Spørsmålet er hvorvidt de som er utsatt for administrativ tvang kan dra nytte av disse reglene ved søksmål etter kapittel 36.

Saker om administrativ frihetsberøvelse og annen tvangsbruk mot person, aktualiserer særlige spørsmål knyttet til menneskerettighetene, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Dette gjelder i hovedsak de materielle vilkår for bruk av tvang, men det stilles også krav til saksbehandlingen.

Bruk av tvang vil etter sin natur stride i mot det menneskerettslige vernet om individets selvbestemmelsesrett, integritet og privat- og familieliv jf. EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Dersom tvang likevel skal kunne aksepteres som konvensjonsmessig er det et minstekrav at tvangen er hjemlet i lov, jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Vedtaket må være truffet med basis i et nasjonalt, anerkjent rettsgrunnlag, og hjemmelen må være så klar at den gir tilstrekkelig forutberegnelighet⁴⁵.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 500

⁴⁵ NOU 2001:32 bind A s. 514, Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1301

Det ligger også visse forutsetninger av prosessuell art integrert i lovskravet. Lovskravets formål er å hindre administrativ vilkårlighet, det har dermed betydning om vedtaket er truffet på grunnlag av en betryggende saksbehandling og er gjenstand for en adekvat, rettslig etterprøving. Sammenholdt med det generelle kravet til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1, fremstår det helt sentrale at den som rammes skal ha tilgang til en rask, betryggende og tilstrekkelig inngående domstolsprøving.

EMK artikkel 5 beskytter retten til frihet. Bestemmelsen tar som utgangspunkt at frihetsberøvelse er forbudt, jf. artikkel 5 nr. 1 første punktum. På nærmere, uttømmende angitte vilkår kan frihetsberøvelse likevel aksepteres. Det finnes også andre menneskerettslige bestemmelser som gir regler som skal beskytte mot myndighetenes tvangsbruk. Det interessante er hvorvidt man har adgang til å reise krav om konvensjonsbrudd i forbindelse med sak etter tvisteloven kapittel 36 og eventuelt hvem en slik sak skal rettes mot.

I Rt. 2004 side 583 gjaldt saken spørsmål om behandlingstid ved krav om opphør av tvungen psykisk helsevern, jf. tvistemålsloven 478. I denne dommen tar Høyesterett stilling til om brudd på EMK artikkel 5 nr. 4 kan avgjøres under sak etter tvistemålsloven kapittel 33, og dermed gi rett til utskrivning. Det var disens 4 mot 1, der flertallet ved førstvoterende kom frem til at formålet bak reglene i tvistemålsloven kapittel 33 taler mot å få avgjort spørsmålet om konvensjonsbrudd under en sak etter kapittel 33. Det uttales at et slikt krav må henvises til sivilt søksmål i vanlige former. Førstvoterende fremhever først de praktiske hensyn ved å tillate å få kravet reist i tilknytning til sak om prøving av det administrative vedtaket, deretter uttaler han i avsnitt 28: "Motargumentet er at dersom kravet om rask behandling av kontrollen med administrative vedtak om frihetstap skal kunne gjennomføres, må begrepet forstås snevert og sidekrav avvises" Videre fremheves at dersom parten skal ha rett til å kreve at det blir tatt standpunkt til konvensjonsbrudd under prøving av forvaltningsvedtak etter kapittel 33, vil avgjørelsen bli vanskeligere å behandle og tidsforbruket øke. I dommens avsnitt 29 konkluderer førstvoterende i dette spørsmålet med: "Min konklusjon er etter dette for det første at så lenge det er på det rene at de materielle vilkår for

tvungent psykisk helsevern foreligger, påvirker det ikke innleggelsesvedtakets gyldighet om artikkel 5 nr. 4 er krenket. For det annet vil det da ikke være adgang til å kreve spørsmålet om konvensjonsbrudd avgjort under en sak etter tvistemålsloven kapittel 33".

I avsnitt 30 nevnes imidlertid at kravet til hurtig behandling ved den rettslige kontrollen av administrative tvangsvedtak, slik det fremgår av EMK artikkel 5 nr. 4 og tvistemålsloven 478 første punktum, er av helt sentral betydning. Det fremheves at det kan være grunn for en ankeinstans til å påpeke konvensjonsbrudd i rettens bemerkninger, selv om den private part ikke vil ha krav på at retten tar standpunkt til dette. Videre vurderer førstvoterende tidsbruken, selv om det ikke har betydning for resultatet, og finner at det foreligger brudd på EMK artikkel 5 nr. 4 på grunn av at det hadde gått 17 måneder fra begjæring om utskrivelse til rettskraftig dom i saken forelå.

Mindretallet ved en dommer, uttaler i avsnitt 45: "Å tenke seg at alvorlig sinnslidende eller andre ressurssvake personer skal kunne anlegge ny sak med sikte på dette, er etter min oppfatning virkelighetsfjernt". Han ser ut til å være av samme oppfatning som jeg har påpekt i punkt 2.2.4. Videre fremhever han at det må være tilstrekkelig at konvensjonsbrudd slås fast i premissene. Som fremhevet tidligere i oppgaven, kan det være problematisk for søker å reise nytt søksmål etter de alminnelige regler. Men på grunn av kravet til hurtig behandling, har det ikke vært anledning til å reise krav om konvensjonsbrudd i forbindelse med søksmål etter de særlige prosessformer.

I Rt. 2008 side 290 gikk foreldre, som var gjenstand for omsorgsovertakelse av sitt barn, til sak for å få vedtaket overprøvd etter reglene i tvistemålsloven kapittel 33 og ønsket i samme sak stadfestelse av at inngrepet krenket retten til familieliv etter EMK artikkel 8. Kjæremålsutvalget slo fast at kravet om stadfestelse av konvensjonsstrid ikke kan behandles etter reglene i tvistemålsloven kapittel 33. Lagmannsretten fremhevet at kravene om fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd, under ingen omstendigheter kan behandles i en sak etter tvistemålsloven kapittel 33. Videre ble det påpekt at denne rettstilstanden blir videreført i tvisteloven § 36-1 første ledd annet punktum der det heter at andre krav ikke kan

trekkes inn. I avsnitt 21 viser Høyesteretts kjæremålsutvalg til den lovforståelsen lagmannsretten la til grunn og uttaler: "Kravet om særskilt fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd må etter utvalgets syn klart anses som et annet krav som her er trukket inn".

I Rt. 2011 s. 1666 gjaldt saken spørsmålet om et helseforetak brøt saksbehandlingsreglene i psykisk helsevernloven § 3-2 i forbindelse med vedtak om innleggelse av en person til tvungen observasjon og om innleggelsen var i strid med EMK artikkel 5 nr. 1. Her tar Høyesterett blant annet stilling til hvem som er rett saksøkt i saker hvor det kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK. Først slår Høyesterett fast, med utgangspunkt i dommen fra Rt. 2004 side 583, at spørsmålet om konvensjonsstrid ikke kan avgjøres i sak om gyldigheten av tvangsvedtak etter tvisteloven kapittel 36, men retten kan ta stilling til spørsmålet i premissene for avgjørelsen⁴⁶. Høyesterett kom til at staten ved Helse- og omsorgsdepartementet måtte vært saksøkt dersom saksøker skulle ha rettslig interesse i å få dom for at et helseforetak har brutt en inkorporert menneskerettskonvensjon⁴⁷. Til støtte for sitt synspunkt viser førstvoterende til at det bare er statene som er pliktsubjekter etter EMK og at retts tekniske hensyn taler for at helseforetakene ikke stilles i noen særstilling sammenlignet med andre saksøkte ved denne type søksmål⁴⁸. Videre fremheves at helseforetaket er et eget rettssubjekt, en dom for konvensjonsstrid i sak mot helseforetaket vil dermed ikke være rettskraftig i forhold til staten. Saken ble avvist fra domstolene, og tingrettens og lagmannsrettens dommer ble opphevet.

Menneskerettighetene har betydning som rettskildefaktor. Aslak Syse poengterer at reelle hensyn kan tale for at klare menneskerettsbrudd på enkelte områder ikke bør henvises til særskilt søksmål, men vektlegges ved den skjønsmessige helhetsvurderingen om hvorvidt tvungent psykisk helsevern bør opprettholdes eller ikke⁴⁹. Han viser blant annet til at det er

⁴⁶ Avsnitt 32

⁴⁷ Avsnitt 39

⁴⁸ Avsnitt 36

⁴⁹ Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* s. 198

store forskjeller i om det anføres brudd på EMK artikkel 5 nr. 4 fordi det foreligger en viss forsinkelse i saksbehandlingen, eller om det er påstander om brudd på kravet om at ingen skal utsettes for umenneskelig nedverdiggende behandling jf. EMK artikkel 3.

Kontrollkommisjonen skal ved sin vurdering av saken også ta stilling til om menneskerettighetene er brutt, det vil si at de i klagesaksbehandling må ta stilling til anførsler om brudd på menneskerettighetene og også ellers vurdere dette, dersom forholdene i saken gir grunn til det⁵⁰.

2.3 Virkningene av søksmål, § 36-2 (3)

2.3.1 Rettslig utgangspunkt

At søksmål anlegges, har som alminnelig prosessuell virkning at saken er litispending, jf. tvisteloven § 18-1. Dette gjelder også for saker som behandles etter tvisteloven kapittel 36 og innebærer at det mellom de samme parter ikke kan reises mer enn én sak om rettslig prøving av vedtaket⁵¹.

Det følger av tvisteloven § 36-2 tredje ledd at søksmål ikke har oppsettende virkning, det vil si at tvangsvedtaket kan gjennomføres eller opprettholdes selv om det er blitt gjenstand for søksmål. Retten kan imidlertid ved kjennelse bestemme at det skal gis oppsettende virkning, altså utsatt iverksettelse av vedtaket. Regelen om oppsettende virkning gjelder også for ankesdomstolen, jf. tvisteloven § 36-10 annet ledd første punktum.

Det er den rett saken er brakt inn for som kan treffe avgjørelsen etter § 36-2 tredje ledd⁵². Dersom det ankes over en dom som opprettholder et vedtak om tvangsinngrep, er det un-

⁵⁰ Rundskriv IS-9/2012 s. 106 og Helse- og omsorgsdepartementets uttalelse av 8.5.2009

⁵¹ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1313

⁵² Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s.1314

derinstansen som treffer avgjørelse i spørsmålet inntil dokumentene i ankesaken er sendt ankeinstansen. Etter dette tidspunkt hører avgjørelsen under ankeinstansen. Selv om en begjæring om utsatt iverksettelse er behandlet av underinstansen, stenger ikke det for at begjæringen fremsettes på nytt for ankeinstansen⁵³.

Forarbeidene uttaler at rettens kompetanse etter § 36-2 tredje ledd ikke er avhengig av begjæring fra en part⁵⁴. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg når det ville være aktuelt at retten treffer avgjørelse om utsatt gjennomføring på eget initiativ. Dette følger blant annet av at det i de fleste tilfeller vil foreligge en begjæring fra den private part om å utsette iverksettelsen av tvangsvedtaket. Bestemmelsen er utformet av hensyn til partene og dersom ingen av partene begjærer oppsettende virkning vil det kanskje ikke være et behov for det heller. Uansett om retten har behandlet spørsmålet *ex officio* eller etter begjæring, må spørsmålet avgjøres ved kjennelse. Det følger av tvisteloven § 36-10 fjerde ledd at regelen i samme lovs § 36-5 om prioritet og hurtig behandling også gjelder for anke over slike kjennelser.

Ifølge forarbeidene er bestemmelsen i hovedsak utformet med tanke på at de private parter ber om utsatt iverksettelse av et tvangsinngrep, jf. NOU B side 1000 og Ot.prp. 51 side 500. Det er ingenting i veien for at også kommunen kan be om utsatt iverksettelse, for eksempel av avgjørelse om samvær, avgjørelse som ikke tar krav om omsorgsovertakelse til følge eller av avgjørelse som opphever et midlertidig vedtak om tvangsmessig omsorgsovertakelse. Tvisteloven § 36-2 er utformet etter mønster fra tvistemålsloven § 477. I Rt. 2000 side 1921 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at bestemmelsen, til tross for ordlyden, ga en kommune adgang til å begjære utsatt iverksettelse av fylkesnemndas vedtak om samværsrett. Dette ble begrunnet med at når kommunen ved lovendring i 1999 fikk adgang til å kreve domstolsprøving av fylkesnemndas vedtak, måtte kommunen også ha adgang til å begjære midlertidig avgjørelse om utsatt iverksettelse. I kjennelse inntatt i Rt. 2011 side

⁵³ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s.1314 og Rt. 1995 s.588

⁵⁴ NOU 2001:32 bind B s. 1000

431 vises det til kjennelsen fra 2000 nevnt ovenfor, i avsnitt 14. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler: "På samme måte må tvisteloven § 36-2 tredje ledd forstås". Det fremheves at adgang for kommunen til å begjære utsatt iverksettelse er et naturlig supplement til søksmålsadgangen.

I de tilfeller tvangsvedtaket iverksettes faller i utgangspunktet muligheten til å kreve utsatt iverksettelse bort⁵⁵. Dette følger av at den som har begjært utsatt iverksettelse i slike tilfeller ikke lenger har aktuell rettslig interesse, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd annet punktum.

I rettspraksis har det oppstått et skille mellom utsatt iverksettelse og omgjøring av et allerede gjennomført vedtak. I kjennelse fra Rt. 2009 side 494 kom Høyesteretts ankeutvalg til at tvisteloven § 36-2 tredje ledd gir hjemmel for omgjøring, i den forstand at det kan treffes avgjørelse om at et tvangsvedtak som er gjennomført, ikke skal opprettholdes. Det ble vist til tidligere rettspraksis i forbindelse med dagjeldende tvistemålsloven § 477 og lagt vekt på at utsatt iverksettelse og omgjøring av et allerede gjennomført vedtak i prinsippet er to forskjellige saker med ulikt faktisk grunnlag. Dette synspunktet er opprettholdt i senere praksis, se for eksempel avsnitt 13 i kjennelse fra Rt. 2010 side 1141. Her kom Høyesteretts ankeutvalg til at en begjæring om utsatt iverksettelse ikke kan fortsette for ankeinstansen som en sak om omgjøring når vedtaket er iverksatt etter at begjæringen ble fremsatt. Ankende part hadde dermed ikke lenger aktuell rettslig interesse i saken for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd annet punktum.

Dersom det avsies kjennelse for oppsettende virkning, kan vedtaket ikke effektueres. Etter de ulike hjemmelslover kan unnlatt effektuering i utgangspunktet medføre at vedtaket faller bort. Det følger for eksempel av helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 tredje ledd tredje punktum at dersom vedtak om tilbakehold i institusjon ikke er satt i verk innen seks uker, faller det bort. Etter barnevernloven § 4-13 faller vedtak om omsorgsovertakelse bort der-

⁵⁵ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* side 1315, se for eksempel Rt. 2009 side 727 og Rt. 2009 side 261

som det ikke settes i verk innen seks uker fra vedtakstidspunktet. Det følger imidlertid av tvisteloven § 36-2 tredje ledd at når unnlatt effektivering skyldes kjennelse for oppsettende virkning, vil vedtaket likevel ikke falle bort. Dermed fryses altså innsettelsesfristene i særlovene.

2.3.2 Konsekvenser - Den særlige betydning i barnevernssaker

Rettsens kompetanse til å gi vedtaket oppsettende virkning etter tvisteloven § 36-2 tredje ledd kan gi resultater som ikke er gunstige. Kjennelse inntatt i Rt. 2011 side 431 gjaldt anke av avgjørelse om utsatt iverksettelse av fylkesnemndas vedtak om opphevelse av midlertidig plassering i beredskapshjem. Her kom Høyesteretts ankeutvalg til at kommunen hadde adgang til å kreve utsatt iverksettelse i medhold av tvisteloven § 36-2 tredje ledd, og anken ble dermed forkastet. Det som er interessant i denne saken er imidlertid hva som er problematisk ved en slik avgjørelse. Det hele startet med at barnevernet fattet vedtak om midlertidig plassering av barn C i beredskapshjem, etter barnevernloven § 4-6 annet ledd. Senere opphevet fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker dette vedtaket. Dagen etter begjærte kommunen rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak, og samtidig begjæring om at iverksettelsen av fylkesnemndas vedtak skulle utsettes. I tingretten ble kommunens begjæring om utsettelse av fylkesnemndas vedtak tatt til følge, som dermed førte til at barnet ikke ble tilbakeført til foreldrene.

Barnevernloven § 4-6 annet ledd gir barnevernsadministrasjonens leder eller påtalemyndigheten adgang til umiddelbart å treffe midlertidig vedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet. Det er betenkelig at et vedtak truffet av bare en person blir stående, som følge av at tingretten kom til å utsette fylkesnemndas avgjørelse om å oppheve av vedtaket. Fylkesnemnda ligner en domstol og avgjørelser etter denne vil således være mer betryggende enn avgjørelse fattet av kun en person. Når det er snakk om et tiltak som vil føles alvorlig for de berørte, som tiltak etter barnevernloven § 4-6 annet ledd, bør vel retten i utgangspunktet legge større vekt på vurderingen til fylkesnemnda. På den annen side er bestemmelsen utformet med tanke på barnets helse. Vilkåret etter barnevernloven § 4-6 annet ledd er at det

er fare for at et barn blir vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet. I kjennelsen fra 2011 nevnt overfor, var det mistanke om vold fra begge foreldrene.

2.4 Rettens behandling og prøving, § 36-5

2.4.1 Rettslig utgangspunkt

2.4.1.1 Krav til saksbehandlingen

Tvisteloven § 36-5 fastsetter viktige prinsipper for saksbehandlingen og omfanget av rettsprøving i saken. Bestemmelsen er i hovedsak utformet med tanke på sakens art, som gjør at det stilles strenge krav til hurtig saksbehandling, spesielt i saker som gjelder frihetsberøvelse, jf. EMK artikkel 5 nr. 4. Paragrafen er i stor grad en videreføring av det som var gjeldende rett, men kravene til fremdrift er i noen grad omformulert i forhold til tvistemålsloven § 478⁵⁶.

For å sikre at saker etter tvisteloven kapittel 36 behandles så raskt som loven forutsetter, bestemmer tvisteloven § 36-5 første ledd at saker skal berammes "straks" de kommer inn til retten. Bestemmelsen viderefører tvistemålsloven § 478 annet punktum, med den forskjell at det tidligere het hovedforhandling "kan" berammes straks, mens det nå heter "skal". Beramming skal som følge av dette skje før det er innkommet tilsvar, og før ytterligere saksforberedelse gjennomføres⁵⁷. Beramming vil dermed skje raskere enn det som vil være det normale i allmennprosessen, i og med at det etter tvisteloven § 9-4 annet ledd følger at beramming skjer etter at det er inngitt tilsvar og etter at det er satt opp en plan for den videre behandling.

⁵⁶ NOU 2001:32 bind B s.1001

⁵⁷ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1319

Hva som nærmere ligger i kravet etter tvisteloven § 36-5 første ledd må ses i sammenheng med den generelle bestemmelsen om prioritet i samme paragraf annet ledd. Kravene i andre ledd komme tydeligere frem enn de gjorde i tvistemålsloven § 478 første punktum. I forarbeidene fremgår det at meningen med andre ledd er å gjøre det klart at tvangssaker skal ha prioritet fremfor andre saker og at saksbehandlingen skal gjennomføres så raskt som hensynet til en forsvarlig behandling tillater⁵⁸. Saken må dermed berammes til tidligst mulig tidspunkt, og dersom det er nødvendig må andre saker omberammes. Tempoet må tilpasses sakens art og kompleksitet, og må samlet sett ikke gå på bekostning av en forsvarlig saksbehandling, blant annet med tanke på at retten har det overordnede ansvar for sakens rette opplysning i saker der partene ikke har fri rådighet, jf. tvisteloven §§ 11-4 og 21-2. Tvistemålsutvalget fremhever at kravene til hurtighet er spesielt strenge i saker som gjelder frihetsberøvelse.

I en dom inntatt i Rt. 2009 s. 560 understrekes det at det helt sentrale er en rask saksbehandling "samlet sett". En mann som hadde vedgått farskap etter reglene i barneloven § 4, men som etter DNA-analyse var utelukket som far, fremsatte krav om endring av et fylkesnemndsvedtak som tilsa at kommunen skulle overta omsorgen for barnet. Ved prøvingen av tingrettens avvisningskjennelse fattet lagmannsretten en realitetsavgjørelse som påla kommunen å fremme sak for fylkesnemnda. Selv om lagmannsretten i utgangspunktet ikke hadde adgang til å prøve realiteten i saken, kom Høyesterett, på bakgrunn av at det var gått lang tid og under henvisning til EMK artiklene 6 og 8 og barnekonvensjonen, til at lagmannsrettens dom kunne bli stående. I avsnitt 36 og 39 legger Høyesterett vekt på kravene til prioritering og tidsmomentet i slike saker, som gjør at tingretten skulle ha gitt dom for at kommunen pliktet å fremme saken for nemnda. Videre fremhever Høyesterett at hensynet til hurtig behandling også må gjelde utenfor området for tvisteloven, altså på et tidligere tidspunkt. Dermed skal også arbeidet med rettens avgjørelse ha prioritet, slik at det går kortest mulig tid fra det er avholdt muntlige forhandlinger til det foreligger dom.

⁵⁸ NOU 2011:32 bind B s.1001

I beslutning inntatt i HR-2009-2290-U konstaterte Høyesteretts ankeutvalg ett klart brudd på EMK artikkel 5 nr. 4 om at rettslig prøving av frihetsberøvende tvangsvedtak skal skje raskt, og kravene til hurtig saksbehandling etter tvisteloven § 36-5 første og annet ledd. Det hadde gått ett år og én måned fra begjæringen om utskrivning, til lagmannsrettens dom. Fra stevning til dom i tingretten gikk det i overkant av fire måneder. Fra anke til dom i lagmannsretten gikk det omkring fem måneder, hvor lagmannsretten brukte hele fem uker fra ankeforhandling til dom. Det var ingen spesielle omstendigheter i saken som kunne forsvare tidsbruken.

2.4.1.2 Omfanget av rettens kompetanse ved prøvingen

Ved den rettslige prøvingen av vedtak etter tvisteloven kapittel 36 går domstolenes kompetanse langt videre enn ved prøvingen av andre forvaltningsvedtak. Dette kommer til uttrykk i tvisteloven § 36-5 tredje ledd, der det heter at retten skal prøve "alle sider" av saken. Med dette menes at det skal foretas en full prøving av sakens faktiske og rettslige side. De alminnelige grenser for rettens prøving av forvaltningsvedtak gjelder ikke her⁵⁹. Retten skal på selvstendig grunnlag utøve et hensiktsmessighetsskjønn, med andre ord vurdere om tiltaket bør iverksettes hvor de faktiske og rettslige vilkår er oppfylt. I Rt. 1993 side 249 kommer dette til uttrykk helt i starten av dommens premisser: "Jeg nevner først at retten skal prøve alle sider av saken, også de rent skjønnsmessige, jf. tvistemålsloven 482".

Schei mfl. oppsummer omfanget av prøvingen med at domstolene har samme kompetanse som den som vanligvis tilligger et forvaltningsorgan ved overprøving etter klage⁶⁰. Samme synspunkt er uttrykt av førstvoterende i Rt. 2012 side 967, i premiss 27.

Det følger av tvisteloven § 21-3 annet ledd jf. § 11-4 at retten i saker etter lovens kapittel 36 har plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. Det vil si at retten i slike saker har et selvstendig ansvar for sakens opplysning.

⁵⁹ Ot.prp nr. 51 (2004-05) s. 501

⁶⁰ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1320

Avgjørelsen skal skje ut fra de faktiske forhold slik disse er når saken tas opp til doms. Til illustrasjon uttaler førstvoterende i Rt. 2002 side 1646 på side 1653: "Det er sikker rett at denne realitetsvurderingen skal skje ut fra forholdene på domstidspunktet. Det er dermed ikke en gyldighetsprøving retten skal foreta, og det er i prinsippet ikke adgang til å påstå vedtaket ugyldig". Det følger av dette at vedtaket skal opprettholdes hvis forholdene på domstidspunktet tilsier dette, selv om det ikke var grunnlag for å treffe et slikt vedtak da forvaltningsorganet avgjorde saken, og selv om det hefter feil ved forvaltningsorganets saksbehandling.

Videre heter det i dommen på side 1653: "Dette utelukker likevel ikke at et vedtak kan lide av slike feil at det, i eksepsjonelle tilfeller, må kunne oppheves og eventuelt hjemvises til ny behandling i forvaltningen". Førstvoterende uttaler at han er enig i juridisk litteratur om at dette kun skal gjelde for helt graverende tilfeller og at man i første rekke har siktet til vedtak som lider av så grove kompetansemangler at de i realiteten må betraktes som en nullitet. I slike tilfeller vil ikke domstolene ha det nødvendige grunnlag for å foreta den realitetsvurdering som pålegges etter tvisteloven § 36-5 tredje ledd (daværende tvistemålsloven § 482).

I samme dom, altså Rt. 2002 side 1646, blir det vist til førstvoterendes uttalelser i Almanakdommen inntatt i Rt. 1998 side 937. I denne saken godtok Høyesterett tvangsinnleggelsen, til tross for overtredelse av det tidligere konverteringsforbudet og at det ble gjort alvorlige saksbehandlingsfeil vedrørende journalføring og pasientinformasjon. På side 943 oppsummerer førstvoterende i Almanakdommen vurderingstemaet slik: "Siden Høyesterett har full kompetanse i saken, er spørsmålet så om de saksbehandlingsfeil som i og for seg kan konstanteres, hver for seg eller samlet, har en slik karakter at de bør utelukke at Høyesterett anser A for å være tvangsinnlagt og realitetsbehandler kravet om utskrivning".

I overnevnte dom fra 2002 slutter Høyesterett seg til denne vurderingen på side 1653. Vurderingstemaet er altså om vedtaket lider av slike mangler at det unndrar seg realitetsprø-

ving, om det dreier seg om en materiell kompetansemangel eller en saksbehandlingsfeil har dermed mindre betydning.

Som dommene over illustrerer, vil selv alvorlige feil begått ved etableringen ikke få direkte betydning ved vurderingen av spørsmålet om tvangsvernet skal fortsette. Dommen fra 2002 viser imidlertid at saksbehandlingsfeil kan tas i betraktning ved den skjønnsmessige vurderingen av hvorvidt tvangsvernet skal fortsette eller ikke etter psykisk helsevernlov § 3-3 tredje ledd nr. 6⁶¹.

I likhet med andre saker vil retten i saker etter tvisteloven kapittel 36 normalt være bundet av de spørsmål som har vært oppe til behandling og avgjørelse i forvaltningsorganet, og kan dermed ikke gå utenfor det eller de forhold som er gjort til søksmålgjenstand. I barnevernssaker har man i praksis lagt til grunn at det gjør seg gjeldende særlige hensyn.

I Rt. 2003 side 1319 kom Høyesterett til at tingretten kunne ta stilling til foreldreansvaret, som var avgjort av fylkesnemnda for sosiale saker, men ikke brakt inn for retten. Forutsetningen var at partenes grunnleggende rett til kontradiksjon ble ivaretatt. Førstvoterende uttaler i sin tolkning av tvistemålsloven § 482 (nåværende tvisteloven § 36-5 tredje ledd) i avsnitt 25: "Gode grunner kan tale for å forstå bestemmelsen slik at retten har plikt til å vurdere om den av eget tiltak skal behandle andre spørsmål fylkesnemnda har avgjort enn det eller de som er brakt inn til rettslig prøvelse. Kommer retten til at den vil ta opp et slikt spørsmål, må den selvsagt sørge for at partene får anledning til å uttale seg om spørsmålet".

Departementet har senere lagt til grunn at den rettsoppfatning overnevnte avgjørelse bygger på, bør opprettholdes i barnevernssaker også under tvisteloven⁶². Dette synspunktet er opprettholdt av senere rettspraksis, som for eksempel kjennelse inntatt i Rt. 2008 side 430. Her tar Høyesteretts ankeutvalget blant annet stilling til om tingrettens dom hadde foregrepet

⁶¹ Rt. 2002 side 1646, på side 1656

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 405

tvangskraft i spørsmålet om omsorgsovertakelse, selv om fylkesnemndas vedtak ikke gikk ut på omsorgsovertakelse. I avsnitt 35 gir ankeutvalget sin støtte til lagmannsretten i sin vurdering av at tingrettens dom hadde foregrepet tvangskraft.

Praksis viser altså at retten står friere med henhold til søksmålgjentand i barnevernssaker, enn i saker om psykisk helsevern.

For de spørsmål retten kan behandle, kan den treffe et mindre inngripende vedtak. Det generelle hensyn bak tvisteloven § 36-5 tredje ledd, at retten skal treffe det beste mulige vedtaket ut fra forholdene på avgjørelsestidspunktet, taler for at retten har slik kompetanse⁶³. Særlig sterkt taler hensynet til barnets beste i barnevernssaker. Det har i rettspraksis vært påpekt at det skal gis mulighet for kontradiksjon for å ivareta en forsvarlig saksbehandling⁶⁴.

Videre følger det av tvisteloven § 11-4 at retten ikke er bundet av partenes påstander og anførsler⁶⁵. Dette kommer av at partene ikke har fri rådighet over saken. Den manglende frie rådighet har som konsekvens at det i slike saker ikke er rom for rettsmekling i formell forstand, og partene kan ikke inngå rettsforlik⁶⁶. Som følge av at retten ikke er bundet av anførselene i saken, innebærer dette at den kan bygge sin avgjørelse på andre rettslige og faktiske grunnlag enn de som er påberopt eller anvendt ved vedtaket. Men retten er altså bundet av at det må være samme sak, med forbehold om de betraktninger som følger av Rt. 2003 side 1319 som gjelder i barnevernssaker.

⁶³ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1321

⁶⁴ Se for eksempel Rt. 2003 s. 1319, avsnitt 29

⁶⁵ Dette følger også av rettspraksis, se blant annet Rt. 2011 side 1251 som gjaldt en barnevernssak. I avsnitt 21 slår Høyesterett fast at retten ikke er bundet av partenes påstander, men har adgang til å gå utenfor sakens rammer dersom hensynet til barnets beste tilsier det.

⁶⁶ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1321

2.4.2 Konsekvenser

Tvisteloven § 36-5 om rettens behandling og prøving av saken, er en bestemmelse som bidrar til å ivareta rettssikkerheten. Den har en rettssikkerhetsmessig funksjon ved at den setter press på rettens behandling av saken. Retten har etter tvisteloven § 36-5 første og annet ledd en plikt til å sørge for at saker om administrative tvangstiltak blir berammet så fort som mulig og om nødvendig prioritert over andre saker.

Advokatene ved Helsedirektoratet opplyser at de har inntrykk av at tvisteloven § 36-5 får gjennomslag i saker om tvungent psykisk helsevern. De fremhevet at de har en slags uformell regel om at det ikke skal gå mer enn 2 måneder fra stevning til beramning av saken. De påpekte at de også følger opp dette selv, for å være sikker på at hensynet til hurtig saksbehandling blir godt nok ivaretatt. Advokatene ved Helsedirektoratet sa at det i visse tilfeller kan ta lenger tid, men det er da på grunn av pasientens egne behov, for eksempel i tilfeller der pasienten ønsker å innbringe en sakkyndig uttalelse. De ga uttrykk for at dette ikke er problematisk, fordi retten alltid gjør oppmerksom på at oppfyllelse av pasientens ønske kan gjøre det påkrevd med lenger saksbehandling.

Gulbrandsen ved Kommuneadvokaten ga også uttrykk for at hun opplever at retten tar det ansvar som følger av tvisteloven § 36-5. Ikke bare med hensyn til rask saksbehandling, men også i forhold til omfanget av prøvelseskompetansen. Etter tvisteloven § 36-5 tredje ledd kan retten prøve "alle sider av saken". Retten er ikke bundet av partenes påstander og har et selvstendig ansvar for å få saken godt nok opplyst. Hun påpekte at det er svært sjeldent retten går med på forlik. Dette viser at retten ikke ser seg bundet av hva partene anfører.

2.5 Foregrepet virkning, § 36-9

2.5.1 Rettslig utgangspunkt

Hovedregelen etter tvisteloven § 36-9 første ledd er at dom som går ut på at tvangsvedtaket skal opphøre får virkning straks, altså før den er rettskraftig. Denne regelen er ny ved tvisteloven og bestemmelsen har sin bakgrunn i saker om frihetsberøvelse, hvor blant annet EMK artikkel 5 nr 4 setter som krav at en dom som går ut på at et tvangsvedtak skal opphøre, skal kunne få umiddelbar virkning for den tvangsvedtaket retter seg mot⁶⁷. Tvistemålsutvalget uttaler at ønsket ikke er å begrense regelen til saker om frihetsberøvelse og regelen er dermed generelt utformet. Utgangspunktet i alle tvangssaker etter kapittel 36 er derfor at dommen skal få foregrepet virkning. Denne virkningen treffes ikke etter særskilt avgjørelse, men følger direkte av loven.

Retten kan imidlertid i dommen bestemme at avgjørelsen ikke skal få foregrepet virkning, dersom det foreligger "tungtveiende grunner" som tilsier dette, jf. tvisteloven § 36-9 annet ledd første punktum. Det fremgår av ordlyden og forarbeidene at departementet har gått for en noe lavere terskel for at unntaket skal komme til anvendelse, enn det som opprinnelig var tvistemålsutvalgets forslag⁶⁸. Tvistemålsutvalget foreslo opprinnelig at vilkåret for utsatt effektivering skulle være "særlig tungtveiende grunner"⁶⁹.

Departementet fremhever at det dreier seg om en unntaksregel som kun skal brukes i saker der særlige hensyn gjør seg gjeldende med en viss tyngde. Tvistemålsutvalget påpeker at regelen for eksempel kan være aktuell i barnevernssaker hvor det er knyttet usikkerhet til hva som er det beste for barnet, og hvor det av hensyn til mest mulig ro og stabilitet kan være grunn til å avvente rettskraftig dom, før man for eksempel iverksetter flytting og lig-

⁶⁷ NOU 2001 : 32 bind B s. 1002 og Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 502

⁶⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 502

⁶⁹ NOU 2001 : 32 bind A s. 529

nende tiltak som bare med store belastninger kan reverseres⁷⁰. I saker som gjelder frihetsberøvelse vil det på grunn av regelen i EMK artikkel 5 nr. 4 være mindre rom for å bruke dette unntaket, på grunn av at det stilles krav om at en dom som går ut på at et tvangsvedtak skal opphøre, skal kunne få umiddelbar virkning for den tvangsvedtaket retter seg mot. Det er i forarbeidene forutsatt at adgangen til suspensjon av den foregrepne virkning skal brukes med varsomhet i saker som gjelder frihetsberøvelse⁷¹.

Avgjørelse om suspensjon av dommens foregrepne virkning kan skje etter begjæring eller etter rettens eget initiativ. I alle tilfeller må kontradiksjon ivaretas, slik at partene får anledning til å uttale seg. Avgjørelsen må treffes i dommen og den må være begrunnet. I NOU 2001:13 bind B side 1002 er det lagt til grunn at begrunnelsen også må komme til uttrykk som et selvstendig punkt i domsslutningen.

En avgjørelse om at dommen ikke skal få foregrevet virkning kan bare ankes med de begrensninger som følger av tvisteloven § 29-3 tredje ledd, jf. samme lovs § 36-9 annet ledd annet punktum. Det vil si at ved ankebehandling er ankedomstolen begrenset til å prøve om retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter bestemmelsen, eller om avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig. Begrunnelsen til denne snevre ankeadgangen er at den nære sammenhengen med sakens realitet gjør spørsmålet lite egnet for særskilt anke. Dette får kun praktisk betydning der hvor det ikke også blir anket over realitetsavgjørelsen i saken. Det følger nemlig av § 36-10 annet ledd tredje punktum at dersom det blir anket over realitetsavgjørelsen, vil den rett som har ankesaken ha kompetanse til å omgjøre avgjørelse om å suspendere den foregrepne virkning etter § 36-9 annet ledd første punktum.

Avgjørelse om utsatt effektivering kan treffes på et hvert trinn, herunder i forbindelse med avgjørelsen av hovedsaken og ved anke⁷². Før ankesaken er oversendt ankeinstansen, ligger

⁷⁰ NOU 2001 : 32 bind A s. 529

⁷¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 502

⁷² NOU 2001 : 32 bind A s. 529

kompetansen hos den rett som har avsagt dommen. Etter dette tidspunkt avgjøres spørsmålet i ankeinstansen.

2.5.2 Konsekvenser

Intensjonen til lovgiver er klar, unntaksregelen i tvisteloven § 36-9 annet ledd skal brukes med varsomhet i saker som gjelder frihetsberøvelse. Slik departementet og tvistemålsutvalget argumenterer, virker det som at annet ledd først og fremst er forbeholdt til barnevernsaker. Men rettspraksis viser tilfeller der retten har kommet til at dommen ikke skal få foregrepet virkning, selv om vilkårene for opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern ikke er til stede.

I dom inntatt i Rt. 2001 side 752 tok Høyesterett pasientens begjæring om utskrivning til følge, etter en helhetsvurdering jf. psykisk helsevernloven § 3-3 tredje ledd. Det ble videre bestemt at utskrivning skulle utsettes til senest en måned etter forkynnelsen av høyesterettsdommen. På side 759 og 760 uttaler førstvoterende: "Jeg finner ikke å kunne legge avgjørende vekt på at A pr. i dag ikke har egen bolig, at han har lite penger og ikke har nettverk utenfor sykehuset. Slik loven om psykisk helsevern er utformet, er det klart at det ikke er psykiatriens oppgave å sørge for pasientenes sosiale behov. Jeg viser her til det jeg har nevnt foran om overlastkriteriet som nå er avskaffet. På den annen side er det grunn til å frykte raskere forverring dersom han blir utskrevet direkte uten at noe tilbud er forberedt for ham. Jeg vil derfor stemme for at utskrivningen kan utstå inntil én måned etter at dommen er forkynt. Når utskrivning skjer etter § 3-3 tredje ledd, må det være anledning til å trefte en slik bestemmelse".

Rettspraksis viser altså at retten i enkelte tilfeller har valgt en mellomløsning, nemlig å utsette utskrivning i fire uker. På den ene siden kan dette være problematisk i forhold til legalitetsprinsippet, ved at det mangler hjemmel for denne løsning. Det vil kunne innebære en krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e, som sier at den som skal være berøvet friheten på grunn av sinnslidelsen, må være lovlig frihetsberøvet. I dette ligger at vilkårene for

tvangsinnleggelse etter psykisk helsevernloven må være oppfylt. Opprettholdelse av et vedtak om tvang, når domstolene anser at vilkårene ikke er til stede, vil uten hjemmel være i strid med legalitetsprinsippet og EMK artikkel 5. Dermed vil det aldri være aktuelt å utsette utskrivning hvis et av hovedvilkårene for etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern, etter psykisk helsevernloven § 3-3, ikke er oppfylt. Unntaket kan i saker om psykisk helsevern, bare komme til anvendelse der pasienten blir skrevet ut etter en helhetsvurdering jf. psykisk helsevernloven § 3-3 tredje ledd nr. 6 og hvor de øvrige vilkårene for tvungent psykisk helsevern er til stede.

Advokatene ved Helsedirektoratet påpekte denne hjemmelsproblematikken. De antydte at de ikke liker den utvikling som har funnet sted på dette punkt. De fører en praksis som går ut på at de rutinemessig legger ned påstand om at dommen ikke skal få foregripet virkning, dersom de vil anke dommen. Dette kommer av at de føler seg sikre på at ankesdomstolene vil endre resultatet og la tvangsvedtaket bli stående. En annen vesentlig årsak er av hensyn til pasientens eget beste. Advokatene ved Helsedirektoratet påpekte at det kun er i tilfeller der det er fare for pasientens eller andres liv eller helse de vil legge ned påstand om at dommen ikke skal få foregripet virkning. Dermed vil utsatt utskrivning indirekte være i pasientens egen interesse.

På den annen side kan det være behov for en mellomløsning. Personer som er underlagt tvungent psykisk helsevern kan trenge hjelp til å komme i orden og få hjelp til hverdagslige ting. Tidsbegrenset utsettelse setter et press på kommunen med at de må komme opp med et godt tilbud til pasienten.

I NOU 2011:9, *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet*, blir det foreslått flere lovendringer. Utvalget tar blant annet stilling til hvor lang frist det bør kunne gis etter tvisteloven § 36-9 annet ledd. Utvalget foreslår å lovfeste en adgang til tilbakehold på fire uker fra dommens forkynnelse. Bakgrunnen er at utvalget finner det nødvendig å avklare rettstilstanden på dette punkt. De påpeker at det syntes å være en uklar forståelse av hvor lenge en pasient kan holdes tilbake i underinstansene, til tross for at det i Høyesterett blir anvendt en fire-

ukers frist. Videre fremhever de at det i enkelte tilfeller kan være behov for å sikre pasienten bolig og andre nødvendige kommunale tjenester før utskrivning. Utvalgets flertall legger til grunn at fire uker bør være tilstrekkelig tid til å kunne ivareta hensynet til en forsvarlig utskrivning. Forslaget har enda ikke blitt tatt stilling til. Dersom det blir foretatt lovendring i samsvar med forslaget, vil dette kunne bidra til pasientens rettssikkerhet med tanke på å kunne forutberegne sin rettstilstand. Dette vil også kunne løse hjemmelsproblematikken, ved at det kommer en klar hjemmel for den mellomløsning som allerede har vært praktisert i flere år.

I barnevernssaker kommer unntaket i tvisteloven § 36-9 annet ledd relativt ofte til anvendelse. Dette kommer av at det i slike saker må tas hensyn til hva som er barnets beste. Hos Kommuneadvokaten ble det påpekt at de fører praksis i å rutinemessig legge ned påstand om at avgjørelsen ikke skal gis foregripet virkning, dersom de ser grunn til å anke dommen. Dersom for eksempel kommunen har overtatt omsorgen for et lite barn fra fødselen av, og det i tingretten blir bestemt at omsorgen skal tilbakeføres til foreldrene, vil Kommuneadvokaten legge ned påstand om at dommen ikke skal få foregripet virkning. Dette er begrunnet med hensynet til barnets beste. Målet er å sikre mest mulig ro og stabilitet rundt barnet og unngå unødvendig flytting frem og tilbake. Dersom det er en reell mulighet for at dommen kan bli endret ved anke, bør det vurderes om det vil være bedre å vente til ankemulighetene er oppbrukt og dommen endelig.

I kjennelse inntatt i Rt. 2008 side 1456 gjaldt saken anke over lagmannsrettens beslutning om å tillate anke fremmet i en sak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 og anke over rettens kjennelse om at tvangsvedtaket skal stå ved lag til det foreligger rettskraftig avgjørelse. Siden dette dreide seg om en anke, ble vurderingen foretatt ut fra tvisteloven § 36-10 annet ledd. Paragrafen har likheter med samme lovs § 36-9 annet ledd, og gir adgang til å bestemme at tvangsvedtaket skal opprettholdes til det foreligger en rettskraftig avgjørelse. Kjennelsen illustrerer noen av de hensynene som ligger bak både tvisteloven § 36-10 annet ledd og samme lovs § 36-9 annet ledd. I avsnitt 23 uttaler Høyesteretts ankeutvalg: "Saken gjelder imidlertid et svært lite barn, som aldri har bodd sammen med sine for-

eldre. Tilbakeføring vil utvilsomt ha sterk innvirkning på barnet. Hun vil få en tapsreaksjon. Når saken nå skal vurderes av lagmannsretten, kan utvalget ikke se bort fra at tingretts dom kan bli endret. I så fall vil barnet igjen måtte oppleve en stor omveltning i sin tilværelse. Etter utvalgets syn bør dette unngås. Utvalget er etter dette enig i lagmannsrettens avgjørelse om at tvangsvedtaket skal opprettholdes til saken er rettskraftig avgjort, selv om dette vil innebære en forsinket tilbakeføring dersom kommunens anke fører frem".

2.6 Anke, § 36-10

2.6.1 Rettslig utgangspunkt

Tvisteloven § 36-10 gir enkelte særlige regler som får anvendelse ved anke av administrative tvangsvedtak. For ankebehandlingen gjelder de øvrige reglene i tvisteloven kapittel 36 så langt de passer, jf. tvisteloven § 36-10 fjerde ledd. Ellers suppleres ankebehandlingen av de alminnelige regler om anke i tvisteloven kapittel 29 og 30.

Etter tvisteloven § 36-10 annet ledd første punktum får reglene i samme lovs § 36-2 tredje ledd tilsvarende virkning i ankesaken. Dette innebærer at der retten er kommet til at tvangsvedtaket opprettholdes, er en ankeerklæring som hovedregel ikke til hinder for at tvangsvedtaket settes i verk eller opprettholdes, med mindre lagmannsretten ved kjennelse bestemmer noe annet. I forarbeidene er det presisert at tvangsvedtaket både vil kunne være det administrative vedtaket eller det tvangsvedtak som er fattet i første instans⁷³. Henvisningen til tvisteloven § 36-2 tredje ledd innebærer at ankesaken ved kjennelse kan beslutte at vedtaket ikke skal iverksettes eller opprettholdes. Videre innebærer henvisningen at vedtaket ikke faller bort, selv om det gis oppsettende virkning. Bestemmelsen gjør et unntak fra hovedregelen i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12 første ledd.

⁷³ Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 503

Etter tvisteloven § 36-10 annet ledd annet punktum kan ankeinstansen, ved anke over dom som går ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, ved kjennelse bestemme at tvangsvedtaket likevel skal stå ved lag til det foreligger en rettskraftig avgjørelse. Denne bestemmelsen vil bare ha selvstendig verdi der den tidligere rett ikke har benyttet seg av den tilsvarende adgangen til å bestemme at dommen ikke skal få foregripen virkning jf. tvisteloven § 36-9 annet ledd. Etter § 36-9 annet ledd er imidlertid vilkåret for å unnlate effektivering at det foreligger "tungtveiende grunner". Ankeinstansen har dermed en friere adgang til å opprettholde tvangsvedtaket, til tross for at det finnes dom som går ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, enn det tingretten har i tilsvarende situasjon. Det fremgår av forarbeidene at dette er en tilsiktet forskjell⁷⁴. Adgangen gjelder imidlertid bare inntil det foreligger en rettskraftig avgjørelse.

Dersom tingretten har avsagt kjennelse om å suspendere den foregripen virkning etter tvisteloven § 36-9 annet ledd, vil lagmannsretten ha kompetanse til å omgjøre den, jf. § 36-10 annet ledd tredje punktum. Dette forutsetter at dommen i hovedsaken påankes⁷⁵.

Etter tvisteloven § 36-10 første ledd gjelder ikke § 29-9 tredje og fjerde ledd ved anke fra den private part. Det lempes altså på kravene som vanligvis gjelder for ankeerklæringens innhold. Regelen er i hovedsak en videreføring av gjeldende tvistemålslov § 485 annet ledd.

2.6.2 Særregler i barnevernssaker – samtykkeordningen

Tredje ledd gir særregler for anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter barnevernloven. I slike tilfeller gjør det seg gjeldende særlige hensyn som har ført til strenge begrensninger i ankeretten. Hovedregelen er at slike dommer ikke kan ankes uten særskilt samtykke fra lagmannsretten. Regelen i § 36-10 tredje ledd viderefører sosialtje-

⁷⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-05) s. 503

⁷⁵ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1328

nesteloven § 9-10a annet ledd, slik denne lød etter endring ved lov 17. juni 2005 nr. 65. For saker etter tvisteloven kapittel 36, der samtykkeregelen i § 36-10 tredje ledd ikke gjelder, vil ankeretten for lagmannsretten bero på de alminnelige regler.

Slik loven er utformet har lagmannsretten ikke kompetanse til å behandle anken dersom ingen av samtykkekriteriene foreligger. Med det er ikke tilstrekkelig at et av samtykkekriteriene er oppfylt, jf. ordlyden samtykke "kan" bare gis, i tredje ledd annet punktum. Det er ikke slik at anker som tilfredsstillende ett eller flere ankekriterier, skal fremmes. Poenget er det motsatte. Der ingen av kriteriene foreligger, kan samtykke ikke gis. Ordlyden viser at lagmannsretten i tillegg skal foreta en skjønnsmessig vurdering av om en anke bør fremmes.

Reglene om begrensninger i ankeadgangen for barnevernssaker ble foreslått av Justiskomiteen i forbindelse med komiteens behandling av forslaget til ny tvistelov, jf. Innst. O. nr. 110 (2004-05) side 10⁷⁶. I påvente av ikrafttredelsen av tvisteloven, ble en tilsvarende bestemmelse inntatt i sosialtjensteloven § 9-10a som trådte i kraft 1. januar 2006. Bakgrunnen for innføring av samtykkeordningen var at det i lang tid hadde foregått en diskusjon om hvordan behandling av barnevernssaker skulle foregå. I samsvar med Brefingutvalget NOU 2000:12 Barnevernet i Norge, foreslo Barne- og familiedepartementet i Ot.prp. nr. 64 (2004-05) at rettslig overprøving av fylkesnemndsvedtak skulle skje direkte i lagmannsretten⁷⁷. Begrunnelsen var blant annet at saksbehandlingen ved fylkesnemndene var såpass betryggende at man av hensyn til en rask saksbehandling frem til endelig avgjørelse, burde kunne hoppe over den ordinære førsteinstans. Hensynet til å sikre ro og forutsigbarhet for barnet var videre sentralt.

Forslaget ble imidlertid ikke fult opp av tvistemålsutvalget. Da forslaget ble lagt frem, kom Dommerforeningen med innvendinger og foreslo heller en alternativ modell. De foreslo at

⁷⁶ Ofstad og Skar, *Barnevernloven med kommentarer* s. 423-424

⁷⁷ NOU 2001:32 bind A s.526

instansordningen skulle bestå og at det i stedet skulle innføres sterke begrensninger i den videre ankeadgang til lagmannsretten. Tvistemålsutvalget sluttet seg til dette. Utvalget ville ikke gjøre fylkesnemnda til en spesialdomstol og fremhever at det skal svært mye til for å akseptere at slike organer integreres i domstolssystemet. Videre heter det at en slik endring vil kunne bidra til et økt press for tilsvarende ordninger i forhold til andre, høyt spesialiserte forvaltningsorganer og en slik utvikling vil videre kunne bidra til å svekke tingrettens stilling.

Det ble antatt at disse hensyn ville bli bedre ivaretatt med en silingsordning ved anke og dermed ble Dommerforeningens forslag valgt⁷⁸.

Etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav a kan samtykke til anke gis når anken gjelder spørsmål som har "betydning utenfor den foreliggende sak". Dette alternativet dekker saker som reiser overordnede prinsipielle spørsmål, og saker hvor rettsstilstanden må anses som uklar. Hensynet til behovet for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling er her avgjørende⁷⁹. Dersom lagmannsretten ikke gir samtykke til anke, innebærer dette at saken heller ikke har mulighet for å komme for Høyesterett. Lagmannsrettens siling etter denne bestemmelsen bør derfor være så romslig at man fanger opp spørsmål som eventuelt bør få en endelig avklaring i Høyesterett.

Tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav b åpner for samtykke der det er fremkommet "nye opplysninger". Det siktes til opplysninger som ikke var kjent da tingretten traff sin avgjørelse i saken. I juridisk litteratur er oppfatningen at kjerneområdet for bestemmelsen er de tilfeller der det rent faktisk skjer endringer i barnets situasjon etter tingrettens dom, for eksempel at forstermor dør eller mor som har betydelig samvær blir varetektsfengslet og sannsynligheten er stor for at hun vil få en langvarig fengselstraff. Schei mfl. uttaler at vesentlige og reelle bedringer i omsorgsevnen også er eksempler på situasjoner som faller inn

⁷⁸ Innst.O.nr.110 (2004-2005) s. 10

⁷⁹ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2 s. 1329*

under dette alternativet ⁸⁰. Videre åpner bestemmelsen for samtykke i tilfeller der det fremkaffes nytt bevismateriale om omsorgssituasjonen, selv om det ikke påstås at denne rent faktisk er endret. Ordlyden i bokstav b begrenser rekkevidden av dette samtykkekriteriet ved å kreve at de nye opplysningene gir "grunn til å behandle saken på ny". De nye opplysningene må derfor være egnet til å gi en annen avgjørelse.

Etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c kan det gis samtykke der det er "vesentlig svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling". Bestemmelsen er ment som en sikkerhetsventil for de kvalifiserte tilfeller, hvor tingrettens innsats har vært så dårlig at arbeidet bør gjøres på nytt for å sikre at partene har hatt en forsvarlig, rettslig prøving i hvert fall i én rettsinstans⁸¹.

Tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav d gir adgang til samtykke til anke der tingretten har gitt dom for "mer tvang" enn det som ble vedtatt i fylkesnemnda. Som for eksempel vil være tilfellet dersom tingrettens dom gir mindre samvær enn nemndas vedtak. Dette samtykkekriteriet er det eneste som er spesielt omtalt i forarbeidene. I Innst.O.nr. 110 (2004-2005) under punkt 2.2.1 nevnes at bokstav d kan være aktuell når fylkesnemnda ikke har tatt barnevernstjenestens forslag om tiltak til følge, og når kommunen i tingretten har lagt ned påstand om mer inngrepene tiltak enn det som var foreslått for fylkesnemnda. Særlig når ingen i fylkesnemnda har gått inn for tvangen, kan det være rimelig med ny prøving. Videre fremheves at det kan tale mot ny prøving at det bare er gradsforskjeller mellom omfanget av den tvang tingretten har gått inn for, og den som er vedtatt i fylkesnemnda.

Schei mfl. gir på side 1330 uttrykk for at enhver utvidet tvangsbruk gir lagmannsretten kompetanse til å samtykke til anke. I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 2007 side 1136 avsnitt 23 ble dette lagt til grunn for begrensninger i telefonkontakt som ikke var fastsatt av fylkesnemnda. Men videre i avsnittet påpekes at utvidet tvangsbruk bare vil gi

⁸⁰ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1329

⁸¹ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1329

lagmannsretten kompetanse, men ikke plikt, til å samtykke til ankebehandling. I denne saken fant ikke kjæremålsutvalget grunnlag for å sette lagmannsrettens konkrete skjønn til side og lagmannsrettens beslutning ble dermed stadfestet.

I kjennelse inntatt i Rt. 2009 side 411 slår ankeutvalget fast at også tiltak som for barnet kan oppfattes som en øking av byrdene i forhold til fylkesnemndas vedtak, må aksepteres å gå inn under bokstav d⁸². Ankeutvalget fremhever at barnet kan være like sterkt berørt av vedtaket som foreldrene, og rettigheter for foreldrene kan fortone seg som plikter eller tvang for barnet. Til støtte for sitt syn vises det til den styrking av barnets rettsstilling som er kommet til uttrykk gjennom barnevernloven § 6-3 annet ledd om partsrettigheter. Lagmannsretten hadde altså uriktig lagt til grunn at vilkåret i tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav d ikke var oppfylt. I denne saken ble imidlertid anken likevel forkastet. Høyesteretts ankeutvalg viste til at lagmannsretten, ut fra en helhetsvurdering, hadde vurdert at anken uansett ikke ville føre til en endret avgjørelse. Ut fra dette kom ankeutvalget til at den feilaktige forståelsen av vilkåret i § 36-10 tredje ledd bokstav d, ikke hadde hatt betydning for resultatet.

Som flere av de avgjørelsene jeg har vist til ovenfor illustrerer, vil ikke oppfyllelse av ett samtykkekriterie nødvendigvis føre til ankebehandling. Bestemmelsen om samtykke er en "kan-regel", i dette ligger at det skal foretas en skjønnsmessig vurdering av om saken bør ankebehandles. Rettspraksis viser at i den skjønnsmessige vurdering av om en anke som tilfredsstillende ett eller flere av samtykkekriteriene bør fremmes, vil det helt sentrale være hvilke reelle muligheter det er til endret avgjørelse.

I kjennelse inntatt i Rt. 2007 side 1136 avsnitt 25 fremhever Høyesteretts kjæremålsutvalg, ved å vise til uttalelser i Innst.O.nr. 110 (2004-2005), at det ved helhetsvurderingen av om samtykke bør gis, skal legges "vesentlig vekt på om det er sannsynlig at resultatet vil bli et annet etter ankeforhandlingen". I denne saken hadde tingretten fastsatt begrensninger i tele-

⁸² Rt. 2009 s. 411 avsnitt 21

fonkontakt og at samværene skulle skje under tilsyn og redusert antall årlige samvær. Dette var ikke bestemt av fylkesnemnda. Kjæremålsutvalget fant at bestemmelsens bokstav c, ikke var anvendelig i det konkrete tilfellet, men kom til at bokstav d i alle fall kom til anvendelse for de begrensninger som ble gjort i telefonkontakt. I avsnitt 25 gir kjæremålsutvalget uttrykk for at vurderingen av hvilke reelle muligheter det er til endret avgjørelse, bør ha større vekt enn andre momenter som for eksempel hvorvidt fylkesnemnda har gått mot det aktuelle tvangstiltaket.

En streng praktisering av samtykkeregelen støttes også av samtykkeregelen formål og funksjon; nemlig å sikre at flest mulig barnevernssaker får sin endelige avgjørelse i tingretten, slik at man så raskt som mulig kommer til en avklaring for barnet⁸³.

Justiskomiteén fremhever betydningen av muligheten til å starte ny sak for fylkesnemnda. I tilfeller der karensbestemmelsene ikke stenger for ny sak, vil det kanskje være like hensiktsmessig å starte på nytt i stedet for å anke til lagmannsretten. Karensbestemmelsene gjelder bare den private parts rett til ny rettslig prøving⁸⁴. Kommunen vil altså uhindret av karensreglene kunne fremsette ny begjæring om tiltak for fylkesnemnda, i stedet for å anke for å oppnå dom for tvangstiltak.

Etter tvisteloven § 29-13 femte ledd jf. samme lovs § 19-1 tredje ledd bokstav b treffes avgjørelse om anketillatelse skal gis, ved beslutning. Ut fra tidligere rettspraksis gjaldt det i utgangspunktet ingen generell begrunnelsesplikt for slike beslutninger, bare der det forlå særlige omstendigheter⁸⁵. Schei mfl. peker på at utviklingen i de senere års praksis har medført at en avgjørelse om å nekte anketillatelse normalt bør begrunnes⁸⁶. Det er særlig hensynet til en forsvarlig behandling og hensett til at det vil være avgjørende for overprø-

⁸³ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1331

⁸⁴ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* side 1331

⁸⁵ Rt 2010 side 274 premiss 42 og 43

⁸⁶ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* side 1333

vingen av lagmannsrettens avgjørelse, som har vært argumenter for at det bør gis begrunnelse av ankenektelse.

I kjennelse inntatt i Rt. 2011 side 1053 kom Høyesteretts ankeutvalg til at lagmannsretten ikke hadde vurdert om anketillatelse skulle gis i tilstrekkelig grad, og beslutningen måtte derfor oppheves. I premiss 27 uttales: " Når ett eller flere av vilkårene for å gi anketillatelse er oppfylt, må lagmannsrettens vurdering av hvorvidt anketillatelse skal gis, begrunnes i den utstrekning hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier det".

I Rt. 2013 side 1217 er det i premiss 13 vist til at vurderingstemaet, ved bedømmelse av om ankenektelse etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd må begrunnes, er om hensynet til en forsvarlig saksbehandling tilsier det. Det blir i samme avsnitt påpekt at begrunnelse kan være påkrevd for å sikre at spørsmålet om å gi samtykke til ankebehandling er reelt og forsvarlig vurdert. Da lagmannsrettens manglende begrunnelse gjorde at det ikke var mulig å se om den omfattende argumentasjonen i anken var forsvarlig vurdert, ble beslutningen opphevet.

Det syntes å være felles enighet om at det skal gis en begrunnelse for avgjørelsen om å nekte en anke fremmet, der ett eller flere av vilkårene for å gi anketillatelse er oppfylt⁸⁷. Videre vil det, der anke gis, være naturlig å angi hvilket av samtykkealternativene som er brukt.

Ved anke over beslutning om å nekte anke fremmet, er Høyesteretts ankeutvalg begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling, jf. tvisteloven § 29-13 femte ledd. I Rt. 2009 side 1553 oppsummerer Høyesteretts ankeutvalg i avsnitt 9 kompetansen slik: "Utvalget kan i denne sammenheng prøve lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisvurdering så langt dette er nødvendig for å avgjøre om det foreligger en saksbehandlingsfeil, jf Rt. 2008 side 1317. Utvalget kan også prøve om lagmannsrettens saksbehandling samlet sett har vært forsvarlig, herunder om det var forsvarlig å ikke gi samtykke i ett tilfelle der det forelå kompetanse til dette, jf. Rt. 2009 side 1118".

⁸⁷ Se blant annet Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* s. 1333 og Rt. 2010 s. 274 avsnitt 60

2.6.3 Konsekvenser

Formålet med å opprette en silingsadgang ved anke i barnevernssaker er som sagt å begrense antall anker, og på den måten sikre at flest mulig barnevernssaker får sin endelige avgjørelse i tingretten. I en artikkel av Tor Langbach er det påpekt at tallene for nektelse av anke for 2006 er 90 % (74 saker), og i første halvår i 2007 er 84 % (64 saker)⁸⁸. Hvis disse tallene stemmer ser vi at samtykkeordningen blir strengt praktisert og at intensjonen til lovgiver har fungert.

På den ene siden er det bra at de fleste saker med barn får sin endelige avgjørelse i tingretten. Det bidrar til å sikre ro og stabilitet for det berørte barnet. En rettssak vil på flere måter være en stor påkjenning for barnet. Det vil være stressende og kan bidra til konflikter mellom barn og foreldre. På den annen side vil mange alvorlige saker ikke få den grundige behandling en overprøving i en ekstra instans gir. Barnevernssaker kan være vanskelige og resultatet får store konsekvenser. Av den grunn er det viktig å sikre at saken blir godt nok utredet og at all relevant informasjon er tilgjengelig og blir vurdert.

Selv om mange barnevernssaker vil få sin endelige avgjørelse i tingretten, har saken allerede vært forsvarlig behandlet i fylkesnemnda. I forarbeidene til tvistemålsloven er det lagt til grunn at fylkesnemnda tilfredsstiller kravene til en domstol etter EMK artikkel 5 nr. 4⁸⁹. Etter denne bestemmelsen må det dreie seg om et organ med en domstols karakteristika. I dette ligger at organet må være uavhengig i forhold til den øvrige forvaltning og sakens parter, og må ha kompetanse til å treffe rettslig bindende avgjørelser⁹⁰. På bakgrunn av dette kan man gå ut i fra at saken har fått tilstrekkelig forsvarlig behandling, som er nødvendig for å komme til det beste resultatet.

⁸⁸ Tor Langbach, *Tvistelovbrev nr. 33 - Rettslig overprøving av administrative tvangsvedtak*

⁸⁹ NOU 2001:32 bind A side 518

⁹⁰ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind 2* side 1304

Ikke alle anker vil bli nektet fremmet. Samtykke kan gis når et av samtykkealternativene er oppfylt. Vurderingstemaet ved avgjørelse om en anke skal tillates fremmet vil ofte kunne ut i en vurdering av hvorvidt anken vil kunne føre frem, altså en bedømmelse av om resultatet kan bli annerledes. Det kan være vanskelig å vite om en anke vil føre frem eller ikke, før man har behandlet saken på nytt. Høyesterettsdommer dr. juris Jens Edvin Skoghøy fremhever i sin artikkel at han har erfart at en sivil anke som ut fra en rask gjennomgang virker nokså håpløs, kan fortone seg annerledes når den blir prosedert⁹¹. Han påpeker at han gjennom sine mange år som høyesterettsdommer har opplevd tilfeller der to av tre dommere i kjæremålsutvalget har villet nekte en anke fremmet, etter dagjeldende tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1 som inneholder en tilsvarende formulering som tvisteloven § 29-13 andre ledd, men hvor anken likevel er blitt tatt til følge. Dersom det er lett for en høyesterettsdommer å ta feil, vil det også være lett for en lagdommer å ta feil når saken tidligere bare har vært behandlet i en instans.

Et argument for silingsordningen er at tilsvarende ordning er valgt i straffesaker. Dette kan være med på å skape oversikt og sammenheng i lovverket. Men på grunn av at rettskildet bildet er annerledes i strafferetten, er det lettere å vurdere om en anke har mulighet til å føre frem der enn i sivilretten. Blant annet er det lettere å etterprøve faktum i en straffesak, på grunn av at beviskravet er strengere og dokumentasjonsgrunnlaget bedre. Disse forskjellene tilsier at det kanskje hadde vært naturlig med ulike ordninger for fremming av anke etter de to rettsområdene.

Tvisteloven § 36-10 tredje ledd er som tidligere sagt en "kan-regel" som åpner for at det skal foretas en skjønnsmessig vurdering av om anke bør gis. Dette kan føre til en praksis hvor det er tilfeldig om anke gis eller ikke. I og med at det ikke er fastsatt noen retningslinjer for når anketillatelse skal gis, vil det være en risiko for at silingsordningen blir praktisert forskjellig i ulike lagmannsretter. Det er betenkelig at bostedsadresse kan være med på å avgjøre om man får anken sluppet igjennom til lagmannsrett eller ikke.

⁹¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Ny tvistelov - noen hovedpunkter* punkt 12

I en artikkel påpeker Knut Lindboe at nåværende ankeadgang i barnevernssaker vil medføre en bråstopp for høyesterettspraksis som en dynamisk og sentral barnevernsrettskilde⁹². Dette er problematisk på områder rettstilstanden er uklar. Mange år med høyesterettspraksis har imidlertid avklart de materielle vilkår for de alvorligste tiltak etter barnevernloven, så denne innvendingen er ikke av avgjørende betydning.

I en annen artikkel fra samme år gir Lindboe riktignok støtte til silingsordningen med tanke på barnets beste⁹³. Her påpeker han at de fleste vedtakene forblir uendret etter overprøving og det fremheves at overprøving dermed vil være en unødvendig belastning for barnet. Barnets tilknytning, ro og forutsigbarhet for fremtiden, støtter dagens ordning.

Ingen eller manglende begrunnelse (i form av en kjennelse) gir rom for tvil hos den private. Det kan dermed være vanskelig å vurdere hvilke muligheter man har for særskilt anke over nektelse av å fremme anke etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd. Senere års praksis viser imidlertid en bedring, ved at det nå i stor grad gis begrunnelse når samtykke til anke ikke gis.

⁹² Knut Lindboe, *Nye regler om anke i barnevernssaker*

⁹³ Knut Lindboe, *Fylkesnemndene - ressursbruk, rettssikkerhet og rettslig overprøving*

3 Avsluttende bemerkninger

I løpet av arbeidet med denne oppgaven har jeg blitt bedre rustet til å forstå hvordan reglene for domstolskontroll med administrative tvangsvedtak fungerer i praksis. Et av spørsmålene som har dukket opp underveis er hvorvidt hensynet til rettssikkerhet blir ivaretatt. I starten av skriveprosessen var jeg svært kritisk til enkelte av bestemmelsene, særlig tvisteloven § 36-1 første og annet ledd om hjemmelskrav og aktualitetskrav. Etter å ha satt meg mer grundig inn i praksis og etter de kvalitative intervjuene har imidlertid mitt syn endret seg noe. Både advokaten hos Kommuneadvokaten og advokatene i Helsedirektoratet forsvarte ordningen som følger av overprøving etter tvisteloven kapittel 36. De fremhevet at rettssikkerheten blir godt ivaretatt, særlig med hensyn til hurtig saksbehandling. Det er ingen andre sivile saker som blir prioritert på samme måte som saker etter tvisteloven kapittel 36. Videre påpekte de at det er en generøs adgang til å reise ny sak, saksøker har ikke bare en sjanse til å få overprøvd sin sak. Saker om administrativ tvang blir ikke rettskraftig avgjort, i motsetning til andre sivile saker. At det er flere kompetente instanser bidrar også til å sikre at det treffes en riktig avgjørelse. Før saken tas opp til beramning i retten har saken allerede vært behandlet av fylkesnemnda eller kontrollkommisjonen. Under behandling i tingretten er det etter tvisteloven § 36-4 første ledd krav om at retten skal settes med en fagkyndig meddommer. Det samme gjelder for ankebehandling etter tvisteloven § 36-10 fjerde ledd. Det ble imidlertid påpekt at det er stor forskjell på kvaliteten av arbeidet de fagkyndige meddommerne gjør. Dersom den fagkyndige meddommeren er kritisk og på hugget, vil rettssikkerheten bli bedre ivaretatt enn dersom den fagkyndige meddommeren tar en mer passiv rolle. At kvaliteten varierer hos dommere er imidlertid ikke noe særeget for saker som overprøves etter tvisteloven kapittel 36, og vil dermed alltid være en utfordring.

Et av spørsmålene jeg har stilt meg selv gjennom denne skriveprosessen er om rettssikkerheten til den som er utsatt for tvangsvedtaket ville blitt bedre dersom det ble foretatt endringer i bestemmelsene, særlig med tanke på virkeområdet jf. tvisteloven § 36-1. Som påpekt under avsnitt 1.2.1 må hensynet til rettssikkerhet alltid avveies mot andre hensyn.

På den ene siden er det betenkelig at enkelte tiltak som har innslag av tvang ikke kan overprøves etter tvisteloven kapittel 36, fordi vedtaket ikke er virksomt jf. tvisteloven § 36-1 annet ledd, eller fordi hjemmelskravet ikke er oppfylt jf. samme lovs § 36-1 første ledd. På den annen side har ikke staten ubegrenset med ressurser, så det må foretas en avveining av hvor ressursene skal settes inn. I tillegg vil ikke formålet bak tvisteloven kapittel 36 om hurtig saksbehandling, bli realisert dersom for mange saker slippes inn til behandling. Man må foreta en prioritering av hvilke saker som skal gis de ekstra rettssikkerhetsgarantiene en overprøving etter tvisteloven kapittel 36 forutsettes å gi. Det er tydelig at effektivitetshensyn og adgangen til ressurser har spilt inn ved utformingen av regelverket. Men samtidig ville ikke ordningen fungert slik den gjør i dag, dersom det ikke var begrensninger i overprøvingsadgangen. Uten begrensninger vil saksmengden øke og dermed også saksbehandlingstiden, som det er i alles interesse å holde på et minimum.

Det er fortsatt et åpent spørsmål for meg om muligheten for å bringe saker om tvang inn for domstolene etter de alminnelige regler bør bedres. Per i dag er denne adgangen begrenset av flere forhold, og de overnevnte hensyn har også aktualitet for denne diskusjonen. Så langt har lite skjedd.

Ot.prp. nr. 11 (1998-1999)

Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern

4.4 Juridisk teori

Schei, Tore

Tvisteloven, kommentarutgave bind 2, 2. utgave, Oslo 2013.

Bårdsen, Arnfinn

Bugge Nordén, Dag

Reusch, Christian

M. Øie, Toril

Eckhoff, Torstein

Forvaltningsrett, 9.utgave, Oslo 2010.

Smith, Eivind

Kjønstad, Asbjørn

Barnevern, fylkesnemnder og rettsikkerhet, Oslo 2002.

Roald Riedl, Tore

Psykisk helsevernloven med kommentarer, Oslo 2008.

Dahl Elde, Wenche

Kjønstad, Asbjørn

Velferdsrett 1, grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang, 4. utgave, 3. opplag, Oslo 2010.

Syse, Aslak

Ofstad, Kari

Barnevernloven med kommentarer, 5. utgave, Oslo 2009.

Skar, Randi

Smith, Eivind

Konstitusjonelt demokrati

Syse, Aslak

Psykisk helsevernloven med kommentarer,
2. utgave, Oslo 2007.

4.5 Juridiske artikler

Andenæs, Johs

Garantier for rettssikkerheten ved administrative avgjørelser.

Lindboe, Knut

Fylkesnemndene - ressursbruk, rettssikkerhet og rettslig overprøving, 2005.

Lindboe, Knut

Nye regler om anke i barnevernssaker, 2005.

A. Skoghøy, Jens Edvin

Ny tvistelov - noen hovedpunkter, 2007.

Langbach, Tor

Tvistelovbrev nr. 33 - Rettslig overprøving av administrative tvangsvedtak, 2007.

4.6 Rundskriv

IS-9/2012 *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer*

4.7 Domsregister

4.7.1 Høyesterett

Rt. 1978 s. 1571

Rt. 1993 s. 249

Rt. 1994 s. 1669

Rt. 1995 s. 588

Rt. 1996 s. 157

Rt. 1998 s. 937

Rt. 2000 s. 1921

Rt. 2001 s. 752

Rt. 2001 s. 1123

Rt. 2002 s. 1646

Rt. 2003 s. 1319

Rt. 2004 s. 583

Rt. 2007 s. 1136

Rt. 2008 s. 1456

Rt. 2008 s. 1317

Rt. 2008 s. 430

Rt. 2008 s. 290

Rt. 2009 s. 1553

Rt. 2009 s. 1118

Rt. 2009 s. 560

Rt. 2009 s. 411

Rt. 2009 s. 494

Rt. 2009 s. 261

Rt. 2009 s. 727

Rt. 2010 s. 1141

Rt. 2010 s. 274

Rt. 2011 s. 377

Rt. 2011 s. 1666

Rt. 2011 s. 431

Rt. 2011 s. 1251

Rt. 2011 s. 1053

Rt. 2012 s. 488

Rt. 2012 s. 967

Rt. 2013 s. 1217

4.8 Nettsider

www.regjeringen.no

www.lovdatab.no

www.dxp.kommentarutgaver.no