



NOU

Norges offentlige utredninger **2017:8**

Særdomstoler på nye områder?

Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister,
barnevernsaker og utlendingssaker

Norges offentlige utredninger 2017

Seriens redaksjon:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
Informasjonsforvaltning

1. Markeder for finansielle instrumenter
Finansdepartementet
2. Integrasjon og tillit
Justis- og beredskapsdepartementet
3. Folketrygdens ytelser til etterlatte
Arbeids- og sosialdepartementet
4. Delingsøkonomien
Finansdepartementet
5. En påtalemyndighet for fremtiden
Justis- og beredskapsdepartementet
6. Offentlig støtte til barnefamiliene
Barne- og likestillingsdepartementet
7. Det norske mediemangfoldet
Kulturdepartementet
8. Særdomstoler på nye områder?
*Justis- og beredskapsdepartementet og
Barne- og likestillingsdepartementet*

NOU

Norges offentlige utredninger **2017:8**

Særdomstoler på nye områder?

Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister,
barnevernsaker og utlendingssaker

Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 7. mai 2015

Avgitt til Justis- og beredskapsdepartementet og Barne- og likestillingsdepartementet
9. mars 2017

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1327-1

07 Xpress AS

Til Justis- og beredskapsdepartementet og Barne- og likestillingsdepartementet

Særdomstolsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 7. mai 2015.
Utvalget avgir med dette sin utredning.

Oslo, 9. mars 2017

Hans Petter Graver
Leder

Geir Kjell Andersland

Christofer Eriksen

Siv Hallgren

Anne Margrethe Lund

Solveig Moen

Kristin Otterlei

Kirsti Ramberg

Tore Roald Riedl

Brynjulf Risnes

Hilde Stoltenberg

Karl Otto Thorheim

Camilla Torgersen

Stig Hjalmar Torsteinson

Toril Kristiansen Høyland

Ingeborg Skonnord

Arild Hjelmervik

Innhold

Del I	Innledning og sammendrag	13	4.2.1	Innledning	44
			4.2.2	Nærmere om ulike typer nemnder	45
1	Mandat, sammensetning og arbeidsmåte	15	5	Prinsipielle synspunkter på hvordan behandlingen av rettstvister bør organiseres	47
1.1	Innledning	15	5.1	Tidligere vurderinger av spørsmål om opprettelse av særdomstoler	47
1.2	Utvalgets sammensetning og mandat	15	5.2	Tidligere vurderinger av spørsmål om å legge tvisteløsning til forvaltningsorganer	49
1.2.1	Utvalgets medlemmer	15	5.3	Internasjonale anbefalinger om særdomstoler og spesialiserte dommere	50
1.2.2	Mandat	15	5.4	Utvalgets generelle betraktninger	51
1.3	Utvalgets arbeid	19	5.4.1	Generelt	51
			5.4.2	Særdomstoler eller spesialisering innenfor de alminnelige domstolene?	53
2	Sammendrag	20	Del III	Sentrale krav til behandling av saker som berører barn	55
2.1	Hovedspørsmål og konklusjoner...	20	6	Innledning	57
2.2	Fellestrekk ved hovedspørsmålene	20	7	Barnets beste	59
2.3	Nærmere om behandlingen av barnesakene	21	7.1	Forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner	59
2.4	Nærmere om behandlingen av utlendingssakene	24	7.2	Barnets beste i foreldretvister	60
2.5	Til slutt i sammendraget	26	7.3	Barnets beste i saker om tvang etter barnevernloven	60
			7.4	Barnets beste i utlendings- saker	61
Del II	Særdomstoler – bakgrunn og sentrale hensyn	27	8	Høring av barn	62
3	Generelt om det norske domstolsapparatet	29	8.1	Forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner	62
3.1	Generelt	29	8.2	Høring av barn i foreldretvister	63
3.2	Domstoler og krav til den dømmende virksomheten	30	8.3	Høring av barn i saker om tvang etter barnevernloven	64
3.2.1	Begrepene «domstol» og «dømmende virksomhet»	30	8.4	Høring av barn i utlendingssaker	65
3.2.2	Hvilke krav bør behandlingen ved en domstol oppfylle?	32	9	Noen sentrale problemstillinger	67
3.3	Domstolenes uavhengighet. Tillit til den dømmende virksomheten	34	9.1	Gjennomføring av høringen – direkte eller indirekte, tidspunktet for høringen	67
3.4	Spesialisering innenfor de alminnelige domstolene	36	9.1.1	Generelt	67
3.4.1	Innledning	36	9.1.2	Utlendingsnemndas retningslinjer og praksis	69
3.4.2	Utviklingsarbeid i regi av Domstoladministrasjonen	36	9.1.3	Avsluttende kommentarer	70
3.4.3	Spesialisering i de alminnelige domstolene i dag	38			
4	Særdomstoler og nemnder for tvisteløsning	40			
4.1	Dagens særdomstoler	40			
4.1.1	Innledning	40			
4.1.2	Historikk	40			
4.1.3	Arbeidsretten	42			
4.1.4	Jordskifterettene	43			
4.1.5	Utmarksdomstolen for Finnmark..	43			
4.2	Nemnder for tvisteløsning	44			

9.2	Forholdet mellom barnets rett til å bli hørt og barnets beste	70	11.2.14	Evaluering av fylkesnemndene	103
9.3	Betydningen av reglene om barnets beste og høring av barn for utvalgets vurderinger. Anbefaling om utredning	72	11.3	Sakstall, saksbehandlingstid og ressurser	105
			11.3.1	Domstolene	105
			11.3.2	Fylkesnemndene	106
Del IV	En mer helhetlig behandling av foreldretvister og tvangs-saker etter barnevernloven	73	12	Tidligere vurderinger av hvilke organer som bør behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven	109
10	Innledning	75	12.1	Innledning	109
11	Dagens ordning	77	12.2	Sosiallovutvalgets innstilling om hvilket avgjørelsesorgan som bør behandle barnevernsaker	109
11.1	Domstolenes behandling av foreldretvister	77	12.3	Oppfølgingen av sosiallovutvalgets innstilling	110
11.1.1	Hovedtrekkene ved domstolsbehandling	77	12.4	Vurdering i Ot.prp. nr. 56 (1996–97) av om foreldretvister bør behandles av fylkesnemndene	111
11.1.2	Krav til saksbehandlingstid	78	12.5	Vurderinger i NOU 1998: 17 av hvilket avgjørelsesorgan som bør behandle foreldretvister	111
11.1.3	Mekling	78	12.6	Oppfølging av anbefalingene i NOU 1998: 17	115
11.1.4	Utprøving av avtale	80	12.7	Vurderinger av overprøvningsinstanser for saker om tvang etter barnevernloven	116
11.1.5	Fagkyndighet og sakkyndighet	80	12.8	Øvrige vurderinger	117
11.1.6	Innhenting av opplysninger fra barnevernet, politiet mv.	81	12.8.1	Vurdering i Ot.prp. nr. 104 (1992–93) av om fylkesnemnda bør kunne bestemme at barnet skal ha fast bosted hos den andre forelderen	117
11.1.7	Parter og partsrettigheter	82	12.8.2	Vurdering i NOU 2012: 5 av forholdet mellom barnelova og barnevernloven – fylkesnemndas kompetanse og familiedomstol	118
11.1.8	Barnets representant	82	12.8.3	Vurdering i rapporten Spesialisering i domstolene	119
11.1.9	Foreløpig avgjørelse	84	13	Menneskerettslige forpliktelser	121
11.1.10	Dom uten hovedforhandling	85	13.1	Innledning	121
11.1.11	Endringssak	85	13.2	Retten til en rettferdig rettergang	121
11.1.12	Tvangsfullbyrdelse	86	13.2.1	Innledning	121
11.1.13	Forening av krav og søksmål	86	13.2.2	Retten til domstolsbehandling («access to court»)	122
11.1.14	Kostnader ved domstolsbehandling	88	13.2.3	Uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov	124
11.1.15	Ankebehandling	88	13.2.4	Rettferdig og offentlig rettergang	124
11.1.16	Prosjekter om samarbeid mellom tingrett og familievernkontor	89	13.2.5	Avgjørelse innen rimelig tid	125
11.1.17	Kartlegging av domstolsbehandling av foreldretvister	90	13.3	Retten til rettslig prøving av frihetsberøvende tvangstiltak	126
11.2	Fylkesnemndenes behandling av saker etter barnevernloven	91	13.4	Retten til respekt for privatliv og familieliv	127
11.2.1	Hovedtrekkene ved saksbehandling i fylkesnemndene ...	91	13.5	Retten til et effektivt rettsmiddel ..	128
11.2.2	Forenklet behandling	92			
11.2.3	Akuttvedtak	93			
11.2.4	Endringssak	94			
11.2.5	Krav til saksbehandlingstid	95			
11.2.6	Fagkyndighet og sakkyndighet	95			
11.2.7	Barnesakkyndig kommisjon	97			
11.2.8	Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon	98			
11.2.9	Parter og partsrettigheter	98			
11.2.10	Barnets talsperson	99			
11.2.11	Kostnader ved behandling	101			
11.2.12	Rettslig prøving av fylkesnemndsvedtak	101			
11.2.13	Forsøk med samtaleprosess	102			

13.6	De menneskerettslige forpliktelsenens betydning for valg av avgjørelsesorgan for barnesakene	130	17	Ulike modeller for hvem som skal avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven	157
13.6.1	Generelt	130	17.1	Innledning	157
13.6.2	Særlig om ankeadgang	131	17.2	En egen barne- og familiedomstol (som særdomstol)	157
14	Andre lands ordninger	133	17.3	Tingrettene behandler både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (tingrettsmodellen)	159
14.1	Sverige	133	17.4	Fylkesnemndene behandler både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (fylkesnemndsmodellen) .	159
14.1.1	Innledning	133	17.5	En egen særdomstol for barnevern og sosiale saker	161
14.1.2	Foreldretvister	133	17.6	Status quo	161
14.1.3	Barnevernsaker	134	18	Enkelte spørsmål som oppstår ved valg av modell	163
14.2	Danmark	135	18.1	Hvilke saker bør høre under et felles avgjørelsesorgan for barnesakene?	163
14.2.1	Innledning	135	18.1.1	Innledning	163
14.2.2	Foreldretvister	135	18.1.2	Saker om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven	163
14.2.3	Barnevernsaker	136	18.1.3	Internasjonale barnebortføringsaker	164
14.3	Finland	137	18.1.4	Andre beslektede saker	165
14.3.1	Innledning	137	18.2	Hva er et sterkt fagmiljø?	166
14.3.2	Foreldretvister	137	18.3	Krav til kvalifikasjoner for dommere eller fylkesnemndsledere som skal behandle sakene	168
14.3.3	Barnevernsaker	137	18.3.1	Innledning	168
14.4	Tyskland	138	18.3.2	Kvalifikasjonskrav mv. i tingrettsmodellen	170
14.4.1	Innledning	138	18.3.3	Mindretallets syn på spørsmål om å lovfeste kvalifikasjonskrav mv. ..	172
14.4.2	Familiedomstolene	138	18.4	Bevaring av kompetansen i fylkesnemndene og domstolene ..	174
14.4.3	Særlig om foreldretvister	139	18.5	Bør foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven kunne forenes til felles behandling?	177
14.4.4	Særlig om barnevernsaker	139	18.5.1	Innledning	177
14.5	England	140	18.5.2	Sentrale argumenter for og imot forening til felles behandling	177
14.5.1	Innledning	140	18.5.3	Forening av saker i en ny ordning med et felles avgjørelsesorgan	178
14.5.2	Foreldretvister	140	18.5.4	Forening av saker i dagens ordning	179
14.5.3	Barnevernsaker	141	18.6	Vernetingsregler og mulighet for å overføre saker	180
15	Utfordringer ved dagens ordning	142	18.7	Anke	181
15.1	Kunnskap	142			
15.1.1	Behovet for kunnskap	142			
15.1.2	Barnefaglig kunnskap i rettsapparatet	143			
15.2	Tilliten til fylkesnemndene. Uavhengighet	144			
15.3	Overprøving av tvangsvedtak	145			
15.4	«Dobbeltsporsakene»	146			
15.4.1	Generelt	146			
15.4.2	Undersøkelse av forekomsten av dobbeltsporsaker	148			
15.4.3	Avsluttende kommentarer til undersøkelsen	151			
15.5	Ressursbruk ved mekling i foreldretvister	152			
16	Grunnleggende krav til de instanser som skal avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven	155			

18.7.1	Rett til ankebehandling	181	21.3	Tilgangen på sakkyndige i saker om barn. Enkelte utfordringer knyttet til utdanningsprogrammet og registeret over sakkyndige	206
18.7.2	Enkelte spørsmål om hvilken form ulike beslutninger i barnevernsaker bør ha – betydning for ankebehandlingen	182	21.4	Spørsmål om sakkyndigrapporter i foreldretvister bør vurderes av Barnesakkyndig kommisjon	207
18.7.3	Lagmannsrettens sammensetning	183	21.4.1	Innledning	207
19	Hvem bør avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven?	185	21.4.2	Barnesakkyndig kommisjon – sakstall, ressurser og eventuelt merbehov	208
19.1	Skille mellom dømmende virksomhet og forvaltningsvirksomhet	185	21.4.3	Utvalgets vurdering	208
19.2	Kvalifikasjoner	186	21.5	Ytterligere bemerkninger om bruk av sakkyndighet i tingrettsmodellen	209
19.3	Hensynet til «dobbeltsaksaker» og en mer helhetlig behandling av barnesaker	186	22	Økonomiske og administrative konsekvenser	211
19.4	Rask saksbehandling og en effektiv utnytting av ressursene	187	22.1	Generelt	211
19.5	Øvrige forhold av betydning for vurderingen	188	22.2	Konsekvenser for de alminnelige domstolene	211
19.6	Konklusjon	189	22.2.1	Innledning	211
20	Andre tiltak for en mer helhetlig behandling av saker om barn ...	191	22.2.2	Personalressurser	212
20.1	Innledning	191	22.2.3	Lokaler og annen drift	213
20.2	Tiltak som kan bidra til at flere tilfeller av konflikt mellom foreldre kan løses ved familievernkontorene	191	22.2.4	Fri rettshjelp, meddommere, talsperson mv.	213
20.3	Spørsmål om barnevernet bør kunne ha en rolle i behandlingen av foreldretvister	192	22.2.5	Utvikling av saksbehandlingssystem, kompetansetiltak mv.	214
20.3.1	Innledning	192	22.3	Konsekvenser for fylkesnemndene og kommunene mv.	214
20.3.2	Spørsmål om adgang for barnevernet til å opptre som partshjelper mv.	193	22.4	Konsekvenser for Barnesakkyndig kommisjon	215
20.4	Spørsmål om fylkesnemnda bør kunne overføre barnets faste bosted mellom foreldre	195	23	Generelle merknader til utvalgets lovforslag	216
20.4.1	Bakgrunn	195	23.1	Bør nye regler for barnevernsakene stå i barnevernloven eller tvisteloven?	216
20.4.2	Mulige løsninger	196	23.2	Forholdet til regelverket på helseområdet	217
20.4.3	Utvalgets syn på om fylkesnemnda bør kunne overføre barnets faste bosted mellom foreldre	199	23.3	Systematikk, begrepsbruk, behov for øvrige lovendringer mv.	217
20.5	Spørsmål om reglene om taushetsplikt bør endres for å oppnå mer samordning	202	24	Merknader til de enkelte paragrafene	218
21	Sakkyndighet og sikring av en faglig standard i arbeid fra sakkyndige	204	24.1	Endringer i domstolloven	218
21.1	Innledning	204	24.2	Endring i barnelova	218
21.2	Arbeid med kvaliteten i sakkyndigrapporter mv.	205	24.3	Endringer i barnevernloven	219
			24.4	Endringer i tvisteloven	230
			24.5	Andre endringer	230
			24.6	Særskilte regler om gjennomføringen	230
			25	Forslag til endringer i lov	231
			25.1	Endringer i domstolloven	231

25.2	Endringer i rettshjelploven	231	27.3.3.6	Omgjøringsanmodninger	261
25.3	Endring i adopsjonsloven	232	27.3.3.7	Fagkyndighet og landkunnskap ...	262
25.4	Endring i barnelova	232	27.3.4	Offentlighet og innsyn for allmennheten	262
25.5	Endringer i barnevernloven	232	27.3.5	Etterfølgende kontroll og prøving av vedtak fra UNE	262
25.6	Endring i straffeloven	242	27.3.6	Dekning av sakskostnader og rettshjelp i utlendingssaker	264
25.7	Endringer i tvisteloven	242	27.3.6.1	Fri rettshjelp i utlendingssaker	264
25.8	Endring i lov om Haagkonvensjonen 1996	243	27.3.6.2	Advokatordningen i saker om beskyttelse	265
25.9	Særskilte regler om gjennomføringen	243	27.3.6.3	Dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36	265
Del V	Forvaltningsdomstol for utlendingssaker	245	27.3.6.4	Erstatning for ugyldige forvalt- ningsvedtak fra UNE	265
26	Innledning	247			
27	Dagens ordning	248	28	Tidligere vurderinger av klageordninger på utlendingfeltet	266
27.1	Aktører og ansvarsforhold på utlendingfeltet	248	28.1	Innledning	266
27.1.1	Oversikt	248	28.2	Utredninger forut for opprettelsen av UNE	266
27.1.2	Særlig om Utlendingsnemnda	249	28.2.1	Forarbeider til utlendingsloven 1988	266
27.1.2.1	Generelt	249	28.2.1.1	Fremmedlovutvalget NOU 1983: 47 266	
27.1.2.2	Instrukser fra departementet etter lovendring høsten 2015	249	28.2.1.2	Departementets forslag til ny utlendingslov	268
27.2	Saksgangen i utlendingssaker – vedtak og klage	250	28.2.1.3	Forslag om å opprette en klage- nemnd for utlendingssaker	269
27.2.1	Saker om beskyttelse (asylsaker)	250	28.3	Evalueringer av Utlendings- nemnda	270
27.2.1.1	Normal prosedyre	250	28.3.1	Rapport 2003 fra RhKnoff	270
27.2.1.2	Hurtigprosedyrer	251	28.3.2	Evaluering av UNEs valg av avgjørelsesform	271
27.2.2	Oppholdssaker	251	28.4	Øvrige vurderinger	272
27.2.3	Særregler for borgere av EU/EØS-land	251	28.4.1	Innledning	272
27.2.4	Særlig om sikkerhetssaker	252	28.4.2	Endringer i styringsforholdene på utlendingfeltet – innføring av stornemnd (Ot.prp. nr. 31 (2004–2005))	272
27.2.5	Overprøving av positive vedtak fra UDI og UNE	253	28.4.3	NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingssaker (Mæland- utvalgets utredning)	273
27.3	Utlendingsnemnda – organisering og saksbehandling	253	28.4.3.1	Forslagene i utredningen	273
27.3.1	UNEs interne organisering	253	28.4.3.2	Oppfølging av utredningen	275
27.3.2	Sakstall, ressurser og saksbehandlingstid	254	28.4.4	Utvidelse av departementets instruksjonsmyndighet overfor Utlendingsnemnda – Prop. 16 L (2015–2016)	276
27.3.2.1	Nærmere om antall saker på utlendingfeltet	254	28.4.5	Rapport 2014 fra Advokatforeningen	277
27.3.2.2	Nærmere om antall saker i UNE. Saksbehandlingstid	255	28.4.6	Rapport 2015 fra NOVA om Dublinsystemet	278
27.3.2.3	UNEs budsjett, måloppnåelse og produktivitet	257			
27.3.3	Saksbehandlingen i UNE	257			
27.3.3.1	Generelt	257			
27.3.3.2	Nærmere om saksgangen	258			
27.3.3.3	Nærmere om valg av avgjørelsesform	258			
27.3.3.4	Nærmere om nemndmøte- ordningen	259			
27.3.3.5	Nærmere om stornemndordningen	260			

29	Andre lands ordninger for overprøving av utlendingsaker	279	31	Utfordringer ved dagens norske ordning	301
29.1	Innledning	279	31.1	Innledning	301
29.2	Sverige	279	31.2	Legitimitet, tillit og omdømme	301
29.2.1	Generelt om det svenske domstolsystemet	279	31.3	Negative vedtak etterlevs ikke	303
29.2.2	Kort om bakgrunnen for opprettelsen av migrationsdomstolene	280	31.4	Kritikk vedrørende muntlighet i få saker for UNE	304
29.2.3	Evaluerings av migrationsdomstolene	281	31.5	Kritikk vedrørende innsyn og kontradiksjon	305
29.2.4	Migrationsdomstolene – tall og statistikk	281	31.6	Mer migrasjon og vanskelig forutsigbare svingninger	306
29.2.5	Saksbehandlingen i migrationsdomstolene	284	32	Utformingen av en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet	307
29.2.5.1	Generelt om saksbehandling og saksgang i migrationsdomstolene	284	32.1	Innledning	307
29.2.5.2	Muntlighet	285	32.2	Én samlet eller flere desentraliserte forvaltningsdomstoler?	308
29.2.5.3	Effektivitet	285	32.3	Forholdet mellom forvaltningsdomstolen og de alminnelige domstolene	309
29.2.5.4	Fagkyndighet og landinformasjon	286	32.3.1	Innledning	309
29.2.5.5	Offentlighet og innsyn	286	32.3.2	Anke over avgjørelser fra forvaltningsdomstolen	310
29.2.5.6	Rettsmidler, rettskraft og ny behandling	287	32.3.2.1	Adgang til overprøving?	310
29.2.5.7	Retts hjelp og dekning av sakskostnader	287	32.3.2.2	Ankeinstans	310
29.2.6	Relevansen av ordningen i Sverige for spørsmålet om en norsk forvaltningsdomstol	288	32.3.3	Forvaltningsdomstolen som del av tingretten?	311
29.2.6.1	Ulike utgangspunkter for en forvaltningsdomstol i Sverige og Norge	288	32.4	Forvaltningsdomstolens administrative overbygning	313
29.2.6.2	Utvalgets kommentarer	289	32.5	Bemanningen ved forvaltningsdomstolen – kvalifikasjonskrav, ansettelsesforhold og oppsigelsesvern	314
29.3	Finland	290	32.6	Hvilke saker bør høre under en forvaltningsdomstol?	314
29.4	Danmark	290	32.6.1	Innledning	314
29.5	Storbritannia	292	32.6.2	Overprøving av vedtak fra UDI ...	316
29.6	Tyskland	292	32.6.2.1	Overprøving av vedtak truffet av UDI som første instans	316
30	Menneskerettslige forpliktelser	294	32.6.2.2	Overprøving av vedtak truffet av UDI som klageinstans	317
30.1	Innledning	294	32.6.2.3	Overprøving av vedtak i saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn	317
30.2	Retten til å søke beskyttelse (asyl). Prinsippet om «non-refoulement»	295	32.6.3	Krav om endring av avgjørelser fra forvaltningsdomstolen. Utsatt iverksetting	317
30.3	Krav om et effektivt rettsmiddel	295	32.7	Saksbehandlingen i forvaltningsdomstolen	319
30.3.1	Innledning	295	32.7.1	Innledning	319
30.3.2	Nærmere om innholdet i kravet til et effektivt rettsmiddel	296	32.7.2	Saksanlegg	321
30.4	Betydningen av de menneskerettslige forpliktelsene for spørsmålet om etablering av en forvaltningsdomstol	299	32.7.3	Klagen – innhold og virkninger ...	322
			32.7.4	Parter og prosessfullmektig i saker for forvaltningsdomstolen	323

32.7.4.1	Spørsmål om UDI bør være part i saken	323	33	Utvalgets vurdering av om det bør opprettes en forvaltningsdomstol for utlendingsaker ...	344
32.7.4.2	Adgang for andre til å opptre som part i saken. Flere saker i samme prosess	323	33.1	Innledning	344
32.7.4.3	Prosessfullmektig	324	33.2	Generelt om hensynene til rettssikkerhet, legitimitet, effektivitet og politisk styring	344
32.7.5	Ansvar for sakens opplysning. Kontradiksjon	325	33.3	Rettssikkerhet	345
32.7.6	Behandlingsform – skriftlighet og muntlighet	326	33.4	Legitimitet	347
32.7.6.1	Generelt	326	33.5	Effektivitet	348
32.7.6.2	Høring av barn	328	33.6	Politisk styring	349
32.7.7	Forvaltningsdomstolens sammensetning	328	33.7	Utvalgets konklusjon	351
32.7.7.1	Utgangspunkt	328	33.7.1	Konklusjon	351
32.7.7.2	Meddommere	329	33.7.2	Betydningen av prosessen for en utlendingsdomstol	351
32.7.8	Forvaltningsdomstolens prøving og avgjørelse av saken	331	33.7.3	Betydningen av uavhengighet	352
32.7.8.1	Generelt	331	33.7.4	Rettssikkerheten kan ivaretas innenfor en forvaltningsklagemodell	353
32.7.8.2	Ulike typer avgjørelser fra forvaltningsdomstolen	333	34	Generelle merknader til utvalgets lovskisse	356
32.7.8.3	Underretning om avgjørelser fra forvaltningsdomstolen	333	35	Merknader til de enkelte paragrafene	357
32.7.9	Virkninger av en avgjørelse fra forvaltningsdomstolen	334	35.1	Merknader til skisse til lov om utlendingsdomstolen	357
32.7.10	Offentlighet	334	35.2	Merknader til endringer i domstoloven	362
32.8	Ankebehandlingen	335	35.3	Merknader til endringer i utlendingsloven	363
32.8.1	Innledning	335	35.4	Merknader til endringer i statsborgerloven	363
32.8.2	Begrensninger i retten til ankebehandling	335	35.5	Endring i introduksjonsloven	363
32.8.3	Behandlingen i lagmannsretten	336	36	Skisse til lov om utlendingsdomstolen. Øvrige lovendringer	364
32.8.4	Prosessform og saksbehandlingsregler	336	36.1	Lov om utlendingsdomstolen (utlendingsdomstoloven)	364
32.9	Retts hjelp og dekning av sakskostnader	337	36.2	Endringer i andre lover	367
32.9.1	Adgang til fri retts hjelp for behandling i forvaltningsdomstolen	337	Del VI	Hurtigspor for visse typer straffesaker	371
32.9.2	Dekning av motpartens sakskostnader ved behandling i forvaltningsdomstolen	337	37	Innledning	373
32.10	Økonomiske og administrative konsekvenser av å etablere en forvaltningsdomstol	338	38	Straffeprosessutvalgets vurdering vedrørende ulike spor for rettens behandling av straffesaker	375
32.10.1	Innledning	338	39	Utvalgets vurderinger	377
32.10.2	Forvaltningsdomstolens behov for ressurser	338			
32.10.3	Økt behov for ressurser til UDI	341			
32.10.4	Konsekvenser for andre av etablering av en forvaltningsdomstol	342			

Del I
Innledning og sammendrag

Kapittel 1

Mandat, sammensetning og arbeidsmåte

1.1 Innledning

I dette kapitlet gjengis mandatet for utvalgets arbeid, og utvalgets sammensetning. Deretter følger en oversikt over hvordan utvalget har arbeidet for å oppfylle sitt mandat.

Kapittel 2 gir et sammendrag av utredningen.

1.2 Utvalgets sammensetning og mandat

1.2.1 Utvalgets medlemmer

- Professor Hans Petter Graver, leder, Oslo
- Avdelingsleder/tingrettsdommer Anne Margrethe Lund, Oslo
- Advokat Tore Roald Riedl, Bærum
- Advokat Brynjulf Risnes, Oslo
- Fylkesnemndsleder Christofer Eriksen, Trondheim
- Fylkesnemndsleder Geir Kjell Andersland, Bergen
- Seksjonssjef Camilla Torgersen, Oslo (erstattet avdelingsdirektør Hanne Merete Jendal fra november 2015)
- Advokat Karl Otto Thorheim, Oslo
- Advokat Kristin Otterlei, Ålesund
- Psykologspesialist Stig Hjalmar Torsteinson, Oslo
- Avdelingsdirektør Solveig Moen, Trondheim
- Statsadvokat Hilde Stoltenberg, Bodø
- Advokat Siv Hallgren, Oslo
- Sorenskriver Kirsti Ramberg, Harstad

Utvalgets sekretariat har bestått av:

- Avdelingsdirektør Toril Kristiansen Høyland, leder
- Seniorrådgiver Ingeborg Skonnord
- Seniorrådgiver Arild Hjelmervik

1.2.2 Mandat

Utvalget – i det følgende kalt særdomstolsutvalget – har hatt følgende mandat:

«1. Innledning

Det følger av regjeringsplattformen at det skal utredes om det bør opprettes egen særdomstol for saker knyttet til barn og familie, vurderes om oppgaver som i dag ligger i Utlendingsnemnda skal overføres til en forvaltningsdomstol, samt at det skal utredes hurtigdomstoler innenfor avgrensede områder.

De alminnelige domstolene, og dagens særdomstoler har høy kvalitet og godt omdømme i befolkningen. Det samme gjelder utlendingsforvaltningen.

Justis- og beredskapsdepartementet og Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet ser likevel behov for å få utredet om nye særdomstoler kan bidra til trygging av rettssikkerheten, økt fagkompetanse, økt legitimitet og tillit til avgjørelsene, samt mer effektiv behandling i rettsvesenet.

2. Særdomstoler mv. for barne- og familiesaker

2.1 Bakgrunn

Det følger av regjeringsplattformen at det skal foretas en utredning av om det bør opprettes særdomstoler for saker knyttet til barn og familie.

Gode og stabile relasjoner mellom barn og foreldre, og foreldrene imellom, gir de beste forutsetninger for gode og trygge oppvekstvilkår. Antall barnevernsaker i Fylkesnemndene har økt de siste årene. Antall innkomne foreldretvister for domstolen har økt med 8,9 % i perioden 2009–2013. Antallet innkomne saker for domstolen om overprøving av tvangsvedtak, hvor mesteparten er barnevernsaker, har i samme periode økt med hele 86,8 %.

Foreldretvister etter barneloven regulerer privatrettslige forhold og behandles av tingrettene. Saker etter barnevernloven regulerer utøvelse av offentlig myndighet og behandles av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Saksbehandlingsreglene for de to saks-

typene er ulike. I saker etter barneloven er mekling og rettsforlik/avtaler sentralt, der saken er egnet for det. I saker om tvangsinngrep etter barnevernloven er ikke mekling en del av prosessen. Barnesakkyndig kommisjon kvalitetssikrer sakkyndigerklæringer etter barnevernloven. Det er ingen tilsvarende ordning for foreldretvister etter barneloven.

Det kan i dag oppstå utfordringer når en familie har en pågående foreldretvist etter barneloven og en barnevernsak etter barnevernloven på samme tid. To parallelle prosesser er tidkrevende og belastende for familien. I tillegg kan to prosesser i to ulike instanser medføre at det er vanskelig å se helheten i barnet og familiens situasjon og det kan være vanskelig å finne gode løsninger og tiltak. Noen barn opplever også at foreldrenes konflikt er så belastende at den går ut over omsorgssituasjonen. Foreldrekonflikten kan videre tilsløre andre alvorlige forhold som kan gå ut over barnet, som for eksempel vold eller rus.

Organiseringen og reguleringen av barne- og familiesaker er tidligere utredet og omtalt i blant annet NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted og NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling. I Prop. 106 L (2012–2013) Endringer i barnevernloven, fremgår det at departementet vil se nærmere på spørsmålet om opprettelse av familiedomstol. I Prop. 106 L (2012–2013) og Prop. 85 L (2012–2013) Endringer i barneloven (barneperspektivet i foreldretvister) har departementet bebudet en gjennomgang av forholdet barnelov og barnevernlov.

2.2 Oppdrag

Utvalget bes om å vurdere følgende hovedproblemstilling:

Utvalget skal vurdere om barne- og familiesaker (foreldretvister etter barneloven og barnevernsaker etter barnevernloven) bør behandles av samme avgjørelsesorgan.

Utvalget skal vurdere følgende alternativer og komme med en anbefaling:

- Opprette særdomstoler for foreldretvister og barnevernsaker
- Flytte foreldretvistene fra tingrettene til fylkesnemndene
- Flytte barnevernsakene til tingrettene, og evt. opprette egne avdelinger for barne- og familiesaker i tingrettene

- Forbedre/styrke eksisterende systemer, herunder vurdere spesialisering i tingrettene

I vurderingen av om barnelov og barnevernsaker skal behandles av ett organ, må utvalget ta stilling til:

- Om sakene skal behandles i én eller to prosesser i samme organ. Ved en forening av sakene, må utvalget blant annet vurdere behovet for endringer i reglene om partsrettigheter.
- Om internasjonale barne bortføringssaker skal behandles av et nytt avgjørelsesorgan.
- Hvilken instans som skal behandle de øvrige sakene som i dag avgjøres av fylkesnemndene (tvangsvedtak etter smittevernloven, tvangsinnleggelse av rus- middelavhengige etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 og vedtak i klagesaker etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11).

I tillegg skal utvalget vurdere hvorvidt barneverntjenesten kan bli partshjelper, ha partsrettigheter eller særlig søksmålskompetanse i foreldretvister. Dette kan for eksempel gjelde adgang til å reise sak om overføring av foreldreansvar, fast bosted eller endret samværsordning.

Utvalget skal også vurdere bruken og kvalitetssikringen av sakkyndigerklæringer og sakkyndig arbeid i barnelov- og barnevernlov-saker, samt tilgangen til sakkyndige.

Utvalget skal foreta en helhetlig vurdering av hvordan de aktuelle sakene etter barneloven og barnevernloven skal behandles og avgjøres slik at saken belyses grundig og hensynet til barnefaglig avgjørelser til barnets beste ivaretas, herunder vurdere familievernkontorenes rolle. Utvalget skal vurdere tiltak som kan medvirke til at flere konflikter mellom foreldre løses ved familievernkontorene, uten å bringes inn for domstolene.

Utvalget skal i sin vurdering legge vekt på hensynet til barnets og foreldrenes rettssikkerhet, saksbehandlingstid og tilgjengelighet. Utredningen skal videre vektlegge eventuelle behov for modernisering og effektivisering av avgjørelsesprosessene.

Spørsmålene som skal utredes på familieområdet er prinsipielle og grunnleggende, og berører forholdet mellom privatrettslige og offentligrettslige regler. Utvalget skal foreta grundige undersøkelser og nyanserte og uav-

hengige avveininger. I vurderingen av om det skal opprettes særdomstoler må konsekvensene for de alminnelige domstolene og den fremtidige domstolstrukturen utredes.

Utvalget skal se hen til øvrige nordiske lands lovgivning, erfaringer og praksis. Utvalget kan også se hen til andre utvalgte land av særlig interesse.

Utvalget skal ta i betraktning pågående arbeid på området. Dette gjelder blant annet:

- Evaluering av fylkesnemndene etter barnevernloven
- Utredning om saksbehandlingen i barnelovsakene i domstolen
- Evaluering av barnesakkyndig kommisjon
- Utvalg som skal gjennomgå barnevernloven
- Oppfølging av arbeidsgrupperapporten om internasjonal barnebortføring
- Samarbeidsprosjekter mellom tingrettene og familievernkantorene

Utvalget skal gi en oversikt over Norges menneskerettslige og øvrige internasjonale forpliktelser, og vurdere hvordan utvalgets forslag er i overensstemmelse med disse.

Utvalget skal komme med et forslag til lovtekst for behandlingen av barne- og familiesaker i samsvar med anbefalingene fra Justis- og beredskapsdepartementet i veilederen «Lovteknikk og lovforberedelse» (utgitt mars 2000).

Utvalget skal vurdere de økonomiske og administrative konsekvensene av forslagene. Minst ett forslag skal være basert på uendret ressursbruk.

3. Forvaltningsdomstol for utlendingssaker

3.1 Bakgrunn

I den utvidede samarbeidsavtalen på utlendingsfeltet mellom Høyre, Kristelig Folkeparti, Venstre og Fremskrittspartiet, fremgår følgende gjennomføringspunkter vedrørende organiseringen av klageinstansen i utlendingssaker:

1. Det nedsettes et eget utvalg som skal utrede bruken av forvaltningsdomstol også innenfor utlendingsfeltet.
2. Det igangsettes arbeid for å følge opp NOU 2010:12 for å sikre en bedre klageordning for utlendingssaker.

Utvalget har i oppdrag å utføre gjennomføringspunkt 1. Utvalgets arbeid skjer uavhengig

av gjennomføringspunkt 2 om oppfølgingen av NOU 2010:12.

Spørsmålet om å opprette en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet har vært et politisk stridstema i en årrekke, men har ikke vært utredet. Formålet med utvalgets oppdrag er å etablere et solid og faglig grunnlag for å kunne ta stilling til spørsmålet.

3.2 Oppdrag

Utvalget gis i oppdrag å vurdere om Utlendingsnemndas oppgaver bør overtas av en forvaltningsdomstol, og hvordan en slik domstol i så fall bør organiseres. Det avgjørende er hvilken organisering av klageinstansen som, etter en helhetlig vurdering, best vil ivareta følgende hensyn:

Effektivitet. Det er et mål å oppnå raskere behandling av klagesakene. God ressursutnyttelse og kort saksbehandlingstid er et gode for både søkerne og samfunnet for øvrig. Det legger til rette for rask integrering av de som skal bo i Norge, og hurtig retur av de som ikke fyller vilkårene for oppholdstillatelse.

Rettsikkerhet. Hensynet til effektivitet må balanseres opp mot hensynet til rettsikkerhet. Særlig i saker som gjelder beskyttelse (asyl) er det av stor viktighet at saksbehandlingen både er og oppfattes som rettsikker. Klageinstansen skal sikre kvalitet og likebehandling.

Legitimitet. Det er et mål at både klagere og befolkningen for øvrig skal ha tillit til at klageinstansen fatter riktige avgjørelser etter en forsvarlig saksbehandling.

Politisk styring. Utvalget skal også vurdere hvilke konsekvenser en domstolmodell vil ha for hensynet til politisk styring og tilliten til at demokratisk vedtatte regler etterleves.

Utvalget skal drøfte de ulike og til dels konkurrerende hensyn, og foreta en helhetlig vurdering. Utvalgets arbeid skal kunne ut i en anbefaling. I utredningen må blant annet følgende spørsmål vurderes:

- Om det skal opprettes en forvaltningsdomstol til erstatning for Utlendingsnemnda.
- Hvordan en eventuell forvaltningsdomstol skal organiseres, herunder i hvilket omfang det skal gjennomføres muntlig behandling med personlig fremmøte, hvorvidt det skal delta lekfolk i avgjørelsen og hvor omfattende rettshjelpsordninger som skal gjelde.

- Om sakene skal forberedes av UDI eller av et eget sekretariat.
- Hvilke ordninger som skal gjelde for anke over forvaltningsdomstolens avgjørelser, herunder om retten til behandling i de alminnelige domstolene skal avskjæres eller om anker skal gå direkte til lagmannsretten uten behandling i tingretten.
- Om forvaltningsdomstolen administrativt skal være knyttet til de ordinære domstolene og Domstoladministrasjonen, for eksempel som en egen avdeling ved Oslo tingrett, for å nyttiggjøre seg av eksisterende fellestjenester.

Det ligger i kjernen av utvalgets oppdrag å utrede de økonomiske og administrative konsekvensene av en eventuell forvaltningsdomstol, jf. hensynet til effektivitet. Utvalget skal utrede konsekvensene av både opprettelsen av og den langsiktige driften av en forvaltningsdomstol. Utvalget skal presentere minst to mulige domstolsordninger. Én av disse skal være basert på at den samlede ressursbruken til klagebehandling på utlendingsfeltet skal bli redusert, uendret eller øke minst mulig. Utvalget skal vurdere hvilke konsekvenser de ulike alternativene vil ha for de alminnelige domstolene.

Utvalget skal også utrede hvilke lovendringer som er nødvendige for å gjennomføre de domstolsordninger som presenteres, og komme med forslag til lovtekst i samsvar med anbefalingene fra Justis- og beredskapsdepartementet i veilederen» Lovteknikk og lovforberedelse (utgitt mars 2000).

Utvalget skal innhente informasjon om klageinstanser og erfaringer i andre land. Sverige og Finland må antas å være særlig interessante, ettersom disse landene har etablert domstolsordninger på utlendingsfeltet. Utvalget skal gi en oversikt over Norges menneskerettslige og øvrige internasjonale forpliktelser, og vurdere hvordan utvalgets forslag er i overensstemmelse med disse.

Departementet bemerker at kapittel 8 i NOU 2010:12 Internasjonale konvensjoner og EU- rett bør kunne danne et naturlig utgangspunkt for en oppdatert fremstilling.

Utvalget har ikke i oppdrag å utrede mulige endringer innenfor dagens ordning med et forvaltningsorgan som klageinstans.

4. Hurtigspor i domstolene for enkelte sakstyper i straffesakskjeden

4.1 Bakgrunn

I regjeringsplattformen av 7. oktober 2013, fremgår det at Regjeringen vil:

Utrede etablering av hurtigdomstoler innenfor avgrensede områder.

Det antas at en raskere og mer effektiv straffesakskjede vil virke preventivt og kostnadsbesparende.

4.2 Oppdrag

Utvalget skal identifisere sakstyper innenfor straffesakskjeden hvor det anses formålstjenlig med et eget hurtigspor. Det skal særlig vurderes om det er sakstyper der hurtigere behandling enn i dag vil kunne forhindre at personer kan unndra seg straffeansvar eller vil kunne medvirke til en bedre samlet ressursutnyttelse.

Med hurtigspor menes raskere saksbehandling innenfor dagens domstolstruktur, og ikke en opprettelse av egne domstoler.

Utvalget skal peke på hvilke muligheter og praktiske utfordringer som aktualiseres ved opprettelsen av hurtigspor.

Utvalget må i sitt arbeid ta i betraktning straffeprosesslovutvalgets arbeid med ny straffeprosesslov. Formålet med deres arbeid er en mer effektiv straffesaksavvikling. Vi gjør oppmerksom på høringen om mulig prøveprosjektet i Oslo vedrørende raskere gjennomføring av straffesaker med enkelt og oversiktlig bevisbilde. Dette prosjektet kan tjene som nyttig erfaringsgrunnlag for utvalget.

5. Generelt

Utvalgsleder kan fastsette arbeidsform slik at det blir en hensiktsmessig behandling av de ulike temaene, herunder foreta en inndeling i arbeidsgrupper/undergrupper ved behov.

Utvalget kan ta opp spørsmål om tolking eller avgrensning av mandatet med Justis- og beredskapsdepartementet og Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.

Departementene kan supplere mandatet ved behov.

En viktig del av utvalgets arbeid blir å sørge for innspill fra og dialog med berørte aktører og andre med interesse for arbeidet. Utvalget skal, i samråd med departementene nedsette bredt sammensatte referansegrupper.

Utvalgets arbeid skal resultere i en NOU, som skal legges frem for Justis- og beredskapsdepartementet og Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Arbeidet skal være slutført innen 31.01.2017 (i overkant av 18 mnd.).»

1.3 Utvalgets arbeid

Utvalget hadde sitt første møte 1. september 2015, og har hatt til sammen 15 samlinger, hvorav syv har gått over to dager (én over tre dager).

Den 16. november 2015 besøkte utvalget Utlendingsnemnda (UNE), der direktør Ingunn-Sofie Aursnes, assisterende direktør Ketil Larsen og øvrige medarbeidere redegjorde for virksomheten i UNE. Påfølgende dag besøkte utvalget Oslo tingrett, der det ble redegjort for domstolens arbeid med foreldretvister og barnevernsaker, fra blant annet Domstoladministrasjonens direktør Sven Marius Urke og sorenskriverne Geir Engebretsen (Oslo tingrett), Elisabeth Løvold (Sør-Gudbrandsdal tingrett) og Unni Sandbukt (Nord-Troms tingrett).

Under utvalgsmøte 8. desember 2015 redegjorde psykolog Judith van der Weele for erfaringer og refleksjoner om minoriteters møte med det norske systemet for barnevernsaker og foreldretvister. Videre redegjorde direktør for Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, Pernille Pettersen Smith, for sine betraktninger om fylkesnemndenes rolle og funksjon.

Den 26.–28. januar 2016 var utvalget på studie-reise med besøk til Förvaltningsrätten i Stockholm og Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin. I den svenske domstolen redegjorde blant annet lagmannen Gudrun Antemar for domstolens virksomhet, rådmannen Gunnar Gustafson og föredraganden Kristina Kasvai Simon om migrationsdomstolens arbeid med utlendingssaker, og chefsrådmannen Anna Maria Åslundh-Nilsson og rådmannen Maria Dahlberg om barnevernsaker i domstolen. I det tyske ministeriet ble det avholdt et møte med sek-

sjonsleder Heiko Wagner om domstolenes behandling av familiesaker.

Etter forutgående henvendelse til relevante organisasjoner og institusjoner med invitasjon til referansegrupper, avholdt utvalget den 16. og 17. juni 2016 møte med henholdsvis referansegruppen for spørsmål om særdomstol mv. for barne- og familiesaker, og referansegruppen for spørsmål om forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet. Under møtet 16. juni om barnesaker ble det fremført innlegg fra representanter for Domstoladministrasjonen, Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, Fredrikstad tingrett, Stavanger tingrett, Kommuneadvokaten i Trondheim, Forandringsfabrikken, Juridisk rådgivning for kvinner, Den norske Dommerforening, Fylkesnemndsledernes forening og Profesjonsrådene for barnevernspedagoger og sosionomer. Under møtet 17. juni om forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet ble det fremført innlegg fra representanter for NOAS, Selvhjelp for innvandrere og flyktninger, Antirasistisk senter, Røde Kors, Den Norske Advokatforening, Den norske Dommerforening, Oslo tingrett, Utlendingsdirektoratet og UNE. Innleggene ble fulgt av diskusjon på bakgrunn av nærmere angitte problemstillinger begge dager. I etterkant av møtene har utvalget mottatt enkelte skriftlige innspill.

Videre har utvalgets leder og sekretariat hatt et møte med professor Inge Lorange Backer og pensjonert høyesterettsdommer Karin Bruzelius om utfordringer knyttet til dagens system for behandling av barnesaker, og mulige regelverkstiltak. For øvrig har sekretariatet hatt møte med representanter for Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, og med enkelte privatpersoner som har henvendt seg til utvalget.

Underveis i arbeidet har utvalget innhentet en del tallmateriale og annen informasjon fra blant annet Domstoladministrasjonen, domstoler, Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, og UNE.

Utvalgets sekretariat har hatt kontorer i Justis- og beredskapsdepartementet, og vært administrativt tilknyttet Sivilavdelingen i departementet.

Kapittel 2

Sammendrag

2.1 Hovedspørsmål og konklusjoner

Denne utredningen dreier seg i hovedsak om domstoler bør avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, og om en domstol bør være klageinstans for avgjørelser fra Utlendingsdirektoratet. Utvalgets mandat snevner inn spørsmålene, ved at det angir alternativer til dagens ordning som utvalget skal vurdere. På bakgrunn av mandatet, kan hovedspørsmålene konkretiseres slik:

- Foreldretvister avgjøres i dag av domstolene, med tingrettene som første instans. Saker om tvang etter barnevernloven avgjøres av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, med adgang for partene til å bringe fylkesnemndas avgjørelse inn for tingretten. Bør dagens ordning endres, slik at de to sakstypene behandles av samme avgjørelsesorgan?
- Hvis de to sakstypene skal behandles av samme avgjørelsesorgan, hvilket organ bør dette i så fall være; en egen særdomstol for barne- og familiesaker, tingrettene eller fylkesnemndene?
- I dag er Utlendingsnemnda klageinstans for avgjørelser fra Utlendingsdirektoratet. Bør Utlendingsnemndas oppgaver overtas av en forvaltningsdomstol? Hvordan bør en slik domstol i så fall organiseres?

Veien til et svar på disse spørsmålene, er brolagt med underspørsmål av forskjellig karakter. Hvilke utfordringer byr dagens ordninger på? Kan utfordringene avhjelpes på andre, kanskje enklere måter enn gjennom organisatoriske endringer? Hvordan bør saksbehandlingen være med en eventuell ny organstruktur, og hvorvidt bør avgjørelser fra en ny domstol kunne ankes inn for de alminnelige domstolene? Under disse spørsmålene ligger det en rekke ytterligere spørsmål. Problemstillingene er tett sammenvevet, blant annet ved at man vanskelig kan vurdere verdien av en mulig, ny organstruktur uten

å legge inn en rekke premisser for hva den nye løsningen nærmere bestemt skal gå ut på.

Gjennom arbeid med en rekke slike spørsmål, har utvalget kommet frem til følgende hovedkonklusjoner:

- Det bør høre under tingrettene å avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans.
- For å sikre at sakene behandles i et sterkt fagmiljø med bred erfaring fra slike saker, bør foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven behandles i bare noen av landets 63 tingretter. For å hindre at verdifull kompetanse går tapt i en overgangsperiode, mener utvalgets flertall at dagens fylkesnemndsledere bør utnevnes til dommere i de tingrettene som skal behandle slike saker.
- Etter oppfatningen til utvalgets flertall, bør bare dommere som gjennomgår en særskilt og obligatorisk opplæring, blant annet om vurdering av omsorgskompetanse og barns utvikling, behov og fungering, kunne behandle foreldretvister, saker om tvang etter barnevernloven, og saker om barnebortføring.
- Det anbefales ikke å opprette en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Utfordringer knyttet til kontradiksjon og adgang til å fremstille sin sak muntlig, bør ivaretas gjennom nye regler for saksbehandlingen i Utlendingsnemnda.

2.2 Fellestrekk ved hovedspørsmålene

De hovedspørsmålene om behandling av foreldretvister, saker om tvang etter barnevernloven og utlendingssaker som er beskrevet ovenfor, har noen fellestrekk. Ett av dem er at de gjelder spørsmål om en gruppe saker bør behandles i domstolene, eller om de i første omgang bør behandles i en nemnd innenfor forvaltningen (henholdsvis fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker og Utlendingsnemnda). Videre reiser de spørsmål om opprettelse av særdomstoler ved siden av de alminnelige domstolene. Særdomstoler kjenne-

tegnes ved at de behandler et smalere spekter av saker enn de alminnelige domstolene. I spørsmål om særdomstoler, ligger det dermed implisitt også et spørsmål om spesialiserte domstoler og spesialiserte dommere.

I del II i utredningen redegjør utvalget kort for hovedtrekkene i det norske domstolsapparatet, og for særdomstoler og nemnder i dag. Det ligger i beskrivelsen at domstolsapparatet i det alt overveiende består av alminnelige domstoler, og bare få særdomstoler. Samtidig praktiseres det en viss spesialisering innenfor de alminnelige domstolene. Reelt sett løses dessuten svært mange tvister av forskjellige nemnder, som formelt sett ikke er domstoler. I kapittel 5.4 drøfter utvalget på generell basis fordeler og ulemper ved alminnelige domstoler, særdomstoler og spesialisering i domstolene. Det uttales blant annet at utvalget mener at Norge generelt har et godt domstolsapparat, og at det støtter innretningen med hovedsakelig generelle domstoler og dommere som behandler saker over et bredt fagfelt. På noen områder kan det likevel være behov for tiltak for å sikre et tilstrekkelig høyt faglig nivå og engasjement for de sakene som behandles.

Et annet fellestrekk ved hovedspørsmålene ovenfor, er at de saksområdene de gjelder, fullt ut eller i mange tilfeller berører barn og deres livsbetaingelser. Grunnloven, internasjonale konvensjoner og den alminnelige lovgivningen oppstiller særskilte krav til behandlingen av saker som berører barn, gjennom krav til vektlegging av hensyn til barnets beste, og til høring av barn. I del III gjennomgås sentrale sider ved disse kravene for behandling av foreldretvister, saker om tvang etter barnevernloven og utlendingssaker. I kapittel 9.3 konstaterer utvalget at systemet for behandling av disse sakene må være innrettet på en måte som legger til rette for å oppfylle forpliktelsene knyttet til barnets beste og høring av barn. Etter utvalgets vurdering er det mulig å oppfylle disse forpliktelsene innenfor alle de alternativene for organiseringen som utvalget etter mandatet skal vurdere.

Forpliktelsen til å høre barn kan oppfylles på ulike måter, herunder både ved at barnet uttaler seg direkte overfor den eller dem som skal avgjøre saken, og ved at det uttaler seg indirekte, gjennom en talsperson. Utvalget har inntrykk av at praksis for hvordan barn høres varierer, kanskje mer enn forholdene i den enkelte sak tilsier. Det anbefaler derfor at det foretas en nærmere utredning om høring av barn på ulike fagfelt, med oppmerksomhet blant annet mot hvordan høringen bør gjennomføres.

2.3 Nærmere om behandlingen av barnesakene

Utvalget bruker uttrykket «barnesaker» som en fellesbetegnelse på foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. Spørsmålene om hvem som bør treffe avgjørelse i barnesakene, behandles i utredningens del IV. Fremstillingen der starter med en redegjørelse for dagens ordning, først for foreldretvistene, deretter for barnevernsakene. Videre redegjøres det i kapittel 12 for tidligere vurderinger av hvilke organer som bør behandle disse sakene. Dagens system med behandling av barnevernsaker i fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker ble innført i 1992, etter kritikk mot saksbehandlingen i de kommunale barnevernsnemndene. Kapittel 12 viser at mange av de spørsmålene om organiseringen for barnesakene som drøftes i denne utredningen, har vært vurdert tidligere. Mandatet for dette utvalget indikerer at organiseringen likevel ikke har falt helt «på plass».

I kapittel 15 går utvalget nærmere inn på spørsmålet om hvor utfordringene ligger. Det pekes blant annet på at foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven er spesielle sammenlignet med mange andre sakstyper ved at avgjørelsene skal bygge på en vurdering av hvordan forholdene vil utvikle seg fremover under ulike forutsetninger, ut over en ren tolkning og subsumsjon under rettslige kriterier. Noen av avgjørelsene er dessuten av de mest alvorlige og inngripende overfor enkeltpersoner som samfunnet kan treffe.

Det foreligger mer psykologisk og barnefaglig forskning enn før. Den som skal avgjøre saker om barns fremtidige omsorgssituasjon, må ha tilstrekkelig innsikt i slike fagområder til å analysere betydningen og kvaliteten av faglige synspunkter fra representanter for barneverntjenesten, og fra sakkyndige. Videre må de kunne formidle disse synspunktene til andre som skal delta i avgjørelsen av saken. Flere har tatt til orde for at det er behov for mer barnefaglig kompetanse i domstolene. Domstoladministrasjonen og domstolene har hatt større oppmerksomhet mot barnesaker de siste årene, og det er iverksatt ulike kompetansehevede tiltak. I noen domstoler er det dessuten innført en viss spesialisering for slike saker. Utvalget mener at det kan være en svakhet ved kompetansetiltak at de ikke er obligatoriske. Samtidig er det en fordel at dommere har en viss bredde i saksporteføljen.

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker er formelt sett forvaltningsorganer. Utvalget

slutter seg til tidligere vurderinger av at fylkesnemndene generelt oppfyller de kravene til forsvarlig saksbehandling som barnevernsakene krever. Reguleringen av fylkesnemndas uavhengighet er imidlertid utydelig. Dette gir et svakt utgangspunkt for å etablere tillit til at fylkesnemndene treffer avgjørelser på uavhengig basis. At barnevernet og fylkesnemndene tilhører samme sektor, bidrar også til utydelighet om dette. Særlig fordi prinsippet om uavhengighet da ville komme tydeligere til uttrykk, antar utvalget at tilliten til fylkesnemndene generelt i befolkningen ville vært noe høyere dersom disse nemndene formelt sett var domstoler.

I dag bringes relativt mange av vedtakene fra fylkesnemndene inn for domstolene. I tingretten undergis fylkesnemndas vedtak om tvang en ny, full prøving. Mange av vedtakene fra fylkesnemndene blir stadfestet i tingretten, og det kan reises spørsmål om omfanget av prøvingen i tingretten står i samsvar med det som kommer ut av prøvingen. Uansett bør det være et mål at sakene undergis en grundigst behandling i første instans. Dagens system er relativt ressurskrevende. Ordningen med at det er fylkesnemndene som treffer vedtak om tvang etter barnevernloven, innebærer videre at slike saker i prinsippet kan behandles gjennom fire instanser. En så omfattende behandling kan bety lang tid med usikkerhet om omsorgssituasjonen. Dette avhjelpest ved at ankebehandling i lagmannsretten krever samtykke, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd. Denne mekanismen har imidlertid også enkelte ulemper, blant annet at sakstilfanget til Høyesterett på dette området blir forholdsvis lite.

I noen tilfeller er ett og samme barn involvert både i en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven, enten ved at sakene løper samtidig, eller ved at de er til behandling nært i tid («dobbeltsporsaker»). I slike situasjoner kan de involverte måtte gjennomføre flere prosesser, og de kan måtte forklare seg eller uttale seg flere ganger om de samme temaene, for å få avgjort de ulike aspektene i saken. Videre kan situasjonen innebære at hverken domstolene eller fylkesnemnda har et godt utgangspunkt for å vurdere barnets situasjon helhetlig og samlet, og det kan oppstå vanskelige spørsmål blant annet om hvilken sak som bør behandles først. Regelverket gir visse muligheter for å kunne samordne prosessene, men mye tyder på at disse verktøyene ikke er tilstrekkelige til å sikre en totalt sett god ramme for det offentliges behandling av sakene i slike tilfeller.

Utvalget har gjennomført en spørreundersøkelse rettet mot fylkesnemndene og 19 tingretter, med spørsmål om forekomsten av dobbeltsporsaker og utfordringer knyttet til dem (kapittel 15.4). Undersøkelsen har mange begrensninger, blant annet ved at den bare gir et «øyeblikksbilde» fra våren 2016. Den har imidlertid bekreftet at disse sakene byr på særskilte utfordringer, som i noen grad kan avbøtes ved samordning. Resultatene fra undersøkelsen indikerer blant annet at det kan være lettere å oppnå en samordnet behandling ved å legge begge sakstypene til samme avgjørelsesorgan. Tallmaterialet tyder på at dobbeltsporsakene utgjør bare en liten andel av den samlede saksmengden (5,6 % av de foreldretvistene og barnevernsakene som var til behandling i fylkesnemndene og de aktuelle tingrettene da undersøkelsen ble gjennomført). Et relativt lite omfang tilsier at utfordringene knyttet til dobbeltsporsakene ikke i seg selv kan begrunne omfattende organisatoriske endringer. Samtidig er utfordringene såpass betydelige for dem som rammes, at de krever tiltak.

I kapittel 16 oppstiller utvalget følgende grunnleggende krav til de instanser som skal avgjøre barnesakene, og til saksbehandlingen der:

- Avgjørelsesorganet må bestå av dommer eller fylkesnemndsleder
 - med god juridisk kompetanse,
 - med psykologfaglig og barnefaglig innsikt,
 - med forståelse for ulike etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunner,
 - med gode evner til konfliktløsning, og
 - som er forankret i et sterkt fagmiljø.
- Avgjørelsesorganet må disponere fagkyndighet, enten gjennom egen sammensetning eller i form av sakkyndig bistand.
- Avgjørelsesorganet må være uavhengig, og generelt ha stor tillit i befolkningen.

Saksbehandlingen bør tilfredsstillende følgende krav:

- Saksbehandlingen må ivareta partenes rettsikkerhet.
- Sakene må behandles så raskt som hensynet til de involverte tilsier.
- Saksbehandlingen må være preget av hensynfullhet og respekt for partenes verdighet.
- Saksbehandlingen bør ikke være urimelig kostnadskrevende eller unødig belastende for de involverte.

Etter utvalgets syn er beslutningstakernes kompetanse og tilliten til avgjørelsesorganet, det sentrale for vurderingen av hvilket organ som bør behandle barnesakene.

I kapittel 17 skisserer utvalget fem ulike modeller for hvem som skal avgjøre foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven. Beskrivelsen omfatter:

- En modell med egne barne- og familiedomstoler (som særdomstol)
- En modell der tingrettene behandler både foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (i det følgende kalt tingrettsmodellen)
- En modell der fylkesnemndene behandler både foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (i det følgende kalt fylkesnemndsmodellen)
- En modell med egne barnevern- og sosialdomstoler (som særdomstol)
- En modell der hovedinnretningen i dagens system beholdes (status quo)

Et valg mellom de ulike modellene krever avklaring av en lang rekke premisser for hva hver av dem nærmere vil gå ut på. I kapittel 18 drøftes derfor en del slike spørsmål om innholdet i de ulike modellene. Det første spørsmålet, er hvilke «tilgrensende» saker som bør høre under et eventuelt felles avgjørelsesorgan for foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven (kapittel 18.1). Der omtaler utvalget blant annet de øvrige sakene som i dag hører under fylkesnemndene, og saker om internasjonal barnebortføring.

I kapittel 18.2 drøfter utvalget hva som bør følge av det grunnleggende kravet om at sakene skal behandles i et sterkt fagmiljø. Det er vanskelig å angi helt presist hva som skal til for å oppnå dette, og behovet må ses i sammenheng blant annet med ulempene ved lang reisevei for de involverte. Med egne barne- og familiedomstoler, mener utvalget at antallet slike domstoler bør være anslagsvis 15. Med tingrettsmodellen kan antallet tingretter med barnesaker være noe høyere enn 15 uten at det går ut over størrelsen på fagmiljøet for barnesakene, siden dommere i tingrettene kan behandle andre saker i tillegg til barnesakene. Hvor mange, og hvilke, tingretter som skal behandle barnesaker i tingrettsmodellen, bør vurderes nærmere. Det er noe ulike syn innad i utvalget på vektleggingen av de ulike hensyn, men totalt sett mener utvalget at antall tingretter med slike saker bør ligge et sted mellom 20 og 30. Med fylkesnemndsmodellen vil det være naturlig å ta utgangspunkt i dagens struktur med tolv fylkesnemnder, men vurdere å øke antallet noe. Også med dagens ordning for hvem som behandler hvilke saker, kan det etter utvalgets vurdering styrke kvaliteten i saksbehandlingen å samle foreldretvistene og sakene om overprøving

av fylkesnemndas vedtak om tvang etter barnevernloven, i bare noen tingretter.

Utvalget mener at dommere som behandler saker om barn, bør ha en særskilt kompetanse for dette, ut over den generelle dommerkompetansen. For å sikre dette, bør det etableres et opplæringsløp, i form av et grunnprogram og jevnlig oppdateringer. Dette behandles i kapittel 18.3. Flertallet i utvalget går inn for at opplæringen skal være obligatorisk, og lovfestes. Ett av utvalgsmedlemmene er uenig i at det skal lovfestes et særskilt krav til opplæring for dommere, og mener at den spesialiseringen for barnesakene som er nødvendig, bør oppnås gjennom moderat spesialisering i tingrettene, og en rulleringsordning.

Både fylkesnemndene og domstolene besitter kompetanse for barnesakene som det er helt sentralt å bevare, også gjennom organisatoriske endringer. Innføring av egne barne- og familiedomstoler eller tingrettsmodellen vil innebære at fylkesnemndene ikke videreføres som egne organer. Utvalgets flertall mener at fylkesnemndene bør innlemmes i de tingrettene som skal behandle barnesaker, ved at fylkesnemndslederne utnevnes til tingrettsdommere der, se kapittel 18.4. To av utvalgsmedlemmene mener at de aktuelle tingrettenes behov for dommerressurser bør dekkes gjennom den ordinære prosedyren for utnevning av dommere.

Utvalget har vurdert om det bør lovfestes et krav om avdelinger eller faggrupper, men har ikke samlet seg om et slikt forslag.

Selv om det etableres et felles avgjørelsesorgan for foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven, vil ikke en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven automatisk kunne forenes til felles behandling. I kapittel 18.5 drøftes det om slik forening bør kunne skje, både i en eventuell ny ordning med et felles avgjørelsesorgan og med dagens organstruktur. Som fremstillingen der viser, har spørsmålet både prinsipielle og praktiske implikasjoner. Etter utvalgets syn bør de positive sidene for barn og foreldre ved at sakene kan behandles sammen, veie tyngre enn ulempene.

Særlig tingrettsmodellen og modellen med egne barne- og familiedomstoler reiser spørsmål om hvilke regler som bør gjelde for ankebehandling av en avgjørelse fra disse domstolene. Siden barnevernsakene med disse modellene ikke lenger vil være behandlet i fylkesnemnda, kan dagens regel om at ankebehandling av tingrettens dom i slike saker er betinget av samtykke fra lagmannsretten, etter utvalgets mening ikke videreføres, se kapittel 18.7. Utvalget mener at spørsmå-

let om ankebehandling og ankenektelse for barnevernsaker bør reguleres særskilt, se forslag til barnevernloven § 7-27 fjerde ledd. Når det gjelder innholdet i bestemmelsen, har utvalget delt seg. Flertallets forslag innebærer at anke over tingretts dom om omsorgsovertakelse eller samtykke til adopsjon, ikke skal kunne nektes fremmet. For andre elementer i en barnevernsak (eksempelvis spørsmål om endring av samvær, eller om tilbakeføring av omsorg), ligger det i bestemmelsen at lagmannsretten skal kunne nekte ankebehandling når anken gjelder spørsmål som det ikke er grunn til å prøve, etter nærmere angitte kriterier. To utvalgsmedlemmer går inn for at denne adgangen for lagmannsretten til å nekte ankebehandling, skal være generell.

Etter drøfting av en rekke sentrale hensyn, følger det av kapittel 19.6 at utvalget mener at den beste løsningen vil være at både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven legges til noen av landets tingretter.

I kapittel 20 drøfter utvalget enkelte andre tiltak for behandlingen av barnesaker enn det som gjelder spørsmålet om hvilket organ som skal avgjøre dem. Ett av dem er om barnevernet bør kunne ha en rolle i behandlingen av foreldretvister, enten ved å kunne anlegge søksmål om foreldreansvar, fast bosted eller samvær, ved å kunne opptre som part eller partshjelper i foreldretvister, eller ved å ha enkelte utvalgte partsrettigheter. Utvalget går ikke inn for at barneverntjenesten skal kunne ha en slik rolle i foreldretvister.

Et annet spørsmål er om fylkesnemnda, i forbindelse med en sak om omsorgsovertakelse, bør kunne fastsette at barnet skal ha fast bosted hos den andre forelderen enn den barnet hittil har hatt fast bosted hos. Dette spørsmålet drøftes i kapittel 20.4. Et flertall i utvalget mener at fylkesnemnda bør kunne ha en slik mulighet i tilfeller der vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt, og den forelderen som barnet hittil ikke har bodd hos, har omsorgsevne og ønsker å ha barnet boende hos seg. Tre av utvalgets medlemmer går ikke inn for at fylkesnemnda skal kunne overføre barnets faste bosted mellom foreldrene på denne måten.

Sakkyndighet kan komme inn på flere stadier og på flere måter i foreldretvister og barnevernsaker. Når det innhentes rapporter fra sakkyndige, kan disse bli en sentral del av avgjørelsesgrunnlaget. Derfor er det særdeles viktig at bidrag fra sakkyndige holder en god faglig standard. I kapittel 21 drøftes enkelte spørsmål tilknyttet sakkyndige. Ett av dem er om sakkyndigrapporter i foreldretvister bør vurderes av Barnesakkyndig kommisjon, slik ordningen er for sakkyndigrapporter i

barnevernsaker. Utvalget mener at det er god grunn til å være opptatt av kvaliteten på sakkyndigrapporter også i foreldretvister, og å styrke det formelle rammeverket rundt sakkyndigoppdraget. Utvalget går derfor inn for at slike utredninger i foreldretvister skal forelegges for Barnesakkyndig kommisjon.

2.4 Nærmere om behandlingen av utlendingssakene

Spørsmål om det bør etableres en forvaltningsdomstol for utlendingssaker drøftes i utredningens del V. Fremstillingen der starter med en redegjørelse for dagens ordning på utlendingfeltet. Vedtak i saker etter utlendingloven og statsborgerloven treffes i de fleste tilfeller av Utlendingsdirektoratet (UDI), og kan påklages til Utlendingsnemnda (UNE). Både UDI og UNE er forvaltningsorganer, underlagt instruksjonsmyndighet fra departementet. Instruksjonsmyndigheten er imidlertid begrenset, for saker etter utlendingens vedkommende ved at departementet ikke kan instruere om utfallet av enkelt saker. Sakene i UNE skal avgjøres i nemndmøte med en nemndleder og to nemndmedlemmer hvis det er tvil om spørsmål av betydning for utfallet av saken (saker av prinsipiell betydning eller med store samfunnsmessige eller økonomiske konsekvenser mv. skal avgjøres av en stornemnd). For øvrig kan sakene avgjøres av en nemndleder eller av sekretariatet på grunnlag av delegert myndighet.

UNE har eksistert siden 2001. Før den tid ble klagesaker avgjort i departementet. Innretningen av klageordningen på utlendingfeltet er vurdert tidligere, både før og etter opprettelsen av UNE. Kapittel 28 gir en redegjørelse for tidligere vurderinger av klageordninger på utlendingfeltet.

I Sverige behandles klager over vedtak fra utlendingsforvaltningen (Migrationsverket) av en egen migrationsdomstol, som er en del den alminnelige forvaltningsdomstolen. I tillegg har man en egen migrationsoverdomstol. Den svenske, og enkelte andre lands ordninger, beskrives kort i kapittel 29. Fremstillingen der viser at det er vesentlige ulikheter i utgangspunktene for organiseringen i de to landene, blant annet ved at Sverige har alminnelige forvaltningsdomstoler, og ikke samme tradisjon som Norge med domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Med sentrale ulikheter mellom det svenske og det norske systemet, ser ikke utvalget den svenske ordningen som et tungtveiende argument for å etablere en forvaltningsdomstol for utlendingssaker i Norge.

Kapittel 31 tar opp enkelte utfordringer ved dagens norske ordning. Det er vanskelig å måle tillit, men det er indikasjoner på at UNE har en utfordring med hensyn til å ha tillit, ikke minst hos egne brukere. Videre er det en utfordring at mange av de som får avslag på sine søknader, ikke etterlever vedtaket. For øvrig har organisasjoner og advokater på utlendingsfeltet fremsatt kritikk mot saksbehandlingen i UNE, blant annet ved å hevde at utlendingen i for få tilfeller får anledning til å fremlegge sin sak muntlig for nemnda, og at retten til innsyn og kontradiksjon ikke ivaretas godt nok. Utvalget har ikke selv gjennomført noen evaluering av UNE, og tar ikke stilling til om kritikken er holdbar. Det er imidlertid et problem i seg selv at viktige samfunnsaktører mener at prosessen ikke gir en tilstrekkelig god behandling av sakene. I tillegg er det en utfordring at saksmengden på utlendingsfeltet varierer betydelig, og at svingningene særlig i antall asylsøkere kan være vanskelige å forutsi.

Om det bør etableres en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, kan avhenge av hvordan en slik domstol i tilfelle skal være innrettet og arbeide. I kapittel 32 har utvalget derfor beskrevet hvordan en slik domstol vil kunne utformes. Beskrivelsen der går ut på at det i tilfelle opprettes én slik domstol. Anke over avgjørelser fra domstolen bør gå til de alminnelige domstolene, siden det følger av Grunnloven at Høyesterett dømmer i siste instans. Etter utvalgets syn bør lagmannsretten være ankeinstans for avgjørelser fra forvaltningsdomstolen, og domstolen bør høre under Domstoladministrasjonens arbeidsområde. Dommerne ved forvaltningsdomstolen bør oppfylle de samme kravene til alder og kvalifikasjoner som andre dommere, de bør utnevnes på samme måte, og være uavhengig i sin dømmende virksomhet på linje med dommere ved andre domstoler.

Saksbehandlingen for en forvaltningsdomstol må innrettes slik at den ivaretar partenes behov for rettssikkerhet på en forsvarlig måte. Innledningsvis i kapittel 32.7 peker utvalget på to ulike hovedinnretninger for en prosess; en partsprosess med to likestilte parter som selv setter rammene for saken gjennom sine disposisjoner, og en utredningsprosess der den som skal avgjøre saken, også har ansvaret for opplysningen av saken. Domstolsprosessen i Norge er en partsprosess, mens prosessen etter forvaltningsloven i utgangspunktet er en utredningsprosess. Utvalget peker på at modellene partsprosess og utredningsprosess kan plasseres som to ulike punkter på en skala der det finnes mellomformer med inn-

slag av begge. Blant annet er det mulig å supplere partsprosessen med materiell prosessledning og en selvstendig plikt for dommeren til å sørge for sakens opplysning. Utvalgets beskrivelse av prosessen for en forvaltningsdomstol for utlendingsaker går ut på at prosessen skal være en partsprosess med utlendingen og UDI som parter, og slik at partene har hovedansvaret for å utrede sakens faktum og fremlegge bevis. For å sikre at domstolen får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, bør likevel forvaltningsdomstolen kunne be partene om opplysninger, pålegge dem å fremlegge bevis, og oppnevne sakkyndige. Avgjørelsen av saken må videre baseres på faktiske forhold som partene har hatt foranledning til å kommentere.

Behandlingsformen for en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet vil måtte være skriftlig. Fordi en slik domstol vil måtte behandle et meget stort antall saker, er det ikke realistisk å legge til grunn at det vil kunne avholdes muntlige forhandling i like mange av sakene, og på samme måte, som det avholdes hovedforhandling i de alminnelige domstolene. Utvalget foreslår derimot en ordning med behandlingsmøter, der partene gis adgang til – i et mindre format – å møte personlig og uttale seg om nærmere definerte sider ved saken. I utvalgets skisse til en forvaltningsdomstol er ikke regelen om behandlingsmøte knyttet sammen med spørsmålet om retten i det aktuelle tilfellet skal være satt med meddommere.

Det følger av Norges internasjonale forpliktelser at en anførsel om nye faktiske forhold må vurderes før en utlending som søker om beskyttelse, returneres. Også med en forvaltningsdomstol vil man måtte ha et system for slike vurderinger. UNE behandler hvert år et stort antall begjæringer om omgjøring av egne avgjørelser. Domstoler omgjør normalt ikke egne dommer. Dermed vil det heller ikke være naturlig at en forvaltningsdomstol for utlendingssaker behandler slike anmodninger. Utvalgets beskrivelse av forvaltningsdomstolen går ut på at det er UDI som skal behandle anmodninger om omgjøring av avgjørelser fra domstolen.

Kapittel 33 gir uttrykk for utvalgets vurdering av om det bør opprettes en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Etter en kort gjennomgang av hva som generelt ligger i hensynene til rettssikkerhet, legitimitet, effektivitet og politisk styring, går utvalget noe nærmere inn på hvert av dem, knyttet til det spørsmålet som utvalget skal vurdere. Det fremgår av kapittel 33.7.1 at utvalget ikke kan anbefale at det opprettes en forvaltningsdomstol. Det er tre hovedgrunner til at utvalget trekker denne slutningen. Den ene er at en slik

endring medfører behov for en egen prosessordning tilpasset behandling av en stor mengde saker. Med en slik innretning, kan det bli vanskeligere å oppnå tillit til en slik domstol enn det er for de alminnelige domstolene. Den andre hovedgrunnen er det synet på behov for politisk styring som preger utlendingsfeltet. Etter utvalgets syn bør ikke en forvaltningsdomstol kunne styres på samme måte som departementet styrer UNE gjennom instruks, tildelingsbrev og styringsdialog. Den tredje grunner er at de rettssikkerhetsmessige fordeler som opprettelsen av en forvaltningsdomstol vil innebære, etter utvalgets mening langt på vei vil kunne oppnås innenfor dagens organisering av UNE. Avslutningsvis i kapittel 33 gir utvalget en skisse til bestemmelser som kan bidra til å styrke kontradiksjonen i saksbehandlin-

gen for UNE, og til at det åpnes for muntlige innslag i flere saker enn i dag.

2.5 Til slutt i sammendraget

Utvalgets mandat omfatter også «å identifisere sakstyper innenfor straffesakskjeden hvor det anses formålstjenlig med et eget hurtigspor». Dette temaet behandles i del VI. Som det fremgår der, nøyter utvalget seg for dette temaet i hovedsak med å vise til et prøveprosjekt som pågår i Oslo tingrett, vurderinger fra straffeprosessutvalget, og til den videre oppfølgingen av disse arbeidene.

Utvalgets vurderinger er enstemmige der ikke annet fremgår.

Del II

Særdomstoler – bakgrunn og sentrale hensyn

Kapittel 3

Generelt om det norske domstolsapparatet

3.1 Generelt

Den dømmende makt i Norge består av alminnelige domstoler og enkelte særdomstoler. De alminnelige domstolene er hierarkisk ordnet i tre nivåer; Høyesterett, lagmannsrettene og tingrettene. Mens Høyesterett dekker hele landet, er det i dag seks lagmannsretter og 63 tingretter. I Oslo er det en egen domstol – Oslo byfogdembete – som behandler namsrettssaker, skiftesaker og enkelte andre typer saker som ellers i landet hører under tingretten.

Norge har ikke egne forvaltningsdomstoler, men den som er berørt av et forvaltningsvedtak, kan bringe vedtaket inn for de alminnelige domstolene for prøving av vedtakets gyldighet. Forvaltningsvedtak som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, og som regulerer rettigheter eller plikter for private, kan dessuten som hovedregel påklages til et overordnet forvaltningsorgan. Det følger av loven at forvaltningen kan bestemme at det ikke kan reises søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak før adgangen til administrativ klagebehandling er benyttet.

På noen områder er det etablert særskilte klageorganer som bemannings- og saksbehandlingsmessig har en del fellestrekk med domstolene. Trygderetten er eksempel på et slikt «domstolslignende» organ. Slike klageorganer er ikke en del av domstolsapparatet, og deres avgjørelser kan bringes inn for de alminnelige domstolene.

De alminnelige domstolene og noen av særdomstolene administreres av Domstoladministrasjonen (DA). DA ble opprettet i 2001, i tråd med anbefaling fra et flertall i Domstolkommisjonen. DAs ansvar omfatter blant annet økonomi, organisasjonsutvikling, kompetansetiltak, kommunikasjonsarbeid, og drift og utvikling av IKT-systemer. Videre ivaretar DA funksjonen som sekretariat for Innstillingsrådet for dommere, og for Tilsynsutvalget for dommere. DA skal bidra til at domstolene blir best mulig i stand til å løse dine oppgaver, herunder ved å legge til rette for en forsvarlig og

effektiv gjennomføring av rettssaker. DA har både en styrings- og en støttefunksjon overfor domstolene, og arbeider for å styrke tilliten til disse. Etableringen av DA var et tiltak for å sikre domstolenes uavhengighet i den dømmende virksomheten.¹

Dommere til de alminnelige domstolene og jordskifterettene utnevnes etter reglene i domstoloven kapittel 3. Det følger av Grunnloven § 21 og domstoloven §§ 55 flg. at dommerne skal utnevnes som embetsmenn av Kongen (i statsråd), på grunnlag av en innstilling fra Innstillingsrådet for dommere. Innstillingsrådet, som består av blant annet tre dommere fra de alminnelige domstolene, gir normalt en begrunnet innstilling av tre kvalifiserte søkere til et ledig dommerembete.² Innstillingen begrenser Kongens myndighet på den måten at dersom det vurderes å utnevne en søker som ikke er innstilt, skal det bes om en uttalelse fra Innstillingsrådet om denne søkeren.³ Innstillingsrådet kan i en del tilfeller også treffe beslutning om konstitusjon i stilling som dommer.⁴

I likhet med ordningen med DA, har reglene om utnevning av dommere etter innstilling fra Innstillingsrådet bakgrunn i anbefalinger fra Domstolkommisjonen. Også reglene om Innstillingsrådet er i noen grad begrunnet ut fra hensynet til domstolenes uavhengighet, og er et element i sikringen mot at dommere utnevnes med avgjørende vekt på andre faktorer enn faglige kvalifikasjoner og personlige egenskaper.⁵

Den som mener seg utsatt for pliktbrudd eller opptreden i strid med god dommerskikk fra en dommer i tjeneste, kan klage en dommer inn for Tilsynsutvalget for dommere, jf. domstol-

¹ NOU 1999: 19 *Domstolene i samfunnet*, kapittel 6.4.

² Regelen om at det skal innhentes innstilling fra Innstillingsrådet gjelder ikke for utnevning av høyesterettsjustitiarius, jf. domstoloven § 55 b siste ledd.

³ Domstoloven § 55 c.

⁴ Domstoloven §§ 55 d flg.

⁵ NOU 1999: 19 kapittel 7.5.1 og 7.5.2.

loven kapittel 12.⁶ Også reglene om Tilsynsutvalget for dommere kom inn i loven etter forslag fra Domstolkommisjonen. Det overordnede formålet med forslaget fra kommisjonens side var å bidra til å unngå at dommere opptrer på en måte som kan skade den alminnelige tilliten til domstolene og dommerne, og å stimulere til gode holdninger hos dommere og utvikling av nærmere retningslinjer for hva som bør anses som god dommerskikk.⁷

3.2 Domstoler og krav til den dømmende virksomheten

3.2.1 Begrepene «domstol» og «dømmende virksomhet»

Når man skal beskrive domstoler og domstolsapparatet i Norge, er det vanlig å ta utgangspunkt i det som Grunnloven og lovgivningen betegner som domstoler. Dette er et formelt domstolbegrep. Skal det gis en full oversikt over den dømmende virksomheten, må man imidlertid ta høyde for at slik virksomhet kan utøves også av organer som ligger utenfor det formelle domstolsapparatet. En slik bredere tilnærming er dessuten nødvendig om man trekker inn i bildet internasjonale krav til dømmende virksomhet. For spørsmål om et avgjørelsesorgan oppfyller internasjonale krav, vil det ikke være avgjørende om organet betegnes som en domstol i nasjonal rett.

En beskrivelse av den dømmende virksomheten krever i sin tur at det vurderes nærmere nettopp hva som er «dømmende virksomhet». Dette kan ikke bestemmes formelt som «det som domstoler gjør», fordi organer som er domstoler i formell eller reell forstand kan utøve både dømmende og andre typer virksomhet. Men domstolbegrepet kan heller ikke fastlegges utelukkende ut fra virksomhetens art, da det kan tenkes at dømmende virksomhet er lagt til et organ som ikke kan betegnes som en domstol ut fra en reell betraktning. Virksomhetens art inngår etter dette som et sentralt moment i fastleggelsen av et reelt eller materielt domstolbegrep. Men i tillegg må et organ oppfylle visse organisatoriske krav for at det skal kunne betegnes som en domstol.

Det er glidende overganger mellom uavhengige klagenemnder og særdomstoler, og kategoriseringen av et organ som det ene eller annet kan bunne i tradisjon, og derfor variere mellom ulike

land. Forskjellige rettslige og politiske tradisjoner kan lede til at noe som i ett land karakteriseres som et forvaltningsorgan, i et annet land blir karakterisert som en domstol. For eksempel ville Trygderetten, Utlendingsnemnda og fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker antakelig blitt regnet som særdomstoler i Frankrike. I Sverige er det opprettet en rekke klagenemnder utenom domstolsystemet, innrettet for å oppfylle kravene til domstol etter EMK artikkel 6, slik at adgang til å gå videre til domstolene kan avskjæres. Klagenemndene er imidlertid ikke formelt sett domstoler i det svenske systemet. I Danmark kan mange av de uavhengige ankenemndene som er opprettet for å behandle klagesaker i forvaltningen, sies å tilfredsstille grunnlovens krav til domstoler. De anses likevel ikke som domstoler idet deres avgjørelser kan bringes inn for de regulære domstolene etter reglene for overprøving av myndighetenes avgjørelser.

Kjernen i dømmende virksomhet er å løse rettstvister mellom to eller flere parter og behandle straffesaker, ved å avgjøre rettsspørsmål på bindende måte med bruk av rettsnormer på kjensgjerninger. Partene behøver ikke å være private. I offentlige straffesaker er den offentlige påtalemyndigheten alltid part. I andre tilfeller kan det offentlige være part enten i kraft av å være myndighetsutøver eller ved å inneha en privatretslig rettsposisjon. Det offentlige kan være så vel saksøker som saksøkt.

Hva den dømmende virksomheten nærmere består i, er sterkt varierende. Ut over dette kan det derfor være vanskelig å fastsette presist hva som utgjør dømmende virksomhet. Likevel kan man gi noen generelle utgangspunkter. For det første må det slås fast at dømmende virksomhet er en form for offentlig myndighetsutøvelse. Private selvdømmeordninger og voldgift faller dermed utenfor. Virksomheten må også avgrenses mot å gi råd og anbefalinger eller uttalelser som ikke er bindende, slik som uttalelsene fra Sivilombudsmannen.

Som en form for offentlig myndighetsutøvelse, må virksomheten skilles fra lovgivning og forvaltning. Grensen mot lovgivning er stort sett klar. For at det skal være snakk om dømmende virksomhet, må den bestå i å løse aktuelle rettstvister i konkrete tilfeller. Enkelte har forsøkt å trekke et skille mellom lovgivning på den ene siden, og forvaltning og dømmende virksomhet på den annen, med at lovgivning er en kompetanse som hviler direkte på Grunnloven, mens både forvaltning og dømmende virksomhet skal skje på grunnlag av loven. Mer enn et utgangspunkt er dette likevel

⁶ Hvem som kan klage over hvilke forhold, er regulert i domstolloven § 237 jf. § 236.

⁷ NOU 1999: 19 kapittel 10.6.

ikke, da domstolene hos oss også har en betydelig rettsskapende rolle. Men måten det skjer på i lovgivningen og i domstolene, er ganske forskjellig.

Grensen mot offentlig forvaltning er mindre skarp. Men hvis man i beskrivelsen av dømmende virksomhet tilføyer at det er tale om løsning av en tvist ved å trekke inn en tredjepart utenfor dem tvisten angår, faller alle de tilfeller der forvaltningen ensidig fastsetter rettsforholdene til en part, utenfor. I disse sistnevnte tilfellene er det enten ikke tale om en tvist mellom to parter, eller – hvis parten og det offentlige er uenige om det som skal avgjøres – ikke snakk om at tvisten løses ved hjelp av en tredjepart. Et overordnet klageorgan med instruksjonsmyndighet og kompetanse til å omgjøre et forvaltningsvedtak truffet i første hånd, kan i denne sammenhengen heller ikke ses på som en tredjepart, ut fra det ansvaret som et overordnet forvaltningsorgan har for de vedtak som treffes nedover i rekkene.

At avgjørelsen skal treffes ved anvendelse av rettsnormer på kjensgjerninger, innebærer at forhandlinger og mekling faller utenfor begrepet, selv om dette skjer ved hjelp av en tredjepart. Det følger også av dette at dømmende virksomhet er tilbakeskuende og tar sikte på å fastsette hva som er rett mellom partene, ikke å endre rettsstillingen mellom dem. Dermed faller det å tilstå noen en tillatelse eller bevilling, utenfor dømmende virksomhet, også om det skjer ut fra helt lovbundne kriterier ved å anvende rettsregler på et faktum. I noen saker, typisk foreldretvister for domstolene, er avgjørelsen rettet mot fremtiden, og ikke mot å fastslå hva som er den bestående tilstanden mellom partene. Likevel regnes dette i vårt system som rettsavgjørelser, ikke som utøvelse av forvaltningsmyndighet. Man kan også si at dette er realiteten i straffesaker, selv om man der opererer ut fra en fiksjon om at en frihetsstraff av en viss lengde følger av anvendelse av rettsreglene på det konkrete tilfellet. På den annen side må vilkårene for å straffes, bedømmes på bakgrunn av faktum og jus på et gitt hendelsestidspunkt, slik at det er noe mindre naturlig å betegne avgjørelsen som rettsendrende. Avgjørelser etter barnevernloven om offentlig overtakelse av omsorgen for barn, gjelder fremtiden, men kan bare treffes der det fastslås at lovens vilkår for omsorgsovertakelse er oppfylt. Siden spørsmålet om dette vilkåret er oppfylt ofte vil være gjenstand for tvist, kan det være nærliggende å karakterisere dette som dømmende virksomhet.

For at et organ materielt sett skal kunne ses som en domstol, må organet ha i alle fall som en del av sine oppgaver å utøve dømmende virksom-

het. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til at organet kan betegnes som en domstol. Hva som kan regnes som en domstol i materiell forstand, kan belyses ved å gå til internasjonale ordninger som stiller krav til nasjonal rett på dette området.

Etter EMK artikkel 6 har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov, for å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg. Domstolbegrepet i denne bestemmelsen er materielt, og ikke avhengig av hva som formelt sett er betegnet som en domstol i de enkelte medlemslandene. Etter artikkel 6 er en domstol («tribunal») et organ som er opprettet ved lov, og som er uavhengig og upartisk. Også organer som etter nasjonal rett er betegnet som forvaltningsorganer, kan anses som «domstol» etter artikkel 6 dersom de materielle kravene er oppfylt. Etter EMDs praksis må avgjørelsene være bindende, og bli respektert av de nasjonale myndighetene. Kravet om at avgjørelsen må være truffet etter en rettferdig rettergang, innebærer at det også stilles krav til prosessen for at et organ skal kunne betegnes som en domstol i konvensjonens forstand.

EU-retten har utviklet et materielt domstolbegrep i forbindelse med avgjørelsen av hva slags organer som kan forelegge rettsspørsmål for EU-domstolen etter TFEU artikkel 267. Om det er tale om en domstol, er avhengig av en rekke momenter, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-96/04 (Standesamt Stadt Niebüll). Organet må være opprettet ved lov, og ha en permanent karakter. Det må virke som en obligatorisk rettsinstans, og anvende en kontradiktorisk saksbehandling. Avgjørelsene må treffes som ledd i utøvelsen av offentlig myndighet, og være bindende for partene. De må treffes på grunnlag av rettsregler, og organet må være uavhengig og treffe avgjørelsen på egne vegne. For at det skal dreie seg om en avgjørelse med karakter av rettsavgjørelse, må det versere en tvist mellom to eller flere parter, slik at det foreligger en partsprosess. Dette skiller rettsavgjørelsen fra en forvaltningsavgjørelse der den offentlige myndigheten ikke er part, men ensidig avgjør den private partens rettsforhold.

Med disse utgangspunktene kan vi si at en domstol i materiell forstand er et offentlig myndighetsorgan som er opprettet ved lov, og som har som en hovedoppgave å løse rettstvister mellom to eller flere parter (eller behandle straffesaker). Domstolene avgjør rettsspørsmål på bindende måte, ved å anvende rettsnormer på kjensgjerninger. Organet må treffe sine avgjørelser uavhengig av de øvrige statsmaktene, og avgjørelsen må tref-

fes av organet selv på egne vegne, ikke på vegne av andre på grunnlag av noen form for delegert myndighet eller representasjon. Organets avgjørelsesmyndighet må være obligatorisk, og avgjørelsene bindende. Ut fra disse kriteriene er det en rekke organer utenfor det formelle domstolsapparatet i Norge som må sies å være domstoler, slik som Markedsrådet, Personvernemnda, Husleietvistutvalget, Likestillings- og diskrimineringsnemnda, Klagenemnda for miljøinformasjon og Trygderetten. Det er vanlig å legge til grunn at fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker materielt sett er domstoler etter disse utgangspunktene. Utlendingsnemnda er i noen sammenhenger også betegnet som en domstol etter EMKs system,⁸ men særlig etter at departementets instruksjonsmyndighet overfor Utlendingsnemnda ble utvidet ved lov nr. 94 for 2015, er det mer nærliggende å betegne dette organet som et myndighetsorgan enn et nøytralt tvisteløsningsorgan.

3.2.2 Hvilke krav bør behandlingen ved en domstol oppfylle?

EMK artikkel 6 gir innbyggerne rett til en rettferdig rettergang for å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse. Bestemmelsen stiller krav både til innretningen av domstolen, og til saksbehandlingen der. Uttrykket «borgerlige rettigheter og plikter» omfatter ikke alle de sakstypene som behandles av de ulike nemndene i Norge i dag. Blant annet omfattes ikke saker etter utlendingsloven av dette uttrykket. Etter utvalgets skjønn bør det likevel ikke være aktuelt å opprette domstoler i Norge som ikke oppfyller de internasjonale kravene til en rettferdig rettergang for innbyggerne.

Viktige elementer i retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6, er generelle krav til partsinnsyn, kontradiksjon og begrunnede avgjørelser. Videre er det en forutsetning at det organet som treffer avgjørelsen, er uavhengig. Et klageorgan innenfor forvaltningshierarkiet vil ikke tilfredsstillende dette kravet. Når Utlendingsnemnda kan instrueres av departementet, vil ikke denne nemnda kunne sies å tilfredsstillende kravene til domstolsbehandling, uavhengig av hvilken formell status man gir nemnda i norsk rett.

En domstolsprosess trenger ikke nødvendigvis være en partsprosess; også en ordning der beslutningsorganet opplyser saken og driver den frem, kan være en rettferdig rettergang etter

⁸ Se eksempelvis ingressen i avgjørelsen i Rt. 2012 side 1985, avsnitt 88.

EMK. Kravet til kontradiksjon må imidlertid være oppfylt. For å sikre dette, bør partene få innsyn i, og mulighet til å kommentere, alle de fremstillingene av saken som nemnda mottar.

Videre er det ikke et generelt krav til muntlighet for at saksbehandlingen skal tilfredsstillende kravene til en domstolsprosess. For tvistesaker for norske domstoler angir tvisteloven at behandlingen for tingretten som hovedregel skal kunne ut i muntlig behandling i en hovedforhandling. Ved anke over beslutninger og kjennelser er behandlingsformen derimot som hovedregel skriftlig. Tvisteloven åpner for at partene kan avtale skriftlig behandling, eller en kombinasjon av skriftlig og muntlig behandling, hvor det vil gi bedre prosessøkonomi. Retten kan også pålegge partene å innlevere skriftlige redegjørelser som kan inngå i avgjørelsesgrunnlag der saken reiser særlig kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål. Her vil skriftlige redegjørelser inngå som et supplement til den muntlige behandlingen.

I den svenske forvaltningsprosessen er utgangspunktet skriftlig behandling.⁹ Retten kan likevel åpne for at deler av saken eller enkelte spørsmål skal belyses ved muntlig forhandling dersom det anses å være til fordel for utredningen av saken eller vil fremme en rask avgjørelse av tvisten.¹⁰ Dessuten skal det avholdes muntlig forhandling hvor en av partene krever det og muntlig forhandling ikke er unødvendig, eller avgjørende grunner ikke taler mot det.¹¹ Retten må avgjøre for det enkelte spørsmål om det skal avholdes muntlig forhandling; at det skal forhandles om et spørsmål i saken betyr ikke at man forlater den skriftlige behandlingen for andre spørsmål. Den skriftlige behandlingsformen innebærer at det ikke gjelder et bevisumiddelbarhetsprinsipp i svensk forvaltningsprosess. Og selv der det avholdes muntlig forhandling, trenger ikke det som fremkommer der å utgjøre et eksklusivt beslutningsunderlag for retten. Det følger imidlertid av kontradiksjonsprinsippet at partene må få anledning til å uttale seg om det som retten vil bygge på. Muntlig forhandling kan holdes for å klarlegge partenes anførsler og rydde unna temaer som det reelt sett ikke er uenighet om. Likevel skiller ikke den svenske forvaltningsprosessen mellom saksforberedelse og beslutningsstadium, slik det lig-

⁹ Se FPL § 9 første ledd. Etter forarbeidene er bestemmelsen uttrykk for at prosessen normalt skal foregå skriftlig. Se Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red.) Muntlighet vid domstol i Norden, Iustus förlag 2005 side 137.

¹⁰ Se FPL § 9 andre ledd.

¹¹ Se FPL § 9 tredje ledd.

ger i den norske domstolsprosessen.¹² En annen måte å kombinere skriftlig og muntlig behandling på, er å avholde et kort, muntlig forhandlingsmøte som avslutning på saksutredningen før saken tas opp til doms. Dette er hovedregelen i en rekke prosessordninger, blant annet den som følges i EU-domstolen, EFTA-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).

Det følger av fast praksis fra EMD at retten til en rettfærdig og offentlig rettergang inkluderer en rett til en muntlig høring. Unntak fra dette gjelder hvor parten ikke krever det, eller hvor det foreligger særegne omstendigheter som gjør det berettiget å unnlate en slik høring. Om de omstendigheter som foreligger er «særegne», må vurdere i lys av typen spørsmål saken gjelder, og ikke ut fra hvor hyppig de forekommer. På mange saksområder kan den faktiske regelen derfor være at muntlig høring er unødvendig, eksempelvis fordi sakens faktum ikke er omtvistet, eller fordi avgjørelsen beror på rettsspørsmål som kan avgjøres ut fra sakens dokumenter og de skriftlige innleggene.¹³ Dersom det er holdt muntlig høring i førsteinstansen, er kravene til en eventuell klagebehandling mindre omfattende. Dette gjelder også hvor det ikke er holdt muntlig høring i førsteinstansen fordi klageren frafalt retten til slik høring.

Retten til muntlig forhandling er først og fremst utledet av kravet til at rettergangen skal være offentlig; en part i en rettssak skal være beskyttet mot en hemmelig prosess uten offentlig innsyn. På en annen side kan en rett til muntlig forhandling også følge av kravet til at rettergangen skal være rettfærdig. Skriftlige prosesser er ikke i seg selv uforenelig med en betryggende prosess – selv prosessen for EMD er i hovedsak skriftlig.¹⁴ På den annen side kan en muntlig forhandling være nødvendig for å foreta en forsvarlig bevisbedømmelse, for eksempel av parters eller vitners troverdighet.

Hvor langt partens krav på muntlighet strekker seg, kan bero blant annet på sakens karakter, og om det er begjært muntlighet. Hensynet til effektivitet og det å holde kostnadene nede, kan etter omstendighetene tale for at saken behandles uten en muntlig høring.¹⁵ I samme retning taler det hvis det kan påvises at det er lite å vinne på å

holde muntlig forhandling fordi kravet bare gjelder rettsspørsmål, eller bevissspørsmålene er opplagte.

I saken *Göç mot Tyrkia*, som gjaldt krav om erstatning for uberettiget fengsling, var kravene til muntlig høring tema for EMD i storkammer. I saken la flertallet først og fremst vekt på partens rett til å møte og forklare sin situasjon. Saksøkeren hevdet at han ble mishandlet under fengslingen, og at dette måtte tas med i vurderingen av erstatningskravets størrelse. EMD uttalte her at:¹⁶

«The essentially personal nature of the applicant's experience, and the determination of the appropriate level of compensation, required that he be heard. It cannot be said that these matters are technical in nature and could have been dealt with properly on the basis of the case file alone. On the contrary, the Court considers that the administration of justice and the accountability of the State would have been better served in the applicant's case by affording him the right to explain his personal situation in a hearing before the domestic court subject to public scrutiny.»

I saken *Miller mot Sverige* ble Sverige dømt fordi Miller ikke hadde fått rett til å forklare sin situasjon muntlig.¹⁷ Avgjørelsen kan tolkes i retning av at retten til muntlig høring også omfatter rett til å føre bevis og vitner direkte for retten. EMD aksepterte ikke statens argument om at Millers lege ikke ville kunne tilføye saken noe nytt i forhold til journalnotater han hadde gjort tretten år før saken kom opp for domstolene. Domstolen uttalte at «it is not inconceivable that the doctor could have fleshed out at an oral hearing the various observations he had made in the relevant medical records, and could have given his opinion on their implications for the issues raised before the County Administrative Court.»¹⁸ Dette kan gi inntrykk av at retten til en muntlig høring også kan omfatte en rett til å føre bevis umiddelbart for den dømmende retten.

I kapittel 13 gir utvalget en oversikt over menneskerettslige forpliktelser knyttet til behandlingen av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. I kapittel 30 gis en tilsvarende oversikt over menneskerettslige forpliktelser knyttet til behandlingen av utlendingssaker.

¹² Se Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red) *Muntlighet vid domstol i Norden*, Iustus förlag 2005 side 152.

¹³ Se *Fredin mot Sverige* (23. februar 1994) avsnitt 21–22 og *Allan Jacobsson mot Sverige* (19. februar 1998) avsnitt 44.

¹⁴ Se *Miller mot Sverige* (8. februar 2005), dommer Costas dissens.

¹⁵ *Göç mot Tyrkia* (11. juli 2002).

¹⁶ *Göç mot Tyrkia* (11. juli 2002) avsnitt 51.

¹⁷ Avgjørelse 8. februar 2005.

¹⁸ Avsnitt 34.

3.3 Domstolenes uavhengighet. Tillit til den dømmende virksomheten

Domstolene skal dømme i de sakene som bringes inn for dem, ut fra en bedømmelse av det faktum som er fremlagt i saken og en tolkning av rettskildene. En dommer skal ikke kunnes instrueres ved avgjørelsen av den enkelte sak, og hun eller han skal treffe sin avgjørelse på egne vegne, eventuelt på vegne av abstrakte størrelser som «retten» eller «folket», og ikke etter fullmakt fra noen annen. Dette er kjernen i prinsippet om domstolenes uavhengighet. Det har alltid vært en forutsetning etter Grunnloven at domstolene skal være uavhengige. Nå kommer prinsippet om domstolenes uavhengighet til uttrykk i Grunnloven § 95.

Begrunnelsen for prinsippet om domstolenes uavhengighet, er dypest sett at dette er nødvendig for at de skal være egnet til å løse konflikter mellom to parter. Domstolene må ikke stå i et avhengighets- eller underordningsforhold til noen av sakens parter. I tillegg kommer rettsstatens maktfordelingsprinsipp; domstolene må være uavhengige av lovgivningsmakten og den utøvende makten for å opprettholde de begrensningene i Stortingets og Kongens makt som ligger i Grunnloven. Eksempel på en slik begrensning, er at Stortinget etter Grunnloven § 97 ikke kan gi lover med tilbakevirkende kraft. Bakgrunnen for at Grunnloven inneholder begrensninger for Stortinget og regjeringen, er at det av hensyn til det enkelte menneske må være grenser for hva flertallet kan bestemme. Som lovgiver og «eier» av Grunnloven, består begrensningene for Stortingets vedkommende i praksis i at en beslutning kan kreve en særskilt prosedyre og et kvalifisert flertall, typisk at beslutningen krever Grunnlovs form. For Kongen – det vil si Kongen i statsråd, departementene og den utøvende myndighet for øvrig, består begrensningene blant annet i at det ikke kan gjøres inngrep i noens rett uten at det foreligger lovhjemmel eller et annet kompetansegrunnlag som åpner for inngrepet.

Domstolene opptre ikke i noe vakuum, og er en del av statens organer. Som håndhevere av loven skal de være lojale overfor lovgivningen, også der denne favoriserer visse interesser på bekostning av andre. I barnevernsaker innebærer dette etter gjeldende rett at domstolene skal legge større vekt på hensynet til barnets beste enn på foreldrenes behov. At barnevernet oftere vinner frem i slike saker enn foreldrene, gir derfor ikke grunnlag for noen kritikk mot domstolene for manglende uavhengighet. I tillegg kommer at dommere er del av statsapparatet i den forstand at

de er utnevnt av staten, får sin lønn av staten og på mange måter er del av det samme sosiale sjiktet, sett ut fra bakgrunn, utdanning og status, som statsansatte. Slike forhold er ikke uttrykk for bestemte normative krav til hvordan rettsapparatet bør være organisert, men er vanskelig å unngå. Dommere vil heller ikke kunne utøve sin virksomhet uavhengig av personlige erfaringer og verdier, og av grunnleggende holdninger.

Måten domstoler løser konflikter på, innebærer i mange tilfeller at den ene av sakens parter taper saken, og dermed blir utsatt for et betydelig inngrep av økonomisk eller av annen karakter. I mange saker som er bragt inn for dem, hører det også under domstolene å ta stilling til om en lov ligger innenfor begrensningene etter Grunnloven, og om andre typer vedtak ligger innenfor Grunnloven og den alminnelige lovgivningen. Skal domstolene kunne fylle sine funksjoner både formelt og reelt, må det skje på en måte som inngir tillit hos innbyggerne. Slik tillit er ofte knyttet til at domstolene blir oppfattet som uavhengige. Siden uavhengigheten som ovenfor beskrevet ikke er absolutt, vil det kunne variere hva befolkningen legger størst vekt på når man bedømmer domstolene som uavhengige. Fra midten av forrige århundre synes det som om dommernes faglighet og autoritet knyttet til denne, hadde stor betydning, mens man ikke la så stor vekt på om dommerne var nokså ensidig rekruttert fra justisforvaltningen. I dag synes man å legge større vekt på dommernes distanse til statsforvaltningen når det gjelder bakgrunn og erfaringer, og ved administrasjonen av domstolene. I fremtiden kan det tenkes at hvorvidt dommerstanden gjenspeiler mangfoldet i befolkningen, vil kunne få større betydning.

Av praktiske grunner er det behov for en overordnet, administrativ styring av domstolene. Mens denne funksjonen tidligere lå til Justisdepartementet, ble det som nevnt i 2001 opprettet et eget organ – Domstoladministrasjonen (DA) – for denne oppgaven. Behovet for at domstolene skal være uavhengige i den dømmende virksomheten, sto sentralt i vurderingen av om det burde etableres et slikt organ.¹⁹ Med DA som et eget organ utenfor departementet, er det organisatorisk sett større avstand mellom den utøvende myndighet og domstolene. Denne avstanden kan ses som en del av «forsvarsverket» mot at domstolene skal påvirkes av den utøvende myndighets interesser. Det er behovet for uavhengighet *for den enkelte domstol* som ligger til grunn for opprettelsen av

¹⁹ Se NOU 1999: 19 kapittel 6.

DA, ikke for oppgaven med å administrere domstolene.

Også ordningen med at dommere utnevnes på grunnlag av innstilling fra Innstillingsrådet for dommere, ble motivert blant annet ut fra behovet for uavhengighet.²⁰ Det er Kongen i statsråd som utnevner dommere. I prinsippet kan en slik ordning innebære en fare for at det ved utnevning ses hen til kandidatens antatte vilje til å dømme i samsvar med den sittende regjeringens politiske preferanser. Systemet med at utnevning skal skje etter at Innstillingsrådet har gitt sin innstilling, sikrer at det er foretatt en vurdering av kandidatens faglige kvalifikasjoner og personlige egenskaper av relevans for dommergjerningen. I likhet med de fleste andre land i Vest-Europa, har Norge valgt ikke å gjennomføre europeiske anbefalinger om å opprette dommerstyrte «judicial councils» med oppgaver innen administrasjon, utnevning eller avskjedigelse av dommere.

Gjennom den myndigheten som loven gir dem, treffer domstolene bindende avgjørelser. I den løpende virksomheten er ikke domstolene eller avgjørelsene betinget av noen form for tilslutning fra dem sakene gjelder. På et overordnet plan og i et langt tidsperspektiv, er det imidlertid en forutsetning for at domstolene kan fylle sin funksjon, at innbyggerne har tillit til at de er upartiske og uavhengige. Uten slik tillit vil viljen til å innrette seg etter domstolsavgjørelser avta, og andre, uformelle arenaer for konfliktløsning og sanksjoner kan utvikle seg, og i ytterste konsekvens utfordre samfunnsordenen. Tillit er med andre ord en nødvendig forutsetning for at domstolene skal kunne utføre sin funksjon i samfunnet. Ved vurdering av hvordan domstolene bør innrettes, vil det således være naturlig å ta i betraktning hvorvidt ulike alternativer er egnet til å skape tillit. Domstolkommisjonen beskrev imidlertid også noen utfordringer ved bruk av tillit som hensyn ved utformingen av tiltak eller valg av løsninger:²¹

«Folks tillit til domstolene dreier seg om diffuse og komplekse størrelser og skjønnsmessige vurderinger. *Hvem* skal ha tillit til domstolene? I den enkelte sak må partene og aktørene for øvrig ha tillit til dommeren. Men en alminnelig tillit til domstolene er like viktig. Her er det ikke sikkert at «folk flest», massemediene og «politikere» har samme vurdering av om

domstolene er verdt å ha tillit til. Og om man mener at det er samfunnet som helhet som bør ha tillit til domstolene, er det ikke lett å fastslå om folk har tillit til domstolene. Det er vanskelig å finne frem til en representativ oppfatning om domstolene. Det er ingen fullgod løsning å legge avgjørende vekt på den vurderingen som folk fra rettsvesenet, fra statsadministrasjonen eller sentrale politikere måtte ha av folks tillit. På den annen side vil heller ikke bredt anlagte spørreundersøkelser alltid gi gjennomtenkte og representative svar som virkelig sier noe om så sammensatte problemstillinger, men slike undersøkelser vil iallfall si noe om hvilke holdninger som folk rent faktisk har om domstolene, uansett om de hviler på svakt kunnskapsgrunnlag eller er utslag av standardholdninger til offentlige myndigheter. – Enda vanskeligere blir det å fastlegge et mål for hvilken tillit folk bør ha til domstolene. Er f.eks 70 % «oppslutning» om domstolene problematisk lavt eller er dette det nivået som det er realistisk å oppnå? Og kommer man over i en tiltaksfase, støter man på betydelige vanskeligheter når man skal ha en formening om hvilken innvirkning på tilliten som et bestemt tiltak eller en bestemt løsning vil medføre.»

I den grad den kan sluttes noe fra dem, tilsier de undersøkelser som utføres årlig at allmennheten har stor tiltro til domstolene.²² I 2016 svarte 51 % av de spurte i domstolenes årlige tiltrouundersøkelse, at de hadde ganske stor tiltro til domstolene, mens 35 % svarte at de hadde svært stor tiltro.²³ Bare til sammen 11 % svarte at de hadde liten eller ingen tiltro til domstolene. Personer med høy inntekt har større tiltro til domstolene enn de med lavere inntekt. Det er også en sammenheng mellom kjønn og alder og tiltroen til domstolene. Flere menn enn kvinner har svært stor tiltro til domstolene, og yngre mennesker har den største andelen respondenter med svært stor tiltro. Tillitsnivået synes likevel stabilt høyt på tvers av ulike samfunnsgrupper. Det viktigste slike undersøkelser kan fortelle oss, er om mistilliten til domstolene er urovekkende høy, og om det er systematiske forskjeller i tillitsnivået i forskjellige grupper av befolkningen på en måte som kan indikere at klare grupper i befolkningen mangler tillit til domstolene.

²⁰ Se NOU 1999: 19 kapittel 7.

²¹ NOU 1999: 19 kapittel 5.6.

²² Tiltrouundersøkelse 2016, Ipsos MMI.

²³ Tiltrouundersøkelse 2016, Ipsos MMI.

3.4 Spesialisering innenfor de alminnelige domstolene

3.4.1 Innledning

Tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett er alminnelige domstoler, ved at de behandler tvister innenfor alle rettsområder som lovgivningen ikke positivt angir hører under en annen domstol. Tidligere var første instans i domstolsapparatet mer oppdelt enn i dag, ved at funksjonene som tinglysningsmyndighet, skifterett og namsrett ble ivare tatt av en eller flere egne domstoler, hierarkisk sideordnet den lokale tingretten (tidligere by- eller herredsretten). Oslo tingrett har fortsatt et begrenset fagområde, ved at blant annet skiftesaker, konkurssaker og tvangssaker behandles ved Oslo byfogdembete.

Det er gitt særskilte vernetingsregler som innebærer at alle tvister innenfor noen sakstyper behandles av én og samme tingrett. Begrunnelsen for slike ordninger er å skape en ensartet praksis og samle kompetansen innenfor rettsområdet ved én domstol. Eksempel på slike ordninger er at Brønnøy tingrett er verneting for alle krav om mortifikasjon, jf. mortifikasjonsloven § 4, og at Oslo tingrett i henhold til varemerkeloven § 62 er verneting for en del saker om industrielt rettsvern. Videre følger det av utlendingsloven § 79 at Oslo tingrett er verneting for søksmål mot staten om gyldigheten av vedtak etter utlendingsloven, eller om erstatning som følge av slike vedtak, når vedtaket er truffet av UNE, UDI, departementet eller Kongen i statsråd. Oslo tingrett er dessuten verneting for krav om tilbakelevering av barn etter barne bortføringsloven § 11, jf. samme lov § 13.

I forarbeidene til lovendringer i 2013 blant annet om at Oslo tingrett skal være tvunget verneting for sivile søksmål om inngrep i registrerte rettigheter (patent, design, planteforedlerrett og registrerte varemerker), berørte Justis- og beredskapsdepartementet spørsmålet om det bør etableres en spesialdomstol for saker om immaterialrettigheter.²⁴ Departementet bemerket at antallet slike saker i Norge trolig er for beskjedent til at det vil være grunnlag for å etablere en spesialdomstol med det antallet dommere som skal til for å utgjøre et tilstrekkelig bredt og robust fagmiljø. Videre uttalte departementet blant annet:

«Hensikten med å etablere en spesialdomstol ville eventuelt være å sikre ensartet praksis og særlig mulighetene for kompetansebygging. Disse hensynene vil imidlertid ivaretas gjennom forslaget om å gjøre Oslo tingrett til tvunget verneting for saker om inngrep i registrerte industrielle rettigheter. Kulturdepartementet vil vurdere vernetingsreglene for saker om inngrep i rettigheter etter åndsverkloven i forbindelse med den forestående revisjonen av åndsverkloven.»

I Kulturdepartementets høringsnotat 17. mars 2016 til ny åndsverklov foreslås det at Oslo tingrett skal være tvunget verneting også for saker etter åndsverkloven. På side 321 i høringsnotatet sier departementet:

«Etter departementets syn er hensynet til ensartet praksis og kompetanseoppbygging også relevant når det gjelder saker etter åndsverkloven. Dette gjelder spesielt siden antallet saker er nokså begrenset. Det vises også til at det i åndsverkloven allerede er spesialregler med Oslo tingrett som tvunget verneting. Departementet foreslår at sivile søksmål om inngrep i opphavsrett og andre rettigheter etter åndsverkloven skal ha tvunget verneting ved Oslo tingrett, i likhet med saker om inngrep i industrielle rettigheter. At også åndsverkloven får regler om tvunget verneting ved Oslo tingrett, antas å være kompetansebyggende for hele immaterialrettsområdet.»

Etter domstolloven § 20 kan Kongen bestemme at en eller flere av tingrettenes forretningsgrener skal styres selvstendig av en eller flere av dommerne eller tilordnes særskilte embedsmenn. Per i dag foreligger det ikke slike bestemmelser.

3.4.2 Utviklingsarbeid i regi av Domstoladministrasjonen

I tilknytning til Domstoladministrasjonens prosjekt om ledelse, organisering og kompetanse (LOK-prosjektet), er det drevet et visst utviklingsarbeid med relevans for spørsmål om spesialisering innenfor de alminnelige domstolene.²⁵ LOK-prosjektets delrapport 10 behandler tilfældighetsprinsippet, som i denne sammenheng betegner det å fordele sakene til juridiske dommere på

²⁴ Prop. 81 L (2012–2013) side 85. Proposisjonen ble fulgt opp i Innst. 261 L (2012–2013).

²⁵ LOK-prosjektet pågikk i perioden 2004 til 2006. Prosjektet er oppsummert i dokumentet «Sluttrapport fra LOK-prosjektet».

basis av en på forhånd fastsatt ordning, slik at saksfordelingen skjer «automatisk», uten en konkret (skjønnsmessig) vurdering.²⁶ Prosjektet legger til grunn at så lenge Kongen ikke har gitt særskilte fordelingsregler, hører fordelingen av saker til juridisk dommer innenfor den enkelte domstol under domstolleder. Videre uttales det:

«Dette betyr ikke at domstolleder står fritt mht. hvilke hensyn og interesser som kan tillegges vekt ved saksfordelingen. Generelt må det som for annen offentlig virksomhet stilles et krav om at det bare skal tas saklige hensyn. Men spesielt må det legges til grunn at saksfordelingsmyndigheten ikke kan utøves på en måte som kan komme i konflikt med prinsippet om dommernes uavhengighet. Det innebærer for det første at (representanter for) de øvrige statsmakter eller sakens parter (utover habilitetstilfellene) ikke skal ha noen innflytelse på dommervalget, og for det andre at valget av dommer ikke skal påvirkes av hans eller hennes antatte holdninger til de spørsmål saken gjelder. Slike tilfeller må kunne betegnes som misbruk av saksfordelingsmyndigheten og gi grunnlag for disiplinærtiltak og i alvorlige tilfelle avskjed ved dom.»

Delrapporten gir uttrykk for at det ikke eksisterer et ulovfestet tilfældighetsprinsipp i norsk rett, i den forstand at det foreligger en juridisk plikt til å fordele sakene «automatisk», uten en konkret, skjønsmessig vurdering. Både for å sikre seg mot misbruk eller mistanke om misbruk av saksfordelingsmyndigheten, og av praktiske grunner, anbefaler arbeidsgruppen bak rapporten likevel å anvende et tilfældighetsprinsipp. Den understreker samtidig at en smidig og effektiv saksavvikling forutsetter en fleksibel og pragmatisk holdning til tilfældighetsprinsippet. På bakgrunn av en undersøkelse av praksis i domstolene, beskriver arbeidsgruppen at flere domstoler tildeler enkelte sakstyper til én eller et begrenset antall dommere, og at dette på tingrettsnivå blant annet gjelder for-eldretvister. Så lenge fordelingen skjer etter et fast mønster, anser ikke arbeidsgruppen dette som betenkelig ut fra de hensyn som tilfældighetsprinsippet skal ivareta.

LOK-prosjektets delrapport 11 omhandler spesialisering, primært innenfor den enkelte domstol (domstolsintern spesialisering).²⁷ Spesialisering defineres der som at «enkelte dommere ikke utfø-

rer alle dommeroppgaver som ligger til domstolen, og/eller at visse sakstyper eller oppgaver utføres av én eller av et begrenset antall dommere». Rapporten nevner ulike former for spesialisering; etter prosessform (med skjønnsaker, nams- og skiftesaker som eksempler), etter stadier (med saksforberedelse i straffesaker og rettsmekling som eksempler), og etter sakstype (med saker etter barnelova, arbeidsrettssaker, immaterialrettssaker og skattesaker som eksempler). Det antas i rapporten at domstoloven § 20 første ledd innebærer visse begrensninger for domstolsleder med hensyn til å beslutte vidtrekkende og varige former for spesialisering, men at disse begrensningene neppe rammer de moderate formene for spesialisering som domstolene selv hadde rapportert om i en undersøkelse i 2004.

Delrapport 11 drøfter sentrale hensyn ved både dommere som generalister og spesialisering. Det nevner blant annet at de alminnelige domstoler snart er den eneste juridiske arena hvor generalistrollen betraktes som et ideal, og uttaler:²⁸

«Bak ønsket om å unngå særdomstoler og å beholde dommeren som generalist, ligger både oppfatninger av hva som fremmer kvalitet og et mer generelt verdisyn: For det første blir det gjerne fremhevet at allsidige dommere innenfor et system med alminnelige domstoler bidrar til å fremme rettsenhet og å hindre utviklingen av isolerte rettskulturer med en avvikende rettskildebruk. Det nevnes også at god oversikt over rettssystemet bidrar til å sikre kvaliteten. For det annet fremheves det at allsidige dommere i alminnelige domstoler bidrar til å motvirke ulempene ved den spesialisering man ser ellers i samfunnet. Bl.a. blir det hevdet at generalister står bedre rustet til å unngå utvikling av fagsjargong, og å gjøre stoffet lettere allment tilgjengelig, dvs. ikke mer spesielt enn det strengt tatt må være. Både for omgivelsene og for dommerne selv kan det vel oppleves som betryggende og tilfredsstillende at dommeren, bortsett fra sin ubestridelige juridiske kompetanse, ikke fremstår for fjernt fra folk flest og fra de lekdommere som partene eller dommeren kan velge å ta med i sivile saker.

De oppfatningene som ligger bak generalisttenkningen kan i prinsippet være gjenstand for etterprøving, men i praksis er det tale om så omfattende og generelle forhold at undersøkelse-

²⁶ LOK-prosjektets delrapport 10: Tilfældighetsprinsippet.

²⁷ LOK-prosjektets delrapport 11: Spesialisering.

²⁸ Rapporten kapittel 8.1.

ser for å etterprøve holdbarheten ville være vanskelige eller umulige å gjennomføre. De synspunktene som ligger til grunn for generalistideologien har derfor langt på veg karakter av verdistandpunkter.»

Rapporten konstaterer også at vi generelt vet lite om hvilke positive og negative virkninger spesialisering av dommere vil ha under ulike betingelser, og at manglende faktisk kunnskap lett medfører at den enkelte holder seg til egne preferanser, rådende ideologi og et nokså tilfeldig utvalg av egne og andres erfaringer. Den anbefaler det å etablere forsøksordninger i samarbeid med interesserte domstoler, og å nedsette en gruppe for å kartlegge og utrede spørsmålet om spesialisering i ulike former.

I etterkant av LOK-prosjektet initierte Domstoladministrasjonen (DA) en forsøksordning med moderat spesialisering i domstolene. Forsøksordningen kom i gang høsten 2008. Videre ble det nedsatt en arbeidsgruppe bestående av domstolledere og representanter for DA. Arbeidsgruppen beskriver i sin rapport «Spesialisering i domstolene», avgitt i september 2012, erfaringer fra forsøksordningen. Seks tingretter og to lagmannsretter var med i prosjektet da det ble avsluttet i 2012. Forsøket gjaldt ulike former for moderat spesialisering (beskrevet med en fordeling av porteføljen på ca. 80 % som generalist og 20 % spesialisering).

De domstolene som hadde deltatt i forsøksordningen, gir uttrykk for en rekke positive erfaringer, herunder økt faglig kompetanse, spisskompetanse som en stimulerende og motiverende faktor, økt dybde i faglige diskusjoner, økt jobbtilfredshet, rask saksavvikling for saker om midlertidig sikring, bedre rutiner og saksflyt, økt antall meglinger og løsninger ved spesialisering i meglingsaker, og mer effektiv gjennomføring av sakene.²⁹ Vurderingen inneholder imidlertid også enkelte mer negative erfaringer, herunder at det kan være krevende å kombinere omfattende spesialiseringstiltak med fleksibilitet i saksavviklingen, og at det er behov for rotasjon for å unngå sårbarhet. Det påpekes også at det kan ligge bedre til rette for spesialisering i førsteinstansene enn i lagmannsrettene.

Av rapportens kapittel 4 om arbeidsgruppens vurdering av erfaringene med moderat spesialisering, fremgår at de domstolledere og dommere som hadde deltatt i forsøksordningen, som hovedinntrykk er positive til moderat spesialisering. Rapporten gir også inntrykk av at det i løpet av

prosjektperioden utviklet seg en mer åpen og positiv holdning til å prøve moderat spesialisering. Selv om det kan være utfordrende å få dommerkorpset interessert i spesialisering, viser det seg at de dommere som forsøker moderat spesialisering, i det overveiende finner dette svært positivt.

Arbeidsgruppen peker videre på typer av saker der moderat spesialisering etter dennes syn særlig kan være aktuelt.³⁰ For det første gjelder dette områder med stor tilgang av saker med likeartede faktiske og juridiske problemstillinger, eksempelvis konkurs, skifte, tvang og gjeldssaker. Det samme gjelder etter arbeidsgruppens syn sakstyper der det er spesielt få saker. Videre mener arbeidsgruppen at arbeidsoppgaver som fordrer interesse og kvalifikasjoner på siden av den alminnelige dommerrollen, kan egne seg for spesialisering (rettsmekling nevnes som eksempel). Endelig nevner gruppen enkelte konkrete sakstyper (blant annet entreprisesaker), og at de mest alvorlige straffesakene krever erfarne dommere.

Rapporten vier barnesaker et eget punkt.³¹ Her fremhever gruppen verdien av dommere med generalisterfaring, og at barnesakene utgjør en så stor del av porteføljen at man mengdemessig er på «spesialiseringnivå» uten å legge opp til formell spesialisering. Gruppen antar at ytterligere spesialisering av barnesaker – som en følge av saksmengden – «ikke vil ha særlig kompetansehevende effekt». Arbeidsgruppen peker på behov for utvikling av dommernes barnefaglige kompetanse, men tar ikke særskilt til orde for spesialisering for disse sakene. Samtidig ser ikke arbeidsgruppen noe til hinder for «at man i domstoler hvor dette vurderes som naturlig, utvikler moderat spesialisering i behandling av barnesakene og barnevernsakene, for dommere som ønsker dette.»

I 2013 satte DA av midler til å støtte kompetansetiltak for moderat spesialisering i domstolene, slik at den enkelte domstol kunne søke om støtte til å delta på ulike kompetansetiltak med begrunnelse i sin spesialisering.

3.4.3 Spesialisering i de alminnelige domstolene i dag

Utvalgets inntrykk er at innslaget av spesialisering innenfor de alminnelige domstolene har økt siden 2012. Foruten spesialisering på områder som skjønn, skatt, personskadeerstatning, kon-

²⁹ Rapporten kapittel 3.4.

³⁰ Rapporten kapittel 4.5.

³¹ Rapporten kapittel 4.6.

kurs, tvang, skifte og gjeldsordning, har noen domstoler egne grupper av dommere som arbeider særlig med småkravsprosess og hastesaker som midlertidig sikring, akuttiltak etter barnevernloven og utskrivning etter lov om psykisk helsevern. Noen tingretter har moderat spesialisering innen områder som rettsmekling og større straffesaker. Mens rettsmekling tidligere var ansett som godt egnet for spesialisering, er det nok i dag vanligere å se meglerrollen som en fast del av det å være dommer. Når spesialisering likevel fortsatt praktiseres og diskuteres på dette området, er det fordi utvikling og vedlikehold av ønsket kompetanse som rettsmekler krever en viss mengdetrening.

I de fleste tingretter som har spesialisering, omfatter spesialiseringen barnesaker (saker etter barnelova og barnevernloven). De tingrettene som ikke har spesialisering innen dette feltet, har gjerne andre kompetansetiltak, eksempelvis egne fagansvarlige dommere på området. Saker etter barnelova og barnevernloven har fått vesentlig større oppmerksomhet som spesialfelt i de fleste tingrettene den siste tiden, og det er stor etterspørsel etter kompetansehevede tiltak fra både saksbehandlere og dommere. Oxford Research

nevner i sin rapport «Domstolsbehandlingen av foreldretvister» (2016) at det er en tendens til mer rutiner og spesialisering hva gjelder tingrettens behandling av foreldretvister nå enn før.³² Også Domstoladministrasjonen har hatt særskilt oppmerksomhet mot saker om barn de senere årene, og har utgitt en nasjonal veileder for behandling av foreldretvister.³³ Den skepsis som kommer til uttrykk i rapporten «Spesialisering i domstolene» fra 2012 mot å legge opp til spesialisering for disse sakene, er antakelig ikke representativ for den generelle holdningen i tingrettene eller i Domstoladministrasjonen i dag. Oxford Research fant ikke samme indikasjoner på økt grad av rutiner og spesialisering i lagmannsrettens behandling av foreldretvister.

Tabell 3.1, utarbeidet av DA, gir opplysninger om spesialisering i de elleve største tingrettene. Det praktiseres spesialisering også i en del andre tingretter.

³² Rapporten side 30.

³³ Dokumentet er datert 15. august 2016, og er utarbeidet av en prosjektgruppe ledet av tingrettsdommer Inger Bonnie Gjerde.

Tabell 3.1 Oversikt over spesialisering for de 11 største tingrettene

Domstol	Spesialisering	Barnesaker	Annet vedr. barnesaker
Asker og Bærum	Ja	Nei	Samarbeid med bl.a. Oslo tingrett og familievernkontor om kompetansehevede tiltak
Drammen	Nei	Nei	Har egen fagansvarlig
Nedre Telemark	Ja	Nei	Har egen fagansvarlig
Nord-Troms	Ja	Ja	
Nedre Romerike	Nei	Nei	Har egen fagansvarlig
Jæren	Ja	Ja	
Stavanger	Ja	Ja	
Sør-Trøndelag	Ja	Ja	
Kristiansand	Ja	Ja	
Bergen	Ja	Nei	Har egen fagansvarlig
Oslo	Ja	Ja	Har egen barnelovgruppe

Kapittel 4

Særdomstoler og nemnder for tvisteløsning

4.1 Dagens særdomstoler

4.1.1 Innledning

Selv om den klare hovedregelen i Norge er at saker behandles av alminnelige domstoler, er ikke Grunnloven til hinder for å opprette særdomstoler. I det følgende gis et kort historisk tilbakeblikk på forekomsten av særdomstoler i Norge.

Arbeidsretten, jordskifteretten og Utmarksdomstolen for Finnmark har status som særdomstoler i dagens norske domstolsapparat. Som bakgrunn for vurderingen av om det bør opprettes nye særdomstoler, gir utvalget en kort beskrivelse av de tre institusjonene. Domstolloven § 2, som regner opp særdomstoler, nevner også Riksretten og enkelte andre typer domstoler, men disse er så spesielle at det ikke er naturlig å gå inn på dem her.

4.1.2 Historikk

Bruk av særdomstoler var utbredt i de første 100 årene etter 1814, før utviklingen på 1900-tallet gikk i retning av å avvikle særdomstolene og utvide kompetansen til de alminnelige domstolene.

Grunnloven § 89 bestemte opprinnelig at det skulle være en egen militær høyesterett. Denne bestemmelsen ble opphevet i 1920. En ordning med en særlig militær rettergang i fredstid ble opphevet på samme tid, under henvisning blant annet til at de militære domstolene manglet tillit i store deler av befolkningen. For krigstid hadde vi særlige krigsretter og militære lagmannsretter, med anke videre til Høyesterett, frem til 1994. Ordningen med å opprettholde egne militære domstoler i krigstid ble begrunnet med at det i krig er nødvendig at avgjørelsene i straffesaker faller meget raskt, og at dette ikke ville være oppnåelig etter den borgerlige prosessen for de alminnelige domstolene. Etter at krigsrettene ble opphevet i 1994, er det nå straffeprosesslovens tiende del som gir regler om rettergangsmåten i militære straffesaker. Det ligger i regelverket at

militære straffesaker i krig og i fred nå behandles ved de ordinære domstolene.

Før sivilprosessreformen i 1915 hadde vi et system med særdomstoler på flere områder. Det fantes egne sjøretter, handelsretter, håndverksretter, forlikskommisjoner, skifteretter, utskiftingsretter, vergemålsretter, ekstraordinære dommere og meddomsretter for de store fiskeriene, samt dømmende kommisjoner anordnet av Kongen i spesielle tilfeller for enkelte saker i medhold av Norske Lov 1-5-27. I tillegg fantes det militære retter og politiretter i enkelte av stiftsstedene. I mange av disse rettene var «den alminnelige underdommer» rettsformann, som i sjøretten, handelsretten, håndverksretten, fiskeridomstolene og skifteretten. Behovet for spesialisert kompetanse hos dommerne dannet bakgrunn for opprettelsen av mange av særdomstolene.

I sin utredning i forbindelse med sivilprosessreformen, pekte professor Bernhard Getz blant annet på at behovet for kompetanse kunne imøtekommes ved å innføre en generell adgang til å oppnevne leddommere med særlig innsikt i sakfeltet ved de ordinære domstolene. Slik kunne man unngå en «kløft» mellom ordinære saker og saker som krever faglig innsikt, en grense som, ifølge Getz, uansett måtte bli vilkårlig.¹ Disse synspunktene fikk tilslutning ved vedtakelsen av domstolloven og tvistemålsloven.

Mens mange av særdomstolene forsvant i forbindelse med sivilprosessreformen, ble det i 1915 opprettet en ny særdomstol, Arbeidsretten. Begrunnelsen for ikke å legge rettstvister om tolkning av tariffavtaler til de alminnelige domstolene, var at de ble ansett for å være «alt annet en skikket for disse saker». De alminnelige domstolene ville ikke kunne behandle arbeidskonflikter med den hurtighet som krevdes, og hadde dessuten ikke den sakkunnskap som behandlingen av «disse egenartede sakene»

¹ Utredninger og udkast til Civilprosessreformen af Bernhard Getz udgivne af F.Hagerup, Kristiania 1902, side 7.

krevede.² I tillegg til en prosess som skulle sikre hurtighet, fikk avgjørelsene utvidet rettskraftvirkning, ved at en avgjørelse om tolkningen av en tariffavtale ble bindende for alle individuelle avtaler som bygget på vedkommende tariffavtale.

Husleieloven av 1939 innførte en egen særdomstol for husleieforhold. De kommuner som ønsket det, kunne søke Kongen om å opprette en egen husleierett. Begrunnelsen for denne særdomstolen var behovet for særlig innsikt og kynighet i saksfeltet, og å sikre rettsenhet i slike saker. Dette ble ansett viktig for å sikre rettferdighet og forutberegnelighet på bakgrunn av de mange skjønsspørsmål som oppstår i husleiesaker. Husleieretten skulle settes med en juridisk fagdommer og to lekdommere; en huseier og en leietaker. Komiteen hadde foreslått at de to lege dommerne skulle velges av kommunestyret. Dette ble imidlertid avvist av departementet av prinsipielle grunner knyttet til domstolens uavhengighet.

Husleierettene forsvant ved at kommunene etter hvert vedtok å legge dem ned. Husleieretten i Oslo ble nedlagt sist, ved Oslo kommunes vedtak i 1989. Ved utarbeidelsen av ny husleielov, ble tanken om særdomstoler på husleieområdet avvist, se Ot.prp. nr. 82 (1997–98) side 131–132. Departementet så ikke at det er noe ved husleiesaker, som sakskompleks, som tilsier at disse bør behandles av særskilte domstoler. Dessuten kan det oppstå vanskelige spørsmål om avgrensning i forhold til de ordinære domstolenes kompetanse, og bruk av en særdomstol kan stenge for forening av saker som naturlig hører sammen. En særdomstol vil også få store distrikter, slik at en i større grad enn ellers vil måtte bruke indirekte bevisførsel. Departementet pekte samtidig på at det er en utfordring at saksbehandlingstiden ved de alminnelige domstolene kan bli lang.

Departementet ønsket heller ikke at det skulle opprettes særskilte nemnder i husleiesaker. Stortinget hadde imidlertid et annet syn, og ved vedtaket av den nye husleieloven ble det innført en prøveordning med opprettelse av enkelte husleienemnder til erstatning for behandling av husleiesaker i forlikrådet. Bakgrunnen for vedtaket var at domstolsbehandling ble vurdert som kostnadskrevede og langsom. I 2001 ble det innført forsøk med frivillig adgang til å bringe saker inn for en husleienemnd i Oslo. Ordningen ble senere utvidet til å omfatte Akershus fylke. I 2006 ble behandling i husleienemnd gjort obligatorisk der

det er opprettet en slik nemnd. I 2009 ble ordningen for departementet til å opprette husleienemnder gjort generell og permanent, og i 2010 og 2011 utvidet til å gjelde for Hordaland, Sør-Trøndelag og Nord-Trøndelag.

I begynnelsen av 2. verdenskrig ble det innført nye regler om prisregulering.³ For håndheving av reglene, ble det under okkupasjonsstyret etablert et eget prispoliti og egne prisdomstoler, og det ble gitt særregler for rettergangen.⁴ Samtidig ble det opprettet en egen prislagsmannsrett til å behandle anke over prisrettenes avgjørelser. Prislagsmannsrettens avgjørelser kunne bare i spesielle tilfeller ankes til Høyesterett. Ordningen med eget politi og behandling i særlige domstoler ble opprettholdt de første årene etter frigjøringen, i medhold av provisorisk anordning om prisregulering og annen regulering av ervervsmessig virksomhet av 8. mai 1945. Prispolitiet og særdomstolene i prisaker ble avskaffet i 1947, under henvisning til at man ikke burde ha særdomstoler uten at vektige grunner taler for det. Heller ikke ordningen med noen særlig utpekte dommere, ble opprettholdt. Departementet uttalte at «en ordning med særskilt oppnevnte dommere for visse spesielle saker er både av prinsipielle og praktiske grunner betenkelig, og bør ikke innføres uten at det er meget tungtveiende grunner for det».⁵ Prisdомstolene rundt 2. verdenskrig er eksempel på en kortvarig ordning med særdomstoler. Arbeidsretten og jordskifterettene, som er de sentrale særdomstolene i dag, har derimot vært en del av domstolsapparatet lenge, jf. straks nedenfor.

Vergerådene – som ikke var domstoler, men som på mange måter kom til å virke som særdomstoler – ble etablert med hjemmel i vergerådsløven av 1896.⁶ Vergerådene kunne treffe vedtak om plassering av barn under den kriminelle lavalder som hadde forbrutt seg mot straffeloven, barn som led under mangelfull omsorg, og barn med atferdsvansker. Plasseringen kunne gjelde barnehjem, fosterhjem eller i de nye skolehjemmene, som var lovens sentrale institusjon. Øvre aldersgrense for vedtak om å plassere barna var 16 år. Vergerådsløven hadde to hovedformål; å verne barn mot dårlige foreldre, og på den måten forebygge at barna ble kriminelle, og å møte barn som

² Ot.prp. nr. 29 (1912) Om utfærdigelse av en lov om arbeidstvister, side 6.

³ Provisorisk anordning om prisregulering mv. av 22. september 1939, deretter Administrasjonsrådets anordning om prisregulering mv. av 12. september 1940.

⁴ Dokument nr. 6 (1947).

⁵ Ot.prp. nr. 83 (1947) side 3.

⁶ Se Geir Kjell Andersland: «Fra vergeråd til familiedomstol?», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 2/2014, side 127–142.

allerede hadde begått lovbrudd, med behandling (i skolehjemmene) fremfor fengsel. Det handlet med andre ord om både barnevern og samfunnsvern.

Siden det skulle kunne treffes vedtak om tvang overfor barn og foreldre, mente mange at vedtaksmyndigheten etter loven burde ligge til de ordinære domstolene. Vergerådslovens fremste pådriver, professor Bernhard Getz, fikk imidlertid gjennomslag for å opprette et nytt organ – vergerådet – som skulle sammensettes med «saa meget Sagkundskab og Indsigt som mulig, i stedet for at lade Kundskaben og Indsigten optræde for Vidneskranken». I tillegg skulle det sitte legfolk i vergerådet. Vergerådsloven ble avløst av barnevernloven av 1953. Da ble vergerådene nedlagt, og man fikk de kommunale barnevernsnemndene.

4.1.3 Arbeidsretten

Arbeidsretten er en domstol som behandler retts spørsmål mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om rettigheter og plikter etter tariffavtaler, og diverse spørsmål om fredsplikt og konsekvenser av brudd på tariffavtale, jf. arbeidstvistloven § 33. Domstolen ble etablert gjennom den første arbeidstvistloven, som var fra 1915. Arbeidsretten har hele landet som rettskrets, og er lokalisert i Oslo.

Arbeidsretten har tre faste fagdommere som er embetsmenn, og fire andre dommere med varadommere som er oppnevnt av Kongen for tre år etter innstilling fra de største arbeidsgiverforeningene og fagforeningene, jf. arbeidstvistloven §§ 37 og 39. I den enkelte sak settes Arbeidsretten med syv dommere; tre fagdommere og fire øvrige dommere etter reglene i § 38.

Arbeidsretten er administrativt underlagt Arbeids- og sosialdepartementet. I motsetning til de alminnelige domstolene og jordskifterettene, hører ikke domstolen under Domstoladministrasjonen (DA). Spørsmålet om innlemmelse i DAs arbeidsområde er drøftet i forarbeidene til dagens arbeidstvistlov. Konklusjonen er der begrunnet blant annet slik:⁷

«Departementet er enig i at de prinsipielle hensyn som lå til grunn for opprettelsen av DA og overføring av administrasjonen av de alminnelige domstoler fra Justisdepartementet til DA, også har gyldighet for Arbeidsretten. Samtidig er Arbeidsretten en særegen domstol, og den

er en del av det samlede tvisteløsningssystemet som staten stiller til rådighet for partene i arbeidslivet. Videre er Arbeidsrettens praktiske samarbeid med Riksmeklingsmannen nyttig og fruktbart for begge parter. Departementet legger stor vekt på høringsinstansenes syn, og er enig i at det kan stilles spørsmål ved om en så liten og særegen enhet kan oppnå særlige driftsmessige fordeler under DA, samtidig som det kan være en fare for at den drukner blant de store og tunge alminnelige domstoler. Departementet har også merket seg at flere av høringsinstansene anser en samlokalisering med Borgarting lagmannsrett som en forutsetning og nærmest eneste fordel ved en overføring til DA. Som det fremgår av DAs uttalelse over er en samlokalisering mellom Arbeidsretten og Borgarting lagmannsrett på grunn av arealsituasjonen ikke aktuell. På denne bakgrunn er departementet kommet til at det ikke vil foreslå en overføring av Arbeidsretten til DA.»

En sak bringes inn for Arbeidsretten gjennom skriftlig stevning, hvorefter det gis frist for innlevering av tilsvaret og gjennomføres saksforberedelse og muntlig hovedforhandling med bevisførelse i henhold til arbeidstvistloven §§ 45 flg. Rettens avgjørelser treffes med stemmeflertall, jf. § 56 første ledd, og det avses dom etter reglene i samme bestemmelse.

Arbeidstvistloven § 58 regulerer spørsmålet om anke over Arbeidsrettens avgjørelser. Hovedregelen er at Arbeidsrettens dommer er endelige, jf. § 58 femte ledd. Unntak gjelder for kjennelser som avviser en sak fra Arbeidsretten; slike kan ankes til Høyesteretts ankeutvalg, jf. samme bestemmelse første ledd. Videre kan en dom ankes til Høyesteretts ankeutvalg for opphevelse ved anførsel om at saken ikke hører under Arbeidsrettens domsmyndighet, jf. femte ledd. I tillegg kan den som ikke er part, anke over kjennelser og beslutninger som pålegger vedkommende plikter eller ilegger straff- eller omkostningsansvar, og partene kan anke kjennelser som ilegger dem selv ansvar for fornærmelig oppførsel etter arbeidstvistloven § 60 eller ugyldig fravær mv. etter § 62, jf. § 58 annet ledd.

Arbeidsrettens dommere er ikke underlagt den samme klage- og disiplinærordningen som andre dommere. Forarbeidene til arbeidstvistloven gir følgende begrunnelse:⁸

⁷ Prop. 134 L (2010–2011) kapittel 3.2.4.

⁸ Prop. 134 L (2010–2011) kapittel 3.4.3.

«Departementet er kommet til at forslaget fra høringen om å knytte Arbeidsrettens fagdommere til klage- og disiplinærordningen for dommere ikke følges opp. Arbeidsretten er en særegen domstol som består av juridiske dommere og dommere oppnevnt etter innstilling fra organisasjoner med innstillingsrett på arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. De innstilte dommerne er ordinære dommere i domstolen, likestilte med de juridiske dommerne, til forskjell fra lekdommere ved de ordinære domstoler. Å knytte de juridiske dommerne til den ordinære klage- og disiplinærordningen kan bidra til å skape to kategorier dommere i Arbeidsretten. Det vil være betenkelig. Arbeidsretten er dessuten en særdomstol med et begrenset fagfelt. Arbeidsretten har også andre typer parter enn de ordinære domstoler. Det er hovedsakelig de store organisasjonene, og sjelden enkeltpersoner, som er parter. De store organisasjonene har tyngde og ressurser til å ivareta egne interesser, og de har også en viss innflytelse på utvelgelsen av dommere til Arbeidsretten.»

4.1.4 Jordskifterettene

Jordskifterettene behandler krav om fastsetting og endring av eiendomsforhold og rettigheter tilknyttet fast eiendom, og avholder skjønn.⁹ Jordskifteretten er en særdomstol,¹⁰ og har hatt slik status i hvert fall siden 1882. I utgangspunktet var navnet Utskiftningsvesenet, og senere Jordskifteverket. Fra 2002 har virksomhetens navn vært Jordskifterettene, som en fellesbetegnelse for jordskifterettene, jordskifteoverrettene og nødvendige støttedfunksjoner. Med dagens jordskiftelov (i kraft fra 2016) ble jordskifteoverrettene opphevet, og lagmannsrettene ankeinstans for avgjørelser fra jordskifterettene. I dag er det jordskifteretter 34 steder i landet, og de hører under Domstoladministrasjonens administrasjon.

Den enkelte jordskifterett skal ha en jordskifterettsleder som også er jordskiftedommer, eventuelle øvrige jordskiftedommere og teknisk personale, jf. jordskiftelova § 2-3. I tillegg kan jordskifterettene ha dommerfullmektiger. Jordskiftelagdommere, jordskiftedommere og jordskiftedommerfullmektiger skal ha jordskiftesfaglig utdanning på mastergradsnivå.¹¹ I hvert jordskiftesogn skal det dessuten være et særskilt utvalg av jordskiftemeddommere som skal være sakkyn-

dige i saker som den aktuelle jordskifteretten vanligvis har, jf. § 2-5. Jordskiftedommere utnevnes som embetsmenn av Kongen, og er underlagt den samme klage- og disiplinærordningen som dommere i de alminnelige domstolene, jf. domstoloven §§ 55 og 236.

Det kan reises sak for jordskifteretten skriftlig eller muntlig. Jordskifteretten forbereder saken og gjennomfører rettsmøte i samsvar med jordskiftelova kapittel 6. I den enkelte sak skal jordskifteretten settes med én jordskiftedommer, og – hvis en part krever det eller jordskiftedommeren mener at det trengs – to jordskiftemeddommere.¹² I noen typer saker skal retten alltid settes med to meddommere (og fire dersom en part krever det eller jordskiftedommeren mener at det trengs).

Jordskifteretten avsier dommer, kjennelser, vedtak om saksbehandlingen, og jordskifteavgjørelser etter reglene i jordskiftelova §§ 6-23 flg. Formen jordskifteavgjørelse benyttes blant annet ved avgjørelse av om lovens vilkår for jordskifte er oppfylt, ved saklig og geografisk avgrensning av jordskiftesaken, og ved skjønn etter jordskiftelova kapittel 5. Avgjørelser fra jordskifteretten kan ankes til lagmannsretten. Ved prøving av dom, kjennelse eller vedtak, settes lagmannsretten med tre dommere på vanlig måte.¹³ Ved prøving av en jordskifteavgjørelse settes lagmannsretten med en jordskiftelagdommer og to eller fire jordskiftemeddommere.¹⁴ Lagmannsrettens avgjørelser kan ankes til Høyesterett etter vanlige regler.¹⁵

4.1.5 Utmarksdomstolen for Finnmark

Den 1. juli 2006 ble statens eiendommer i Finnmark overført fra Statskog til et nytt organ ved navn Finnmarkseiendommen.¹⁶ Videre er det

¹¹ Jf. jordskiftelova § 2-4. Etter denne bestemmelsen skal fagkretsen fastsettes av departementet, som i forskrift 15. oktober 2014 har delegert denne myndigheten til Domstoladministrasjonen. I Domstoladministrasjonens retningslinjer for kompetansekrav til jordskiftedommere, datert 27. april 2014, heter det at fagkretsen må inkludere eiendomsfag, juridiske fag, geomatikk og økonomi og administrasjonsfag.

¹² Jf. jordskiftelova § 2-6.

¹³ Jf. jordskiftelova § 8-7. Jordskiftelagdommer kan være en av tre fagdommere i lagmannsretten ved behandling av anke over avgjørelse fra jordskifterett og ved anke over avgjørelse fra tingrett som gjelder bruks- eller eiendomsrett til fast eiendom.

¹⁴ Jf. samme bestemmelse.

¹⁵ Jf. jordskiftelova §§ 8-1 og 8-13 med henvisning til tvisteloven kapittel 30.

¹⁶ Jf. lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).

⁹ Jf. jordskiftelova § 1-4.

¹⁰ Jf. domstoloven § 2.

opprettet en kommisjon – Finnmarkskommisjonen – som skal utrede rettigheter til land og vann i Finnmark for å fastslå omfanget og innholdet av de rettigheter som samer og andre har på grunnlag av langvarig bruk.¹⁷ Finnmarkskommisjonen utarbeider rapporter for ulike geografiske felt i Finnmark, der det blant annet angis hvem som etter kommisjonens mening er eier av grunnen i området, om andre har bruksrettigheter der, og hva slag bruksrettigheter det er tale om. Kommisjonen har en leder og fire øvrige medlemmer, alle utnevnt som tjenestemenn i statsråd. Foreløpig har Finnmarkskommisjonen utarbeidet rapport for fem felt, mens ytterligere to er kunngjort eller igangsatt.

På grunnlag av finnmarksloven er det opprettet en særdomstol som skal avgjøre tvister om rettigheter som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt. Utmarksdomstolen for Finnmark har vært i virksomhet siden 1. september 2014. Domstolen består av en leder, en nestleder, tre faste medlemmer og to varamedlemmer, som alle er oppnevnt av Kongen. Innstillingsrådet for dommere avgir innstilling etter at Sametinget, Finnmark fylkeskommune og ulike brukerrepresentanter har hatt anledning til å uttale seg om sammensetningen.¹⁸ Domstoladministrasjonen har det overordnede administrative ansvaret for både Finnmarkskommisjonen og utmarksdomstolen.

Tvister bringes inn for utmarksdomstolen ved skriftlig stevning, som hovedregel senest halvannet år etter at Finnmarkskommisjonens rapport ble avgitt.¹⁹ Utmarksdomstolen behandler saken og avholder rettsmøte mv. etter reglene i finnmarksloven §§ 38 flg. Avgjørelser fra utmarksdomstolen kan som hovedregel ankes til Høyesterett.²⁰

Etter at kartleggingen av rettigheter etter finnmarksloven er fullført, vil både Finnmarkskommisjonen og utmarksdomstolen kunne avvikles. Finnmarkskommisjonen skal være i virksomhet til den har kartlagt rettighetsforholdene på alle deler av den grunnen som Finnmarkseiendommen overtok fra Statskog i 2006. Utmarksdomstolen må forutsetningsvis bestå inntil fristen for å bringe tvister fra det siste kartleggingsfeltet er utløpt, og den dessuten har sluttført behandlingen av de tvistene som er bragt inn for den innenfor fristreglene.

4.2 Nemnder for tvisteløsning

4.2.1 Innledning

Det finnes en lang rekke forvaltningsorganer som avgjør rettsspørsmål på bindende måte ved anvendelse av rettsnormer på kjensgjerninger. I noen tilfeller er disse organene organisert som nemnder, det vil si som kollegiale organer med en viss frihet i forhold til det vanlige forvaltningshierarkiet. Mange nemnder er opprettet for å behandle klager over forvaltningsvedtak (klagenemnder), mens andre treffer avgjørelser i første instans (tvistenemnder). I noen tilfeller opptre forvaltningen som part i saker for tvistenemnder. Eksempelvis gjelder dette i saker for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, og for Markedsrådet. Men det finnes også nemnder som treffer avgjørelse i saker mellom to private parter.

Ordningen med ulike nemnder innebærer at en lang rekke konflikter, både borgere imellom og mellom det offentlige og borgerne, avgjøres av forvaltningsorganer som i større eller mindre grad ligner på domstoler.²¹ I en undersøkelse i 2014 fant Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) 52 statlige klagenemnder fordelt på 14 departementsområder.²² De fleste nemndene var rene klagenemnder. Det vanlige var at nemndenes avgjørelse av klagesaker ikke kan overprøves av andre forvaltningsorganer, men at de kan bringes inn for domstolene for overprøving. De ti største nemndene traff årlig til sammen mer enn 30 000 avgjørelser. Den klart største var Utlendingsnemnda. Noen av nemndene er organisert som selvstendige enheter, mens andre utgjør en del av det forvaltningsorganet som de overprøver.

Medlemmene av en nemnd innenfor et forvaltningsområde oppnevnes ofte av vedkommende departement eller av Kongen i statsråd. Oppnevningstiden er gjerne regulert, med mulighet for gjenoppnevning. I hvilken grad medlemmene har vern mot å bli fjernet, kan være usikkert. Bare få av nemndene har fast ansatte medlemmer. Medlemmene av kollegiale organer må treffe vedtak i fellesskap, typisk i møte.

For mange nemnder er det fastsatt bestemte kvalifikasjonskrav som skal sikre at medlemmene har faglig innsikt på høyt nivå innenfor det området nemnda arbeider. Ofte er det krav om at lede-

¹⁷ Jf. finnmarksloven § 5.

¹⁸ Jf. forskrift 16. mars 2007 om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark § 4 a.

¹⁹ Jf. finnmarksloven § 38.

²⁰ Jf. finnmarksloven § 42.

²¹ For en oversikt med særlig vekt på velferdsretten, se Asbjørn Kjønsstad, Helsepersonellnemnda og rettssikkerheten i Mår og Andenæs (red.) Klagenemnder Rettssikkerhet og effektivitet, Fagbokforlaget 2007.

²² Difi-rapport 2014: 2 Viltvoksende nemnder? Om organisering og regulering av statlige klagenemnder.

ren skal ha juridisk kompetanse. I noen tilfeller oppnevnes det medlemmer etter forslag fra berørte organisasjoner.

4.2.2 Nærmere om ulike typer nemnder

I første halvdel av 2000-tallet kartla Statskonsult at om lag 45 prosent av klagen i statlig sektor ble behandlet i særskilt opprettede klagenemnder, mer eller mindre frittstående i forhold til det vanlige forvaltningsapparatet. I Difis undersøkelse fra 2014 konstateres det at antallet nemndsordninger ikke hadde økt nevneverdig de siste 10–15 årene før undersøkelsen av 2014, men at mye taler for at klagebehandling i nemndsorganer har økt i omfang og betydning.²³ Behandling av klager ved klagenemnder må sies å være et hovedtrekk ved vårt forvaltningsklagesystem. Nemndene står på mange måter i en mellomstilling mellom å være rene klageorganer og forvaltningsdomstoler. Utlendingsnemnda, Trygderetten, kontrollkomisjonene for psykisk helsevern, Statens helsepersonellnemnd, Personvernemnda, Skatteklagenemnda og Likestillings- og diskrimineringsnemnda er eksempler på klagenemnder av stor praktisk betydning.

Det er vanlig at klagenemndene har kompetanse til å treffe nytt vedtak, men også til å sende saken tilbake til førsteinstansen for ny behandling. Saksbehandlingen følger gjerne forvaltningslovens regler, med enkelte tilpasninger. Saksbehandlingen er i de fleste tilfeller skriftlig, og uten at førsteinstansen er definert som part i klagebehandlingen. I noen tilfeller gis parten rett til å møte og forklare seg. De fleste nemndene har et sekretariat som forbereder sakene. Enkelte nemnder, eksempelvis Trygderetten, har en prosess som ligner mye på prosessen for domstolene.

De nemndene som treffer avgjørelser i første instans, har en annen funksjon enn å overprøve vedtak som forvaltningen har truffet. Den mest omfattende av disse ordningene er fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Kommunene er involvert i sakene for fylkesnemnda, men som part, ikke som vedtaksorgan (bortsett fra i saker om akuttinngrep og enkelte andre sakstyper der det ligger til kommunen å treffe vedtak i første instans). Fylkesnemndene beskrives inngående nedenfor i kapittel 11 nedenfor, og omtales derfor ikke nærmere her. Det finnes også enkelte andre nemnder som treffer vedtak i første hånd etter forslag fra et offentlig organ, og der et inngrep forutsetter et positivt vedtak i nemnda. Markedsrådet,

som ble opprettet ved markedsføringsloven av 1972, er ett eksempel. En viktig del av begrunnelsen for å oppnevne et eget organ som kunne treffe vedtak om forbud etter markedsføringsloven, var at departementet så «det som vesentlig i denne sammenheng at saker som ikke kan løses på frivillig måte kan bringes inn for organ som raskere enn ved domstolsprøving kan vedta forbud mot handlinger som rammes av loven».²⁴

Pasientskadenemnda står i en slags mellomstilling mellom å være klagenemnd og tvistenemnd. Denne nemnda behandler klager over enkeltvedtak i Norsk Pasientskadeerstatning. Det dreier seg likevel ikke om klage på typisk myndighetsutøvelse, da Norsk Pasientskadeerstatnings oppgave er å ta stilling til om det foreligger erstatningsansvar for pasientskade. I realiteten dreier det seg med andre ord om å ta stilling til et privatretslig forhold mellom en skadelidt og (i hovedsak) det offentlige helsevesenet. Pasientskadenemnda ble opprinnelig opprettet som en midlertidig ordning som ledd i en avtale mellom staten og fylkeskommunene, og hadde preg av en forsikringsordning. Ordningen var bindende for sykehuseierne, mens skadelidte kunne velge mellom å holde seg til ordningen eller å kreve erstatning for domstolene etter vanlige erstatningsregler. Med pasientskadeloven av 2003 ble Norsk Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda innført som en obligatorisk ordning. Dersom skadelidte er misfornøyd med vedtaket til Norsk Pasientskadeerstatning, må han eller hun bringe saken inn for Pasientskadenemnda før saken kan bringes inn for domstolene.

Det finnes en rekke nemnder som behandler tvister mellom private eller mellom private og det offentlige, og der det offentlige opptre som aktør på linje med private. Eksempel på slike nemnder er Forbrukertvistutvalget, Husleietvistutvalget og Klagenemnda for miljøinformasjon. Forbrukertvistutvalget behandler saker om forbrukerkjøp mellom forbrukere og næringsdrivende. Dette utvalget behandler rundt 1 500 saker i året, hvorav rundt 50 går videre til domstolene. Forbrukertvistutvalget ble opprinnelig foreslått organisert som en forbrukerdomstol. For å unngå for mange organer spredt rundt, ble det imidlertid etablert som et underutvalg til Markedsrådet, og slik at virksomheten omfattes av forvaltningsloven.²⁵ Senere er Forbrukertvistutvalget definert mer prinsipielt som del av det utenrettslige tvisteløsningsapparatet på forbrukerområdet.

²⁴ Se Ot.prp. nr. 57 (1971–72) side 5.

²⁵ Se Ot.prp. nr. 55 (1976–77) side 13.

²³ Difi-rapport 20014:2 Viltvoksende nemnder? Kapittel 3.

Saksbehandlingen i de forskjellige nemdene varierer, men er i utgangspunktet bygget på forvaltningslovens regler. I dette ligger blant annet at saksbehandlingen skal være kontradiktorisk, med rett til innsyn i sakens dokumenter etter forvaltningsloven §§ 18 og 19. Som hovedregel er det ikke snakk om noen partsprosess, og det organet som har truffet det påklagede vedtaket har ikke partsstilling på linje med klager. Klagenemnda har ansvar for sakens opplysning, jf. forvaltningsloven § 17. Etter samme lov § 33 har dessuten også vedtaksorganet en rolle i klagebehandlingen, ved at det skal foreta de undersøkelser som klagen gir grunn til, og kan oppheve eller endre sitt vedtak, og avvise klagen dersom vilkårene for klage ikke er oppfylt. Dersom klagen ikke avvises og vedtaket ikke endres, sender vedtaksinstansen klagen og sin uttalelse om denne, til klageinstan-

sen. Klageinstansen foretar de undersøkelser og utredninger som den finner grunn til, og det kan også be om ytterligere utredning og vurdering fra vedtaksorganet, jf. forvaltningsloven § 33 siste ledd. I de fleste tilfeller har klagenemndene et sekretariat som bistår med forberedelse og utredning av saken.

Ved at klagenemndene er organisert som forvaltningsorganer, er vedtakene derfra i utgangspunktet gjenstand for domstolsprøving etter de vanlige reglene om overprøving av forvaltningsvedtak. Det har således ingen direkte rettslig betydning for domstolsprøvingen at klagen er behandlet av en uavhengig klagenemnd i stedet for i det vanlige forvaltningshierarkiet. For noen sakstyper er behandling i nemnda obligatorisk, på den måten at en sak ikke kan bringes inn for domstolene før den er behandlet i nemnda.

Kapittel 5

Prinsipielle synspunkter på hvordan behandlingen av rettstvister bør organiseres

5.1 Tidligere vurderinger av spørsmål om opprettelse av særdomstoler

Som nevnt bygget sivilprosessreformen av 1915 på at man i størst mulig grad bør unngå særdomstoler. Mange av de eksisterende særdomstolene ble fjernet, og saksområdene innlemmet i de alminnelige domstolene. Samtidig fikk vi likevel nye særdomstoler som Arbeidsretten og husleierettene. Den første mer prinsipielle drøftelse av særdomstoler etter dette, fant sted i forbindelse med forvaltningslovreformen på 1960-tallet, som spørsmål om det i Norge burde utvikles egne domstoler til kontroll med forvaltningen.

Forvaltningslovkomiteen¹ ble oppnevnt i 1951, etter at det i årene etter krigen var påpekt behov for mer betryggende regler for administrativ behandling av enkeltpersoners rettsstilling. Innstillingen fra komiteen inneholder blant annet en bredt og prinsipielt anlagt vurdering av den norske domstolskontrollen med forvaltningen. Komiteen vurderte både om man burde gå over til en modell med en særskilt forvaltningsprosess for egne domstoler, og om man burde innføre egne forvaltningsdomstoler på særlige områder hvor kontroll ved de ordinære domstolene ikke passer. Komiteens utgangspunkt var at forvaltningsorganene ikke i siste instans selv kan avgjøre om de overholder loven eller ei, og at kontrollen med dette må ligge til selvstendige og uavhengige organer som treffer bindende avgjørelser etter en betryggende saksbehandling. Når dette vilkåret er oppfylt, var det etter komiteens mening mer et praktisk spørsmål om man legger kontrollen til de alminnelige domstoler eller forvaltningsdomstoler. Komiteen presiserte de aktuelle vilkårene nærmere slik:²

«I dette ligger først og fremst at kontrollorganet må være selvstendig og uavhengig i forhold til forvaltningen og det må kunne treffe bindende vedtak etter en betryggende saksbehandling. Dessuten bør det i organet sitte folk med juridisk utdanning. Det bør overveies å tillegge oppnevnellesmyndigheten til Justisdepartementet, som ellers administrerer domstolsvesenet. Kontrollen må være en ekstern kontroll. Man kan gjerne uttrykke det slik at organet må ha 'brutt ut' av den forvaltningsmessige organisasjon. Oppfylles disse krav, vil det være forsvarlig å bruke betegnelsen forvaltningsdomstol på organet.»

For vurderingen av om man burde gå over til et system med forvaltningsdomstoler, tok forvaltningslovkomiteen utgangspunkt i at det ville kreve grunnlovsendring å frata de ordinære domstolene domstolsprøvingen og etablere et nytt system med forvaltningsdomstoler. Det viktigste argumentet for en slik endring, var etter komiteens oppfatning at forvaltningsdomstoler ville kunne ha større innsikt og fagkyndighet enn de alminnelige domstolene vanligvis har. Komiteen var imidlertid tvilende til holdbarheten av dette argumentet. Den viste til at det gjennomgående var stor tilfredshet, også i forvaltningen, med behandlingen av forvaltningssaker i domstolene. Mange dommere hadde bakgrunn fra forvaltningen, og hadde derfor nødvendig kjennskap. Komiteen pekte også på at spesialiseringshensynet dessuten ikke var noe særegent for forvaltningsaker. Den mente derfor at hensynet til særlig innsikt og erfaring ikke burde være tilstrekkelig grunn til å gå over til et helt nytt system med forvaltningsdomstoler.³

På den annen side viste komiteen til at det på mange områder er slik at domstolsbehandlingen innskrenkes fordi den oppfattes som for tungvint

¹ Komiteen til å utrede spørsmålet om betryggende former for den offentlige forvaltning, oppnevnt 5. oktober 1951.

² Forvaltningslovkomiteens innstilling side 412.

³ Forvaltningslovkomiteens innstilling side 407.

og tidkrevende, fordi sakenes antall og art gjør at domstolsbehandling ikke passer, eller av hensyn til en effektiv forvaltning. Komiteen mente at det var viktig å sikre en uavhengig kontroll også i slike tilfeller, og at vanlig forvaltningsklage eller egne klageorganer ofte ikke kunne gi en slik kontroll. Samtidig var sakene som gir opphav til innskrenkning av domstolskontrollen, innbyrdes så forskjellige at det neppe var hensiktsmessig å foreslå et felles organ eller en forvaltningsdomstol for disse sakene. Komiteen foreslo derfor å bygge videre på systemet med egne ankenemnder, men å innføre felles regler for organisering og saksbehandling i slike nemnder eller forvaltningsdomstoler. Disse felles prinsippene ble oppsummert slik:⁴

1. Ankenemndene må være selvstendige organ som ikke er underlagt forvaltningens instruksjonsmyndighet.
2. Juridisk kyndighet må være representert i nemndene. Medlemmene bør ikke kunne avsettes i den tid de er oppnevnt for.
3. Ankesaker må kunne reises på uformell måte.
4. Offisialprinsippet må gjelde, og behandlingsformen som hovedregel være skriftlig.
5. Saksbehandlingen bør være kontradiktorisk og også ellers tilfredsstillende rimelige krav for judicielle avgjørelser, de vanlige ugildhetsregler må gjelde og avgjørelsene må grunnis. Av kravet til kontradiktorisk saksbehandling følger at det offentlige må være partsrepresentert i alle saker som behandles, slik at det offentliges standpunkt blir presisert og begrunnet under saksforberedelsen.

Bare om disse betingelsene ble oppfylt, kunne det være forsvarlig å fravike den alminnelige domstolskontrollen. Komiteens forslag på dette punkt ble ikke fulgt opp av Justisdepartementet i proposisjonen om forvaltningsloven.

Domstolkommisjonen anså det ikke som del av sitt mandat å vurdere opprettelse av særdomstoler, men kom i sin utredning likevel med noen prinsipielle betraktninger:⁵

«...kommisjonen mener at særdomstoler bare bør etableres når det foreligger et klart dokumentert behov – som prinsipielt og praktisk viser hvorfor de alminnelige domstoler ikke bør behandle de aktuelle saker, og hvorfor en særdomstol er å foretrekke. Et annet viktig aspekt er at begrepet særdomstol bør reserve-

res for institusjoner som oppfyller alle anerkjente kriterier for å være en *domstol*, bl a at institusjonen i det alt vesentlige skal ha en *dømmende* funksjon, og at institusjonen i denne sammenheng skal være *uavhengig*. Det er f eks lite heldig dersom en særdomstol har betydelige forvaltningsoppgaver, og i denne forbindelse er underlagt en statlig forvaltningsenhet instruksjonsmyndighet og overprøving, mens vedkommende særdomstol skal være helt selvstendig og uavhengig av den samme statlige forvaltningsenhet i sin dømmende virksomhet. Å legge forvaltningsoppgaver i større omfang til en domstol vil for øvrig kunne være i strid med Grunnloven.

I tråd med det som er uttalt om rettsenhet, bør utgangspunktet være at de saksbehandlingsregler som gjelder for de alminnelige domstoler, skal gjelde tilsvarende, så langt råd er, når det etableres nye særdomstoler. Overprøving av de avgjørelser som særdomstoler treffer, bør overprøves av de alminnelige domstoler, ikke av egne ankedomstoler. De regler som fastsettes med hensyn til utnevning/oppnevning av fagdommere og lekdommere, deres stillingsvern m v bør ligge så tett som mulig opp til de regler som gjelder for dommere ved de alminnelige domstoler.»

Domstolkommisjonen vurderte også spørsmålet om administrasjonen av særdomstoler. Den pekte her på at en felles administrasjon av særdomstoler og de alminnelige domstolene ville legge forholdene bedre til rette for å ivareta helheten i domstolsystemet, og særdomstolenes uavhengighet ville kunne sikres bedre. Selv om hensynet til faglig og administrativt fellesskap kunne tale for en administrasjon av en særdomstol sammen med andre organer på samme fagfelt, måtte det etter kommisjonens mening foreligge særlige grunner for å unnta administrasjonen av en særdomstol fra en felles domstolsadministrasjon.⁶ På denne bakgrunnen anbefalte kommisjonen at de eksisterende særdomstolene, (bortsett fra konsulrettene) ble lagt til den felles domstolsadministrasjonen.

Spørsmålet om forvaltningsdomstoler ble så vidt nevnt av *Tvistemålsutvalget*. Utvalget uttalte om dette:⁷

«Det ligger utenfor *Tvistemålsutvalget*s mandat å vurdere en overgang fra dagens ordning,

⁴ Forvaltningslovkomiteens innstilling side 412.

⁵ NOU 1999: 19 side 519.

⁶ NOU 1999: 19 side 523.

⁷ NOU 2001: 32 A side 497.

med en adgang til å få prøvd forvaltningsvedtak for de alminnelige domstoler, til et system med forvaltningsdomstoler. Men utvalget vil generelt bemerke at det ser klare motforestillinger mot et slikt system – uten at vi vil gå inn på dette.»

Også *Strukturutvalget* argumenterte for at den dømmende virksomheten skal skje innenfor alminnelige domstoler.⁸ Etter dette utvalgets syn bør det ikke opprettes særdomstoler uten at det foreligger meget tungtveiende grunner som taler for det. Strukturutvalgets utredning ble fulgt opp med St.meld. nr. 23 (2000–2001) *Førsteinstansdomstolene i fremtiden*. I tilknytning til vurderingen av at dømmende oppgaver bør ligge i alminnelige domstoler, viste departementet blant annet til at behovet for sakkyndighet kan ivaretas ved sakkyndige og/eller fagkyndige dommere. Samtidig uttalte det også at det, om ønskelig, må kunne skje en viss grad av spesialisering innenfor de større domstolene. Dette siste er fulgt opp gjennom et utviklingsarbeid i regi av Domstoladministrasjonen, jf. ovenfor.

Jordskifteretten er en særdomstol, jf. domstoloven § 2, og har hatt slik status lenge.⁹ I NOU 2002: 9 *Jordskifterettens stilling og funksjoner* redegjør utvalget bak denne utredningen for Domstolkommisjonens utgangspunkt om at dømmende oppgaver som utgangspunkt bør legges til de alminnelige domstoler, og for de argumenter som kommisjonen fremfører.¹⁰ Utvalget uttalte videre for sin del om ordningen med særdomstoler:¹¹

«Som alt nevnt er det fra enkelte hold gitt uttrykk for at det knytter seg visse betenkeligheter til opprettelsen av særdomstoler. Konstitusjonelt er det likevel ikke noe til hinder for det. At kompetansen er lagt til særdomstoler (spesialdomstoler), reiser ikke særlige problem i forhold til uavhengighetsprinsippet, så lenge domstolens avgjørelser kan overprøves innenfor det etablerte domstolsystemet, og bare der. Grunnloven har således ikke regler om andre domstoler enn Høyesterett og Riks-

retten. Når det i Grunnloven § 88 er slått fast at Høyesterett dømmer i «sidste Instans», forutsetter det en instansordning, men lovgiveren har betydelig frihet til å organisere denne, og til å avgjøre om domstolsavgjørelser i lavere instanser skal legges til domstoler med alminnelig eller spesialisert kompetanse. Utvalget viser i denne sammenheng til Rt. 1980 s. 52 flg., der det blant annet uttales at det ut fra Grunnloven ikke kan «utledes noe forbud mot at første og annen instansbehandling av enkelte saker henlegges til en særdomstol».

Visse hensyn taler for at det ikke opprettes særdomstoler i unødvendig grad, men det framstår etter utvalgets mening ikke som prinsipielt betenkelig å opprette slike når det er reelt behov for dem. Med den særlige kompetanse som kreves, særlig i ordinære jordskiftesaker og kombinerte saker, vil jordskifterettene – så lenge de har status som domstoler – vanskelig kunne organiseres på annen måte enn som særdomstoler.»

5.2 Tidligere vurderinger av spørsmål om å legge tvisteløsning til forvaltningsorganer

Mens det lenge har vært en generell skepsis i Norge til å opprette særdomstoler, har det i de senere årene ikke vært mange motforestillinger mot å opprette forvaltningsorganer med tvisteløsning som sin sentrale oppgave. Tidligere var bildet noe annerledes. Grunnlovens maktfordeling bygget på at den dømmende funksjonen skulle utøves av fagdomstoler.¹² Castberg viste i sin statsforfatningsrett til at det er betenkeligheter av forfatningsmessig art knyttet til å legge domsmyndighet til forvaltningen, og påpekte at det er «et forfatningsrettslig prinsipp hos oss at domsmyndigheten skal utøves av domstolene, – dvs. at avgjørelser, som materielt er dommer, skal treffes ved beslutninger som er dommer også i formell henseende.»¹³

Forvaltningskomiteen uttrykte også tilsvarende reserverte betraktninger. Komiteen pekte på at fremvekst av ankenemnder eller forvaltningsdomstoler kunne være uheldig for rettsenheten. Derfor burde man knytte disse til det alminnelige domstolsystemet. Siden en rekke av

⁸ NOU 1999: 22 *Domstolene i første instans. Førsteinstansdomstolenes arbeidsoppgaver og struktur*, kapittel 3.5.

⁹ Jordskifterettene er omtalt i kapittel 4 ovenfor.

¹⁰ NOU 2002: 9 *Jordskifterettens stilling og funksjoner*, kapittel 6.4.

¹¹ NOU 2002: 9 kapittel 7.7.2. Utvalgets forslag om å videreføre jordskifteretten som en særdomstol er avgitt under dissens, idet ett av medlemmene mente at jordskifterettens oppgaver heller bør ivaretas innenfor et frittstående forvaltningsorgan, jf. utredningen kapittel 2.2.3.2.

¹² Se Eirik Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, Fagbokforlaget 2012 side 477.

¹³ Frede Castberg, *Norges Statsforfatning I*, 3. utgave, Universitetsforlaget 1964 side 152.

disse nemndene ville ha hele landet som virkefelt, forkastet komiteen en tanke om å innføre anke til lagmannsretten, og anbefalte i stedet en adgang til å anke direkte til Høyesterett. Behandling for Høyesterett burde være avhengig av samtykke fra Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Forvaltningslovkomiteen antydte også at prosessreglene for forvaltningssaker i de alminnelige domstolene kunne forenkles ved å innføre en lettere og mer formløs adgang for den enkelte til å reise sak. Samtidig pekte den på den motforestillingen at det ikke bør være for stor ulikhet i behandlingsreglene ved samme domstol. Derfor mente komiteen at det verken ville være ønskelig eller mulig å omlegge saksbehandlingen ved de alminnelige domstolene slik at man «virkelig skulle møte det behov for en enkel og formløs saksbehandling i forvaltningssaker som synes å være til stede».¹⁴

Disse delene av Forvaltningslovkomiteens innstilling ble aldri fulgt opp. I stedet fortsatte ordningen med utvikling av domstolslignende forvaltningsorganer uten felles regler for organisering og saksbehandling.

Departementets svar på det som var tatt opp av Forvaltningslovkomiteen, kom i forbindelse med at trygderettsloven ble fremmet i 1966. Trygderettslovutvalget tok utgangspunkt i forvaltningslovkomiteens innstilling, og la frem forslag om opprettelse av en egen trygde- og pensjonsdomstol.¹⁵ Ved en viss tilpasning av de prinsippene som var lagt til grunn for rettspleien, ville man kunne nå frem til en praktisk og rasjonell ankeordning uten å gå på akkord med rettssikkerhetskravet. En domstol ble også begrunnet med hensynet til ankeinstitusjonens posisjon og renommé.

Forslaget om å gi Trygderetten status som domstol ble imøtegått under høringen, blant annet av Justis- og politidepartementet. Departementet pekte på at en ordning med særskilte forvaltningsdomstoler hittil hadde vært fremmed for Norge, og at saken var for dårlig utredet i lys av de prinsipielle spørsmål den reiste. Departementet fremholdt videre at det er vektige argumenter som taler imot opprettelse av særdomstoler, blant annet at man «bør tilstrebe en mest mulig enhetlig behandling ved domstolene, og det er viktig for folks tillit til domstolene og for domstolenes kvalitet at de samme dommere stort sett behandler alle slags saker og får en bred og variert innsikt i de forhold som er under-

gitt domstolsbehandling».¹⁶ Departementet pekte også på at det var få trygdesaker for domstolene, og at man ikke burde frata en part muligheten til å få prøvd sin sak etter de mer betryggende reglene som gjelder for alminnelig domstolsbehandling.

Også Domstolkommisjonen pekte i sin innstilling på fremveksten av domstolslignende forvaltningsorganer, og anbefalte en nærmere analyse av deres omfang og betydning.¹⁷

«En slik analyse bør videre omfatte forholdet mellom domstolliknende forvaltningsorganer og særdomstoler. Dette forholdet framstår i dag som nokså uryddig og uoversiktlig, bl a fordi det som tidligere påpekt kan synes som om domstolliknende forvaltningsorganer i noen grad har fungert som en slags erstatning for særdomstoler.»

Det har således skjedd en klar utvikling i synet på adgangen til å legge dømmende virksomhet til forvaltningsorganer. I den siste utgaven av Andenæs Statsforfatning står det:¹⁸

«Men når lovgivningen går frem i små steg, kan grensen etter hvert forskyves uten at det i noe tilfelle er mulig å si at her er grensen er overskredet. Tendensen har utvilsomt gått i retning av å utvide forvaltningsorganers myndighet i forhold til domstolene. Det er mye vi godtar i dag, som ikke ville vært godtatt for et halvt eller helt hundre år siden.»

5.3 Internasjonale anbefalinger om særdomstoler og spesialiserte dommere

Europarådet har opprettet et konsultativt råd av dommere som skal virke for å fremme dommernes uavhengighet, upartiskhet og faglige dyktighet (Consultative Council of European Judges, CCJE). Medlemmene av rådet – som alle er dommere – opptrer i eget navn (ikke som representanter for medlemstatene). CCJE gir råd til Europarådets ministerkomite i spørsmål om dommernes stilling og funksjon, blant annet i form av uttalelser (Opinions) om ulike temaer. På basis av et plenumsmøte i

¹⁴ Forvaltningslovkomiteens innstilling side 408.

¹⁵ Innstilling til lov om anke til Trygderetten side 19, trykt vedlegg til Ot.prp. nr. 5 (1966–67).

¹⁶ Ot.prp. nr. 5 (1966–67) side 18.

¹⁷ NOU 1999: 19 side 521.

¹⁸ Johs. Andenæs: Statsforfatningen i Norge, 10. utgave, Universitetsforlaget 2006 side 343.

Paris i november 2012, avga CCJE samme år en uttalelse om spesialisering av dommere.¹⁹

Uttalelsen omhandler både bruken av spesialiserte dommere og særdomstoler. Generelt understreker uttalelsen betydningen av dommere og domstoler med generell kompetanse, og at dette bør være hovedmodellen i en rettsorden.²⁰ Der hvor det opprettes særdomstoler eller dommer-spesialisering, bør dommere ha mulighet til å skifte mellom forskjellige domstoler og spesialisering.²¹ Spesialisering er bare forsvarlig der det fremmer både kvaliteten av de rettslige prosedyrene og avgjørelsene.²² Uttalelsen konkluderer med ti punkter:

1. Alle dommere må ha ekspertise i det å utøve dommergjerningen.
2. Hovedtyngden av den dømmende virksomhet må utøves av generalistdommere.
3. Spesialiserte dommere og domstoler bør bare introduseres når det er nødvendig på grunn av saksfeltets kompleksitet eller egenart.
4. Spesialiserte dommere og domstoler bør inngå i den samlede dommerstanden.
5. Både spesialiserte dommere og generelle dommere må oppfylle kravene i EMK artikkel 6 til uavhengighet og upartiskhet.
6. Spesialiserte dommere må i prinsippet ha samme status som ordinære dommere, og være underlagt de samme etiske regler og regler for ansvar.
7. Spesialisering må ikke undergrave kvaliteten, verken i spesialiserte eller generelle domstoler.
8. Ofte vil mobilitet og fleksibilitet i domstolene være tilstrekkelig til å imøtekomme spesialiseringsbehov. I prinsippet bør tilbud om spesialisering og opplæring være tilgjengelig for alle dommere. Spesialisttraining bør organiseres av offentlige dommeropplæringsinstitusjoner.
9. I stedet for å sette domstoler med ikke-juridiske spesialister, bør retten oppnevne sakkyndige som avgir uttalelser som er gjenstand for kontradiksjon.
10. Spesialiserte domstoler og de alminnelige domstolene bør være underlagt felles administrasjon.

I uttalelsen advarer rådet mot etablering av egne prosessregler for spesialdomstoler, og uttaler at de generelle prosessreglene bør komme til anvendelse

også i disse (avsnitt 32). Spesielle prosessregler kan bare forsvares der hvor det er nødvendig ut fra de behovene som begrunner opprettelsen av en særdomstol, for eksempel i familiesaker hvor det kan være nødvendig med særegne prosedyrer for å sikre ivaretagelse av barns interesser.

5.4 Utvalgets generelle betraktninger

5.4.1 Generelt

Særdomstoler er domstoler med myndighet innenfor ett eller flere positivt angitte saksområder.²³ I likhet med det som er vanlig i Norge, tar utvalget her utgangspunkt i et formelt domstolsbegrep. De forskjellige nemndene som reelt sett utfører dømmende oppgaver, regnes dermed ikke som særdomstoler.

Motstykket til særdomstoler er i Norge de alminnelige domstolene (tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett). Deres myndighetsområde omfatter alt som ikke uttrykkelig er unntatt. Med disse utgangspunktene har vi et annet begrepsapparat enn for eksempel Sverige, hvor også forvaltningsdomstolene regnes som alminnelige domstoler.

Som det fremgår i det foregående, har vurderingene de siste tiårene hovedsakelig gått i retning av at det bør vises tilbakeholdenhet med å etablere særdomstoler, og at slike bare bør opprettes når det er særskilte forhold ved det aktuelle saksområdet som tilsier det. Samtidig er det opprettede organer som ut fra sine oppgaver og funksjonsmåte reelt sett er domstoler, uten at de formelt betegnes som det.

Sentrale elementer i begrunnelsen for ikke å gå inn for særdomstoler, er at dommere med en bred fagkrets gir det beste utgangspunktet for god saksbehandling og kvalitativt gode avgjørelser, for en helhetlig utvikling av rettssystemet, og for rekruttering av de beste kandidatene til dommerstillingene.²⁴ Videre har det vært antatt at det er generalistdommere som har de beste forutsetningene for å vurdere bevis.

Det lar det seg vanskelig gjøre å komme frem til et kunnskapsbasert, objektivt svar på «hva som er best» av generelle og spesialiserte dom-

¹⁹ Opinion (2012) no. 15 of the Consultative Council of European Judges on the specialisation of judges.

²⁰ Avsnitt 25–26.

²¹ Avsnitt 36.

²² Avsnitt 38.

²³ I Norge benyttes uttrykkene «særdomstol» og «spesialdomstol» i stor grad som betegnelse på det samme. I likhet med domstoloven, bruker utvalget «særdomstol». I utredning 31. oktober 2014 om ny domstollov, foreslår Tron Løkken Sundet at særdomstoler skal betegnes som «spesialdomstoler» (utredningen kapittel 2.1).

²⁴ Se eksempelvis drøftelsen i NOU 1998: 17 *Barnefordelingsaker* kapittel 10.3.

mere.²⁵ Men selv om det vanskelig kan hevdes at den ene konklusjonen er «riktigere» enn den andre, bør spørsmålet diskuteres, slik at det kan vurderes på en mest mulig opplyst grunn.

Særdomstoler innebærer nødvendigvis en spesialisering for dommerne ved domstolen. Arbeid ved de alminnelige domstolene utelukker på den annen side ikke en viss spesialisering for den enkelte dommer. Som nevnt ovenfor, praktiseres det i dag en viss spesialisering en del steder i de alminnelige domstolene, primært i tingrettene. Sentrale spørsmål i dag er hva en betydelig grad av spesialisering ellers i samfunnet bør bety for utviklingen av domstolene, og hva forskningsmessige nyvinninger på et livsområde bør bety for kunnskapsnivået hos dommerne.

Blant de argumenter som gjerne trekkes frem i favør av spesialisering, er at dommerne, gjennom konsentrasjon om noen typer av saker, opparbeider større realkompetanse innenfor det aktuelle området, og at de gjerne også vil ha en særskilt interesse for det området som de har søkt seg til. Med mye erfaring innenfor ett eller noen få områder, er det dessuten nærliggende å anta at dommerne kan behandle de aktuelle sakene mer effektivt enn det som oppnås gjennom en bredere praksis. På den annen side vil særdomstoler kunne gi mindre fleksibilitet ved variasjoner i saksinngangen. En ordning med spesialiserte dommere innenfor enkelte saksområder, men som også behandler andre typer saker, ivaretar i noen grad både behov for spesialkunnskap og for effektiv ressursutnyttelse.

Den ekspertisen det kan være tale om i en særdomstol, kan være fagkunnskap eksempelvis om barns utvikling og behov, eller om tekniske og medisinske forhold. Det kan også være tale om særlig innsikt og erfaring fra et spesielt livsområde eller særskilt aktivitet, slik som eksempelvis kommersielle og markedsmessige forhold. Eller det kan være tale om særlig erfaring med, eller kunnskap om, behandling av en stor mengde saker hvorav bare noen kommer til rettslig prøving.

En innvending mot behovet for innsikt og kunnskap som begrunnelse for særdomstoler, er at dette kan tilføres de alminnelige domstolene gjennom tilkalling av fagkyndige, ved å oppnevne fagkyndige meddommere eller sakkyndige. Med utgangspunkt i generalist-tradisjonen kan det videre være nærliggende å vise til at dommere er vant til å ta inn ny informasjon, og at det er opp til

partene å forsyne domstolen med det fakta-grunnlaget som er relevant for saken. Til dette kan bemerkes at ettersom kunnskapsgrunnlaget blir større, ligger det i en slik betraktningssmåte at partene blir mer avhengige av bidrag fra sakkyndige eller fagkyndige, og av egen og eventuell prosessfullmektigs evne til å fremlegge saken. Videre er det nødvendig at fagdommere har tilstrekkelig kunnskap om et område til å kunne stille spørsmål til sakkyndige om det som denne har vurdert.

På områder hvor det særlig er en spesialisert juridisk kompetanse som trengs, er det for øvrig ikke så lett innenfor vår tradisjon å tilføre denne gjennom fagkyndige meddommere eller sakkyndige. Meddommere er som regel ikke jurister, og ansvaret for opplysning av rettsforhold ligger på dommerne. En del kommersielle saker løses ved voldgift, antakelig blant annet fordi partene ønsker dommere med solid forretningsjuridisk ekspertise og erfaring.

Et annet argument som ofte anføres imot spesialisering, er at spesialiseringen innebærer en risiko for at de som arbeider med sakene kan bli for opptatt av sitt eget område, og i for stor grad identifisere seg med dette. I sin tur kan dette medføre at mer generelle holdninger og verdier ikke trekkes inn, og at avgjørelsene dermed kan komme i utakt med samfunnet for øvrig. Dette kan ses som uttrykk for mer generelle holdninger om skadevirkningene av «ekspertvelde». En innvending mot denne betraktningssmåten er at samfunnsutviklingen på mange områder går i retning av mer spesialisering. Denne utviklingen kan bety at det er nødvendig med mer spesialisert kunnskap også for bedømmelsen av de rettslige sider ved forskjellige virksomheter. På den annen side er den generaliserte juridiske tilnærmingen til samfunnets forskjellige motsetninger og konflikter et gode fordi den bidrar til å binde samfunnet sammen.

Det har også vært innvendt at det kan være vanskeligere å rekruttere gode jurister til spesialdomstoler enn til de alminnelige domstolene. Mens det tidligere periodevis har vært et problem å rekruttere gode dommere,²⁶ er det god søkning til dommerembeter mange steder i dag. Utenfor de store stedene kan imidlertid rekrutteringsgrunnlaget fortsatt være lite. Tradisjonelt oppfatter mange det som attraktivt å arbeide over et bredt spekter av rettsområder. I et høyt spesialisert samfunn vil imidlertid også konsentrasjon

²⁵ Se også sitat i kapittel 3.4.2 ovenfor fra LOK-prosjektets delrapport nr. 11.

²⁶ Se eksempelvis beskrivelsen i St.prp. nr. 1 (1998–99) for Justis- og politidepartementet, kapittel 4.1.6.

om utvalgte fagområder kunne ses som et gode. Det er vanskelig å si noe bestemt om hvordan søkningen til dommerstillinger med et begrenset fagfelt vil være.²⁷

Et annet argument som kan anføres for spesialdomstoler, er at domstolsbehandling i de alminnelige domstolene er kostnadskreven, og at terskelen for å henvende seg dit er høy. I de land man har spesialdomstoler, er prosessen ofte innrettet slik at det er enkelt å henvende seg til dem og sette i gang en sak, og retten tar ansvaret for opplysning og fremdrift av saken slik at partene stort sett kan klare seg uten advokat. I Norge skal mange av de nemndene vi har, dekke behovet for et lavterskeltilbud. Tvisteloven har regler om småkravprosess, begrunnet ut fra behov for en enklere behandling av noen krav. Og de særskilte prosessreglene i barnelova § 61 innebærer at saksbehandlingen kan differensieres, avhengig av behovene i den enkelte sak. Hvorvidt nye spesialdomstoler vil kunne fungere som et lavterskeltilbud sammenlignet med de alminnelige domstolene, er usikkert, og vil antakelig kunne variere avhengig av hvilket livsområde domstolen skal virke på. For saker av stor betydning for den enkelte, slik som eksempelvis saker om barn, anser ikke utvalget det som særlig realistisk å finne frem til en domstolsmodell som både utvider muligheten til egenprosedyre og legger til rette for rask behandling og innholdsmessig gode avgjørelser.

Utvalget mener at Norge generelt har et godt domstolsapparat, og støtter innretningen med hovedsakelig generelle domstoler og dommere som behandler saker over et bredt fagfelt. På enkelte områder kan det likevel være behov for tiltak for å sikre et tilstrekkelig høyt faglig nivå og engasjement for de sakene som skal behandles. Som det fremgår av kapittel 19 nedenfor, mener utvalget at dette er tilfelle for saker etter barnelova og barnevernloven.

5.4.2 Særdomstoler eller spesialisering innenfor de alminnelige domstolene?

Når det er behov for spesialkompetanse innenfor et område, kan behovet i praksis tenkes dekket på to måter; enten gjennom etablering av en særdomstol som bemannes med dommere med den aktuelle kompetansen, eller ved å sørge for at tilstrekkelig mange av dommerne i de alminnelige domstolene har den aktuelle kompetansen, og tilordne sakene til dem. I det følgende går utvalget nærmere inn på en del fordeler og ulemper ved hvert av disse alternativene.

Ved å etablere en særdomstol, får den dømmende virksomheten der en tydelig egen identitet, adskilt fra de alminnelige domstolene. Domstolens navn kan gi allmennheten og samarbeidspartnere informasjon om hvilke saker som behandles der, og understreke at domstolen representerer særskilt kompetanse innenfor det aktuelle området. Ved rekruttering av dommere og andre medarbeidere til domstolen vil det være klart hvilke fagområder den som ansettes skal arbeide med, og både arbeidsgiver og søker vil naturlig reflektere over søkerens forutsetninger for å behandle den eller de sakstypene som hører under særdomstolen. De ansatte vil ha et felles fagområde, og dermed gode forutsetninger for å skape et godt faglig miljø.

For å oppnå de nevnte positive effektene av en særdomstol, må domstolen være stor nok til at virksomheten der faktisk gir bred erfaring på saksområdet, og ha tilstrekkelig mange ansatte til at det kan utvikles et oppdatert og levende fagmiljø. I dette ligger en potensielt vesentlig innvending mot særdomstoler, nemlig at virksomheten må konsentreres på ett eller noen få steder i landet for å kunne bli det faglige tyngdepunktet som vil være formålet med etableringen. På noen områder er dette uproblematisk eller av mindre betydning, jf. eksempelvis at Arbeidsretten og Utmarksdomstolen for Finnmark er lokalisert bare ett sted. Men for domstoler som skal betjene enkeltmennesker bosatt over hele landet, vil det kunne være et problem med et lite antall særdomstoler som gir lang reisetid for noen. Særlig gjelder dette hvis domstolsprosessen kan inkludere fysisk fremmøte flere ganger, slik det gjerne vil være i foreldretvister. I utgangspunktet kunne dette siste peke i retning av spesialisering innenfor de alminnelige domstolene (tingrettene). Med dagens domstolstruktur er imidlertid de fleste av tingrettene for små til å danne grunnlag for et fagmiljø med kapasitet til å utvikle saksbehandlingen innenfor særrområder. I dag er alternativet til sær-

²⁷ Rapporten «Dommerstillings omdømme blant jurister» fra Trøndelag Forskning og Utvikling bygger på en undersøkelse i 2015/2016 der jurister ble bedt om å rangere ulike stillingskategorier ut fra egenskapene lønn, faglig utvikling, opplevelse av å gjøre noe meningsfylt, mulighet til å jobbe faglig bredt, mulighet for spesialisering, fleksibilitet, sosialt miljø og selvstendighet. Undersøkelsen viser at dommerstillinger har et meget godt omdømme blant jurister. Samlet sett tilla respondentene egenskapene faglig bredde og spesialisering forholdsmessig liten vekt. Advokater skilte seg ut ved å vektlegge spesialisering mer enn andre.

domstoler derfor snarere utvikling av spesialkompetanse innenfor et *utvalg* tingretter. Uansett hvilket av de to alternativene som foretrekkes, støter man på dilemmaet mellom reisetid og størrelse/faglig potensiale. For saker der saksbehandlingen hovedsakelig skal være skriftlig, vil reiseavstand ha mindre betydning. Ulempene ved reiseavstand trenger heller ikke alltid legges på brukerne av domstolene. Med bygging av spesialkompetanse innenfor noen av tingrettene, er det også mulig å tenke seg at dommerne kan reise. De fleste av dagens tvistenemnder er sentrale organer med hele landet som virkefelt.

Etablering av særdomstoler innebærer et mer komplekst, mindre «strømlinjeformet» domstolsapparat. Hvis det er tale om å overføre mer enn bagatellmessige deler av porteføljen i de alminnelige domstolene til særdomstolen, kan det dessuten kreve betydelige organisatoriske endringer, blant annet ved overføring av personell fra de alminnelige domstolene til særdomstolen. Også spesialisering innenfor utvalgte tingretter kan gi behov for å flytte ressurser, men da bare innenfor enheter som allerede finnes. Ved å beholde oppgavene i de alminnelige domstolene, vil ressursene videre kunne disponeres mer fleksibelt.

Arbeidsområdet for en særdomstol vil måtte komme til uttrykk i lovs form, ved at loven angir hvilke saker som skulle høre under domstolen. Spesialisering innenfor de alminnelige domstolene vil lettere kunne etableres uten at rammen for den utmeisles presist i lov. Erfaringsmessig kan det lett oppstå enkelte «grensespørsmål» om hvilken instans en sak hører under, som ikke er avklart i lovgivningsprosessen. Det kan være lettere å få avklart slike spørsmål dersom kompetansen til å behandle sakene etter loven fortsatt skal ligge i de alminnelige domstolene.

Undersøkelser viser at innbyggerne generelt har stor tillit til domstolene. Hvis en ny særdomstol behandler saker etter de samme prosessreglene som dagens domstol, er det mulig at tilliten raskt vil omfatte også denne. Hvis den nye domstolen derimot skal behandle saker på en enklere måte, med færre rettssikkerhetsgarantier, vil det være mer usikkert om den generelle tilliten til domstolene «følger med». Som det fremgår av kapittel 33 nedenfor, legger utvalget en viss vekt på dette ved vurderingen av om det bør etableres en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet.

Del III
*Sentrale krav til behandling av saker som
berører barn*

Kapittel 6 Innledning

Forvaltningen og rettsapparatet behandler en rekke saker der barn ikke er formelle parter, men hvor saken likevel får inngripende betydning for barnet. Dette kan være tilfelle i konflikter mellom foreldre som ikke lever sammen om omsorgen for barnet, og i spørsmål om det offentlige skal gripe inn og overta omsorgen for et barn. Det er viktig at de som skal treffe avgjørelse i slike saker har juridisk kompetanse, og at de også har solid innsikt i den faglige kunnskapen om barns utvikling og omsorgsbehov. Dette er viktig også i saker hvor barnet selv er part, som i straffesaker hvor barnet er tiltalt eller fornærmet, erstatningssaker, utlendingssaker mv.

Utvalget er i mandatet bedt om å vurdere organisatoriske og prosessuelle endringer for foreldretvister, saker om tvang etter barnevernloven og utlendingssaker. Barns rettigheter i prosessen er sentrale i både foreldretvister og barnevernsaker. Når utlendingssaker berører barn, kommer de samme rettighetene til anvendelse der. I dette kapitlet gis det en oversikt over grunnlovsbestemmelser, forpliktelser etter internasjonale konvensjoner, og lovbestemmelser som stiller krav til behandlingen av saker som berører barn. Fremstillingen omhandler først og fremst prinsippene om barnets beste og høring av barn. Det er nær sammenheng mellom disse kravene; det er vanskelig å vurdere hensynet til barnets beste på en god måte uten å ha hørt barnet, og det å gi barnet anledning til å uttale seg, er i tråd med barnets beste.

Det at avgjørelsesorganet i saker som berører barn har tilstrekkelige kompetanse, og følger forsvarlige prosedyrer for å sikre at også barnet selv kan komme til orde, er viktig for å treffe riktige avgjørelser. Dette har også høy politisk prioritet i dagens Norge, og det følger av internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av. Menneskerettighetene gjelder for alle, også for barn. Da de alminnelige menneskerettighetene ikke ivaretar godt nok det særlige behovet som barn har for beskyttelse, gode utviklingsmuligheter og medbestemmelse i eget liv, er barns rettigheter regulert

særskilt, blant annet i Grunnloven § 104 og FNs konvensjon om barnets rettigheter fra 1989.¹ Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett, og har ved motstrid forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. På utlendingsfeltet er barnekonvensjonen også inkorporert gjennom utlendingsloven § 3, som fastsetter at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Grunnloven § 104 om barns rettigheter, som ble vedtatt i 2014, var ikke ment å endre rettstilstanden, men å kodifisere gjeldende menneskerettighetsforpliktelser.² Grunnlovsfestingen innebar imidlertid at rettighetene fikk grunnlovs rang.

Barnekonvensjonen har en individklageordning som Norge ikke har sluttet seg til.³ FNs barnekomité fører imidlertid tilsyn med etterlevelsen av konvensjonen gjennom obligatoriske rapporter fra statene hvert femte år, jf. barnekonvensjonen artikkel 43–45. Komiteen avholder videre årlige diskusjonsdager og utgir generelle kommentarer om tolkningen av artikler i barnekonvensjonen eller andre særlig viktige spørsmål. Uttalelser fra barnekomiteen er ikke folkerettslig bindende, men kan gi veiledning ved tolkningen av konvensjonen, og må derfor tillegges vekt. I en rekke avgjørelser, blant annet i plenumsdommen i Rt. 2015 side 1388, er det lagt til grunn at det avgjørende for hvor stor betydning en uttalelse fra komiteen skal ha ved tolkningen av barnekonvensjonens bestemmelser, vil være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrå-

¹ Dokument 16 (2011–2012) kapittel 32.5.1 side 189.

² Dokument 16 (2011–2012) kapittel 10.2.1 side 48.

³ FNs generalforsamling vedtok 19. desember 2011 en tredje tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen. Protokollen trådte i kraft 14. april 2014. Tilleggsprotokollen etablerer en individklageordning som innebærer at enkeltsaker om brudd på barns rettigheter kan klages inn for FNs barnekomité. Norge har foreløpig ikke ratifisert tilleggsprotokollen.

ding om optimal praksis på konvensjonens område. Derneft må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning for generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrappporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komiteen og den berørte staten.

Barnekomiteen har identifisert fire generelle prinsipper i barnekonvensjonen. De fire prinsippene er artikkel 2 om ikke-diskriminering, artikkel 3 nr. 1 om barnets beste, artikkel 6 om barnets

rett til liv og utvikling, og artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt. Disse prinsippene spiller en stor rolle i komiteens praksis, først og fremst ved at de i tillegg til å være frittstående rettigheter, benyttes ved tolkningen av de øvrige bestemmelsene i barnekonvensjonen.

Som ledd i barnevernslovutvalgets arbeid, ble det innhentet en utredning om barnevern og menneskerettighetene. Utredningen gir blant annet en nærmere vurdering av prinsippet om barnets beste og om høring av barn. Den er inntatt som vedlegg 4 til NOU 2016: 16 *Ny barnevernslov*.

Kapittel 7 Barnets beste

7.1 Forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner

Prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn, er et anerkjent rettsprinsipp, både internasjonalt og nasjonalt. Ved grunnlovsendringene i 2014 ble prinsippet inntatt i Grunnloven § 104 andre ledd, som lyder:

«Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

En tilsvarende bestemmelse finnes i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, som lyder:

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

Hensynet til barnets beste utgjør et element også i flere andre bestemmelser i barnekonvensjonen, blant annet artikkel 9 nr. 1 og 3 om atskillelse fra foreldre, artikkel 18 nr. 1 om foreldreansvar, og artikkel 21 om adopsjon. Selv om EMK ikke har noen uttrykkelig bestemmelse om barnets beste, har hensynet betydning i EMDs argumentasjon i saker som gjelder barn.¹ Barnekomiteen har avgitt en generell kommentar om barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, som belyser sentrale sider ved bestemmelsen.² I tillegg har barnekomiteen avgitt en generell kommentar som gjelder behandlingen av enslige barn som befinner seg utenfor sitt opprinnelige hjemland.³

Grunnloven § 104 andre ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 gir barn rett til å få vurdert hva som er til det beste for barnet selv, og innebærer en plikt for andre til å ta hensyn til hva som vil være til barnets beste i saker som berører barn. Bestemmelsene har et vidt anvendelsesområde, og omfatter både handlinger som direkte retter seg mot barn, og handlinger hvor barn mer indirekte er berørt. Begrepet «handling» omfatter ikke bare avgjørelser, men også atferd, forslag, tjenester, prosedyrer og andre tiltak, og dessuten manglende tiltak og unnlater.⁴

Det fremgår av bestemmelsene at hensynet til barnet må tillegges vekt som et «grunnleggende hensyn». Dette betyr ikke at det er barnets beste som er temaet for enhver vurdering – utgangspunkt må tas i den enkelte rettsregel som danner grunnlaget for en vurdering.⁵ I den vurderingen som foretas må likevel hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barnets beste trenger ikke nødvendigvis være avgjørende, men skal i utgangspunktet ha stor vekt. Vekten vil variere ut fra hvor sterkt barnet er berørt, og hvor viktig handlingen eller avgjørelsen er for barnet.⁶ Høyesterett har i plenumsdommene i Rt. 2012 side 1985 og Rt. 2015 side 1388, som begge gjaldt gyldigheten av vedtak etter utlendingsloven, bygget på at barnets beste er et hensyn som skal veie tungt, men at andre hensyn likevel kan være så tungtveiende at de går foran.

Barnekomiteens generelle kommentar fastslår at barnets beste er både en selvstendig rettighet, et tolkningsprinsipp og en prosessregel.⁷ For de spørsmålene som utvalget skal vurdere, er det funksjonen som prosessregel som står mest sentralt. Det ligger i forpliktelsene at avgjørelsesprosesser må legges opp slik at de ivaretar hensynet

¹ Christian Børge Sørensen, Barnevern og menneskerettighetene, Utredning til barnevernslovutvalget, kapittel 3.3 og EMDs avgjørelse i Y.C. mot Storbritannia (4547/10) avsnitt 134.

² General Comment 14 (2013) The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration.

³ General Comment 6 (2005) Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin.

⁴ General Comment 14 (2013) avsnitt 17 og 18.

⁵ Rt. 2015 side 1388 avsnitt 84–85.

⁶ Dokument 16 (2011–2012) kapittel 32.5.4 side 192.

⁷ General Comment 14 (2013) avsnitt 6.

til barnets behov og interesser. En viktig del av prosessen er å innhente barnets synspunkter. Videre må saken opplyses slik at det fremgår hva som vil være til barnets beste, hvilke kriterier vurderingen er basert på, hvilke konsekvenser en avgjørelse vil ha for barnet, og hvordan hensynet til barnet beste er avveid mot andre hensyn i saken. Dersom en avgjørelse avviker fra barnets synspunkter, bør årsaken til avviket fremgå klart, og begrunnelsen må vise at barnets beste ble behandlet som et grunnleggende hensyn. Saksbehandlingen må gjennomføres uten unødig tidsbruk, og vurderingen av barnets beste må foretas av personer som har faglige forutsetninger for å foreta slike vurderinger. I hvilken utstrekning barnekomiteens krav til begrunnelse skal legges til grunn, kan variere fra rettsområde til rettsområde. Det er blant annet hevdet at kravene til begrunnelse i utlendingssaker muligens kan være noe mer begrensede enn det som er tilfellet for barnevernsaker.⁸

7.2 Barnets beste i foreldretvister

I tillegg til å være et sentralt hensyn bak barnelova, har hensynet til barnets beste også funksjon som reelt hensyn ved tolkningen av loven, og som moment i en skjønnsmessig helhetsvurdering. I barnelova § 48 er det slått fast at så vel avgjørelser i foreldretvister som saksbehandlingen først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet.

Utgangspunktet er at alle aktører i saksbehandlingen, både dommere, advokater, sakkyndige og meklere, må ta hensyn til prinsippet om barnets beste. Ved at barnets beste skal være styrende for saksbehandlingen, vil prinsippet ha betydning for valget av virkemidler under saksbehandlingen etter barnelova § 61, herunder for oppnevning av sakkyndig, gjennomføring av mekling og høring av barn. Det kan også ha betydning for tolkningen og anvendelsen av andre prosessregler. Som regel vil det være til barnets beste at saksbehandlingen går så raskt som mulig, idet konfliktperioden da blir kortere. Samtidig kan det i noen saker være viktig å bruke tid på å prøve ut ulike løsninger. At saken blir godt opplyst, er også grunnleggende for å sikre barnets beste. Dette er særlig viktig i saker hvor det er mistanke om at barnet blir utsatt for vold eller annet som gir skade eller fare for skade på fysisk eller psykisk

helse. I noen tilfeller kan hensynet til barnets beste komme i strid med andre regler. Dersom barnet lever i en intens lojalitetskonflikt mellom foreldrene, kan det eksempelvis være i strid med barnets beste å be om barnets uttalelse, jf. barnelova § 31. Hensynet til barnets beste bør i slike situasjoner få betydning for hvem som skal snakke med barnet, og for gjennomføringen av samtalen.

7.3 Barnets beste i saker om tvang etter barnevernloven

Barnets beste er det sentrale hensynet som ligger til grunn for barnevernloven. I tillegg er barnets beste et reelt hensyn ved tolkningen av bestemmelsene i loven, og det kan være et vilkår for inngrep, jf. barnevernloven § 4-20 tredje ledd bokstav b om adopsjon. Dessuten er barnets beste et hensyn ved skjønnsutøvelsen, jf. barnevernloven § 4-1.

Barnevernloven § 4-1 første ledd slår fast at det i saker etter loven skal legges avgjørende vekt på hva som er til barnets beste. Barnets beste er avgjørende både ved vurderingen av om det skal settes inn tiltak, og ved vurdering av hvilket tiltak som eventuelt skal settes inn. Ved at barnevernloven krever at barnets beste skal være «avgjørende» for om tiltak skal iverksettes og for valg av tiltak, har hensynet større vekt i saker etter barnevernloven enn det som følger av de generelle reglene etter Grunnloven og barnekonvensjonen, som sier at barnets beste er «et grunnleggende hensyn». Barnets beste kan imidlertid ikke begrunne tiltak dersom lovens vilkår for tiltaket ikke er oppfylt. Lovens system innebærer at hensynet til barnets beste får betydning først i den avsluttende, skjønnsmessige vurderingen når det er konstatert at lovens øvrige vilkår er oppfylt. Dette er likevel et nokså teoretisk utgangspunkt. For å avgjøre om det er mangler ved den daglige omsorgen som barnet får, må man ta hensyn til hva slags omsorg det aktuelle barnet har behov for, og man må se på situasjonen for barnet i et eventuelt fosterhjem.⁹ Hvis det aktuelle barnet har spesielle behov knyttet til det offentlige hjelpeapparatet, kan en manglende evne til å samarbeide med dette, begrunne at lovens vilkår om alvorlige mangler ved den daglige omsorgen er oppfylt, selv om det ellers ikke er noe å utsette på barnets omsorgssituasjon.¹⁰ Dette viser at hensynet til barnets beste kommer inn også ved tolknin-

⁸ Christian Børge Sørensen, Barnevern og menneskerettighetene, Utredning til barnevernslovutvalget, kapittel 3.2.3.

⁹ Se for eksempel Rt. 2002 side 327.

¹⁰ Se Rt. 2005 side 624.

gen og subsumsjonen under barnevernloven § 4-12, som angir vilkårene for omsorgsovertakelse. Bestemmelsen i barnevernloven § 4-1 innebærer at barnets grunnleggende behov for beskyttelse og omsorg skal vektlegges fremfor foreldrenes rettigheter.

I kjennelsen i Rt. 2004 side 1300 la Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at det prinsippet som bestemmelsen i barnevernloven § 4-1 gir uttrykk for, også skal vektlegges når fylkesnemnda eller domstolene skal ta stilling til spørsmål av prosessuell karakter.¹¹ Saken reiste spørsmål om hvem som hadde partsstilling i en samværsak, og Høyesterett la til grunn at det var til beste for barnet at de som var vurdert som samværsberettigede i fylkesnemnda, også var parter ved rettslig overprøving av samværsvedtaket. Løsningen innebar at samværet da kunne fastsettes samlet, og at det da var mulig å ta hensyn til utviklingen helt frem til det tidspunkt domstolen traff avgjørelsen. Prinsippet om barnets beste kan ha betydning også for andre prosessuelle spørsmål. I utgangspunktet vil det være til barnets beste at saksbehandlingen går raskt, og at saken blir godt opplyst. Også barnets perspektiv og meninger skal vektlegges i vurderingen av barnets beste.¹²

7.4 Barnets beste i utlendingssaker

Barnets beste er et reelt hensyn ved tolkningen av bestemmelsene i utlendingsloven, og et moment i skjønnsmessige vurderinger i utlendingssaker.

¹¹ Barnevernslovutvalget har foreslått å lovfeste barnets beste som prosessuell regel, se NOU 2016: 16 *Ny barnevernslov*, kapittel 5.3.2.4 side 55.

¹² Prop. 106 L (2012–2013) kapittel 31 side 210.

Dette følger blant annet av Grunnloven § 104 andre ledd. Prinsippet om barnets beste kommer til syne i flere av bestemmelsene i utlendingsloven, på bakgrunn av et ønske om å sikre eller styrke barns rettsposisjon.¹³ Det fremgår av utlendingsloven § 38 om opphold på humanitært grunnlag og § 49 om familieinnvandring på grunn av sterke menneskelige hensyn, at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker som gjelder barn. For saker om utvisning følger det samme av utlendingsloven §§ 70, 122 og 126. Det er også vist til hensynet til barnets beste i enkelte andre bestemmelser i loven, eksempelvis utlendingsloven § 42 om oppholdstillatelse for barn. Videre skal det etter utlendingsloven § 28 tredje ledd tas hensyn til om søkeren er barn ved vurderingen av om det skal innvilges beskyttelse. Hensynet til barnets beste må avveies mot andre hensyn, blant annet innvandringspolitiske hensyn.

Barnets beste skal vektlegges både i materielle avgjørelser og ved behandlingen av spørsmål av prosessuell karakter. I utgangspunktet vil det være til barnets beste at saksbehandlingen går raskt, særlig i tilfeller hvor barnet bor på asylmottak.¹⁴ At saken blir godt opplyst, er også viktig for å sikre barnets beste.¹⁵ Alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, må vurderes, og vurderingene skal fremgå av vedtaket.¹⁶ At barnet gis anledning til å uttale seg, er videre en forutsetning for at utlendingsmyndighetene skal kunne vurdere hvilken løsning som vil være til beste for det enkelte barn.

¹³ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kapittel 3.7.2 side 54.

¹⁴ Meld. St. 27 (2011–2012) kapittel 5.3 side 33.

¹⁵ Meld. St. 27 (2011–2012) kapittel 6.3.2 side 45.

¹⁶ Utlendingsforskriften § 17-1 a.

Kapittel 8

Høring av barn

8.1 Forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner

Barns rett til å bli hørt i saker som har betydning for dem, er en grunnleggende rettighet. Hensynene bak denne rettigheten er både at saken skal opplyses best mulig, og at barnets beste og barnets autonomi skal ivaretas. I hensynet til barnets autonomi ligger at barnet skal få mulighet til å påvirke beslutninger om det selv. I bunn og grunn er dette en selvsagt følge av at også barn som medlemmer av menneskeslekten har krav på anerkjennelse av sin iboende verdighet. Historisk har det vært to retninger i bevegelsen for å fremme barns interesser; den ene med hovedvekt på beskyttelse av barn ut fra deres sårbarhet, den andre med hovedvekt på barns evne til å opptre selv.¹ Regler som innebærer at barns ansvar og rettigheter øker med alder og modenhet, er eksempler på at både hensynet til beskyttelse og hensynet til autonomi er tillagt vekt. Retten til å bli hørt omfatter både det at barnet får uttale seg, at barnet blir lyttet til, og at det barnet sier blir tatt hensyn til. Barnet har ingen plikt til å uttale seg.

Ved endringene i 2014 fikk Grunnloven en ny bestemmelse om barns rett til å bli hørt. Rettigheten fikk dermed grunnlovs rang. Grunnloven § 104 første ledd andre punktum lyder:

«[Barn] har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.»

Bestemmelsen gir barn rett til å ytre seg i saker som gjelder dem selv, og pålegger både offentlige myndigheter, foreldre og andre en plikt til å lytte.² Grunnloven fastsetter ingen nedre aldersgrense for høringsretten. For offentlige myndigheter

innebærer bestemmelsen at det ikke kan treffes avgjørelse i saker som gjelder barn, uten at barnet er hørt. Videre innebærer den at barnets mening skal tillegges vekt i de avgjørelser som treffes, men at vekten av barnets mening vil måtte avhenge av dets alder og utviklingsnivå. Også hvilken type sak man står overfor, vil ha betydning for hvilken vekt barnets mening skal tillegges. Retten til å bli hørt gjelder i utgangspunktet bare for saker som «gjelder» barnet. Andre saker hvor barn kan være berørt, men som primært omhandler andre personer, omfattes således ikke.³ Det kan være vanskelig å avgjøre hvor grensen går for at en sak skal kunne sies å «gjelde» barnet, men den må i alle fall trekkes videre enn det som ligger i partsbegrepet i prosessretten og forvaltningsretten.

Prinsippet om barns rett til å bli hørt kommer videre til uttrykk i barnekonvensjonen artikkel 12, som lyder:

- «1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.»

¹ Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 92.

² Dokument 16 (2011–2012) kapittel 32.5.3 side 190–191.

³ Det kan problematiseres om dette innebærer en realitetsforskjell fra barnekonvensjonen hvor høringsretten omfatter «alle forhold som vedrører barnet», se blant annet Elisabeth Gording Stang, Grunnloven § 104 – en styrking av barns rettsvern?, i Geir Kjell Andersland (red.), De Castbergske barnelover 1915–2015, side 114. I Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 95 er det gitt uttrykk for at denne forskjellen neppe vil komme på spissen i praksis.

Etter artikkel 12 nr. 1 gjelder høringsretten i alle forhold som på en eller annen måte vedrører barnet, mens nr. 2 gir uttrykk for at barnet skal høres i enhver domstols- og forvaltningsprosess som angår dette. Barnekomiteen har avgitt en generell kommentar om barnekonvensjonen artikkel 12.⁴

Vilkåret i barnekonvensjonen artikkel 12 for at høringsretten skal bli aktuell, er at barnet er i stand til å danne seg egne synspunkter. Dette vil være avhengig av barnets forutsetninger og hvilket spørsmål det dreier seg om. Det er ikke nødvendig at barnet har omfattende kunnskaper om alle sider ved saken, så lenge barnet har tilstrekkelig forståelse til å kunne danne seg en egen oppfatning. I likhet med Grunnloven, gir ikke barnekonvensjonen anvisning på noen fast nedre aldersgrense for retten til å bli hørt (se nærmere om aldersgrenser nedenfor).⁵ Det er en forutsetning for å kunne utøve retten at barnet får informasjon om saken tilpasset dets modningsnivå, som grunnlag for å danne seg et syn. Det er videre en forutsetning at barn som har problemer med å få uttrykt sine synspunkter, eksempelvis på grunn av nedsatt funksjonsevne eller språkvansker, får tilstrekkelig bistand til å uttrykke sine synspunkter.

Etter barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 gjelder retten til å bli hørt i alle forhold som vedrører barnet. «Vedrører» er ikke et strengt krav. I teorien har det vært hevdet at det er tilstrekkelig at forholdet har en eller annen virkning for barnet.⁶ Så langt kan det likevel ikke strekkes. Det er for eksempel neppe noe krav om at barna til en tiltalt i en straffesak høres før det kan avsies dom, eller at debitors barn blir hørt før debitor slås konkurs.

I rettssaker og forvaltningssaker kan høring av barnet skje enten direkte for den instans som skal treffe avgjørelsen, ved en representant, eller gjennom et egnet organ. I barnekomiteens gene-

relle kommentar om artikkel 12 er det anbefalt at barnet selv skal kunne velge mellom disse formene, men dette kan neppe kreves av statene.⁷ Barnekomiteen anbefaler videre at barnet i alle tilfeller der det er mulig, gis anledning til å uttale seg direkte under saksbehandlingen. Barnekomiteen gjør for øvrig oppmerksom på at høringsretten kan ha negative konsekvenser, særlig i tilfeller der det er snakk om små barn, eller der barnet har vært offer for en straffbar handling, seksuelt misbruk, vold eller andre former for mishandling, og at retten må praktiseres på en måte som gir barnet beskyttelse.

Barnets mening må tas i betraktning når avgjørelsen skal treffes, og skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Det må bero på en konkret vurdering av forholdene i det enkelte tilfelle hvilken vekt barnets uttalelse skal gis.

Også enkelte andre konvensjonsbestemmelser enn barnekonvensjonen artikkel 12 innebærer krav om høring av barn. Barnekonvensjonen artikkel 9 gir en særregel om at barn som blir atskilt fra sine foreldre, skal gis mulighet til å delta i prosessen og tilkjenne sitt syn. Videre nevnes at EMK artikkel 8, som gjelder retten til familieliv, også kan innebære en plikt for myndighetene til å høre barn.⁸

8.2 Høring av barn i foreldretvister

Etter barnelova § 31 har foreldrene og andre som har med barnet å gjøre, plikt til å høre hva barnet har å si før det blir tatt avgjørelser om personlige forhold for barnet. Personlige forhold omfatter blant annet spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær.

Plikten til å høre barnet inntreffer etter hvert som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken gjelder. Etter barnelova § 31 har barn som er fylt syv år en ubetinget rett til å si sin mening. For yngre barn må det foretas en konkret vurdering av hva beslutningen gjelder sammenholdt med barnets alder og modenhet. Plikten til å høre barnet innebærer at barnet må få tilstrekkelig informasjon som grunnlag for å danne

⁴ General Comment 12 (2009) The right of the child to be heard.

⁵ Barnekomiteen fraråder aldersgrenser i lovverket for barnets rett til å bli hørt. I Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 103–104 er det lagt til grunn at slike aldersgrenser ikke er i strid med konvensjonen så lenge den suppleres med en skjønsmessig regel for dem som er yngre, slik tilfellet er i barnelova, barnevernloven og utlendingsforskriften. Forutsetningen er at det settes i verk tiltak for å sikre at også barn under aldersgrensen får rett til å uttale seg i samsvar med sin modenhet. Se også Kirsten Sandberg, Barns rett til medbestemmelse – et juridisk perspektiv, i Anne Trine Kjørholt (red.), Barn som samfunnsborgere, til barnets beste?, 2010, side 53.

⁶ Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 104.

⁷ Rt. 2015 side 1388 og Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 110. Se også Karl Harald Søvig, Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett, kapittel 4.6.2 side 69.

⁸ Se EMDs avgjørelser i Sahin mot Tyskland (30943/1996) og Kutzner mot Tyskland (46544/99).

seg et syn. Barnet har ingen plikt til å uttale seg, og også dette må formidles til barnet. Barnet velger selv hva det vil uttale seg om, og det trenger ikke nødvendigvis ha en mening om utfallet av saken. Formålet med bestemmelsen er å sikre barnet medbestemmelsesrett.

Ved behandlingen av foreldretvister har domstolen ansvar for å påse at barnet har fått informasjon og anledning til å uttale seg om foreldreansvar, fast bosted og/eller samvær. Unnlattelse av å høre barnet kan etter omstendighetene føre til opphevelse av en avgjørelse.⁹ Dommeren kan enten høre barnet selv, eventuelt med bistand av sakkyndig eller annen egnet person, eller overlate dette til den sakkyndige, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 4. At barnet er blitt hørt tidligere i saken, innebærer ikke at det er overflødig at det uttaler seg igjen når det skal treffes en ny avgjørelse. Den tiden som har gått siden forrige avgjørelse kan på forskjellig måte ha påvirket barnets erfaringer og synspunkter.

I henhold til lovforarbeidene bør hovedpunktene i barnets syn som hovedregel nedfelles skriftlig, og inngå i sakens dokumenter.¹⁰ Det kan likevel være nødvendig å utøve et visst skjønn med hensyn til hva som videreformidles av samtalen med barnet. Det må foretas en individuell og konkret avveining av hva som er til barnets beste på den ene side og de alminnelige hensynene til forsvarlighet og kontradiksjon på den andre side.¹¹

Det skal legges vekt på barnets mening ut fra hvor gammelt og modent barnet er. Barnets mening trenger ikke nødvendigvis være utslagsgivende for utfallet av saken, men skal være ett av de momentene som tas med i en helhetlig vurdering. Hvor stor vekt barnets mening skal få, avhenger blant annet av om barnet forstår rekkevidden av sitt standpunkt, hvor fast og velbegrunnet standpunktet er og hvilke hensyn som trekker i andre retninger.¹² Det skal legges stor vekt på hva et barn som er fylt tolv år mener. Selv om barnets mening heller ikke i disse tilfellene trenger å være avgjørende, skal det sterke grunner til for ikke å følge den. I saker hvor barnet har formidlet meningen sin, skal dommeren eller den han eller hun peker ut, orientere barnet om utfallet av

saken og hvordan meningen til barnet er tatt hensyn til.

Det kan oppnevnes representant for barnet i foreldretvister, se del IV kapittel 11.1.8, men loven legger ikke opp til at denne skal videreformidle barnets syn til retten.

Professor Kristin Skjørten har gjennomført to større studier av foreldretvister etter barnelova i saker for domstolen. Den siste studien omfattet 163 lagmannsrettsdommer om foreldretvister fra januar 2006 til juni 2007.¹³ Funnene i undersøkelsen viste at barn som regel ble hørt om sine synspunkter på hovedspørsmålet i saken fra de var syv år. I saker som omhandlet flere spørsmål, ble barnet likevel som regel kun hørt om hovedspørsmålet. I hovedsak ble barn under syv år ikke hørt. Barnas mening var hoved- eller delbegrunnelsen for utfallet i to av fem saker. I en tredjedel av dommene ble konklusjonen en annen enn den barna ønsket.

8.3 Høring av barn i saker om tvang etter barnevernloven

Barnevernloven § 6-3 første ledd regulerer barns rett til å bli hørt i saker etter barnevernloven, jf. også barnevernloven § 4-1 andre ledd.¹⁴ Bestemmelsen fastslår at et barn som er fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal få informasjon og anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i saker som berører barnet. Det beror på en konkret vurdering av barnets utviklingsnivå og modenhet om barn under syv år er i stand til å danne seg egne synspunkter, og dermed skal få informasjon og rett til å uttale seg. Barnet har rett, men ikke plikt, til å uttale seg. Barnet velger selv hva det ønsker å uttale seg om, og trenger ikke nødvendigvis ha en mening om utfallet av saken. Formålet med bestemmelsen er at barn skal holdes orientert og sikres mulighet til å påvirke viktige avgjørelser som gjelder dem selv.

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker har ansvar for å påse at barnet har fått informasjon og anledning til å uttale seg i saker som hører

⁹ Rt. 1999 side 1183, Rt. 2005 side 1693 og Rt. 2006 side 929.

¹⁰ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 10.5.2 side 62.

¹¹ Nils Dalseide, Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger, Tidskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004 side 172–216, kapittel 7.3.5 side 209.

¹² Kirsten Sandbergs kommentarer til barnelova § 31 første ledd i Norsk lovkommentar.

¹³ Kristin Skjørten, Barns meninger om samvær, i Anne Trine Kjørholt (red.), Barn som samfunnsborgere – til barnets beste?, 2010.

¹⁴ Barnevernslovutvalget har blant annet foreslått å fjerne aldersgrensen i barnevernloven § 6-3, og å lovfeste at barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis anledning til å uttale seg direkte for fylkesnemnda, se NOU 2016: 16 kapittel 5.4.2 side 56–58 og kapittel 17.3.1 side 240–241.

under fylkesnemndas myndighetsområde.¹⁵ Det vil være opp til fylkesnemnda å vurdere hvordan samtalen med det enkelte barnet skal tilrettelegges og gjennomføres ut fra hensynet til barnet. Fylkesnemnda kan gjennomføre samtalen med barnet selv, eller ved hjelp av andre. Barnets mening kan innhentes blant annet i forbindelse med en sakkynndig utredning eller gjennom barnets talsperson, se del IV kapittel 11.2.10 om talspersonordningen. Dersom barnet er part i saken, jf. barnevernloven § 6-3 andre ledd, har barnet rett til å uttale seg direkte i forhandlingsmøte, jf. barnevernloven § 7-15 og tvisteloven § 9-15 fjerde ledd.

Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Dette vil bero på en konkret vurdering av forholdene i det enkelte tilfelle. Som hovedregel vil det være slik at jo eldre og mer modent barnet er, jo større vekt skal barnets mening ha.¹⁶ At barnets mening skal tillegges vekt, innebærer ikke nødvendigvis at den skal få avgjørende vekt. Andre tungtveiende hensyn kan begrunne en annen løsning.

En undersøkelse av 70 vedtak om omsorgsovertakelse fra fylkesnemndene i perioden 2004 til 2006 viste at det ble referert til barnas syn bare i halvparten av sakene.¹⁷ Men også i de sakene hvor barnets syn ikke ble nevnt av fylkesnemnda, hadde nesten alle barn over syv år fått oppnevnt enten talsperson eller prosessfullmektig. I praksis får med andre ord barn over syv år anledning til å uttale seg i saker som behandles av fylkesnemndene. Undersøkelsen viste videre at barn under syv år i liten grad høres, men at dette skjer oftere når barnet har eldre søsken. En senere undersøkelse av 53 vedtak om omsorgsovertakelse for barn mellom fem og elleve år, truffet av fylkesnemndene i perioden 2007 til 2013, viste at det ble referert til barnas syn i 70 % av sakene.¹⁸ I 18 av de 53 sakene hadde barna ingen talsperson. Dette gjaldt særlig de yngste barna. I de øvrige sakene hadde barna en egen talsperson.

8.4 Høring av barn i utlendingssaker

Barns rett til å bli hørt i utlendingssaker er regulert i utlendingsloven § 81 og utlendingsforskriften §§ 17-3 til 17-5.¹⁹ Bestemmelsene innebærer at

alle barn som er fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal få informasjon og anledning til å bli hørt før det treffes avgjørelse i saker etter utlendingsloven som vedrører dem. Rettigheten gjelder ikke bare saker der barnet selv er part, men også saker der barnet ikke har partsstatus, eksempelvis når foreldrene søker tillatelse til familieinnvandring.²⁰ Videre kan rettigheten gjelde uavhengig av om barnet befinner seg i Norge eller i utlandet. Barnet har rett, men ikke plikt, til å uttale seg.

Barnet kan høres muntlig eller skriftlig eller gjennom foreldre, representant eller andre som kan uttale seg på vegne av barnet. På hvilken måte barnet skal høres, må vurderes ut fra sakens art og søknadssituasjonen. I tilfeller hvor barnets synspunkter formidles gjennom foreldre eller andre som representerer barnet, må man være sikker på at barnet har fått informasjon og mulighet til å uttale seg, og på at man kan stole på at foreldrene lojalt og rimelig objektivt formidler barnets syn.²¹ Uttalelse fra foreldrene ut fra et generelt inntrykk av hva de tror barnet mener, tilfredsstillende ikke kravet om uttalerett for barnet.

For asylsaker og saker om familieinnvandring gir utlendingsforskriften §§ 17-4 og 17-5 enkelte særregler om høring av barn. For asylsaker følger det av § 17-4 at barn over syv år skal høres direkte av utlendingsmyndighetene, med mindre barnet selv ikke ønsker det eller det anses åpenbart unødvendig. Tilfeller der familien skal returneres til første asylland i henhold til Dublin-forordningen, regnes som eksempel på tilfeller der en direkte samtale med barnet er «åpenbart unødvendig».²² Det kan gjennomføres en egen samtale også med barn under syv år som er i stand til å danne seg egne synspunkter.

Formålet med en samtale i asylsaker er å belyse barnets situasjon og avdekke et eventuelt eget beskyttelsesbehov for barnet. I forarbeidene er det presisert at formålet ikke er å avdekke eventuelle uoverensstemmelser med foreldrenes forklaring.²³ Dersom det likevel fremkommer

¹⁵ Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) kapittel 10.5 side 63.

¹⁶ Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) kapittel 5.2.2.4 side 32 og kapittel 10.5 side 63.

¹⁷ Marianne Aasland Gisholt, Barns rett til å bli hørt ved omsorgsovertakelse (masteroppgave).

¹⁸ Marit Skivenes, *The Child's Opinion and Position in Care Order Proceedings*.

¹⁹ Se også statsborgerloven § 31 andre og tredje ledd om at barn som har fylt tolv år må samtykke i søknad om erverv eller tap av statsborgerskap, og at barn under tolv år skal gis mulighet til å gi uttrykk for sin mening.

²⁰ Vigdis Vevstad, *Utlendingsloven*, Kommentartutgave, 2010, side 489.

²¹ Hilde Lidén, Hilde Rusten og Monica Five Aarset, *Å høre barn i utlendingssaker*, ISF 2008: 2 side 222 og Vigdis Vevstad, *Utlendingsloven*, Kommentartutgave, 2010, side 490.

²² Høringsbrev med utkast til ny utlendingsforskrift kapittel 4, 17, 18 og 20 sendt på høring 24. mars 2009 kapittel 17.2.2 side 26.

²³ Prop. 141 L (2010–2011) kapittel 2.5 side 13.

opplysninger i samtalen med barnet som står i motstrid til foreldrenes asylforklaring, skal dette følges opp med grundigere undersøkelser i foreldrenes sak. Barnets forklaring skal ikke alene benyttes som grunnlag for å avslå familiens asylsøknad.

Asylsøkere under 18 år som er kommet til landet uten foreldre eller andre som utøver foreldreansvar, skal alltid ha en representant eller fullmektig til stede under samtalen. Samtalen skal så vidt mulig gjennomføres innen 14 dager etter at søknaden er fremsatt, med mindre det er behov for aldersundersøkelse for å klarlegge søkerens alder.

Etter utlendingsforskriften § 17-5 skal barn som hovedregel tilbys å høres direkte av utlendingsmyndighetene også i noen typer av saker om familieinnvandring. Dette gjelder blant annet når et barn som befinner seg i utlandet søker om gjenforening med én forelder som befinner seg i Norge. Også etter denne bestemmelsen er det en forutsetning at direkte høring ikke anses «åpenbart unødvendig». Heller ikke denne bestemmelsen er en absolutt regel, jf. forskriftens formulering «som hovedregel». Det kan tenkes tilfeller hvor det er praktisk umulig å gjennomføre en samtale, eksempelvis fordi reiseavstanden eller andre forhold gjør at barnet ikke kan møte ved den aktuelle utenriksstasjonen.²⁴

Opplysninger som barnet gir under en samtale med utlendingsmyndighetene skal nedtegnes skriftlig, jf. utlendingsforskriften § 17-4 fjerde ledd, § 17-5 andre ledd og utlendingsloven § 80, jf. forvaltningsloven § 11 d andre ledd.

Dersom særreglene om direkte høring av barn i asylsaker og familieinnvandringssaker ikke kommer til anvendelse, eksempelvis fordi det anses «åpenbart unødvendig» å høre barnet direkte, skal barnet likevel høres etter hovedregelen i utlendingsforskriften § 17-3. Videre er det grunn til å merke seg at ordlyden i bestemmelsene om direkte høring av barn i asylsaker og familieinnvandringssaker, kun krever at det gjennomføres én direkte samtale i saken. Dersom det er gjennomført en samtale med barnet en gang

tidligere i prosessen, eksempelvis under Utlendingsdirektoratets behandling av saken, må således barnets rett til å bli hørt under Utlendingsnemndas behandling av saken vurderes etter hovedregelen i utlendingsforskriften § 17-3.

Barnets syn skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Plikten til å legge vekt på barnets mening innebærer at den skal telle med i enhver skjønsmessig vurdering forvaltningen foretar etter utlendingsloven i saker som berører barnet. Barnets synspunkter trenger likevel ikke bli avgjørende for utfallet av saken.²⁵

Utlendingsloven § 81 tredje ledd gir uttrykkelig hjemmel for at barn kan høres uten foreldrenes samtykke og uten at foreldrene får være til stede. Forutsetningen er at barnet ønsker det, og det er nødvendig for å ivareta barnets rett til å bli hørt. Dersom det gjennomføres samtale med barnet uten at foreldrene er til stede, skal det oppnevnes en midlertidig verge for barnet, med mindre det har en annen fullmektig.

Utlendingsdirektoratet har gitt utfyllende retningslinjer for høring av barn i to rundskriv, RS-2010-043 om høring av barn i utlendingssaker unntatt asylsaker, og RS-2010-075 om høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse.

I 2014 utga Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring (NOVA) ved Elisabeth Gording Stang og Hilde Lidén FoU-rapporten *Barn i asylsaker*. Av rapporten fremgår at Utlendingsdirektoratet tilbyr samtale til alle barn over syv år på tidspunktet for direktoratets behandling av saken, og at barn under syv år i hovedsak ikke høres av direktoratet.²⁶ Utlendingsnemnda hører i mindre grad barn direkte, med unntak av enkelte tilfeller med eldre barn. I henhold til rapporten viser tallmateriale fra Utlendingsnemnda at fire barn møtte i nemndmøte i 2012. Totalt ble 147 asylsaker behandlet i nemndmøter i 2012, og disse sakene berørte totalt 300 barn, hvorav halvparten av barna var under seks år. Av de barna som var til stede i nemndmøte, var ett 14 år, ett 16 år og to 17 år gamle.

²⁴ Høringsbrev med utkast til ny utlendingsforskrift kapittel 4, 17, 18 og 20 sendt på høring 24. mars 2009 kapittel 17.2.2 side 28.

²⁵ Høringsbrev med utkast til ny utlendingsforskrift kapittel 4, 17, 18 og 20 sendt på høring 24. mars 2009 kapittel 17.2.2 side 25.

²⁶ NOVA-rapporten side 94–95 og 108–109.

Kapittel 9

Noen sentrale problemstillinger

9.1 Gjennomføring av høringen – direkte eller indirekte, tidspunktet for høringen

9.1.1 Generelt

Barn kan høres på ulike måter. Det fremgår av barnekonvensjonen artikkel 12 at barnet kan høres enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ. I konvensjonen er disse formene likestilt.¹

«Direkte» innebærer at høringen skjer under saksbehandlingen.² Formen krever at i hvert fall én person som sitter i det organet som skal treffe avgjørelsen, møter og snakker med barnet. At et organ som forbereder saken for avgjørelsesorganet har snakket med barnet, anses ikke som direkte høring av barnet.

Høringen kan også skje indirekte, gjennom en representant eller et egnet organ. Forutsetningen for disse alternativene er at det ikke foreligger en interessekonflikt mellom barnet og representanten, og at representanten kan formidle barnets synspunkter på en korrekt måte.³ En representant kan eksempelvis være en eller begge foreldrene, en advokat eller en annen person (for eksempel en sosialarbeider). Talspersonordningen i barnevernsaker er eksempel på en indirekte høring som tilfredsstillende barnekonvensjonens krav.⁴

En oppnevnt sakkyndig kan neppe anses som representant for barnet, men kan være et egnet organ i barnekonvensjonens forstand. Den sakkyndige må i så tilfelle ha et mandat som omfatter høring av barnet. Barnevernet kan ikke anses som et egnet organ for høring av barnet. Følgelig er det ikke tilstrekkelig for oppfyllelse av

plikten til høring at barnevernet snakker med barnet og deretter formidler barnets syn til fylkesnemnda.⁵ Bakgrunnen for dette er at barnevernet ikke kan anses som tilstrekkelig uavhengig av partene.

Av General Comment 12 (2009) fremgår det at barnekonvensjonen artikkel 12 først og fremst tar sikte på muntlig høring.⁶ Barnekonvensjonen krever imidlertid ikke at barnet må høres muntlig, og det vil ikke nødvendigvis være et konvensjonsbrudd dersom barnets synspunkter foreligger i form av en skriftlig fremstilling fra barnet. Det må imidlertid tas i betraktning at barn ikke har de samme forutsetningene som voksne for skriftlig kommunikasjon, og for å vurdere hvilken informasjon som er nødvendig og relevant å formidle til myndighetene. Muligheten for oppfølgingsspørsmål er også mer begrenset ved skriftlig kommunikasjon. Om barnets rett til å bli hørt er oppfylt ved en skriftlig tekst fra barnet, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Barnekonvensjonen sier ikke noe om på hvilket tidspunkt eller stadium i en sak barnet skal høres.⁷ Av ordlyden i konvensjonen fremgår det kun at barn skal høres «i alle forhold» og «i enhver rettslig og administrativ saksbehandling». Det er med andre ord opp til de enkelte lands myndigheter å regulere dette nærmere. De norske lovbestemmelsene sier ikke uttrykkelig noe om når barnet skal høres, bare at det skal skje før det tas en avgjørelse, jf. barnelova § 31 andre ledd, barnevernloven § 6-3 første ledd og utlendingsforskriften § 17-3 første ledd. Dersom det skal treffes flere avgjørelser i saken, kan dette innebære at barnet må høres flere ganger.⁸ Dette kan eksempelvis være tilfellet dersom det har gått så lang tid

¹ Jf. Rt. 2015 side 1388.

² Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 110.

³ General Comment 12 (2009) avsnitt 36.

⁴ Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 111.

⁵ Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 112.

⁶ Se eksempler inntatt i NOVA-rapporten side 60–61.

⁷ Kirsten Sandberg, Barns rett til å bli hørt, i Njål Høstmælingen m.fl., Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2016, side 115.

⁸ NOVA-rapporten side 63.

siden sist avgjørelse, at forholdene for barnet kan ha endret seg og/eller barnet kan ha endret syn.

I plenumsdommen i Rt. 2015 side 1388 var det dissens om hva barnets rett til å bli hørt innebærer for saksbehandlingen i den enkelte saken. Et flertall sluttet seg til dommer Utgård, som uttalte:⁹

«Det var leiaren av nemnda som avgjorde at C ikkje skulle høyrast i møtet, slik det går fram av det eg siterte om dette frå vedtaket.

Det sentrale i dei munnlege forhandlingane var å få klarlagt om foreldra si asylhistorie kunne leggjast til grunn. Det var ikkje omtvista i møtet at C hadde helseproblem; heller ikkje at ho gjerne ville bu i Noreg. I saka møtte både mor og far og ein advokat. Eg kan ikkje sjå at det her var interesse motsetningar mellom C og foreldra, og både foreldra og advokaten må med det også reknast for å ha møtt på vegner av heile familien. C fekk etter dette høve til å bli høyrd i samsvar med det lova byggjer på. Det kan i denne situasjonen ikkje rettast innvendingar mot at nemndleiaren ikkje fann grunn til å høyre C sjølv i møtet.»

Et mindretall på fem dommere sluttet seg til tredjevoterende dommer Ringnes, som uttalte:¹⁰

«C var noen få dager fra å fylle seks år da den muntlige høringen fant sted, og gjennom advokaten ble det fremmet ønske om at hun skulle uttale seg. Det må etter mitt syn være temmelig klart at et barn i denne alderen normalt kan formidle synspunkter og informasjon av betydning om forhold som helt konkret er knyttet til barnets egen livssituasjon og erfaringer. Dette har ikke alene betydning for informasjonsinnholdet, men også for *vekten* av de forhold som knytter seg til barnets situasjon.»

I fylkesnemndene høres barn i hovedsak indirekte, ofte gjennom en talsperson.¹¹ Dersom barnet er part i saken, har barnet rett til å møte og uttale seg direkte i et eventuelt forhandlingsmøte. Barnevernslovutvalget har foreslått en lovbestem-

melse om at barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis anledning til å uttale seg direkte for fylkesnemnda.¹² Forslaget er blant annet begrunnet i at en direkte samtale med beslutningstaker er et viktig tiltak for å sikre at barnets mening kommer frem og får den nødvendige vekt i vurderingen. Det er vist til at direkte høring kan bidra til at man unngår potensielle feilkilder som følge av at barnets syn formidles gjennom en tredjeperson, og at det har en egenverdi at fylkesnemnda får møte barnet personlig.

I foreldretvister er bildet av praksis antakelig noe sammensatt. Etter barnelova kan dommeren i slike saker enten selv gjennomføre en samtale med barnet (alene eller med bistand fra sakkyndig), eller ved at den sakkyndige innhenter barnets uttalelse. I Katrin Kochs evaluering fra 2008 av barnelovas saksbehandlingsregler for domstolene, er det antatt at dommeren oftere selv snakker med de større barna, mens sakkyndige oftere snakker med de mindre barna.¹³ Av Oxford Researchs rapport om domstolsbehandlingen av foreldretvister, fremgår det at den sakkyndige som regel gjennomfører samtalen med barnet selv, uavhengig av barnets alder.¹⁴ Dersom barnet er over syv år, er det noe vanligere at dommeren og den sakkyndige gjennomfører samtalen sammen. De tilfellene hvor dommeren selv snakker med barnet, er typisk der barna er eldre.

Så vidt utvalget kan se, tilfredsstillers dagens regelverk for høring av barn i foreldretvister og i saker om tvang etter barnevernloven, kravene etter barnekonvensjonen. Dette innebærer likevel ikke at retten til å bli hørt alltid ivaretas på en god måte i foreldretvister og barnevernsaker.¹⁵ Også reglene om høring av barn i utlendingssaker synes i hovedsak å tilfredsstillers kravene etter barnekonvensjonen. Blant annet fordi Utlendingsnemndas praksis vedrørende høring av barn er kritisert i enkelte sammenhenger, er det likevel naturlig å gå noe nærmere inn på Utlendingsnemndas interne retningslinjer og praksis med høring av barn, jf. straks nedenfor. I kapittel 9.3 nedenfor gir utvalget deretter enkelte anbefalinger for høring av barn.

⁹ Rt. 2015 side 1388 avsnitt 163–164.

¹⁰ Rt. 2015 side 1388 avsnitt 292.

¹¹ Marianne Aasland Gisholt, Barns rett til å bli hørt ved omsorgsovertakelse (masteroppgave) og Marit Skivenes, The Child's Opinion and Position in Care Order Proceedings. Det pågår et forskningsprosjekt på Universitetet i Tromsø som blant annet har til formål å undersøke omfanget av bruk av talspersoner i fylkesnemnda. Forskningsprosjektet er foreløpig ikke ferdigstilt.

¹² NOU 2016: 16 kapittel 5.4.2 side 56–58 og kapittel 17.3.1 side 240–241.

¹³ Katrin Koch, Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barneloven, 2008, side 35.

¹⁴ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvister, 2016, kapittel 9.5.2 side 78–79.

¹⁵ Se for eksempel Barnekomiteens Concluding observations (2010) avsnitt 24 og utfordringene som er beskrevet i Oxford Research, Organisering, effektivitet og rettssikkerhet, Evaluering av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, 2015, kapittel 7 side 117–128.

9.1.2 Utlendingsnemndas retningslinjer og praksis

Etter Utlendingsnemndas interne retningslinjer kan barns rett til å bli hørt oppfylles blant annet ved at Utlendingsnemnda sikrer seg at retten er ivaretatt ved Utlendingsdirektoratets behandling av saken, ved at Utlendingsnemnda innhenter ytterligere opplysninger om barnet via advokat eller omsorgspersoner, eller ved at Utlendingsnemnda gjennomfører en samtale med barnet.¹⁶ Videre fremgår det at muntlig høring av barnet vil være mest aktuelt i forbindelse med at saken avgjøres i nemndmøte med personlig fremmøte av klageren/barnet, men at muntlig høring også kan finne sted i et særskilt møte. Ved behandling og avgjørelse av saker i nemndmøte, har nemndlederen ansvar for å oppnevne egen fullmektig eller talsperson dersom barnet og foreldrene har motstridende interesser, og skal vurdere om barnet skal få tilbud om å forklare seg for nemnda eller for nemndlederen.¹⁷ Av Utlendingsnemndas rutiner fremgår det videre at høring av barn kan skje på flere måter; skriftlig eller muntlig, direkte med barnet eller via omsorgspersoner/andre som representerer barnet eller via et annet organ (Utlendingsdirektoratet).¹⁸

NOVA-rapporten *Barn i asylsaker* gir en vurdering av Utlendingsnemndas praksis med høring av barn. Av rapporten fremgår det blant annet at barn som er over syv år på tidspunktet for Utlendingsdirektoratets behandling av saken, får informasjon om retten til å bli hørt, og at en stor andel barn over syv år gjennomfører en samtale med Utlendingsdirektoratet.¹⁹ Samtaler med barn under syv år gjøres derimot sjelden. For disse barna anses foreldrene, eventuelt familiens advokat, i hovedsak som barnets representant, forutsatt at det ikke foreligger motstridende interesser.²⁰

Om et barn høres i Utlendingsnemnda, avhenger av om barnet er hørt i Utlendingsdirektoratet, hvor lang tid som har gått siden barnet ble hørt i direktoratet, og om det er oppstått nye forhold eller spørsmål som Utlendingsnemnda finner det nødvendig å spørre barnet om, og i hvilken grad man har nye opplysninger om barnet fra andre kil-

der eller skriftlig fra barnet selv i form av brev eller lignende.²¹

Rapporten reiser spørsmål om foreldrene i alle tilfeller kan anses som en representant i barnekonvensjonens forstand, dels fordi foreldrene ikke alltid har snakket med barnet om situasjonen, og dels fordi foreldrene ikke kan formidle synspunkter og opplevelser fra barnets ståsted.²² Den peker også på at det varierer om barnesamtalene som gjennomføres av Utlendingsdirektoratet gir tilstrekkelig informasjon til å være nyttige i saksbehandlingen i Utlendingsnemnda. På denne bakgrunnen uttales det i rapporten at Utlendingsnemnda ikke nødvendigvis kan legge til grunn at barnet er tilstrekkelig hørt selv om direktoratet har gjennomført en samtale med barnet.²³ Videre er det vist til eksempler på at barn ikke er hørt av Utlendingsnemnda selv om det ikke er hørt under Utlendingsdirektoratets behandling av saken, enten fordi barnet var under syv år da direktoratet behandlet saken eller er født etter at direktoratet traff sitt vedtak.²⁴ Rapporten understreker også at en anmodning fra Utlendingsnemnda om at enkelte barn nedtegner synspunkter som oversendes til Utlendingsnemnda, i liten grad bidrar til å opplyse saken, og dermed ikke nødvendigvis kan erstatte muntlig høring av barnet.²⁵

Rapporten konkluderer med at Utlendingsnemnda i noen saker ser at det kan være behov for å høre barnet, men at den likevel ikke innkalles barnet fordi det foreligger god dokumentasjon om barnet fra før. Dette gjelder også der barnet tidligere ikke har vært hørt, for eksempel fordi det var for lite eller ikke var født da Utlendingsdirektoratet behandlet saken. Hovedfokus i Utlendingsnemndas vurdering er om barnet forventes å komme med sentral eller avgjørende informasjon, mens egenverdien for barnet av å uttale seg i liten grad er fremtredende. Utlendingsnemnda må i større grad ta ansvar for at barnets rett til å bli hørt er ivaretatt, og bør i noe større grad oppnevne en egen advokat, midlertidig verge eller annen talsperson for barnet fremfor å la foreldrene være hovedinformanter om barnets situasjon.

NOVA-rapporten ble forelagt Utlendingsnemnda, som ga sine kommentarer til rapporten i brev 13. mai 2014 til Justis- og beredskapsdepartementet. I brevet peker nemnda blant annet på at barns

¹⁶ Utlendingsnemndas interne retningslinjer om saksbehandlingen 18. september 2015, punkt 2.4.

¹⁷ Intern retningslinje om behandling og avgjørelse av saker i nemndmøte 18. september 2015, punkt 2.

¹⁸ Rutiner for behandling og avgjørelse av saker i nemndmøte 18. september 2015, punkt 2.3.1.

¹⁹ NOVA-rapporten side 94.

²⁰ NOVA-rapporten side 62.

²¹ NOVA-rapporten side 91.

²² NOVA-rapporten side 62.

²³ NOVA-rapporten side 133.

²⁴ NOVA-rapporten side 110.

²⁵ NOVA-rapporten side 135.

rett til å bli hørt som utgangspunkt skal ivaretas av Utlendingsdirektoratet, og at Utlendingsnemndas oppgave er å kontrollere om denne rettigheten er blitt oppfylt, og å vurdere om det er behov for ytterligere høring av barn. Dersom høringsretten ikke er tilstrekkelig ivaretatt, legger nemnda til grunn som en alternativ fremgangsmåte at saken returneres til direktoratet for ytterligere saksbehandling.

9.1.3 Avsluttende kommentarer

Barnekonvensjonen krever ikke at barn skal høres direkte for avgjørelsesorganet, eller at barn skal høres på nytt når det skal treffes en ny avgjørelse i saken. En praksis hvor førsteinstansen hører barnet under saksbehandlingen, og klageorganet (overprøvsorganet) kontrollerer om høringsretten er ivaretatt og vurderer om det er behov for ytterligere høring av barnet, er dermed i utgangspunktet ikke konvensjonsstridig. Flertallets standpunkt i Rt. 2015 side 1388 indikerer også at det er akseptabelt å legge til grunn Utlendingsnemndas utgangspunkt om at det avgjørende for vurderingen av å innkalle barnet, er om barnet forventes å komme med sentral eller avgjørende informasjon, så fremt barnets rett til å uttale seg er oppfylt i forbindelse med Utlendingsdirektoratets behandling av saken.

I en del tilfeller kan det likevel være behov for å høre barnet på nytt under prosessen for klageorganet. Eksempelvis kan det være tilfelle dersom det har gått lang tid siden barnet ga uttrykk for sine synspunkter, eller forholdene rundt barnet har endret seg. I denne sammenhengen må det blant annet tas i betraktning at barn utvikler seg raskt, og at noen måneder dermed relativt sett kan være lang tid. Videre vil en klagesak ofte reise noe annerledes eller mer «spissede» problemstillinger enn saken gjorde når den sto for førsteinstansen, slik at temaet for saken ikke er helt identisk.²⁶ Spørsmålet om behov for (ny) høring av barn krever konkrete vurderinger i den enkelte sak, blant annet ut fra hvilket spørsmål nemnda skal ta stilling til.

Høring for Utlendingsnemnda kan foregå enten ved at barnet møter i nemndsmøte, ved at et medlem av nemnda gjennomfører en samtale med barnet, eller ved at barnet høres gjennom en representant (for eksempel foreldrene) eller et egnet organ. Foreldrene eller familiens advokat vil ikke i alle tilfeller kunne anses som en representant for barnet. Oppfyllelse av barnekonvensjonen

forutsetter at avgjørelsesorganet foretar en konkret vurdering av om det foreligger en interessekonflikt mellom barnet og foreldrene, og om foreldrene evner å formidle barnets synspunkter på en korrekt måte. I en del saker vil overprøvsorganet ha et begrenset faktisk grunnlag for å foreta slike vurderinger. Det vises til punkt 9.3 nedenfor, der utvalget anbefaler at det foretas en nærmere utredning om høring av barn på ulike fagfelt.

Det kan videre reises spørsmål om det er i tråd med barnekonvensjonen at klageorganet (overprøvsorganet) ber førsteinstansen gjennomføre en samtale med barnet i tilfeller der høringsretten ikke kan anses oppfylt gjennom førsteinstansens behandling av saken. I dagens ordning kan Utlendingsdirektoratet ikke anses som en representant for barnet. Det er dessuten tvilsomt om direktoratet er et «egnet» organ for å innhente barnets synspunkter. Selv om direktoratet ikke er part i saken for Utlendingsnemnda, er det vanskelig å se at direktoratet er tilstrekkelig uavhengig av partene i saken ettersom det er direktoratets eget vedtak som skal overprøves av Utlendingsnemnda. Direktoratet vil i en slik situasjon neppe oppfattes som upartisk. Utvalget viser i denne forbindelse til den vurderingen som er gjort når det gjelder barnevernets rolle i saker om tvang etter barnevernloven for fylkesnemnda. Etter utvalgets syn er derfor denne fremgangsmåten lite egnet til å oppfylle konvensjonens krav.

9.2 Forholdet mellom barnets rett til å bli hørt og barnets beste

Barnets beste kan i noen tilfeller tale for at barnet ikke blir hørt. Dette kan for eksempel være tilfellet i foreldretvister der barnet lever i en sterk lojalitetskonflikt, jf. blant annet avgjørelsen i Rt. 2004 side 811. I den saken oppstod spørsmålet om barnets rett til å bli hørt er en ubetinget rett, eller om retten kan settes til side hvis hensynet til barnets beste tilsier noe annet. Høyesterett kom til at det ikke var nødvendig å høre en 12-åring i en endringssak om samværsrett som var reist et par måneder etter siste dom i foreldretvisten. Som begrunnelse for dette fremholdt Høyesterett blant annet at det måtte foretas en vurdering av barnets personlige forutsetninger for å bli hørt, og at barnets beste måtte være styrende for denne vurderingen. Videre uttalte Høyesterett:

«Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonen artikkel 12 er at C skulle høyrast. Etter mitt syn

²⁶ Se til illustrasjon avgjørelsen i Rt. 2006 side 929.

står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga. Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen.»

Dommen er kritisert for å gi uttrykk for en feilaktig tolking av barnekonvensjonen.²⁷ Kritikken går blant annet ut på at uttalelsen om at høringsretten «i alle tilfelle» må vurderes i lys av det grunnleggende prinsippet om barnets beste, er for generell. Saken var veldig spesiell, og det er påpekt at også andre argumenter kunne begrunne resultatet. Det er blant annet fremhevet at det gjaldt en endringssak, at retten avsa dom uten hovedforhandling fordi det ikke forelå «særlege grunnar» for å ta saken opp på nytt, at det tidligere ikke hadde vært konflikt om samværsretten, og at stevningen var vinklet mot spørsmålet om hvor barnet skulle bo fast, som nylig var rettskraftig avgjort. Dommens konklusjon om at manglende høring av barnet ikke var en saksbehandlingsfeil, synes det ikke å være uenighet om i den faglige debatten.²⁸

Høyesteretts ankeutvalg har nylig behandlet en lignende problemstilling på barnevernområdet.²⁹ Denne saken gjaldt en beslutning av lagmannsretten om ikke å gi samtykke til å fremme anke over dom i en barnevernsak etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd. Lagmannsretten hadde nektet samtykke, til tross for at barna saken gjaldt ikke var informert og gitt anledning til å uttale seg om de spørsmålene tingretten avgjorde. Dette var begrunnet i at hensynet til barnas beste tilsa at uttaleretten måtte vike. Ankeutvalget la til grunn at Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 12 og barnevernloven § 6-3 første ledd som regulerer barnets rett til å bli hørt, etter deres respektive ordlyder, ikke åpner for unntak. Videre kom ankeutvalget til at spørsmålet om det likevel

skulle oppstilles unntak, typisk av slike grunner som lagmannsretten hadde vist til, var et spørsmål som hadde betydning utenfor den konkrete saken og dermed var omfattet av ett av de lovbestemte vilkårene for ankebehandling, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav a. På denne bakgrunn fant Høyesteretts ankeutvalg at lagmannsretten uriktig hadde kommet til at vilkåret for å samtykke i ankebehandling etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav a ikke var oppfylt. Ankeutvalget opphevet derfor lagmannsrettens beslutning.

Ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 12 taler for at barnets rett til å bli hørt er en ubetinget rett som det ikke kan gjøres unntak fra. I den generelle kommentaren om høringsretten tar ikke barnekomiteen uttrykkelig stilling til om høringsretten kan settes til side hvis hensynet til barnets beste tilsier noe annet. Komiteen fremhever imidlertid at det ikke er noen motsetning mellom barnets høringsrett og barnets beste.³⁰ Prinsippene er komplementære, og forsterker hverandre. I Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, som bygger på uttalelser fra barnekomiteen, heter det at «States cannot quote the best interests principle to prevent children having an opportunity to express their views.»³¹ Også i øvrig juridisk litteratur er det antatt at det er vanskelig å se at det er åpning for å sette høringsretten til side begrunnet i barnets beste.³² Det er blant annet vist til at dette kan bidra til å svekke barnets høringsrett.

Det har en egenverdi å oppleve at man har innflytelse over egne livsbetingelser. Samtidig kan involvering oppleves som opprivende og belastende, og bidra til lojalitetskonflikter og press. Det er derfor viktig at barnet informeres om at det har en rett til å bli hørt, men ingen plikt til å uttale seg. Velger barnet å uttale seg, må man sørge for at høringen skjer på en skånsom måte. Dette forutsetter at den som skal høre barnet har kunnskap og erfaring til å gjennomføre samtalen på en god måte, og at vedkommende er åpen for at barnet kanskje ikke ønsker å uttale seg om saken. I den grad regelverket åpner for det, bør vedkommende også innhente informasjon om barnet. I tilfeller der barn har vært offer for en straffbar handling, kan det eksempelvis ligge informasjon i straffesaken (avhør på Statens barnehus eller lignende),

²⁷ Se blant annet Lucy Smith, Barnets beste og barnets uttalerett, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (FAB) 2004 nr. 3–4, side 223–231, Kirsten Sandberg, Barns rett til medbestemmelse – et juridisk perspektiv, i Anne Trine Kjørholt (red.), Barn som samfunnsborgere, til barnets beste?, 2010, side 66 og Elisabeth Gording Stang, Barnets rett til deltakelse i barnevernsaker, Kritisk Juss 2007, side 36–56.

²⁸ Se også Inge Lorange Backer, Barneloven, Kommentarutgave, 2. utgave, 2008, side 297. Backer gir uttrykk for at det er vanskelig å komme unna at et unntak fra høringsretten må være forenlig med og nødvendig for å ivareta barnets beste i den foreliggende saken. Backer er likevel kritisk til dommens generelle begrunnelse, og nevner at dette kan redusere betydningen av høringsretten.

²⁹ HR-2016-2314-U.

³⁰ General Comment 12 (2009) avsnitt 74.

³¹ Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, kapittel 12, side 153.

³² Kirsten Sandberg, Barns rett til medbestemmelse – et juridisk perspektiv, i Anne Trine Kjørholt (red.), Barn som samfunnsborgere, til barnets beste?, 2010, side 66.

som det kan være nyttig å ha ved høringen. Også tidspunktet for høringen og hvor mange ganger barnet skal høres, må vurderes nøye.

9.3 Betydningen av reglene om barnets beste og høring av barn for utvalgets vurderinger. Anbefaling om utredning

Systemet for behandling av foreldretvister, saker om tvang etter barnevernloven og utlendingssaker må være innrettet på en måte som legger til rette for å oppfylle forpliktelsene knyttet til barnets beste og høring av barn. Etter utvalgets vurdering er det mulig å oppfylle disse forpliktelsene innenfor alle de alternativene for behandling av disse sakstypene som utvalget etter mandatet skal vurdere. Reglene om høring av barn og om barnets beste er derfor ikke i seg selv avgjørende for utvalgets anbefalinger for hvordan beslutningsapparatet bør være organisert.

Høring av barn er et felt i utvikling, og det har vært en del oppmerksomhet og forskning om dette temaet de siste årene. Utvalgets inntrykk er at det er noe ulik praksis på området. Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, finnes det mange måter å gjennomføre høringen av barn på. Foruten at de kan høres av beslutningstakeren selv, kan barn høres via en talsperson eller en representant for barnet. Videre kan det ligge i mandatet til en sakkyndig at denne skal høre barnet. Høringen kan være muntlig eller skriftlig. På andre rettsområder enn de som omfattes av denne utredningen, kan det være andre systemer for høring av barn. På strafferettens område gjennomføres det tilrettelagte avhør av barn under 16 år, som en del av politiets etterforskning, for å unngå at barnet skal måtte vitne under en eventuell hovedforhandling i retten.³³ Avhøret foretas av en fra politiet som har utdanning og erfaring med slike samtaler, og slik at politiet, advokater og eventuelle andre aktører (eksempelvis barnevernet) følger avhøret fra et annet rom via videoover-

føring. I etterkant av avhøret tilbyr Statens barnehus kartlegging, oppfølging eller behandling for barnet. Ved en eventuell straffesak vil et opptak av avhøret fremvises i retten.

Noen av forskjellene i måten å høre barn på, kan være begrunnet i individuelle forhold ved barnet, saken eller typen sak. For eksempel vil behov for bevissikring måtte stå mer sentralt i straffesaker enn i en del sivile tvister. Men ikke alle ulikheter synes å kunne forklares på denne måten. At barn i større grad høres direkte i foreldretvister enn i saker om tvang etter barnevernloven, er en slik forskjell. Begge disse sakstypene har stor betydning for barnets situasjon. Dette tilsier at barnet bør kunne snakke direkte med beslutningstakeren. Utvalget støtter derfor barnevernslovutvalgets forslag om en lovbestemmelse om at barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis anledning til å uttale seg direkte for beslutningstaker. Høring direkte for det organet som skal avgjøre saken kan gi vesentlig informasjon om barnet, samtidig som det kan gi barnet en verdifull bekreftelse av å delta i prosessen.

Etter utvalgets syn bør det foretas en nærmere utredning om høring av barn på ulike fagfelt, med oppmerksomhet særlig om hvordan høringen bør gjennomføres, om betydningen og virkningen av at barn høres flere ganger, hvordan barnets uttalelse skal sikres (notoritet), og hvilken kompetanse som trengs for å høre barn på en god måte. En del problemstillinger er felles, uavhengig av hvilket fagfelt det dreier seg om. Eksempelvis gjelder dette spørsmål om faren for påvirkning, faren for feiltolkning og misforståelser, og belastningen ved å måtte forklare seg på nytt om de samme temaene. Videre kan et barn være involvert i flere ulike forvaltnings- og rettsprosesser. Et barn som er utsatt for vold eller overgrep, kan for eksempel være involvert både i en straffesak og i en sak om tvang etter barnevernloven. Dette tilsier en mer helhetlig tilnærming til spørsmålet om høring av barn. Etter utvalgets syn fremstår dagens regelverk og praksis for høring av barn som fragmentert. En nærmere utredning kan være nyttig for å se sammenhenger, og å sørge for at gode løsninger kan komme til nytte på flere områder.

³³ Om bakgrunnen for dette systemet, se Prop 112 L (2014–2015) kapittel 6 side 38–65.

Del IV

*En mer helhetlig behandling av foreldretvister
og tvangssaker etter barnevernloven*

Kapittel 10 Innledning

Barnelova regulerer forholdet mellom private parter, herunder mellom barn og foreldre. Loven skiller mellom foreldreansvaret, barnets faste bosted og samværsrett. Foreldreansvaret er den rett og plikt som foreldre har til å bestemme for barnet i viktige personlige forhold. Barnets faste bosted har to elementer. I praksis er det slik at barnets faste bosted er der barnet bor mesteparten av tiden. Det andre elementet i barnets faste bosted er den bestemmelsesrett som er knyttet til begrepet etter barnelova § 37, for eksempel hvor i landet barnet skal bo. Samværsretten gjelder retten til å være sammen for barnet og den av foreldrene som barnet ikke bor fast hos.

De aller fleste foreldre som oppløser sine parforhold, finner frem til løsninger for foreldreansvar, fast bosted og samvær uten domstolenes bistand. Dersom partene ikke blir enige, kan saken bringes inn for de alminnelige domstolene. I denne utredningen brukes ordet «foreldretvist» om en tvist mellom foreldre om hvem som skal ha foreldreansvaret, flytting med barnet ut av landet,¹ hvem barnet skal bo fast sammen med, og/eller om samvær.² Slike tvister behandles av tingretten i første instans, og av lagmannsretten og eventuelt Høyesterett ved anke.

Foreldretvister har en del særtrekk sammenlignet med andre sivile tvister. Foreldretvister er preget av skjønnsmessige og fremtidsrettede vurderinger hvor hensynet til barnets beste skal være styrende, partene er sterkt følelsesmessig berørt, de kan ha svært forskjellig virkelighetsoppfatning, og barnet selv er uten ordinær partsstatus. I barnelova kapittel 7 er det gitt enkelte særregler for

behandlingen av saker om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, fast bosted og samvær. Tvistelovens og domstollovens regler kommer til anvendelse dersom ikke noe annet følger av barnelova.

Barnevernloven regulerer det offentlige bistand til, og inngrep overfor, foreldre og barn. Formålet med loven er å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, og å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår, jf. barnevernloven § 1-1. I noen tilfeller kan dette oppnås gjennom samarbeid med familien. I andre tilfeller er det nødvendig å bruke tvang for å kunne gi nødvendig bistand.

Saker om tvang etter barnevernloven behandles av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Dette omfatter blant annet omsorgsovertakelse, samvær etter omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvar, tvangsplassering av barn med atferdsproblemer, medisinsk undersøkelse og behandling og pålegg om enkelte typer hjelpetiltak, som for eksempel opphold i barnehage, opphold i besøkshjem eller avlastningstiltak og bruk av støttekontakt. Da sakene dreier seg om barns fremtid, og samtidig er meget inngripende overfor foreldrene til barnet, er det – både samfunnsmessig og individuelt – et meget sterkt behov for at de avgjørelsene som treffes er velfunderte. Foruten at de involverer barn og bruk av tvang, kjennetegnes disse sakene også ved at de inkluderer en offentlig part (en kommune) og at de private partene i mange tilfeller har personlige vansker, og kan være i krise. Videre beror avgjørelsene på skjønnsmessige, og til dels fremtidsrettede vurderinger, samtidig som de i stor grad bygger på verdibaserte avveininger. Dette stiller særlige krav til saksbehandlingen i avgjørelsesorganet.

Fylkesnemndene er forvaltningsorganer, ikke domstoler. Forvaltningsloven kommer følgelig til anvendelse for fylkesnemndene, i tillegg til de særregler som er fastsatt i barnevernloven kapittel 7. Samtidig er viktige deler av domstolenes prosessregler gjort gjeldende for fylkesnemn-

¹ Ved lovendring 4. september 2015 nr. 85, som trådte i kraft 1. juli 2016, ble det gitt en adgang til å reise sak om flytting med barnet ut av landet, se barnelova § 56. En slik sak kan reises av forelder med foreldreansvar eller av forelder som samtidig reiser sak om foreldreansvar. Spørsmålet om flytting ut av landet har nær tilknytning til spørsmålet om foreldreansvar, fast bosted og samvær, og de samme hensynene gjør seg gjeldende i vurderingen av hvordan slike saker bør organiseres og behandles.

² Mange bruker betegnelsen barnefordelingsaker eller barnelovsaker om disse sakene.

dene, og prosessen ligner i stor grad på prosessen i domstolene i saker der partene ikke har fri rådgivning.³ Fylkesnemndenes vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. barnevernloven § 7-24. Anke over tingrettens avgjørelse behandles av lagmannsretten og eventuelt Høyesterett. Ankeadgangen til lagmannsretten er begrenset, slik at bare et fåtall saker går videre i domstolsapparatet.

Foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven er forskjellige, blant annet med hensyn til regulering av hva avgjørelsen innholdsmessig sett skal gå ut på. Barnelova inneholder i liten grad materielle vilkår for avgjørelser i foreldretvister, og gir dermed dommeren et vidt skjønn der prinsippet om barnets beste etter barnelova § 48 utgjør den ytre rammen.⁴ Dette innebærer at det kan være utfordrende å fastsette grensene for skjønnsutøvelsen, identifisere hvilke bevisstema som er sentrale, og avgjøre hvilke hensyn som bør vektlegges i den konkrete saken. Uttalelser i lovforarbeider og rettspraksis gir riktignok veiledning for hvilke momenter som kan være relevante, men fraværet av materielle vilkår legger likevel et stort ansvar på dommeren for å sikre at det barnefaglige perspektivet blir ivaretatt, for eksempel ved utspørring av parter, vitner og sakkyndige.⁵ Barnevernloven inneholder på den annen side materielle vilkår for avgjørelser om tvang etter loven, og angir dermed i større utstrekning vurderings- og bevisstemaene for saken. Som illustrasjon vises det til barnevernloven § 4-12, der grunnvilkårene for omsorgsovertakelse er angitt i første ledd. Vedtak om omsorgsovertakelse kan for eksempel treffes dersom det er alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som barnet trenger etter sin alder og utvikling, jf. bestemmelsens første ledd bokstav a. Ytterligere veiledning fremkommer av forarbeidene, der det er gitt eksempler på hvilke

situasjoner som omfattes.⁶ I tillegg kreves det at omsorgsovertakelsen er nødvendig ut fra barnets situasjon og at omsorgsovertakelse er til barnets beste. Også i saker om tvang etter barnevernloven må det utøves et skjønn, men lovgivningen gir en mer konkret ramme for skjønnsutøvelsen enn det som følger av barnelova.

Sakstypene er også forskjellige ved at foreldre har større råderett over spørsmålene om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, bosted og samvær sammenlignet med spørsmålene om tvang etter barnevernloven. Riktignok kan foreldre samarbeide med barnevernet og samtykke i tiltak, men tvangselementet er likevel et grunnleggende kjennetegn ved de sakene som behandles av fylkesnemnda. Denne forskjellen på sakstypene kommer blant annet til uttrykk ved at samtaleprosess i saker om tvang etter barnevernloven har et annet utgangspunkt enn mekling i foreldretvister. Samtaleprosess har som hovedformål å øke partenes forståelse og kommunikasjon, og på den måte legge til rette for enighet mellom partene. Samtaleprosess kan resultere i enighet om frivillige tiltak slik at kommunen trekker saken, eller enighet om forslag til tvangstiltak slik at vedtak kan fattes etter forenklet behandling av fylkesnemnda. En samtaleprosess innebærer likevel ikke mekling i tradisjonell forstand. Samtaleprosessen blir derfor nærmere den barnevernfaglige forvaltningsvirksomheten enn det domstolsmekling kan sies å være, og innebærer at fylkesnemndene kan bli trukket inn for å bistå barnevernet og foreldrene til å bli enige om tiltak etter barnevernloven.

Foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven er for øvrig «dynamiske» områder, blant annet ved at det regelmessig diskuteres hvordan disse sakene bør behandles, og at kunnskapen om barn øker. Barns posisjon som subjekt med egne rettigheter fremheves nå mer enn tidligere, og det er økt erkjennelse av behovet for forskningsbasert barnefaglig kompetanse. Videre er det blitt mer oppmerksomhet om at ikke alle foreldretvister egner seg for mekling, og at en løsningsorientert saksbehandling kan innebære en fare for at viktige opplysninger av betydning for omsorgssituasjonen ikke kommer frem.

I den videre fremstillingen benytter utvalget uttrykket «barnesaker» som en fellesbetegnelse for foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven.

³ Prosedyrekravet for advokatbevilling kan også oppfylles ved at søkeren har prosedert sak med forhandlingsmøte for fylkesnemnda.

⁴ Se blant annet NOU 2008: 9 *Med barnet i fokus*, kapittel 6.3 side 37–41 om begrunnelsen for dette.

⁵ Lav grad av materiell regulering har medført behov for presiseringer overfor de profesjonelle aktørene i foreldretvister. I 2006 ble det eksempelvis tatt inn et nytt annet ledd i barnelova § 48 som fastslo at det ved avgjørelsene skal tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for vold eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare. Begrunnelsen for dette var blant annet å sikre at alvorlig skadevirkningene barnet kan bli påført gis tilstrekkelig oppmerksomhet av domstoler, advokater og sakkyndige, se Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) kapittel 5.3.5 side 30.

⁶ Se Ot.prp. nr. 44 (1991–92) del 4 side 110.

Kapittel 11

Dagens ordning

11.1 Domstolenes behandling av foreldretvister

11.1.1 Hovedtrekkene ved domstolsbehandling

Barnelova §§ 51 til 54 gir regler om obligatorisk mekling før en foreldretvist kan bringes inn for retten. Hovedregelen er at foreldre med felles barn under 16 år må møte til mekling på familievernkontor eller hos annen godkjent mekler før det kan reises sak for tingretten. Formålet med meklingen er at foreldrene skal komme frem til en skriftlig avtale om foreldreansvaret, hvem barnet skal bo fast sammen med og samvær.¹ Når partene har møtt til en times mekling hos en mekler, skal det skrives ut meklingsattest. Attesten er gyldig i seks måneder. Et vilkår for å reise sak for retten om foreldreansvar, fast bosted og samvær er at foreldrene kan legge frem gyldig meklingsattest.

Reglene for domstolens behandling av foreldretvister finnes i barnelova §§ 56 til 64. Det er 64 domstoler i første instans, hvorav 63 behandler foreldretvister og dekker hvert sitt geografiske område. Som hovedregel skal sak reises for den domstolen der barnet har alminnelig verneting på den tiden saken blir reist, dvs. barnets bopel, jf. barnelova § 57, jf. tvisteloven § 4-4 andre ledd. Dersom saken gjelder søsken med ulikt alminnelig verneting, kan felles sak for barna reises der ett av barna har alminnelig verneting.

Barnelova § 58 har regler om forenklet stevning og tilsvær. Hensikten med disse reglene er å senke domstolsterskelen og gjøre det mulig for foreldrene å henvende seg til retten uten å bruke advokat.² Stevningen skal inneholde navn og adresse til foreldrene og barnet. Det skal fremgå om uenigheten gjelder foreldreansvaret, barnets

faste bosted og/eller samvær, og det skal gis en kort redegjørelse for grunnlaget for uenigheten og saksøkerens påstand. Tilsværet skal redegjøre for hvilke tvistepunkter det er uenighet om, og gi en kort redegjørelse for hvordan saksøkte ser på saken og saksøktes påstand. Både stevningen og tilsværet kan settes frem på godkjent skjema.

Når stevningen og tilsværet er mottatt, skal retten vurdere den videre behandlingen av saken. Retten har valget mellom to hovedspor, henholdsvis mekling eller hovedforhandling. Dersom stevningen og tilsværet ikke gir tilstrekkelige opplysninger til å foreta en forsvarlig vurdering av hvilket spor som skal velges, kan det gjennomføres planmøte, jf. tvisteloven § 9-4, eller saksforberedende møte, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 1, for blant annet å klarlegge uenigheten mellom partene og drøfte videre behandling av saken. Det er anbefalt at planmøte som hovedregel bør gjennomføres, idet dette vil sikre at saken kommer inn i riktig spor og at den totale tidsbruken vil kunne reduseres.³

Barnelova § 61 inneholder en rekke virkemidler som retten kan ta i bruk under saksforberedelsen og under hovedforhandlingen. Saksbehandlingsreglene er fleksible, slik at dommeren kan benytte virkemidler tilpasset den enkelte sak, og at prosessordningen legger til rette for at partene kan komme til enighet om tvistepunktene. Forutsetningen er at dommeren målrettet styrer saken, valg av virkemidler og fremdrift.⁴ Vurderingen av om de ulike virkemidlene skal benyttes, og eventuelt om det er behov for å forsøke flere av dem, vil bero på en konkret vurdering av den enkelte sak. Dommeren kan også velge å ikke benytte noen av virkemidlene i bestemmelsen. Foreldretvisten avsluttes som regel ved at det enten inngås forlik eller avsies dom.

Foreldretvistene er delvis indispositive, i den forstand at retten ikke er bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med de offentlige hensyn, jf. tvisteloven § 11-4. Retten

¹ Flytting med barnet ut av landet er ikke nevnt i bestemmelsene om mekling, men barnelova § 56 andre ledd stiller krav om at det må fremlegges meklingsattest for å reise sak. Det er forutsatt i forarbeidene, Prop. 102 LS (2014–2015) kapittel 8.5.3.4 side 77 at mekling skal forsøkes.

² Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 5.1.3 side 32.

³ Nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, 2016.

⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 6.3.3 side 43.

har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, og kan bygge på et påstandsgrunnlag som ingen av partene har påberopt. Retten kan imidlertid i utgangspunktet bare avgjøre de krav som er reist i saken, og er i noen grad bundet av partenes påstander. Partene står også fritt til å inngå rettsforlik så langt avtalefriheten gjelder. Retten må likevel føre kontroll med at rettsforliket ivaretar barnets interesser på en forsvarlig måte. Partene kan likevel når som helst trekke saken og inngå utenrettslig forlik.

Avgjørelser i foreldretvister, men også selve saksbehandlingen, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet. Videre har domstolen ansvar for å påse at barnet har fått informasjon og anledning til å uttale seg om foreldreansvar, fast bosted og/eller samvær. En avgjørelse om å flytte et barn ut av landet uten en forelder med foreldreansvar, er avhengig av samtykke fra barnet dersom det er fylt tolv år, jf. barnelova § 40 tredje ledd. Barnets beste og høring av barn er omtalt nærmere i del III kapittel 7.2 og 8.2.

11.1.2 Krav til saksbehandlingstid

Det følger av barnelova § 59 første ledd at dommeren skal påskynde saken så mye som mulig. Bestemmelsen innebærer for det første at disse sakene skal prioriteres foran andre saker ved domstolen, særlig andre sivile saker. For det andre vil bestemmelsen ha betydning for håndteringen av den enkelte foreldretvist. Bestemmelsen pålegger en forpliktelse for domstolene om å korte ned på saksbehandlingstiden i alle ledd der det er mulig. I praksis innebærer dette at dommeren regelmessig gir en kortere tilsvarsfrist enn det normalt settes i andre saker, at det etter omstendighetene innkalles til saksforberedende møte før tilsvaret er inngitt, og at hovedforhandling gjennomføres og domsavsigelse avholdes så raskt som mulig. Dommeren bør også straks etter at stevning eller tilsvaret har kommet inn, treffe de tiltak som finnes mest hensiktsmessige etter barnelova § 61, eller eventuelt beramme hovedforhandling umiddelbart, jf. barnelova § 61 første ledd. Fremdriftskravet gjelder på alle stadier i saken, for hele domstolshierarkiet og for alle aktører. Retten skal starte behandlingen av saken straks den kommer inn, og saken skal ikke på noe tidspunkt bli liggende ubehandlet uten at den har behov for det.

Bakgrunnen for plikten til å behandle saken raskest mulig er at det normalt vil være best for barnet at konfliktperiodens varighet begrenses. Både barnets beste og sakens opplysning kan

likevel tilsi at det i enkelte saker bør brukes noe lengre tid. Dette kan være tilfellet dersom det er behov for å fremskaffe ytterligere bevis eller foreta en grundig sakkyndig utredning. Fremdriftskravet er heller ikke ment å være til hinder for å bruke tid på å søke å oppnå en samarbeidsløsning, herunder utprøving av foreløpige avtaler, og/eller arbeide for en reduksjon av konflikten.

Barnelova har ikke konkrete saksbehandlingsfrister. I forarbeidene er det lagt til grunn at målet bør være at den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for disse sakene i tingretten ikke overstiger tre til fire måneder.⁵ Videre bør dommen avsies umiddelbart etter hovedforhandlingen og senest innen en uke.

I Oxford Researchs rapport om domstolsbehandlingen av foreldretvister fremgår det at gjennomsnittlig saksbehandlingstid er omtrent seks til syv måneder.⁶ Årsakene til behandlingstiden er blant annet domstolens kapasitet, sakkyndiges og advokaters kapasitet, og at partene prøver ut foreløpige avtaler etter barnelova § 61 første ledd nr. 7. Videre er antallet saksforberedende møter og hvor lenge dommeren vurderer at det er hensiktsmessig med mekling, avgjørende for saksbehandlingstiden. I rapporten fremgår det videre at de fleste aktørene er enige om at saksbehandlingstiden er nødvendig, og at det ikke er spesielle ledd i prosessen som tar unødvendig lang tid.

11.1.3 Mekling

Ofte vil det beste for barnet være at foreldrene kommer til enighet i foreldretvisten, ettersom dette vil kunne virke konfliktdepende og gi bedre grobunn for det fremtidige samarbeidet. Dommeren er derfor pålagt å vurdere om det er mulig å oppnå forlik mellom partene og legge forholdene til rette for det på ethvert trinn av saken, jf. barnelova § 59 andre ledd.

Meklingsarbeid i foreldretvister kan ha forskjellig rettslig grunnlag, for eksempel rettens mekling i henhold til barnelova § 61 første ledd nr. 1, mekling etter barnelova § 61 første ledd nr. 2, jf. barnelova §§ 52 og 53, jf. familievernkontorloven, og rettsmekling med hjemmel i tvisteloven § 8-3. Fører mekling i retten frem til forlik, kan det inngås som rettsforlik, jf. tvisteloven § 19-11. Retten er pliktig til å føre en viss kontroll med at rettsforliket ikke strider mot barnets beste.⁷ Vurderingen

⁵ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16.1 side 86–87.

⁶ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvister, 2016, kapittel 2 side 6 og kapittel 8.3 side 53–55.

⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 29 side 438.

baseres på de opplysningene som er kommet frem under saksforberedelsen, og det legges normalt en viss vekt på egenverdien i at foreldrene er kommet til enighet.

Mekling skjer først og fremst under de saksforberedende møtene. Etter barnelova § 61 første ledd nr. 1 skal retten som hovedregel innkalle partene til ett eller flere forberedende møter for blant annet å klarlegge tvistepunktene mellom dem, drøfte videre behandling av saken og eventuelt mekle mellom partene der saken er egnet for det. Saksforberedende møter bør avholdes raskt og være strukturerte for å få avklart hovedproblemstillingene i saken. Det nærmere innholdet i og opplegget for de saksforberedende møtene er ikke angitt i loven. Innholdet og opplegget kan variere fra sak til sak, og må derfor vurderes konkret i det enkelte tilfellet ut fra sakens art og situasjonen for øvrig. Om det skal avholdes ett eller flere saksforberedende møter, avhenger av om det behøves.

Partene har plikt til å møte til det saksforberedende møtet, jf. tvisteloven § 23-1. Dommeren kan enten selv samtale med partene og mekle mellom dem, eventuelt sammen med eller med bistand fra en sakkyndig, eller gi dette i oppdrag til en sakkyndig. Når dommeren selv står for meklingen, kommer tvisteloven § 8-2 til anvendelse. Dette innebærer at dommeren ikke kan holde møter med hver part for seg eller motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for motparten. Dommeren kan heller ikke foreslå løsninger eller gi anbefalinger som kan svekke tilliten til dommerens upartiskhet og objektivitet. Dersom partene ikke kommer til enighet i de saksforberedende møtene, kan dommeren som hovedregel fortsette med saken. Vedkommende dommer blir ikke nødvendigvis inhabil til å dømme i saken selv om han eller hun har meklet mellom partene i de saksforberedende møtene. Dette forutsetter imidlertid at dommeren i meklingsarbeidet ikke mottar opplysninger som ikke kan gjøres kjent for den annen part, eller uttaler seg på en måte som er egnet til å svekke partenes tillit til vedkommende. Dommerens habilitet må formelt vurderes etter de alminnelige reglene i domstolloven § 108. Det er imidlertid ikke uvanlig med dommerbytte ved overgang til hovedforhandling, for eksempel hvis en av partene ber om det.

Retten kan også henvise saken til mekling utenfor domstolen, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 2. Partene vil da ha plikt til å delta i meklingen, men det er neppe aktuelt å pålegge mekling i tilfelle hvor en part gir uttrykk for at han ikke vil delta i mekling. Mekling kan foretas enten av god-

kjent mekler eller annen person med innsikt i tvistepunktene. Bakgrunnen for alternativene er et ønske om å åpne for at retten kan knytte kontakt med personer som på grunnlag av erfaring, evner, utdanning eller annet er spesielt dyktige til å mekle i de sakene som kommer til domstolen, og hvor konfliktnivået ofte er adskillig høyere enn ved de obligatoriske meklingene som gjennomføres før saken blir brakt inn for retten.⁸ Mekling utenfor domstolen kan særlig være aktuelt i tilfeller hvor partene ikke tidligere har møtt til mekling, eller i tilfeller hvor partene var enige da de møtte til mekling, men hvor de har blitt uenige senere. Dersom partene tidligere har møtt til og gjennomført mekling av noe omfang forut for rettsbehandlingen eller det har vært forsøkt mekling etter barnelova § 61 første ledd nr. 1, er det neppe aktuelt med henvisning til mekling utenfor domstolen. Ved bruk av mekling utenfor domstolen, bør dommeren vurdere hensiktsmessigheten av tiltaket og kontrollere fremdriften gjennom å fastsette rapporteringsrutiner og frister. Dersom mekleren kommer frem til at partene ikke kan nå fram til en avtale gjennom videre mekling, skal han straks melde fra til retten om dette. Mekleren har taushetsplikt om det som kommer frem om personlige forhold i forbindelse med oppdraget, jf. barnelova § 50 første ledd.

Retten kan også foreta rettsmekling i foreldretvister, og må da følge reglene i tvisteloven §§ 8-3 til 8-7. Under forberedelse av tvisteloven mente imidlertid både tvistemålsutvalget og departementet at rettsmekling ikke er egnet for de fleste foreldretvister.⁹ Dersom retten finner det hensiktsmessig kan likevel reglene om rettsmekling følges, i stedet for de særreglene som følger av barnelova § 61.

Dommeren har i utgangspunktet bare en vurderingsplikt for så vidt gjelder forlik, dvs. en plikt til å vurdere om det er muligheter for en minnelig løsning i saken. Dersom sakens faktum tilsier at det vil være nytteløst med mekling, er det ikke nødvendig å forsøke dette. Enkelte sakstyper er mindre egnet for forliksløsning, særlig der det er problemstillinger knyttet til vold, rus eller seksuelle overgrep, der partene ikke er likestilte eller der en eller begge atferd preges av personlighetsforstyrrelse eller annen psykopatologi.¹⁰ Det samme gjelder saker der minst en av partene tydelig er uforsonlig innstilt. Dersom partene ikke

⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16.1 side 89.

⁹ NOU 2001: 32 A *Retten på sak*, kapittel 7.7.1 side 226 og Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 6.3.11 side 45–46.

¹⁰ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 6.3.1 side 41.

ønsker å forlike saken, må dommeren respektere dette og avgjøre saken ved dom. Partene skal ikke presses til å forlike saken. Dommeren har heller ikke en plikt til å innkalle til saksforberedende møte hvis det på grunn av sakens karakter eller forholdene ved partene ikke er grunn til å anta at det vil være egnet til å forberede avgjørelsesgrunnlaget i saken eller gi grunnlag for å mekle mellom partene.

11.1.4 Utprøving av avtale

Barnelova § 61 første ledd nr. 7 gir regler om adgang til å la partene utprøve en foreløpig avtale. En slik ordning forutsetter enighet mellom partene, og avtalen må ligge innenfor rammen av det som kan avtales eller bestemmes som varig ordning. Formålet med bestemmelsen er at partene kan høste erfaring med barnets bosteds- og samværsordning for en kortere eller lengre periode, uten at det oppleves som et tap av rettslige og faktiske posisjoner for all ettertid.

Bestemmelsen setter ingen skranker for prøveperiodens lengde, kun at en foreløpig avtale kan utprøves for «ei nærare fastsett tid», jf. bestemmelsens første punktum. Det er retten som gir partene adgang til å prøve ut en avtale, og prøveperiodens varighet må dermed fastsettes av retten i samarbeid med partene og eventuelle sakkyndige. En part er ikke bundet av den avtalte prøveperioden, og kan når som helst kreve forsøksordningen avbrutt med den følge at saksbehandlingen fortsetter med sikte på hovedforhandling.¹¹

Saken stilles i bero ved inngåelse av en foreløpig avtale.¹² Formelt er det ikke tale om en utsettelse etter tvisteloven kapittel 16 II eller stans etter § 16-18, men iverksetting av en forsøksordning kan gjøre det aktuelt å omberamme planlagte rettsmøter, jf. tvisteloven § 16-3.¹³¹⁴ Når saken tas opp igjen, er det opp til partene om avtalen skal gjøres permanent, eventuelt med visse endringer, eller om tvistepunktene skal avgjøres ved dom. I

tilfeller hvor partene ønsker å prøve ut en avtale for en periode på minst seks måneder, kan det være naturlig at de avtaler stansing i medhold av tvisteloven § 16-17.

Retten kan oppnevne en sakkyndig eller annen egnet person til å veilede foreldrene i prøvetiden. Oppgaven til veilederen blir først og fremst å gi råd om hvordan de best kan få avtalen til å fungere, veilede og følge opp partene for om mulig å få til et bedre samarbeidsklima, og komme med forslag til passende justeringer i forsøksordningen underveis i prøveperioden.

11.1.5 Fagkyndighet og sakkyndighet

Fagkyndighet har en viktig plass ved behandlingen av foreldretvister i domstolene, og kommer inn på ulike stadier og på ulike måter. Retten kan oppnevne en eller flere sakkyndige, retten kan oppnevne fagkyndige meddommere, og partene og/eller retten kan innkalle sakkyndige vitner.

Sakkyndige kan oppnevnes på ethvert stadium av saken, men behovet for sakkyndig bør vurderes så tidlig som mulig for å unngå at saken trekker ut i tid. Det er i utgangspunktet opp til retten å vurdere hvilken type sakkyndighet det er behov for i den enkelte sak. Vanligvis oppnevnes en psykolog eller barnepsykiater, men også andre med barnefaglig eller flerkulturell kompetanse kan være aktuelle. Barne- og likestillingsdepartementet har opprettet et register for sakkyndige i barne- og familiesaker i samarbeid med Norsk Psykologforening og Legeforeningen.¹⁵ Personer som har gjennomført et opplæringsprogram for sakkyndige i barnesaker blir oppført i registeret. Partene skal normalt uttale seg om valget av sakkyndig. Staten dekker kostnadene til sakkyndig bistand, jf. barnelova § 61 andre ledd.

Det kan oppnevnes sakkyndige for ulike formål i foreldretvister, jf. straks nedenfor. Den sakkyndiges oppgaver bør nedfelles i et mandat som partene får anledning til å uttale seg om. Den sakkyndiges hovedoppgave vil alltid være å bistå retten gjennom særskilt faglig kompetanse.

Som ledd i mekling under saksforberedelsen, kan retten oppnevne en sakkyndig til å være med i de saksforberedende møtene, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 1. Retten kan også be den sakkyndige ha samtaler med foreldrene og barnet, og gjøre undersøkelser for å kartlegge forholdene i saken, med mindre foreldrene setter seg i mot dette. Slike undersøkelser kan bestå i å dra på

¹¹ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16.1 side 90.

¹² Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 6.3.10 side 45 og kapittel 16.1 side 90.

¹³ Inge Lorange Backer, Barneloven, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 563.

¹⁴ Berostillelse er ikke regulert i tvisteloven. Å stille en sak i bero skjer uformelt; det er ingen formkrav til avgjørelsen om berostillelse, og berostillelse har ingen særskilte rettsvirkninger. Stansing og utsettelse er derimot regulert i tvisteloven. Stansing er en midlertidig avbrytelse av behandlingen av en sak med virkning at frister avbrytes, og at prosesshandlinger bare kan foretas med rettens samtykke. Utsettelse innebærer at hovedforhandlingen eller andre rettsmøter utsettes.

¹⁵ Rundskriv fra Barne- og familiedepartementet, Q-2004-15, punkt 2.1 side 8.

hjemmebesøk, ha samtaler med sentrale personer i barnets nettverk, personale ved barnehager, skole, fritidsordning, barnevern, PP-tjeneste eller lignende.¹⁶ Samtaler med barnet kan gjennomføres enten av den sakkyndige alene eller sammen med dommeren, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 4. Dommeren kan velge å mekle mellom partene selv med råd og bistand fra den sakkyndige, eller overlate til den sakkyndige å mekle mellom partene. Formålet med den sakkyndige er at denne, ved sin fagkompetanse, kan bidra til sakens opplysning, og til å realitetsorientere partene og kartlegge løsningsalternativer. Dersom partene blir enige om en avtale for en nærmere angitt prøveperiode, kan retten oppnevne en sakkyndig som kan gi partene råd i perioden, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 7. Det sentrale vil ofte være å gi råd som kan redusere konflikten og flytte oppmerksomheten over på barnets interesser, og komme med forslag til løsning på utfordringer underveis.

Retten kan også oppnevne en eller flere sakkyndige til å gi en sakkyndig utredning om ett eller flere av spørsmålene i saken, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 3. Vilkåret for å oppnevne slik sakkyndig er at det «trengst». Begrepet er i rettspraksis forstått slik at det må foreligge et «særlig behov» for sakkyndig uttalelse.¹⁷ Det sentrale i vurderingen er om det er forhold i saken som tilsier at en sakkyndig vil kunne tilføre kunnskap som retten bør ha med i grunnlaget for avgjørelsen, og som ikke vil fremkomme på annen måte. Retten skal også ta hensyn til om innhenting av utredningen forsinker saken. I saker hvor det er fremsatt påstander om vold, overgrep, rus eller psykisk lidelser, er det ofte formålstjenlig at det oppnevnes sakkyndig for å utrede spørsmålene. Den sakkyndige skal normalt utarbeide en skriftlig rapport, og retten skal sette frist for avgivelse av denne. Som regel møter den sakkyndige i retten og avgir forklaring som sakkyndig, jf. tvisteloven § 25-5.

Den sakkyndige har taushetsplikt om det som kommer frem om personlige forhold i forbindelse med oppdraget, jf. barnelova § 50 andre ledd. Taushetsplikten gjelder imidlertid ikke overfor retten. Dommeren eller den sakkyndige må underrette partene om dette.

Retten har adgang til å oppnevne fagkyndige meddommere etter reglene i tvisteloven §§ 9-12 og 29-17. Partene kan begjære oppnevnt meddom-

mere, men det er opp til retten å vurdere om meddommerne skal være fagkyndige. Det avgjørende er om hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det. Poenget med fagkyndige meddommere vil være at de har fagkyndighet tilpasset saken. Det kan oppnevnes meddommere med ulik fagkyndighet.

Partene kan innkalle sakkyndige vitner, jf. tvisteloven § 25-6. Ettersom retten har en selvstendig plikt til å sørge for sakens opplysning, kan også retten innkalle sakkyndige vitner av eget tiltak. Dette kan være fagpersoner som har hatt med partene og/eller barnet tidligere, men partene kan også engasjere en sakkyndig under foreldretvisten. Det kan også innkalles sakkyndige vitner til å forklare seg om et generelt sakkyndigsspørsmål. Sakkyndige vitner avhøres etter reglene for vanlige vitner, men kan være til stede under hele hovedforhandlingen.

11.1.6 Innhenting av opplysninger fra barnevernet, politiet mv.

Retten har ansvar for at foreldretvisten blir tilstrekkelig opplyst, jf. tvisteloven § 21-3 andre ledd første punktum. Dette innebærer at retten i noen tilfeller må innhente ytterligere opplysninger fra eksempelvis barnehage, skole, helsestasjon, lege, barnevern, sosialtjeneste eller politi.

Ved innhenting av opplysninger som er underlagt taushetsplikt, skal retten i første omgang undersøke om partene samtykker til fritak fra taushetsplikten, jf. forvaltningsloven § 13 a første ledd nr. 1 om alminnelig lovbestemt forvaltningsmessig taushetsplikt, og tvisteloven § 22-5 tredje ledd om profesjonsbasert taushetsplikt. Dersom den som har krav på taushet ikke samtykker, kan vedkommende departement, eventuelt underordnet organ ved delegasjon, samtykke i at bevis underlagt forvaltningsmessig taushetsplikt føres. Videre kan retten bestemme at beviset skal føres selv om departementet ikke har samtykket. Disse reglene gjelder ikke den profesjonsbaserte taushetsplikten, det vil i praksis si helsepersonell. Hvis en sakkyndig har grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, har han eller hun imidlertid opplysningsplikt overfor barneverntjenesten, se blant annet helsepersonelloven § 33 andre ledd.

I barnelova § 61 første ledd nr. 6 er det gitt særskilte regler om innhenting av uttalelse fra barnevernet eller sosialtjenesten. Av bestemmelsen fremgår det at slik uttalelse bør innhentes i saker der det «trengst». En slik uttalelse kan være

¹⁶ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16.1 side 88 og rundskriv Q-2004-15 punkt 2.3.5 side 16.

¹⁷ Se for eksempel Rt. 1999 side 522, Rt. 2002 side 1616, Rt. 2003 side 478 og Rt. 2003 side 996.

som et alternativ eller et supplement til oppnevning av sakkyndig.

Retten kan be om en uttalelse til tvisten generelt eller om en eller flere angitte spørsmål. Uttalelsen kan bygge på opplysninger som er fremkommet i forbindelse med tidligere kontakt med den aktuelle familien, senere undersøkelser foretatt av barnevernet eller sosialtjenesten i anledning foreldretvisten og/eller generell barnevernfaglig kunnskap. Uttalelsen er normalt skriftlig og kan fremlegges i retten selv om vilkårene i tvisteloven § 21-12 andre ledd om bruk av skriftlige erklæringer ikke er oppfylt.¹⁸ Den som har gitt uttalelsen kan innkalles til muntlig avhør i retten, og gir da forklaring etter reglene for vitner. Retten kan beslutte å innhente uttalelse når som helst under saken, også etter at hovedforhandlingen er begynt.

Barneverntjenesten kan, uhindret av taushetsplikten etter barnevernloven § 6-7, gi opplysninger til domstolen i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær, jf. barnelova § 61 a. Bestemmelsen gjelder både når ansatte i barneverntjenesten skal avgi uttalelse etter barnelova § 61 første ledd nr. 6, når ansatte i barneverntjenesten skal avgi vitneforklaring i foreldretvisten og når domstolen innhenter saksdokumenter fra barneverntjenesten. Formålet med bestemmelsen var å tydeliggjøre barneverntjenestens ansvar for å bidra med barnevernfaglige vurderinger i foreldretvister og bidra til sakens opplysning.¹⁹ For sosialtjenesten må taushetsplikten vurderes etter sosialtjenesteloven § 44, jf. forvaltningsloven §§ 13 til 13 e.

11.1.7 Parter og partsrettigheter

Partene i en sak om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, fast bosted eller samvær er foreldrene, jf. barnelova § 56 første ledd. Andre enn foreldrene kan reise sak når vilkårene i barnelova § 45 første ledd og § 63 om henholdsvis krav om samvær eller foreldreansvar etter dødsfall er oppfylt.

Partsstatus innebærer at de særlige rettighetene som følger av barnelova sammenholdt med prosesslovgivningen kan gjøres gjeldende. Partene har rett til å reise sak om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, fast bosted og/eller samvær, jf. barnelova § 56 første ledd. Videre har partene rett til å få stevning og tilsvarende og har som hovedregel rett til innsyn i øvrige saksdokumen-

ter, jf. barnelova § 58, jf. tvisteloven §§ 9-2, 9-3 og 14-1. Partene har rett til å være til stede i saksforberedende møter og hovedforhandling, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 1 og tvisteloven § 13-2, rett til å komme til orde i møter og rett til å føre vitner og andre bevis, jf. tvisteloven § 9-15. Partene har også forlikskompetanse og kan kreve foreløpig avgjørelse etter barnelova § 60. Dersom partene ikke kommer til enighet, har de rett til å få en begrunnet, skriftlig dom, jf. tvisteloven § 19-6, og har rett til å anke dommen til lagmannsretten, jf. tvisteloven § 29-8. Partene har også rett til å anke enkelte avgjørelser under saksforberedelsen, jf. barnelova § 62. Dette gjelder avgjørelse om å nekte å oppnevne sakkyndig etter § 61 første ledd nr. 3 og avgjørelse om å nekte å innhente uttalelse fra barnevernet og sosialtjenesten etter § 61 første ledd nr. 6. Partene har videre rett til å la seg bistå av advokat, og har etter behovsprøving krav på fri rettshjelp etter rettshjelploven § 16 andre ledd, jf. § 11 andre ledd nr. 1.

Barnet har ikke selvstendig partsstilling i foreldretvister. Barnets interesser skal ivaretas på andre måter, dels gjennom rettens selvstendige ansvar for saksopplysningen og den overordnede norm om barnets beste, dels ved at barnet skal få si sin mening til retten eller den sakkyndige. Selv om det ikke er gjort noe uttrykkelig unntak for tvistelovens regler om partshjelp, tilsier barnelovas system at barnet neppe kan opptre som partshjelper og på den måten identifisere seg prosessuelt med den ene av foreldrene.²⁰

11.1.8 Barnets representant

Barnelova § 61 første ledd nr. 5 gjelder oppnevning av en representant for barnet i foreldretvister. Bakgrunnen for regelen var et ønske om å styrke barns rettigheter i de mest belastede sakene. Rollen som representant innebærer dels å opptre som en støtteperson for barnet og dels å ivareta barnets interesser i forbindelse med saksbehandlingen i domstolen. Representanten kan gjennomføre samtaler med barnet, og skal gi slik informasjon og støtte til barnet som er naturlig. Dette kan eksempelvis være å gi informasjon og veiledning som kan bidra til å gjøre det lettere for barnet å forstå hva som skjer og forholde seg til dette. I forarbeidene til bestemmelsen er det fremhevet at barnet ikke skal trekkes inn som en aktiv part i saken, og at representanten heller bør søke å skjerme barnet fra en sterk deltakelse i proses-

¹⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16.1 side 90.

¹⁹ Prop. 85 L (2012–2013) kapittel 9.5.4 side 62.

²⁰ Inge Lorange Backer, Barneloven, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 437 og 458–459.

sen.²¹ Samtale med barnet forutsetter at dette er tilrådelig, sett hen til barnets alder, utvikling og situasjonen for øvrig. Fagfolk antar i dag at barnets mulighet til å få støtte fra og kontakt med en person som ikke har direkte interesse i utfallet av saken, ofte kan redusere belastningene ved foreldretvisten.

Verken barnet eller representanten har partsstilling, og representantens prosessuelle rettigheter er i utgangspunktet begrenset til det som fremgår uttrykkelig av bestemmelsen.²² Representanten har rett til innsyn i dokumentene i saken, og kan fremsette forslag om saksbehandlingen og gi råd om hvordan saksbehandlingen best kan ivareta interessene til barnet. Som eksempler er det i forarbeidene nevnt at representanten blant annet kan ta initiativ for å få fortgang i saken, fremme forslag overfor retten om at virkemidlene i barnelova § 61 skal utprøves, eller foreslå vitneførelse.²³ Representanten har ingen ubetinget rett til å være til stede under rettsmøtene, og retten avgjør i det enkelte tilfellet om og hvor lenge han eller hun eventuelt kan være til stede. Når representanten er til stede i et rettsmøte, kan denne stille spørsmål til parter og vitner. Denne rettigheten har relativt stor betydning ved at representanten gjennom slike spørsmål kan få frem den kunnskapen vedkommende har om faktiske forhold knyttet til barnets situasjon. Representantens prosessuelle rettigheter er imidlertid begrenset på enkelte viktige områder; den kan verken føre egne bevis, holde prosedyreinnlegg, nedlegge påstand i saken eller anke en avgjørelse. Gjennom forslag til bevisføring, rettens selvstendige ansvar for sakens opplysning og representantens rett til å stille spørsmål til vitnene, kan representanten i praksis likevel oppnå det samme som ved selv å føre bevis. Videre er det ikke noe forbud mot at retten på anmodning gir representanten anledning til å holde et kort sluttinnlegg. En annen viktig funksjon er at representanten kan henvende seg direkte til partene eller deres prosessfullmektiger og be om et møte. Formålet med et slikt møte vil være å formidle barnets situasjon til partene, og med dette forsøke å bidra til at saken kan løses gjennom enighet mellom partene.

Det er forutsatt i lovforarbeidene at formidlingen av barnets syn til retten, skal skje gjennom dommersamtale eller sakkyndige.²⁴ Barnets representant skal ikke videreformidle til retten eventu-

elle ønsker fra barnet om hvor barnet vil bo fast eller hva slags samværsordning vedkommende ønsker. Dersom barnet har et overveid ønske som retten bør få kjennskap til, er lovens intensjon at representanten skal anmode om at dommeren eller en sakkyndig gjennomfører en samtale med barnet. En undersøkelse gjennomført våren 2014 viste at representantrollen ofte utøves i strid med lovgivers intensjoner.²⁵ Dels videreformidler representanten barnets synspunkter til retten og dels formidler representanten sitt eget syn på hva som vil være til barnets beste til retten.

Oppnevning av en representant for barnet er ment som en unntaksbestemmelse, og vilkåret for oppnevning er at det foreligger «særlege høve». I bestemmelsen er det nevnt at oppnevning av en representant for barnet blant annet kan være aktuelt når det er grunn til å tro at barnet er utsatt for vold eller på annet vis blir behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare. Formuleringen avgrenser ikke adgangen til å oppnevne en representant for barnet til disse tilfellene. Dommeren må foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av behovet for virkemiddelet, og det må i den forbindelse ses hen til formålet med bestemmelsen. Bestemmelsen er særlig aktuell for eldre barn som har behov for hjelp til å fremme sine interesser i forbindelse med saksbehandlingen, selv om de ikke har partsrettigheter.²⁶ Men også ellers kan bestemmelsen være aktuell dersom det er fare for at barnets interesser ikke blir tilstrekkelig ivaretatt eller det er særlige behov hos barnet som tilsier dette. Oppnevning av en representant kan for eksempel være hensiktsmessig når foreldrene – på grunn av konfliktens art og intensitet – ikke er i stand til å se barnets interesser, og hvor retten trenger bistand utover det som den sakkyndige kan yte retten.²⁷ I praksis er det svært sjeldent at det oppnevnes en representant for barnet.²⁸

Representanten kan være en advokat eller en annen egnet person som kan ivareta barnets interesser under behandlingen av saken. I forarbeidene er det gitt uttrykk for at det vanligvis vil

²¹ NOU 1998: 17 *Barnefordelingssaker*, kapittel 7.7.4 side 47.

²² Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16.1 side 89.

²³ NOU 1998: 17 kapittel 7.7.4 side 47.

²⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 7.3 side 48.

²⁵ Birte Sundsdal, Barnets representant i foreldretvister – en innholdsløs styrking av barns rettssikkerhet?, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2015 nr. 2, side 177–195.

²⁶ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 7.3 side 49.

²⁷ NOU 1998: 17 kapittel 7.7.4 side 47 og Inge Lorange Backer, *Barneloven*, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 556.

²⁸ Birte Sundsdal, Barnets representant i foreldretvister – en innholdsløs styrking av barns rettssikkerhet?, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2015 nr. 2, side 177–195.

være mest hensiktsmessig å oppnevne en advokat, siden vedkommendes rolle i stor grad er å gi råd og innspill om selve saksbehandlingen i domstolen.²⁹ Også andre enn advokater kan imidlertid oppnevnes. Dette kan eksempelvis være personer med barnefaglig bakgrunn som har kjennskap til grunnleggende elementer i rettsprosessen. Forutsetningen vil måtte være at representanten har de personlige egenskapene og evnen til kontakt med barn som vil være viktig for å kunne utføre oppgaven på en god og betryggende måte.

Representanten har taushetsplikt om det som kommer frem om personlige forhold i forbindelse med oppdraget, jf. barnelova § 50 tredje ledd. Retten kan oppheve taushetsplikten etter krav fra representanten. Et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter må få uttale seg om hvorvidt taushetsplikten skal oppheves, jf. barnelova § 31.

11.1.9 Foreløpig avgjørelse

Barnelova § 60 hjemler foreløpig avgjørelse om foreldreansvaret, flytting med barnet ut av landet, fast bosted og samvær. Bestemmelsen regulerer muligheten for foreløpig avgjørelse uttømmende, og de alminnelige reglene om midlertidig sikring i tvisteloven kapittel 32 og 34 gjelder ikke i foreldretvister.³⁰

Hver av partene i en foreldretvist kan kreve en foreløpig avgjørelse. Dersom en foreløpig avgjørelse skal gjøre endringer i dom, rettsforlik eller avtale med tvangskraft, må det foreligge særlige grunner i samsvar med regelen i barnelova § 64 andre ledd andre punktum.

En foreløpig avgjørelse kan treffes på ethvert trinn av saken; fra saken er brakt inn for retten til den er endelig avgjort.³¹ I tillegg er det en viss adgang til å treffe en foreløpig avgjørelse før det er reist søksmål. Vilkåret er at det foreligger «særlige grunner» som taler for at en foreløpig avgjørelse blir truffet raskt, jf. barnelova § 60 første ledd tredje punktum. Med særlige grunner menes at barnet kan lide fysisk eller psykisk overlast hvis det ikke treffes en avgjørelse raskt.³² Det omfatter også tilfeller hvor den ene ulovlig holder barnet hos seg og borte fra den andre. Dersom retten treffer en foreløpig avgjørelse før det er reist sak, skal den sette en frist for å reise søksmål. Er det ikke tatt ut søksmål innen fristen, faller den foreløpige avgjørelsen bort.

Det er opp til retten om den vil treffe en foreløpig avgjørelse, og hensynet til barnets beste må legges til grunn for denne vurderingen. Retten har plikt til å treffe en foreløpig avgjørelse dersom det er en risiko for at barnet blir utsatt for vold eller på annen måte blir behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare.

Den foreløpige avgjørelsen kan regulere hvem som skal ha foreldreansvaret mens saken pågår, flytting med barnet ut av landet, hvem barnet skal bo hos så lenge, og spørsmål om samværsrett. I den foreløpige avgjørelsen kan retten også nedlegge kontaktforbud. Det vil si at retten kan forby den andre forelder å komme til den eiendommen eller boligen hvor barnet holder til. Dette omfatter ikke bare hjemmet, men også skole, barnehage og barnepassers hjem.³³ En foreløpig avgjørelse kan gjelde for en viss tid eller til saken er endelig avgjort.

En foreløpig avgjørelse treffes etter en forenklet saksbehandling. Det er ikke nødvendig å holde muntlig forhandling før avgjørelsen treffes. En muntlig forhandling kan imidlertid være et middel for å få saken forsvarlig opplyst og dermed få oppfylt rettens selvstendige ansvar for sakens opplysning.³⁴ Den andre parten enn den som har begjært avgjørelsen, skal som hovedregel få anledning til å uttale seg. Dersom saken haster, kan retten likevel treffe avgjørelse før den andre parten har hatt anledning til å uttale seg. Høyesterett har videre i Rt. 2005 side 1693 slått fast at utgangspunktet om høring av barn ikke står like sterkt ved foreløpige avgjørelser som ved endelige avgjørelser. Også barnet har imidlertid i utgangspunktet rett til å bli hørt før avgjørelse blir truffet etter regelen i barnelova § 31.

En foreløpig avgjørelse treffes ved kjennelse. Det samme gjelder dersom retten ikke tar begjæringen om foreløpig avgjørelse til følge. Kjennelsen kan ankes, jf. tvisteloven § 29-2 første ledd.

En foreløpig avgjørelse kan tvangsfullbyrdes før den er rettskraftig, jf. barnelova § 65 første ledd femte punktum. Det skal i kjennelsen settes en oppfyllelsesfrist, jf. tvisteloven § 19-7 første ledd. Hvis det haster med å få gjennomført en flytting av barnet eller begrensning av samværsretten, kan fristen settes til null dager.³⁵

²⁹ NOU 1998: 17 kapittel 7.7.4 side 48.

³⁰ NOU 1977: 35 *Lov om barn og foreldre*, kapittel V 10.2 side 80.

³¹ NOU 1977: 35 kapittel V 10.4 side 81–82.

³² NOU 1977: 35 kapittel VI side 128.

³³ Kirsten Sandbergs kommentarer til barnelova § 60 andre ledd i Norsk lovkommentar.

³⁴ Rt. 2006 side 1681.

³⁵ Inge Lorange Backer, *Barneloven*, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 535.

Foreløpig avgjørelse om foreldreansvar ved siktelse m.m. etter straffeloven er regulert i barnelova § 60 a.

11.1.10 Dom uten hovedforhandling

Barnelova § 61 første ledd nr. 8 gjelder adgangen til å avsi dom uten hovedforhandling. Vilklårene for dette er at partene samtykker, og at retten finner det forsvarlig. Forsvarlighetskravet innebærer at saken må være enkel og oversiktlig, og at retten finner den tilstrekkelig godt opplyst.³⁶ Formålet er å oppnå en rask, skånsom og rimelig behandling av foreldretvister.

Dom uten hovedforhandling kan typisk være aktuelt i tilfeller der saksforberedelsen har avklart de faktiske forholdene på en tilfredsstillende måte og partenes anførsler ellers er kommet til rettens kunnskap.³⁷ Også i saker som bare gjelder mindre tvistepunkter, for eksempel samværsrettens omfang, vil en mulighet for å avsi dom uten hovedforhandling spare tid og ressurser. Bestemmelsen får ikke anvendelse i saker der partene er eller blir enige om konklusjonene i saken.³⁸ Ved enighet mellom partene kommer tvisteloven § 9-7, som sier at retten straks skal avgjøre kravet på grunnlag av enigheten, til anvendelse. Eventuelt kan partene inngå rettsforlik.

Barnelova § 61 klargjør ikke hva som kan utgjøre avgjørelsesgrunnlaget for en dom uten hovedforhandling. I juridisk teori nevnes at både uttalelser i forarbeidene og reelle hensyn taler for at bestemmelsen bør forstås slik at retten kan ta i betraktning forhold som fremkommer av både sakens dokumenter og behandling i rettsmøter.³⁹

Det stilles ikke spesielle formkrav til det samtykket partene må gi for at dom skal kunne avsies uten hovedforhandling, men det mest praktiske er at samtykket enten gis skriftlig eller at det protokolleres i et saksforberedende møte.

11.1.11 Endringssak

Barnelova § 64 regulerer adgangen til å endre en avtale eller avgjørelse om foreldreansvaret, barnets faste bosted og samvær. I utgangspunktet står partene fritt til å avtale endringer i en slik tid-

ligere avtale eller avgjørelse. Dersom partene ikke kommer til enighet, kan hver av dem reise endringssak for domstolen. En avgjørelse i en foreldretvist har følgelig ikke samme rettskraftvirkning som andre rettsavgjørelser.

Endringssaken reises for tingretten selv om den tidligere avgjørelsen er truffet av en høyere instans. Det følger av henvisningen til barnelova § 56 at det må være meklet på vanlig måte etter barnelova §§ 51 flg. før endringssak blir reist.

Hvis en ordning som kreves endret bare bygger på en vanlig avtale mellom partene, står retten fritt til å fastsette en annen ordning. Dersom det som kreves endret kommer til uttrykk i en dom, et rettsforlik eller en avtale med tvangskraft er rettens kompetanse mer begrenset. Da kan ordningen bare endres når særlige grunner taler for det. Kravet om særlige grunner er et materiellrettslig vilkår for å oppnå en endring, ikke et prosessuelt vilkår som fører til avvisning om det ikke er oppfylt.⁴⁰ Vilkåret gjelder uansett om endringen skjer etter ordinær behandling eller som en foreløpig avgjørelse, men gjelder naturlig nok ikke ved bruk av rettsmidler.

Særlige grunner innebærer ikke et krav om sterke grunner, men om konkrete og påviselige grunner.⁴¹ I Rt. 2005 side 682 uttalte Høyesterett at kravet om særlige grunner ikke kan forstås som noe strengt krav sett i lys av at avgjørelser i foreldretvister først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet. Bakgrunnen for at det kreves særlige grunner er ønsket om å skape ro om barnets situasjon.⁴² Dersom barnets beste tilsier endring, må dette imidlertid være avgjørende. Stort sett vil de særlige grunnene bestå i endringer i de faktiske forholdene, men uttrykket omfatter også feilvurdering av forholdene i første sak.

For å unngå unødig belastning både for motparten, barnet og rettsapparatet, kan retten avgjøre saken uten hovedforhandling dersom det er åpenbart at vilkåret om særlige grunner ikke er oppfylt. Dette kan være aktuelt ved gjentatte endringssøksmål med korte mellomrom, når det ikke anføres noe nytt i forhold til den tidligere avgjørelsen, eller endringssøksmålet reises i sjikanehensikt.⁴³

³⁶ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 5.2.3 side 33–34.

³⁷ NOU 1998: 17 kapittel 14.1 side 102 og Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16.1 side 90.

³⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 5.2.3 side 34.

³⁹ Inge Lorange Backer, *Barneloven*, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 564.

⁴⁰ Rt. 1983 side 535 og Rt. 1992 side 1549.

⁴¹ Rt. 1997 side 442 og Rt. 2003 side 1283.

⁴² Ot.prp. nr. 62 (1979–80) kapittel 9 side 50.

⁴³ Ot.prp. nr. 56 (1996–97) kapittel 12 side 85.

11.1.12 Tvangsfullbyrdelse

Avgjørelser om foreldreansvar og hvem barnet skal bo fast sammen med kan tvangsfullbyrdes etter reglene i barnelova § 65 første ledd, jf. tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13. Fullbyrding kan skje ved at det ilegges en løpende tvangsmulkt, eller at namsmyndighetene eller den som er tilkjent foreldreansvaret/den som barnet skal bo fast hos selv henter barnet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14 første ledd. Det er tingretten som bestemmer hvilken måte fullbyrdelsen skal skje på. Loven gir ingen retningslinjer for valget av tvangsmiddel, men lovforarbeidene angir et utgangspunkt om at tingretten skal velge det lempeligste – som regel tvangsmulkt – der det er mulig.⁴⁴ Er det usikkert om tvangsmulkt vil virke effektivt, eller tilsier hensynet til barnet at det handles raskt, kan direkte gjennomføring være nødvendig. Avgjørelser om samværsrett kan bare tvangsgjennomføres ved å ilegge tvangsmulkt, jf. barnelova § 65 andre ledd. Tingretten kan fastsette dagmulkt eller ukemulkt, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14 første ledd, eller for hvert samvær, jf. barnelova § 65 andre ledd tredje punktum. Tvangsmulkten kan bare fastsettes for et begrenset tidsrom. En ilagt tvangsbøt inndrives av namsmannen, men bare dersom den parten som begjærte tvangsfullbyrdelse ber om inndrivelse.

Rettsavgjørelser om foreldreansvar, fast bosted eller samvær kan tvangsfullbyrdes, enten det er dommer eller kjennelser, eller det er foreløpige eller endelige avgjørelser. Videre kan rettsforlik tvangsfullbyrdes på samme måte, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 første ledd, jf. § 4-1 andre ledd bokstav e. Også avtaler med tvangskraft etter vedtak av fylkesmannen kan tvangsfullbyrdes, jf. barnelova § 55. Vedtak av fylkesmannen forutsetter at partene er enige om at avtalen skal gis tvangskraft, at avtalen er til barnets beste og at partene kan fremlegge gyldig meklingsattest. Vedtak om tvangskraft treffes normalt etter en forenklet prøving, men fylkesmannen kan ved behov innhente uttalelse fra sakkyndig, barneverntjenesten eller sosialtjenesten.

For at en dom skal kunne tvangsfullbyrdes, må den være rettskraftig. En foreløpig avgjørelse har derimot tvangskraft så snart den er forkynt, jf. barnelova § 65 første ledd femte setning og andre ledd femte setning og tvangsfullbyrdelsesloven § 4-13. Et rettsforlik er rettskraftig når det er inngått og kan kreves tvangsfullbyrdet fra samme

tidspunkt, jf. tvisteloven § 19-12. En avtale med tvangskraft etter barnelova § 55 regnes som særlig tvangsgrunnlag og kan begjæres tvangsfullbyrdet to uker etter at det er sendt skriftlig varsel til saksøkte i samsvar med tvangsfullbyrdelsesloven § 4-18. Forutsetningen i alle tilfeller er at en eventuelt fastsatt oppfylingsfrist er oversittet.

En begjæring om tvangsfullbyrdelse gir ikke tingretten kompetanse til å prøve spørsmålet om foreldreansvar, fast bosted eller samvær på ny når dette er fastsatt ved dom, kjennelse eller annet alminnelig tvangsgrunnlag. Tingretten skal imidlertid nekte å tvangsfullbyrde et krav som er umulig å oppfylle. Dette følger også av tvangsfullbyrdelsesloven § 13-8 fjerde ledd for så vidt gjelder tvangsmulkt. Umulighet foreligger eksempelvis hvis barnet selv ikke vil flytte eller gjennomføre samvær, hvis fullbyrdelse vil føre til vesentlige belastninger for barnet eller hvis barnet er sykt når samvær skal gjennomføres.⁴⁵ For tvangsfullbyrdelse av avgjørelser om samværsrett fremkommer det i barnelova § 65 andre ledd andre punktum at umulighet blant annet foreligger når barnet risikerer å bli utsatt for vold eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsetilstanden blir utsatt for skade eller fare. Høring av barnet er særlig viktig i saker der det blir påberopt umulighet. Ved vurderingen av om en avtale som i fylkesmannsvedtak er gitt tvangskraft skal tvangsfullbyrdes, kan tingretten ikke bare prøve om fullbyrdelse er umulig, men også om det er grunnlag for å endre vedtaket etter barnelova § 64 andre ledd, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 tredje ledd.

Dersom en avgjørelse om foreldreansvar, fast bosted eller samvær ikke følges opp av den part som har fått retten, kan ikke den annen part eller barnet kreve tvangsgjennomføring.⁴⁶

11.1.13 Forening av krav og søksmål

I en del tilfeller kan det foreligge flere krav eller flere saker mellom to parter. Når partene i en sak fremmer flere krav mot hverandre i samme sak, foreligger det objektiv kumulasjon. Flere krav mot samme saksøkt kan som hovedregel gjøres gjeldende i en sak, når kravene hører under norsk domsmyndighet, domstolen er rett verneting for ett av kravene, og kravene kan behandles av retten med samme sammensetning og hovedsakelig

⁴⁵ Se blant annet Rt. 1960 side 1214, Rt. 1970 side 703, Rt. 1987 side 238, Rt. 1989 side 489, Rt. 1997 side 2012, Rt. 2000 side 323 og Rt. 2010 side 1528.

⁴⁶ Om begrunnelsen for dette, se NOU 1977: 35 kapittel V 9.7 side 78 og Ot.prp. nr. 56 (1996–97) kapittel 8.1.2.2 side 69–70.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 25 (1956) side 33 og side 34–35 og NOU 1977: 35 kapittel V 11.4.1 side 86.

etter de samme saksbehandlingsregler, jf. tvisteloven § 15-1. Det er ikke til hinder for at flere krav settes fram i saken, at retten på grunn av behandlingen av ett av kravene skal settes med meddommere eller flere fagdommere. Saksøkte kan på samme vilkår sette frem krav mot saksøkeren. Videre kan flere parter på samme vilkår saksøke eller saksøkes i en sak, forutsatt at ingen parter har innsigelser eller det er så nær sammenheng mellom kravene av de bør behandles i samme sak, jf. tvisteloven § 15-2. I så fall foreligger det subjektiv kumulasjon. Saker kan også forenes til felles behandling og til felles avgjørelse, jf. tvisteloven § 15-6. Vilråene er at sakene reiser likeartede spørsmål, skal behandles med samme sammenheng av retten og etter hovedsakelig de samme saksbehandlingsregler.

Krav om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, fast bosted og samvær kan settes frem i samme sak. Dersom kravene er brakt inn for retten som ulike saker, kan sakene videre forenes til felles behandling. Også spørsmål om underholdsbidrag for barnet kan behandles sammen med foreldretvisten, jf. barnelova § 70 tredje ledd bokstav a. For øvrig inneholder barnelova ingen bestemmelse om andre krav eller saker kan behandles sammen med foreldretvisten, jf. til sammenligning barnelova § 16 som fastslår at andre tvister bare kan tas opp i en farskapssak når de gjelder en følge av farskapet eller av farskapssaken. I hvilken grad andre krav kan behandles samtidig eller om forskjellige saker kan forenes til felles behandling, beror på en vurdering av om vilråene i tvisteloven §§ 15-1 og 15-6 er oppfylt.

I forarbeidene til tvisteloven er det lagt til grunn at spørsmålet om spesiallovgivningens prosessregler utgjør særlige prosessformer, med den virkning dette har for muligheten til blant annet kumulasjon og motsøksmål, må bero på en tolkning av hvert enkelt regelsett.⁴⁷ I de tilfeller hvor spørsmålet ikke er uttrykkelig regulert i den aktuelle særloven, må det foretas en vurdering av om det kun er tale om begrensede, enkeltstående regler eller mer vidtrekkende regulering av rettergangen i den aktuelle særloven. Dersom retten skal sammensettes på en annen måte enn vanlig, eller hvor det for øvrig er så store forskjeller med hensyn til hvordan saksbehandlingen skal foregå at en felles behandling vil være upraktisk, vil dette normalt innebære at det er tale om en særlig prosessform. Både prosessøkonomi og partenes rettssikkerhet tilsier som regel at like krav og

krav som står i sammenheng, blir behandlet og avgjort samtidig.⁴⁸

Det fulgte av rettspraksis at saksbehandlingsreglene i barnelova kapittel 7 supplerte tvistemålsloven uten at det derved var tale om en særlig prosessform.⁴⁹ Under tvistemålsloven var det dermed anledning til å ta med krav om økonomisk oppgjør etter samlivsbrudd i samme sak som et krav om samværsrett. Tilsvarende må gjelde etter dagens tvistelov.⁵⁰ Også andre tvister mellom foreldrene, for eksempel om erstatningsansvar eller oppløsning av felles næringsvirksomhet, kan bringes inn i foreldretvisten. Er det lite hensiktsmessig med en felles behandling og pådømmelse, kan retten foreta oppdeling etter tvisteloven § 16-1.

Mer tvilsomt er det om krav om reisekostnader kan behandles sammen med foreldretvisten. Foreldretvister behandles etter tvistelovens bestemmelser om allmennprosess, supplert med de særlige saksbehandlingsreglene i barnelova kapittel 7. Krav om fordeling av reisekostnader etter barnelova § 44 andre ledd første punktum skal behandles av forliksrådet før det kan tas til behandling i tingretten, jf. tvisteloven § 6-2 andre ledd første punktum, jf. første ledd bokstav a. I forarbeidene er det antatt at tvister om reisekostnader normalt kan behandles ved småkravprosess.⁵¹ Det er ikke et vilkår for kumulasjon at forliksrådet har behandlet spørsmålet om reisekostnader, jf. tvisteloven § 6-2 andre ledd andre punktum bokstav d, men allmennprosess og småkravprosess oppfylder ikke kravet til hovedsakelig samme saksbehandlingsregler.⁵² Det er likevel antatt at et krav om reisekostnader ved samvær kan behandles i forbindelse med samværsaken.⁵³

I noen tilfeller kan sammenheng mellom en foreldretvist og et krav om overprøving av fylkesnemndas tvangsvedtak etter barnevernloven tilsie en felles behandling. Det følger imidlertid av tvisteloven § 36-1 første ledd andre punktum at andre

⁴⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 20.2.1 side 239.

⁴⁹ Borgarting lagmannsretts kjennelse inntatt i RG-2007-1503 sammenholdt med Høyesteretts kjæremålsutvalgs beslutning HR-2007-1537 U.

⁵⁰ Inge Lorange Backer, Barneloven, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 438. Se imidlertid Jens Edvin Andreasen Skoghøy, Tvisteløsning, 2. utgave, 2014, side 464 om at krav som skal behandles etter barnelova kapittel 7 ikke kan kumuleres med andre krav. Standpunktet er ikke nærmere begrunnet.

⁵¹ Ot.prp. nr. 69 (2007–2008) kapittel 3.3.1.4 side 18.

⁵² Tore Schei m.fl., Tvisteloven, Kommentartutgave, Bind I, 2013, side 513.

⁵³ Se LA-2010-169062 og Kirsten Sandberg i Norsk lovkommentar, note 128 til barnelova.

⁴⁷ NOU 2001: 32 A kapittel 19.1.1 side 508.

krav ikke kan trekkes inn i en sak om overprøving av fylkesnemndas vedtak. I Rt. 1994 side 1105 ble anke over en dom i sak mellom foreldrene om fast bosted etter barnelova og anke over dom i sak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven, forent til felles behandling i Høyesterett. I tingrettene og lagmannsrettene vil forening ikke kunne skje, fordi rettens sammensetning er forskjellig i de to sakstypene.⁵⁴

Foreldretvister kan også bringes inn i ekteskapsaker. En ekteskapsak er en sak om et ekteskap består eller ikke består, om oppløsning av ekteskap eller om separasjon som reises for domstolene, jf. ekteskapsloven § 25 a første ledd bokstav b. Etter ekteskapsloven § 30 d kan spørsmål etter barnelova om felles barn også behandles i en ekteskapsak. Det samme gjelder spørsmål om bidrag, spørsmål etter ekteskapslovens øvrige bestemmelser med mindre det er begjært offentlig skifte og krav som er en følge av søksmålet. Når spørsmål etter barnelova om felles barn trekkes inn i saken, får saksbehandlingsreglene i barnelova kapittel 7 anvendelse for behandlingen av disse spørsmålene. Barnelova har ingen tilsvarende bestemmelse om å behandle spørsmål etter ekteskapsloven i en sak etter barnelova, og dette må derfor vurderes etter de alminnelige reglene i tvisteloven kapittel 15.

11.1.14 Kostnader ved domstolsbehandling

Foreldretvistene er gebyrfrie, jf. rettsgebyrloven § 10 nr. 4. Staten dekker dessuten kostnadene til rettsoppnevnte sakkyndige, barnets representant og mekling etter barnelova § 61 første ledd nr. 2, jf. barnelova § 61 andre ledd. Partene må selv dekke utgiftene til eventuelle meddommere og andre vitner, herunder sakkyndige vitner engasjert av partene.

For tvangsfullbyrdelse gjelder rettsgebyrloven § 14. Etter bestemmelsens første ledd andre punktum betales det ikke rettsgebyr for tvangsfullbyrdelse ved bruk av tvangsmulkt. Ved bruk av andre tvangsmidler for å gjennomføre en avgjørelse om foreldreansvar eller fast bosted gjelder derimot den alminnelige regelen om rettsgebyr etter § 14 andre ledd nr. 5.

⁵⁴ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, Kommentartutgave, Bind I, 2013, side 523*. Se imidlertid Inge Lorange Backer, *Barneloven, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 439* hvor det er antatt at det neppe er grunn til å forstå tvisteloven § 9-12 slik at det kommer i strid med bestemmelsen å oppnevne en fagkyndig meddommer og trekke en lek meddommer i foreldretvister, slik § 36-4 foreskriver for saker om overprøving av tvangsvedtak.

Muligheten for å få fri rettshjelp av det offentlige reguleres av rettshjelploven med forskrifter. Partene har som hovedregel rett til fri sakførsel når de har formue og inntekt som ligger under fastsatte grenser, jf. rettshjelploven § 16 andre ledd, jf. § 11 andre ledd nr. 1. Inntektsgrensen er i dag 246 000 kroner for enslige og 369 000 kroner for ektefeller og andre som lever sammen med felles økonomi. Formuesgrensen for alle er 100 000 kroner. Retten til fri sakførsel gjelder også saker om tvangsfullbyrdelse.

Det følger av rettshjelploven § 16 femte ledd at fri sakførsel kan avslås hvis det er urimelig at det offentlige betaler for bistanden. Denne bestemmelsen er særlig aktuell ved gjentatte, svakt funderte saksanlegg (endringssaker) eller i ankesaker.⁵⁵

Fri sakførsel omfatter salær til prosessfullmektigen samt gebyr og sideutgifter, jf. rettshjelploven § 22 første ledd. Retten kan dessuten samtykke i å dekke partens egne vesentlige og nødvendige utgifter eller utgiftene til en privat engasjert sakkyndig, jf. rettshjelploven § 22 andre ledd. Reglene om egenandel innebærer at en part med bruttoinntekt over 100 000 kroner som hovedregel bare vil få dekket 75 % av de samlede utgiftene, jf. rettshjelploven § 9 tredje ledd, jf. rettshjelpforskriften § 2-2.

Hvem av partene som til slutt skal dekke utgiftene til saken, beror på reglene om sakskostnader i tvisteloven kapittel 20.

Kostnadene ved domstolsbehandlingen av foreldretvister har økt jevnt fra 2009 til 2014, men denne økningen kan forklares med økt antall saker.⁵⁶ Det innvilges fri rettshjelp i omtrent 30 % av sakene.

11.1.15 Ankebehandling

Anke over dom i en foreldretvist behandles etter de alminnelige reglene i tvisteloven kapittel 29 om anke til lagmannsretten og kapittel 30 om anke til Høyesterett. I tillegg får særreglene for saksbehandlingen i barnelova kapittel 7 anvendelse i lagmannsretten og i Høyesterett.

Reglene for saksbehandlingen i lagmannsretten tilsvarende i stor grad reglene for saksbehandlingen i tingretten. Som hovedregel består lagmannsretten av tre fagdommere, og dersom noen av partene krever det eller retten finner det ønske-

⁵⁵ Inge Lorange Backer, *Barneloven, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 455*.

⁵⁶ Oxford Research, *Domstolsbehandlingen av foreldretvister, 2016, kapittel 7 side 36–46*.

lig kan den i tillegg settes med to meddommere, jf. tvisteloven § 29-17. Det er en snever adgang til siling av anker i lagmannsretten, jf. tvisteloven § 29-13 andre ledd.

Adgangen til å fremsette nye krav og påstander i ankeinstansen reguleres av tvisteloven § 29-4. I foreldretvister er det en relativt vid adgang til å utvide eller endre saken i lagmannsretten. Vilkåret om at det nye kravet må ha sammenheng med et allerede innbragt krav vil alltid være oppfylt i saker om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, fast bosted og samværsrett. Utvidelsen eller endringen vil da være tillatt i tre situasjoner, jf. bestemmelsens andre ledd bokstav b-d. For det første er endring tillatt når den er begrunnet i forhold som er inntruffet eller blitt kjent så sent at det nye kravet ikke kunne bli trukket inn under hovedforhandlingen i tingretten. For det andre tillater tvisteloven endring når motparten ikke motsetter seg det, og retten ikke finner at vesentlige hensyn taler mot utvidelsen. For det tredje er endring mulig når retten finner at det nye kravet kan behandles forsvarlig i ankesaken, og tungtveiende hensyn tilsier at det blir behandlet. Det er ikke til hinder for fremsettelse av nye krav at det ikke er foretatt ny mekling.⁵⁷

Ved anke til Høyesterett foretar Høyesteretts ankeutvalg en vurdering av om anken skal nektes fremmet eller ikke, jf. tvisteloven § 30-4 første ledd. Foreldretvister er mindre egnet for behandling i Høyesterett ettersom bevisførselen der er middelbar, og partsforklaringer og vitneforklaringer er svært sentrale for å få en forsvarlig vurdering av hva som er barnets beste. I praksis blir det derfor sjelden gitt samtykke til anke.⁵⁸

11.1.16 Prosjekter om samarbeid mellom tingrett og familievernkontor

De siste årene har flere tingretter etablert samarbeidsprosjekter med familievernkontorer. Familievernet er en spesialtjeneste som har familie-relaterte problemer som sitt fagfelt, jf. familievernkontorloven § 1. Familievernkontorene skal gi et tilbud om behandling og rådgivning der det foreligger vansker, konflikter eller kriser i familien. Familievernkontorene skal videre foreta mekling etter barnelova § 51. I det følgende redegjøres det for to ulike prosjekter, henholdsvis samarbeidsprosjektene mellom Sør-Trøndelag tingrett og Familievernkontoret i Sør-Trøndelag

og mellom Sandefjord tingrett og Familievernkontoret i Søndre Vestfold.

I 2013 etablerte Sør-Trøndelag tingrett og Familievernkontoret i Sør-Trøndelag prosjektet «Bedre arbeid i høykonfliktsaker».⁵⁹ Formålet med prosjektet var å bedre samarbeidet mellom foreldre til beste for barna, slik at det kunne inngås flere gode og mer levedyktige avtaler om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Prosjektet innebar at foreldre med samarbeidsutfordringer ble henvist av tingretten til familievernkontoret enten underveis i rettens behandling av foreldretvisten eller etter at tvisten var avsluttet i tingretten, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 2. I tilfeller hvor foreldrene ble henvist under saksforberedelsen, ble det arbeidet parallelt; tingretten med foreldretvisten og familievernkontoret med foreldresamarbeidet og oppfølgingen av en eventuell midlertidig avtale. I tilfeller hvor foreldrene ble henvist etter at saken var avsluttet i tingretten, arbeidet familievernkontoret med foreldresamarbeidet og oppfølgingen av rettsforliket eller dommen. Samarbeidet innebar at tingretten og familievernkontoret kunne utveksle informasjon om saken, under forutsetning av at partene opphevet taushetsplikten, og at familievernkontoret kunne benytte den rettsoppnevnte sakkyndiges kunnskap og kompetanse i arbeidet ved familievernkontoret.

I prosjektrapporten fremgår det at samarbeidet mellom tingretten og familievernkontoret blant annet har ført til at begge har fått større innsikt og en mer helhetlig og nyansert forståelse av hverandres tenkning og de eksisterende rammebetingelsene for arbeidet med foreldretvister. Dette har bidratt til mer målrettet og effektivt arbeid i foreldretvistene, og har gitt både tingretten og familievernkontoret bedre forutsetninger for å informere partene om de ulike konfliktløsningsmulighetene. Videre har prosjektet bidratt til at de profesjonelle aktørene, og spesielt advokatene, har fått økt kjennskap og tiltro til familievernkontorenes helhetlige tilbud til foreldre i konflikt. Selv om det er vanskelig å måle prosjektarbeidets betydning for foreldresamarbeidet og dermed situasjonen til de involverte barna, viser gjennomgangen av sakene at foreldres mulighet til å jobbe med foreldresamarbeidet på familievernkontoret er et viktig bidrag for å ivareta barns velferd i en ellers kritisk periode i mange saker. For så vidt gjelder avtalenes levedyktighet, er det foreløpig gått for kort tid til å si noe

⁵⁷ Rt. 1995 side 1149.

⁵⁸ Inge Lorange Backer, Barneloven, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 452.

⁵⁹ Anne Marie Selvaag, Bedre arbeid i høykonfliktsaker, Sør-Trøndelag tingrett og Familievernkontoret i Sør-Trøndelag sitt samarbeid i foreldretvister i perioden 2013–2015.

sikkert om prosjektets betydning. I prosjektrapporten fremgår det videre at det fortsatt brukes forholdsvis mye tid på saksforberedende møter i tingretten, men at familievernkontoret antakelig avlaster domstolsprosessen noe når det gjelder sakkyndig- og advokatbruk mellom de saksforberedende møtene.

I 2013 etablerte også Sandefjord tingrett og Familievernkontoret i Søndre Vestfold et samarbeidsprosjekt.⁶⁰ Formålet med prosjektet var å løse flere høykonfliktsaker på lavest mulig nivå og dermed redusere antall foreldretvister for domstolene. Samarbeidet ble gjennomført ved bruk av to ulike modeller. Den ene modellen innebar at familievernkontorets meklere ble benyttet som eksterne meklere i de saksforberedende møtene etter barnelova § 61 første ledd nr. 1. Den andre modellen, som også ble benyttet mest i prosjektperioden, innebar at tingretten sendte saken til familievernkontoret for mekling etter barnelova § 61 første ledd nr. 2. Meklingen ble gjennomført ved to meklere, barnet ble i større grad hørt under prosessen og det ble satt av mer tid i det første møtet. Familievernkontoret inviterte også advokater til meklingsmøter, gjorde bruk av sakkyndige og innhentet informasjon fra barnevernet.

I prosjektrapportene fremgår det at meklingen ved familievernkontoret resulterte i at det ble inngått forlik i 70-80 % av sakene, og at forliksprosenten også var høy i saker med vold, rus og psykiatri. Generelt sett var det likevel slik at mange av sakene med liten alvorlighetsgrad lot seg løse i mekling, mens flere av de sakene med stor alvorlighetsgrad, blant annet saker med anførsler om vold, rus og psykiatri, ikke lot seg løse i mekling. I prosjektrapportene fremgår det videre at det er vanskelig å si noe om hvor solide forlikene som er inngått er, siden det foreløpig har gått forholdsvis kort tid.

11.1.17 Kartlegging av domstolsbehandlingen av foreldretvister

Oxford Research har kartlagt domstolsbehandlingen av foreldretvister i perioden 2009 til 2014.⁶¹ Formålet var å få mer kunnskap om hvordan domstolene organiserer og behandler slike saker. I rapporten fremgår det at det er en svak økning i

antall foreldretvister, at det kun er små endringer i ressursbruken i perioden 2009 til 2014, og at kostnadene til advokater og sakkyndige er relativt stabile. Utgiftene til tolk har økt sterkt, men denne kostnaden utgjør en liten andel av den totale ressursbruken.

Videre fremgår det at andelen saker som avsluttes ved dom har økt noe, fra 22 % til 28 % i perioden 2009 til 2014. Andelen saker som avsluttes ved forlik (rettsforlik og utenrettslig forlik) eller på annen måte har tilsvarende gått noe ned, fra 78 % til 72 % i perioden 2009 til 2014. Andelen gjentatte søksmål⁶² er relativt stabil i perioden, og ligger på omtrent 10 %. Gjentatte søksmål avsluttes i større grad ved dom enn øvrige saker. De fleste av disse sakene kjennetegnes av høyt konfliktnivå mellom foreldrene.

I rapporten fremgår det at omtrent 34 % av foreldretvistene inneholder påstander om bekymring for barnets omsorgssituasjon på grunn av vold, psykiatri, rus eller overgrep. I flere av disse sakene berammes det hovedforhandling rett etter planmøte eller det første saksforberedende møte, og det brukes nesten alltid sakkyndig. De sakkyndiges vurderinger får vanligvis stor vekt i slike saker, blant annet fordi sakene aktualiserer psykologfaglige spørsmål som dommeren i liten grad overprøver. Et annet særtrekk er at sakene omfatter en stor mengde bevis, at det er behov for ytterligere informasjonsinnhenting og at selve bevisvurderingen er vanskelig. Det gjennomføres som oftest samtaler med barnet, men vekten av barnets mening blir ofte lavere enn vanlig ettersom den må avveies mot barnets beste.

De ulike aktørene rapporterer om variasjon i hvordan domstolene og dommerne behandler foreldretvister, særlig for så vidt gjelder bruken av planmøter og saksforberedende møter. Behandlingen av saker hvor det er grunn til bekymring for barnets omsorgssituasjon, er særlig utfordrende. Disse sakene er i stor grad avhengig av det konkrete dommerskjønnet.

Av rapporten fremgår det videre at det er blitt mer oppmerksomhet om foreldretvister ved domstolene de senere årene. Det er tendenser til mer rutiner og spesialisering når det gjelder domstolsbehandlingen, og i gjennomsnitt har tingrettene gjennomført relativt mange kompetansetiltak de siste tre årene, se nærmere om dette i kapittel 15.1.2 nedenfor.

⁶⁰ Britt Landsgård og Kristin Hauan Wallentin, Mekling i saker tilbakesendt fra retten, Rapport fra samarbeidsprosjekt mellom familievernkontoret i Søndre Vestfold og Sandefjord tingrett, 2015, og Knut Rønning, Behandling av tvister om barn, samarbeid mellom familievernkontor og tingrett, 2015.

⁶¹ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvister, 2016.

⁶² Saker med samme parter, uavhengig om det er det samme saksforholdet som prøves flere ganger. Andelen gjentatte søksmål samsvarer dermed ikke nødvendigvis med andelen endringssaker.

11.2 Fylkesnemndenes behandling av saker etter barnevernloven

11.2.1 Hovedtrekkene ved saksbehandlingen i fylkesnemndene

Saker om tvang etter barnevernloven behandles av tolv fylkesnemnder som hver dekker ett eller to fylker, jf. barnevernloven § 7-1. Hver fylkesnemnd består av en eller flere jurister som er fylkesnemndsledere, i tillegg til et utvalg av fagkyndige og et alminnelig medlemsutvalg, jf. barnevernloven § 7-2. Den som skal tilsettes som fylkesnemndsleder, må oppfylle de krav som gjelder for å bli utnevnt til dommer. Fylkesnemndslederne er tjenestemenn, ikke embetsmenn, og tilsettes av Sentralenheten for fylkesnemndene. Klager over tilsetninger behandles av Barne- og likestillingsdepartementet.

Fylkesnemnda avgjør saker etter forslag fra kommunen i det eller de fylkene som nemnda dekker. Saker for fylkesnemnda starter ved at barneverntjenesten fremmer en begjæring om tiltak, jf. barnevernloven § 7-10 første ledd første punktum. Begjæringen om tiltak tilsvarende stevning i en sak for domstolene, og danner grunnlag for nemndslederens tilrettelegging og videre behandling av saken.

Barnevernloven § 7-11 første og andre ledd oppstiller nærmere krav til hvilke opplysninger begjæringen om tiltak skal inneholde og hvilke vedlegg som eventuelt skal følge begjæringen. Begjæringen skal opplyse hvilken nemnd som skal behandle saken, og skal gi en oversikt over hvem som er parter, lovlige stedfortredere og advokater i saken. Det skal oppgis navn, stilling og adresse for de nevnte aktørene. Det er forutsatt at barneverntjenesten i begjæringen redegjør for foreldrenes rettslige posisjon i forhold til barnet og begrunner forslaget om hvem som er sakens parter.⁶³ Begjæringen skal videre kort angi hva den gjelder, eksempelvis om det gjelder en sak om omsorgsovertakelse, plassering i institusjon for barn med atferdsvansker eller lignende. I tillegg skal den inneholde en saksfremstilling og en redegjørelse for hvilke faktiske omstendigheter som begrunner begjæringen om tiltak, og hvilke rettsregler som kommer til anvendelse. De bevis som vil bli ført skal vedlegges, herunder eventuell sakkyndig uttalelse, og det skal opplyses om hvilke personer som skal avgi forklaring i fylkesnemnda med angivelse av hva forklaringen gjelder. I begjæringen skal det dessuten redegjøres for forhold som kan ha betydning for nemndslederens vurdering av den

videre behandlingen og avgjørelsesformen, herunder fylkesnemndas sammensetning og fremdriftsplan for et eventuelt forhandlingsmøte. Det er en forutsetning at barneverntjenesten har foretatt nødvendige saksforberedelser før saken bringes inn for fylkesnemnda.⁶⁴

Når en begjæring om tiltak er mottatt, skal fylkesnemnda sørge for at det blir oppnevnt advokat for de private partene, jf. barnevernloven § 7-8. De private partene skal umiddelbart varsles om begjæringen med vedlagte dokumenter, og gis en frist for tilsvarende, jf. barnevernloven § 7-11 fjerde ledd. Fristen skal være kort, normalt ikke lenger enn ti dager. I tilsvaret kan parten redegjøre for sitt syn på begjæringen og grunnlaget for den, legge frem dokumentbevis og opplyse om hvilke vitner som ønskes ført. Også eventuelle synspunkter på den videre behandlingen og avgjørelsesformen bør fremgå av tilsvaret. Partene har i utgangspunktet plikt til å inngi tilsvarende, men manglende tilsvarende får ingen virkning for partens rettigheter og plikter.⁶⁵

Nemndslederen har ansvaret for saksforberedelsen i fylkesnemnda, jf. barnevernloven § 7-13, jf. § 7-12. Nemndslederen må i første omgang vurdere om barneverntjenestens begjæring om tiltak fyller kravene i barnevernloven § 7-11, avklare partsforholdene i saken, ta stilling til om fylkesnemnda er stedlig og saklig kompetent, eller om det for øvrig foreligger andre grunner til avvisning. Deretter må nemndslederen vurdere fylkesnemndas sammensetning og om det skal være forhandlingsmøte eller andre møter. Nemndslederen må videre ta stilling til om saken kan og bør forenes med andre saker (eksempelvis sak om omsorgsovertakelse og sak om samvær), behovet for ytterligere bevisførsel, herunder for sakkyndige utredninger, hvordan bevisene skal føres, om bevis bør avskjæres, hvordan barnet skal høres, og om det skal oppnevnes talsperson for barnet.

Nemndslederen kan innkalle til saksforberedende møte for blant annet å klarlegge uenigheten mellom partene og drøfte videre behandling av saken. I de nemndene som er med i forsøksprosjektet om samtaleprosess, må det også avklares om saken er egnet for samtaleprosess, og om partene samtykker i at det gjennomføres en slik prosess, se nærmere om forsøksprosjektet i kapittel 11.2.13 nedenfor. Nemndslederen kan videre pålegge barneverntjenesten å gi en kortfattet kronologisk eller annen systematisert redegjørelse for de faktiske forhold eller deler av dette, jf.

⁶³ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.12.4 side 51.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991–92) del 4 side 118.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.12.4 side 52.

barnevernloven § 7-12 tredje ledd. Partene skal gis frist til å gi et svar med angivelse av hvilke deler av den faktiske beskrivelsen som aksepteres, og hvilke deler som ikke godtas. Formålet er å bidra til en avklaring av hva partene er enige og uenige om, slik at den videre saksbehandlingen kan konsentreres om tvistepunktene og unødvendig bevisførsel kan unngås.

Hovedregelen er at det skal holdes forhandlingsmøte, jf. barnevernloven § 7-14. Slike møter holdes som hovedregel for lukkede dører, jf. barnevernloven § 7-16. Forhandlingsmøtet foregår på tilsvarende måte som en hovedforhandling i en sivil tvist, jf. barnevernloven § 7-15, jf. tvisteloven § 9-15. Forhandlingsmøtet er basert på kontradiksjon, muntlighet og bevisumiddelbarhet. En rekke regler om bevis i tvisteloven er gitt tilsvarende anvendelse for fylkesnemnda så langt de passer, jf. barnevernloven § 7-17. I 2014 hadde forhandlingsmøter en gjennomsnittlig varighet på omtrent ni timer.⁶⁶

Avgjørelser etter forhandlingsmøte treffes på grunnlag av behandlingen i møtet, jf. barnevernloven § 7-18 første ledd. Nemndslederen kan bestemme at skriftlige redegjørelser om faktiske forhold etter barnevernloven § 7-12 tredje ledd, skal inngå i avgjørelsesgrunnlaget. Fylkesnemndas medlemmer skal rådslå om saken, jf. barnevernloven § 7-19 som gir tvisteloven § 19-3 om rådslagning og avstemning tilsvarende anvendelse så langt det passer. Vedtaket skal begrunnes som dommer, og det skal gjøres oppmerksom på adgangen til å kreve rettslig prøving etter barnevernloven § 7-24. Tvisteloven § 19-6 om utforming og begrunnelse er gitt tilsvarende anvendelse så langt den passer.

Barnevernsakene er indispositive. Fylkesnemnda har følgerig ansvar for sakens opplysning, jf. barnevernloven § 7-3 andre ledd bokstav a. Nemnda er ikke bundet av partenes enighet om faktiske forhold, og skal foreta en selvstendig og reell vurdering av avgjørelsesgrunnlaget. Partene i saker for fylkesnemnda står imidlertid fritt til å trekke saken, også etter at forhandlingsmøte i fylkesnemnda er påbegynt.⁶⁷

Det er for øvrig et overordnet mål at fylkesnemndas saksbehandling skal være betryggende, rask og tillitskapende, jf. barnevernloven § 7-3. Saken skal tilpasses tiltakets og sakens art, omfang og vanskelighetsgrad, og støtte opp under

lovens grunnleggende hensyn. Videre skal barnets beste være avgjørende både for de avgjørelsene som treffes og for selve saksbehandlingen. Ved behandlingen av barnevernsaker har fylkesnemnda ansvar for å påse at barnet har fått informasjon og anledning til å uttale seg om saken. Barnets beste og høring av barn er omtalt nærmere i del III kapittel 7.3 og 8.3.

11.2.2 Forenklet behandling

Barnevernloven åpner opp for ulike måter å gjennomføre behandlingen av en sak på. I enkelte saker vil det være tilstrekkelig med en forenklet behandling. Nemndslederen kan da på visse vilkår beslutte at en sak skal avgjøres av nemndslederen alene og/eller uten forhandlingsmøte, jf. barnevernloven § 7-5 andre og tredje ledd og § 7-14 andre ledd bokstav a og b. At det ikke gjennomføres forhandlingsmøte, innebærer at saken avgjøres på grunnlag av sakens dokumenter, jf. barnevernloven § 7-18 andre ledd. Fylkesnemnda kan også treffe vedtak på grunnlag av en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling, jf. barnevernloven § 7-14 tredje ledd. Kombinasjon kan skje ved at enkelte av kravene i saken behandles muntlig, mens andre behandles skriftlig. Et annet alternativ er å ha muntlighet om enkelte deler av bevisførselen, eksempelvis partsforklaringene eller eventuelle nye bevis, mens de øvrige bevisene er skriftlige. Vilklårene for kombinert behandling er de samme som vilklårene for skriftlig behandling. Ved en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling er avgjørelsesgrunnlaget både behandlingen i forhandlingsmøtet og sakens dokumenter, jf. barnevernloven § 7-18 tredje ledd.

Forenklet behandling kan besluttes dersom partene i saken samtykker og hensynet til en betryggende saksbehandling ikke er til hinder for det. Både den offentlige og de private partene må samtykke i forenklet behandling. Tilleggsvilkåret om at hensynet til en betryggende saksbehandling ikke er til hinder for forenklet behandling, innebærer at nemndslederen må foreta en konkret vurdering av om det er behov for lek- og fagkyndigrepresentasjon og om saksdokumentene gir et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Forenklet behandling i tilfeller hvor partene samtykker kan eksempelvis være aktuelt der partene for det vesentligste er enige om fakta og/eller tiltaket, eller der saken i liten grad reiser spørsmål av faglig eller bevismessig karakter.⁶⁸

⁶⁶ Oxford Research, Organisering, effektivitet og rettssikkerhet, Evaluering av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, 2015, kapittel 6.5 side 102.

⁶⁷ NOU 2005: 9 *Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker*, kapittel 14.6 side 71–72 og Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.16.4 side 74.

⁶⁸ Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 372–373.

Gjelder saken krav om endring i forhold til et tidligere vedtak eller dom, eller saken gjelder pålegg om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 tredje og fjerde ledd, kan fylkesnemndslederen beslutte forenklet behandling, uavhengig av om partene i saken samtykker eller ikke. Vilåårene er strenge og krever at en slik forenklet behandling er ubetenkelig hensett til sakens tema, vanskelighetsgrad, behovet for fagkyndighet og hensynet til en forsvarlig behandling. Nemndslederen må foreta en helhetlig og samlet vurdering av forholdene i den enkelte sak. Relevante momenter i vurderingen er blant annet om partene samtykker og om det foreligger nye opplysninger av betydning i saken.⁶⁹ I forarbeidene er det forutsatt at adgangen til å avgjøre endringsaker uten forhandlingsmøte fortrinnsvis vil bli benyttet i tilfeller der det fremstår som sannsynlig at behandlingen av saken bare vil kunne føre til mindre justeringer i det tidligere vedtaket, eksempelvis endringer i et tidligere fastsatt samværsvedtak.⁷⁰

Av Riksrevisjonens undersøkelse av saksbehandlingen i fylkesnemndene fremgår det at omtrent 25 % av sakene (unntatt akuttsakene) i perioden 2010 til 2014 ble behandlet på en forenklet måte.⁷¹

11.2.3 Akuttvedtak

Lovens hovedregel er at myndigheten til å fatte tvangsvedtak etter barnevernloven hører under fylkesnemnda. I akuttsituasjoner, hvor det ikke er tid til å vente på en fylkesnemndsbehandling, kan imidlertid barnevernlederen i kommunen, og i noen tilfeller påtalemyndigheten, fatte midlertidige akuttvedtak. Dette omfatter blant annet midlertidig vedtak om plassering av barn utenfor hjemmet, foreløpig vedtak om flytteforbud og midlertidig vedtak om institusjonsplassering av barn med alvorlige atferdsvansker.

Den instansen som har truffet vedtaket skal umiddelbart etter iverksettingen sende vedtaket til fylkesnemnda for godkjenning, jf. barnevernloven § 7-22. I lovforarbeidene er det lagt til grunn at vedtaket skal oversendes fylkesnemnda samme dag eller senest dagen etter at vedtaket er iverksatt.⁷² Vedtaket skal kontrolleres av en nemndsleder snarest, og om mulig innen 48 timer etter at fylkesnemnda mottok saken. Det skal foretas en

legalitetskontroll basert på akuttvedtaket, men det kan innhentes ytterligere opplysninger der dette er nødvendig for å ta stilling til godkjenningsspørsmålet. Kontrollen innebærer en vurdering av om det er rett myndighet som har fattet vedtaket, og en prøving av om beskrivelsen av den faktiske situasjonen og begrunnelsen for vedtaket tilfredsstillende lovens krav. Nemndslederen skal gi en kort begrunnelse for avgjørelsen. Det er tilstrekkelig at begrunnelsen begrenses til en henvisning til de punktene i akuttvedtaket som er avgjørende for om vedtaket godkjennes eller ikke.⁷³ Godkjenningen er en forutsetning for at akuttvedtaket fortsatt skal gjelde. Det er videre en forutsetning at en begjæring om tiltak blir sendt fylkesnemnda innen fristene som er fastsatt i loven, se for eksempel barnevernloven § 4-6 fjerde ledd. Dersom fristen ikke overholdes, bortfaller akuttvedtaket.

Et midlertidig akuttvedtak kan videre påklages til fylkesnemnda av de private partene, jf. barnevernloven § 7-23. Klagefristen er tre uker fra det tidspunktet underretningen om vedtaket er kommet frem til parten, jf. forvaltningsloven § 29. Klagen skal fremsettes direkte overfor fylkesnemnda, enten skriftlig eller muntlig. Dette innebærer at klagesaken ikke skal forberedes av det organet som har truffet vedtaket (kommunen), slik det ellers er vanlig i klagesaker, jf. forvaltningsloven § 33. Klagesaken skal behandles av en nemndsleder alene, og det skal holdes et kort møte hvor partene gis mulighet til å redegjøre for sitt syn og tilby slik bevisførsel som nemndslederen tillater.⁷⁴ Supplerende bevisførsel vil blant annet være aktuelt når akuttvedtaket helt eller delvis er basert på opplysninger fra andre aktører, som for eksempel skole, barnehage, politi eller en institusjon hvor barnet har oppholdt seg.⁷⁵ Avgjørelsesgrunnlaget er følgelig mer begrenset enn ved behandling av saker i forhandlingsmøte, og det vil være opp til nemndslederen å ta stilling til hva som skal utgjøre avgjørelsesgrunnlaget i den enkelte sak.

Vedtaket i klagesaken skal foreligge innen en uke etter at fylkesnemnda mottok saken. Det er forutsatt at det er tilstrekkelig med en kort

⁶⁹ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 9 side 131.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.15.4 side 69.

⁷¹ Dokument 3:10 (2014–2015) kapittel 7.4.3 side 71.

⁷² Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.23.4 side 94.

⁷³ Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 428.

⁷⁴ Barnevernslovutvalget har i NOU 2016: 16 *Ny barnevernsllov*, kapittel 12.13.2 side 177 foreslått at fylkesnemnda i særlige tilfeller kan settes med et fagkyndig og et alminnelig medlem ved behandlingen av klager over akuttvedtak, og at lengden på møtet ikke lenger skal fremgå av loven.

⁷⁵ Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 431.

begrunnelse tilpasset sakens tema knyttet til akuttstiasjonen.⁷⁶

11.2.4 Endringssak

Barnevernloven § 4-19 femte ledd og § 4-21 andre ledd regulerer adgangen til å reise endringssak om henholdsvis tidligere fastsatt samvær og vedtak om omsorgsovertakelse. Som hovedregel kan det ikke kreves en ny vurdering av samme tema før det har gått tolv måneder. Utover dette inneholder barnevernloven ingen alminnelig regulering av adgangen til å kreve endring, men det er antatt at det gjelder en slik rett for enkelte andre vedtakstyper.⁷⁷ For tidsbegrensede vedtak, eksempelvis tvangsmessig institusjonsplassering etter barnevernloven § 4-24, er det likevel antatt at det ikke gjelder noen alminnelig adgang til å reise endringssak. I praksis er samværssakene og omsorgssakene de sakstypene der endringssaker er mest aktuelle.

Både et tidligere vedtak i fylkesnemnda og en tidligere rettsavgjørelse kan kreves endret. I begge tilfellene hører endringssaken i første omgang under fylkesnemnda, jf. tvisteloven § 36-1 tredje ledd. Vurderingstemaet i endringssaken skiller seg imidlertid fra temaet i den opprinnelige saken. I endringssaken vil spørsmålet være om det foreligger nye opplysninger eller endrede forhold.⁷⁸

Krav om endring må fremsettes for barneverntjenesten. Det er barneverntjenestens oppgave å forberede saken og utarbeide begjæring om tiltak i henhold til barnevernloven § 7-11. Saken skal oversendes fylkesnemnda snarest mulig og senest innen tre måneder fra barneverntjenesten mottok endringskravet, jf. barnevernloven § 7-10 andre ledd. I særlige tilfeller kan fristen være seks måneder. Endringssaker behandles i utgangspunktet på samme måte som andre saker i fylkesnemnda, men det er en viss mulighet for forenklet behandling. Ved en forenklet behandling kan endringssaken behandles av nemndsleder alene og uten forhandlingsmøte, se nærmere om dette i kapittel 11.2.2 ovenfor.

Som nevnt angir barnevernloven enkelte terskler for når det kan kreves endring i samværssaker og omsorgssaker, ved at det i begge tilfeller gjelder en sperrefrist på tolv måneder, jf. barnevernloven § 4-19 femte ledd og § 4-21 andre ledd første punktum. Bestemmelsene innebærer

at det ikke kan kreves at en sak om endring av tidligere fastsatt samvær og en sak om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse skal behandles av fylkesnemnda dersom saken har vært behandlet av fylkesnemnda eller domstolene de siste tolv månedene. Barneverntjenesten må likevel forberede og oversende saken til fylkesnemnda, og det vil deretter være opp til fylkesnemnda å vurdere hvilken betydning sperrefristen skal få. Sperrefristen i omsorgssakene gjelder for både barneverntjenesten og de private partene, mens sperrefristen i samværssakene kun gjelder for de private partene. Fristen i samværssakene er følgelig ikke til hinder for at barneverntjenesten fremmer saken til behandling for fylkesnemnda dersom det har skjedd endringer i foreldrenes eller barnets situasjon som tilsier en endret samværsordning, og fylkesnemnda må da realitetsbehandle saken. Formålet med sperrefristene er å sikre barnets behov for avklaring, stabilitet og langsiktighet, samtidig som hensynet til dynamikk og tilpassning til endrede forhold ivaretas. Det er i forarbeidene forutsatt at endringssaker etter barnevernloven §§ 4-19 og 4-21 kan avvises uten nærmere begrunnelse dersom de fremmes før tolv månedersfristen.⁷⁹ Fylkesnemnda har likevel adgang til å behandle saken før det har gått tolv måneder.⁸⁰ Dette vil særlig være aktuelt der fylkesnemnda finner at det foreligger nye opplysninger i saken som tilsier ny behandling.

For saker som gjelder krav om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse, gjelder det i tillegg en ytterligere begrensning i adgangen til ny prøving i de tilfeller tilbakeføring tidligere er nektet med den begrunnelse at barnets tilknytning til mennesker og miljø der det er, vil kunne føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet tilbake til foreldrene, jf. barnevernloven § 4-21 første ledd andre punktum. I slike tilfeller kreves det at det dokumenteres vesentlige endringer i barnets situasjon. Er tilbakeføring tidligere nektet med begrunnelse i barnets tilknytning til fosterforeldrene, vil det dermed være små muligheter for at et nytt krav om tilbakeføring vil kunne føre frem. Endringer i foreldrenes situasjon vil i disse tilfellene ikke ha selvstendig betydning. Formålet med denne regelen er å sikre ro og stabilitet rundt barn som det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse for. Det vil være opp til fylkesnemnda å avgjøre om saken skal undergis realitetsbehandling eller avvises.⁸¹

⁷⁶ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 9 side 134.

⁷⁷ NOU 2005: 9 kapittel 19.1 side 95.

⁷⁸ Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 217.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 6.1.4 side 101.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 44 (1991–92) kapittel 4.19 side 56.

11.2.5 Krav til saksbehandlingstid

For at barn skal få nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, jf. barnevernloven § 1-1, må saksbehandlingen i fylkesnemndene være rask, jf. barnevernloven § 7-3 første ledd. Kravet til rask saksbehandling skal gjelde på ethvert trinn av saken, men må avveies mot de øvrige hovedprinsippene om at saksbehandlingen skal være betryggende og tillitvekkende.

For å sikre hurtighet, er det i loven fastsatt enkelte frister for saksbehandlingen. I barnevernloven § 7-14 første ledd andre punktum fremgår det at forhandlingsmøte skal holdes snarest, og hvis mulig innen fire uker etter at fylkesnemnda mottok saken. Videre fremgår det av barnevernloven § 7-19 første ledd at fylkesnemnda skal treffe vedtak snarest mulig og senest innen to uker etter at forhandlingsmøtet ble avsluttet, med mindre dette ikke er praktisk mulig. Hvis fristen oversites, skal årsaken oppgis i vedtaket. Det er i loven ikke angitt særskilte frister for saksbehandlingen i de tilfellene nemndslederen beslutter at saken skal behandles uten forhandlingsmøte. Disse sakene må dermed forberedes og avgjøres «uten ugrunnet opphold», jf. forvaltningsloven § 11 a første ledd.

Fristene for akuttvedtak er kortere. Akuttvedtak skal normalt godkjennes innen 48 timer, og avgjørelse i klagesaker skal foreligge innen en uke etter at fylkesnemnda mottok saken, jf. barnevernloven § 7-22 første ledd andre punktum og barnevernloven § 7-23 tredje ledd.

Det er ingen økonomiske konsekvenser for staten ved oversittelse av fristene, jf. til sammenligning barnevernloven § 6-9 om adgangen til å ilegge kommunen mulkt ved fristoversittelser.

Saksbehandlingstiden i fylkesnemndene har i flere år vært lengre enn barnevernloven gir anvisning på, og det er iverksatt ulike tiltak for å redusere saksbehandlingstiden. Av en evaluering gjennomført av Oxford Research, fremgår det at godkjenning av akuttvedtak og klager over akuttvedtak stort sett behandles innenfor lovens frist, men at kun en liten andel av saker med forhandlingsmøte behandles innenfor fristen.⁸² I 2014 er det rapportert at forsinkelsene i 68 % av tilfellene skyldes manglende kapasitet i nemnda, 12 % skyldes kommunen, 9 % skyldes privat part, 3 % skyldes sakkyndig, og 8 % skyldes andre forhold. Tallene er imidlertid usikre, og gjenspeiler ikke at års-

kene til oversittelse av fristen kan være sammenfatte. I tilfeller hvor ingen andre aktører klart fremstår som årsak til at saken tar lengre tid enn lovens frist, har nemndene ført opp seg selv som årsak til forsinkelsen. Det er for øvrig fremhevet i rapporten fra Oxford Research at lovens frist anses som uopnåelig og/eller uhensiktsmessig i de fleste sakene, uavhengig av om nemdene har ledig kapasitet.

Også Riksrevisjonen har vurdert fylkesnemndenes saksbehandlingstid. I rapporten fremgår det at fylkesnemndene i perioden 2010 til 2014 i stor grad behandlet saker om godkjenning av akuttvedtak og klager over akuttvedtak innen lovens krav.⁸³ For de øvrige sakene hadde alle fylkesnemndene utfordringer med kravet om å gjennomføre forhandlingsmøte innen fire uker. I perioden fra 2010 til 2014 var det en negativ utvikling i antall dager det tok fra saken ble mottatt i nemnda, til første dag i forhandlingsmøtet. Saksbehandlingstiden økte i gjennomsnitt med nesten 20 % i den perioden, til 89 dager i 2014. Alle nemndene oppfylte kravet om at vedtaket skal være fattet innen to uker etter at forhandlingsmøte er avsluttet. I 2014 hadde nesten 30 % av sakene med forhandlingsmøte en total saksbehandlingstid på over fire måneder.

11.2.6 Fagkyndighet og sakkyndighet

Fagkyndighet har en viktig plass, og kommer inn på ulike stadier og ulike måter, ved behandling av barnevernsaker i fylkesnemndene. Sakkyndige kan engasjeres eller oppnevnes for å utrede et saksforhold eller et begrenset tema. Videre skal fylkesnemnda som hovedregel bestå av minst ett fagkyndig medlem. I tillegg kan partene og/eller fylkesnemnda innkalle sakkyndige vitner.

Både barneverntjenesten i kommunen og private parter kan engasjere sakkyndige i saken. Barneverntjenesten kan, som ledd i undersøkelsen av en sak, engasjere sakkyndig for å bedre grunnlaget for barneverntjenestens avgjørelser, jf. barnevernloven § 4-3 fjerde ledd. En sakkyndig som engasjeres av barneverntjenesten er i hovedsak underlagt det samme lov- og regelverk som gjelder for barneverntjenesten, og vil dermed blant annet ha tilgang på opplysninger som ellers er underlagt taushetsplikt. De private partene kan unnlate å medvirke ved den sakkyndiges undersøkelse. Utredningen vil da måtte baseres på saksdokumentene og komparentopplysninger. Den sakkyndige kan videre, i likhet med barneverntje-

⁸¹ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 6.1.4 side 101.

⁸² Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 5.8 side 78–85.

⁸³ Dokument 3:10 (2014–2015) kapittel 5 side 50 flg.

nesten, kreve å få samtale med barnet i enerom, jf. bestemmelsens femte ledd. Barnevernet utformer den sakkyndiges mandat og øvrige rammer for arbeidet. Den private parten kan også selv engasjere en sakkyndig. Den sakkyndiges mandat fastsettes da av den private parten, og det er i prinsippet også denne som bestemmer hvilken informasjon den sakkyndige skal få tilgang til.

Når en sak fremmes for fylkesnemnda, er det i utgangspunktet barneverntjenestens plikt å sørge for at den er tilstrekkelig forberedt, jf. barnevernloven § 7-10. Fylkesnemnda har likevel et selvstendig ansvar for sakens opplysning, og kan dermed på eget initiativ oppnevne sakkyndig, jf. barnevernloven § 7-12 andre ledd bokstav d. Fylkesnemnda fastsetter i så fall den sakkyndiges mandat, og den sakkyndige skal avgi rapport til nemnda. I lovforarbeidene er det forutsatt at det – som følge av kravene til saksbehandlingstid og barneverntjenestens ansvar for sakens opplysning – bare unntaksvis vil være aktuelt for fylkesnemnda selv å oppnevne sakkyndige.⁸⁴ I praksis oppnevner fylkesnemndene sakkyndige i liten grad, men det kan synes å være en viss økning i antall oppnevninger de siste årene.⁸⁵

Fylkesnemnda kan oppnevne sakkyndig på ethvert tidspunkt av saken. Også partene kan engasjere sakkyndig. Fylkesnemnda må vurdere konkret hvilken type sakkyndighet det er behov for i den enkelte sak. I utgangspunktet stilles det ingen formelle utdannings- eller erfaringskrav for å bli engasjert eller oppnevnt som sakkyndig i barnevernsaker. Vanligvis benyttes imidlertid psykologer med klinisk praksis med barn eller leger med spesialitet i barnepsykiatri.⁸⁶ Barne- og likestillingsdepartementet har opprettet et register for sakkyndige i barne- og familiesaker i samarbeid med Norsk Psykologforening og Legeforeningen. Personer som har gjennomført et opplæringsprogram for sakkyndige i barnesaker blir oppført i registeret. Det offentlige dekker kostnadene til sakkyndige som er engasjert av barneverntjenesten eller oppnevnt av fylkesnemnda, mens den private parten dekker kostnadene til egne engasjerte sakkyndige.

Den sakkyndige vil som regel avgi en rapport, som kan føres som bevis i fylkesnemnda. Den

sakkyndige kan også bli innkalt for å forklare seg muntlig for fylkesnemnda om det sakkyndige arbeidet. Reglene i tvisteloven kapittel 25 om sakkyndigbevis gjelder tilsvarende så langt de passer, jf. barnevernloven § 7-17 første ledd bokstav d. Sakkyndigbeviset kan bare legges til grunn av fylkesnemnda eller domstolene dersom det har vært vurdert av Barnesakkyndig kommisjon. Denne ordningen gjelder både rapporter utarbeidet av sakkyndige som er engasjert av barneverntjenesten, privat engasjerte sakkyndige og sakkyndige som er oppnevnt av fylkesnemnda. Eventuelle tilleggsrapporter skal også vurderes av kommisjonen.

Sakkyndige engasjert av barneverntjenesten eller oppnevnt av fylkesnemnda har taushetsplikt etter forvaltningsloven §§ 13 til 13 e, jf. barnevernloven § 6-7. For privat engasjerte sakkyndige gjelder blant annet den profesjonsbaserte taushetsplikten, og eventuelt den avtalebaserte taushetsplikten.

Fagkyndighet kommer også inn ved sammensetningen av fylkesnemnda. I den enkelte sak skal fylkesnemnda som hovedregel bestå av en fylkesnemndsleder som er jurist, ett medlem fra et alminnelig utvalg og ett medlem fra et fagkyndig utvalg, jf. barnevernloven § 7-5 første ledd. Når sakens vanskelighetsgrad gjør det nødvendig, kan nemndslederen beslutte at fylkesnemnda, i tillegg til nemndsleder, skal bestå av to medlemmer fra det alminnelige utvalget og to fra det fagkyndige utvalget. Det er lagt til grunn i forarbeidene at nemndslederen skal foreta en konkret vurdering av den enkelte sak, og at det ikke skal foretas en klassifisering av vanskelighetsgrad ut fra sakstype eller inngrepets alvorlighetsgrad.⁸⁷ Nemndslederen kan også på visse vilkår beslutte at fylkesnemnda skal settes uten fagkyndige medlemmer, se nærmere om dette i kapittel 11.2.2 ovenfor. Når saken gjelder forlengelse av fylkesnemndas vedtak om plassering i institusjon ved fare for utnyttelse av et barn til menneskehandel etter § 4-29, skal nemndslederen avgjøre saken alene.

Partenes syn på spørsmålet om sammensetningen av fylkesnemnda skal tillegges vekt, men er ikke avgjørende for nemndslederens beslutning.⁸⁸

De fagkyndige medlemmene i den enkelte sak i fylkesnemndene velges fra faste utvalg oppnevnt av Sentralenheten for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker.⁸⁹ Av Oxford Researchs rapport om evalueringen av fylkesnemndene fremgår

⁸⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 9 side 132, merknad til § 7-17.

⁸⁵ Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, 2015, kapittel 5.2 side 42.

⁸⁶ Barne- og likestillingsdepartementets Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og domstolen, Q-1158, side 13.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.7.4 side 36.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 9 side 127–128.

det at 57 % av de fagkyndige medlemmene er psykologer, mens henholdsvis 19 % og 10 % er sosionomer eller barnevernspedagoger.⁹⁰

11.2.7 Barnesakkyndig kommisjon

Barnesakkyndig kommisjon ble opprettet i 2010, og har som oppgave å vurdere rapporter fra sakkyndige bestilt av barneverntjenestene, fylkesnemndene, domstolene eller private parter til bruk i barnevernsaker. Kommisjonen og dens funksjon er regulert i barnevernloven § 2-5 og forskrift om Barnesakkyndig kommisjon. Kommisjonen skal bare vurdere rapporter som er utarbeidet av sakkyndige engasjert eller oppnevnt for å utrede en bestemt sak, og som formodes utarbeidet på grunnlag av et nøytralt forhold til saken og dens parter.⁹¹ Utenfor kommisjonens arbeidsområde faller rapporter om utredninger foretatt på grunnlag av et rent klinisk mandat. Det samme gjelder rapporter utarbeidet av ansatte i kommunen og erklæringer utarbeidet av helseinstitusjoner og andre tjenesteytende institusjoner som det offentlige fører tilsyn med. Avgrensningen innebærer at epikriser, utredninger fra henholdsvis pedagogisk-psykologisk rådgivningstjeneste, poliklinikker innenfor psykiatrien, barnevernsinstitusjoner og sentre for foreldre og barn, ikke skal forelegges kommisjonen.⁹² Antallet rapporter som kommisjonen vurderer varierer noe fra år til år, men har de siste årene ligget på mellom 800 og 900.⁹³

Begrunnelsen for å opprette kommisjonen var at barnevernsaker er meget inngripende for dem det gjelder, og at det dreier seg om barn som i liten grad har mulighet til å ivareta sine egne interesser.⁹⁴ Hensynet så vel til barnets som foreldrenes rettssikkerhet krever at det ligger et godt fagarbeid til grunn for avgjørelsene i barnevernsakene. Det ble også antatt at en uavhengig kvalitetssikring vil kunne bidra til å øke den private parts tillit til de sakkyndige utredningene.

Barnesakkyndig kommisjon består av en leder og kommisjonsmedlemmer med barnefaglig kompetanse.⁹⁵ Medlemmene av kommisjonen oppnevnes av Barne- og likestillingsdepartementet for inntil fire år av gangen. I praksis oppnevnes medlemmene for tre år av gangen.⁹⁶ Kommisjonen skal ha en bred sammensetning når det gjelder medlemmenes faglige kompetanse, yrkesbakgrunn og geografisk plassering. Kommisjonsmedlemmene er hovedsakelig psykologspesialister og barnepsykiatere.⁹⁷ Statens sivilrettsforvaltning fungerer som sekretariat for kommisjonen, og yter juridisk og administrativ bistand. Kommisjonsmedlemmene kan i utgangspunktet ikke jobbe heltid som sakkyndige i barnevernsaker mens de innehar vervet, men de kan påta seg sakkyndigoppdrag etter barnelova og ha verv som fagkyndig medlem av fylkesnemndene.⁹⁸

Kommisjonen skal uten opphold behandle de sakene som sendes inn. Kommisjonens leder skal raskt gå gjennom rapporten for å vurdere videre behandling av saken. Hver sak skal behandles av minst to medlemmer.⁹⁹ Kommisjonens leder bestemmer hvilke medlemmer som skal behandle den enkelte sak, men kan også bestemme at en sak skal behandles i felles møte. Fristen for behandling av saken bestemmes av kommisjonens leder. Saksbehandlingsfristen er for tiden tolv virkedager.¹⁰⁰ Fristen kan imidlertid settes kortere for å unngå forsinkelse ved behandling av barnevernsaken i fylkesnemnd eller domstol. Det kan også settes en lengre frist ved spesielt vanskelige saker. Det enkelte kommisjonsmedlem er knyttet til et elektronisk saksbehandlingssystem, slik at distribusjonen av saken ikke er avhengig av ordinær postgang.

Som grunnlag for vurderingen av rapporter, skal kommisjonen ta utgangspunkt i Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og

⁸⁹ Kriterier for å vurdere kompetanse ved oppnevning som fagkyndig medlem i fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Informasjon til søkeren. Fastsatt av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet 6. juni 2014, punkt 1 side 2.

⁹⁰ Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 9.1 side 134.

⁹¹ Ot.prp. nr. 68 (2007–2008) kapittel 10 side 29–30.

⁹² Se også Barnesakkyndig kommisjons informasjonsskriv nr. 5.

⁹³ Årsrapport for 2015 fra Barnesakkyndig kommisjon kapittel 2.1 side 2.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 68 (2007–2008) kapittel 8.1 side 24.

⁹⁵ I henhold til årsrapport for 2015 fra Barnesakkyndig kommisjon besto kommisjonen i perioden januar 2013 til september 2016 av kommisjonsleder og 15 kommisjonsmedlemmer. Frem til oppnevningen i 2013 var det ti kommisjonsmedlemmer.

⁹⁶ Oppnevningen i januar 2013 er forlenget til september 2016.

⁹⁷ Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, kapittel 4.4.2 side 40.

⁹⁸ Barne- og likestillingsdepartementets skriv 17. desember 2009 om Barnesakkyndig kommisjon. Arbeidsoppgaver og saksbehandlingsregler, punkt 2.1 side 4.

⁹⁹ Jf. forskrift om Barnesakkyndig kommisjon § 4.

¹⁰⁰ Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, kapittel 5.6 side 46.

domstolen, utarbeidet av Barne- og likestillingsdepartementet.¹⁰¹ Det skal foretas en vurdering av om mandatet er besvart, bruk av komparentopplysninger og kildeopplysninger, faglige vurderingstemaer, metoder, rapportens vurderinger, fagetiske vurderinger mv. Kommisjonens vurdering av de innsendte rapportene og eventuelle dissenser, skal utformes skriftlig. Underretning om kommisjonens vurdering skal gis til oppdragsgiveren og den som har skrevet rapporten. Kommisjonen kan pålegge den sakkyndige å avgi en tilleggsrapport innen en gitt frist. Også tilleggsrapporten skal i så fall vurderes av kommisjonen. Kommisjonens uttalelse skal legges ved sakkyndige rapporter i saken.

11.2.8 Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon

Agenda Kaupang har foretatt en evaluering av Barnesakkyndig kommisjon, og vurdert om kommisjonens ansvarsområde bør utvides.¹⁰² I rapporten konkluderes det med at etableringen av Barnesakkyndig kommisjon har bidratt til økt rettsikkerhet i barnevernsaker, til å styrke kvaliteten på sakkyndigrapporter og prosesser i avgjørelsesorganene, og til å «luke ut» rapporter av spesielt dårlig kvalitet. Videre konstateres det at kommisjonen i hovedsak har en sammensetning og kompetanse i tråd med intensjonen, og at det er etablert gode og effektive arbeidsformer. Hovedtyngden av sakene behandles innenfor den fastsatte saksbehandlingstiden, og kommisjonens kvalitetssikring har i liten grad vært et forsinkende ledd ved behandlingen av barnevernsaker. Kommisjonen vurderes videre å ha den nødvendige uavhengigheten til Barne- og likestillingsdepartementet, og å håndtere spørsmål om habilitet i tråd med gjeldende regelverk.

Agenda Kaupang mener videre at etableringen av Barnesakkyndig kommisjon har bidratt til å øke den generelle tilliten til de sakkyndige noe, men at tilliten til sakkyndigutredninger fortsatt er svak hos private parter. Det påpekes at det er behov for en mer utadrettet og veiledende arbeidsform. Den flerkulturelle kompetansen i kommisjonen bør styrkes, og det kan være behov for økt transparens om habilitet.

Agenda Kaupang har også vurdert om Barnesakkyndig kommisjons ansvarsområde bør utvi-

des til å omfatte rapporter fra personer med spesiell fagkyndighet som er ansatt i kommunen, eksempelvis psykologer eller en ansatt i barneverntjenesten, og erklæringer utarbeidet av helseinstitusjoner og andre tjenesteytende institusjoner som det offentlige fører tilsyn med, eksempelvis sentre for foreldre og barn.¹⁰³ Som argument for at også disse rapportene bør kvalitetssikres av kommisjonen, er det særlig vist til at disse rapportene tillegges stor vekt i avgjørelsesorganenes vurdering. Rapporten konkluderer likevel med at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for å anbefale at kommisjonens oppgaver bør utvides til å omfatte disse rapportene. Den viser til at kommisjonens kvalitetssikring bør begrenses til rapporter som utføres av nøytrale og uavhengige sakkyndige, og der arbeidet ikke er underlagt andre interne kontroll- og kvalitetssikringssystemer.

Agenda Kaupang har videre vurdert om kommisjonens arbeidsområde bør utvides til også å omfatte sakkyndigrapporter i foreldretvister, se nærmere om dette i kapittel 21.4 nedenfor.

11.2.9 Parter og partsrettigheter

Saksbehandlingen i fylkesnemnda har karakter av en partsprosess. Partene er på den ene siden kommunen, som fremmer forslag om tiltak, og på den andre siden en eller flere private parter som forslaget retter seg mot. Partsstatus for private bestemmes av forvaltningslovens partsbegrep, i tillegg til særregler for barns partsrettigheter i barnevernloven § 6-3 andre ledd. Forvaltningslovens partsbegrep er definert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e som «person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder».

Partsstatus må vurderes konkret i det enkelte tilfellet, og kan variere avhengig blant annet av hvilke tiltak det er tale om.¹⁰⁴ Det sentrale vurderingstemaet er om den aktuelle personen har tilstrekkelig tilknytning til saken. I den forbindelse er personens tilknytning til barnet det sentrale, enten det gjelder en rettslig eller faktisk tilknytning.

Den som har del i foreldreansvaret vil som hovedregel ha partsstatus i relasjon til alle spørsmål, uavhengig av vedkommendes faktiske tilknytning til barnet. Bakgrunnen for dette er at et tvangsvedtak etter barnevernloven alltid vil gripe

¹⁰¹ De veiledende retningslinjene har publikasjonskode Q-1158 B.

¹⁰² Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, 2015.

¹⁰³ Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, 2015, kapittel 8 side 65–68.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.9.4 side 44–46.

inn i foreldreansvaret. I saker om omsorgsovertakelser er hovedregelen at foreldre som har del i foreldreansvaret skal anses som parter. Foreldre uten del i foreldreansvaret kan gis partsstatus dersom vedkommende har en så sterk faktisk tilknytning til barnet at fylkesnemndas vedtak kan sies å gjelde vedkommende direkte. I saker om samvær vil den forelderen som krever samvær være part i saken, i tillegg til den forelderen som har del i foreldreansvaret. Når det gjelder partsstatus ved pålegg om hjelpetiltak, er utgangspunktet at den forelderen som har barnet boende fast hos seg er part i saken. Normalt vil også den som har del i foreldreansvaret være part i saken.

Barnet er part i saken og kan gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder, jf. barnevernloven § 6-3 andre ledd. Høyesteretts kjæremålsutvalg fastslo i kjennelse inntatt i Rt. 2000 side 358 at bestemmelsen begrenser den partsstilling barn under 15 år ellers ville hatt etter forvaltningsloven. Fylkesnemnda har imidlertid anledning til å gi partsrettigheter til barn under 15 år i særskilte tilfeller. Hvorvidt barnet har forutsetninger for å forstå hva saken gjelder og barnets behov for å kunne utøve slike rettigheter selv, vil være temaer for vurderingen av om barn under 15 år skal innvilges partsstatus.¹⁰⁵ Partsstatus kan blant annet være aktuelt når barnet selv utviser aktivitet med sikte på å delta i saksbehandlingen.¹⁰⁶ I saker som gjelder tiltak for barn med atferdsvansker eller tiltak for barn som kan være utsatt for menneskehandel, skal barnet alltid regnes som part.

Fosterforeldre vil i alminnelighet ikke anses som parter i saker for fylkesnemnda, men kan få partsstatus i saker om samvær og ved klager over flyttevedtak (barnevernloven § 4-17) etter en konkret vurdering av i hvilken grad de er berørt av vedtaket. Også andre kan etter en konkret vurdering gis partsstatus. Dette gjelder for eksempel andre enn foreldrene som krever samvær etter barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd og barnets omsorgspersoner i tilfelle hvor det er vanskelig å oppspore barnets biologiske foreldre.

Partsstatus innebærer at de alminnelige partsrettighetene etter forvaltningsloven samt de særlige rettighetene som følger av barnevernloven sammenholdt med prosesslovgivningen, kan gjøres gjeldende.

De private partene har rett til å la seg bistå av advokat på det offentlige regning i alle saker som

hører under fylkesnemndas myndighetsområde, jf. barnevernloven § 7-8, jf. retts hjelploven § 17 tredje ledd nr. 2. Partene har som hovedregel krav på varsel før vedtak treffes og skal gis anledning til å uttale seg, jf. forvaltningsloven § 16 og barnevernloven § 7-11 fjerde ledd. Dersom det holdes forhandlingsmøte, har partene krav på varsel om møtet, jf. barnevernloven § 7-7 første ledd. Partene har rett til å være tilstede i forhandlingsmøtet, og rett til å komme til orde i møtet og til å føre vitner og andre bevis, jf. barnevernloven § 7-15, jf. tvisteloven § 9-15. Videre har partene rett til innsyn i sakens dokumenter, jf. barnevernloven § 7-4. Partene har rett til å få et begrunnet, skriftlig vedtak, jf. barnevernloven § 7-19, jf. tvisteloven § 19-6, og rett til å påklage akuttvedtak og til å bringe fylkesnemndas vedtak inn for domstolene, jf. barnevernloven §§ 7-23 og 7-24.

11.2.10 Barnets talsperson

Barnevernloven § 7-9 gjelder oppnevning av en egen talsperson for barnet i saker som skal behandles for fylkesnemnda. Ordningen er nærmere regulert i forskrift om barnets talsperson i fylkesnemndssaker. Bakgrunnen for regelen var et ønske om å styrke barnets rettssikkerhet og stilling i barnevernsaken. Det ble vist til at det i en del saker vil være interessemotsetninger mellom barneverntjenesten, foreldrene, barnet, og i enkelte tilfeller også fosterforeldrene eller andre som har hatt omsorgen for barnet, og at barnets interesser ikke nødvendigvis er identiske med interessen til noen av de øvrige partene i saken.¹⁰⁷ Rollen som talsperson innebærer å være et talerør for barnet, for å sikre at barnets interesser kommer frem under behandlingen i fylkesnemnda.

Barneverntjenesten skal så tidlig som mulig under forberedelsen av saken informere barnet om muligheten til å få oppnevnt en egen talsperson, jf. forskriften § 2. Det skal fremgå av sakens dokumenter som blir sendt til fylkesnemnda om barnet ønsker en talsperson. Fylkesnemnda har ansvar for å vurdere behovet for, og eventuelt oppnevne, en talsperson for barnet. Ordningen med talsperson er ikke avgrenset til bestemte sakstyper, og fylkesnemnda må vurdere behovet konkret i den enkelte sak. Oppnevning av talsperson er særlig aktuelt i tilfeller der barnet ikke har stilling som part (oppnås normalt ved fylte 15 år), idet partsstatus gir rett til å få oppnevnt advokat.

¹⁰⁵ NOU 2005: 9 kapittel 10.5 side 54.

¹⁰⁶ Julia Köhler-Olsens kommentarer til barnevernloven § 6-3 andre ledd i Norsk lovkommentar.

¹⁰⁷ Innst. O. nr. 80 (1991–92) kapittel 3.6 side 33.

Etter forskriften § 1 andre ledd kan fylkesnemnda oppnevne en egen talsperson for barn som er fylt syv år og for yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, jf. til sammenligning barnevernloven § 6-3 første ledd om barnets rett til å bli hørt. I saker hvor barnets synspunkter er dokumentert fra ulike instanser og disse synspunktene er sammenfallende, er det normalt ikke behov for oppnevning av en talsperson for barnet, med mindre det har gått noe tid siden barnet uttalte seg sist. I vurderingen kan det også legges vekt på hvor sterke interesse- og motsetninger som foreligger og sakskomplekset for øvrig.¹⁰⁸ Barnets ønske om å få oppnevnt talsperson skal tillegges stor vekt, og dersom barnet ikke ønsker å ha en egen talsperson, skal dette være avgjørende. I praksis oppnevnes det som regel en talsperson i saker hvor barnet har rett til å bli hørt, dvs. for barn mellom 7 og 15 år, samt yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter.¹⁰⁹

Etter forskriften § 3 skal fylkesnemnda utarbeide en liste over et utvalg personer som har erfaring fra arbeid med barn, og som er villige til å påta seg oppdrag som talsperson. Listen skal inneholde personer med ulik utdannings- og erfaringsbakgrunn og med erfaring fra arbeid med barn i ulike aldersgrupper og med ulik kulturell bakgrunn. Dette kan for eksempel være førskolelærere, lærere, helsesøstre og personer med sosialfaglig bakgrunn.¹¹⁰ Av Oxford Researchs rapport om evalueringen av fylkesnemndene fremgår det at 95 % av de spurte talspersonene har høyskole- eller universitetsutdanning, med hovedvekt på lærerutdanning og pedagogikk (57 %) og helse- og sosialfag (30 %).¹¹¹ Talspersonen skal som hovedregel velges fra utvalget på listen, men det kan gjøres unntak fra dette dersom barnet har et særlig tillitsforhold til en annen person eller at andre grunner gjør det nødvendig. Talspersonen skal være en nøytral person som er uavhengig av både barneverntjenesten og foreldrene.

Talspersonen skal være barnets talerør, og skal ikke gi sin selvstendige mening og vurdering av hva som eksempelvis vil være det beste for barnet eller hvor overbevisende barnet virker i sin uttalelse. Det er likevel antatt at talspersonen kan

gi sin vurdering av barnets uttalelse; om barnet fremsto oppriktig eller virket instruert, om barnet virket aldersadekvat mv. Talspersonen skal forsikre seg om at barnet forstår hva ordningen innebærer og om barnet fortsatt ønsker å uttale seg gjennom en talsperson, jf. forskriften § 5. Samtalen med barnet skal tilrettelegges etter barnets alder, modenhet, språk og kultur. Talspersonen skal formidle barnets synspunkter i saken skriftlig til fylkesnemnda, etter å ha drøftet innholdet med barnet. Videre skal talspersonen normalt innkalles til fylkesnemndas forhandlingsmøte, og skal da fremstille barnets synspunkter muntlig for fylkesnemnda. Talspersonen avhøres etter reglene for vitner i tvisteloven så langt de passer.

For at talspersonen skal kunne utøve sin oppgave på en hensiktsmessig måte, er det nødvendig at vedkommende mottar tilstrekkelig informasjon om barnet og hva saken gjelder. Fylkesnemnda har ansvar for at talspersonen får nødvendig informasjon for å gjennomføre en samtale med barnet, jf. forskriften § 4. Talspersonen utøver imidlertid ikke partsrettigheter på vegne av barnet, og har dermed ikke rett til innsyn i sakens dokumenter.

Av Oxford Researchs rapport om evalueringen av fylkesnemndene fremgår det at 82 % av talspersonene oppgir at de selv mener at samtalen med barnet gir et tilstrekkelig grunnlag for at talspersonen kan uttale seg på vegne av barnet i forhandlingsmøtet.¹¹² Over 80 % av talspersonene mener at barnets mening kommer tilstrekkelig frem under møtet i fylkesnemnda.¹¹³

Talspersonen har taushetsplikt etter forvaltningsloven §§ 13 til 13 e, jf. barnevernloven § 6-7 og forskriften § 6. Talspersonen har imidlertid opplysningsplikt til barneverntjenesten når det, på bakgrunn av samtalen med barnet, er grunn til å tro at barnet blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, når barnet har vist vedvarende alvorlige atferdsvansker eller når det er grunn til å tro at det er fare for utnyttelse av barnet til menneskehandel, jf. barnevernloven § 6-4 andre ledd. Normalt vil talspersonen opplyse om slike forhold i rapporten til fylkesnemnda, men i tilfeller der barnet ber talspersonen om ikke å viderebringe opplysningene, tilsier hensynet til barnet at opplysningsplikten til barneverntjenesten går foran taushetsplikten.¹¹⁴

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 104 (1992–93) kapittel 3.4 side 16.

¹⁰⁹ Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 7 side 117.

¹¹⁰ Rundskriv fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, Q-2013-11, punkt 2 side 6.

¹¹¹ Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 7.1 side 118–120.

¹¹² Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 7.5 side 125.

¹¹³ Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 7.6 side 126.

¹¹⁴ Se også straffeloven § 196.

11.2.11 Kostnader ved behandlingen

I barnevernsaker som hører inn under fylkesnemndas myndighetsområde har de private partene rett til å få oppnevnt advokat, jf. barnevernloven § 7-8. Barneverntjenesten har ansvar for å gi veiledning til partene om hvordan han eller hun kan skaffe seg juridisk bistand, og om adgangen til fri rettshjelp. Fylkesnemnda skal sørge for at det blir oppnevnt advokat for partene.

Muligheten til å få fri rettshjelp av det offentlige reguleres av rettshjelploven med forskrifter. Det følger av rettshjelploven § 17 tredje ledd nr. 2 at de private partene i barnevernsaker for fylkesnemnda har krav på fri sakførsel uten behovsprøving. Partene har krav på å få dekket utgifter til fri sakførsel fra det tidspunktet barneverntjenesten har meddelt partene at saken vil bli brakt inn for fylkesnemnda.

Fri sakførsel innvilges av eget tiltak av fylkesnemnda, jf. rettshjelploven § 19 første ledd første punktum og rettshjelpforskriften § 4-1. Salæret fastsettes etter offentlige satser. I saker uten forhandlingsmøte fastsettes salæret etter antall arbeidstimer, mens i saker med forhandlingsmøte fastsettes salæret etter faste satser (stykkpris). Fylkesnemnda kan også samtykke i å dekke partenes egne vesentlige og nødvendige utgifter eller utgiftene til en privat engasjert sakkyndig, jf. rettshjelploven § 22 andre ledd.

Det følger videre av rettshjelploven § 16 første ledd nr. 2 at den et tvangstiltak retter seg mot har krav på fri sakførsel uten behovsprøving i saker om overprøving av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren etter tvisteloven kapittel 36.

Søknad om fritt rettsråd etter rettshjelploven § 11 nr. 2 kan innvilges uten behovsprøving for parter i en sak hvor barneverntjenesten har fattet akuttvedtak, og hvor vedtaket ikke blir etterfulgt av at barnevernet starter forberedelse til ordinær fylkesnemndssak. Tilsvarende gjelder dersom barnevernet har startet forberedelse til sak som skal behandles av fylkesnemnda, men hvor saken likevel ikke blir oversendt nemnda.

11.2.12 Rettslig prøving av fylkesnemndsvedtak

Både de private parter og kommunen kan bringe fylkesnemndas vedtak inn for tingretten for rettslig prøving etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. barnevernloven § 7-24. Private parter vil være søksmålsberettigede når tvangsvedtaket retter seg mot vedkommende, jf. tvisteloven § 36-3 første

ledd. Hvilke private parter som har søksmålskompetanse, varierer ut fra hvilket tiltak det dreier seg om og hvilken tilknytning den aktuelle personen har til saken.¹¹⁵ Videre innebærer ikke partsstatus i sak for fylkesnemnda nødvendigvis søksmålskompetanse. Foreldre med del i foreldreansvaret, men som ikke har barnet boende fast hos seg, vil i utgangspunktet ha partsrettigheter i sak om omsorgsovertakelse for fylkesnemnda, men har ikke selvstendig søksmålskompetanse. Barns søksmålskompetanse er regulert i barnevernloven § 6-3 andre ledd, hvor det fremgår at barn som hovedregel har partsstatus dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder. Det er den kommunen som har fremmet saken for fylkesnemnda, som normalt vil være offentlig part. Det kan imidlertid avtales at ansvaret for den videre oppfølgingen av en sak skal overføres til en annen kommune, og det er i så fall denne kommunen som vil være part ved rettslig overprøving, jf. barnevernloven § 8-4 første ledd andre punktum.

Alle vedtak fra fylkesnemnda kan bringes inn for tingretten, herunder vedtak om ulike tiltak, akuttvedtak og avvísingsvedtak. Avgjørelser som fylkesnemnda treffer som ledd i saksbehandlingen, under saksforberedelsen eller under forhandlingsmøtet, kan ikke kreves overprøvet særskilt. Søksmål kan ikke reises etter at vedtaket er falt bort, jf. tvisteloven § 36-1 andre ledd. Faller vedtaket bort etter at det er krevd rettslig prøving, skal saken heves. Dersom et akuttvedtak blir avløst av et ordinært vedtak, faller den rettslige interessen i prøvingen av akuttvedtaket bort.¹¹⁶ Det er ikke uvanlig at et akuttvedtak er bragt inn for tingretten samtidig som fylkesnemnda har hovedsaken til behandling.

Fristen for å reise søksmål er en måned fra mottak av melding om vedtaket, jf. barnevernloven § 7-24 andre ledd første punktum. Sak reises ved at kravet om rettslig prøving settes frem overfor fylkesnemnda, som straks skal sende kravet og saksdokumentene til retten, jf. tvisteloven § 36-2 første ledd. Saken skal behandles ved tingretten i den rettskrets der den private part er, i samsvar med vedtaket eller der denne har alminnelig verneting eller hadde alminnelig verneting før vedtaket ble satt i verk, jf. tvisteloven § 36-2 andre ledd. I tillegg til fagdommeren, settes retten med to meddommere, hvorav en lek og en fagkyndig, jf. tvisteloven § 36-4 første ledd. I særlige tilfeller kan retten settes med to fagdommere og tre meddommere, hvorav en eller to skal være fagkyndige.

¹¹⁵ Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 433.

¹¹⁶ Rt. 2008 side 290.

Søksmål er ikke til hinder for at vedtaket iverksettes eller opprettholdes. Fylkesnemnda og retten kan imidlertid utsette iverksettelsen av vedtaket, jf. forvaltningsloven § 42 første ledd andre punktum og tvisteloven § 36-2 tredje ledd første punktum. Dersom et tvangsvedtak allerede er iverksatt, har den som har begjært utsatt iverksettelse ikke lenger aktuell rettslig interesse i å få avgjort begjæringen.¹¹⁷ Selv om ordlyden i bestemmelsen er utformet med sikte på gjennomføring eller opprettholdelse av tvangsvedtak, får den også anvendelse i tilfeller hvor fylkesnemnda eksempelvis ikke tar kommunens krav om omsorgsovertakelse til følge, eller hvor fylkesnemnda opphever et midlertidig vedtak om omsorgsovertakelse.¹¹⁸

Saken avgjøres som regel etter muntlig behandling ved hovedforhandling, jf. tvisteloven § 36-5 første ledd. Partene kan likevel med rettens samtykke avtale at avgjørelsen skal treffes på grunnlag av skriftlig behandling eller en kombinasjon av skriftlig behandling og rettsmøte, forutsatt at dette vil gi en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling, jf. tvisteloven § 9-9 andre ledd.¹¹⁹ Retten har imidlertid ikke en like vid adgang til å beslutte at en sak skal avgjøres uten muntlige forhandlinger som fylkesnemnda har, jf. til sammenligning barnevernloven § 7-14.

Retten kan prøve alle sider ved fylkesnemndsvedtaket, herunder forvaltningens frie skjønn, jf. tvisteloven § 36-5 tredje ledd. Vurderingen skal foretas ut fra situasjonen slik den er på domstidspunktet.¹²⁰ Domstolskontrollen av fylkesnemndsvedtak er følgelig mer omfattende enn domstolens prøving av øvrige forvaltningsvedtak. Det er imidlertid kun de kravene fylkesnemnda har tatt stilling til, som kan bringes inn for rettslig overprøving. For øvrig kan retten prøve alle de spørsmål som er avgjort av fylkesnemnda, selv om partene ikke har brakt spørsmålet inn til rettslig prøving.¹²¹ Går tingrettens dom ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, får dette virkning straks, jf. tvisteloven § 36-9. Bare dersom det foreligger tungtveiende grunner, kan retten i dommen bestemme at avgjørelsen ikke skal få foregrepet virkning.

For anke til lagmannsretten over tingrettens dom om overprøving av fylkesnemndas vedtak, gjelder en særskilt ordning med anketillatelse.

Etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd fremgår det at en slik anke ikke kan fremmes uten lagmannsrettens samtykke. Samtykke kan bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, det er grunn til å behandle saken på ny fordi det er fremkommet nye opplysninger, det er vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling eller dommen går ut på tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda. Lagmannsretten har ikke kompetanse til å samtykke til ankebehandling med mindre minst ett av de lovbestemte kriteriene er oppfylt. Selv om ett eller flere av kriteriene er oppfylt, har den ankende part ikke krav på at anken fremmes. Lagmannsretten skal etter en samlet skjønnsmessig vurdering ta stilling til om saken bør ankebehandles. Begrunnelsen for regelen om krav til samtykke er å unngå usikkerheten langvarige prosesser innebærer for barnet.¹²² Tall utvalget har innhentet fra Domstoladministrasjonen viser at lagmannsrettene samtykket til ankebehandling i en relativt liten andel av sakene. I perioden 2011–2015 ble samtykke i gjennomsnitt gitt i 17,16 % av sakene, se kapittel 11.3 nedenfor for en mer utfyllende oversikt over tallene.

Under en eventuell muntlig ankeforhandling i lagmannsretten settes retten med tre fagdommere og to meddommere, hvorav en lek og en fagkyndig, jf. tvisteloven § 36-10 fjerde ledd. For ankebehandlingen gjelder for øvrig reglene i tvisteloven kapittel 36 så langt de passer.

Lagmannsrettens avgjørelse vedrørende spørsmålet om å fremme anken, er en beslutning. I Rt. 2008 side 322 og Rt. 2015 side 300 er det lagt til grunn at Høyesteretts kompetanse er begrenset til å prøve om det er feil ved lagmannsrettens saksbehandling.

11.2.13 Forsøk med samtaleprosess

Barnevernloven § 7-25 åpner for at det i en eller flere fylkesnemnder kan settes i gang forsøk med såkalt samtaleprosess. Dette innebærer at nemndslederen tar initiativ til samtaler hvor det søkes etter grunnlag for enighet mellom partene. Etter som barnevernsakene er unndratt fra partenes rådighet og målet med fylkesnemndsbehandlingen er å finne den løsningen som er til barnets beste, kan det ikke gjennomføres mekling i tradisjonell forstand i barnevernsakene.¹²³ Formålet med en samtaleprosess er imidlertid å legge til rette for en konstruktiv dialog mellom partene

¹¹⁷ Rt. 2009 side 261.

¹¹⁸ Rt. 2011 side 431.

¹¹⁹ Rt. 2012 side 967 avsnitt 28.

¹²⁰ Rt. 2012 side 1985 avsnitt 53.

¹²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 29 side 405, Rt. 2003 side 1319 og Rt. 2011 side 1251.

¹²² Innst. O. nr. 110 (2004–2005) kapittel 2.2.1 side 10.

¹²³ NOU 2005: 9 kapittel 17.3 side 84–85.

med sikte på å komme frem til avtalebaserte løsninger.

I forarbeidene til bestemmelsen ble det gitt uttrykk for at innføring av en samtaleprosess med henblikk på avtalebaserte løsninger i saker for fylkesnemnda berører mange viktige problemstillinger og dilemmaer, og at det både er hensyn som taler for og mot en slik ordning.¹²⁴ Det ble blant annet vist til at enighet mellom partene vil være en fordel med tanke på behovet for kontakt og samarbeid etter at vedtak er fattet, og at gjensidig forståelse og tillit mellom partene vil kunne forebygge at barnet kommer i en lojalitetskonflikt. Det ble på den annen side vist til at barneverntjenesten og private parter ikke er likeverdige, og at de private partene ofte vil kunne ha en opplevelse av å være i en situasjon uten reelle valgmuligheter. Videre ble det vist til at en samtaleprosess kan forsinke saken, at det kan føre til at barneverntjenesten legger for liten vekt på muligheten til å oppnå enighet før saken oversendes fylkesnemnda, og at partenes oppfatning av fylkesnemnda som en uavhengig og objektiv instans vil kunne påvirkes i negativ retning. På bakgrunn av dette mente departementet at det i første omgang kun skulle igangsettes et forsøksprosjekt i en eller flere nemnder.

I 2016 ble det igangsatt et slikt forsøksprosjekt i enkelte nemnder; Fylkesnemnda i Hordaland og Sogn og Fjordane, Fylkesnemnda i Møre og Romsdal, Fylkesnemnda i Oslo og Akershus, Fylkesnemnda i Rogaland og Fylkesnemnda i Trøndelag. Prosjektet gjelder i en periode på to år regnet fra departementets samtykke til igangsettelse; fra 15. mai 2016 til 14. mai 2018. Sentralenheten for fylkesnemndene har, i samråd med Barne- og likestillingsdepartementet, gitt retningslinjer for prøveprosjektet.

Det følger av retningslinjene at fylkesnemnda skal tilby samtaleprosess i alle barnevernsaker, unntatt akuttsakene, med mindre hensynet til barnets beste eller sakens karakter taler imot det. Igangsetting av samtaleprosess krever samtykke fra samtlige parter i saken. En part som har samtykket til å delta i samtaleprosess, kan trekke samtykket på ethvert trinn av prosessen. Saksforberedende nemndsleder har ansvar for å avklare om partene samtykker til samtaleprosess. Dette gjøres fortrinnsvis ved å avholde et planmøte med partenes prosessfullmektiger, der partenes syn på spørsmålet klarlegges. Samtaleprosess kan gjennomføres selv om det kan føre

til at det ikke er mulig å holde forhandlingsmøte innen fire uker etter at fylkesnemnda mottok saken.

Selve prosessen innebærer at det gjennomføres et såkalt samtalemøte, der formålet er å kartlegge faktiske forhold og/eller konfliktemaer, bedre partenes kommunikasjon, legge til rette for enighet om en midlertidig ordning og legge til rette for hel eller delvis løsning av saken. Fylkesnemnda kan oppnevne en sakkynning til å bistå i samtalen med partene, og observere og veilede partene ved eventuell utprøving av midlertidige ordninger. Foruten fylkesnemndslederen og den sakkyndige, deltar partene (herunder barn med partsrettigheter) og prosessfullmektigene i samtalemøtet. Fylkesnemndslederen kan etter en konkret vurdering gi barn uten partsrettigheter mulighet til å delta i samtalemøtet. Dersom barnet ikke deltar i samtalemøtet, skal det gis anledning til å uttale seg før første samtalemøte. Fylkesnemndslederen avgjør hvordan barnets mening skal innhentes og hva barnet skal uttale seg om.

Fylkesnemndslederen kan tilby partene flere samtalemøter, dersom partene er enige om å prøve ut en ordning i en nærmere fastsatt periode. Innholdet i en midlertidig ordning protokolleres i møteboken. Det tas normalt sikte på å avklare saken etter to eller tre samtalemøter. Dersom partene inngår en avtale, kan kommunen trekke begjæringen med den følge at saken heves. Alternativt kan partene nedlegge felles forslag til vedtak, og samtykke til at saken avgjøres av fylkesnemndsleder alene og uten forhandlingsmøte. Saken vil i så fall bli avgjort etter en forenklet behandling. Dersom saken ikke avsluttes etter samtaleprosessen, berammes forhandlingsmøte snarest mulig.

I kapittel 11.3.2 nedenfor opplyses det i hvor mange saker det ble gjennomført samtaleprosess i perioden mai til desember 2016.

11.2.14 Evaluering av fylkesnemndene

Oxford Research har foretatt en evaluering av fylkesnemndenes effektivitet og ressursbruk, organisering og rettssikkerhet i perioden juni 2014 til april 2015.¹²⁵ I evalueringsrapporten er det blant annet konkludert med at fylkesnemnda oppfylder grunnleggende, prosessuelle rettssikkerhetskrav, og at saksbehandlingsreglene fungerer godt

¹²⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.13.4 side 62–63.

¹²⁵ Oxford Research, Organisering, effektivitet og rettssikkerhet, Evaluering av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, 2015.

og er egnet til å sikre rettsriktige resultater. Fylkesnemndene er sammensatt av fylkesnemndsledere og fagkyndige med høy faglig kompetanse, og tilliten til nemnda er relativt høy blant de profesjonelle aktørene. Mange foreldre som har hatt saker i fylkesnemnda opplever likevel ikke saksbehandlingen som betryggende og tillitsskapende. Flere barn opplever saksbehandlingen som meget krevende og belastende, og opplever prosessen som for formell og juridisk.

I perioden 2011 til 2014 har det vært en markant forbedring i fylkesnemndenes effektivitet, selv om det er store forskjeller mellom nemndene. Oxford Research har antatt at forskjellene skyldes systematiske ulikheter i arbeidsmåter, rekruttering eller andre resultater av ledelse. Det påpekes videre at fylkesnemndene har betydelige utfordringer når det gjelder saksbehandlingstiden for saker med forhandlingsmøte og at målene om likhet mellom fylkesnemndene i forholdsvist liten grad blir oppfylt.

Det er videre en økende andel fylkesnemndsvedtak som bringes inn for domstolene. Andelen vedtak som ble brakt inn for domstolene i 2007, 2010 og 2013, var henholdsvis 42 %, 50 % og 63 %. I overkant av 70 % av de vedtakene som realitetsbehandles i tingretten, stadfestes av retten. Vedtak om omsorgsovertakelse eller plassering av barn i fosterhjem stadfestes langt oftere av retten (omtrent 80–90 %) enn vedtak om samvær for foreldre eller andre (omtrent 50 %). Det er videre en klar tendens til at andelen stadfestelser er positivt korrelert med andelen av vedtakene som bringes inn for domstolene.

I rapporten har Oxford Research blant annet anbefalt å styrke Sentralenheten for fylkesnemndene, og at det samtidig settes større fokus på ressursutnyttelse på tvers av nemndene og mer direkte målstyring i den enkelte nemnd. Videre foreslår de at fristen for å gjennomføre forhandlingsmøte endres, idet den oppleves som lite realistisk å etterleve i flertallet av sakene ut fra de oppgavene som normalt må gjøres. Oxford Research foreslår på denne bakgrunn en frist på seks eller syv uker, og en snever unntaksregel for de tilfellene hvor det er praktisk umulig for fylkesnemnda å få saken forsvarlig opplyst innen fristen. De foreslår også å utrede mulighetene for å begrense adgangen til rettslig overprøving og eventuelle konsekvenser for rettsikkerheten av en slik begrensning i prøvingsadgangen.

Riksrevisjonen har også foretatt en undersøkelse av saksbehandlingen i fylkesnemndene.¹²⁶ Undersøkelsen gjaldt saksbehandlingstiden og produktiviteten i fylkesnemndene, og omfattet

perioden 2010 til 2014. Riksrevisjonen konkluderer blant annet med at fylkesnemndene i stor grad behandler godkjenning av midlertidige vedtak og klagesaker innen lovens krav, selv om enkelte fylkesnemnder har utfordringer med å behandle klagesakene innenfor kravet på en uke. Når det gjelder saker med forhandlingsmøte, har alle fylkesnemndene betydelige utfordringer med å nå kravene til saksbehandlingstid.

Riksrevisjonens rapport viser at produktiviteten i fylkesnemndene har økt i perioden. Antall saker der fylkesnemndene har fattet vedtak, har økt med omtrent 30 % fra 2010 til 2014. Antall saker med forhandlingsmøte, som er den mest arbeidskrevende sakstypen, har økt med i overkant av 40 %. Produktivitetsberegningene viser videre at forskjellene i produktivitet fylkesnemndene imellom er mindre i 2014 sammenlignet med i 2010, noe som kan tyde på at det har blitt en mer ensartet saksbehandlingspraksis. For enkelte fylkesnemnder er det imidlertid store variasjoner i produktivitet fra år til år. Andelen saker som behandles på en forenklet måte, ligger i perioden 2010 til 2014 stabilt på omtrent 25 %, men det er store variasjoner mellom fylkesnemndene med hensyn til i hvilken grad de benytter forenklet behandling. Sett i lys av dette, mener Riksrevisjonen at det er et betydelig uutnyttet potensial for bruk av muligheten til forenkling.

I perioden 2010 til 2014 ble 37 % av vedtakene som ble fattet i klagesakene og 46 % av vedtakene som ble fattet i de øvrige sakene, brakt inn for tingretten. Andelen klagesaker som bringes inn for tingretten, har økt fra 26 % i 2010 til 42 % i 2014. Når det gjelder de øvrige sakene, har andelen økt fra 40 % i 2010 til 50 % i 2014.

Riksrevisjonen konstaterer videre at styringen av fylkesnemndene har blitt styrket på flere områder som følge av opprettelsen av Sentralenheten for fylkesnemndene, blant annet når det gjelder ledelsen av fylkesnemndene, økt kompetanseutvikling og økt erfaringsutveksling mellom fylkesnemndene. Sentralenheten for fylkesnemndene har imidlertid i mindre grad bidratt til samordning av fylkesnemndene.

I rapporten anbefaler Riksrevisjonen blant annet at Barne- og likestillingsdepartementet i samarbeid med Sentralenheten for fylkesnemndene tar initiativ til å avklare hvilke tiltak som må iverksettes for at fylkesnemndene skal kunne oppfatte lovens frist for å gjennomføre forhandlingsmøte som realistisk og forpliktende, videreutvikle virkemidlene for utveksling av ressurser

¹²⁶ Dokument 3:10 (2014–2015).

Tabell 11.1 Innkomne saker etter barnelova og krav om overprøving av tvangsvedtak årlig – tingrettene

	2012	2013	2014	2015	2016
Saker etter barnelova	2622	2656	2721	2657	2567
Krav om overprøving av tvangsvedtak	1357	1700	1807	1752	1621
Totalt	3979	4356	4528	4409	4188

Tabell 11.2 Anker i saker om tvang etter barnevernloven – lagmannsrettene

	2011	2012	2013	2014	2015
Avgjorte krav om samtykke til ankebehandling	232	252	288	352	357
Gitt samtykke	34	43	53	71	55
Nektet samtykke	198	209	235	281	302
Prosentvis andel saker der det er gitt samtykke	14,7	17,1	18,4	20,2	15,4

for å redusere de store forskjellene i saksbehandlingstid mellom fylkesnemndene og legge til rette for at nemndslederne får økt oppmerksomhet om barnevernlovens muligheter for forenklet saksbehandling.

11.3 Sakstall, saksbehandlingstid og ressurser

11.3.1 Domstolene

I 2015 mottok tingrettene 16 115 tvistesaker og 67 868 straffesaker, hvorav 53 011 enedommersaker og 14 857 meddomsrettssaker.¹²⁷ Av tvistesakene var 2 657 saker etter barnelova,¹²⁸ og 1 752 saker med krav om overprøving av tvangsvedtak.¹²⁹ Antall innkomne saker etter barnelova har

vært relativt stabilt de siste fem årene, mens antallet krav om overprøving av tvangsvedtak har økt fra 2012 til 2014, se tabell 11.1. Tatt i betraktning også at de aller fleste tvangssakene er barnevernsaker, ligger det i tallene at foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven utgjør en relativt stor andel av tvistesakene i tingrettene; i underkant av 30 % i 2015.

Utvalget har ikke sikre anslag over hvor mange foreldretvister som bringes inn for lagmannsrettene, men Domstoladministrasjonen har anslått at minst 250 saker registreres inn til lagmannsrettene årlig. Antall barnevernsaker for lagmannsrettene har økt de siste årene. Tabell 11.2 viser antall anker til lagmannsretten hvert år i saker om tvang etter barnevernloven, herunder antall saker der det er gitt eller nektet samtykke til ankebehandling.

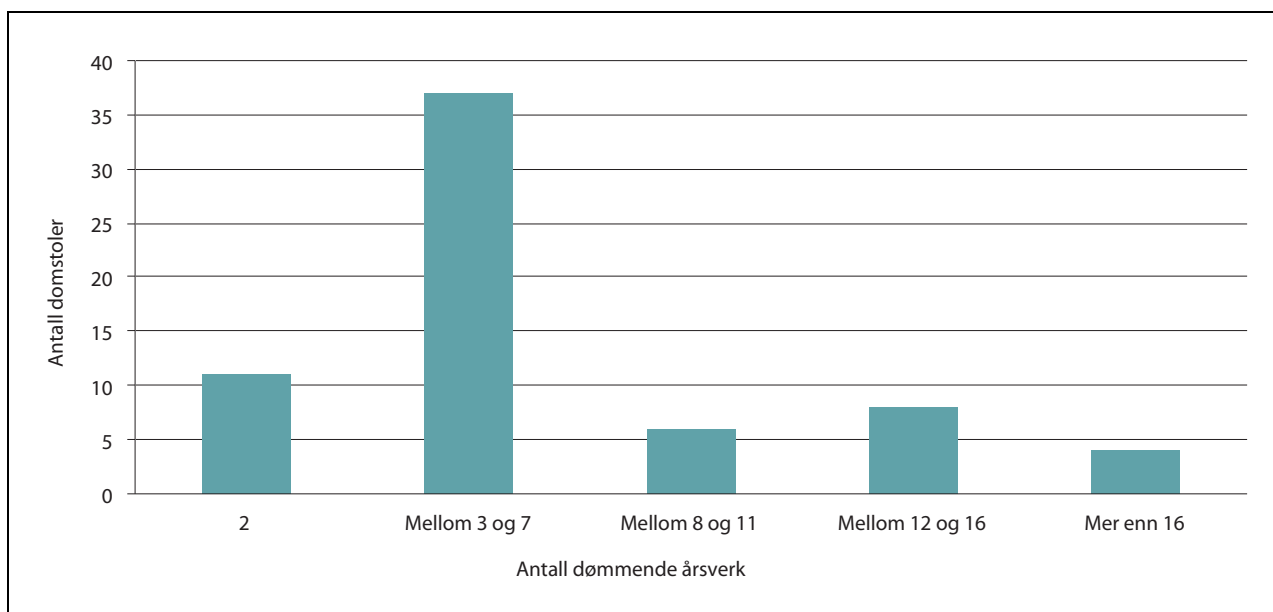
Høyesterett behandler et begrenset antall anker i foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, i det vesentligste om prosessuelle spørsmål, anslagsvis omtrent fem foreldretvister og ti barnevernsaker årlig.¹³⁰

¹²⁷ Domstoladministrasjonens årsrapport for 2015 for domstolene i Norge side 16.

¹²⁸ Tallene omfatter alle sakstyper etter barnelova, herunder foreldretvister, farskapssaker, andre slektskapssaker mv.

¹²⁹ Tallene omfatter tvangsvedtak etter barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven, smittevernloven og psykisk helsevernloven. Domstoladministrasjonen har anslått at barnevernsakene utgjør mellom 80–90 % av disse sakene, men at det kan være store variasjoner mellom de enkelte tingrettene.

¹³⁰ Tallene er basert på søk på lovdata.no etter avgjørelser i 2015 og 2016.



Figur 11.1 Tingrettenes størrelse målt i antall dømmende årsverk

I 2016 var gjennomsnittlig saksbehandlingstid for saker etter barnelova 243 dager i tingrettene. Saker avgjort ved dom ble i gjennomsnitt behandlet på 277 dager, mens saker som ble avgjort ved kjennelse (typisk forlik) ble i gjennomsnitt behandlet på 234 dager. Den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i tingrettene for krav om overprøving av tvangsvedtak var på 126 dager i 2016. Saker som ble avgjort ved dom ble i gjennomsnitt behandlet på 150 dager.

I henhold til Domstoladministrasjonens disponeringsskriv for domstolene for 2016 lå det an til at de alminnelige førsteinstansdomstolene totalt sett ville ha 528,4 dømmende årsverk dette året, hvorav 371,4 embetsdommere og 157 dommerfullmektiger. Antall årsverk varierer betydelig mellom domstolene. Det er relativt mange små domstoler i Norge, se figur 11.1.

11.3.2 Fylkesnemndene

Fylkesnemndene behandler tvangssaker etter barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven. Totalt mottok fylkesnemndene 5 463 saker i 2015.¹³¹ Barnevernsakene utgjorde i overkant av 90 % av sakene. Antall innkomne barnevernsaker økte fra 2011 til 2014, mens det var en nedgang i 2015 og 2016, se tabell 11.3.

¹³¹ Årsrapport for fylkesnemndene for 2015 kapittel 3.1.1 side 10–11.

Totalt behandlet fylkesnemndene 4 748 saker i 2015. Av disse ble 1 453 brakt inn for tingretten for rettslig prøving. I tillegg kom det inn en del saker til fylkesnemndene som ble avsluttet uten realitetsavgjørelse. Eksempler på slike saker er at en begjæring om tvangstiltak blir trukket fordi familien kan få tilfredsstillende hjelp av barneverntjenesten, eller en sak om tilbakeføring av omsorgen blir avvist fordi den som fremsetter kravet, ikke er i rettslig posisjon til å kreve tilbakeføring. I 2015 ble totalt 803 saker trukket, hevet eller avvist.

En stor andel av de sakene som behandles i fylkesnemndene er akuttsaker. I 2016 gjaldt 1 392 barnevernsaker godkjenning av akuttvedtak, mens 499 gjaldt klage over akuttvedtak. Det ble videre behandlet 2 146 begjæringer om tvangstiltak etter barnevernloven. Av disse ble 654 behandlet forenklet, mens det ble gjennomført forhandlingsmøte i 1 492 saker. Forhandlingsmøtene i fylkesnemndene går normalt over to til tre dager.¹³² Tabell 11.4 viser antall behandlede barnevernsaker fordelt på ulike behandlingsformer per år.¹³³

I mai 2016 ble det igangsatt forsøk med samtaleprosess i fem nemnder, se kapittel 11.2.13 ovenfor. Tabell 11.5 viser antall saker der det er gjennomført samtaleprosess i perioden mai 2016 til 31. desember 2016.

¹³² Årsrapport for fylkesnemndene for 2015 kapittel 3 side 9.

¹³³ Det er enkelte små uoverensstemmelser i tallmaterialet innhentet fra Sentralenheten for fylkesnemndene.

Tabell 11.3 Innkomne barnevernsaker årlig per fylkesnemnd

	2012	2013	2014	2015	2016
Agder	286	321	362	272	270
Buskerud og Vestfold	623	605	595	476	531
Hordaland og Sogn og Fjordane	538	616	548	573	413
Møre og Romsdal	233	246	236	221	182
Nordland	376	329	290	388	311
Oppland og Hedmark	388	402	384	399	354
Oslo og Akershus	909	978	1036	1029	963
Rogaland	466	547	479	370	444
Telemark	207	264	241	205	161
Troms og Finnmark	307	309	336	346	287
Trøndelag	463	423	439	415	379
Østfold	420	354	454	333	381
Totalt	5216	5394	5400	5027	4676

Tabell 11.4 Behandlede barnevernsaker årlig fordelt på ulike behandlingsformer

	2012	2013	2014	2015	2016
Godkjenning av akuttvedtak	1664	1725	1630	1489	1392
Klagebehandling av akuttvedtak	630	747	690	629	499
Begjæring om tvangstiltak – forenklet behandling	476	576	603	625	654
Begjæring om tvangstiltak – forhandlingsmøte	1488	1684	1770	1614	1492
Totalt	4258	4732	4693	4357	4037

Tabell 11.5 Antall barnevernsaker i fylkesnemndene med samtaleprosess

Fylkesnemnda i Hordaland og Sogn og Fjordane	27
Fylkesnemnda i Møre og Romsdal	8
Fylkesnemnda i Oslo og Akershus	21
Fylkesnemnda i Rogaland	28
Fylkesnemnda i Trøndelag	59
Totalt	106

Tabell 11.6 Antall årsverk ved utgangen av 2015¹

	Nemndsleder	Saksbehandler	Totalt
Agder	5	2,5	7,5
Buskerud og Vestfold	8	4,8	12,8
Hordaland og Sogn og Fjordane	8	4,1	12,1
Møre og Romsdal	3,6	2	5,6
Nordland	4	2,5	6,5
Oppland og Hedmark	5,5	3,3	8,8
Oslo og Akershus	12,6	6,4	19
Rogaland	7	3,5	10,5
Telemark	3	2	5
Troms og Finnmark	5	2,5	7,5
Trøndelag	6	3,5	9,5
Østfold	5	2,8	7,8
Sentralenheten	1	9	10
Totalt	74	49	123

¹ Årsrapport for fylkesnemndene for 2015 kapittel 4.3.2 side 36–37.

I 2016 var gjennomsnittlig saksbehandlingstid for barnevernsaker med og uten forhandlingsmøte henholdsvis 68 dager og 56 dager. Dette er en nedgang fra 2015 der saksbehandlingstiden var henholdsvis 89,1 dager og 64,2 dager. I 2015 ble bare 10 % av barnevernsakene med forhandlingsmøte behandlet innen fristen på fire uker, mens 21 % ble sluttbehandlet senere enn 16 uker etter at de kom inn til fylkesnemndene.¹³⁴ Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for klagebehandling av akuttvedtak var seks dager i 2016. Videre ble 99 % av sakene om godkjenning av akuttvedtak behandlet innen fristen på 48 timer i 2015.¹³⁵

¹³⁴ Årsrapport for fylkesnemndene for 2015 kapittel 3.5.1 side 28.

¹³⁵ Årsrapport for fylkesnemndene for 2015 kapittel 3.1.2.2 side 15.

Ved utgangen av 2015 var det 130 ansatte i fylkesnemndene, fordelt på 123 årsverk. Det var 74 nemndsledere, 46 saksbehandlere og ti ansatte i Sentralenheten for fylkesnemndene, se tabell 11.6.

I 2015 hadde fylkesnemndene et budsjett på ca. 176 millioner kroner til drift av virksomheten, hvorav 47 % var lønnsmidler og 24 % var dekning av sakskostnader som ikke dekkes etter retts-
hjelploven.¹³⁶ I tillegg var det utgifter til advokat, tolk mv. etter rettshjelploven på ca. 161 millioner kroner.

¹³⁶ Årsrapport for fylkesnemndene for 2015 kapittel 3.4 side 26–28. Sakskostnader som ikke dekkes etter rettshjelploven omfatter honorar og reisekostnader for fagkyndige medlemmer, alminnelige medlemmer og talspersoner.

Kapittel 12

Tidligere vurderinger av hvilke organer som bør behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven

12.1 Innledning

Spørsmålet om hvilke avgjørelsesorganer som bør behandle foreldretvister og barnevernsaker, er vurdert flere ganger de senere årene. Dels er det utredet hvilke avgjørelsesorganer som bør behandle de aktuelle sakstypene, og dels om sakstypene bør behandles av samme organ. Tidligere vurderinger av disse spørsmålene omtales under kapittel 12.2-12.6 nedenfor. Utvalget nøyer seg med å redegjøre for de mest sentrale vurderingene fra og med opprettelsen av fylkesnemndene. Vurderinger av den tidligere ordningen med at fylkesmannen kunne avgjøre foreldretvister på visse vilkår, omtales ikke nærmere. Spørsmålet om overprøvingsinstanser for saker om tvang etter barnevernloven er omtalt i kapittel 12.7 nedenfor.

To problemstillinger som har nær sammenheng med spørsmålet om avgjørelsesorgan for foreldretvister og barnevernsaker, er om fylkesnemndene bør gis kompetanse til å treffe visse avgjørelser etter barnelova, og om domstolsbehandlingen av foreldretvistene bør spesialiseres. Tidligere vurderinger av disse problemstillingene er omtalt under kapittel 12.8 nedenfor.

Tidligere vurderinger av spørsmålet om opprettelse av særdomstoler er nærmere omtalt i del II kapittel 5.1.

12.2 Sosiallovutvalgets innstilling om hvilket avgjørelsesorgan som bør behandle barnevernsaker

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker ble etablert i 1992, etter at det var reist kritikk mot saksbehandlingen i de kommunale barnevernsnemndene. Forut for etableringen av fylkesnemndene var det vurdert flere ganger hvilket avgjørelsesorgan som burde behandle barnevernsakene, se blant annet NOU 1972: 30 *Sosiale tjenester* og

NOU 1982: 26 *Barnemishandling og omsorgssvikt*. I 1980 ble det oppnevnt et utvalg under ledelse av høyesterettsdommer Jan Skåre som blant annet skulle utrede og foreslå en ny, samlet sosiallov. Sosiallovutvalgets utredning er NOU 1985: 18 *Lov om sosiale tjenester mv.*

Sosiallovutvalget vurderte blant annet om saker om tvang etter barnevernloven skulle behandles av domstolene eller en fylkesnemnd.¹ Utvalget mente at en fordel med en domstolmodell, var at man kunne bygge på en organisasjon som allerede fantes, at dommerne hadde erfaring og prestisje som konfliktløsere, og at prosesssystemet var egnet til å få saken allsidig belyst. Utvalgets flertall mente likevel at disse avgjørelsene ikke burde legges til de ordinære domstolene, og uttalte blant annet:²

«Etter flertallets mening er det viktig for avgjørelsesorganets mulighet til å treffe selvstendige avgjørelser at det besitter den nødvendige sosialfaglige kompetanse.

Mangelen på faglig innsikt er av betydning på flere måter. Den som skal delta i avgjørelsen av slike saker, vil møte faglige synspunkter og holdninger både fra de som representerer sosialtjenesten og fra de sakkyndige som ellers opptrer i saken. Den som ikke har innsikt i disse spørsmål, vil ha vanskeligheter når det gjelder å analysere betydningen og kvaliteten av de faglige synspunkter, og når det gjelder å formidle disse synspunkter til andre som skal være med å ta standpunkt (meddommere m.v.).

Dette problemet er både etter flertallets og mindretallets forslag delvis søkt løst ved bruk av sakkyndige domsmenn. Men etter flertallets mening er det viktig, ikke minst av rettssikkerhetsgrunner, at også det juridiske innslaget er

¹ NOU 1985: 18 *Lov om sosiale tjenester mv.*, kapittel 17.5.4.4 side 293–297.

² NOU 1985: 18 kapittel 17.5.4.4 side 293–294.

istand til å ta selvstendig standpunkt til alle sakens sider.

Erfaringene fra de alminnelige domstoler kan tyde på at disse har vansker med å ta et kritisk standpunkt til de sakkyndiges oppfatninger. Dette skyldes antakelig bl.a. at de juridiske fagdommere ikke har en utdanning som gir innsikt i de faglige problemer som knytter seg til tvangssakene, og at de heller ikke gjennom praksis får anledning til å utvikle generell innsikt i denne type saker. Det siste har sammenheng med at disse saker er forholdsvis sjeldne i praksis i forhold til domstolenes øvrige arbeidsbyrde, og det er tilfeldig om en dommer får flere saker av denne type til behandling i løpet av sin dommerkarriere.

Dersom man legger tvangssakene til domstolene i første instans, vil saker av denne art øke betydelig. Men fortsatt vil innslaget av slike saker utgjøre en relativt beskjeden del av domstolenes arbeidsbyrde. Den enkelte dommer vil fortsatt relativt sjelden komme i kontakt med tvangssaker. Men like viktig er kanskje at de alminnelige by- og herredsrettsdommere ikke vil ha noen særskilt grunn til å skaffe seg innsikt i faglige synspunkter vedrørende barn og rusmiddelmissbrukere, framfor alle andre områder domstolene får kontakt med.

Et argument for bruk av de alminnelige domstoler, er at de har allmenn tillit som konfliktløsere i saker hvor det gjelder å finne en juridisk riktig løsning. Det er tvilsomt om domstolenes prestisje er like høy i tvangssaker etter tvistemålslovens kap. 33, bl.a. fordi disse sakene mer åpenbart dreier seg om verdiprioriteringer enn det som er vanlig i rettssaker.

En annen mangel ved domstolmodellen slik vi kjenner den i Norge, er at domstolene ikke har noen som kan ivareta saksforberedelsen i dommerens sted. De enkelte domstoler har altså ikke noe fagkyndig sekretariat som kan ivareta disse funksjoner, og som kan sørge for at erfaringer samles og bearbeides på en hensiktsmessig måte. Dette er antakelig ikke bare et praktisk spørsmål som kan løses gjennom tilføring av ressurser, men også et uttrykk for en prinsipiell oppfatning om domstolenes virksomhet.

Den første av de nevnte innvendinger mot å bruke de vanlige domstoler som førsteinstans, kan i noen grad imøtekommes ved at det innen hvert fylke eller grupper av fylker utpekes en bestemt herreds- eller byrett som skal behandle disse sakene. Dette kan gi grunnlag for en sterkere spesialisering. Særlig vil denne

konsekvens bli klar hvis en bestemt dommer innen vedkommende domstol utpekes til å ta disse sakene over en viss tid.»

Utvalgets flertall gikk deretter inn for å etablere et profesjonelt preget statlig avgjørelsesorgan med fylket som arbeidsområde – en fylkesnemnd. Det ble foreslått at avgjørelsesorganet skulle være frittstående og unntatt fra departementets instruksjonsmyndighet, arbeide etter de samme saksbehandlingsregler som domstolene, og ha en sterk faglig sammensetning. Utvalget viste til at spesialisering kunne skape grunnlag for at jurister med særlig interesse for og bakgrunn i slike saker ville søke stilling som leder av avgjørelsesorganet, og at lederen dermed blant annet ville ha kompetanse til å forstå de forholdene som avdekkes i den enkelte sak og å øve kritikk mot de sakkyndiges premisser og konklusjoner. Utvalget mente også at en slik modell ville sikre en rask behandling av sakene.

Utvalgets mindretall mente at saker om tvang etter barnevernloven burde behandles av de alminnelige domstolene. Mindretallet fremhevet at den kontroversielle karakteren av tvangssakene tilsa at sakene burde behandles av et avgjørelsesorgan som nyter allmenn tillit i befolkningen, og at saksbehandlingen i domstolene gir særlig garanti for at rettssikkerheten ivaretas. De midlene som kreves for å etablere et nytt avgjørelsesorgan, burde derfor heller brukes til å forbedre rettsapparatets muligheter til å gjøre en god jobb på dette området. For å unngå ulemper med at noen førsteinstanser ville få liten erfaring i å behandle de aktuelle sakstypene, foreslo mindretallet at de aktuelle sakene kunne legges til spesielt utpekte domstoler i det enkelte fylke.

12.3 Oppfølgingen av sosiallovutvalgets innstilling

Forslaget fra sosiallovutvalgets flertall om at tvangsvedtakene for rusmisbrukere burde fattes av en fylkesnemnd, ble fulgt opp i Ot.prp. nr. 29 (1990–91). Sosialdepartementet la blant annet vekt på at det i slike saker er viktig at dommeren kan ta selvstendig standpunkt til alle sakens sider, og at de alminnelige domstolene neppe ville behandle et tilstrekkelig antall saker til at de opparbeidet den erfaring og innsikt som ville være av særlig betydning ved behandlingen av tvangssakene.³ Det ble vist til at «[d]omstolenes rolle til nå

³ Ot.prp. nr. 29 (1990–91) kapittel 9.2 side 131–135.

har vært å være kontrollører av hva som juridisk sett er den riktige løsningen. Det er imidlertid ingen tradisjon på at domstolene skal ta stilling til hva som bør gjøres, og det er spørsmål om domstolene egner seg til dette.»⁴

I Ot.prp. nr. 44 (1991–92) sluttet Barne- og familiedepartementet seg til vurderingene fra Sosialdepartementet, og ga uttrykk for at disse betraktningene var like relevante for tvangssakene etter barnevernloven.⁵ Fylkesnemndene fikk dermed også ansvar for å treffe enkelte avgjørelser etter barnevernloven.

12.4 Vurdering i Ot.prp. nr. 56 (1996–97) av om foreldretvister bør behandles av fylkesnemndene

I oktober 1995 sendte Barne- og familiedepartementet på høring forslag til endringer i barnelova. I høringsnotatet drøftet departementet hvorvidt fylkesnemndene for sosiale saker kunne være et egnet saksbehandlingsorgan også for foreldretvister. Departementet konkluderte med at fylkesnemndene med sin domstolslignende oppbygning og klare offentligrettslige preg, ikke var egnet til å behandle foreldretvister. I Ot.prp. nr. 56 (1996–97) uttalte departementet følgende om problemstillingen:⁶

«Fylkesnemndene er et forvaltningsorgan, med et domstolslignende preg. Nemndas oppbygning og behandlingsform følger av sosialomsorgsloven kapittel 9. Når det gjelder prosessformen, skal domstollovens og tvistemålslovens regler brukes så langt de passer. Fylkesnemndene ledes av en jurist, og det er oppnevnt et utvalg av sakkyndige og et alminnelig medlemsutvalg. I den enkelte sak skal fylkesnemnda settes sammen av lederen og to medlemmer fra hvert av de to utvalgene, slik at vedtaksorganet består av fem medlemmer som fatter avgjørelser. Dersom nemnda skal overta ansvaret for barnefordelingssakene, finnes det i dag ikke saksbehandlere som kan forberede sakene. Slik nemnda fungerer i dag vil det være svært vanskelig å tilpasse barnefordelingssakene til denne behandlingsformen som jo er bygget opp for å avgjøre tvangssaker.

De fleste av fordelene ved administrativ behandling [vil] falle bort dersom fylkes-

nemnda skal overta barnefordelingssakene. Saksbehandlingsreglene vil være såvidt kompliserte at flertallet av foreldrene vil måtte bruke advokat. Prosessen vil bære større preg av domstolsbehandling, og vil påføre partene større utgifter. Sakene vil kunne ankes inn for det ordinære domstolsapparatet, og fylkesnemnda vil således representere en ny domstolslignende instans istedenfor et alternativ til domstolsbehandling. Dette kan i verste fall føre til at saken tar enda lengre tid før den blir endelig avgjort. Dersom barnefordelingssaker skal overføres til fylkesnemnda, vil dette kreve en ytterligere utbygging og ressurstilførsel.»

Departementet kom til at foreldretvister er av en så spesiell karakter at det kunne reises spørsmål om ikke et eget avgjørelsesorgan ville være bedre egnet til å behandle disse sakene enn de ordinære domstolene. Det ble vist til at et slikt organ trolig ville kunne foreta en hurtigere og mer sakkyndig behandling. Departementet la derfor til grunn at spørsmålet om særdomstol for behandlingen av slike familiesaker burde utredes nærmere.

12.5 Vurderinger i NOU 1998: 17 av hvilket avgjørelsesorgan som bør behandle foreldretvister

I 1997 ble det oppnevnt et utvalg under ledelse av sorenskriver Nils Dalseide, for vurdering blant annet av om det bør opprettes en særdomstol for barnefordelingssaker (barnefordelingsprosessutvalget). Utvalget hadde følgende mandat:⁷

«Utvalget skal vurdere om det bør opprettes en særdomstol eller en annen form for særskilt organ for barnefordelingssaker, det vil si saker etter lov av 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre, om foreldreansvar, samværsrett og spørsmål om hvor barnet eller barna skal bo. Det skal videre vurderes om det er hensiktsmessig at andre tilgrensende saksområder faller inn under denne domstolens kompetanse.

Utvalget bør også vurdere om en eventuell særdomstol skal gis myndighet til å kunne pålegge delt bosted for barnet, det vil si at foreldrene deler den daglige omsorgen for barnet slik at barnet har fast bosted hos begge foreldrene.

Det bør også utredes alternativt hva som kan gjøres for å forbedre dagens tosporede sys-

⁴ Ot.prp. nr. 29 (1990–91) kapittel 9.2 side 134.

⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991–92) kapittel 7.1 side 88–91.

⁶ Ot.prp. nr. 56 (1996–97) kapittel 9.2.2.4 side 75–76.

⁷ NOU 1998: 17 kapittel 2.1 side 14.

tem med administrativ og rettslig behandling av saker etter barneloven. Utvalget bes se på hvordan det alminnelige domstolssystemet eventuelt kan tilføres mer barnefaglig kompetanse. Det bør særlig legges vekt på hvordan hensynet til rettssikkerheten kan styrkes.

...»

Barnefordelingsprosessutvalgets utredning er NOU 1998: 17 *Barnefordelingssaker*.

Som utgangspunkt for vurderingen av hvilket avgjørelsesorgan som burde behandle foreldretvistene, oppstilte utvalget en rekke krav.⁸ Disse kravene var blant annet at sakene måtte kunne behandles tilstrekkelig raskt, at avgjørelsesorganet måtte kunne gi partene konstruktiv hjelp til å bli enige i spørsmålene vedrørende barnet, at avgjørelsesorganet måtte ha tilgang til relevant sakkyndighet, og at det måtte ha høy juridisk kompetanse. Videre var det krav om at saksbehandlingen måtte være preget av rettssikkerhet, at partene måtte oppleve at saksbehandlingen var hensynsfull og rettferdig, og at det måtte legges til rette for at prosessen ikke ble for kostbar.

Utvalget drøftet blant annet om foreldretvistene burde legges til de daværende fylkesnemndene for sosiale saker, alternativt et annet forvaltningsorgan. Utvalget anså at det var lite hensiktsmessig med et annet forvaltningsorgan ettersom fylkesnemndene allerede eksisterte og hadde kompetanse på barn. Til fordel for en nemndsmo- dell viste utvalget til at foreldretvistene ikke i hovedsak reiste typiske juridiske vurderinger, men at også allmennmenneskelige vurderinger og barnefaglige vurderinger inngikk, og at barnets situasjon og behov stod sentralt i både barne- vernsaker og foreldretvister. Videre pekte utvalget på at en fylkesvis fordeling av saker ville bidra til at avgjørelsesorganet fikk tilstrekkelig erfaring og kyndighet på området. Utvalgets flertall gikk likevel ikke inn for en slik løsning. Det viste blant annet til at vurderingstemaene var ulike, at domstolene allerede hadde erfaring med vurderingen av kriteriet «barnets beste» i barnevernsaker som kunne nyttiggjøres i foreldretvistene, og at nemndslederne i fylkesnemndene ikke hadde noen særlig trening i å mekle. Det viste også til at muligheten for deltakelse av sakkyndige i prosessen ikke kunne være noe tungtveiende argument, idet både fylkesnemndene og domstolene kunne benytte sakkyndige både som medlemmer av avgjørelsesorganet og som eksterne sakkyndige. Videre uttalte utvalgets flertall blant annet:⁹

«Behovet for rask behandling av barnefordelingssakene, kan være et argument for å overføre sakene til fylkesnemndene. Den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for saker behandlet av fylkesnemndene var i 1997 drøyt tre måneder, mens den tilsvarende tid for barnefordelingssakene i førsteinstansdomstolene var ca seks måneder. Det er imidlertid vanskelig å sammenligne saksbehandlingstider mellom ulike avgjørelsesorganer. Prosessreglene er på noen områder forskjellige, og forhold som ressurstilgang, sakstype og saksmengde, tidsregistreringsmåte m v virker inn. Det er derfor vanskelig å ha noen begrunnet mening om hvor lang saksbehandlingstiden vil bli ved overføring av barnefordelingssakene til fylkesnemndene. Det er etter flertallets syn ikke holdpunkter for å anta at en overføring til nemndene vil kunne gi noen nevneverdig gevinst med hensyn til saksbehandlingstid. Det er dessuten ikke egnet til å redusere samlet medgått saksbehandlingstid at det blir et eget organ som skal behandle sakene før en eventuell domstolsbehandling.

Utvalgets flertall finner også at det kan reises prinsipielle innvendinger mot å legge denne typen saker til et forvaltningsorgan som førsteinstans i stedet for en førsteinstansdomstol. Det fremstår som lite hensiktsmessig at barnefordelingssakene, som barnevernssakene, etter en fylkesnemndsbehandling eventuelt må bringes inn for en førsteinstansdomstol. Dette gjelder selv om bare et mindretall at avgjørelsen skulle bli brakt til overprøving.

Etter flertallets syn er det ingen aktuell løsning at et eventuelt nemndsvedtak i disse sakene bringes direkte inn for lagmannsretten. Rettssikkerhetshensyn tilsier at det i barnefordelingssakene, som i andre sivile saker, må være mulighet for en reell toinstanssprøving ved domstolene. Det er en vesentlig forskjell på å erstatte de kommunale barnevernsnemndene, fylkesmannen og departementets klagebehandling med fylkesnemndene, og det å erstatte førsteinstansen i domstolsapparatet med fylkesnemndene. Utvalgets flertall finner at det avgjørelsesorgan som skal behandle barnefordelingssaker i førsteinstans bør være en domstol, og ha de kjennetegn og den kompetanse som domstoler har, nemlig i det vesentlige drive med dømmende virksomhet og tilfredsstillende uavhengighetskravet til domstolene.

⁸ NOU 1998: 17 kapittel 10 side 64–73.

⁹ NOU 1998: 17 kapittel 10.2 side 66.

Flertallet er av den oppfatning at de spesielle saksbehandlingsregler som skal gjelde for barnefordelingssaker bør suppleres med de alminnelige regler i tvistemålsloven og domstolsloven. Rent retsteknisk er dette noe enklere å gjennomføre dersom sakene beholdes i domstolene enn dersom de overføres til fylkesnemndene.

Et argument for å legge barnefordelingssakene til fylkesnemndene, vil kunne være at man da lettere kan få en samordning i de tilfellene der samme familie er involvert både i en barnevernssak og en barnefordelingssak. Om de samordningsproblemer som knytter seg til situasjoner hvor disse sakene griper inn i hverandre vises f.eks. til Ofstad/Skar side 97 flg. og Smith, 1980 side 510 flg. Se også drøftelsene i Ot prp 104 (1992–93) og Ot prp 44 (1991–92) side 44. Slike problemer forekommer etter flertallets vurdering neppe så hyppig at det i seg selv er noe viktig argument for å legge barnefordelingssakene til fylkesnemndene.»

På denne bakgrunnen fant ikke utvalgets flertall tilstrekkelig grunn til å legge foreldretvistene til fylkesnemndene eller til et annet forvaltningsorgan. Det gikk heller ikke inn for å etablere særdomstoler, verken for foreldretvister spesielt eller for familiesaker generelt. Som begrunnelse for ikke å anbefale særdomstoler, tok utvalgets flertall utgangspunkt i at den norske rettstradisjonen er forankret i et alminnelig domstolsvesen som behandler alle typer tvister, og at det må foreligge tungtveiende hensyn dersom det skal være aktuelt å opprette særdomstoler. Utvalgets flertall ga uttrykk for at en mulig fordel med å opprette en særdomstol, ville være at dommerne i en slik spesialdomstol raskt ville få mye erfaring i å behandle foreldretvister, og at søkere til dommerembeter i slike særdomstoler trolig ville være personer som har spesiell interesse for og erfaring med familiesakene. Samtidig ble det fremholdt at spesialisering over tid kunne bli noe ensformig. Utvalgets flertall uttalte videre:¹⁰

«Det er etter flertallets oppfatning grunn til å tro at en erfaren generalistdommer – som har trening i rettskildebud og bevisbedømmelse fra en rekke av rettslivets områder, vil være en god garanti for en balansert og klok avgjørelse også i disse sakene. I tillegg til evne til empati, menneskelighet og kommunikasjon, vil dommerens evne til rettslig analyse og bevisbe-

dømmelse være det sentrale element i dommergjerningen også på dette rettsfeltet. Med spesialiserte dommere vil det dessuten over tid kunne være risiko for overfokusering på bestemte elementer i saksfeltet, samt en mulighet for ensrettethet og for at saksbehandlingen og avgjørelsene vil kunne få et visst rutinemessig preg.

Til tross for muligheten til å benytte sakkyndig hjelp, er det i barnefordelingssakene viktig at dommerne i tillegg til gode juridiske kvalifikasjoner også har innsikt i forhold som barns behov, hvilke faktorer som virker på parter i disse konfliktene og hvorledes man kan hjelpe partene til å komme fram til en samarbeidsløsning vedrørende barna. Ved utnevnelser av dommere i en spesialdomstol vil man kanskje kunne legge mer vekt på erfaring fra og egnethet for den konkrete sakstypen, enn det som er vanlig i dommerrekrutteringen ellers. Behovet for å ha dommere med slik innsikt kan imidlertid til en viss grad imøtekommes også i de alminnelige domstoler ved at dommere gjennom ulike utdannelsestiltak skoles nettopp i de elementer som er spesielle i familiesakene. Når man i Sverige ikke fant det hensiktsmessig å etablere særdomstoler, f.eks. familiedomstoler, ble det samtidig iverksatt et spesielt utdanningsprogram for allmenndommerne på de ulike rettsområder. Dette er etter flertallets vurdering også en god løsning for vårt rettssystemets vedkommende.

Det er også grunn til å anta at det vil være vanskelig å rekruttere dyktige dommere til spesialiserte familiedomstoler. Domstolene har i dag et generelt rekrutteringsproblem, jf. beskrivelsen i St prp 1 (1998–99) for Justis- og politidepartementet, side 37 pkt. 4.1.6. Dette blir neppe mindre i en spesialisert domstol. Det er grunn til å anta at muligheten for å arbeide på et bredt felt innen jussen fortsatt vil virke mest attraktivt på dommerkandidater generelt. Det er få forhold som er så godt egnet til å styrke rettssikkerheten som at de dommere som rekrutteres er godt faglig kvalifisert.

Det er etter flertallets vurdering ikke grunn til å anta at etablering av en særdomstol vil innebære økt rettssikkerhet, verken for partene eller for barnet.»

Utvalgets flertall viste videre til de generelle erfaringene fra særdomstoler og domstolslignende organer som tilsa at saksbehandlingstiden ikke var vesentlig kortere enn ved de alminnelige førstinstansdomstolene, og at en ulempe med sær-

¹⁰ NOU 1998: 17 kapittel 10.3 side 67–68.

domstoler var at det lett kunne oppstå vernetings-/kompetanseproblemer. Videre ble det vist til at de geografiske vernetingsområdene måtte være store for at hver enkelt domstol skulle få tilstrekkelig mange saker, og at dette neppe var forenlig med målsettingen om at flest mulig av sakene som kommer inn for domstolen skulle løses i minnelighet, noe som kunne kreve hyppig kontakt mellom domstolen og partene. Utvalgets flertall konkluderte derfor med at det ikke burde etableres særdomstoler for foreldretvistene spesielt eller familiesakene generelt.

Utvalgets flertall gikk deretter over til å vurdere om foreldretvistene burde behandles av utvalgte domstoler (stedlige familieretter), avdelinger i de alminnelige domstolene (familierettsavdelinger ved de enkelte domstoler), skifterettene eller utvalgte dommere i de alminnelige domstolene.

Til fordel for stedlige familieretter, ble det pekt på at dommerne i disse domstolene ville få større erfaringsgrunnlag fra sakfeltet, og at det dermed ville innebære en viss spesialisering. Videre ble det vist til at søkere til ledige dommerembeter disse stedene ville være kandidater med en spesiell interesse for og særlig erfaring fra familiesakene. Det ble imidlertid påpekt at det neppe ville være noe å oppnå når det gjaldt saksbehandlingstid, med mindre domstolene ble tilført betydelige ressurser. Videre ble det vist til ulemper ved at partene ville få lengre geografisk avstand til den domstolen som skulle behandle saken. På bakgrunn av dette gikk utvalgets flertall ikke inn for å legge foreldretvistene til et visst antall av de alminnelige førsteinstansdomstolene.

Når det gjaldt opprettelse av familierettsavdelinger ved de enkelte domstolene, viste utvalgets flertall til at mange av de innvendingene som var fremholdt mot særdomstoler også hadde gyldighet for egne familierettsavdelinger, fordi dommerne der forutsetningsvis ville måtte jobbe mer eller mindre bare med familiesaker. Ved en avdelingsordning kunne det imidlertid være enkelt å få til en turnusordning slik at ulempene ved spesialisering til en viss grad kunne elimineres. Det ble imidlertid vist til at mange av domstolene i Norge, selv etter en eventuell strukturendring, ville være for små til at en avdelingsordning ville ha noe for seg. Utvalgets flertall gikk derfor ikke inn for at det ble opprettet egne familierettsavdelinger i de ordinære domstolene.

Utvalgets flertall vurderte deretter om foreldretvistene burde behandles av skifterettene. Det ble vist til at store skifteretter først og fremst var et storbyfenomen, og at regler som skal gjelde

generelt i landet ikke burde utformes etter dette. Videre pekte det på at man ville gå glipp av fordelene med generalistdommerne ved å legge sakene til skifteretten. Til fordel for denne løsningen, fremholdt utvalget at prosessreglene for skifteretten var preget av fleksibilitet og hadde likhetstrekk med prosessreglene i foreldretvistene, og at skiftedommerne gjennom sitt arbeid fikk erfaring i å håndtere familiekonflikter. Det viste også til at en slik flytting ville innebære at foreldretvistene kunne behandles i sammenheng med det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene, noe som ville ha fordeler blant annet ved at skiftedommeren kunne se helheten i familiens situasjon og at konflikten om det økonomiske oppgjøret kanskje kunne løses raskere enn ellers. Samtidig kunne en sammenkobling mellom barn og økonomi være en ulempe. Utvalgets flertall fremhevet videre at saksbehandlingstiden antakelig ville bli noe kortere, men at verken hensynet til rettssikkerheten eller større grad av sakkyndighet tilsa at sakene ble overført til skifterettene som en generell ordning.

Til slutt vurderte utvalgets flertall om foreldretvistene burde tildeles dommere i domstolene som hadde spesiell erfaring med eller interesse for disse sakene. Utvalgets flertall la til grunn at en slik fordeling av sakene neppe var i strid med det såkalte tilfældighetsprinsippet, og anbefalte at dette ble gjennomført i praksis.

Utvalgets mindretall foreslo å omgjøre fylkesnemndene til særdomstoler med samme status som førsteinstansdomstolene, og å flytte foreldretvistene til disse særdomstolene. Mindretallet pekte blant annet på at foreldretvistene og barnevernsaker hadde flere likhetstrekk enn det flertallet ga uttrykk for, og uttalte blant annet:¹¹

«Både i barnevernsaker og i saker etter barne-loven står hensynet til hva som er best for barnet helt sentralt. Avgjørelsesalternativene er riktignok ulike i de to lovene, kriteriene likeså, men i begge tilfelle skal det vurderes og tas standpunkt til barnets omsorgssituasjon. I begge lover er det særegent at det skal foretas en framtidsvurdering i den enkelte sak. Etter mindretallets vurdering bør derfor barnevernsaker og saker om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær behandles av samme organ.»

Utvalgets mindretall fremhevet at fylkesnemndene hadde bygd opp en ekspertise til å gå inn i,

¹¹ NOU 1998: 17 kapittel 10.6 side 72.

og treffe avgjørelser i vanskelige og konfliktfylte saker med barnet som hovedperson. Det ble fremhevet at søkningen til dagens fylkesnemnder hadde vært bra, og at søkningen neppe ville bli mindre med status som domstol. Videre ble det fremholdt at det neppe kunne påvises en risiko for overfokusering på bestemte elementer i saksfeltet, eller en mulighet for ensrettethet og for at saksbehandlingen og avgjørelsene ville kunne få et visst rutinepreg ved at dommerne får et mer avgrenset saksområde enn ved andre domstoler. Utvalgets mindretall fremhevet at desto mindre erfaring man har fra et saksfelt, desto mindre forståelse vil man kunne ha for kompleksiteten og det særegne ved den enkelte sak. Videre uttalte utvalgets mindretall:¹²

«En del barnevernsaker som i dag føres for fylkesnemndene har også en barnelovside. Det kan være viktig å utarbeide rutiner i forhold til hvordan slike kombinerte saker skal behandles. I dag er det ikke klare reguleringer på dette området, noe som stadig forsinker prosessen, og fører til problemer i håndteringen av sakene. Dette kan også medføre uheldige beslutninger for barnet. Ved å legge begge sakstyper til en egen domstol, vil disse problemene bli lettere å håndtere.»

12.6 Oppfølging av anbefalingene i NOU 1998: 17

Barnefordelingsprosessutvalgets innstilling ble sendt på høring 15. desember 1998. De fleste av høringsinstansene var negative til opprettelse av en særdomstol eller annet særskilt avgjørelsesorgan for foreldretvistene.¹³ I Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) tok departementet utgangspunkt i at den norske rettstradisjonen er forankret i et alminnelig domstolsvesen som behandler alle typer saker, og at det ikke burde opprettes særdomstoler uten at det forelå tungtveiende grunner for dette. Departementet mente at dette ville sikre at ulike rettsområder ses i sammenheng, og at den enkelte sak får en allsidig og bred vurdering. Deresom det ved avgjørelsen av en sak eller saker av en bestemt type var behov for sakkyndighet, kunne dette ivaretas ved mer omfattende bruk av eksterne sakkyndige, eller ved at retten oftere settes med fagkyndige meddommere (eventuelt i kombinasjon). Departementet fremholdt at det

også kunne skje en viss spesialisering innenfor de større domstolene. For øvrig uttalte departementet blant annet:¹⁴

«Departementet kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner for at barnefordelingssakene skal flyttes ut av de alminnelige domstolene. Verken rettssikkerhetshensyn eller hensynet til kortere saksbehandlingstid taler etter departementets oppfatning klart for en slik løsning.

Ved de alminnelige domstolene vil barnefordelingssakene bli behandlet av dommere med erfaring fra mange forskjellige typer saker, men også fra sakstyper av familierettslig karakter som ligger barnefordelingssakene nær, f.eks. ekteskapssaker, felleseieskifter og arvesaker. Det er gode grunner for at disse sakene bør behandles av samme instans. Ved en ev. innføring av nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker, som legger vekt på at foreldrene skal komme fram til en avtaleløsning, er det også en stor fordel at dommerne i de alminnelige domstolene har erfaring med å lede forliksforhandlinger, herunder gjennom forsøksordningen med rettsmekling.

Departementet ser at det kan være en fordel for behandlingsmåte og resultat at barnefordelingssakene behandles av dommere med tilstrekkelig kunnskap og erfaring med denne spesifikke sakstypen. Etter vår oppfatning er det imidlertid verken nødvendig eller ønskelig at det opprettes spesialdomstoler e.l. for å imøtekomme dette behovet. Utviklingen går nå i retning av færre og større førsteinstansdomstoler med flere dommere, jf den tidligere omtalte St.meld.nr.23 med tilhørende innstilling. Dette vil i større grad gi rom for en viss spesialisering internt ved domstolen, jf eget punkt nedenfor. Sammen med en kompetanseheving ved kurs vil dette gjøre dommerne godt rustet i barnefordelingssakene.

Behovet for sakkyndig (barnefaglig) bistand må også anses ivare tatt ved de alminnelige domstolene. Det vises til de nye saksbehandlingsreglene som gir mulighet til å benytte sakkyndige på en ny og mer målrettet måte tidlig i prosessen. Adgangen til å benytte sakkyndige på tradisjonelt vis, hvor det utarbeides utredning og den sakkyndige er til stede ved ev. senere rettsforhandling, opprettholdes og kan benyttes i tilfeller der det er behov for

¹² NOU 1998: 17 kapittel 10.6 side 73.

¹³ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 12 side 72–76.

¹⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 12.3 side 75.

dette. Videre er det mulighet for å sette retten med fagkyndige meddommere.

Ved vurderingen av om det bør opprettes særdomstoler eller lignende for barnefordelingssaker, er det også en ulempe at verne-tingsområdene vil bli større enn ved de alminnelige domstolene. Dette er negativt sett i forhold til de nye saksbehandlingsreglene som fordrer at partene er i en viss geografisk nærhet til domstolen. Det vil ellers bli vanskelig å legge opp til hyppig kontakt med partene, flere saksforberedende møter mv.»

Om forslaget fra barnefordelingsprosessutvalgets mindretall om å omgjøre fylkesnemndene til særdomstoler, uttalte departementet blant annet:¹⁵

«Det er fra utvalgets mindretall, og de høringsinstansene som støtter disse, fremhevet at barnefordelingssakene og sakene for fylkesnemnda har klare fellestrekk. Departementet ser at innsikt i barns situasjon og behov står sentralt både i barnevernsaker og barnefordelingssaker. Vurderingstemaet i den typiske barnefordelingssak, hvor begge foreldre er egnet, er imidlertid forskjellig fra vurderingstemaet i den typiske barnevernsak der spørsmålet er om foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne. De nye saksbehandlingsreglene som foreslås i denne proposisjonen er spesialtilpasset førstnevnte sakstype og egner seg ikke for barnevernsakene, hvor det ikke er aktuelt å inngå forlik. Dette sier samtidig noe om forskjellen på en privatrettslig tvist mellom foreldrene og offentligrettslige saker om tvangsinngrep overfor privatpersoner som er fylkesnemndenes saksområde i dag. Nemndene har ikke erfaring med å behandle tvister mellom privatpersoner, og mekling er ikke en del av nemndas behandlingsform.

Den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for saker behandlet av nemndene var i 2001 på 66 dager fra sakene innkom nemnda til vedtakene ble sendt kommunen, noe som ligger klart under saksbehandlingstiden for domstolene. Departementet kan imidlertid ikke se at det har noen hensikt å sammenlikne domstolene og fylkesnemndenes saksbehandlingstid. Sakstypene er forskjellige og i fylkesnemndsakene er sakene normalt grundig utredet, herunder med ev. sakkyndig utredning, før saken kommer til nemnda. Dette i motsetning til hva som er tilfellet for domstolsbehandlin-

gen av barnefordelingssaker. Videre kan statistikkføringen være forskjellig for de to behandlingstansene.»

Departementet pekte samtidig på betydningen av at dommere i foreldretvister har innsikt i barns behov, hvilke faktorer som virker på parter i disse konfliktene, og hvorledes man kan hjelpe partene til å komme fram til en samarbeidsløsning om barna. Departementet mente at det kunne fremme mer lik og kompetent behandling av disse sakene om den enkelte dommer behandlet et tilstrekkelig antall saker til å opparbeide seg erfaring og holde kunnskapene ved like. På denne bakgrunn ga departementet uttrykk for at det ville ta initiativ til å sende ut en anbefaling til domstolene om å kanalisere foreldretvistene til spesielt interesserte dommere og gi tilbud om opplæring i håndtering av foreldretvister etter de nye reglene.

12.7 Vurderinger av overprøvingsinstanser for saker om tvang etter barnevernloven

Spørsmålet om avgjørelsene fra fylkesnemnda bør kunne bringes direkte inn for lagmannsretten (istedenfor tingretten), er vurdert ved flere anledninger. Sosiallovutvalgets flertall foreslo i sin tid at rettslig overprøving av fylkesnemndas avgjørelser skulle skje i lagmannsretten, under henvisning til at en fylkesnemnd som foreslått, kombinert med overprøving i de daværende herreds- og byrettene, ville ha liten mening.¹⁶ Sosialdepartementet mente imidlertid at overprøving av fylkesnemndas avgjørelse burde følge det vanlige systemet med herreds- og byretten som første instans, blant annet fordi herreds- og byrettene ville kunne behandle sakene hurtigere enn lagmannsrettene.¹⁷ Det er ellers også tatt til orde for at hensynet til barnets behov for ro og forutberegnelighet, og prosessøkonomiske hensyn, gjør det nødvendig å begrense antall overprøvingsinstanser, og at fylkesnemndas vedtak derfor bør kunne bringes direkte inn for lagmannsretten.¹⁸

Også tvistemålsutvalget kommenterte dette spørsmålet. Utvalget tok utgangspunkt i at rettslig prøving av nemndsvedtak bør skje i tingrettene

¹⁶ NOU 1985: 18 kapittel 17.5.4.11 side 301.

¹⁷ Ot.prp. nr. 29 (1990–91) kapittel 9.3.6 side 139.

¹⁸ Se blant annet NOU 2000: 12 *Barnevernet i Norge*, kapittel 16.6 side 191–192 og 16.8 side 196, St. meld. nr. 40 (2001–2002) kapittel 8.5 side 139–140 og Ot.prp. nr. 64 (2004–2005) kapittel 10.4 side 51–53, men motsatt resultat i Innst. O. nr. 115 (2004–2005) kapittel 2.9 side 15–16.

¹⁵ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 12.3 side 75–76.

som første instans.¹⁹ Utvalget drøftet deretter instansordningen i saker om overprøving av administrative tvangsvedtak overfor enkeltpersoner, herunder domstolenes forhold til fylkesnemndenes avgjørelser etter barnevernloven. Tvistemålsutvalget gikk imidlertid ikke inn for å endre ordningen med at anke over fylkesnemndenes vedtak hører under tingretten. Utvalget uttalte i den sammenheng blant annet:²⁰

«Fylkesnemndene er forvaltningsorganer, og deres vedtak er forvaltningsvedtak. Med noen få unntak er fylkesnemndene også første, administrative instans. På dette siste punktet skiller fylkesnemndene seg for eksempel fra Trygderetten. Det skal etter Tvistemålsutvalgets vurdering svært mye til for å akseptere at organer av denne typen – om ikke formelt, så i realiteten – integreres i domstolssystemet, ved at deres avgjørelser kan bringes direkte inn for lagmannsretten. Tvistemålsutvalget finner i denne forbindelse grunn til å peke på at en slik endring kunne bidra til et økt press for tilsvarende ordninger i forhold til andre, høyt spesialiserte forvaltningsorganer. Foruten de prinsipielle betenkelighetene ved dette, ville en slik utvikling også kunne bidra til å svekke tingrettenes stilling, og være vanskelig å forene med lagmannsrettenes oppgaver som ankedomstoler.

I den grad det er ønskelig med en omlegging, må dette skje åpent og i tråd med grunnfestete prinsipper om skillet mellom administrative og dømmende organer. Tvistemålsutvalget går ikke nærmere inn på de aktuelle alternativene i så måte; at fylkesnemndenes oppgaver overføres til domstolene i første instans, eller at fylkesnemndene omdannes til særdomstoler. Utvalget er ikke sammensatt med sikte på å vurdere slike mer gjennomgripende revisjoner av beslutningssystemet innenfor helse- og sosialsektoren, og legger – som nevnt innledningsvis – til grunn de føringer som allerede er gitt av Strukturutvalget og Justisdepartementet, slik disse kommer til uttrykk i henholdsvis NOU 1999: 22 og St.meld. nr. 23 (2000–2001).»

I oppfølgingen av tvistemålsutvalgets innstilling sluttet departementet seg til utvalgets generelle syn på hvilken funksjon de ulike domstolsinstansene skal ha.²¹ Prøving av fylkesnemndas vedtak

etter barnevernloven burde imidlertid etter departementets syn høre under lagmannsretten. Departementet begrunnet standpunktet med at en behandling i opptil fire instanser gir risiko for en samlet behandlingstid som er uforsvarlig lang sett i lys av prinsippet om barnets beste, og at en så omfattende behandling vil legge beslag på ressurser som kan komme barn bedre til nytte på andre måter.

Justiskomiteen fulgte ikke departementets forslag på dette punktet, og gikk inn for at fylkesnemndas vedtak i barnevernsaker fortsatt skulle kunne bringes inn for tingretten.²² Komiteens flertall mente at hensynet til at det raskt bør bli ro rundt barna, kunne ivaretas ved å innføre strenge vilkår for ankebehandling i lagmannsretten, jf. bestemmelsen i tvisteloven § 36-10 tredje ledd.

12.8 Øvrige vurderinger

12.8.1 Vurdering i Ot.prp. nr. 104 (1992–93) av om fylkesnemnda bør kunne bestemme at barnet skal ha fast bosted hos den andre forelderen

Under behandlingen av barnevernloven av 1992 ba Stortinget om at Regjeringen utredet nærmere om barnelova og barnevernloven kunne samordnes slik at man forenklet «overføringen av daglig omsorg» mellom foreldre dersom omsorgsevnen til den forelderen barnet bor fast hos, sviktet.²³ I Ot.prp. nr. 104 (1992–93) drøftet Barne- og familiedepartementet ulike løsninger, herunder om fylkesnemnda burde gis kompetanse til «å overføre omsorgen mellom foreldrene dersom vilkårene for omsorgsovertakelse eller midlertidig plassering i en akuttsituasjon er til stede etter reglene i barnevernloven i forhold til den av foreldrene som har omsorgen etter barnelova».²⁴

Departementet viste innledningsvis til at en utvidet kompetanse for fylkesnemndene ville representere et utilsiktet dobbeltsporet system, og at barnevernet kunne bli benyttet som en slags ekstra ankeinstans i tilfeller hvor spørsmålene om foreldreansvar og fast bosted tidligere var vurdert av domstolene.²⁵ Departementet pekte også på faren for at barnevernet kunne bli trukket inn i konflikter mellom foreldrene på en måte som ga større motsetninger og ulempe for barnet. Videre ble det nevnt at noe av bakgrunnen for at foreldre

¹⁹ NOU 2001: 32 A kapittel 8.4 side 234–235.

²⁰ NOU 2001: 32 A kapittel 19.2.4.3 side 527.

²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 4.5 side 46 og kapittel 26.4.1 side 345–346.

²² Innst. O. nr. 110 (2004–2005) kapittel 2.2.1 side 10.

²³ Innst. O. nr. 80 (1991–92) kapittel 3.4 side 24–25.

²⁴ Ot.prp. nr. 104 (1992–93) kapittel 2.4.1.1 side 6.

²⁵ Ot.prp. nr. 104 (1992–93) kapittel 2.2.2 og 2.2.3 side 3–5.

i enkelte tilfeller ønsker spørsmålet om barnets faste bosted løst av barnevernmyndighetene, er at de på denne måten unngår den økonomiske belastningen med å reise en foreldretvist.

Departementet beskrev deretter ulike konstellasjoner og konsekvenser av å gi fylkesnemnda utvidet kompetanse, og fremholdt at det særlig i forbindelse med overprøving av fylkesnemndas avgjørelser kunne oppstå mange uavklarte spørsmål for så vidt gjelder partsforhold, sakens rammer og domstolens kompetanse.²⁶ Departementet ga uttrykk for at en slik mulig løsning krever en bred og grundig vurdering og en rekke lovendringer, og at den umiddelbart syntes svært komplisert samtidig som den kunne ha uheldige konsekvenser for de som er parter i sakene.

Departementet gikk i stedet inn for at barnevernet ble gitt adgang til å plassere barn i fosterhjem hos den andre forelderen under forutsetning av at denne tar initiativ til å få løst saken etter reglene i barnelova. Departementet la til grunn at det ikke var nødvendig å foreta lovendringer for å gi barnevernet slik kompetanse.

12.8.2 Vurdering i NOU 2012: 5 av forholdet mellom barnelova og barnevernloven – fylkesnemndas kompetanse og familiedomstol

I 2011 ble det oppnevnt et utvalg under ledelse av psykolog Magne Raundalen for å utrede spørsmål knyttet til anvendelsen av det biologiske prinsipp i barnevernet, herunder problemstillinger i skjæringspunktet mellom barnevernloven og barnelova. Utvalgets utredning er NOU 2012: 5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling*. Utvalget vurderte blant annet om regelverket om fosterhjemsplassing hos forelder ivaretar hensynet til barnet godt nok.²⁷ Utvalget påpekte at problemstillingene knyttet til forholdet mellom barnevernloven og barnelova først og fremst aktualiseres når den faste bostedsforelderen motsetter seg at barnet skal bo midlertidig eller mer permanent hos den andre. Problemstillingen settes ytterligere på spissen dersom spørsmålet om omsorgssvikt oppstår idet foreldrene er i ferd med å avslutte samlivet, og det foreløpig ikke foreligger noen avtale, en praktisert ordning eller rettslig avgjørelse som avklarer hvem av foreldrene barnet skal anses for å bo fast hos.

Utvalget pekte på at regelverket legger opp til et system som krever avgjørelser fra både domstolen, fylkesnemnda og barnevernet, og at regelverket dermed er nokså komplisert å forstå og praktisere. Utvalget antok at plassering hos den andre av foreldrene i praksis derfor ikke blir vurdert så ofte som ønskelig. Utvalget pekte på to løsninger; at det åpnes for at spørsmålet om barnet kan bo fast hos den andre forelderen kan behandles i samme prosess som spørsmålet om omsorgsovertakelse, og/eller at fylkesnemnda gis kompetanse til å treffe foreløpige avgjørelser om foreldreansvar og fast bosted etter barnelova § 60. Om sistnevnte alternativ uttalte utvalget blant annet:²⁸

«Utvalget forutsetter at adgangen til midlertidig avgjørelse bare benyttes av fylkesnemnda som alternativ til omsorgsovertakelse, og at avgjørelsen for øvrig nokså klart anses å være i tråd med barnets beste. Den andre forelderen må således anses å kunne gi barnet tilfredsstillende omsorg. Det forutsettes med andre ord store forskjeller i foreldrenes omsorgsevne. Dersom den andre av foreldrene trenger forholdsvis omfattende hjelpetiltak for å kunne gi barnet et tilfredsstillende omsorgstilbud, bør adgangen til midlertidig avgjørelse ikke benyttes.

At fylkesnemnda gis en slik kompetanse, har den fordelen at fylkesnemndas saksbehandling kan avsluttes uten at det må treffes vedtak om omsorgsovertakelse. FNs barnekomité har gjentatte ganger kritisert Norge for antallet omsorgsovertakelser. Formelle omsorgsovertakelser som ikke fremstår som reelt nødvendige bør derfor unngås. Et omsorgsvedtak etter barnevernloven § 4-12 har som konsekvens at den av foreldrene som barnet skal bo fast hos i fremtiden, må godtgjøre at kravene for tilbakeføring etter barnevernloven § 4-21 er oppfylt. Vedtak om tilbakeføring må treffes av fylkesnemnda. Er partene enige om tilbakeføring, gjøres dette i praksis ofte gjennom forenklet behandling. Både for barnevernet og fylkesnemndene binder dette likevel ressurser.

Som nevnt er det etter dagens regler også en risiko for at barnet må midlertidig plasseres i institusjon eller i barnehjem i påvente av en godkjenning av forelderen som fosterhjem. Det bør være et sentralt mål at unødige plasseringer og flyttinger unngås. Særlig for små barn vil selv forholdsvis kortvarige mellomplasseringer kunne forstyrre barnets utvikling.

²⁶ Ot.prp. nr. 104 (1992–93) kapittel 2.4.1 side 6–7.

²⁷ NOU 2012: 5 *Bedre beskyttelse av barns utvikling*, kapittel 7.3.5–7.3.7 side 96–98.

²⁸ NOU 2012: 5 kapittel 7.3.7 side 97.

Utvalget viker tilbake for å foreslå at fylkesnemnda skal kunne treffe vedtak om foreldreansvar, fast bosted og samvær på mer permanent basis. Slike avgjørelser vil kunne åpne opp for slikt misbruk av fylkesnemnda og fri retts- hjelpordningen.»

Utvalget pekte på at en kompetanse for fylkesnemnda til å treffe midlertidig avgjørelse etter barnelova § 60 ikke løser problemet med det tosporede systemet, og at domstolene vil måtte ta stilling til hvem barnet skal bo fast hos på permanent basis dersom foreldrene ikke blir enige. Ettersom fylkesnemndas kompetanse til å treffe midlertidig avgjørelse forutsettes benyttet i saker der det fremstår som nokså klart at det er store forskjeller i omsorgsevnen til foreldrene, antok utvalget at mange av disse sakene til syvende og sist ville bli løst gjennom avtale mellom foreldrene.

Utvalget gikk også inn for å utrede om en form for familiedomstoler kunne erstatte dagens fylkesnemndsordning. Utvalget viste til at forskning på fagområdet øker behovet for spesialisert kunnskap, også juridisk. Utvalget mente det ville være av interesse å vurdere om en slik domstol ville kunne medføre kortere ventetid og en mer spesialisert kompetanse.

Utvalgets utredning ble sendt på høring. Etter høringen la departementet til grunn at det var behov for å utrede flere sider av forholdet mellom barnelova og barnevernloven, herunder utvalgets forslag om at fylkesnemnda skulle få kompetanse til å treffe avgjørelser etter barnelova om foreldreansvar og fast bosted.²⁹ Departementet ønsket også å se nærmere på forslaget om å etablere familiedomstoler, og samtidig vurdere om utvalgets intensjoner bak forslaget kunne ivaretas på andre måter.³⁰

12.8.3 Vurdering i rapporten Spesialisering i domstolene

Som det fremgår ovenfor, er det nær sammenheng mellom spørsmålet om spesialisering og spørsmålet om hvilket avgjørelsesorgan som bør behandle foreldretvister og barnevernsaker. I rapporten «Spesialisering i domstolene»,³¹ utarbeidet av en arbeidsgruppe nedsatt av Domstoladministrasjonen i kjølvannet av det såkalte LOK-prosjek-

tet og et forsøksprosjekt med moderat spesialisering, gis det en vurdering av om domstolsbehandlingen av barnesakene bør ivaretas av spesialiserte dommere. Av rapporten fremgår det blant annet:³²

«Som en del av spesialiseringsprosjektet ble det gjort forsøk med moderat spesialisering av sakene etter barneloven. Spesialisering på dette felt ble imidlertid ikke videreført, idet dommerne opplevde at barnesakene da utgjorde en for stor del av saksporteføljen. Det er antatt at i enkelte domstoler utgjør barnesaker så mye som 30 % av en dommers saksportefølge, dersom det foretas en alminnelig fordeling av sakene blant dommerne. I større domstoler utgjør barnesakene en mindre andel av de sivile tvistene. I Oslo tingrett utgjør eksempelvis disse sakene ca 15 % av det samlede antall sivile tvister.

Av dette følger at en mengdemessig er på «spesialiseringnivå» uten å foreta formell spesialisering. Arbeidsgruppen er på denne bakgrunn blitt stående ved at den enkelte dommer får tilstrekkelig «mengdetrening» for så vidt gjelder barnesaker, uten at det foretas moderat spesialisering. Det antas således at ytterligere spesialisering av barnesaker ikke vil ha særlig kompetansehevende effekt.

Videre vises det til at både barnesaker og barnevernsakene behandles med et betydelig innslag barnefaglig kompetanse som et ledd i den alminnelige domstolsbehandling. For så vidt gjelder sakene etter barneloven, oppnevnes det regelmessig sakkyndig som løpende bidrar i prosessen for retten, som enten leder til forlik eller dom. Hva gjelder sakene etter barnevernloven, behandles disse innledningsvis i Fylkesnemnda, som er et spesialisert forvaltningsorgan. I Fylkesnemnda fattes avgjørelsene av et panel med deltakelse av barnefaglig fagkyndig. Det er denne forvaltningsavgjørelsen som overprøves av tingretten i første instans. I tingretten deltar, foruten fagdommeren, også en barnefaglig fagkyndig samt en lekdommer. Det vil i tillegg som regel foreligge uttalelser fra sakkyndige som en del av prosessen.

Arbeidet med både barnesakene og barnevernsakene utgjør en meget viktig del av domstolarbeidet. Sakene har høy prioritet, og det er en sterk vektlegging i domstolene av å holde

²⁹ Prop. 106 L (2012–2013) kapittel 11.8 side 87. Se også Prop. 85 L (2012–2013) kapittel 2.3 side 14.

³⁰ Prop. 106 L (2012–2013) kapittel 11.9 side 87.

³¹ Omtalt også under del II kapittel 3.4.2.

³² Rapport fra arbeidsgruppe nedsatt av Domstoladministrasjonen, Spesialisering i domstolene, kapittel 4.6 side 20–21.

høy kvalitet på utførelsen av dette arbeidet. Det er viktig å arbeide for fortsatt utvikling av den barnefaglige kompetansen blant dommerne, og nye kompetansetiltak på dette området bør prioriteres. Det er arbeidsgruppens oppfatning at det er positivt at det er en dommer med generalisterfaring som leder prosessen også i disse sakene. Ikke minst vil det med hensyn til bevisvurderingsaspektet være en rettssikkerhetsmessig fordel å ha generalistens erfaring

fra bevisvurdering på ulike rettsområder. Arbeidsgruppen anbefaler at man som hovedregel arbeider videre med utvikling av den barnefaglige kompetansen hos dommerne, i tillegg til generalisterfaringen. Dette er ikke til hinder for at man i domstoler hvor dette vurderes som naturlig, utvikler moderat spesialisering i behandling av barnesakene og barnevernsakene, for dommere som ønsker dette.»

Kapittel 13

Menneskerettslige forpliktelser

13.1 Innledning

I dette kapitlet gir utvalget en oversikt over grunnlovsbestemmelser og forpliktelser etter internasjonale konvensjoner av betydning for hvordan det eller de avgjørelsesorganene som skal behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, skal innrettes. De menneskerettslige forpliktelsene beskytter så vel barn som voksne, og etablerer rettigheter av både materiell og prosessuell karakter.

Sentrale menneskerettskonvensjoner på barnefeltet er Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen). Konvensjonene er inkorporert i norsk rett, og har ved motstrid forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Ettersom forpliktelsene følger av norsk lov, er det ikke nødvendigvis dekkende å omtale dem som internasjonale eller konvensjonsbaserte forpliktelser. En slik betegnelse kan likevel være hensiktsmessig, blant annet fordi den markerer at nasjonale myndigheter ikke står helt fritt med hensyn til hva regelverket skal gå ut på.

Ved grunnlovsendringene i 2014 ble flere sentrale menneskerettigheter inntatt i Grunnloven. Bestemmelsene var ikke ment å endre rettstilstanden, bare å kodifisere gjeldende menneskerettsforpliktelser.¹ Menneskerettsloven med inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner gir et langt mer detaljert rettighetsvern enn Grunnloven. Grunnlovsfestingen innebar likevel noe nytt; de rettighetene som ble tatt opp i Grunnloven har med dette fått grunnlovs rang.

Utvalget er i mandatet bedt om å vurdere om barnesakene bør behandles av samme avgjørelsesorgan, herunder hvordan prosessen for et slikt organ bør være. På denne bakgrunn tar utvalget

først og fremst opp forholdet til menneskerettslige forpliktelser av prosessuell karakter. De særskilte prosessuelle rettighetene for barn som er regulert i Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen, er omtalt ovenfor i del III.

13.2 Retten til en rettferdig rettergang

13.2.1 Innledning

Retten til en rettferdig rettergang er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti som er slått fast både i Grunnloven § 95, Verdenserklæringen artikkel 10, EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1.² Det følger av Grunnloven § 95 første ledd første punktum at «[e]nhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid.» Det fremgår videre av bestemmelsen at rettergangen skal være rettferdig og offentlig, men at retten kan lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig. Tilsvarende følger av Verdenserklæringen artikkel 10, som lyder:

«Enhver har krav på under full likestilling å få sin sak rettferdig og offentlig behandlet av en uavhengig og upartisk domstol når hans rettigheter og plikter skal fastsettes, og når en straffeanklage mot ham skal avgjøres.»

EMK artikkel 6 nr. 1 gir rett til en rettferdig rettergang for saker som gjelder vedkommendes «borgerlige rettigheter og plikter». Bestemmelsen lyder:

«For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig retter-

¹ Dokument 16 (2011–2012) kapittel 10.2.1 side 48.

² Se også tvisteloven § 1-1 som fastslår at formålet med loven er å legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler.

gang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Dommen skal avsis offentlig, men pressen og offentligheten kan bli utelukket fra hele eller deler av rettsforhandlingene av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser.»

Den langt på vei parallelle bestemmelsen i SP artikkel 14 nr. 1 lyder:

«Alle skal være like for domstolene. Enhver har ved behandlingen av en siktelse mot ham for en straffbar handling eller av spørsmål om hans rettigheter og forpliktelser i et tvistemål, rett til upartisk og offentlig rettergang ved en kompetent, uavhengig og upartisk domstol som er opprettet i henhold til lov. Pressen og offentligheten kan utelukkes fra hele eller en del av rettergangen av hensyn til sedelighet, den offentlige orden (*ordre public*), eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, eller hvis hensynet til partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning retten finner det strengt nødvendig når offentlighet på grunn av ekstraordinære forhold vil skade rettferdighetens interesser; dog skal enhver dom i en straffesak eller i et tvistemål offentliggjøres med mindre hensynet til mindreårige krever at dette ikke skjer, eller rettergangen gjelder ekteskapsaker eller saker om foreldremyndighet eller vergemål for barn.»

Retten til en rettferdig rettergang foreligger etter ordlyden i EMK artikkel 6 nr. 1 der det er tale om å avgjøre noens borgerlige rettigheter eller plikter. Dette omfatter tvister om rettigheter eller plikter, som «at least on arguable grounds» er anerkjent etter nasjonal rett.³ Tvisten må være reell, og utfallet av prosessen må være direkte avgjørende for den omtvistede rettigheten eller plikten. Den saklige avgrensningen som ligger i at rettighetene eller pliktene skal være av «borgerlig» art, er ikke entydig. Kjerneområdet er tvister om rettsforhold mellom private parter. Saker om offentlig myndighetsutøvelse faller i utgangspunktet utenfor, med mindre den griper direkte inn i private rettigheter og plikter.⁴ I praksis fra Den

³ EMDs avgjørelse i Zander mot Sverige (14282/88) avsnitt 22.

europiske menneskerettsdomstolen (EMD) er det lagt til grunn at saker som vedrører familierettslige forhold, som for eksempel farskap, samvær, offentlig omsorgsovertakelse mv., anses å være av borgerlig art.⁵ Det må dermed antas at både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven faller inn under anvendelsesområdet til EMK artikkel 6 nr. 1.

Ordlyden i SP artikkel 14 nr. 1 omhandler avgjørelse av noens «rettigheter og forpliktelser i et tvistemål», uten å begrense rekkevidden til slike rettigheter eller plikter av «borgerlig» karakter. Bestemmelsen synes dermed å ha et noe videre saklig anvendelsesområde enn tilfellet er for EMK artikkel 6 nr. 1.⁶ I denne utredningen legges det til grunn at foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven også omfattes av anvendelsesområdet til SP artikkel 14 nr. 1.

Grunnloven § 95 og nevnte konvensjonsbestemmelser gir en rett til å bringe saken inn for en domstol, og få den avgjort der («access to court»). Domstolen og den enkelte dommer skal være uavhengig og upartisk. I tillegg er det et krav at rettergangen – betraktet som en helhet – må være rettferdig. Sentrale elementer er kontradiksjon, likestilling mellom partene, adgang til å legge frem opplysninger på en måte som sikrer et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, at retten i tilstrekkelig grad vurderer opplysningene som partene kommer med, og at avgjørelsen av tvisten er begrunnet. Det skal normalt holdes muntlige og offentlige forhandlinger, og dommen skal være tilgjengelig for allmennheten. Endelig avgjørelse skal treffes innen rimelig tid.

13.2.2 Retten til domstolsbehandling («access to court»)

Ordlyden i EMK artikkel 6 nr. 1 gir ikke en uttrykkelig rett til domstolsbehandling. EMD har imidlertid slått fast at en slik rett følger implisitt av bestemmelsen.⁷ Tilsvarende må også gjelde etter Grunnloven § 95 og SP artikkel 14 nr. 1.⁸ Forståelsen innebærer blant annet at urimelige faktiske

⁴ EMDs avgjørelse i Ringeisen mot Østerrike (2614/65) avsnitt 94.

⁵ EMDs avgjørelser i Rasmussen mot Danmark (8777/79) avsnitt 32, W. mot Storbritannia (9749/82) avsnitt 72–79, McMichael mot Storbritannia (16424/90) avsnitt 75 og Sanchez Cardenas mot Norge (12148/03) avsnitt 46–48.

⁶ Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 4. utgave, 2015, kapittel 17.2.2 side 413.

⁷ EMDs avgjørelse i Golder mot Storbritannia (4451/70) avsnitt 35–36.

⁸ Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 4. utgave, 2015, kapittel 17.5.1.2 side 430 og menneskerettighetskomiteens General Comment 32 (2007) avsnitt 9.

eller rettslige hindre for domstolsbehandling kan innebære en krenkelse av bestemmelsene.

I praksis fra EMD er det lagt til grunn at retten til domstolsbehandling ikke er absolutt.⁹ Nasjonal rett kan sette visse begrensninger, og statene har i den forbindelse en viss skjønnsmargin. Begrensningene må imidlertid ikke være av en slik art eller av et slikt omfang at de rammer selve kjerne i retten til domstolsbehandling. De må dessuten ivareta et legitimt formål, og det må være rimelig proporsjonalitet mellom formål og middel.

Retten til domstolsbehandling har implikasjoner på ulike nivåer. Dels setter den grenser for domstolens adgang til å avvise søksmål, og dels stiller den krav til innholdet og omfanget av domstolens prøvelse (for eksempel ved overprøving av forvaltningsavgjørelser). I tillegg må en reell domstolsadgang sikres, ved å avhjelpe vesentlige praktiske hindre. EMD har avsagt en rekke avgjørelser vedrørende retten til domstolsbehandling. Omtalen i det følgende begrenses til enkelte problemstillinger som er av særlig betydning for barnesakene.

EMK artikkel 6 nr. 1 garanterer ikke en rett til fri rettshjelp i sivile saker, men i praksis kan fri rettshjelp i noen tilfeller være nødvendig for å sikre en reell domstolsadgang. Det beror på en konkret vurdering om retten til domstolsbehandling krever at det ytes fri rettshjelp, der det blant annet skal legges vekt på sakens betydning for borgeren, kompleksiteten av de relevante prosessuelle og materielle reglene, og borgerens evne til selv å føre saken på en effektiv måte.¹⁰ I P., C. og S. mot Storbritannia kom EMD til at det var et brudd på retten til domstolsbehandling at klageren ikke hadde hatt tilgang til advokatbistand i en sak om omsorgsovertakelse og adopsjon, og viste blant annet til sakens kompleksitet, at saken hadde stor betydning for klageren og sakens følelsesmessig karakter.¹¹ Også SP artikkel 14 nr. 1 gir i visse situasjoner rett til fri rettshjelp.¹²

Rettsgebyr kan i praksis utgjøre en reell hindring for adgangen til domstolsbehandling. For eksempel kan selv relativt beskjedne rettsgebyr i saker om samvær innebære et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, i tilfeller der saken har stor betyd-

ning for borgeren og den økonomiske situasjonen til vedkommende innebærer at gebyret faktisk utgjør en betydelig utgift.¹³ På samme måte kan SP artikkel 14 nr. 1 etter omstendighetene være til hinder for innkreving av rettsgebyr.¹⁴

Retten til domstolsbehandling innebærer at saker som er omfattet av EMK artikkel 6 nr. 1, enten skal behandles av organer som er domstoler i konvensjonens forstand, eller skal kunne bringes inn for slike organer.¹⁵ Konvensjonen krever dermed at avgjørelser truffet av administrative myndigheter som ikke selv oppfyller kravene i EMK artikkel 6 nr. 1, skal være undergitt en etterfølgende kontroll av et judisielt organ med full jurisdiksjon, og som representerer de garantiene som følger av konvensjonsbestemmelsene.

I praksis fra EMD er det videre lagt til grunn at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke inneholder noe krav om etablering av ankedomstoler.¹⁶ Hvis det etter nasjonal rett er mulig å anke avgjørelser truffet av en domstol, skal imidlertid ankedomstolen i utgangspunktet oppfylle kravene i bestemmelsen.

I norsk rett kan tingrettens avgjørelser ankes til lagmannsretten, mens avgjørelser fra lagmannsretten kan ankes til Høyesterett. I Grunnloven § 88 første ledd første punktum er det slått fast at «Høyesterett dømmer i siste instans». Bestemmelsen forutsetter et hierarkisk oppbygd domstolsapparat der de underordnede domstolers avgjørelser kan bringes inn for Høyesterett. Adgangen for den enkelte til å få sin sak prøvd for Høyesterett kan likevel begrenses i lov, jf. Grunnloven § 88 første ledd andre punktum. Denne muligheten er benyttet både i straffeprosessen og sivilprosessen ved at Høyesteretts ankeutvalg må gi samtykke til ankebehandling i Høyesterett, jf. straffeprosessloven § 323 og tvisteloven § 30-4. Muligheten for lovgiver til helt å avskjære anke til Høyesterett i større grupper av saker, er imidlertid svært begrenset.¹⁷ I den forbindelse har det blant annet betydning at borgerne bør ha en reell mulighet til å få prøvd sentrale rettssikkerhets-spørsmål for Høyesterett.¹⁸ Om betydningen av

⁹ EMDs avgjørelse i *Ashingdane mot Storbritannia* (8225/78) avsnitt 57. Se også menneskerettighetskomiteens General Comment 32 (2007) avsnitt 18 om begrensninger i retten til domstolsbehandling etter SP artikkel 14 nr. 1.

¹⁰ EMDs avgjørelse i *Steel og Morris mot Storbritannia* (68416/01) avsnitt 61.

¹¹ EMDs avgjørelse i *P., C. og S. mot Storbritannia* (56547/00) avsnitt 88–100.

¹² Menneskerettighetskomiteens General Comment 32 (2007) avsnitt 10.

¹³ EMDs avgjørelse i *Iordache mot Romania* (6817/02) avsnitt 37–43.

¹⁴ Menneskerettighetskomiteens General Comment 32 (2007) avsnitt 11.

¹⁵ EMDs avgjørelser i *British-American Tobacco Company Ltd. mot Nederland* (19589/92) avsnitt 78 og *Gautrin m.fl. mot Frankrike* (21257/93) avsnitt 57.

¹⁶ EMDs avgjørelse i *Delcourt mot Belgia* (2689/65) avsnitt 25.

¹⁷ Rt. 1980 side 52, Rt. 2009 side 1118 og Rt. 2012 side 519.

¹⁸ Arne Fliflets kommentarer til Grunnloven § 88 i Norsk lovkommentar.

Grunnloven § 88, uttalte Høyesterett i avgjørelsen i Rt. 2009 side 1118 at den måtte kunne prøve om «det ut fra rettsspørsmålene i saken var forsvarlig av lagmannsretten å nekte anken. Ved denne vurderingen vil det blant annet kunne legges vekt på om saken reiser grunnlovsspørsmål eller aktualiserer forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, eller om hensynet til rettsenhet, rettsavklaring eller rettsutvikling tilsier at saken måtte fremmes for lagmannsretten, med påfølgende ordinære ankeadgang til Høyesterett».

13.2.3 Uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov

Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 gir rett til behandling ved en uavhengig og upartisk domstol («tribunal») opprettet ved lov. I de norske oversettelsene av konvensjonsbestemmelsene, og i Grunnloven § 95, benyttes begrepet «domstol». Domstolsbegrepet ble forklart slik av EMD i *Belilos mot Sveits*:¹⁹

«According to the Court's case-law, a «tribunal» is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (see, as the most recent authority, the judgment of 30 November 1987 in the case of *H v Belgium*, Series A no. 127, p. 34, § 50). It must also satisfy a series of further requirements – independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members' terms of office; guarantees afforded by its procedure – several of which appear in the text of Article 6 § 1 (art. 6-1) itself (see, inter alia, the *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, § 55).»

Det følger av dette at karakteristikken «domstol» etter intern rett verken er nødvendig eller tilstrekkelig. Et organ kan anses som domstol i konvensjonenes forstand selv om den ikke er klassifisert som domstol i nasjonal rett. At et organ er betegnet som domstol i nasjonal rett, er på den annen side ikke ensbetydende med at organet er en domstol i konvensjonenes forstand. Det avgjørende er at organet har en judisiell funksjon, med myndighet til å avgjøre tvister på grunnlag av rettsregler og etter en fastsatt saksbehandling.

¹⁹ EMDs avgjørelse i *Belilos mot Sveits* (10328/83) avsnitt 64.

Videre må en domstol i konvensjonenes forstand være sammensatt og fungere på en slik måte at kravet om uavhengighet og upartiskhet er oppfylt.

Kravet om uavhengighet er sentralt for at noe skal kunne anses som en domstol. Kravet relaterer seg i første rekke til forholdet mellom domstolen og de øvrige statsmaktene; både lovgiver og forvaltning. Det avgjørende er at domstolen ikke kan instrueres eller på annen måte påvirkes av de øvrige statsmaktene. Oppnevningen av avgjørelsesorganets medlemmer, varigheten av vervet, hvilke garantier som foreligger mot press utenfra, for eksempel med hensyn til skranker for avskjed og liknende, vil ha stor betydning.²⁰ Det vil også ha betydning om avgjørelsesorganet objektivt sett fremstår som uavhengig.

Kravet om upartiskhet (habilitet) skal sikre at domstolen møter saken med et åpent sinn. For å tilfredsstille kravet om upartiskhet er det ikke tilstrekkelig at dommeren subjektivt sett ikke er partisk. Det kreves også at partiskhet på mer objektivt grunnlag kan utelukkes.²¹

Både EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 krever at domstolen skal være opprettet ved lov. I dette ligger det et krav om at i hvert fall de grunnleggende reglene om domstolens sammensetning i den enkelte sak, domstolens saklige og stedlige myndighet og saksbehandlingsreglene skal følge av loven.²² Det er videre et krav at domstolen i praksis overholder disse lovbestemte reglene.

13.2.4 Rettferdig og offentlig rettergang

De generelle kravene til saksbehandlingen ved domstolene etter Grunnloven § 95, EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 er at den skal være rettferdig («fair») og offentlig («public»). I forarbeidene til Grunnloven § 95 er det gitt uttrykk for at det ved fastleggingen av hva som menes med «rettferdig rettergang», er naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis og den omfattende internasjonale praksis på området, særlig fra EMD.²³

EMD har ikke gitt noen generell definisjon av hva som ligger i kravet om en rettferdig rettergang, og en endelig og uttømmende definisjon

²⁰ EMDs avgjørelse i *Campbell og Fell mot Storbritannia* (7819/77) avsnitt 78 og menneskerettighetskomiteens General Comment 32 (2007) avsnitt 19–20.

²¹ EMDs avgjørelse i *Hauschildt mot Danmark* (10486/83) avsnitt 46.

²² Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. utgave, 2017, kapittel 12.5 side 498.

²³ Dok 16 (2011–2012) kapittel 23.5.2 side 122.

kan vanskelig gis. Det er tale om en åpen og fleksibel norm som innebærer at det må foretas en konkret vurdering av den samlede saksbehandlingen.²⁴ I dette ligger det blant annet at enkeltstående skritt som isolert sett synes uforenlige med EMK artikkel 6 nr. 1, kan passere om dette oppveies av saksbehandlingen for øvrig. Videre vil kumulasjon av små skjevheter som hver for seg ikke kvalifiserer til krenkelse, i sum kunne medføre at saksbehandlingen ikke kan oppfattes som rettferdig. I EMDs praksis er enkelte sentrale elementer i en rettferdig rettergang trukket frem:²⁵

- Partene skal ha rett til å bli hørt. Dette innebærer at det ikke skal treffes avgjørelse i saken uten at partene har fått rimelig anledning til å legge frem bevismaterialet og argumentasjon omkring fakta og rettsregler. Det skal normalt holdes muntlige forhandlinger i hvert fall på ett trinn, der partene kan fremlegge sin sak, jf. uttrykket «hearing», men særegne forhold kan etter omstendighetene rettferdiggjøre at tvisten avgjøres utelukkende på grunnlag av skriftlig behandling, se nærmere om kravene til muntlighet i del I kapittel 3.2.2.
- Saksbehandlingen må være basert på likebehandling («equality of arms»). Partene skal ha samme muligheter til å legge frem sin sak for retten og dermed påvirke utfallet. Det forutsettes likestilling med hensyn til å føre bevis knyttet til et nærmere angitt bevisstema, tilgang til bevis, eksaminering av vitner, til å argumentere for sin sak mv.
- Saksbehandlingen må legge til rette for kontradiksjon. Partene må dermed få anledning til å gjøre seg kjent med og eventuelt imøtegå materialet som tilflyter domstolen fra motparten eller tredjemenn, for eksempel sakkyndige.
- Domstolen har plikt til å foreta en reell og forsvarelig vurdering av det fremlagte materialet. Vilkårlige dommer, eller dommer truffet på grunnlag av klart mangelfull kunnskap om saken, er uforenlig med kravet om en rettferdig rettergang.
- Domstolens avgjørelse skal være adekvat begrunnet. Dette innebærer at premissene i det minste må omtale omstendigheter som vil kunne være avgjørende for sakens utfall.

Kravet om offentlig rettergang relaterer seg til møter, jf. uttrykket «public hearing», og da i første rekke møter til avgjørelse av sakens tvistetema. En generell rett til dokumentinnsyn for andre enn partene følger dermed ikke av kravet om offentlig rettergang. Både Grunnloven § 95 og konvensjonsbestemmelsene regulerer adgangen til å behandle en sak helt eller delvis for lukkede dører. Grunnlovsbestemmelsen fastslår at lukking kan skje dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig. Av EMK artikkel 6 nr. 1 fremgår det at dørene kan lukkes av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser. Formuleringen i SP artikkel 14 nr. 1 er langt på vei parallell. I praksis fra EMD er det lagt til grunn at tvister mellom foreldre om barn regelmessig kan unntas fra offentligheten av hensyn til foreldrene og barnets interesser.²⁶ Unntak for saker om inngrep i familielivet fra det offentlige side, for eksempel omsorgsovertakelse av barn, må imidlertid vurderes konkret i det enkelte tilfellet.²⁷ Konvensjonsbestemmelsene fastslår videre at dommer skal være offentlige. EMK artikkel 6 nr. 1 inneholder ingen uttrykkelige unntak fra dette, men EMD har lagt til grunn at offentliggjøring av dommer kan begrenses blant annet av hensyn til privatlivet.²⁸ SP artikkel 14 nr. 1 inneholder på den annen side en uttrykkelig adgang til å begrense offentliggjøring der dette er påkrevd av hensyn til mindreårige, i saker om foreldremyndighet mv.

13.2.5 Avgjørelse innen rimelig tid

Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1 gir rett til å få avgjort saken innen rimelig tid («reasonable time»). SP artikkel 14 nr. 3 bokstav c har en slik regel for straffesaker, men ingen uttrykkelig bestemmelse for sivile saker. Menneskerettighetskomiteen har likevel innfortolket et slikt krav i retten til en rettferdig rettergang etter SP artikkel 14 nr. 1.²⁹

²⁴ EMDs avgjørelse i Barberà, Messegué og Jabardo mot Spania (10590/83) avsnitt 68.

²⁵ Se blant annet EMDs avgjørelser i Georgiadis mot Hellas (21522/93) avsnitt 40, Dombo Beheer B.V. mot Nederland (14448/88) avsnitt 33, Kraska mot Sveits (13942/88) avsnitt 28–34, Krcmar m.fl. mot Tsjekia (35376/97) avsnitt 40 og 42 og Ruiz Torija mot Spania (18390/91) avsnitt 29–30.

²⁶ EMDs avgjørelse i B. og P. mot Storbritannia (36337/97) avsnitt 38.

²⁷ EMDs avgjørelse i Moser mot Østerrike (12643/02) avsnitt 97.

²⁸ EMDs avgjørelse i B. og P. mot Storbritannia (36337/97) avsnitt 45–49.

²⁹ Menneskerettighetskomiteens General Comment 32 (2007) avsnitt 27.

Fristen starter normalt sitt løp når tvisten bringes inn for domstolene, og avbrytes når det foreligger endelig, rettskraftig avgjørelse i saken.³⁰ Er det en forutsetning for søksmål at det først er foretatt en administrativ behandling, starter imidlertid fristen allerede ved slike prosedyretrinn. Dette innebærer at tiden som går med til en eventuell ankebehandling skal regnes med. Hvor lang saksbehandlingstid som er rimelig, beror på omstendighetene i den enkelte sak. Relevante momenter er sakens kompleksitet, partenes handlemåte, om saken er behandlet i flere instanser og hvilket omfang behandlingen har hatt i den enkelte instans, og sakens betydning for partene. Saker om barn skal normalt behandles hurtig.³¹

13.3 Retten til rettslig prøving av frihetsberøvende tvangstiltak

For frihetsberøvende tvangstiltak gjelder det særskilte regler. Vesentlige deler av disse knytter seg til de materielle vilkårene for bruk av tvang. Disse faller det utenfor utvalgets mandat å gå nærmere inn på. På enkelte punkter stilles det imidlertid også krav til saksbehandlingen. Av Grunnloven § 94 andre ledd andre punktum fremgår det blant annet at frihetsberøvede skal kunne få frihetsberøvelsen prøvd for domstolene uten ugrunnet opphold. Tilsvarende følger av EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4. Førstnevnte bestemmelse lyder:

«Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.»

Ordlyden i SP er noe ulik, men det må antas at det er innholdsmessig samsvar mellom EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4. Bestemmelsene skal hindre at frihetsberøvelse utelukkende beror på en administrativ avgjørelse. Muligheten for domstolsprøving skal dermed verne den frihetsberøvede mot administrative overgrep.

Tvangsmessig plassering og tilbakehold i institusjon etter barnevernloven § 4-24 av barn som har vist alvorlige atferdsvansker, betraktes i utgangspunktet som frihetsberøvelse i konvensjo-

³⁰ EMDs avgjørelser i Scopelliti mot Italia (15511/89) avsnitt 18 og König mot Tyskland (6232/73) avsnitt 98.

³¹ EMDs avgjørelser i H. mot Storbritannia (9580/81) avsnitt 85 og Hokkanen mot Finland (19823/92) avsnitt 68–72.

enes forstand.³² I tilfeller der EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4 kommer til anvendelse, stilles det krav om adgang til rettslig prøving, mulighet for å oppnå løslatelse dersom frihetsberøvelsen finnes ulovlig, domstolens prøvingskompetanse, rask saksbehandling og mulighet for ny prøving med rimelige intervaller.

Kravet om adgang til rettslig prøving innebærer at det må stilles til rådighet en reell og effektiv mulighet for å angripe avgjørelsen om frihetsberøvelse.³³ Retten til prøving er imidlertid oppfylt der det er en domstol som har truffet avgjørelsen om frihetsberøvelse i første instans, forutsatt at dette har skjedd på grunnlag av en saksbehandling i samsvar med kravene i bestemmelsene.³⁴ Ordlyden i bestemmelsene foreskriver prøving ved en domstol («court»), men både EMD og menneskerettighetskomiteen har lagt til grunn at det ikke behøver å være en domstol i tradisjonell forstand, integrert i det ordinære domstolsapparatet.³⁵ Prøvingsorganet må imidlertid ha domstolskarakter. I dette ligger det at prøvingsorganet må være uavhengig og upartisk. Videre må domstolen ha kompetanse til å treffe rettslig bindende avgjørelser. Domstolen må følgelig kunne avsi dom for løslatelse i tilfeller der den kommer til at frihetsberøvelsen ikke er lovlig. Det er ikke tilstrekkelig at domstolen kan kjenne den frihetsberøvende avgjørelsen ugyldig.

Bestemmelsene sier lite om hvilke krav som stilles til saksbehandlingen. I praksis fra EMD er det imidlertid – med utgangspunkt i forutsetningen om at sakene skal avgjøres ved en domstol – etablert et allment krav om at saksbehandlingen må være betryggende, tatt i betraktning hva som står på spill for den frihetsberøvede.³⁶ Kravene til en rettfærdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1 vil kunne gi en viss veiledning, men er ikke uten videre avgjørende.³⁷ Som et utgangspunkt må det kreves at den frihetsberøvede får anledning til å

³² NOU 2001: 32 A kapittel 19.2.3.2.2 side 516–517 og menneskerettighetskomiteens General Comment 35 (2014) avsnitt 5.

³³ EMDs avgjørelse i Svipsta mot Latvia (66820/01) avsnitt 129.

³⁴ EMDs avgjørelse i Wilde, Ooms og Versyp mot Belgia (2832/66) avsnitt 76.

³⁵ EMDs avgjørelse i Weeks mot Storbritannia (9787/82) avsnitt 61 og menneskerettighetskomiteens General comment 35 (2014) avsnitt 41 og 45.

³⁶ EMDs avgjørelser i Wilde, Ooms og Versyp mot Belgia (2832/66) avsnitt 76 og Weeks mot Storbritannia (9787/82) avsnitt 61.

³⁷ EMDs avgjørelse i Winterwerp mot Nederland (6301/73) avsnitt 60.

bli hørt, enten selv eller gjennom en stedfortreder. Bestemmelsene gir ikke rett til muntlige forhandlinger i ethvert tilfelle, men muntlige forhandlinger kan være påkrevd av hensyn til å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.³⁸ Den som er frihetsberøvet har i utgangspunktet også rett til å la seg bistå av advokat. Videre må saksbehandlingen bygge på kontradiksjon, og ellers være basert på likestilling mellom partene.³⁹ Domstolen har videre en plikt til å begrunne avgjørelsen.⁴⁰ Bestemmelsene gir ikke rett til rettsmidler mot domstolens avgjørelse med hensyn til om frihetsberøvelsen er lovlig, men dersom det finnes rettsmidler i nasjonal rett, må også disse i prinsippet tilfredsstillende kravene.

Domstolens kompetanse må omfatte en prøving av frihetsberøvelsens lovlighet («lawfulness»). Dette inkluderer spørsmålet om de nasjonale materielle og prosessuelle reglene for frihetsberøvelse er overholdt, og om konvensjonens krav er oppfylt.⁴¹ Det stilles imidlertid ikke krav om en fullstendig overprøving av hensiktsmessighetsskjønnet.

EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4 krever videre at avgjørelse i saken skal treffes raskt («speedily»/«without delay»). Bestemmelsene oppstiller dermed et strengere krav til saksbehandlingstid enn det som følger av blant annet EMK artikkel 6 nr. 1 om rettergang innen rimelig tid («reasonable time»). Hva som er tilfredsstillende saksbehandlingstid må vurderes ut fra omstendighetene i den enkelte sak.⁴² Relevante momenter er blant annet frihetsberøvelsens art, sakens kompleksitet og den frihetsberøvedes eget forhold. Domstolen må også sikre at eventuelle sakkyndige gjennomfører oppdrag tilstrekkelig raskt.⁴³ Angripes avgjørelsen med rettsmidler, vil kravet om rask avgjørelse også gjelde for rettsmiddelinstansen.⁴⁴ I slike tilfeller vil man ikke bare måtte vurdere saksbehandlingstiden for hver

instans isolert, men også om den samlede saksbehandlingstiden er tilfredsstillende.

Bestemmelsene oppstiller også rett til ny prøving av frihetsberøvelsens lovlighet med rimelige intervaller.⁴⁵ Hvor ofte det skal skje en ny prøving, må vurderes konkret ut fra frihetsberøvelsens karakter, bakgrunnen for frihetsberøvelsen, den frihetsberøvedes personlige forhold, karakteren av nye opplysninger mv.⁴⁶

Barnekonvensjonen artikkel 37 bokstav d stiller også krav til konvensjonspartene ved frihetsberøvelse av barn. Bestemmelsen lyder:

«Partene skal sikre at: ...

d) ethvert barn som er berøvet sin frihet, skal ha rett til omgående juridisk og annen egnet bistand, samt rett til å prøve lovligheten av frihetsberøvelsen for en domstol eller annen kompetent, uavhengig og upartisk myndighet og til å få en rask avgjørelse på en slik sak.»

Bestemmelsen er for det vesentlige parallell med EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4.

13.4 Retten til respekt for privatliv og familieliv

Retten til respekt for privatliv og familieliv er blant annet slått fast i Grunnloven § 102, Verdenserklæringen artikkel 12, EMK artikkel 8, SP artikkel 17 og barnekonvensjonen artikkel 7, 9 og 16.⁴⁷ Bestemmelsene har noe ulik ordlyd, men oppstiller alle et vern mot inngrep i privatlivet og familielivet. EMK artikkel 8 lyder:

- «1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminali-

³⁸ EMDs avgjørelser i Bouamar mot Belgia (9106/80) avsnitt 60, Sanchez-Reisse mot Sveits (9862/82) avsnitt 46–47 og menneskerettighetskomiteens General comment 35 (2014) avsnitt 42.

³⁹ EMDs avgjørelse i Garcia Alva mot Tyskland (23541/94) avsnitt 39.

⁴⁰ EMDs avgjørelse i Svipsta mot Latvia (66820/01) avsnitt 129–134.

⁴¹ EMDs avgjørelse i Chahal mot Storbritannia (22414/93) avsnitt 127 og menneskerettighetskomiteens General comment 35 (2014) avsnitt 44.

⁴² EMDs avgjørelse i Mooren mot Tyskland (11364/03) avsnitt 106. Se også menneskerettighetskomiteens General comment 35 (2014) avsnitt 42 og 47.

⁴³ EMDs avgjørelse i Musial mot Polen (24557/94) avsnitt 46.

⁴⁴ EMDs avgjørelse i Navarra mot Frankrike (13190/87) avsnitt 28.

⁴⁵ EMDs avgjørelse i Winterwerp mot Nederland (6301/73) avsnitt 55.

⁴⁶ Peer Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, 3. utgave, 2011, side 347.

⁴⁷ Se Christian Børge Sørensen, Barnevern og menneskerettighetene, Utredning til barnevernslovutvalget, kapittel 5 for en nærmere redegjørelse for de materielle og prosessuelle sidene ved retten til familieliv.

tet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Myndighetsavgjørelser om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, fast bosted og samvær kan anses som inngrep i familielivet.⁴⁸ Videre vil tvang etter barnevernloven etter sin art representere en begrensning av den personlige autonomi for den tvungen retter seg mot, og vil følgelig falle innenfor det menneskerettslige vernet om privatliv og familieliv.⁴⁹

Vernet etter EMK artikkel 8 er i hovedsak av materiell art, men har også en prosessuell side. Integrert i kravet om at inngrep i privatlivet og familielivet skal ha hjemmel i lov, ligger det etter praksis fra EMD også visse forutsetninger om systemrettssikkerhet.⁵⁰ Ved vurderingen av om eksempelvis et tvangstiltak har hjemmel i lov, vil det være av betydning om vedtaket er truffet på grunnlag av betryggende saksbehandling, og er gjenstand for adekvat, rettslig etterprøving. Desto mer skjønnsmessig avgjørelsen materielt sett er, desto viktigere blir hensynet til betryggende saksbehandling.

Videre har EMD lagt til grunn at spørsmålet om et inngrep i privatlivet og familielivet er nødvendig i et demokratisk samfunn, forutsetter en vurdering av om avgjørelsesprosessen har gitt den berørte tilstrekkelig mulighet til å ivareta sin interesse, da særlig sett i lys av statenes vide skjønnsmargin på området.⁵¹ Dersom saksbehandlingen ikke er forsvarlig (mangelfull kontradiksjon, unnlattelse av å innhente sakkyndig bistand, mangelfull bevisførsel, mangelfull forholdsmessighetsvurdering eller lignende), kan det føre til at EMK artikkel 8 er krenket. I saker om omsorgsovertakelse av barn må det stilles strenge krav til de prosessuelle garantiene, idet avgjørelsen ofte kan vise seg å bli det endelige og irreversible utfallet av saken. EMD har også lagt til grunn at myndighetene har en plikt til jevnlig å undersøke om det har vært forbedringer i familiens situasjon som kan tilsi at barnet kan tilbakeføres.⁵² Videre vil lang saksbehandlingstid i foreldretvister også kunne innebære en krenkelse av

retten til privatliv og familieliv, idet den tiden som medgår etablerer en ordening som i praksis er irreversibel.⁵³

13.5 Retten til et effektivt rettsmiddel

Retten til et effektivt rettsmiddel mot menneskerettskrenkelser kommer ikke eksplisitt til uttrykk i Grunnloven. Det er likevel anerkjent at domstolene kan prøve om lovgivning og forvaltning er i samsvar med forpliktelsene etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner gjennomført i menneskerettsloven. Menneskerettighetsutvalget la til grunn at denne rettigheten ville være tilstrekkelig sikret gjennom domstolenes prøvingsrett etter Grunnloven § 89, den alminnelige adgangen til å få sin sak prøvet for domstolene etter Grunnloven § 95 og menneskerettighetskonvensjonenes krav til «effective remedy».⁵⁴

I Grunnloven § 89 er det slått fast at domstolene har rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven. Det er på det rene at denne prøvingsretten omfatter Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. Videre gir Grunnloven § 95 den enkelte en «rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid». Påstander om menneskerettsbrudd faller inn under begrepet «sak».⁵⁵

I de internasjonale menneskerettskonvensjonene kommer retten til et effektivt rettsmiddel for det første til uttrykk i Verdenserklæringen artikkel 8, som lyder:

«Enhver har rett til effektiv hjelp av de kompetente nasjonale domstoler mot handlinger som krenker de grunnleggende rettigheter han er gitt i forfatning eller lov.»

Også EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 har tatt inn prinsippet om at den som utsettes for menneskerettskrenkelser skal ha tilgang til et effektivt rettsmiddel. EMK artikkel 13 lyder:

«Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndig-

⁴⁸ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, 2015, kapittel 11.3.4 side 236, NOU 2008: 9 vedlegg 2 kapittel 3.4 side 120–121 og EMDs avgjørelse i *Hokkanen mot Finland* (19823/92) avsnitt 55.

⁴⁹ EMDs avgjørelse i *Olsson mot Sverige* (10465/83) avsnitt 59.

⁵⁰ EMDs avgjørelse i *Olsson mot Sverige* (10465/83) avsnitt 62 og *J.M.N. og C. H mot Norge* (3145/16) avsnitt 26–28.

⁵¹ EMDs avgjørelser i *Elsholz mot Tyskland* (25735/94) avsnitt 51–53 og *Sommerfeld mot Tyskland* (31871/96) avsnitt 62–75.

⁵² EMDs avgjørelse i *K. og T. mot Finland* (25702/94) avsnitt 179.

⁵³ EMDs avgjørelse i *W. mot Storbritannia* (9749/82) avsnitt 65.

⁵⁴ Dok. nr. 16 (2011–2012) kapittel 14.6.5 side 86.

⁵⁵ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, 2015, kapittel 5.1 side 82.

het uansett om krenkelsen er begått av personer som handler i offisiell egenskap.»

SP artikkel 2 nr. 3 lyder:

- «Hver konvensjonspart forplikter seg til:
- Å sikre at enhver, hvis rettigheter og friheter etter denne konvensjonen blir krenket, skal ha adgang til effektive rettsmidler, uansett om krenkelsen er foretatt av personer som har handlet i offentlig tjeneste,
 - Å sikre at enhver som gjør krav på slike rettsmidler skal få sin rett til dette prøvet av kompetente judisielle, administrative eller lovgivende myndigheter, eller av en annen myndighet som er kompetent til statens rettsordning, samt å utvikle mulighetene for overprøving for domstolene,
 - Å sikre at de kompetente myndigheter tar en klage til følge dersom den er funnet å være berettiget.»

Konvensjonsbestemmelsene knytter an til mekanismene for gjennomføring av konvensjonene på nasjonalt nivå. Retten til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel er dermed saklig begrenset til spørsmålet om konkret krenkelse av rettigheter fastsatt i de respektive konvensjonene. På barnefeltet er retten til et effektivt rettsmiddel særlig aktuelt for spørsmål om krenkelse av retten til respekt for privatliv og familieliv.⁵⁶

I tilfeller der retten til et effektivt rettsmiddel overlapper andre konvensjonsbestemmelser med mer vidtgående rettigheter, eksempelvis om retten til en rettfærdig rettergang og retten til rettslig prøving av frihetsberøvende tvangstiltak, vil det i utgangspunktet ikke være rom for en vurdering av retten til et effektivt rettsmiddel.⁵⁷ Praksis fra EMD åpner imidlertid opp for å anvende EMK artikkel 13 ved siden av EMK artikkel 6 nr. 1 blant annet ved brudd på kravet om avgjørelse innen rimelig tid.

Etter ordlyden i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 foreligger retten til en effektiv prøving først når det på en eller annen måte er klarlagt at

krenkelse har funnet sted. I praksis fra EMD er det imidlertid lagt til grunn at retten inntreffer for den som med rimelig grunn kan påstå at hans eller hennes rettigheter etter konvensjonen er krenket («an arguable claim»)⁵⁸. Hvor terskelen ligger, må vurderes ut fra omstendighetene i den enkelte sak, men på generelt grunnlag må det kunne legges til grunn at det skal være samsvar mellom terskelen «arguable» claim i EMK artikkel 13 og terskelen for realitetsbehandling ved EMD etter EMK artikkel 35 nr. 3; «manifestly ill-founded».⁵⁹

Videre følger det av EMK artikkel 13 og SP artikkel 12 nr. 3 bokstav a at rettsmiddelet skal tilbys ved en nasjonal myndighet («authority»). Det er opp til statene å avgjøre hva slags type rettsmiddel som skal være til rådighet i menneskeretts saker, og det stilles dermed ikke noe generelt krav om domstolsadgang.⁶⁰ Prøving ved administrative organer er i utgangspunktet tilstrekkelig. Prøvingsorganet må imidlertid oppfylle visse minstekrav. Organet må ha den nødvendige uavhengighet til det organet som har foretatt den påståtte krenkelsen, det må kunne treffe bindende avgjørelser og det må kunne avhjelpe en krenkelse. EMD har videre lagt til grunn at det må foretas en helhetsvurdering av den eller de prøvingsmuligheter som er tilgjengelige. Flere forskjellige rettsmidler, som hver for seg ikke kan anses som effektive, kan etter praksis til sammen utgjøre et effektivt rettsmiddel.

EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 krever at rettsmiddelet skal være effektivt. Dette innebærer at rettsmiddelet må være tilgjengelig både rettslig og i praksis, gi grunnlag for en tilfredsstillende prøving nettopp av det forhold som påstås konvensjonsstridig, og gi mulighet for adekvat reparasjon dersom det viser seg at det foreligger krenkelse.⁶¹ Prøvingen må enten foretas på grunnlag av konvensjonenes egne regler, eller nasjonale regler som i substans for det vesentlige svarer til konvensjonens regler (i det minste en

⁵⁶ Barnekonvensjonen stiller ikke noe krav om effektivt rettsmiddel. I Rt. 2012 side 2039 avsnitt 88–102 ble det derfor lagt til grunn at det ikke kunne kreves særskilt fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen. Dette innebærer at brudd på barnekonvensjonen må prøves i tråd med det generelle utgangspunktet i norsk rett hvor rettslige spørsmål vurderes i dommens premisser som ledd i prøvingen av tvistegenstanden i saken.

⁵⁷ Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 4. utgave, 2017, kapittel 21.2 side 1125–1126.

⁵⁸ EMDs avgjørelser i Klass m.fl. mot Tyskland (5029/71) avsnitt 64 og Silver m.fl. mot Storbritannia (5947/72) avsnitt 113.

⁵⁹ EMDs avgjørelse i Boyle og Rice mot Storbritannia (9659/82) avsnitt 54.

⁶⁰ EMDs avgjørelser i Leander mot Sverige (9248/81) avsnitt 77, Silver m.fl. mot Storbritannia (5947/72) avsnitt 113–119 og menneskerettighetskomiteens General Comment 31 (2004) avsnitt 15. Ordlyden i SP artikkel 2 nr. 3 bokstav b indikerer imidlertid en preferanse for rettsmidler ved domstolene.

⁶¹ EMDs avgjørelser i Mahmut Kaya mot Tyrkia (22535/93) avsnitt 124, Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia (13163/87) avsnitt 122 og menneskerettighetskomiteens General Comment 31 (2004) avsnitt 15 og 16.

vurdering av de hensynene som er avgjørende for om konvensjonen er overholdt). EMD har gitt uttrykk for at det i vurderingen av om prøvingsretten er effektiv kan være relevant å se hen til kravene etter EMK artikkel 6 om retten til en rettfærdig rettergang.⁶² En mer utfyllende beskrivelse av kravene til prosessen er gitt i del V kapittel 30.3.

13.6 De menneskerettslige forpliktelsesens betydning for valg av avgjørelsesorgan for barnesakene

13.6.1 Generelt

Både Grunnloven og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner fastslår retten til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Det følger av dette at foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven enten skal behandles av avgjørelsesorganer som er domstoler i Grunnlovens og konvensjonenes forstand, eller skal kunne bringes inn for slike avgjørelsesorganer for etterfølgende judisiell kontroll.

EMK artikkel 6 nr. 1 legger ikke føringer for den enkelte stats valg mellom alminnelige domstoler eller særdomstoler, så lenge det avgjørelsesorganet som skal behandle sakene, tilfredsstiller kravene til uavhengighet og upartiskhet.⁶³ Praksis fra EMD kan tyde på at det å opprette avgjørelsesorganer med dømmende funksjoner på siden av det ordinære domstolshierarkiet, må være utslag av et særskilt behov. En slik ordning ble likevel akseptert i blant annet McMichael mot Storbritannia, som gjaldt en særskilt nemnd som hadde i oppgave å avgjøre saker om omsorgsovertakelse. I dommen er det uttalt at det «in this sensitive domain of family law ... may be good reasons for opting for an adjudicatory body that does not have the composition or procedures of a court of law of the classic kind.»⁶⁴ Bestemmelsen i SP artikkel 14 nr. 1 gir ikke grunnlag for andre slutninger på dette området, selv om de to konvensjonsbestemmelsene ikke er helt identiske. På dette området vil retten til domstolsprøving dermed være ivaretatt uavhengig av om det dreier seg om en alminnelig domstol, en særdomstol eller en nemnd, forutsatt at avgjørelsesorganet

har den nødvendige uavhengighet og upartiskhet og oppfyller kravene til behandlingsmåte.

Det sentrale spørsmålet for denne delen av utredningen er hvilke avgjørelsesorgan som skal behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, og slik at henholdsvis fylkesnemndene, en særdomstol og de alminnelige domstolene er fremholdt som alternative løsninger. Verken Grunnloven eller konvensjonene krever at det skal være en administrativ behandling av barnevernsakene. Det ligger følgelig innenfor rammene for hva som kan bestemmes gjennom alminnelig lov å overføre fylkesnemndas oppgaver til en særdomstol eller de alminnelige domstolene. Ved eventuell flytting av foreldretvistene fra tingrettene til fylkesnemndene, må retten til domstolsbehandling ivaretas enten ved at fylkesnemndene tilfredsstiller kravene i konvensjonene, eller ved at avgjørelsene fra fylkesnemndene kan overprøves av domstolene. Det ligger i dette at kravene etter EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 ikke kommer direkte til anvendelse på fylkesnemndene; det vil være tilstrekkelig at den rettslige overprøvingen av nemndenes avgjørelser er i samsvar med kravene i konvensjonen.

I ulike sammenhenger er det antatt at fylkesnemndene må anses som domstoler i konvensjonenes forstand.⁶⁵ Etter utvalgets syn kan det problematiseres om fylkesnemndene er tilstrekkelig uavhengige vis a vis forvaltningen til at de kan klassifiseres slik. Det er riktignok forutsatt i forarbeidene til barnevernloven at fylkesnemnda skal være et frittstående organ som er unntatt fra departementets instruksjonsmyndighet, og som skal arbeide etter de samme saksbehandlingsregler som domstolene.⁶⁶ Og i praksis er det lagt til grunn at fylkesnemndene ikke kan instrueres, verken i den enkelte sak eller om alminnelig lovtolkning, skjønnsutøvelse og saksbehandling, og at nemndenes vedtak kun kan bringes inn for domstolene for overprøving. Fylkesnemndenes uavhengighet er imidlertid ikke uttrykt i lovs form.⁶⁷ Etter Grunnloven § 3 og konstitusjonell sedvanerett er utgangspunktet at regjeringen og departementene kan instruere underliggende forvaltningsorganer med mindre instruksjonsadgangen er begrenset ved lov eller stortingsvedtak.⁶⁸

⁶² EMDs avgjørelse i *Csullog mot Ungarn* (30042/08) avsnitt 46.

⁶³ EMDs avgjørelse i *Savino m.fl. mot Italia* (17214/05) avsnitt 91–93.

⁶⁴ EMDs avgjørelse i *McMichael mot Storbritannia* (16424/90) avsnitt 80.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 29 (1990–91) kapittel 9.2 side 134, Ot.prp. nr. 44 (1991–92) kapittel 7.1 side 89 og Rt. 2010 side 274 avsnitt 58.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991–92) kapittel 7.1 side 89.

⁶⁷ Barnevernslovutvalget har i NOU 2016: 16 kapittel 17.3.4 side 242 foreslått å lovfeste fylkesnemndenes uavhengighet samt etablere en klage- og disiplinærordning for nemndsledere.

Det kan for øvrig nevnes at det er reist spørsmål om å styrke fylkesnemndsledernes arbeidsrettslige stilling for å befestе deres uavhengighet.⁶⁹ I motsetning til embetsdommere, som utnevnes av Kongen i statsråd og er uavsettelige etter Grunnloven § 22 andre ledd, er fylkesnemndsledere tjenestemenn og omfattet av de alminnelige bestemmelsene om oppsigelse og avskjed. Utviklingen de siste årene, med opprettelse av Sentralenheten for fylkesnemndene, har også svekket preget av uavhengighet. I motsetning til opprettelsen av Domstoladministrasjonen, som var begrunnet i behovet for å støtte opp om og synliggjøre utad uavhengighetene i dommerarbeidet,⁷⁰ ble Sentralenheten for fylkesnemndene opprettet for å styrke den administrative styringen av nemndene.⁷¹ Det er ikke på samme måte som for Domstoladministrasjonen gitt begrensninger ved lov eller stortingsvedtak om adgangen til å instruere Sentralenheten for fylkesnemndene.⁷² Sentralenheten er følgelig underlagt departementets instruksjonsmyndighet, mens Domstoladministrasjonens uavhengighet er markert i domstoloven § 33. På hvilke områder og på hvilken måte Sentralenheten kan styre fylkesnemndene, kan også reise tvil. I Riksrevisjonens undersøkelse av saksbehandlingen i fylkesnemndene, er det anbefalt at Barne- og likestillingsdepartementet, i samarbeid med Sentralenheten for fylkesnemndene, legger til rette for at nemndslederne får økt oppmerksomhet om barnevernlovens muligheter for forenklet saksbehandling.⁷³ Slike føringer kan oppfattes som en utfordring for fylkesnemndenes uavhengighet.

Hvilken betydning dette har i relasjon til konvensjonskravene er usikkert. Utvalget finner ikke grunn til å ta stilling til dette spørsmålet. I en eventuell ny ordning vil avgjørelser fra fylkesnemndene kunne overprøves av domstoler som tilfredsstillende kravene etter EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1.

Som nevnt ovenfor, følger også visse prosessuelle rettigheter av EMK artikkel 8. Omfanget av de prosessuelle aspektene ved EMK artikkel 8, og i hvilken utstrekning bestemmelsen har en selvstendig betydning ved siden av artikkel 6, er ikke

helt klart. Praksis har forankret krav på en rettfærdig rettergang dels i EMK artikkel 6 og dels i EMK artikkel 8, eventuelt i begge bestemmelser.⁷⁴ Det samme gjelder EMK artikkel 5 nr. 4. Uavhengig av dette, må det antas at ingen av disse bestemmelsene stiller noen ytterligere krav når det gjelder valg av avgjørelsesorgan.

13.6.2 Særlig om ankeadgang

Menneskerettskonvensjonene gir ikke partene krav på å få rettsavgjørelser i sivile saker overprøvd, og oppstiller dermed ikke en plikt for statene til å etablere en ankeordning, jf. til sammenligning EMK protokoll 7 artikkel 2 og SP artikkel 14 nr. 5 for straffesaker. Så langt nasjonal rett gir anledning til anke, får EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1 anvendelse på behandlingen i overprøvingsinstansen.

Grunnloven § 88 første ledd første punktum fastslår at «Høyesterett dømmer i siste instans». Bestemmelsen forutsetter dermed at underordnede domstolars avgjørelser skal kunne bringes inn for Høyesterett. Sammenholdt med Grunnloven § 89 om domstolenes prøvingsrett og Grunnloven § 95 om retten til domstolsbehandling, innebærer dette videre at administrative avgjørelser må kunne gjøres til gjenstand for domstolskontroll, i siste instans av Høyesterett. Både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven kan reise spørsmål av prinsipiell og rettssikkerhetsmessig art. Etter utvalgets vurdering følger det av Grunnloven § 88 at avgjørelser på barnefeltet må kunne prøves av Høyesterett. Dette gjelder uavhengig av om det er en domstol eller en fylkesnemnd som treffer avgjørelsen som første instans.

En viss adgang til prøving følger også av EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3. Bestemmelsene gir den enkelte en rett til tilgang til et effektivt rettsmiddel (redskap) mot menneskerettsbrudd. Dette innebærer at partene i foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven må ha tilgang til et rettsmiddel i tilfeller der menneskerettsbruddet skriver seg fra behandlingen i fylkesnemnda eller domstolen.

I vurderingen av hvilken myndighet som skal behandle spørsmålet om brudd på menneskerettighetene, har lovgiver et skjønn, både med hensyn til organiseringen og gjennomføringen av prøvingsadgangen. Prøvingen kan skje i forbindelse med at hele saken prøves på nytt, men også på grunnlag av et søksmål med påstand om dom

⁶⁸ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, 2014, kapittel 8 side 150.

⁶⁹ Høringsuttalelse 29. juni 2016 fra fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker til høringsnotat om forslag til ny lov om statens ansatte.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) kapittel 7.8.2 side 70.

⁷¹ Årsrapport for fylkesnemndene for 2010 kapittel 7 side 11.

⁷² Se del II kapittel 3.3 om domstolenes uavhengighet.

⁷³ Dokument 3:10 (2014–2015) kapittel 3 side 12.

⁷⁴ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, 2015, kapittel 11.3.5 side 239.

for menneskerettsbrudd eller for erstatning som følge av menneskerettsbrudd.⁷⁵ I lys av Grunnloven § 88 er det naturlig at retten etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 primært ivaretas gjennom reglene om anke. For påstått menneskerettsbrudd i tilknytning til domstolsbehandling, er det for øvrig vanskelig å se for seg en prøvingsadgang for andre myndigheter enn den overordnede domstolen, jf. kravene til domstolenes uavhengighet. Det samme må antakelig gjelde domstolslignende organer som forutsettes å være uavhengig av lovgiver og forvaltning.

Grunnloven § 88 er i utgangspunktet ikke til hinder for regler om ankenektelse eller krav til samtykke for at en anke kan fremmes til behandling. Høyesterett må imidlertid ha mulighet til å prøve saker som reiser grunnlovsspørsmål, aktualiserer forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, eller det for øvrig er grunn til at domstolen går inn i. Det er på det rene at den alminnelige silingsadgangen i tvistesaker tilfredsstillende disse kravene.⁷⁶ Hvorvidt dagens ordning etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd med krav til samtykke for ankebehandling av dom i barnevernsaker kan opprettholdes dersom det er barne- og familiedomstoler på nivå med tingrettene eller tingrettene som skal

treffe avgjørelsen av tvang i første instans, er mer tvilsomt. Det synes klart at den enkelte i det minste må kunne få prøvd om behandlingen i barne- og familiedomstolen eller tingretten innebar en krenkelse av konvensjonsbaserte menneskerettigheter, og at denne prøvingen – av hensyn til domstolenes uavhengighet – må foretas av en annen domstol.

Avgjørelser om tvang etter barnevernloven er inngripende. Uavhengig av Grunnloven og rekkevidden av de konvensjonsbaserte forpliktelsene, mener utvalget at slike avgjørelser må kunne bringes inn for en overordnet domstol. Begrunnelsen for det kravet til samtykke for ankebehandling som ligger i tvisteloven § 36-10 tredje ledd, var særlig å begrense antall prøvingsinstanser av hensyn til barnets behov for ro og forutberegnelighet, og prosessøkonomiske hensyn.⁷⁷ Dersom avgjørelser i saker om tvang etter barnevernloven som første instans ikke lenger skal ligge til fylkesnemndene, men til enten en særdomstol eller tingrettene, faller begrunnelsen for innføringen av reglene bort. Som det fremgår av kapittel 18.7 nedenfor, bør disse sakene etter utvalgets vurdering isteden være omfattet av en regel om ankenektelse.

⁷⁵ Se Rt. 1994 side 1244 og Rt. 2003 side 301.

⁷⁶ Rt. 2009 side 1118.

⁷⁷ Innst. O. nr. 110 (2004–2005) kapittel 2.2.1 side 10.

Kapittel 14

Andre lands ordninger

14.1 Sverige

14.1.1 Innledning

Domstolene i Sverige består av to sideordnede systemer; de alminnelige domstolene og de alminnelige forvaltningsdomstolene. I tillegg kommer enkelte særdomstoler, blant annet Arbetsdomstolen, Marknadsdomstolen og Patentbesvärsträtten. De alminnelige domstolene behandler straffesaker og sivile tvister mellom private parter, mens forvaltningsdomstolene behandler tvister mellom private parter og forvaltningen om offentlig myndighetsutøvelse. De alminnelige domstolene er organisert i tre instanser; tingsrätt, hovrätt og Högsta domstolen. Det er 48 tingsrätter og 6 hovrätter som behandler saker innenfor sitt geografiske område. Forvaltningsdomstolene er organisert i tre instanser; förvaltningsrätt, kammarrätt og Högsta förvaltningsdomstolen. Også forvaltningsdomstolene er inndelt i geografiske områder, med henholdsvis tolv förvaltningsrätter og fire kammarrätter. De alminnelige domstolenes organisering og saksbehandlingsregler er i hovedsak fastsatt i rättegångsbalken. For forvaltningsdomstolene gjelder lagen om allmänna förvaltningsdomstolar og förvaltningsprocesslagen.

Det tosporede systemet i Sverige innebærer at foreldretvistene behandles av de alminnelige domstolene, mens sakene om tvang i barnevernet avgjøres av forvaltningsdomstolene.

14.1.2 Foreldretvister

I Sverige er bestemmelser om vårdnad (dvs. foreldreansvar og bostedsmyndighet), barnets bosted og samvær gitt i Föräldrabalken kapittel 6.

Før en foreldretvist bringes inn for domstolene, skal kommunen tilby foreldrene en såkalt samarbeidssamtale som ledes av en sakkyndig i kommunen (familjerätten).¹ Slik mekling er frivillig og gratis. Den sakkyndige kan mekle mellom foreldrene og eventuelt bistå dem med å sette opp en avtale om vårdnad, barnets bosted og samvær.

Denne typen avtaler mellom foreldrene må være skriftlige og godkjennes av socialnämnden for å være gyldige.² Når avtalen er godkjent kan den håndheves på samme måte som en dom.

Dersom foreldrene ikke kommer til enighet, kan tvisten bringes inn for de alminnelige domstolene i Sverige, med tingsrätten som første instans. Tingsrätten behandler tvisten i hovedsak som andre sivile saker, men det legges stor vekt på avtaleløsninger.³ Etter at tingsrätten har mottatt stevning (ansökan om stämning) og tilsvarende svaromål, vil det normalt bli innkalt til et saksforberedende møte.⁴ I møtet deltar en juridisk dommer (ordförande) i tillegg til foreldrene og deres prosessfullmektiger. Formålet med møtet er å gjennomgå saken og gi foreldrene mulighet til å komme til enighet om vårdnaden, barnets bosted og samvær. Dersom foreldrene ikke kommer til enighet i møtet, kan tingsrätten treffe en midlertidig avgjørelse, som skal gjelde frem til retten har avgjort saken eller foreldrene har inngått forlik.⁵

Forutsatt at begge foreldrene samtykker og barnets interesser tilsier det, kan tingsrätten henvisse foreldrene til samarbeidssamtale eller oppnevne en mekler. Familjerätten/mekleren skal rapportere resultatene av denne meklingen til tingsrätten. Ved en enighet mellom foreldrene om vårdnaden, barnets bosted og samvær, kan saken avsluttes i tingsrätten.

Dersom foreldrene ikke kommer til enighet under saksforberedelsen, går saken til hovedforhandling. Ved en hovedforhandling består retten normalt av en juridisk dommer og tre meddommere (nämndemän). Tingsrätten har ansvar for sakens opplysning, og skal blant annet innhente opplysninger fra socialnämndene.⁶ Retten kan

¹ Föräldrabalken kapittel 6 § 18 og Socialstyrelsen, Socialnämndens ansvar för vissa frågor om vårdnad, boende och umgänge.

² Föräldrabalken kapittel 6 § 17 a.

³ Föräldrabalken kapittel 6 §§ 17, 18 og 18 a.

⁴ Rättegångsbalken kapittel 42.

⁵ Föräldrabalken kapittel 6 § 20.

⁶ Föräldrabalken kapittel 6 § 19.

også be socialnämnden eller en annen sakkyndig om å utrede saken (vårdnad-, boende- og umgän- gesutredning). En slik utredning tar normalt flere måneder, og det gjennomføres samtaler med foreldrene og andre voksne i barnets krets. Den sakkyndige skal forsøke å klarlegge barnets standpunkt og videreformidle dette til retten. Den sakkyndige bør, så langt det lar seg gjøre, anbefale en løsning på tvisten. Anbefalingen er ikke bindende for retten, og retten skal foreta en selvstendig vurdering av saken basert på utredningen og øvrig bevisførsel. Barnet skal høres av retten dersom særskilte grunner taler for det, og det er åpenbart at barnet ikke kan ta skade av å bli hørt.

Etter hovedforhandling avsier tingsrätten en dom om vårdnaden, barnets bosted og samvær. Dommen kan ankes til hovrätten, og deretter til Högsta domstolen. Det er krav om samtykke (prövningstillstånd) fra hovrätten og Högsta domstolen for at saken skal tas opp til behandling.⁷

Tingsrättene er allmenne domstoler som behandler saker innenfor et bredt spekter, og dommerne som behandler foreldretvister er dermed i utgangspunktet ikke spesialister. En viss spesialisering forekommer likevel i noen domstoler.⁸ Spørsmål om å opprette familiedomstoler for behandling av foreldretvister har vært vurdert flere ganger, men er hittil avvist.⁹

14.1.3 Barnevernsaker

Regler om behandlingen av barnevernsaker i Sverige er i hovedsak gitt i sosialtjenstlagen. I tillegg er tvangsvedtak i barnevernsaker regulert i lagen med særskilda bestämmelser om vård av unga (LVU).

Med unntak av enkelte oppgaver som ligger under rettsvesenet eller statlige myndigheter, er barnevern en kommunal oppgave. Sosialtjenesten i hver kommune har ansvar for at barn og unge vokser opp under trygge og gode forhold, og skal i nært samarbeid med foreldrene bidra til gode oppvekstvilkår og innsats ovenfor barn og unge som viser tegn til en uheldig utvikling.¹⁰ Oppgavene innenfor sosialtjenesten er lagt til de såkalte socialnämndene.

En utredning av et barns situasjon starter ved at sosialtjenesten mottar en søknad om bistand fra foreldrene/barnet eller på annen måte blir kjent med at barnet behøver støtte og beskyttelse.¹¹ I utredningen må sosialtjenesten ta stilling til om barnet har behov for hjelp gjennom barnevernet, og hvilke tiltak som eventuelt er nødvendige for at barnet skal oppnå en rimelig levestandard. Foruten hjelpetiltak gir sosialtjenstlagen hjemmel til frivillig plassering utenfor hjemmet.

Dersom sosialtjenesten vurderer det slik at barnets behov for støtte og beskyttelse ikke kan oppnås gjennom frivillige tiltak, og det er en risiko for at barnets helse og utvikling kan skades, skal tvangsinngrep vurderes.¹² Socialnämnden skal da, etter forslag og utredning fra sosialtjenesten, som hovedregel fremme begjæring om omsorgsovertakelse overfor förvaltningsrätten.¹³ Unntaksvis kan socialnämnden på visse vilkår selv fatte hastevedtak, men slike vedtak skal senest innen en uke fra vedtakstidspunktet sendes förvaltningsrätten for overprøving.¹⁴

Förvaltningsrätten skal ta stilling til begjæringen om omsorgsovertakelse i et såkalt LVU-mål.¹⁵ I motsetning til de fleste av sakene som behandles av förvaltningsrätten, har retten i disse sakene kompetanse som førsteinstans. Bakgrunnen for dette er et ønske om å sikre tilstrekkelig rettsikkerhet ved behandlingen av tvangssaker.

Behandlingen i förvaltningsrätten er vanligvis skriftlig. I saker om omsorgsovertakelse er imidlertid utgangspunktet at det skal holdes muntlige forhandlinger.¹⁶ Begrunnelsen for dette er tiltakets inngripende karakter, og at rettssikkerhets-hensyn tilsier at saken blir så godt opplyst som mulig og at partene bør få uttale seg direkte til domstolen.¹⁷ Den muntlige forhandlingen utgjør et supplement til det skriftlige materialet som fremlegges av partene. Domstolen har ansvar for å innkalle partene og eventuelle prosessfullmektiger til muntlige forhandlinger, og dessuten eventuelle vitner, sakkyndige og tolk.

Retten settes som regel med en juridisk dommer, som er administrator (ordförande), og tre

⁷ Rättegångsbalken kapittel 49 §§ 12 og 14 og kapittel 54 §§ 9 og 10.

⁸ SOU 2005: 43 Del A kapittel 11.9 side 286–290 og Prop. 2005/06:99 kapittel 11.4 side 68–69. Om behovet for spesialisering, se Catharina Åhl, Specialisering i vårdnadsprosessen.

⁹ Se blant annet SOU 1995: 79 kapittel 4.13.2 side 125–128 og Prop. 1997/98:7 kapittel 17 side 92–94.

¹⁰ Sosialtjenstlagen kapittel 5 § 1.

¹¹ Socialstyrelsen, *Utreda barn och unga*, Handbok för socialtjänstens arbete enligt socialtjenstlagen.

¹² LVU § 2.

¹³ LVU § 4.

¹⁴ LVU §§ 6 og 7.

¹⁵ En nærmere beskrivelse av domstolsprosessen er gitt i SOU 2015: 71 Del A kapittel 10.2 side 455–481.

¹⁶ LVU § 35.

¹⁷ Lotta Lerwall m.fl., *Makt, myndighet, människa*, 2. utgave, 2016, side 188–189 og SOU 2015: 71 Del A kapittel 10.2.6 side 469–470.

meddommere (nämndemän).¹⁸ Unntak gjelder ved overprøving av hastevedtak, der retten kun settes med en juridisk dommer. Det er ikke krav om at retten skal bestå av personer med barnefaglig kompetanse. Administratoren leder forhandlingen og har ansvar for å avklare eventuelle ufullstendigheter og uklarheter. Alle dommerne har rett til å stille spørsmål til partene, vitnene og sakkyndige.

Både socialnämnden, foreldrene og barnet er parter, og har enkelte partsrettigheter i saker om omsorgsovertakelse ved forvaltningsrätten. Partsrettighetene innebærer blant annet det å fremføre egne argumenter, og å anke en avgjørelse. Bare socialnämnden kan starte en sak om omsorgsovertakelse. De private partene har som regel krav på prosessfullmektig på statens bekostning (offentlig biträde). Barnet er i saker om omsorgsovertakelse ikke prosessdyktig før det er fylt 15 år. Barn under 15 år får oppnevnt stedfortreder som ivaretar barnets rettigheter og plikter under behandlingen av saken.

En muntlig forhandling er offentlig med mindre forvaltningsrätten beslutter at saken skal gå for lukkede dører. I saker om omsorgsovertakelse er det vanlig at det besluttes lukkede dører. Utgangspunktet er videre at domstolen har ansvar for sakens opplysning (det såkalte officialprinsippet), og blant annet kan oppnevne sakkyndige for å utrede saksforholdet nærmere. Ettersom prosessen er en partsprosess med kontradiksjon, overlater domstolene i praksis i stor grad til partene å vurdere behovet for ytterligere vitneførsel eller sakkyndige utredninger.¹⁹

Forvaltningsrättens dom i sak om omsorgsovertakelse kan ankes til kammarrätten av både de private parter og kommunen.²⁰ I disse sakene er det ikke krav om samtykke (prövningstillstånd) fra kammarrätten for at saken skal tas opp til behandling. Kammarrättens avgjørelse kan videre ankes til Högsta förvaltningsdomstolen. Ved behandling i Högsta förvaltningsdomstolen kreves det samtykke, noe som i utgangspunktet bare gis for avgjørelser som kan ha prejudikatsverdi.²¹

Forvaltningsdomstolene behandler saker innenfor et bredt spekter, og dommerne som behandler barnevernsaker er dermed i utgangspunktet ikke spesialiserte. I 2010 ble antallet for-

valtningsrätter begrenset; fra 23 til 12 domstoler. Ett av formålene med endringen var å legge til rette for spesialisering blant dommere og saksutredere.²² Det debatteres om dette i realiteten har medført bedre muligheter for spesialisering, eller om det er behov for spesialiserte barnedomstoler.²³

14.2 Danmark

14.2.1 Innledning

Domstolene i Danmark består av alminnelige domstoler og enkelte særdomstoler.²⁴ De alminnelige domstolene er organisert i tre nivåer – byrettene, landsrettene og Højesteret. Det er 24 byretter og to landsretter. Danmark har ikke forvaltnings- eller forfatningsdomstoler. Derimot har landet en rekke domstolliknende forvaltningsorganer, hvor dommere ofte sitter som medlemmer eller ledere. Domstolenes struktur og saksbehandlingsregler er i hovedsak regulert i retsplejeloven.

Både foreldretvister og saker om tvang i barnevernet behandles i Danmark av forvaltningen i første instans, henholdsvis i et organ benevnt statsforvaltningen og i kommunale barn og ungeutvalg. Sakene kan deretter bringes inn for Ankestyrelsen, som er et statlig administrativt klageorgan. Ved domstolsprøving behandles sakene av de alminnelige domstolene.

14.2.2 Foreldretvister

I Danmark gir forældreansvarsloven regler om forældremyndighed (foreldreansvar og bostedsmyndighet), barnets bosted og samvær. En sak om foreldremyndighet, bosted og samvær skal alltid starte i statsforvaltningen.²⁵ Statsforvaltningen skal normalt innkalle foreldrene til et møte, der de normalt har plikt til å møte. Som hovedregel skal foreldrene tilbys gratis barnesakkyndig rådgivning eller konfliktmekling med sikte på å finne en løsning eller få samarbeidet til å fungere bedre.²⁶ Rådgivningen foretas av barne- og familiesakkyn-

¹⁸ Lagen om allmänna förvaltningsdomstolar §§ 17 og 18.

¹⁹ Pernilla Leviner, Domstolens funktion i LVU-ärenden – behov av specialiserade barndomstolar?, Nordisk socialrättslig tidsskrift nr. 5-6/2012, side 93.

²⁰ Förvaltningsprocesslagen § 33.

²¹ Förvaltningsprocesslagen § 35.

²² Prop. 2008/09:165 kapittel 4.4 side 107.

²³ Se blant annet Pernilla Leviner, Domstolens funktion i LVU-ärenden – behov for specialiserade barndomstolar?, Nordisk socialrättslig tidsskrift nr. 5-6/2012 side 85–132 og SOU 2015: 71 kapittel 10.3.2 – 10.3.5 side 484–490 og 10.4.6 side 496–497.

²⁴ Eksempler på særdomstoler er Sø- og Handelsretten og Den Særlige Klageret.

²⁵ Forældreansvarsloven §§ 31 og 31 a.

²⁶ Forældreansvarsloven § 32.

dige rådgivere, psykologer og sosialrådgivere.²⁷ En avtale mellom foreldrene om foreldremyndigheten må meldes til statsforvaltningen for å være gyldig.

Statsforvaltningen kan iverksette barne-sakkyndige undersøkelser og innhente sakkyndige erklæringer om foreldrene. Videre kan statsforvaltningen innhente barnets uttalelse, med mindre det kan være til skade for barnet eller det anses som unødvendig ut fra sakens omstendigheter.²⁸ Statsforvaltningen har myndighet til å treffe midlertidig avgjørelse om foreldremyndighet og barnets bosted. I tillegg kan statsforvaltningen fastsette samvær. Avgjørelsene kan innklages for Ankestyrelsen. I Ankestyrelsen arbeider det hovedsakelig jurister, men forvaltningsorganet har også omtrent 40 konsulenter som er innleid for å bistå med medisinsk-faglig kunnskap.

Dersom foreldrene ikke kommer frem til en løsning om foreldremyndighet og barnets bosted, skal statsforvaltningen, på begjæring fra en av foreldrene, bringe saken inn for byretten. Spørsmålet om samvær kan ikke bringes inn for domstolene, og avgjøres dermed med endelig virkning av Ankestyrelsen. Er spørsmålet om foreldremyndighet og barnets bosted brakt inn for byretten, kan ikke Ankestyrelsen overprøve statsforvaltningens midlertidig avgjørelse om disse spørsmålene.

Reglene for domstolens behandling i saker om foreldremyndighet og barnets bosted er i hovedsak som for andre sivile tvister, men med enkelte særregler i retsplejeloven kapittel 42. Blant annet kan retten beslutte bevisførsel på eget initiativ, og den kan utpeke en barnesakkyndig til å delta i forberedende møter, gjennomføre samtale med foreldrene eller barnet, innhente opplysninger om saken og utarbeide en sakkyndig erklæring.²⁹ Retten kan bestemme at den barnesakkyndige skal ha en samtale med barnet. Dommeren vil ofte overvære denne samtalen. Rettsmøtene i saker om foreldremyndighet og barnets bosted går for lukkede dører. En avgjørelse fra byretten kan ankes til landsretten, og landsrettens avgjørelse til Højesteret.

Det er nedsatt en arbeidsgruppe i Danmark som skal utrede et nytt avgjørelsessystem på det familierettslige området.³⁰ Systemet skal legge til rette for en rask saksbehandling, men også iva-

reta blant annet nødvendige rettssikkerhetsmessige garantier. Ved saksbehandlingen skal det være mulig å trekke inn sosialrettslige problemer i den samlede løsningen for familien. Arbeidet skal avsluttes våren 2017.

14.2.3 Barnevernsaker

Behandlingen av barnevernsaker i Danmark er i hovedsak regulert i loven om social service (serviceloven). I tillegg er det gitt enkelte bestemmelser i loven om retssikkerhet og administration på det sociale område. Oppgaver knyttet til barnevern er i hovedsak lagt til kommunene.

Kommunene har et ansvar for at det ytes gratis familieorientert rådgivning.³¹ Den kommunale barneverntjenesten skal gi hjelp til dem som har særlig behov. Kommunen kan sette i verk frivillige tiltak overfor barnet og familien, herunder plassering utenfor hjemmet.³² Beslutning om tvangsplassering utenfor hjemmet og andre tvangstiltak i barnevernet, treffes av kommunenes barn og unge-udvalg.³³ Disse utvalgene består av to medlemmer valgt av og blant kommunebestyrelsens medlemmer, en byrettsdommer og to pedagogisk-psykologisk sakkyndige. Saken bringes inn for utvalget ved at den kommunale barneverntjenesten fremmer en innstilling. Innstillingen skal inneholde en barnefaglig undersøkelse, en vurdering av om betingelsene for tvangstiltaket er oppfylt, en handlingsplan for plasseringen og barnets uttalelse. I hastesituasjoner kan lederen eller nestlederen for barn og unge-udvalget treffe foreløpig avgjørelse om tvangsplassering.³⁴ En foreløpig avgjørelse skal forelegges barn og unge-udvalget til godkjenning snarest mulig, og senest innen syv dager etter iverksettelsen. Parter i saken er den som har foreldremyndigheten, barn over tolv år, og foreldre uten foreldremyndighet som berøres av en avgjørelse om samvær. Partene har rett til å la seg bistå av advokat, og til å uttale seg overfor utvalget.

Tvangsvedtak fra barn og unge-udvalget kan klages inn for Ankestyrelsen. Denne kan prøve alle sider av saken.³⁵ Sakene behandles i hovedsak skriftlig, men det avholdes et møte umiddelbart før en avgjørelse skal treffes, hvor blant annet den som har foreldremyndigheten, barnet

²⁷ www.statsforvaltningen.dk.

²⁸ Forældreansvarsloven §§ 33 og 34.

²⁹ Retsplejeloven §§ 450, 450 a og 450 b.

³⁰ <http://boernogsamvaer.dk/wp-content/uploads/2016/11/Kommissorium-for-arbejdsgruppen.pdf>.

³¹ Serviceloven § 11.

³² Serviceloven §§ 46 og 52.

³³ Serviceloven § 74 og loven om retssikkerhet og administration på det sociale område §§ 18-21.

³⁴ Serviceloven § 75.

³⁵ Serviceloven §§ 168-172.

og advokaten får mulighet til å uttale seg.³⁶ Kommunen er ikke part i saken. Ankestyrelsens vedtak kan bringes inn for byretten, som behandler saken etter retsplejeloven og de særregler som er gitt om prøving av administrativt bestemt frihetsberøvelse. Under hovedforhandlingen deltar en juridisk dommer og to barnesakkyndige. Retten kan bestemme at rettsmøtene skal gå for lukkede dører. Hvis saken er av prinsipiell karakter eller særlige grunner tilsier det, kan Prosesbevilningsnævnet gi tillatelse til anke til landsretten.

14.3 Finland

14.3.1 Innledning

I likhet med Sverige har Finland både alminnelige domstoler og alminnelige forvaltningsdomstoler. I tillegg kommer enkelte særdomstoler.³⁷ De alminnelige domstolene er organisert i tre nivåer; 27 tingsrätter, seks hovrätter og Högsta domstolen som øverste instans. Forvaltningsdomstolene har to nivåer; seks förvaltningsdomstoler og Högsta förvaltningsdomstolen. Domstolenes organisering og saksbehandlingsregler i de alminnelige domstolene er regulert i rättegångsbalken. For forvaltningsdomstolene gjelder lagen om förvaltningsdomstolarna og förvaltningsprocesslagen. Foreldretvistene behandles av de alminnelige domstolene, mens saker om tvangstiltak i barnevernet avgjøres av forvaltningsdomstolene.

14.3.2 Foreldretvister

Finland har regler om vårdnad (foreldreansvar og bostedsmyndighet), barnets bosted og samvær i lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt, og i äktenskapslagen.

Äktenskapslagen inneholder regler om mekling i familiespørsmål.³⁸ Meklingen er ikke obligatorisk, men familien kan ved konflikter om vårdnad, barnets bosted og samvær, be om mekling. Socialnämndene i kommunene har ansvar for å gi et tilbud om mekling. Meklingen kan dessuten gjennomføres av organisasjoner med tillatelse til å drive slik virksomhet. Barnet kan delta i meklingen, forutsatt at foreldrene ønsker det og det anses å være til barnets beste.³⁹ Mekleren kan

også samtale med barnet uten at foreldrene er til stede. En avtale om vårdnad og samvær skal være skriftlig og må godkjennes av socialnämnden.⁴⁰ Ved avgjørelsen av om avtalen skal godkjennes, skal det tas utgangspunkt i barnets beste og barnets ønsker. Når avtalen er godkjent, har den samme virkning som en dom. Avtaler mellom foreldrene kan også legges frem for domstolen til godkjenning.

Foreldretvister kan bringes inn for tingsrätten.⁴¹ Der behandles de i hovedsak etter de alminnelige sivilprosessreglene, men med enkelte særregler i lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt kapittel 3 og 3 a. Foreldrene innkalles i første omgang til et saksforberedende møte. Med mindre det oppnås enighet mellom foreldrene i dette møtet, skal retten videre som hovedregel innhente en utredning fra socialnämnden. Utrederen foretar hjemmebesøk hos foreldrene, innhenter barnets syn og fremskaffer informasjon fra andre myndigheter. Når utredningen er ferdig, går saken videre til hovedforhandling i tingsrätten. Barnet kan høres personlig i domstolen, om det av vektige grunner er nødvendig for avgjørelsen av saken. Etter hovedforhandlingen treffer tingsrätten sin avgjørelse. Denne avgjørelsen kan ankes til hovrätten, og hovrättens avgjørelse til Högsta domstolen.

Tingsrätten kan også mekle i foreldretvister. Som mekler benyttes en dommer, og denne kan bistås av en sakkyndig som har kunnskap om spørsmål som gjelder foreldreskap og barns utvikling, som regel en psykolog eller sosialarbeider.⁴² Begge foreldrene eller en av foreldrene kan søke om mekling i tingsrätten. Meklingen er frivillig.

Det er nedsatt en arbeidsgruppe i Finland som skal utrede reformbehov knyttet til lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt.⁴³ Arbeidsgruppen skal levere sin innstilling i august 2017.

14.3.3 Barnevernsaker

I Finland er det barnskyddslagen som gir regler om behandlingen av barnevernsaker. Barnevern er i hovedsak en kommunal oppgave. En utredning av et barns situasjon starter ved at sosialtjenesten mottar en søknad om bistand eller ved at

³⁶ Serviceloven § 168, jf. § 74 andre og tredje ledd og forretningsorden for Ankestyrelsen § 21 andre ledd.

³⁷ Marknadsdomstolen, Arbetsdomstolen, Försäkringsdomstolen og Riksrätten.

³⁸ Äktenskapslagen avdelning 1 kapittel 5.

³⁹ <https://oikeus.fi/sv/index/Broschyter/perheasioidensovittelu/tarkeintaonajatallapsia.html>.

⁴⁰ Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt § 8.

⁴¹ Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt § 9.

⁴² Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt § 17 c.

⁴³ <http://oikeusministerio.fi/sv/index/underarbete/laki-hankkeet/henkilo-perhe-ja/lapsenhuoltoajatapaamisoikeuttakoskevanlainsaadannonuudistus.html>.

den får melding om at barnet behøver beskyttelse.⁴⁴ Utredningen foretas av en sosialarbeider, som vurderer om barnet har behov for hjelp og hvilke tiltak som i tilfelle er nødvendige for å sikre barnets helse og utvikling.⁴⁵ Barnets synspunkter skal innhentes og vektlegges i tråd med dets alder og modenhet.

Hvis forholdene for et barn utsetter barnets helse eller utvikling for fare, og hjelpetiltak ikke er mulig eller tilstrekkelig, skal barnet tas hånd om og plasseres utenfor hjemmet.⁴⁶ Dersom foreldrene og barn over tolv år ikke motsetter seg slik plassering, kan en avgjørelse om omsorgsovertakelse treffes av sosialtjenesten.⁴⁷ I andre tilfeller skal spørsmålet avgjøres av förvaltningsdomstolen etter begjæring fra sosialtjenesten. I hastesituasjoner kan likevel avgjørelsen treffes av sosialtjenesten.

I förvaltningsdomstolen behandles saker om tvangstiltak i barnevernet i hovedsak etter reglene i förvaltningsprosesslagen, men med enkelte særregler i barnskyddslagen kapittel 14. Når en sak er anlagt overfor förvaltningsdomstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen, kan den domstolen som behandler saken også treffe midlertidig avgjørelse om barnets omsorgssituasjon.

Behandlingen i förvaltningsdomstolen er vanligvis skriftlig. I saker om omsorgsovertakelse kan domstolen likevel holde en begrenset muntlig forhandling.⁴⁸ Behandlingen av saken kan deretter fortsette enten som en skriftlig behandling eller det kan innkalles til hovedforhandling. Den muntlige forhandlingen utgjør et supplement til det skriftlige materialet som fremlegges av partene.

I utgangspunktet kan barn høres personlig ved domstolen dersom barnet ber om det eller samtykker til høring.⁴⁹ Barn under tolv år kan imidlertid bare høres personlig dersom det er nødvendig for saken og det ikke er til skade for barnet. I første omgang skal høringen av barnet gjennomføres uten at partene er til stede. Partene skal imidlertid kunne gjøre seg kjent med innholdet i samtalen i etterkant, med mindre informasjonen må begrenses for å beskytte barnet eller lignende. Barnet kan også høres personlig ved muntlige forhandlinger.

Retten settes som regel med to juridiske dommere og en fagkyndig dommer.⁵⁰ Unntak gjelder

blant annet ved midlertidige avgjørelser, der retten kun settes med en juridisk dommer. Förvaltningsdomstolens avgjørelser kan ankes til Högsta förvaltningsdomstolen.

14.4 Tyskland

14.4.1 Innledning

Tyskland har seks føderale domstoler; en forfatningsdomstol, en alminnelig domstol, en förvaltningsdomstol, en arbeidsrettsdomstol, en finansdomstol og en sosialrettsdomstol.⁵¹ I tillegg har delstatene egne forfatningsdomstoler, og egne domstoler innenfor de fem ulike saklige jurisdiksjonene. Antall instanser i de enkelte hierarkiene varierer.

Alle de alminnelige domstolene er inndelt i spesialavdelinger som bare behandler saker innen visse rettsområder. De såkalte «familiedomstolene» er en slik egen avdeling i de alminnelige domstolene. Familiedomstolene finnes på tre nivåer; Amtsgericht er første instans, Oberlandesgericht er anneninstans og Bundesgerichtshof er den øverste instansen. Familiedomstolene behandler spørsmål om foreldreansvar, barnets bosted og samvær i tillegg til enkelte spørsmål om tvang i barnevernet.⁵² Förvaltningsdomstolene har imidlertid også en viss rolle når det gjelder tvangstiltak på barnevernområdet, jf. kapittel 14.4.4 nedenfor.

14.4.2 Familiedomstolene

Familiedomstolene ble opprettet i 1976, og fikk da ansvaret for blant annet ekteskapsaker, underholdsbidrag og foreldretvister. Ved en reform i 2009 ble flere sakstyper, herunder adopsjonssaker og saker om vold i nære relasjoner, flyttet til familiedomstolene. Behandlingen av familiesaker reguleres av Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Lovens bok 1 del 2 gir generell informasjon om førsteinstansprosessen, og bok 2 del 3 informasjon om prosessen i saker om foreldre og barn.

⁴⁴ Barnskyddslagen §§ 25 og 26.

⁴⁵ Barnskyddslagen kapittel 7.

⁴⁶ Barnskyddslagen kapittel 9.

⁴⁷ Barnskyddslagen § 43.

⁴⁸ Barnskyddslagen § 84.

⁴⁹ Barnskyddslagen § 86.

⁵⁰ Lagen om förvaltningsdomstolarna § 7.

⁵¹ Peter L. Murray og Rolf H. Stürner, German Civil Justice, 2015, kapittel 1 side 6–7 og kapittel 3 side 39–65 og <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/profiles/CourtSystemGermany.pdf>.

⁵² Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) § 111 og Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) §§ 1666, 1671 og 1684.

Dommerne i familiedomstolene behandler vanligvis bare familiesaker, men dette kan variere mellom de enkelte domstolene. Noen dommere kan arbeide eksempelvis 50 % i familiedomstolen og 50 % i sivildomstolen. I større domstoler kan det lyses ut egne stillinger som familiedommer, sivildommer osv., men i mindre domstoler fordeles dommerressursene på de ulike avdelingene mer etter det konkrete behovet. Det er også mulig å praktisere rotasjon ved at en dommer arbeider vekselvis en periode på familieområdet og en periode eksempelvis på sivilområdet.

I foreldretvister og barnevernsaker gjennomføres det normalt muntlige forhandlinger.⁵³ Disse sakstypene skal prioriteres, og forhandlingene skal vanligvis gjennomføres innen en måned etter at saken kom inn til retten. Partene har i utgangspunktet rett og plikt til å møte til forhandlingene, og har som regel rett til å bli hørt direkte for domstolen.⁵⁴ I tillegg har Jugendamt, en institusjon som har oppgaver tilsvarende barnevernet og familievernnet i Norge, rett til å uttale seg under forhandlingene.

Også barnet har på visse vilkår rett til å bli hørt i saken, og kan få oppnevnt en bistandsperson (verfahrensbeistand).⁵⁵ Utgangspunktet er at alle barn over 14 år skal bli hørt. For barn under 14 år må dommeren foreta en konkret vurdering av barnets modenhet, barnets ønske om å bli hørt og behovet for sakens opplysning. Som regel blir barnet hørt personlig av dommeren.

Bistandspersonen skal søke å avklare hva som er barnets interesser og fremme disse i saken, og informere barnet om prosessen og mulige utfall av denne. Domstolen kan også tildele bistandspersonen andre oppgaver i saken, og kan anke en avgjørelse dersom dette er til det beste for barnet. Det er ikke oppstilt særskilte krav for hvem som kan være bistandsperson, men som regel er det en sosialpedagog, en barnevernsarbeider eller en person som er i familie med barnet, som oppnevnes.

Domstolen har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, og kan blant annet be om en sakkyndig utredning.⁵⁶ Forhandlingene i familiesaker er som hovedregel ikke offentlige, men forhandlingene kan gå for åpne dører dersom ikke noen av partene motsetter seg det.⁵⁷

⁵³ FamFG § 155.

⁵⁴ FamFG § 160.

⁵⁵ FamFG §§ 158 og 159.

⁵⁶ FamFG §§ 26 og 163.

⁵⁷ Gerichtsverfassungsgesetz § 170.

14.4.3 Særlig om foreldretvister

I foreldretvister skal domstolen på ethvert trinn av saken legge til rette for mekling og avtaleløsninger, med mindre dette er i strid med barnets beste.⁵⁸ Både domstolen, prosessfullmektigene, Jugendamt, barnets bistandsperson og sakkyndige er oppfordret til å bidra til at foreldrene kan komme til enighet.⁵⁹ Alle involverte skal innkalles til et møte innen én måned etter at saken er brakt inn for domstolen. Domstolen kan både mekle og gi råd til foreldrene i dette møtet. Dersom partene ikke kommer til enighet i det første møtet, kan domstolen treffe en midlertidig avgjørelse. Barnet skal normalt bli hørt før domstolen treffer en slik midlertidig avgjørelse. Domstolen skal videre gi informasjon og veiledning om meklingsmuligheter utenfor domstolene, og kan pålegge at foreldrene alene eller sammen deltar i mekling, veiledning eller lignende utenfor domstolene. Domstolen har imidlertid ingen sanksjonsmuligheter dersom en av foreldrene ikke møter til mekling, utover at det kan tas hensyn til dette ved sakskostnadsavgjørelsen. Dersom partene kommer til enighet om kontakt og overlevering av barnet, skal domstolen godkjenne avtalen. Avtalen skal godkjennes hvis den ikke er i strid med barnets beste.

14.4.4 Særlig om barnevernsaker

Når barnets velferd blir utsatt for fysisk eller psykisk fare, og foreldrene ikke ønsker eller ikke er i stand til å avverge faren, skal familiedomstolen treffe nødvendige tiltak.⁶⁰ Foranledningen kan eksempelvis være en melding fra Jugendamt at et barn kan være utsatt for fare. Tidligere var det nødvendig med en begjæring fra Jugendamt for å sette i gang en sak, men dette ble endret etter påpekning av at denne instansen ikke alltid reagerte tilstrekkelig på behov for tvangstiltak.

Familiedomstolen kan blant annet pålegge foreldrene å søke hjelp fra offentlige instanser (barnevern, helsetjenester eller lignende), pålegge foreldrene å sikre at barnet går på skolen, frata foreldrene den daglige omsorgen, pålegge foreldrene ikke å ta kontakt med barnet, eller frata foreldrene foreldreansvaret. Domstolen skal drøfte med foreldrene hvordan barnets velferd kan håndteres, og mulige konsekvenser av å ikke

⁵⁸ FamFG § 156.

⁵⁹ Baden-Württemberg Justizministerium, Elternkonsens.

⁶⁰ BGB §§ 1666 og 1666a.

akseptere nødvendig bistand.⁶¹ Hvis det er formålstjenlig, skal også barnet høres.

I utgangspunktet er det bare familiedomstolen som har myndighet til å gripe inn i foreldres rettigheter. I hastetilfeller kan Jugendamt likevel treffe avgjørelse om å flytte et barn fra foreldrene.⁶² I så fall må Jugendamt deretter reise sak overfor familiedomstolen om hvem som skal ha omsorgen for barnet; barnevernet eller foreldrene. Foreldrene kan videre bringe Jugendamts avgjørelse om flytting av et barn, inn for forvaltningsdomstolen, som da kan prøve om prosessen frem mot flyttingen, og selve flyttingen, har vært i tråd med loven. Prosessuelt skilles det følgelig mellom den fysiske handlingen å ta barnet ut av hjemmet, som vurderes av forvaltningsdomstolen etter initiativ fra foreldrene, og de juridiske vurderingene omkring fratakelsen av omsorgen for barnet, som hører under familiedomstolen.

Forvaltningsdomstolen har også myndighet til å behandle saker om foreldres rett til (frivillig) barnevernstiltak.

14.5 England

14.5.1 Innledning

Storbritannia har tre rettssystemer; engelsk lov (England og Wales), nordirsk lov (Nord-Irland) og skotsk lov (Skottland). Domstolsystemet i England og Wales er relativt komplisert.⁶³ Laveste nivå i systemet består av magistrates' court, county court og family court. De fleste straffesaker vil starte i magistrates' court, med unntak av enkelte mer alvorlige straffesaker som behandles av Crown Court i første instans. Disse sakene kan deretter ankes til High Court, Court of Appeal og Supreme Court. Sivile saker vil i noen tilfeller bli behandlet av magistrates' court i første instans, men kan også behandles av county court. Anke vil gå til High Court og deretter til Court of Appeal. I tillegg har systemet en rekke «tribunals».

Tidligere ble familiesaker behandlet i såkalte Family Proceedings Court, som var en del av magistrates' court, i county court og i familieavdelingen i High Court. Fra april 2014 ble det opp-

rettet egne familiedomstoler (Family Court).⁶⁴ Disse domstolene behandler foreldretvister, saker om tvangstiltak i barnevernet, skilsmisssaker, saker om underholdsbidrag for barn, aspekter ved vold i nære relasjoner og adopsjonssaker.⁶⁵ På visse vilkår kan sakene overføres til High Court. I High Court er det en egen avdeling som behandler familiesaker. For å være dommer i en familiedomstol, kreves det særskilt opplæring.⁶⁶

Behandlingen av foreldretvister og saker om offentlig omsorgsovertakelse er regulert i Children Act 1989 Chapter 41. Ved domstolsbehandling av saker som gjelder omsorgen for et barn, skal barnets beste være «the court's paramount consideration».⁶⁷

14.5.2 Foreldretvister

Før en konflikt mellom foreldre om «Child Arrangements» (ansvaret for barn, kontakten med barn og bostedet til barn) kan bringes inn for familiedomstolen, må foreldrene som regel delta i et informasjonsmøte om mekling mv. (Mediation Information and Assessment Meetings).⁶⁸ Formålet med møtet er å klarlegge om saken egner seg for mekling. I møtet skal det blant annet gis informasjon om fordelene med mekling, kostnadene ved mekling og eventuell rett til dekning av kostnadene.

Etter informasjonsmøte kan saken bringes inn for domstolene. Domstolen skal på et hvert trinn av saken vurdere om det er mulig å forlike saken. Når domstolen har mottatt saken, vil den i første omgang be The Children and Family Court Advisory and Support Service (Cafcass) om å innhente informasjon fra politiet og sosialtjenesten. Cafcass er uavhengig av domstolene og sosialtjenesten, og har ansvar for å se til at barnets beste ivaretas i foreldretvister. Når informasjonen er innhentet, berammes det et møte (First Hearing Dispute Resolution Appointment) der begge foreldrene kan fremlegge sitt syn på saken, men ikke fremføre andre bevis. Domstolen vil deretter normalt forsøke å mekle mellom foreldrene.

⁶⁴ Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 Chapter 42 Part 4A section 31A-31P, jf. Crime and Courts Act 2013 Chapter 22 Part 2 section 17 (3).

⁶⁵ <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/family-law-courts/>.

⁶⁶ <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/family-jurisdiction/>.

⁶⁷ Children Act 1989 Chapter 41 Part I section 1.

⁶⁸ Children Act 1989 Chapter 41 Part II, jf. Family Procedure Rules, Practice Direction 12B – Child Arrangements Programme.

⁶¹ FamFG § 157.

⁶² Heinz Kindler, Child Protection in Germany, i Schweizerischer Fonds für Kinderschutzprojekte, Child Protection Systems, side 271.

⁶³ <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/>.

Underveis i prosessen kan domstolen treffe midlertidig avgjørelse i saken, og kan også be om en sakkyndig utredning fra Cafcass. Hvis det er uenighet om faktum, kan domstolen innkalle partene til en såkalt Fact Finding Hearing, der begge parter kan legge frem bevis. Når saken er tilstrekkelig opplyst og det ikke oppnås enighet gjennom mekling, gjennomføres det en Final Hearing, hvoretter domstolen treffer sin avgjørelse.

14.5.3 Barnevernsaker

En undersøkelse i en barnevernsak starter som regel ved at politiet eller den lokale myndigheten (sosialtjenesten) mottar en bekymringsmelding om barnet.⁶⁹ Dersom barnet er i umiddelbar fare, skal sosialtjenesten eller en autorisert person be familiedomstolen om å iverksette tiltak, for eksempel flytte barnet til et trygt sted, fjerne en eventuell overgriper fra hjemmet eller undersøke barnet. Politiet kan flytte et barn for inntil 72 timer uten å bringe saken inn for domstolen. Sosialtjenesten skal foreta undersøkelser av barnets behov og risikoen for betydelig skade. I tilfeller der undersøkelsene viser at barnet har behov for tjenester, må det fastsettes en plan der det fremgår hvordan sosialtjenesten vil følge opp barnet, hvilke forandringer som er nødvendige for å redu-

sere risikoen, og hvilke tiltak som vil bli iverksatt i familien. I Children Act er det lagt vekt på at barn i utgangspunktet bør vokse opp i egen familie.

Hvis sosialtjenesten mener barnet risikerer betydelig skade ved å bli i hjemmet, kan det være aktuelt at det offentlige overtar omsorgen for barnet. Dette kan enten skje gjennom frivillige avtaler med foreldrene om at barnet skal bo utenfor eget hjem i kortere eller lengre tid. Alternativt kan saken bringes inn for familiedomstolen (såkalte care proceedings).⁷⁰ Domstolen kan gjennomføre flere ulike typer møter i barnevernsaker. Normalt vil det først bli gjennomført en Case Management Hearing, som er et slags saksforberedende møte der partene får anledning til å uttale seg og retten treffer avgjørelse om hva slags informasjon som skal innhentes. Hvis det er behov for å treffe en midlertidig avgjørelse om omsorgen for barnet, gjennomføres det en Contested Removal Hearing. Når all relevant informasjon er innhentet, kan det gjennomføres en Issues Resolution Hearing. Formålet med dette møtet er å vurdere om partene kan komme til enighet for hele eller deler av saken. Dersom partene ikke kommer til enighet, gjennomføres det en Final Hearing, før domstolen treffer sin avgjørelse i saken.

⁶⁹ Children Act 1989 Chapter 41 Part III-V, jf. Family Procedure Rules, Practice Direction 12A – Care, supervision and other part 4 proceedings: Guide to case management.

⁷⁰ <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/professionals/care.aspx>.

Kapittel 15

Utfordringer ved dagens ordning

15.1 Kunnskap

15.1.1 Behovet for kunnskap

Med mer psykologisk og barnefaglig forskning enn før, er kunnskapene om barns utvikling og omsorgsbehov i økende grad forskningsbasert. Det foreligger en rekke studier der det påvises flere og alvorlige virkninger på barns helse av barnemishandling, forsømmelse, misbruk, vold, stress, uforutsigbarhet og andre påkjenninger.¹ Det er påvist forstyrrelser i barnets tilknytning, med påfølgende skader på barns forventninger til andre mennesker. Det er også påvist negative konsekvenser for utviklingen av empati og læringen av emosjonsreguleringen, som er under utforming de første leveårene. Utviklingen i kunnskap skjer ikke bare innenfor psykologisk forskning, men i økende grad også innen biologisk forskning og nevrovitenskap. En betydelig prosent av de barna som er rammet av skadelig foreldrepraksis, er også i risikozonen for andre negative påkjenninger. Fra å være et område der man i stor grad baserte seg på allmenn livserfaring og moralsk integritet, er saker som vedrører barn i stigende grad et spesialisert fagfelt.

Den som skal avgjøre saker om barns fremtidige omsorgssituasjon, vil møte faglige synspunkter og holdninger både fra de som representerer barneverntjenesten og fra sakkyndige som opptrer i saken. Den som ikke har innsikt i disse spørsmålene, vil ha problemer med å analysere betydningen og kvaliteten av de faglige synspunktene, og med å formidle disse synspunktene til andre som skal delta i avgjørelsen av saken (meddommere mv). Det finnes mange eksempler på misforståelser i tverrfaglig kommunikasjon, som jo dette er, som skyldes at den som ikke er ekspert, ikke forstår premissene og forut-

setningene som en ekspert uttaler seg ut fra, eller tror at en uttalelse dekker mer enn den er ment å dekke. I tillegg er det ikke lett å vite for en som ikke er kjent på et fagområde, om det som en ekspert uttaler er kontroversielt eller eksperimentelt, om det er uttrykk for en gjengs oppfatning, eller om det er foreldet og forlatt i ny forskning. Kunnskapstilfanget gir behov for spesialisert kunnskap hos den som skal treffe avgjørelsen.

Denne situasjonen er ikke spesiell for kunnskap om barn og barns omsorgsbehov, men gjelder generelt der rettsapparatet skal treffe avgjørelse hvor det er behov for sakkyndighet. Det som imidlertid er spesielt for foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, er at avgjørelsen skal bygge på en vurdering av hvordan forholdene vil utvikle seg fremover under ulike forutsetninger. Avgjørelsen kan ikke baseres på en vurdering av forholdsmessighet opp mot en handling i fortiden. Det er heller ikke snakk om noen gjenopprettelse, eller om tolkning og subsumsjon under klart rettslige kriterier. Til dette kommer at noen av avgjørelsene er av de mest alvorlige og inngripende som samfunnet kan treffe overfor et individ, nemlig om fremtiden til et barn som nettopp ikke har den beskyttelsen av en voksen omsorgsperson som er nødvendig for en trygg oppvekst.

Avgjørelsesorganet kan tilføres kompetanse gjennom bruk av fagkyndighet, for eksempel ved at det oppnevnes en sakkyndig for å utrede ett eller flere spørsmål i saken eller retten settes med fagkyndige meddommere. Likevel er det nødvendig at fagdommeren har en viss barnefaglig kunnskap, både for å forstå rekkevidden av de faglige rådene som gis, vurdere behovet for å supplere eller konkretisere rådene, vurdere holdbarheten og relevansen av uttalelsene under endrede forutsetninger, og formidle kunnskap videre til lekfolk og parter under prosessen.

¹ NOU 2012: 5 kapittel 3.1 side 19–25.

15.1.2 Barnefaglig kunnskap i rettsapparatet

Flere har tatt til orde for at det er behov for mer barnefaglig kompetanse i domstolene.² FN's barnekomité uttrykte i sine merknader til Norge i 2010 bekymring over at beslutningstakerne i foreldretvister ikke alltid har god nok opplæring til å foreta en grundig vurdering av hva som er til barnets beste i hvert enkelt tilfelle.³ Videre har barneombudet gitt uttrykk for at selv om mange dommere gjør en samvittighetsfull og god jobb, er det behov for et system som sikrer at alle dommere som behandler foreldretvister har gode forutsetninger for å løse sakene til beste for barnet.⁴ Det er også fra ulike fagmiljø reist spørsmål om dommerne har tilstrekkelig kunnskap om barnefaglige spørsmål og sakkyndigarbeid, og om de er i stand til å stille relevante spørsmål og utfordre de sakkyndige i foreldretvister.⁵

Domstoladministrasjonen har kommet slike bekymringer i møte, og har de siste årene iverksatt ulike kompetansehevede tiltak for dommere for behandlingen av foreldretvister og barnevernsaker.⁶ Flere av disse tiltakene er åpne også for andre aktører i rettsprosesser på barnefeltet. Behandlingen av foreldretvister er tema på introduksjonsprogrammene for dommere og dommerfullmektiger. Formålet er å øke kunnskapen om blant annet saksbehandlingsreglene, høring av barn, utviklingspsykologi og barns behov, og tegn på vold, overgrep, rus og psykiske lidelser. Videre arrangeres det kurs om foreldretvister og barnevernsaker. I 2015 arrangerte Domstoladministrasjonen og Barneombudet konferansen «En domstol på barns premisser»,⁷ der målet var å øke

bevisstheten og skape diskusjon om hvordan man kan styrke ivaretagelsen av barn og barns rettsikkerhet i saker som behandles for domstolene. Høring av barn, bruk av sakkyndige, spesialisering og samhandling mellom tingrett og familievernkontor i foreldretvister, var blant temaene på konferansen. Barnet i rettsprosessen var tema også på dommerseminar i 2016.⁸ Gjennom et prosjektarbeid i regi av Domstoladministrasjonen ble det i 2016 utarbeidet en nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, der både Norsk psykologforening, Advokatforeningen, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet og Barneombudet har bidratt. I tillegg har Domstoladministrasjonen utarbeidet filmer og ressurshefter til bruk i domstolenes eget kompetansearbeid, og det kan innvilges studiepermisjon og gis kollegaveiledning. For øvrig har Barne- og likestillingsdepartementet utgitt veiledere og informasjonsmaterieell om foreldretvister og barnevernsaker, blant annet informasjonsheftet «Barnefordelingssaker der det er påstander om vold» og artikkelsamlingen «Samtaler med små barn i saker etter barne-loven».

Oxford Researchs rapport om domstolsbehandlingen av foreldretvister beskriver at domstolene har hatt større oppmerksomhet mot disse sakene de siste årene.⁹ Nesten alle tingrettene som svarte på kartleggingsundersøkelsen der har utviklet rutiner for behandling av foreldretvister, og 56 % av disse har nedfelt rutinene skriftlig. Videre er det gjennomført kompetansetiltak i regi av domstolene og av Domstoladministrasjonen. Generelt sett har større domstoler gjennomført flere tiltak enn mindre domstoler. Et hovedinntrykk fra intervjuene med dommere som inngår i bakgrunns materialet for Oxford Researchs rapport, er at tilbudet om relevante kompetansetiltak er rimelig godt, men at det er behov for ytterligere kompetanseutvikling knyttet til foreldretvister der det er bekymring for barnets omsorgssituasjon. I rapporten pekes det for øvrig på en tendens til økt grad av spesialisering i domstolene. I mange domstoler er det egne fagansvarlige eller faggrupper for foreldretvister. Dette gjelder hovedsakelig større domstoler som har mulighet til å fordele sakstyper mellom grupper av dommere. I de domstolene hvor foreldretvistene blir behandlet av et utvalg dommere, er det hovedsakelig kompetanse og interesse for sakene som bestemmer hvilke

² Også i Sverige har det den senere tid vært en debatt om behovet for mer barnefaglig kompetanse i barnevernsaker, se blant annet SOU 2015: 71 kapittel 10.3.2 til 10.3.5 side 484–490 og 10.4.6 side 496–497 og Pernilla Leviner, Domstolens funksjon i LVU-årenden – behov av spesialiserte barndomstolar, Nordisk Socialrättslig Tidsskrift, 2012, nr. 5-6, side 85–132.

³ Concluding observations (2010) avsnitt 22.

⁴ Barneombudet, Barnas stemme stilner i stormen, 2012, kapittel 7 side 43.

⁵ Trude Haugli og Grethe Nordhelle, Sikker i sin sak? Om barn, sakkyndighet og rettssikkerhet, Lov og Rett 2014 nr. 2, side 89–108 og Fritz Leo Breivik og Kate Mevik, Barnefordeling i domstolen. Når barnets beste blir barnets verste, 2012. Se også Grethe Gilstad, Barnerett – på tide med spesialisering i tingrettene?, Rett på sak 2015 nr. 3 side 48.

⁶ Se nærmere om kompetansetiltak i regi av Domstoladministrasjonen i perioden 2012–2016 i Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvister, 2016, kapittel 6.3.3 side 29, og årsrapporter for domstolene fra Domstoladministrasjonen.

⁷ Rett på sak 2014 nr. 4 side 11 og Rett på sak 2015 nr. 1 side 9–11.

⁸ Dommerseminaret er et årlig seminar der tilnærmet alle dommere deltar.

⁹ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvister, 2016, kapittel 2 side 3 og kapittel 6 side 23–35.

dommere som behandler foreldretvistene. Det påpekes i rapporten at mange av tiltakene er gjennomført de siste tre årene, og at en eventuell endring i praksis på grunn av kompetansetiltak derfor i liten grad fanges opp av kartleggingen.

Både de nye saksbehandlingsreglene for drøyt ti år siden som gir domstolene flere virkemidler enn før, og de kompetansetiltakene som er gjennomført de siste årene, har bidratt til at mange dommere nå har stor interesse for, og gode kunnskaper om, barnesakene. I flere domstoler er det i tillegg innført en viss spesialisering i slike saker. Både interessen for barnesaker og kunnskap om barns behov og fungering, er likevel ujevnt fordelt. Det kan være en svakhet ved kompetansetiltak at de ikke er obligatoriske, og at det dermed er opp til den enkelte domstol og dommer om de vil benytte seg av tilbudet.¹⁰ Det stilles ikke særskilte, formelle kompetansekrav til dommere som behandler foreldretvister og barnevernsaker. En særskilt opplæring og spesialisering er blant de tiltakene som etter utvalgets oppfatning kan bidra til en generell styrking av kompetansen hos de dommerne som skal behandle slike saker. Samtidig er det en fordel at dommere har en viss bredde i saksporteføljen. Dette bidrar blant annet til at dommeren evner å se sammenhenger mellom ulike sakstyper og dermed får en mer helhetlig tilnærming til problematikken. Systemet med generalistdommere er antakelig en del av bakgrunnen for den høye tilliten domstolene nyter.¹¹

15.2 Tilliten til fylkesnemndene. Uavhengighet

Saker om tvang etter barnevernloven er etter sin art inngripende, menneskelig sett krevende, og kontroversielle. Siden sakene dreier seg om individer som er avhengig av andre for å få en god oppvekst og utvikling, må samfunnet tre til når deres nærmeste svikter. Inngrep etter barnevernloven kan utfordre normative meninger i samfunnet om verdien av autonomi, symmetri og samtykke, men også være på linje med forventninger om at samfunnet skal løse sosiale problemer og sikre at den enkelte får dekket sine grunnleggende velferdsbehov. Det å beskytte barn, er viktig, både moralsk sett og av andre grunner.

¹⁰ Se også Ethiske prinsipper for dommeratferd punkt 9 der det fremgår at en dommer skal vedlikeholde og forbedre sine faglige kunnskaper og ferdigheter.

¹¹ Se også Rett på sak 2016 nr. 4 side 4–5.

I dag avgjøres saker om tvang etter barnevernloven av fylkesnemndene, som er et domstolslignende forvaltningsorgan. Fordi avgjørelsene etter sin art er inngripende, krever sakene solid faglig kompetanse og evne til å behandle dem på en slik måte som innebærer at partene møtes med verdighet og respekt. For at fylkesnemndenes oppgave på barnevernområdet skal være en god ordning, er det en forutsetning at innbyggerne – både generelt og de som er involvert som part i saker for nemnda – har tillit til avgjørelsene derfra. Dersom partene ikke har tillit, kan det svekke viljen til å etterleve avgjørelsene, og gjøre samarbeidet mellom foreldrene og barnevernet vanskeligere. Manglende tillit kan også bidra til at færre slår seg til ro med avgjørelsen. For de barna saken gjelder, kan dette blant annet bety at de må leve i en uavklart situasjon over lengre tid, i påvente av utfallet av rettslig prøving og endringssaker. I tillegg kommer at gjentatte prosesser er kostnadskrevende. Hensyn både til barnet, til partenes rettssikkerhet og til god prosessøkonomi, krever at sakene behandles på en kvalitativt god måte, av et avgjørelsesorgan som mange har tillit til.

I vår rettstradisjon treffes normalt de mest inngripende avgjørelsene av domstolene. For innbyggerne kan det være vanskelig å akseptere at så viktige avgjørelser som eksempelvis om det offentlige skal overta omsorgen for et barn, skal treffes av et forvaltningsorgan. Dette ble påpekt også av mindretallet i sosiallovutvalget, som uttalte:¹²

«I saker av så kontroversiell karakter som tvangssakene i denne lov er, er det viktig å sørge for at den instans som skal ta avgjørelse nyter allmenn tillit, i befolkningen.

Det er tidligere i innstillingen gjort rede for den omfattende offentlige debatt som har vært om avgjørelser i tvangssaker i barnevernet. Mindretallet vil ikke ta opp igjen de synspunkter som er kommet fram. Imidlertid finner mindretallet grunn til å understreke de sterke krav som er framkommet om rettssikkerhetsaspektet.

Rettssikkerheten i vårt samfunn forbinder befolkningen stort sett med rettsapparatet.

Mindretallet antar at ikke noe forvaltningsorgan, uansett hvilken sammensetning det får, eller hvordan det blir organisert, vil oppnå samme prestisje i vårt samfunn som rettsapparatet har.»

¹² NOU 1985: 18 kapittel 17.5.4.4 side 296.

Innbyggernes tillit til domstolene måles. Av en tiltrouundersøkelse for domstolene fra 2016 fremgår det at 35 % har svært høy tiltro til domstolene, og at 51 % har ganske høy tiltro.¹³ Undersøkelser viser at det har vært en positiv utvikling når det gjelder tiltro til domstolene.

I Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, var tilliten til fylkesnemndene ett av de forholdene som ble undersøkt. Av rapporten fremgår det at tilliten til fylkesnemnda er svært høy blant de profesjonelle aktørene (dvs. barnevernet, advokater, lekmedlemmer og fagkyndige medlemmer).¹⁴ De private partene (foreldrene) har mindre tillit til fylkesnemndene enn de profesjonelle aktørene. Det ligger nær å anta at lavere grad av tillit henger sammen med utfallet av saken. Rapporten peker på at et negativt vedtak i de fleste tilfeller resulterer i mindre tillit, liten grad av tilfredshet og et ønske om at slike saker legges til en annen instans. Blant det som nevnes, er foreldrenes følelse av at deres syn ikke blir vektlagt når vedtaket treffes, og at mange opplever fylkesnemnda som en forlengelse av barnevernet. De fleste foreldrene er likevel tilfreds med selve prosessen i fylkesnemnda. Et annet funn i rapporten, er at en god del av dem som har brakt saken inn for rettslig overprøving, har samme syn på tingretten som på fylkesnemnda. I tilfeller der foreldrene er positive til tingretten, har dette gjerne sammenheng med at tingretten har kommet til et annet, for foreldrene bedre, resultat enn fylkesnemnda.

Fylkesnemndas formelle status som forvaltningsorgan, og dermed som en del av den utøvende makt, kan innebære en risiko for at fylkesnemnda ikke oppfattes som et uavhengig avgjørelsesorgan. Som nevnt i kapittel 13.6.1 ovenfor, er reguleringen av fylkesnemndas uavhengighet utydelig. Dette gir et svakt utgangspunkt for å etablere tillit til at fylkesnemnda treffer avgjørelser på uavhengig basis. De senere års utvikling med utbyggingen av Sentralenheten for fylkesnemndene som et organ mellom departementet og fylkesnemndene, kan ha bidratt til å svekke synet på fylkesnemndene som domstolslignende. Det er ikke på samme måte som for Domstoladministrasjonen gitt begrensninger i lov om adgangen til å instruere Sentralenheten.¹⁵ Det at barnevernet og fylkesnemndene hører til samme sektor, kan også

bidra til utydelighet, og til at fylkesnemndene kan oppfattes som verktøy for en politisk retning. Med formell status som forvaltningsorgan, er det videre nærliggende å anta at mange identifiserer fylkesnemnda med barneverntjenesten. At barneverntjenesten er kommunal og fylkesnemndene statlige organer, er neppe tilstrekkelig til å sikre at fylkesnemnda oppfattes som uavhengig.

Det stilles heller ikke formelle kvalifikasjonskrav til fylkesnemndsledere, ut over at de må fylle kravene til dommere. At de får innsikt i feltet gjennom å arbeide spesialisert med barnevernsaker, gir ikke noen garanti for at alle fylkesnemndsledere systematisk setter seg inn i den tilgjengelige barnefaglige kunnskapen på en tilfredsstillende måte.

Utvalget slutter seg til tidligere vurderinger av at fylkesnemndene generelt oppfyller de kravene til forsvarlig saksbehandling – herunder til kontradiksjon, grundighet, kritisk vurdering og åpenhet, som sakene krever. At private parter som har hatt en sak der uten å vinne frem, har mindre tillit enn eksempelvis de profesjonelle aktørene, er ikke til å unngå. Vedtaksorganets formelle status er antakelig ikke i seg selv en vesentlig premisse for tilliten, men det er nærliggende å anta at tilliten, i alle fall hos befolkningen, ville vært noe høyere hvis avgjørelsesorganet formelt sett var en domstol. Begrunnelsen for dette er særlig at prinsippet om uavhengighet da ville kommet tydeligere til uttrykk.¹⁶

15.3 Overprøving av tvangsvedtak

Relativt mange av vedtakene fra fylkesnemndene bringes inn for domstolene, og denne andelen har økt de siste årene.¹⁷ Oxford Research opplyser i sin rapport at i 2013 ble omtrent 63 % av vedtakene fra fylkesnemnda brakt inn for domstolene. Riksrevisjonen har opplyst at 42 % av vedtakene i klagesakene (akuttvedtakene) og 50 % av vedtakene i de øvrige sakene, ble brakt inn for domstolene i 2014.

Årsakene til at mange fylkesnemndsvedtak bringes inn for domstolene, kan være sammensatte. Fylkesnemndene er første regulære instans som treffer vedtak om tvang, og sakene er av stor

¹³ Tiltrouundersøkelse 2016, Ipsos MMI.

¹⁴ Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 8 side 129–131.

¹⁵ Domstoladministrasjonens uavhengighet er markert i domstoloven § 33 tredje ledd, ved at vedtak om Domstoladministrasjonens virksomhet må treffes av Kongen i statsråd.

¹⁶ Se også barnevernslovutvalgets forslag i NOU 2016: 16 kapittel 17.3.4 side 242 om å lovfeste fylkesnemndenes uavhengighet samt etablere en klage- og disiplinærordning for nemndsledere.

¹⁷ Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 10 side 141–162 og Dokument 3:10 (2014–2015) kapittel 5.4 side 56–57.

betydning for dem de gjelder. Dermed er det ikke unaturlig at de som får et negativt vedtak i fylkesnemnda, ønsker en ny prøving. I tillegg er det liten økonomisk risiko knyttet til å kreve rettslig prøving av vedtakene, ettersom de private partene får innvilget fri rettshjelp. Disse faktorene kan forklare at mange vedtak bringes inn for domstolene, men ikke nødvendigvis hvorfor overprøvningshyppigheten har økt.

Av rapporten fra Oxford Research fremgår det at tingrettene stadfester en relativt høy andel av vedtakene fra fylkesnemndene (70 % av vedtakene som realitetsbehandles), og at andelen stadfester er positivt korrelert med andelen av vedtakene som bringes inn for domstolene.¹⁸ Dermed gir ikke tallene grunn til å tro at kvaliteten i vedtakene fra fylkesnemndene er svekket de siste årene. Hvilke faktorer som har bidratt til at flere vedtak bringes inn for retten, er det vanskelig å si noe sikkert om.

Når en sak om tvang etter barnevernloven bringes inn for domstolene, undergis den en full, ny prøving. I noen saker blir det oppnevnt en (ny) sakkyndig for tingretten, både i tilfeller hvor fylkesnemnda selv har oppnevnt sakkyndig og i tilfeller der nemnda har ansett saken tilstrekkelig opplyst gjennom barneverntjenestens saksforberedelse. Ettersom en relativt høy andel av vedtakene fra fylkesnemndene blir stadfestet, kan det reises spørsmål om omfanget av prøvingen i tingretten står i samsvar med hva som kommer ut av prøvingen. Uansett bør det være et mål at sakene undergis en grundigst behandling i første instans. Dagens system med full ny prøving i tingretten, uten noen differensiering på de ulike sakene, er relativt ressurskrevende.

Videre innebærer systemet med at vedtak om tvang etter barnevernloven treffes av fylkesnemnda, at slike saker i prinsippet kan behandles gjennom fire instanser (fylkesnemnda og tre domsinstanser). En så omfattende behandling vil bety lang tid med usikkerhet, til ulempe særlig for barnet. Blant annet på denne bakgrunnen er behandling for lagmannsretten gjort betinget av at domstolen samtykker til fremme av anke.¹⁹ Ordningen med krav til samtykke for ankebehandling innebærer at tingrettens avgjørelse av realiteten i saken oftere blir stående enn det som ellers kunne vært tilfelle. Også denne ordningen har imidlertid noen ulemper. En av dem er at sakstilfanget til Høyesterett på dette området blir forholdsvis lite. Med et lite sakstilfang får Høyesterett et smalt utgangs-

punkt for å bidra til utviklingen på et av de mest inngripende rettsområdene. På generell basis kan dette gi en risiko for at viktige problemstillinger som med fordel kunne fanges opp og avklares i Høyesterett, forblir uavklarte.

15.4 «Dobbeltsporsakene»

15.4.1 Generelt

Som det fremgår ovenfor, behandles foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven av henholdsvis tingrettene og fylkesnemndene i første instans, og slik at hver av sakstypene er underlagt egne prosessregler. Foreldretvister gjelder forholdet mellom to private parter, mens tvangssakene etter barnevernloven gjelder forholdet mellom det offentlige og private. Denne forskjellen er en del av bakgrunnen for at sakstypene behandles i ulike avgjørelsesorganer og etter ulike prosessregler.

I noen tilfeller foreligger det både en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven om samme barn. Foreldretvisten kan være etablert før tvangssaken etter barnevernloven, eller den kan følge etter en slik sak. Noen ganger kan konflikten i foreldretvisten være av en slik karakter at den står sentralt i en sak om tvang etter barnevernloven.

Sakene kan pågå samtidig eller med noe avstand i tid, og de kan være under behandling hos ulike instanser. I utvalgets mandat punkt 2.1 er det pekt på at det kan oppstå utfordringer når en familie er involvert i en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven samtidig. Det vises der blant annet til at to parallelle prosesser er tidkrevende og belastende for familien, og at to prosesser for forskjellig avgjørelsesorgan kan gjøre det vanskelig å se helheten i barnet og familiens situasjon. Slik utvalget ser det, oppstår ikke disse utfordringene bare ved saker som behandles samtidig, men også ved saker som behandles nært i tid.

I det følgende bruker utvalget begrepet «dobbeltsporsaker» om:

- Tilfeller der ett eller flere barn er involvert i en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven, og de to sakene løper samtidig.
- Tilfeller der ett eller flere barn er eller har vært involvert i en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven, og de to sakene behandles nært i tid.

Definisjonen omfatter ikke tilfeller der ett eller flere barn er involvert i en foreldretvist, og barneverntjenesten gjør eller har gjort vurderinger av barnets

¹⁸ Oxford Researchs evaluering av fylkesnemndene, 2015, kapittel 10.5 side 161.

¹⁹ Tvisteloven § 36-10 tredje ledd.

omsorgssituasjon uten at det er fremsatt begjæring om tiltak for fylkesnemnda. Den omfatter heller ikke tilfeller der det pågår en barnevernsak om ett eller flere barn, og foreldrene bor atskilt uten å ha eller ha hatt en foreldretvist for domstolene.

Eksempel på en dobbeltsporsak har vi når fylkesnemnda vedtar å overta omsorgen for et barn som bor fast hos den ene forelderen, hvoretter den andre forelderen reiser en foreldretvist for tingretten med krav om at barnet skal bo fast hos denne, og til slutt krever opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse i ny fylkesnemndssak. Enda mer kompleks er situasjonen i tilfeller der den forelderen som fratras omsorgen, krever rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertakelse. Fordi både foreldretvisten og barnevernsaken reelt sett gjelder barnets omsorgssituasjon, og utfallet av den ene saken kan være avgjørende eller sentralt for utfallet av den andre, tilsier både hensynet til barnet og prosessøkonomiske grunner at sakene ses i sammenheng. Regelverket åpner imidlertid ikke for å forene en foreldretvist for tingretten og en barnevernsak for fylkesnemnda til felles behandling i ett og samme avgjørelsesorgan. Heller ikke når begge sakene står for samme tingrett, synes det å være åpning for å forene behandlingen av kravene eller sakene, se kapittel 11.1.13 ovenfor.

Det ligger i dagens system at de involverte risikerer å måtte gjennomføre flere prosesser for å få avgjort de ulike aspektene i saken, og at verken domstolene eller fylkesnemndene i en del tilfeller har det beste utgangspunktet for å vurdere barnets situasjon helhetlig og samlet. I en foreldretvist om fast bosted kan domstolen være henvist til å vurdere hvem av foreldrene som har best omsorgsevne, selv om det pågår en tvangssak etter barnevernloven der barneverntjenesten hevder at ingen av foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne. Videre hører det ikke under fylkesnemnda å overføre barnets faste bosted til den andre forelderen selv om denne er omsorgskompetent. Fylkesnemnda vil i slike tilfeller være henvist til å avgjøre om det offentlige skal overta omsorgen og eventuelt plassere barnet i fosterhjem hos den andre forelderen. En slik løsning forutsetter videre at den andre forelderen tar initiativ til å få løst saken etter reglene i barnelova, og deretter begjærer opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse.²⁰ Lovverket forutsetter med

andre ord at det gjennomføres flere prosesser for å få på plass en løsning som i en del tilfeller reelt sett kan peke seg ut som den beste løsningen på et tidlig stadium.

For tingrettene og fylkesnemndene kan det videre oppstå vanskelige spørsmål om hvilken sak som bør behandles først. Det er ikke mulig å si helt generelt at den ene sakstypen skal behandles før den andre. Spørsmålet om rekkefølge må vurderes konkret i det enkelte tilfellet, ut fra hva som antas å være barnets beste. Dersom en prioritering mellom sakene medfører at den ene faller bort, vil dette være både effektivt, skånsomt og prosessøkonomisk gunstig. Eksempelvis kan det, i tilfeller der et barn er tatt under offentlig omsorg gjennom et akuttvedtak etter barnevernloven, være en fordel å få en rask avgjørelse fra tingretten om at barnets faste bosted flyttes fra den forelderen tvangsinngrepet er rettet imot, til den andre, slik at akuttvedtaket kan oppheves og forslag om omsorgsovertakelse ikke fremmes eller trekkes. Vurderingen av hvilken rekkefølge som vil være den beste, kan imidlertid være kompleks, blant annet fordi det kan være vanskelig å forutsi utfallet av de problemstillingene som skal vurderes.

At sakene behandles i ulike prosesser, kan i enkelte tilfeller reise spørsmål om taushetsplikt, som må avklares for at det skal være mulig å få til en samordning. I saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær er barneverntjenesten fritatt for taushetsplikt etter barnelova § 61 a, se kapittel 11.1.6 ovenfor. Domstolene har følgelig gode muligheter for å innhente opplysninger om en barnevernsak til bruk i en foreldretvist, herunder alle saksdokumentene. Spørsmålet om hvorvidt domstolene kan gi opplysninger til barneverntjenesten eller fylkesnemnda om en foreldretvist, reguleres av tvisteloven § 14-1 tredje ledd. Bestemmelsen fastslår at den som har «et begrunnet behov i egen rettsstilling», har samme rett til innsyn som partene i saken. Lovens utforming krever en konkret vurdering av de aktuelle opplysningene og behovet for utlevering i det aktuelle tilfellet, se nærmere om dette i kapittel 20.5 nedenfor.

Flere prosesser innebærer videre at foreldrene må forklare seg flere ganger for avgjørelsesorganene om forhold knyttet til barnets omsorgssituasjon. Og dersom barnet skal høres, vil dette måtte skje flere ganger, kanskje i kontakt med forskjellige personer. Videre kan de ulike prosessene forde flere sakkyndige utredninger, som igjen krever ytterligere kontakt med barn og foreldre, innhenting av komparentopplysninger og utarbeidelse av en skriftlig rapport. I tillegg til selve belastningen ved å måtte bidra, kommer at

²⁰ Se også Inge Lorange Backer, Barneloven, Kommentarutgave, 2. utgave, 2008, side 462 om spørsmålet om fylkesnemnda kan overføre foreldreansvaret til en forelder som ikke har del i dette fra før.

det ikke nødvendigvis er lett for dem saken gjelder å forstå hvorfor spørsmålet om barnets omsorgssituasjon må behandles i flere runder. Foruten å være både ressurskrevende og tidkrevende, kan en ordning med flere prosesser dessuten være konflikt drivende og skape en uoversiktlig situasjon for barnet.

De utfordringene som oppstår i dobbeltsporsakene, kan i noen grad begrenses ved at behandlingen av sakene samordnes der dette er hensiktsmessig. Regelverket gir visse muligheter for slik samordning. I tillegg kan partene samtykke i en samordning. Dersom partene samtykker i opphevelse av taushetsplikten, kan opplysninger fra foreldretvist fremlegges for fylkesnemnda ved behandling av barnevernsaken. I foreldretvister har domstolene, som det fremgår ovenfor, hjemmel til å innhente taushetsbelagte opplysninger fra barneverntjenesten, og de kan innhente uttalelse fra barneverntjenesten. Videre har fylkesnemndene en viss mulighet til å innhente taushetsbelagte opplysninger fra domstolene, jf. ovenfor. Barneverntjenestens saksbehandler kan delta i saksforberedende møter i foreldretvister dersom partene samtykker i dette, og retten kan sørge for at vedkommende innkalles som vitne til rettsmøtet. Dersom forholdene ligger til rette for det, kan det dessuten oppnevnes samme sakkyndig i foreldretvist og barnevernsaken. For å begrense antall personer barnet må forholde seg til, kan det videre vurderes å oppnevne samme person som barnets representant, talsperson eller prosessfullmektig, og det kan vurderes om samme person skal høre barnet i begge sakene, slik at barnet bare høres en gang.

I offentligheten er det flere ganger tatt til orde for at dobbeltsporsakene i større grad bør behandles samlet.²¹ Debatten indikerer klart at de verktøyene for samordning som domstolene og fylkesnemndene har tilgjengelig i disse sakstypene, ikke er tilstrekkelige til å sikre en totalt sett god ramme for det offentliges behandling av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven.

15.4.2 Undersøkelse av forekomsten av dobbeltsporsaker

For å få et bilde av i omtrent hvor mange tilfeller det foreligger både en foreldretvist i domstolene

og en barnevernsak i fylkesnemnda eller i domstolene om samme barn, sendte utvalget våren 2016 ut en spørreundersøkelse til 19 tingretter og alle de 12 fylkesnemndene. Undersøkelsen omfatter tingretter av noe ulik størrelse basert på antall foreldretvister og barnevernsaker, og med en viss geografisk spredning. Av 19 tingretter var det 16 som svarte. Samtlige tolv fylkesnemnder besvarte undersøkelsen.²² Det gir en svarprosent på 90 %.

Undersøkelsen gjelder foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven som var til behandling da undersøkelsen ble gjennomført. Undersøkelsen er med andre ord et «øyeblikksbilde» våren 2016. For tingrettene omfatter besvarelsene til sammen 911 foreldretvister og 229 saker om tvang etter barnevernloven, for fylkesnemndene 565 saker om tvang etter barnevernloven. Samlet antall saker er dermed 1 705. Til sammenligning behandlet tingrettene 2 580 saker etter barnelova og 1 726 overprøvingssaker²³ i 2016, og fylkesnemndene behandlet 4 037 barnevernsaker²⁴ i 2016.

Tingrettene ble bedt om å opplyse hvor mange foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven de hadde til behandling, og i hvor mange av disse sakene det fremgikk av saksdokumentene at det for samme barn samtidig pågikk også henholdsvis en sak om tvang etter barnevernloven eller en foreldretvist. Fylkesnemndene ble bedt om å opplyse hvor mange saker om tvang etter barnevernloven de hadde til behandling, og i hvor mange av disse sakene det fremgikk av sakens dokumenter at det for samme barn samtidig pågikk en foreldretvist. Videre ble både tingrettene og fylkesnemndene bedt om å fylle ut et spørreskjema for alle dobbeltsporsaker som var til behandling. Av skjemaene kan vi blant annet lese hvor mange dobbeltsporsaker som var til behandling (dvs. både samtidige og etterfølgende saker, jf. definisjonen under foregående kapittel). Resultatene fremgår av tabell 15.1 og 15.2. Undersøkelsen gjaldt antall saker, ikke antall barn. Fordi en sak kan gjelde mer enn ett barn, kan det således være flere berørte barn enn det opplysningene om antall saker viser.

²¹ Se blant annet Åsne Julsrud, Behov for en samkjørt behandling av barnevernsaker og barnefordelingssaker, Lov og Rett, 2013, side 406–417 og Geir Kjell Andersland, Fra vergeråd til familiedomstol?, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2014 nr. 2, side 127–141.

²² Besvarelsen ble koordinert av Sentralenheten for fylkesnemndene.

²³ Tallet omfatter alle saker som behandles etter tvisteloven kapittel 36. Domstoladministrasjonen har anslått at mellom 80–90 % av disse sakene er saker om tvang etter barnevernloven.

²⁴ Antallet omfatter alle barnevernsaker behandlet av fylkesnemndene, herunder godkjenning av akuttvedtak og klage over akuttvedtak.

Tabell 15.1 Sakstall for tingrettene

Antall foreldretvister til behandling	911
Antall foreldretvister til behandling hvor det samtidig pågår en barnevernsak i fylkesnemndene eller domstolene om samme barn	16
Antall barnevernsaker til behandling	229
Antall barnevernsaker til behandling hvor det samtidig pågår en foreldretvist om samme barn	10
Antall dobbeltsporsaker til behandling (både samtidige og etterfølgende saker)	33

Tabell 15.2 Sakstall for fylkesnemndene

Antall barnevernsaker til behandling	565
Antall barnevernsaker til behandling hvor det samtidig pågår en foreldretvist om samme barn	48
Antall dobbeltsporsaker til behandling (både samtidige og etterfølgende saker)	62

Antall dobbeltsporsaker i tingrettene er altså 33 av totalt 1 140 foreldretvister og barnevernsaker. Dobbeltsporsakene utgjør dermed omtrent 2,9 % av porteføljen med foreldretvister og barnevernsaker i tingrettene. Antall dobbeltsporsaker i tingrettene med *samtidighet* mellom de to sakene (samtidig i enten tingrett eller i tingrett og fylkesnemnd eller ankedomstol) er 26, og utgjør 2,2 % av sakene. Noen barn er omfattet av både en foreldretvist og en barnevernsak på samme tid og i samme tingrett. I det undersøkte materialet er det rapportert at dette gjelder ti saker, dvs. 0,9 % av sakene. Det generelle inntrykket er dermed at andelen dobbeltsporsaker i tingrettene er lav.

I fylkesnemndene er andelen dobbeltsporsaker noe høyere. Fylkesnemndene har rapportert inn 62 dobbeltsporsaker av totalt 565 barnevernsaker. Dobbeltsporsakene utgjør dermed 11 % av porteføljen med barnevernsaker i fylkesnemndene. Antall dobbeltsporsaker som pågår samtidig med en foreldretvist i domstolene er 48, og utgjør 8,5 % av sakene. Selv om andelen dobbeltsporsaker i fylkesnemndene er høyere enn i tingrettene, er den relativt lav sett i lys av det totale antallet barnevernsaker som fylkesnemndene behandler.

Totalt har tingrettene og fylkesnemndene rapportert inn 95 dobbeltsporsaker av totalt 1 705 saker. Andelen dobbeltsporsaker utgjør dermed til sammen 5,6 % av de foreldretvistene og barnevernsakene som er omfattet av utvalgets undersøkelse.

Både tingrettene og fylkesnemndene ble videre bedt om å beskrive eventuelle utfordringer eller muligheter med hensyn til behandlingen av dobbeltsporsaker.

Noen tingretter har opplyst at det ikke oppstår spesielle vanskeligheter i dobbeltsporsakene, og én tingrett har påpekt at dette snarere kan være en fordel ettersom sakene da kan bli bredere opplyst enn det som ellers ville vært tilfellet. Andre tingretter mener derimot at det oppstår enkelte utfordringer i dobbeltsporsakene. Det er blant annet nevnt at det kan oppstå spørsmål om dommeren etter saksforberedende møter overhodet skal eller kan akseptere en løsning partene blir enige om, når spørsmålet om omsorgssvikt ikke er godt nok utredet. En annen problemstilling som nevnes, er i hvor stor grad tingretten skal legge føringer for barneverntjenesten og fylkesnemnda i form av midlertidige avgjørelser i saker der det pågår en full utredning av omsorgssituasjonen, når disse instansene har et langt bredere beslutningsgrunnlag enn det tingretten kan få gjennom et saksforberedende møte. Videre er det vist til at behandlingen kan føre til forvirring for partene, risiko for motstridende avgjørelser i fylkesnemnd og tingrett, og skiftende forhold for barnet med hensyn til bosted. Det er også påpekt at foreldrene og barna risikerer å måtte snakke med forskjellige personer flere ganger, og at det er kunstig å behandle en hypotetisk problemstilling om fast bosted for et barn når verken mor eller far har den faktiske omsorgen for barnet. En

annen problemstilling som nevnes, er hvilken sak som skal behandles først.

Sentralenheten for fylkesnemndene har gitt uttrykk for at foreldretvister og barnevernsaker som behandles samtidig i tingretten og fylkesnemnda gir en uoversiktlig og belastende situasjon både for barnet og dets familie. Det er fremhevet at det er behov for helhetlige løsninger for livs- og omsorgssituasjonen, og at dagens ordning reiser prosessøkonomiske spørsmål. Sentralenheten trekker videre frem utfordringer ved at fylkesnemnda ikke kan bestemme at barnet skal bo fast hos den andre forelderen i en sak om omsorgsovertakelse. Det vises blant annet til at dette kan medføre en lang og kostbar prosess. Videre er det nevnt at saker om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse har blitt avvist, begrunnet i at det ikke har vært avklart mellom foreldrene hvem barnet bor fast hos etter barnelova. Sentralenheten redegjør også for enkelte problemstillinger om rekkefølge på sakene, og fremhever at konfliktnivået mellom partene kan øke når sakene pågår over lang tid.

Flere tingretter har påpekt at barnets beste kan tale for at sakene samordnes, for eksempel med hensyn til høring av barnet, oppnevning av sakkyndig mv. Noen tingretter synes også å samordne disse sakene på en relativt god måte innenfor dagens regelverk. Blant annet uttrykkes det:

«I alle saker som involverer barn har dommere ansvar for at barnets beste ivaretas, både når det gjelder saksbehandlingen av saken i tingretten og resultatet i saken. Hvordan barnet best ivaretas må vurderes fra sak til sak, også der det pågår parallelle prosesser etter barneloven og barnevernloven for samme barn.

Dommere vil vanligvis avklare om det pågår parallelle prosesser i planmøtet, mulig samordning og fornuftig rekkefølge på sakene, eventuelt stansing, slik at unødvendig prosesser kan unngås. Dommere tilstreber generelt at begge prosesser av hensyn til barnet raskt blir forsvarlig opplyst, og dermed kan gjennomføres raskere. Der et barn er omfattet av to parallelle saker innhenter dommere vanligvis også dokumentene i den andre saken, enten etter barneloven § 61 a eller med foreldrenes samtykke. Dommeren kan vurdere å foreslå at en og samme sakkyndig hører barnet eller forestår utredning hvis dette er aktuelt både i barnevernsaken og i barnelovsaken. I foreldretvister vurderes det også om barneverntjenestens saksbehandler bør være til stede

under saksforberedende rettsmøte eller i det minste bør være tilgjengelig per telefon under det saksforberedende møtet, alternativt møter som vitne».

Andre tingretter opplever at det er begrensede muligheter for samordning:

«Det er vår erfaring at mulighetene for samordning er for marginale. Hensynet til barnets beste ligger i kjernen av begge saksområdene. Det er derved i mange henseender de samme vurderinger som skal gjøres av domstolene og/eller fylkesnemndene. Det brukes store ressurser parallelt. Større grad av samordning krever ofte noenlunde samtidig saksanlegg for de to sakstypene, noe som sjeldent skjer. Ulike prosessformer gjør forening av sakene umulig. Den kanskje mest tyngende konsekvens av dette er at de barn som er gjenstand for sakene, må trekkes inn ved flere anledninger, noe som utgjør en belastning.»

Sentralenheten gir også uttrykk for at det er utfordrende at saker som behandles samtidig i tingretten og fylkesnemnda ikke samordnes. Om dette uttales det:

- «– Det oppnevnes to talspersoner, og barnet må uttale seg til to avgjørelsesorgan, med den belastningen det innebærer.
- Det oppnevnes to sakkyndige, og en får en dobbel bruk av sakkyndighetskompetanse. Denne kompetansen er et knapphetsgode.
- Dobbelt bruk av advokatbistand, som innebærer økte utgifter for det offentlige og lengre berammingsstid fordi advokatene er opptatt.
- Vitner må møte 2–3 ganger i samme saks-kompleks.»

I undersøkelsen ble tingrettene og fylkesnemndene som nevnt bedt om å fylle ut et spørreskjema for hver dobbeltsporsak som var til behandling. I skjemaet var det blant annet spørsmål om samordning, eksempelvis om samme person var oppnevnt som barnets representant, talsperson eller prosessfullmektig, om barnet var hørt av samme person i begge sakene, om den samme sakkyndige var oppnevnt i begge sakene, og om det var innhentet dokumenter fra den andre saken.

Tingrettene har rapportert at samme person er oppnevnt som representant, talsperson eller prosessfullmektig i omtrent en fjerdedel av sakene. Andelen er derimot relativt lav i fylkes-

nemndene. De fleste sakene der samme person er oppnevnt som representant, talsperson eller prosessfullmektig for barnet, er saker som er til behandling samtidig i samme tingrett. At samordning ved oppnevning av representant, talsperson eller prosessfullmektig for barnet ikke skjer i større grad, kan skyldes at oppnevning er betinget av ulike vilkår. Oppnevning av en representant for barnet forutsetter at det foreligger «særlege høve», jf. barnelova § 61 første ledd nr. 5, mens oppnevning av talsperson eller prosessfullmektig i saker om tvang etter barnevernloven er avhengig av barnets alder og modenhet. Det er derfor mulig at det bare i noen saker er oppnevnt både en representant og en talsperson eller prosessfullmektig for barnet. På den annen side kan det være at det nettopp i tilfeller hvor et barn er involvert både i en foreldretvist og i en sak om tvang etter barnevernloven, foreligger forhold som tilsier oppnevning av en representant for barnet.²⁵ En annen forklaring kan være at avgjørelsesorganene er tilbakeholdne med å oppnevne samme person fordi rollene er ulike. Et viktig funn er likevel at samtidig behandling i samme avgjørelsesorgan kan synes å gi mer samordning.

Innhenting av barnets uttalelse fra den andre saken synes også å være en lite aktuell problemstilling, og barnet synes sjelden å bli hørt av samme person i de ulike prosessene. Bakgrunnen for dette kan være at avgjørelsesorganene ikke har hørt barnet fordi det er for ungt til å danne seg egne synspunkter. Det finnes likevel noen eksempler på at avgjørelsesorganet har innhentet barnets uttalelse fra den andre saken og at barnet er hørt av samme person, men også dette skjer oftere i tingrettene enn i fylkesnemndene. Også her er det et trekk at de sakene som samordnes på denne måten er til behandling samtidig i samme tingrett.

Tingrettene og fylkesnemndene har videre rapportert at det bare i et fåtall saker oppnevnes samme sakkyndig i foreldretvisten og barnevernsaken. Mer vanlig er det å innhente den sakkyndige rapporten fra den andre saken. Tingrettene har rapportert at slike rapporter innhentes i omtrent en tredjedel av sakene, mens fylkesnemndene har rapportert at dette kun skjer i en sjettedel av sakene. I enkelte tilfeller er dette saker som er til behandling samtidig i samme tingrett, men sammenhengen mellom samord-

ning og samtidig behandling i samme avgjørelsesorgan er her noe svakere enn for andre samordningstiltak.

For øvrig har tingrettene rapportert at de innhenter saksdokumenter eller uttalelse fra barneverntjenesten i nærmere to tredjedeler av sakene. Stansing, utsettelse eller berostillelse i påvente av behandlingen av den andre saken forekommer også i enkelte tilfeller.

Spørreskjemaet til fylkesnemndene inneholdt også spørsmål om det i saken var nedlagt påstand om plassering av barnet i fosterhjem hos den andre forelderen. Fylkesnemndene har opplyst at dette var tilfellet i omtrent halvparten av sakene. Videre var det i skjemaet til tingrettene spørsmål om foreldretvisten var bragt inn for tingretten for å kunne oppnå rettslig interesse i en barnevernsak (eksempelvis for å kunne kreve tilbakeføring av omsorgen etter barnevernloven § 4-21). Tingrettene har opplyst at dette er tilfellet i over halvparten av sakene. Spørsmål om fosterhjemsplacering hos den andre forelderen og at den andre forelderen reiser en foreldretvist for å komme i rettslig posisjon i barnevernsaken, synes dermed å være en relativt ofte forekommende situasjon i dobbeltsporsakene.

15.4.3 Avsluttende kommentarer til undersøkelsen

Ettersom antall undersøkte saker er relativt lite og bare utgjør et «øyeblikksbilde» våren 2016, er det vanskelig å trekke sikre slutninger fra materialet. Flere av respondentene har likevel gitt uttrykk for at det gjennomgåtte materialet anses som representativt for avgjørelsesorganets behandling av de aktuelle sakstypene. Resultatene av undersøkelsen må leses med forbehold om at det kan ha forekommet feilrapportering, spørsmål kan være misforstått, og svaralternativer kan ha blitt oppfattet forskjellig. Undersøkelsen krevde en manuell gjennomgang av sakene, noe som naturlig nok kan bidra til feilkilder. Siden svarene er avgitt på bakgrunn av opplysninger i saksdokumentene, kan det dessuten være at noen dobbeltsporsaker ikke er rapportert fordi det ikke fremgår av saksdokumentene at de tilhører denne kategorien. Andre avvik kan heller ikke utelukkes, eksempelvis at behandlingen av dobbeltsporsaker er samordnet i større grad enn det som fremgår av dokumentene i saken.

Undersøkelsen av dobbeltsporsakene har bekreftet at det oppstår utfordringer ved behandling av tilfeller der et barn er involvert både i en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevern-

²⁵ Se også Birte Sundsdal, Barnets representant i foreldretvister – en innholdsløs styrking av barns rettssikkerhet?, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2015 nr. 2, side 177–195.

loven. Noen av disse utfordringene kan reduseres ved at behandlingen av sakene samordnes. Tingrettene synes å samordne i noe større grad enn fylkesnemndene. Årsaken til dette er usikker, men en nærliggende forklaring kan være at regelverket for domstolene legger bedre til rette for samordning. Resultatene fra undersøkelsen indikerer videre at det kan være lettere å oppnå en samordnet behandling av dobbeltsporsakene ved å legge begge sakstypene til samme avgjørelsesorgan. Gevinsten ved mer samordning vil imidlertid antakelig være begrenset til saker som behandles samtidig av samme instans. Samordning ut over dette forutsetter også andre endringer av prosessuell karakter som åpner for en mer helhetlig behandling av spørsmål om omsorgen for et barn.

Undersøkelsen indikerer for øvrig at dobbeltsporsakene utgjør en relativt liten andel av den samlede saksmengden. I henhold til det innsamlede materialet utgjør dobbeltsporsakene 5,6 % av foreldretvistene og barnevernsakene som var til behandling i tingrettene og fylkesnemndene da undersøkelsen ble gjennomført. Fylkesnemndene har en noe høyere andel av disse sakene enn tingrettene, men også i fylkesnemndene er andelen relativt liten. Tallet er noe lavere enn det som er lagt til grunn i Oxford Researchs rapport om domstolsbehandlingen av foreldretvist. I den rapporten er det antatt at det for omtrent 10 % av foreldretvistene er en parallell barnevernsak i fylkesnemnda, og at det for omtrent 5 % av foreldretvistene er en parallell barnevernsak i tingretten.²⁶ Uavhengig av et helt presist tall, mener utvalget at utfordringene knyttet til dobbeltsporsakene er såpass betydelige for dem de rammer at de krever tiltak. Samtidig tilsier det relativt lave antallet at denne problemstillingen i seg selv ikke kan begrunne omfattende organisatoriske endringer.

15.5 Ressursbruk ved mekling i foreldretvist

Både familievernkontorene og domstolene kan mekle mellom foreldre i spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Foreldre med felles

barn under 16 år må møte til mekling ved et familievernkontor eller hos annen godkjent mekler ved separasjon eller samlivsbrudd, jf. barnelova § 51. Det samme gjelder foreldre som vurderer å reise en foreldretvist for domstolene. Utgangspunktet er én obligatorisk meklingstime, men familievernkontoret kan tilby ytterligere seks meklingstimer, og dessuten bistand i form av rådgivning mv. Mekling er sentralt også ved domstolenes behandling av foreldretvist. Dommeren skal på ethvert trinn av saken vurdere om det er mulig å oppnå forlik mellom partene, og legge forholdene til rette for det, jf. barnelova § 59. Dommeren kan forestå meklingen selv, eventuelt med bistand fra sakkyndig, eller henvise partene til mekling hos godkjent mekler, eksempelvis et familievernkontor, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 1 og 2.

Foreldretvist utgjør en relativt stor andel av de sivile tvistene i tingrettene. I 2015 kom det inn 16 115 tvistesaker til tingrettene, hvorav 2 657 var foreldretvist.²⁷ Foreldretvistene utgjorde dermed 16 % av tvistesakene i 2015. Over halvparten av foreldretvistene behandlet i 2014 (54,5 %) resulterte i et rettsforlik eller et utenrettslig forlik.²⁸ Bare 28 % av sakene resulterte i en dom, mens 17,5 % ble trukket, avvist eller lignende. I gjennomsnitt beløp utgiftene til meddommere, sakkyndige, tolker og fri sakførsel seg til mellom 59 000 og 66 000 kroner per sak i perioden 2009 til 2014 for denne typen saker.²⁹ Gjennomsnittet er beregnet av alle sakene, dvs. at også saker hvor det ikke har vært oppnevnt sakkyndig, innvilget fri sakførsel eller lignende, er med i grunnlaget. Kostnader til lønn, lokaler, IKT mv. er da ikke medregnet. Som regel blir kostnadene størst for de sakene som kommer til hovedforhandling, mens de som regel blir relativt lave ved saker som trekkes, avvises eller lignende.

Ofte vil det være til det beste for barnet at foreldrene kommer til enighet i spørsmålene om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Blant annet vil enighet om disse temaene normalt gi bedre grobunn for foreldresamarbeidet fremover. I mange tilfeller vil et forlik også gi en raskere avklaring på barnets situasjon enn om saken går til hovedforhandling, ikke minst fordi det kan gi større sannsynlighet for at begge parter slår seg

²⁶ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvist, 2016, kapittel 9.4.1 side 70–71. Tallene er basert på spørsmål til dommere om å gi et estimat for antall og andel av parallelle saker i 2015. Parallelle saker er her brukt i betydningen foreldretvist hvor det før eller under tvisten var sendt forslag om tvangstiltak etter barnevernloven til fylkesnemnda eller stevning etter barnevernloven til tingretten.

²⁷ Domstoladministrasjonens årsrapport for 2015 for domstolene i Norge side 16 og Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvist, 2016, kapittel 5.1 side 21.

²⁸ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvist, 2016, kapittel 8.4 side 56 og kapittel 8.6 side 62.

²⁹ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvist, 2016, kapittel 7.1 side 37–38.

til ro med resultatet. Internasjonale studier som sammenligner effekter av henholdsvis mekling og rettssak viser at mekling resulterer i flere avtaler, tar kortere tid, er mindre kostbart, og at partene er mer fornøyde med prosessen enn de som har vært gjennom en rettssak.³⁰ Samtidig er det viktig å være oppmerksom på at ønsket om et forlik i enkelte tilfeller kan skyve det konkrete barnets beste i bakgrunnen.

Det har vært reist spørsmål om flere saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær bør løses utenfor domstolene, for eksempel ved familievernkantorene. Barneombudet har for sin del gitt uttrykk for at andelen saker som forlikes ved domstolene er høy, og at ressursene derfor bør dreies mot familievernet.³¹ Videre har Barne- og likestillingsdepartementet som mål å bidra til flere avtaleløsninger mellom foreldrene uten bruk av domstolene.³² Det antas gjerne at dette vil gi raskere ro og forutsigbarhet i hverdagen for barnet, og motvirke at konfliktnivået stiger.³³ Som regel vil dette også være billigere for partene og det offentlige.

I SINTEFs rapport om mekling ved familievernkantorer mv. fremgår det at en relativt høy andel (22 %) av sakene der det bare mekles i én time, avsluttes uten avtale.³⁴ I nesten halvparten av disse sakene mente meklernes at det ville vært en fordel å fortsette meklingen utover den obligatoriske timen. De fleste meklere gir uttrykk for at deres viktigste daglige utfordring er «å holde på» foreldre som ønsker å avslutte meklingen uten å ha oppnådd avtale.

I henhold til Oxford Researchs rapport mener bare en liten andel dommere at det i stor grad eller svært stor grad er gjort tilstrekkelige meklingsforsøk hos mekler før en foreldretvist reises for domstolene.³⁵ Advokatene mener at meklingsforsøkene er tilstrekkelig i noe større grad enn dommerne, men 64 % av advokatene mener like-

vel at det bare i liten eller noen grad er gjort tilstrekkelige meklingsforsøk. Samtidig bruker domstolene adgangen til å henvise en sak til mekling ved familievernkantor sjelden.³⁶ En grunn til dette kan være at tingretten ikke får noe informasjon om selve meklingen gjennom meklingsattesten, herunder meklers vurdering av behovet for ytterligere mekling.³⁷

Det kan ligge et visst potensiale for ressursbesparelse ved å utnytte meklingstilbudet ved familievernkantorene i større grad. I prosjektrapporten «Bedre arbeid i høykonfliktsaker» gis det et eksempel som viser at kostnadene i et konkret tilfelle ble redusert fra ca. 25 000–30 000 kroner i domstolmeklingssporet eller ca. 150 000 kroner i hovedforhandlingssporet til 2 500 kroner i familievernsporet.³⁸ Også i prosjektrapporten «Behandling av tvister om barn» er det fremhevet at et tettere samarbeid mellom tingretten og familievernkantoret kan innebære en bedre ressursbruk.³⁹

I en del tilfeller kan det også være til barnets beste at saken løses så raskt som mulig og uten domstolens bistand. Forutsetningen vil i så fall gjerne være at det gir en kortere konfliktperiode, og at konfliktnivået reelt sett dempes. Innretningen på meklingen ved familievernkantorene og ved domstolene er imidlertid ulik.⁴⁰ I enkelte tilfeller kan det være i barnets interesse at saken mekles i domstolen i stedet for ved et familievernkantor, eksempelvis fordi domstolen engasjerer en sakkyndig som bidrar på en hensiktsmessig måte, domstolen kan pålegge at samvær skal skje med beskyttende eller støttende tilsyn etter barnelova § 43 a, eller et forlik er mer «modent» eller oppfattes å representere større grad av autoritet fordi prosessen gjennomføres i regi av en dommer.

³⁰ Wenke Gulbrandsen og Odd Arne Tjersland, Mekling ved samlivsbrudd: en oversikt over effektstudier, Tidsskrift for Norsk psykologforening, nr. 8, 2010, side 705–714. Artikkelen vurderer utenrettslig mekling og tradisjonell rettsbehandling, dvs. at rettsbasert mekling ikke er omtalt.

³¹ Barneombudet, Barnas stemme stilner i stormen, 2012, side 5.

³² Se Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementets tildelegningsbrev til Bufdir 2016 punkt 3 side 5.

³³ Rapport fra arbeidsgruppe, Tiltak for å redusere antall barnelovsaker i domstolene, 2011, kapittel 1.1 side 4.

³⁴ SINTEFs rapport Evaluering av mekling etter ekteskapslov og barnelov kapittel 3.7.5–3.7.6 side 56–58, kapittel 4.2.2 side 71 og kapittel 10.1 side 141.

³⁵ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvis-ter, 2016, kapittel 8.1 side 49–50.

³⁶ Se blant annet Rapport fra arbeidsgruppe, Tiltak for å redusere antall barnelovsaker i domstolene, 2011, kapittel 2.1.1 side 9 hvor det fremkommer at det kun var seks saker domstolene henviste til mekling ved familievernkantorene i 2009. Antallet antas å være noe høyere i dag.

³⁷ I Nasjonal veileder for behandling av foreldretvis-ter kapittel 2 side 7 er det anbefalt at dommeren i planmøtet avklarer om utenrettslig mekling er prøvd, hvor mange timer det er forsøkt meklet og eventuelt om partene har inngått en midlertidig avtale.

³⁸ Anne Marie Selvaag, Bedre arbeid i høykonfliktsaker, Sør-Trøndelag tingrett og Familievernkantoret i Sør-Trøndelag sitt samarbeid i foreldretvis-ter i perioden 2013–2015, kapittel 7.8 side 31.

³⁹ Knut Rønning, Behandling av tvister om barn, Samarbeid mellom familievernkantor og tingrett, kapittel X side 10.

⁴⁰ Meklingsordningene skiller seg hovedsakelig når det gjelder meklernes fagbakgrunn, bruken av advokat og sakkyndig, og muligheten til å inngå rettsforlik.

Allerede det faktum at mange saker forlikes i tingrettene, gir grunn til å spørre om flere av disse sakene bør løses ved familievernkontorene. Som nevnt legger tingrettenes behandling av foreldretvister beslag på ressurser, prosessen er gjerne mer kostnadskreven enn mekling ved familievernkontorene, og det vil i mange tilfeller være til barnets beste at saken løses så raskt som mulig. Utvalget ser at det kan være et potensiale for å utnytte meklingsstilbudet ved familievernkon-

torene i større grad. Dette krever i så fall at man sikrer at familievernkontorene får tilstrekkelig kompetanse og bevissthet om barnets perspektiv. Også domstolenes adgang til å henvise en sak til mekling etter barnelova § 61 første ledd nr. 2, og familievernkontorenes tilbud om hjelp til foreldresamarbeid og terapi som supplement til domstolsbehandling, kan antakelig utnyttes bedre i en del saker.

Kapittel 16

Grunnleggende krav til de instanser som skal avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven

Som nevnt i kapittel 10 ovenfor, benytter utvalget uttrykket «barnesaker» som en fellesbetegnelse for foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven.

Barnesakene har en del særtrekk sammenlignet med andre sakstyper.¹ Spesielt for saker om barns oppvekst, er at avgjørelsen skal bygge på en vurdering av hvordan forholdene vil utvikle seg fremover under ulike forutsetninger. Avgjørelsesorganet må vurdere barnets fortid og nåtid, for deretter å trekke slutninger om hva som vil være barnets beste i fremtiden. Avgjørelsene kan ikke baseres på en vurdering av forholdsmessighet opp mot en handling i fortiden. Det er heller ikke snakk om noen gjenopprettelse, eller om tolkning og subsumsjon under klart rettslige kriterier.

Samtidig er utfallet av saken avgjørende for barnets fremtid, og kan i noen tilfeller ha store konsekvenser. Noen av disse avgjørelsene er blant de mest alvorlige og inngripende samfunnet kan treffe overfor et individ, ved at de bestemmer over fremtiden til et barn som nettopp ikke har den beskyttelsen av en voksen omsorgsperson som er nødvendig for en trygg oppvekst. Behovet for å unngå uheldige avgjørelser er derfor spesielt stort for disse sakene. Ettersom sakene gjelder barn, kreves det kunnskap om barns utvikling, behov og fungering for å håndtere dem på en god måte. De private partene i saken vil som regel være sterkt følelsesmessig berørt, og de vil ofte ha ulik oppfatning av sakens faktiske sider. I barnevernsakene har de private partene i mange tilfeller personlige vansker, og de kan være i krise. Disse særtrekkene stiller særskilte krav til det eller de avgjørelsesorganene som skal behandle sakene, og til hvordan saksbehandlingen skal innrettes.

Etter utvalgets syn bør organet (eventuelt organene) tilfredsstillende følgende krav:

- Avgjørelsesorganet må bestå av dommer eller fylkesnemndsleder
 - med god juridisk kompetanse,
 - med psykologfaglig og barnefaglig innsikt,
 - med forståelse for ulike etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunner,
 - med gode evner til konfliktløsning, og
 - som er forankret i et sterkt fagmiljø.
- Avgjørelsesorganet må disponere fagkyndighet, enten gjennom egen sammensetning eller i form av sakkyndig bistand.
- Avgjørelsesorganet må være uavhengig, og generelt ha stor tillit i befolkningen.

Videre bør saksbehandlingen tilfredsstillende følgende krav:

- Saksbehandlingen må ivareta partenes rettsikkerhet.
- Sakene må behandles så raskt som hensynet til de involverte tilsier.
- Saksbehandlingen må være preget av hensynsfullhet og respekt for partenes verdighet.
- Saksbehandlingen bør ikke være urimelig kostnadskrevende eller unødig belastende for de involverte.

Ordningen med fylkesnemnder ble i sin tid valgt fordi det var den beste måten å sikre at de som skal treffe avgjørelsene i saker om tvang etter barnevernloven besitter den nødvendige sosialfaglige kompetansen, se kapittel 12.2 og 12.3 ovenfor. Selv om dette kunne sikres ved bruk av fagkyndige meddommere, mente man at det var viktig at også det juridiske innslaget i avgjørelsesorganet er i stand til å ta selvstendig standpunkt til alle sidene av saken. Da fylkesnemndene ble opprettet, fryktet man at de alminnelige domstolene kunne ha vansker med å ta et kritisk standpunkt til de sakkyndiges oppfatninger. Dette mente man bunnset blant annet i at de juridiske fagdommerne

¹ Se om dette også i kapittel 10 ovenfor.

ikke hadde en utdannelse som ga innsikt i de faglige problemene som knytter seg til tvangssakene, og at de heller ikke gjennom praksis fikk anledning til å utvikle generell innsikt i denne type saker, siden disse sakene var forholdsvis sjeldne i praksis i forhold til domstolenes øvrige arbeidsbyrde. Det var tilfeldig om en dommer fikk flere saker av denne typen til behandling i løpet av sin dommerkarriere. De alminnelige by- og herredsrettsdommerne ville dermed ikke ha noen særskilt grunn til å skaffe seg innsikt i faglige synspunkter vedrørende barn og rusmiddelmisbrukere, fremfor alle andre områder domstolene får kontakt med.

Etter at fylkesnemndene ble opprettet, har flere forhold endret seg. Forskingen på fagområdet øker behovet for spesialisert kunnskap, også juridisk. Fylkesnemndene er etablerte som velfungerende og raske avgjørelsesorganer, med høy grad av rettssikkerhet og solid faglig kompetanse. Det er viktig å bevare disse fagmiljøene og bygge videre på dem. Samtidig har forholdene når det gjelder evne og vilje til å satse på spesialisering og oppbygging av psykologfaglig og barnefaglig kompetanse innenfor domstolsapparatet, endret seg. Antall saker av denne typen i domstolene har økt etter at fylkesnemndene ble etablert, slik at mange

dommere er blitt godt kjent med saksområdet. Utviklingen har gått i retning av en viss grad av spesialisering, og Domstoladministrasjonen og domstolene har satset på kompetansebyggende tiltak om behandling av saker som vedrører barn. Forholdene ligger derfor bedre til rette i dag for å overlate saker om barn til et utvalg tingretter enn de gjorde for tretti år siden, særlig hvis tingrettene styrkes med den kompetansen som finnes i fylkesnemndene. Utvalget ser det som viktig å finne løsninger som innebærer at kompetansen i domstolene og fylkesnemndene ikke går til spille, for ikke å svekke foreldres og barns rettssikkerhet inntil en slik kompetanse kan bygges opp igjen.

Etter utvalgets syn er beslutningstakernes kompetanse og tilliten til avgjørelsesorganet, det sentrale for vurderingen av hvilket organ som bør behandle barnesakene. Kravet om god kompetanse hos beslutningstakerne kan ivaretas innenfor flere mulige løsninger, men noen av dem kan gi bedre forutsetninger for å ivareta barneperspektivet. Kravet til tillit har sammenheng med kravet til rettssikkerhet, ved at manglende rettssikkerhet vil kunne svekke tilliten til avgjørelsesorganet. Tillitshensynet har imidlertid også selvstendig betydning, blant annet fordi det kan bety noe for viljen til å innrette seg etter avgjørelsene.

Kapittel 17

Ulike modeller for hvem som skal avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven

17.1 Innledning

Etter mandatet skal utvalget vurdere om foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven bør behandles av *samme avgjørelsesorgan*. Utvalget er i den forbindelse bedt om å vurdere flere alternativer; å opprette særdomstoler for disse sakene, å flytte foreldretvistene fra tingrettene til fylkesnemndene, og å flytte barnevernsakene fra fylkesnemndene til tingrettene. Videre er utvalget bedt om å vurdere forbedringer/styrking av eksisterende systemer.

I det følgende skisserer utvalget fem ulike modeller for hvem som skal avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven:

- En modell med egne barne- og familiedomstoler (som særdomstol)
- En modell der tingrettene behandler både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (i det følgende kalt tingrettsmodellen)
- En modell der fylkesnemndene behandler både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (i det følgende kalt fylkesnemndsmodellen)
- En modell med egne barnevern- og sosialdomstoler (som særdomstol)
- En modell der hovedinnretningen i dagens system beholdes (status quo)

I dette kapitlet beskrives modellene noe nærmere. Valget mellom dem, er tema for de følgende kapitler.

Det sentrale spørsmålet for utvalget er *hvilket organ* som skal behandle og avgjøre barnesakene i første instans. Omtalen av modellene bygger på et utgangspunkt om at saksbehandlingsreglene videreføres som i dag. Fremstillingen av modellene går likevel inn på enkelte endringer som vil være nødvendige eller hensiktsmessige.

Ett av målene med å legge behandlingen av foreldretvister og saker om tvang etter barnevern-

loven til ett og samme organ, må være å legge til rette for en mer helhetlig behandling av dobbeltsporsakene. At et felles avgjørelsesorgan har myndighet til å avgjøre begge sakstypene, innebærer imidlertid ikke at sakene nødvendigvis vil kunne forenes til felles behandling eller for øvrig samordnes i større grad enn i dag. En slik mulighet vil måtte reguleres særskilt. Dette temaet behandles nærmere i kapittel 18.5 nedenfor.

17.2 En egen barne- og familiedomstol (som særdomstol)

En av de mulighetene utvalget etter mandatet skal vurdere, er å opprette egne særdomstoler for behandling av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. Utvalget betegner dette som barne- og familiedomstoler.

Ett av de første spørsmålene som oppstår i dette alternativet, er om barne- og familiedomstolen skal være én eneste domstol, eller om det i tilfellet bør være flere slike domstoler, spredt på forskjellige steder i landet. I dag er det 63 tingretter som behandler foreldretvister i første instans og tolv fylkesnemnder som treffer avgjørelse om tvang etter barnevernloven i første instans. For begge sakstypene legger regelverket opp til en prosess hvor parter og vitner møter og forklarer seg muntlig. I tillegg skal barn høres. Reglene om mekling i foreldretvister forutsetter videre at det kan gjennomføres flere møter i samme sak. Lang reisetid eller reiseavstand for partene vil kunne gjøre det vanskelig å oppnå intensjonen om at flest mulig foreldretvister skal løses i minnelighet, og kan medføre økte kostnader. På grunn av sakenes art er det vanskelig å se for seg en utbredt bruk av fjernmøter og fjernavhør i disse sakstypene. Utvalget legger derfor til grunn at de som er involvert i en sak, må kunne møte frem fysisk hos avgjørelsesorganet uten for store ulemper av praktisk karakter. En ordning med barne- og familiedom-

stoler vil derfor kreve flere slike enheter, etablert med en viss geografisk spredning. Hvor mange barne- og familiedomstoler som eventuelt bør etableres, og hvor disse domstolene bør lokaliseres, kommer utvalget noe tilbake til i kapittel 18.2 nedenfor.

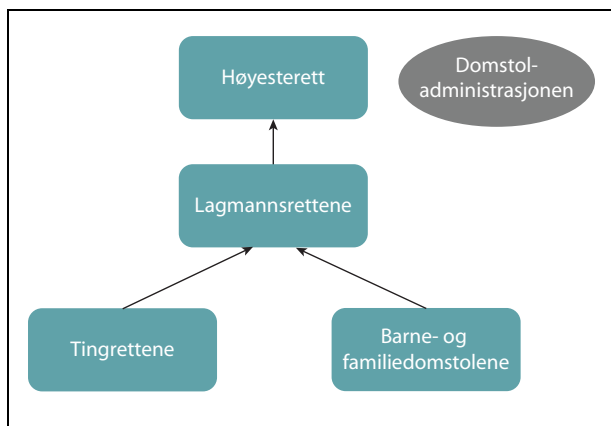
Avgjørelser fra barne- og familiedomstolene må kunne ankes til en overordnet domstol. I prinsippet kan det opprettes en egen ankesdomstol for avgjørelser fra barne- og familiedomstolene, eller anke kan gå til enten de alminnelige tingrettene eller lagmannsrettene. Høyesterett vil være øverste domstol i hierarkiet, jf. Grunnloven § 88.

Siden Norge har liten tradisjon med særlige ankesdomstoler, og utviklingen de siste årene, med avvikling av jordskifteoverrettene, snarere har gått i retning av å utvikle slike, mener utvalget at det vil være lite naturlig å etablere en egen ankesdomstol for barnesakene.¹ Dermed bør ankeinstansen finnes innenfor de alminnelige domstolene. Alternativene her vil som nevnt være enten tingretten eller lagmannsretten som ankeinstans.

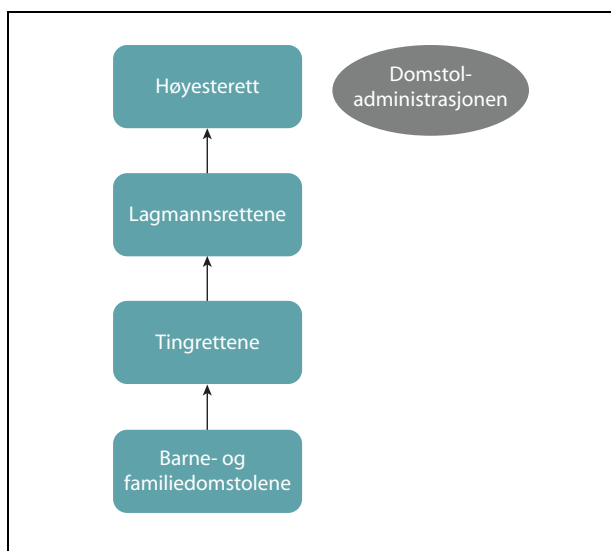
Skal avgjørelsene bringes inn for tingrettene, vil barne- og familiedomstolene danne et nivå under tingrettene. En slik løsning vil være noe nytt i norsk sammenheng, og kunne innebære en risiko for at barne- og familiedomstolen får et «B-stempel» sammenlignet med øvrige domstoler. En fordel med å la de alminnelige lagmannsrettene være ankeinstans for avgjørelser fra barne- og familiedomstolene, er at det blir tre instanser som behandler barnesakene, i stedet for fire. Hensynet til rask avgjørelse i disse sakene taler derfor for denne løsningen. Dagens lagdømmer vil i så fall være avgjørende for hvilken lagmannsrett som skal behandle anker på avgjørelser fra de enkelte domstolene. Ettersom utvalget ikke går inn for egne barne- og familiedomstoler, jf. kapittel 19 nedenfor, er det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om avgjørelsene fra slike domstoler skal bringes inn for tingrettene eller lagmannsretten.

Barne- og familiedomstolene vil naturlig kunne administreres av Domstoladministrasjonen og reguleres av domstolloven på linje med de alminnelige domstolene. Reglene om utnevning av dommere, dommeres sidegjøremål, stillingsvern, disiplinærtiltak og habilitet mv. blir i så fall de samme.

¹ Se også St. meld. nr. 23 (2000–2001) kapittel 6.5 side 59 der det fremgår at overprøving av særdomstolers avgjørelser bør skje ved de alminnelige domstolene, fremfor av egne ankesdomstoler.



Figur 17.1 Modell for barne- og familiedomstoler – sideordnet tingrettene



Figur 17.2 Modell for barne- og familiedomstoler – underordnet tingrettene

I figur 17.1 og 17.2 har utvalget skissert hvordan barne- og familiedomstolene organisatorisk sett kan tenkes samordnet med de alminnelige domstolene. Den første skissen er ment å beskrive barne- og familiedomstolene som selvstendige domstoler, sideordnet tingrettene, og slik at anke over avgjørelser fra domstolene går til lagmannsrettene og Høyesterett. Den andre skissen er ment å beskrive barne- og familiedomstolene som selvstendige domstoler, på et nivå under tingrettene, og slik at anke over avgjørelser fra domstolene går til tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett.

17.3 Tingrettene behandler både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (tingrettsmodellen)

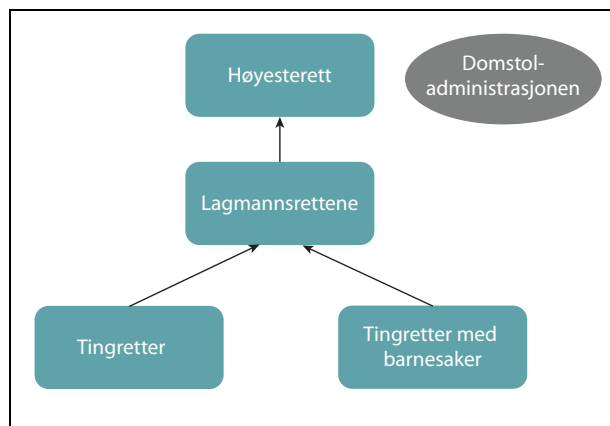
Et neste alternativ som skal vurderes, er å flytte barnevernsakene fra fylkesnemndene til tingrettene, og eventuelt å opprette egne avdelinger for barnesakene i tingrettene. Med en slik modell opprettes det ikke noen ny domstol. Tingrettene får imidlertid en endret rolle i barnevernsakene, ved at de nå skal avgjøre sakene i første instans. En vesentlig del av oppgavene for fylkesnemndene og Sentralenheten for fylkesnemndene vil falle bort, slik at disse kan avvikles. Ved å innlemme fylkesnemndslederne i tingrettene, kan det likevel være mulig å beholde mye av deres realkompetanse i behandlingen av barnevernsaker innenfor tingretten. Denne muligheten kommenteres nærmere i kapittel 18.4 nedenfor.

Flytting av barnevernsakene fra fylkesnemndene til tingrettene kan i prinsippet gjøres på minst tre ulike måter;

- Saker om tvang etter barnevernloven legges til tingrettene etter vanlige prinsipper, dvs. slik at alle landets tingretter behandler foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven.
- Foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven legges til noen av landets tingretter, slik at barnesaker utelukkende behandles i disse tingrettene (behandlingen av barnesakene regionaliseres).
- Saker om tvang etter barnevernloven legges til noen av landets tingretter, mens foreldretvistene fortsatt behandles av alle tingrettene (behandlingen av barnevernsakene regionaliseres).

Vurderingen av om behandlingen av en eller begge kategorier barnesaker bør regionaliseres, bør ta utgangspunkt i de grunnleggende krav til avgjørelsesorganet som er nevnt i kapittel 16 ovenfor. Særlig behovet for god faglig kompetanse og forankring i et sterkt fagmiljø for den eller dem som skal avgjøre saken, og behovet for at saken ikke bør være unødig belastende for de involverte, er blant det som bør vurderes.

Som det fremgår av kapittel 18.3 nedenfor, mener utvalgets flertall at tingrettsmodellen bør kombineres med krav til en særskilt opplæring for de dommerne som skal behandle barnesakene. Dette vil kunne gjennomføres innenfor alle de tre variantene av tingrettsmodellen som er beskrevet ovenfor. Kravet om at de dommerne som behandler sakene skal være forankret i et sterkt fagmiljø,



Figur 17.3 Tingrettsmodellen

står i en annen stilling. Med dagens domstolstruktur, med mange små tingretter, er det vanskelig å se for seg at dette kravet kan oppfylles uten å regionalisere behandlingen av barnesakene. Etter utvalgets syn vil derfor en tingrettsmodell der foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven legges til noen av tingrettene, være det beste alternativet. Hvor mange tingretter som i tilfellet bør behandle barnesaker, kommer utvalget noe tilbake til i kapittel 18.2 nedenfor.

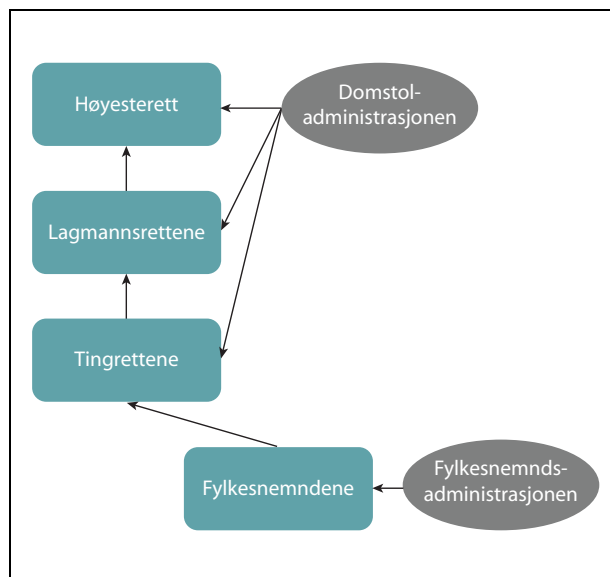
Figur 17.3 viser en modell der fylkesnemndas avgjørelser om å benytte tvang etter barnevernloven er flyttet til tingrettene, og der både disse sakene og foreldretvistene behandles av bare noen av tingrettene. Anke over avgjørelser i barnesakene går i skissen til lagmannsrettene og Høyesterett.

17.4 Fylkesnemndene behandler både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans (fylkesnemndsmodellen)

Etter mandatet skal det også vurderes å flytte foreldretvistene fra tingrettene til fylkesnemndene. Med en slik løsning vil dagens ordning med tolv fylkesnemnder som behandler saker innenfor hvert sitt geografiske virkeområde, danne utgangspunkt. Essensen i en slik reform vil være at foreldretvistene undergis en forvaltningsmessig behandling før de kan bringes inn for domstolene. Fylkesnemndene får i tilfelle en ny oppgave med å behandle foreldretvister. Den administrative styringen av fylkesnemndene vil måtte styrkes, sammenlignet med dagens Sentralenheten for fylkesnemndene. Siden fylkesnemndene overtar en oppgave fra domstolene, kan endringen gi

foranledning til å vurdere om administrasjonen av fylkesnemndene bør overføres til Domstoladministrasjonen. Argumenter for dette kan være at fylkesnemndene da vil være domstolliknende organer med klare dømmende funksjoner, og at overføringen blant annet vil kunne bidra til å verne om fylkesnemndenes uavhengighet. Trolig vil det også være ressursbesparende med en felles administrasjon av domstolene og fylkesnemndene. På den annen side taler det imot at Domstoladministrasjonen skal administrere fylkesnemndene, at fylkesnemndene er forvaltningsorganer, og at avgjørelsene derfra formelt sett ikke vil være dommer. Det vil fortsatt være forskjeller mellom domstolene og fylkesnemndene som kan være av betydning for hvordan administrasjonen innrettes. Domstolenes saksbehandling er regulert av prosesslovgivningen, mens utgangspunktet for fylkesnemndene er forvaltningsloven. Videre nyter ikke fylkesnemndslederne godt av det samme stillingsvernet som embetsdommere, og de samme reglene om utnevning, disiplinærtiltak mv. gjelder ikke for fylkesnemndslederne.²

Fylkesnemndas avgjørelser i foreldretvister og i saker om tvang etter barnevernloven må kunne bringes inn for domstolene.³ Et neste spørsmål blir da om avgjørelsene skal bringes inn for tingrett eller lagmannsrett. Som nevnt bringes tvangsvedtak etter barnevernloven i dag inn for tingretten og prøves etter reglene i tvisteloven kapittel 36.⁴ Den sentrale fordelene ved å kunne bringe avgjørelsene inn for lagmannsretten, er at det i prinsippet gir en kortere vei mot en rettskraftig avgjørelse. For foreldretvistene kunne dette være en slags «kompensasjon» for at saksgangen nå – ved at sakene etter denne modellen skal behandles i fylkesnemnda – får et ekstra ledd. Samtidig er det en av intensjonene bak tvisteloven at lagmannsrettene skal være ankedomstoler med mulighet til «å sile ut» saker som det fra samfunnets side er mindre viktig å få ankebehandlet.⁵ Det ville ikke være i samsvar med denne intensjonen om fylkesnemndenes vedtak i tvangssaker og foreldretvister skulle bringes direkte inn for lag-



Figur 17.4 Fylkesnemndsmodellen

mannsretten. Også fordi fylkesnemndene er forvaltningsorganer – ikke formelle domstoler – er det mest naturlig at domstolsbehandlingen begynner i tingrettene.

Figur 17.4 viser fylkesnemndenes organisatoriske plassering vis a vis de alminnelige domstolene.

17.5 En egen særdomstol for barnevern og sosiale saker

Blant det som kan bidra til å styrke eller forbedre dagens system, er å omdanne fylkesnemndene til særdomstoler for barnevern og sosiale saker. Utvalget betegner slike domstoler som barnevern- og sosialdomstoler. Også med denne løsningen vil dagens ordning med tolv enheter som behandler barnevernsaker og sosiale saker innenfor hvert sitt geografiske virkeområde, danne utgangspunkt. Det nye vil være at fylkesnemndene omdannes til formelle domstoler.

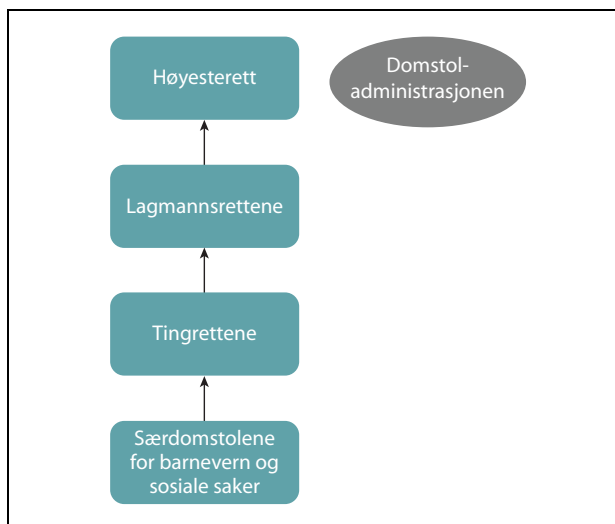
Ett av de spørsmålene en slik modell reiser, er om avgjørelsene fra særdomstolene for barnevern og sosiale saker skal kunne ankes til de alminnelige tingrettene eller lagmannsrettene, eller om det skal opprettes en egen ankedomstol for avgjørelser fra særdomstolene. På samme måte som for barne- og familiedomstolene, kan de alminnelige lagmannsrettene være ankeinstans for avgjørelser fra særdomstolene for barnevern og sosiale saker. En negativ side ved dette vil være at saker om tvang etter barnevernloven og foreldretvister først vil bli behandlet av samme organ når sakene står

² Se høringsuttalelse 29. juni 2016 fra fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker til høringsnotat om forslag til ny lov om statens ansatte, der det er reist spørsmål om å styrke fylkesnemndsledernes arbeidsrettslige stilling for å befeste deres uavhengighet.

³ En ordning med administrativ klagebehandling ville stride med intensjonen bak fylkesnemnda, og anses derfor utelukket.

⁴ Se kapittel 12.7 ovenfor om tidligere vurderinger av anke over fylkesnemndas avgjørelser.

⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 4.5 side 46 og kapittel 26.4.1 side 345–346.

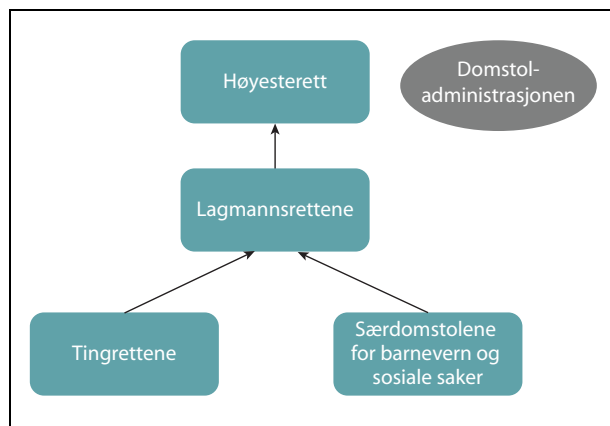


Figur 17.5 Modell for barnevern- og sosialdomstoler – underordnet tingrettene

for lagmannsretten. Dette kan hindre en mulighet for forening og samordning av sakene tidlig i prosessen. En løsning med anke til tingrettene vil på den annen side lett kunne gi særdomstolen et «B-stempel» sammenlignet med tingrettene. Når poenget er å styrke behandlingen av barnesakene, vil dette være en uheldig effekt.

Særdomstolene vil bli en del av det norske domstolsystemet, og vil kunne omfattes av domstolloven. Det vil være naturlig at den administrative styringen overføres fra Sentralenheten for fylkesnemndene til Domstoladministrasjonen. Modellen foranlediger ikke i seg selv endringer i hvilke sakstyper som skal behandles av henholdsvis særdomstolene for barnevern og sosiale saker og av de alminnelige domstolene. På sikt kan imidlertid saksområdet for slike særdomstoler tenkes utvidet, slik at også andre tvangssaker i forvaltningen legges til denne domstolen, eksempelvis saker om tvang etter psykisk helsevernlov.

I figur 17.5 og 17.6 har utvalget skissert hvordan særdomstolene for barnevern og sosiale saker kan organiseres vis a vis de alminnelige domstolene. Den første skissen er ment å beskrive særdomstolene som selvstendige domstoler, sideordnet tingrettene, og slik at anke over avgjørelser fra domstolene går til lagmannsretten. Den andre skissen er ment å beskrive særdomstolene som selvstendige domstoler, og slik at anke over avgjørelser fra domstolene går til tingrettene.

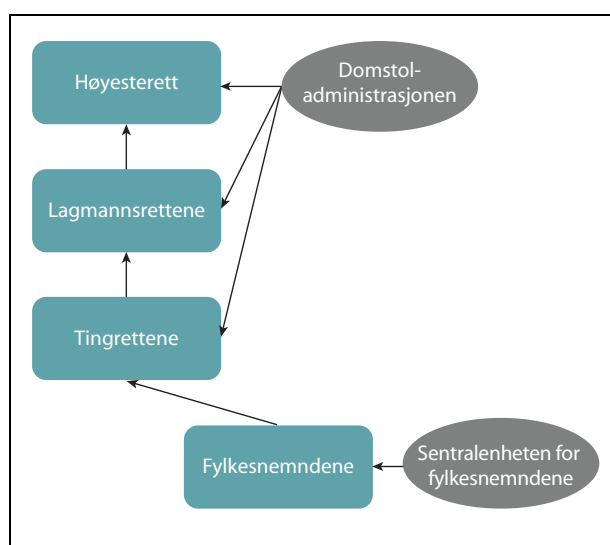


Figur 17.6 Modell for barnevern- og sosialdomstoler – sideordnet tingrettene

17.6 Status quo

Utvalget vurderer også muligheten for å opprettholde dagens system med at tingrettene behandler foreldretvister i første instans og fylkesnemndene behandler saker om tvang etter barnevernloven i første instans, slik det er beskrevet i kapittel 11 ovenfor. Figur 17.7 illustrerer dagens system.

Selv om man beholder hovedelementene i dagens system, er det ikke utelukket at det kan oppnås forbedringer gjennom andre endringer. Ett mulig tiltak er å legge til rette for mer spesialisering for barnesakene i tingrettene. Dette kan



Figur 17.7 Status quo

oppnås ved å konsentrere foreldretvistene og saker om overprøving av fylkesnemndas vedtak om tvang etter barnevernloven til noen tingretter

eller til tingrettsdommere med en særskilt kompetanse til å behandle dem. Dette omtales nærmere under kapittel 18.2 nedenfor.

Kapittel 18

Enkelte spørsmål som oppstår ved valg av modell

18.1 Hvilke saker bør høre under et felles avgjørelsesorgan for barnesakene?

18.1.1 Innledning

Fylkesnemndene behandler flere typer saker enn saker om tvang etter barnevernloven, mens tingrettene på sin side behandler andre saker som innholdsmessig kan ha en viss sammenheng med de rene foreldretvistene eller barnevernsakene. Endringer med hensyn til hvem som skal avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, krever derfor at det vurderes om det bør gjøres endringer også for slike «beslektede» saker.

For endringer som vil innebære at fylkesnemndene avvikles, er det nødvendig å ta stilling til hvilket avgjørelsesorgan som skal behandle saker om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven, se kapittel 18.1.2 nedenfor. For endringer som innebærer at det opprettes et felles avgjørelsesorgan, må det videre vurderes om også saker som innholdsmessig kan ha en viss sammenheng med foreldretvistene eller barnevernsakene, bør legges til avgjørelsesorganet for barnesakene, se kapittel 18.1.3 og 18.1.4 nedenfor.

18.1.2 Saker om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven

Hvis det etableres barne- og familiedomstoler, eller barnevernsakene flyttes fra fylkesnemndene til tingrettene, oppstår det spørsmål om hvem som skal behandle de øvrige sakstypene som ligger til fylkesnemndene i dag. Dette omfatter blant annet klager over enkelte vedtak om tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11 andre ledd, jf. § 9-5 tredje ledd bokstav b og c. Konkret gjelder dette planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødssituasjoner, og tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende

behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet. Videre har fylkesnemnda myndighet til å treffe vedtak om innleggelse og tilbakehold i institusjon av rusmiddelavhengige, og om adgang til å ta urinprøver av pasienten under institusjonsoppholdet, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 andre ledd og § 10-3 første ledd. Fylkesnemnda i Oslo og Akershus er utpekt som smittevernemnd, og har vedtaksmyndighet i saker om tvungen legeundersøkelse, tvungen isolering i sykehus og tvungen medikamentell behandling, jf. smittevernloven § 7-5, jf. §§ 5-2 og 5-3.

I juni 2016 oppnevnte regjeringen et lovutvalg som skal foreta en samlet gjennomgang av tvangsreglene i helse- og omsorgssektoren (tvangslovutvalget). Dette omfatter reglene i psykisk helsevernlov, pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A (tvungen somatisk helsehjelp til blant annet demente), helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 (tvang overfor psykisk utviklingshemmede) og kapittel 10 (tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige) og smittevernloven. Tvangslovutvalget skal blant annet vurdere saksbehandlingsreglene og reglene for overprøving av tvangsvedtak, og skal avgi sin utredning innen 1. september 2018. Tvangslovutvalget vil ha bedre forutsetninger enn særdomstolsutvalget for å vurdere hvordan organiseringen bør være for tvangsvedtakene på helseområdet.

Utvalget legger til grunn at saker om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven krever særskilt rettssikkerhet. I likhet med saker om tvang etter barnevernloven, er sakene inngripende overfor dem de gjelder, og de hensynene som lå til grunn for å legge dem til et domstolslignende forvaltningsorgan, gjør seg fortsatt gjeldende.¹ Antall saker er på den annen side lavt, slik at det neppe er hensiktsmessig å beholde fylkesnemndene eller etablere et nytt avgjørelsesorgan for behandlingen av dem. Utvalget ser heller ikke at det uten videre ligger til rette

¹ Se blant annet NOU 1985: 18 kapittel 17.5.4.4 side 293–297.

for at et annet, eksisterende forvaltningsorgan bør overta disse sakene dersom fylkesnemndene legges ned. Én mulighet kan være å flytte dem til fylkesmannen, som allerede i dag behandler noen tvangssaker. Dette vil imidlertid gi behov for nye saksbehandlingsregler, eksempelvis om muntlighet og fagkyndig bistand. En annen mulighet kan være at kontrollkommisjonene overtar behandlingen av disse sakene. Dette vil kreve endringer, blant annet i ressursituasjonen, arbeidsmåten og organiseringen av kommisjonene.² En tredje mulighet er å opprette et nytt domstolslignende forvaltningsorgan som får i oppgave å behandle saker om tvang etter psykisk helsevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven. Siden systemet for avgjørelser i tvangssaker etter helselovgivningen ligger utenfor det som dette utvalget skal vurdere, går det derfor ikke nærmere inn på dette alternativet.

Med mindre det skal gjøres større endringer i systemet for behandlingen av tvangssaker etter helselovgivningen som følge av tvangslovutvalgets innstilling, mener utvalget at den mest nærliggende løsningen vil være å legge sakene om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittvernloven til domstolene i første instans. Domstolene vil kunne behandle disse sakene på en tilfredsstillende måte. Det kan eventuelt vurderes nærmere om enkelte av sakstypene kan behandles på en tilfredsstillende måte av fylkesmannen.

Ved opprettelse av barne- og familiedomstoler kan det vurderes om det er disse domstolene eller de alminnelige domstolene som skal overta behandlingen av sakene om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven. Etter som sakene i hovedsak ikke gjelder barn, vil det ikke være naturlig at barne- og familiedomstolene får i oppgave å behandle disse sakene. I tingrettsmodellen er det videre et spørsmål om sakene skal legges til alle tingrettene eller bare de utvalgte tingrettene med barnesaker. De hensynene som tilsier regionalisering av barnesakene, gjelder ikke i samme grad for disse tvangssakene. Dermed bør antakelig de alminnelige vernetingsreglene gjelde for disse sakene.

² Se NOU 2011: 9 *Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet*, kapittel 16 side 209–217 der det er gitt en vurdering av kontroll og overprøvingen av tvangsvedtak etter psykisk helsevernlov. Utvalget foreslår å etablere én felles kontroll- og overprøvingsinstans for alle vedtak etter psykisk helsevernlov, og at denne oppgaven legges til fylkesnemndene.

18.1.3 Internasjonale barne bortførings saker

Internasjonal barne bortføring foreligger når et barn blir tatt med ut av bostedslandet uten tillatelse fra en som har foreldreansvar for barnet.³ Ulovlig tilbakeholdelse foreligger når barnet holdes tilbake i et annet land enn bostedslandet i etterkant av et lovlig, tidsavgrenset opphold, slik som ferie eller samvær. Begrepet «internasjonale barne bortførings saker» brukes ofte om begge disse situasjonene.

To sentrale konvensjoner regulerer behandlingen av internasjonale barne bortførings saker; Haagkonvensjonen av 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barne bortføring, og Europarådskonvensjonen av 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og om gjenoppsettelse av foreldreansvar. Konvensjonene er implementert i norsk rett ved barne bortføringsloven.

Saker hvor et barn er bortført til Norge og kreves tilbakelevert etter Haagkonvensjonen, behandles av de alminnelige domstolene. Disse sakene har nær sammenheng med foreldretvister. En tilbakeleveringssak innebærer ikke en avgjørelse i foreldretvisten, men vil i praksis avgjøre i hvilket land spørsmålet om foreldreansvar, fast bosted og samvær vil bli avgjort.

Hovedregelen er at barn som er ulovlig bortført til eller holdt tilbake her i landet, skal leveres tilbake straks, dersom barnet umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen hadde bosted i en stat som er tilsluttet Haagkonvensjonen, jf. barne bortføringsloven § 11 første ledd. Bortføringen eller tilbakeholdelsen er ulovlig dersom den er i strid med retten til foreldreansvar etter loven i den staten barnet bodde i umiddelbart før bortføringen eller tilbakeholdelsen, og foreldreansvaret faktisk ble utøvd i samsvar med dette, jf. barne bortføringsloven § 11 andre ledd. I en tilbakeleveringssak må det dermed vurderes om gjenværende har del av foreldreansvaret etter barnets bostedslands rett, og om det faktisk har blitt utøvd. Videre må det vurderes om barnet har vært bosatt i det landet som krever barnet tilbakelevert. Barnets bosted skal vurderes ut fra de rent faktiske omstendighetene knyttet til barnets situasjon. Det er oppstilt flere unntak fra regelen om at et ulovlig bortført barn skal tilbakeleveres, jf. barne bortføringsloven § 12.

³ Torunn Elise Kvisberg, Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barne bortføring, 2009, kapittel 1.3.6 side 67.

Verken Haagkonvensjonen eller barnebortføringsloven inneholder detaljerte regler for behandlingen av tilbakeleveringskrav. I Norge kommer bestemmelsene i tvangsfullbyrdelsesloven til anvendelse så langt de passer, jf. barnebortføringsloven § 18 første ledd. I tillegg gjelder barnelova § 60 om foreløpig avgjørelse og § 65 om tvangsfullbyrdelse. Videre har barnebortføringsloven kapittel IV enkelte særregler. Det er blant annet fastsatt at tilbakeleveringskravene skal behandles uten opphold, at ankefristen er to uker, og at barnet som regel skal høres av dommeren, en oppnevnt sakkyndig eller av dommeren med bistand av sakkyndig.⁴

Tidligere ble tilbakeleveringssaker behandlet i tingretten i den rettskrets barnet oppholdt seg når retten mottok begjæring om tilbakelevering. Fra januar 2016 er det Oslo tingrett som behandler disse sakene, jf. barnebortføringsloven § 13 andre ledd. Bakgrunnen for denne endringen var blant annet et ønske om å oppnå raskere saksbehandling og økt kompetanse.⁵ Departementet viste til at antall saker er lavt, og at den enkelte domstol og dommer dermed fikk svært begrenset erfaring med sakstypen. Det ble antatt at det å samle sakene ville føre til at dommerne får et tilstrekkelig antall saker til å bygge opp spisskompetanse på saksområdet, at dette kunne gi grunnlag for en mer effektiv saksbehandling og bidra til rettsenhet. Det ble også vist til at Haagkonferansen ved flere anledninger hadde oppfordret konvensjonsstatene til å legge sakene til én eller noen få domstoler. Med et begrenset antall saker, kom departementet til at sakene burde legges til én domstol.

Etter utvalgets vurdering er det naturlig at en eventuell barne- og familiedomstol overtar behandlingen av internasjonale barnebortføringsaker. Sakene kan enten legges til alle barne- og familiedomstolene, eller én eller flere utpekte domstoler.⁶ For de øvrige modellene, mener utvalget at det ikke er nødvendig med endringer i dagens ordning. Det vises til den begrunnelsen som ble gitt da tilbakeleveringssakene ble lagt til Oslo tingrett.

18.1.4 Andre beslektede saker

I tillegg til internasjonale barnebortføringsaker, behandler tingrettene enkelte andre sakstyper som innholdsmessig kan ha en viss sammenheng med foreldretvistene og barnevernsakene. Dette gjelder for eksempel saker om underholdsbidrag for barnet, reisekostnader ved samvær, farskap og annet slektskap, ekteskap, økonomisk oppgjør etter samlivsbrudd og andre tvister mellom foreldre. Videre kan straffbare handlinger i noen tilfeller ha tilknytning til foreldretviser og/eller saker om tvang etter barnevernloven. Dette gjelder for eksempel straffeloven § 253 om tvangsekteskap, § 261 om omsorgsunndragelse, §§ 282 og 283 om mishandling i nære relasjoner, §§ 284 og 285 om kjønnslemlestelse og enkelte seksuallovbrudd etter straffeloven kapittel 26. Straffesaker med barn som tiltalt kan også ha en viss sammenheng med saker om tvang etter barnevernloven, jf. barnevernloven § 4-24.

Spørsmålet om å legge disse sakstypene til et eventuelt felles avgjørelsesorgan for foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven, kommer først og fremst på spissen for modellen med barne- og familiedomstoler og fylkesnemndsmodellen. Også for tingrettsmodellen kan det imidlertid være spørsmål om sakene skal legges til de utvalgte tingrettene for barnesaker eller om alle tingrettene fortsatt skal behandle slike beslektede saker.

Generelt sett kan både prosessøkonomiske grunner og partenes rettssikkerhet tilsi at krav som står i sammenheng, blir behandlet og avgjort under ett. Disse hensynene taler derfor for at et felles avgjørelsesorgan bør gis myndighet til å behandle beslektede saker. På den annen side forutsetter både modellen med barne- og familiedomstoler og fylkesnemndsmodellen at avgjørelsesorganet skal ha et fagmiljø med kompetanse på barn. Disse organene bør derfor fortrinnsvis behandle saker som hovedsakelig gjelder barn. Saker som ikke direkte gjelder barn, bør forbli i de alminnelige domstolene.

Straffesaker er det i utgangspunktet ikke nærliggende å flytte til et eventuelt felles avgjørelsesorgan. Utvalget viser til at spørsmål om frihetsstraff må avgjøres av en formell domstol, og at straffeprosessen er så vidt ulik sivilprosessen at det kan være best at spørsmål om straffansvar fortsatt behandles i de alminnelige domstolene.

I hvilken grad øvrige beslektede saker skal flyttes fra tingrettene til et eventuelt felles avgjørelsesorgan, er ikke åpenbart, og kan variere ut fra hvilken modell det er tale om. I praksis fore-

⁴ Se også Justis- og beredskapsdepartementets rundskriv G-06/2015 og Domstoladministrasjonen, Barnebortføringsaker for domstolen, En veileder, 2013.

⁵ Prop. 143 L (2014–2015) kapittel 5.1.4 side 28–32.

⁶ Se Rapport fra arbeidsgruppe nedsatt av Justis- og beredskapsdepartementet, Internasjonal barnebortføring, 2013, kapittel 7.4.5 side 134 der det nevnes at ett alternativ kan være å utpeke én domstol i hvert lagdømme.

kommer det at spørsmål om reisekostnader ved samvær bringes inn i foreldretvister. Også øvrige sakstyper etter barnelova, for eksempel farskapsaker og andre slektskapsaker, har en viss sammenheng med foreldretvister. Det synes derfor hensiktsmessig at en barne- og familiedomstol får myndighet til å behandle alle saker etter barnelova. Saker etter andre lover, slik som ekteskapsaker og saker om økonomisk oppgjør etter samlivsbrudd, er det usikkert om det vil være hensiktsmessig å flytte fra de alminnelige domstolene til særdomstoler for barnesaker. Ettersom disse sakene ikke gjelder barn, er det mindre naturlig å gi barne- og familiedomstolene myndighet til å behandle dem. Det er noe uklart i hvor stor utstrekning disse sakene i praksis behandles og avgjøres samtidig med foreldretvister.⁷ Der- som det skal opprettes særdomstoler for barnesaker, vil det være behov for en gjennomgang og nærmere vurdering av hvilke tilgrensende sakstyper som bør flyttes fra de alminnelige domstolene til barne- og familiedomstolene.

I fylkesnemndsmodellen er det ikke åpenbart at en ytterligere flytting av oppgaver fra domstolene til et forvaltningsorgan er fornuftig. Selv om prosessøkonomiske grunner og partenes rettssikkerhet kan tilsi en samlet behandling av krav som står i sammenheng, taler hensynet til et skille mellom dømmende virksomhet og forvaltningsvirksomhet imot en slik flytting. Ettersom utvalget ikke vil anbefale en modell der foreldretvistene flyttes fra tingrettene til fylkesnemndene, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om også andre sakstyper bør flyttes til fylkesnemndene og dermed undergis en forvaltningsmessig behandling.

I tingrettsmodellen blir det ikke spørsmål om flytting av beslektede saker fra tingretten til et annet organ. Det oppstår imidlertid et spørsmål om også disse sakene skal behandles av bare noen tingretter, eller om kompetansen i utgangspunktet bør bli liggende i alle tingrettene, ut fra tanken om at reglene om overføring av saker mellom domstolene vil gi tilstrekkelig fleksibilitet. Domstoloven § 38 åpner for at den domstol som en sak er brakt inn for, etter søknad fra en part eller av eget tiltak, kan beslutte at saken skal overføres til en annen domstol av samme orden, når «særlige grunner gjør det påkrevd eller hensiktsmessig». I praksis tolkes vilkåret om «særlige grunner» slik at saken kan overføres dersom dette alt i alt anses mest hensikts-

messig.⁸ Utvalget antar at domstoloven § 38 vil gi de muligheter og den fleksibilitet som det er behov for når det oppstår spørsmål om en foreldretvist eller en sak om tvang etter barnevernloven skal behandles og avgjøres sammen med beslektede saker. På denne bakgrunn antar utvalget at det ikke er nødvendig med regler om at bare noen utvalgte tingretter skal behandle de nevnte beslektede sakene.

18.2 Hva er et sterkt fagmiljø?

I kapittel 16 ovenfor har utvalget lagt til grunn at dommere eller fylkesnemndsledere som skal behandle barnesaker, bør være forankret i et sterkt fagmiljø. I dette ligger at de bør ha sitt daglige virke i et miljø der det arbeider også flere andre med gode kvalifikasjoner innenfor de samme fagområdene. I et slikt fagmiljø vil dommerne eller fylkesnemndslederne kunne diskutere relevante problemstillinger og trekke veksler på kollegers erfaringer. Det er også mer sannsynlig at dommere gjennomfører kompetansetiltak i større domstoler enn i mindre.⁹ Samtidig ligger det i de grunnleggende kravene at saksbehandlingen ikke skal være unødig belastende for de involverte, eksempelvis ved at de må reise veldig langt. Disse behovene for forankring i et sterkt fagmiljø og å unngå store belastninger for de involverte, står i noen grad mot hverandre, og kan peke i ulike retninger ved vurdering av hvor mange domstoler eller fylkesnemnder som bør behandle barnesaker i første instans.

Det er vanskelig å angi helt presist hva som skal til for å oppnå et sterkt fagmiljø. I enkelte sammenhenger tidligere er det gjort vurderinger av hva som bør være minimumsbemanningen ved en enhet for å sikre tilstrekkelig kompetanse. Ved drøfting av strukturendringer i domstolene er det for eksempel lagt til grunn at førsteinstansdomstoler generelt bør ha minst fire eller fem dommere for å kunne styrke og utvikle domstolenes faglige kompetanse.¹⁰ Ved evalueringen av de strukturendringene som ble gjennomført i perioden 2002–2010, oppsummerte Domstoladministrasjonen, på bakgrunn av en høring, at tingrettene bør ha minimum åtte til ti dommer-

⁷ Se blant annet ekteskapsloven § 30 d om at spørsmål etter barnelova om felles barn kan bringes inn i ekteskapsaker.

⁸ Anders Bøhns kommentar til domstoloven § 38 i Norsk lovkommentar.

⁹ Oxford Research, Domstolsbehandlingen av foreldretvister, 2016, kapittel 6.3 side 27.

¹⁰ Se blant annet NOU 1999: 22 *Domstolene i første instans*, kapittel 3.3 side 21–26 og kapittel 3.9 side 39–42 og St. meld. nr. 23 (2000–2001) kapittel 8.4.4 side 75.

årsverk.¹¹ Behovet for å styrke det faglige miljøet i domstolene var ett av argumentene, men det ble også lagt vekt på behovet for å styrke arbeidsmiljøet, unngå sårbarhet ved sykdom, komplikasjoner ved inhabilitet mv., øke ledelseskapasiteten, profesjonalisere administrative funksjoner og legge til rette for moderat spesialisering mv. I forbindelse med endring i inndelingen av politidistriktene, vurderte en arbeidsgruppe hvordan statsadvokatembetene burde organiseres.¹² I den sammenheng ble det lagt til grunn at embetene anslagsvis bør ha minst åtte til ti statsadvokat-hjemler, da særlig begrunnet i at embetene skal være tilstrekkelig robuste og ha forutsetninger for å utvikle et godt fagmiljø.

Vurderinger knyttet til de alminnelige domstolene og påtalemyndigheten er ikke nødvendigvis direkte overførbare til de ulike modellene for behandling av barnesaker. Barne- og familiedomstolene vil ha et smalere fagfelt enn de alminnelige domstolene og statsadvokatembetene, og også i tingrettsmodellen og fylkesnemndsmodellen vil beslutningstakerne være mer spesialiserte enn dommerne i de alminnelige domstolene i dag. En del av de samme hensynene som tilsier at domstolene og statsadvokatembetene bør være større, vil imidlertid være relevante også ved vurderingen av strukturen for behandlingen av barnesakene. De vurderingene som er gjort for de alminnelige domstolene og statsadvokatembetene kan dermed gi en viss veiledning. Utvalget legger til grunn at hver av de domstolene eller fylkesnemndene som skal behandle barnesaker i første instans bør ha minst fem dømmende årsverk eller fylkesnemndsledere på barnefeltet for å kunne få et sterkt fagmiljø.

At behandlingen av sakene ikke bør være unødig belastende for de involverte, innebærer som nevnt blant annet at de ikke bør ha for lang reisevei for å kunne delta i behandlingen av saken. Geografien er spesielt viktig i foreldretvister, hvor konflikt- og forsoningsmodellen legger opp til at det skal være flere rettsmøter i saken. Samtidig vil de involverte i foreldretvister og barnevernsaker normalt ikke måtte møte frem mange ganger. En viss reisevei bør derfor aksepteres. Ulempene med større geografiske avstander vil videre kunne avhjelpe noe ved at møtene holdes utenfor domstolens eller fylkesnemndas faste lokaler. Saksfor-

beredende møter i foreldretvister er godt egnet for nettopp dette, ettersom disse rettsmøtene er av mer uformell karakter. Å holde møter utenfor egne lokaler kan være aktuelt også for andre deler av saksbehandlingen enn saksforberedende møter, både i foreldretvister og i barnevernsaker.

En beslutning om hvor mange barne- og familiedomstoler som eventuelt skal etableres, bør baseres på en vurdering av hva som kan gi et sterkt fagmiljø i den enkelte domstol, bosettingsmønstre, geografiske avstander, kommunikasjonsmuligheter og antall saker domstolen vil få til behandling. Selv om reglene om mekling i foreldretvister forutsetter noe hyppigere kontakt mellom domstolen og partene enn det som er nødvendig i barnevernsaker, synes det naturlig å ta utgangspunkt i at vi har tolv fylkesnemnder i dag. Mange flere enheter vil innebære at kompetansen spres for mye. Som et utgangspunkt mener utvalget at antallet barne- og familiedomstoler bør være anslagsvis 15. Til ytterligere sammenligning nevnes at det i dag er elleve Statens barnehus. Hvor i landet de ca. 15 barne- og familiedomstolene bør ligge, må vurderes nærmere.

Med tingrettsmodellen oppstår et tilsvarende spørsmål om hvor mange tingretter som bør utpekes til å behandle barnesaker. Vurderingen vil måtte bero på de samme hensyn og momenter som ved vurdering av antall barne- og familiedomstoler. Ettersom dommere i tingrettene kan behandle andre saker i tillegg til barnesakene, kan antall utvalgte tingretter være noe høyere enn det anslaget på 15 enheter som er gjort ovenfor uten at det går ut over størrelsen på det fagmiljøet av dommere som er spesialisert til å behandle barnesaker. Samtidig er det viktig at dommere får tilstrekkelig erfaring med barnesaker. Dette vil avhenge av hvor mange saker den enkelte dommer i de utvalgte domstolene vil få til behandling.

Som nevnt i kapittel 11.3 ovenfor, kom det inn omtrent 2 600 foreldretvister til tingrettene årlig i perioden 2012–2016. Antall krav om overprøving av tvangsvedtak har økt i perioden 2012–2014, men ligger nå omtrent på 1 700 saker årlig. Videre kom det inn omtrent 5 100 saker om tvang etter barnevernloven til fylkesnemndene årlig i samme periode. Omtrent 1 600 av disse gjaldt godkjenning av akuttvedtak. Totalt mottok tingrettene 16 115 tvistesaker og 67 868 straffesaker i 2015. Ved en flytting av barnevernsaker fra fylkesnemndene til tingrettene kan det anslås at tingrettene vil motta omtrent 87 000 saker årlig. Anslagsvis 20 000 av disse vil være tvistesaker, hvorav ca. 6 000 (30 %) vil være barnesaker. Videre var det 371,4 embetsdommere og 157 dommerfullmektiger fordelt på 66 alminne-

¹¹ Domstoladministrasjonen, Evaluering av strukturendringene i førsteinstansdomstolene, kapittel 9 side 96–97.

¹² Rapport fra arbeidsgruppe nedsatt av riksadvokaten for å utrede organiseringen av de regionale statsadvokatembetene kapittel 5 side 25–35.

lige førsteinstansdomstoler i 2016, mens det ved utgangen av 2015 var 74 fylkesnemndsledere fordelt på tolv fylkesnemnder. Ved en innlemming av fylkesnemndslederne i tingrettene kan det derfor anslås at førsteinstansdomstolene samlet vil ha omtrent 600 dømmende årsverk.

For å kunne få et sterkt fagmiljø, bør de utvalgte tingrettene som et utgangspunkt ha minst fem dømmende årsverk til behandling av barnesaker. Siden tingretten også skal behandle andre sakstyper, må domstolen være en del større, anslagsvis ti dømmende årsverk. I dag er det bare 14 domstoler som har en slik størrelse. Med det tilskuddet av dommerressurser som vil ligge i at fylkesnemndslederne innlemmes i tingrettene, vil det imidlertid bli noen flere tingretter som tilfredsstillende disse kriteriene. Tatt i betraktning også hensyn til bosetningsmønstre, geografiske avstander og kommunikasjonsmuligheter, antar utvalget at antall tingretter som skal behandle barnesaker bør være klart høyere enn dagens antall fylkesnemnder (12), men betydelig lavere enn dagens antall tingretter (63). Utvalget mener at tallet bør ligge et sted mellom 20 og 30 tingretter, men det er noe ulike syn i utvalget på hvordan de ulike hensynene bør vektlegges. Noen av utvalgsmedlemmene mener at antallet tingretter som behandler barnesaker ikke bør være høyere enn 20 for å sikre de beste muligheter for et sterkt fagmiljø, med organisering i avdelinger eller faggrupper, jf. nedenfor i kapittel 18.3.2. Andre medlemmer mener at andre hensyn tilsier at antallet tingretter bør være nærmere 30, og at man likevel kan sikre et sterkt fagmiljø i de regionaliserte tingrettene.

Ettersom det er mange små domstoler i Norge, vil tingrettene med barnesaker til sammen antakelig disponere en betydelig andel av de samlede tingrettsdommerressursene. Sammen med særskilte kompetansetiltak, jf. kapittel 18.3 nedenfor, vil dette gi et godt grunnlag for å etablere sterke fagmiljø for barnesakene. Samtidig vil det gi fleksibilitet med tanke på utnytting av ressursene.

Hvor mange og hvilke tingretter konkret som skal behandle barnesaker, må vurderes nærmere. Selv om det i utgangspunktet staves ut klare prinsipper for lokaliseringen, vil geografi og demografi kreve unntak og tilpasninger. Målet må være å få til gode løsninger i hele landet, snarere enn at løsningene er helt like alle steder. Foruten de kriteriene for vurderingen som er nevnt ovenfor, bør det også ses hen til hvordan man best kan sikre at den realkompetansen som fylkesnemndene i dag besitter, «følger med» over til de tingrettene som skal behandle barnesakene. Det er nærliggende å anta at dette hensynet vil peke i retning av at de

tingretter som geografisk sett ligger i nærheten av en fylkesnemnd, bør være blant de som skal behandle barnesakene fremover.

Indre Finnmark tingrett har en særskilt kompetanse i dag ved at dommere og saksbehandlere der behersker samisk. Denne tingretten har også bygget opp særskilt kompetanse blant annet om kulturforståelse og språk. Disse kvalifikasjonene vil det fortsatt være behov for, og de er også viktige i saker som gjelder barn. Behovet for kunnskap om samisk, er ett av de forholdene som tilsier at klart definerte prinsipper for utformingen av strukturen ikke vil kunne følges slavisk, men bare kan være et utgangspunkt.

Med fylkesnemndsmodellen vil det være naturlig å ta utgangspunkt i dagens struktur med tolv fylkesnemnder. Ettersom behandlingen av foreldretvist krever noe hyppigere kontakt mellom avgjørelsesorganet og partene, kan det likevel være hensiktsmessig å vurdere å øke antallet noe. Det vil måtte vurderes nærmere hvor mange fylkesnemnder det bør være, og hvor i landet disse bør ligge.

Også med dagens ordning for hvem som behandler hvilke saker, kan det som nevnt være et bidrag til å styrke kvaliteten i behandlingen av foreldretvistene og sakene om overprøving av fylkesnemndas vedtak om tvang etter barnevernloven, å samle disse sakene i bare noen tingretter. Da vil de dommere som fortsatt skal behandle slike saker få flere av dem, og det vil bli grunnlag for sterke fagmiljø. Skal sakstilfanget og det faglige miljøet bli stort nok til at de utvalgte tingrettene kan bli reelle kompetansesentra, må oppgaven konsentreres på relativt få domstoler. På samme måte som i tingrettsmodellen, vil det imidlertid være påregnelig at dommerne skal behandle andre saker i tillegg til barnesakene. Dermed vil antallet utvalgte tingretter kunne være noe høyere enn om det skulle etableres rene barne- og familiedomstoler. Også med en samling av dagens barnesaker i bare noen tingretter, vil det måtte vurderes nærmere hvilke tingretter som bør pekes ut. Sakstilfang, avstand og reisetid vil måtte være sentrale elementer i vurderingen.

18.3 Krav til kvalifikasjoner for dommere eller fylkesnemndsledere som skal behandle sakene

18.3.1 Innledning

Relevant og tilstrekkelig kompetanse hos dem som skal behandle barnesakene, er viktig for å sikre at sakene blir behandlet og avgjort på en god måte.

De senere årene har behovet for fagkunnskap økt som følge av økt forskning og dermed mer forskningsbasert kunnskap både om barns utvikling og behov og skadevirkninger av mangelfull omsorg. Også jussen er blitt mer spesialisert. Dette er en følge både av mer spesialisert lovgivning, den internasjonale utviklingen på området og økt forskning. Selv om det kan oppnevnes sakkyndig og fagkyndighet kan være representert i domstolen eller fylkesnemnda, er det i dag i enda større grad enn tidligere nødvendig at dommere eller fylkesnemndsledere har tilstrekkelig kunnskap om psykologi og barns utvikling, behov og fungering. De må kunne behandle de psykologfaglige og barnefaglige aspektene i en sak, herunder forholde seg kritisk til vurderinger fra sakkyndige og fagkyndige, og stille spørsmål som får frem nyanser. Videre må dommere og fylkesnemndsledere kunne vurdere om en sak om barn er tilstrekkelig opplyst, høre barn på en tilfredsstillende måte, og kunne analysere hvilke følger en avgjørelse kan få for det konkrete barnet. Behandlingen av slike saker fordrer også solid kjennskap til den internasjonale rettsutviklingen når det gjelder barns rettigheter og vernet om familien. Beslutningstakerne må være orientert om ny forskning på området fra svært ulike fagfelt.

For å sikre et tilstrekkelig høyt faglig nivå for de sakene som skal behandles, mener utvalget at det er behov for en form for spesialisering for de juristene som skal behandle barnesakene, enten det er som dommere eller fylkesnemndsledere. En spesialisering kan gå ut på at dommerne eller fylkesnemndslederne gjennomgår en særskilt opplæring, og at de behandler minimum en viss mengde av disse sakene.

Spørsmålet om spesialisering har en viss sammenheng med prinsippene for fordeling av saker internt i den enkelte domstol (gjørne kalt tilfeldigheitsprinsippet). I forbindelse med et arbeid med en lovt teknisk reform av domstolloven, har det vært på høring et forslag til lovbestemmelser som sier noe om saksfordelingen innenfor den enkelte lagmannsrett og tingrett. Forslaget til de aktuelle bestemmelsene lyder:¹³

«§ 3-3. Alminnelige regler om lagmannsrettens virksomhet

(1) Førstelagmannen fordeler sakene mellom avdelingene og treffer bestemmelse om

dommernes tjenestegjøring. Lagmannen fordeler sakene mellom dommerne i avdelingen. Fordeling av saker skal bygge på objektive kriterier som legger til rette for rimelig arbeidsfordeling mellom dommerne og en effektiv bruk av domstolens ressurser. Kongen kan gi nærmere regler om fordelingen av sakene i lagmannsrettene.

§ 4-3. Alminnelige regler om tingrettens virksomhet

(1) Sorenskriveren fordeler saker mellom dommerne og leder tingrettens forretninger. Har sorenskriveren og eventuell nestleder forfall, og det ikke er oppnevnt stedfortreder, skal den eldste av de andre dommerne gjøre tjeneste. Sorenskriveren kan beslutte at en av de faste dommerne skal gjøre tjeneste som domstolleder i forbindelse med kortere fravær. Domstoladministrasjonen kan gi nærmere bestemmelser om ordningen med stedfortreder.

(2) Har tingretten flere avdelinger, fordeler sorenskriveren sakene mellom avdelingene og treffer bestemmelse om dommernes tjenestegjøring. Avdelingslederen fordeler sakene mellom dommerne i avdelingene. Fordeling av saker skal bygge på objektive kriterier som legger til rette for rimelig arbeidsfordeling mellom dommerne og en effektiv bruk av domstolens ressurser.

(3) Har tingretten flere avdelinger, kan sorenskriveren bemyndige avdelingsledere til å utføre de oppgaver som etter andre lovbestemmelser er tillagt sorenskriveren.

(4) Kongen kan gi nærmere regler om fordelingen av sakene i tingrettene.»

Under høringen har justitiarius i Høyesterett uttalt blant annet:

«Dette forslaget er Høyesterett skeptisk til. Det følger av alminnelige saklighetsprinsipper at saker ikke kan fordeles mellom dommere ut fra ønske om et bestemt utfall. Ved fordeling av saker mellom dommerne i tingretten og lagmannsretten bør det imidlertid etter omstendighetene kunne tas hensyn til dommererfaring, fagbakgrunn, spesialkompetanse og personlig egnethet. Dette blir også gjort i dag. Det kreves for eksempel erfaring for å kunne administrere en lagrettesak, og enkelte sakstyper blir vanligvis behandlet av dommere med særlig innsikt i fagområdet. Det ville også være uheldig om det ved tildelingen av saker som forventes å få særlig stor medieinteresse, ikke skulle være anledning til å legge vekt på erfa-

¹³ Forslaget til lovbestemmelser inngår i enmannsutredning 31. oktober 2014 fra Tron Løkken Sundet. Utredningen har vært på høring i regi Justis- og beredskapsdepartementet, med høringsfrist 1. november 2016.

ring og personlig egnethet. Slik lovforslaget er formulert, vil det kunne reises spørsmål om det er adgang til å legge vekt på slike hensyn, og det vil også kunne skape interne konflikter mellom dommerne i de enkelte domstolene.

...

Etter Høyesteretts oppfatning bør det ikke gjelde andre kriterier for fordelingen av saker mellom dommere i tingretten og lagmannsretten enn at fordelingen må bygge på saklige hensyn. Dette er så selvsagt at det bør være unødvendig å si i lovs form.»

Forutsatt at kravene er objektive og saklige, anser ikke utvalget at det er formelle hindringer i veien for å lovfeste krav til en særskilt kompetanse ut over alminnelig dommerkompetanse for dommere som skal behandle barnesaker. Som nevnt mener utvalgets flertall at det bør oppstilles slike krav.

Hvilke kvalifikasjonskrav som mer konkret bør stilles, kan variere noe med de ulike modellene for hvem som skal avgjøre sakene. I det følgende går utvalget nærmere inn på hvilke krav som bør stilles med en tingrettsmodell, siden det er denne modellen utvalget går inn for.

18.3.2 Kvalifikasjonskrav mv. i tingrettsmodellen

Etter utvalgets syn er det nødvendig at dommere som behandler saker om barn har særskilt kompetanse for dette, ut over den generelle dommerkompetansen. Det er sentralt at dommeren har nødvendig faglig kunnskap om barn, psykologi og mennesker i krise. For å sikre dette, er det nødvendig å etablere et opplæringsløp for dommere som skal behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. Man har allerede ansatsen til dette, gjennom introduksjonsprogrammet for nyutnevnte dommere. Også dommere som skal behandle internasjonale barnebortføringssaker, bør gjennomføre samme opplæring. Opplæringen bør bestå av et grunnprogram og jevnlig oppdateringer. Dette vil sikre at de dommerne som behandler barnesaker og internasjonale barnebortføringssaker, i tillegg til sin juridiske utdannelse, har grunnleggende og oppdatert kunnskap om psykologi og barn.

Opplæringen må blant annet gi kunnskap om hvordan foreldres omsorgskompetanse vurderes, barns utvikling, behov og fungering, foreldrekonflikters effekt på barnet, skadevirkninger av å være vitne til eller utsettes for vold, seksuelle overgrep og rusatferd, tilknytningsproblematikk

og ulike typer psykiske lidelser. Videre må opplæringen gi kunnskap om barnerett, teknikker for mekling og konfliktløsning, hvordan høring av barn bør gjennomføres, og betydningen av hva barn uttrykker. Den må også gi innsikt i ulike etniske, religiøse, språklige og kulturelle forhold, herunder urfolksproblematikk. Formålet med opplæringen vil være å gi tilstrekkelig kunnskap til å kunne behandle og avgjøre sakene på en god måte. Det vil være naturlig at Domstoladministrasjonen, i samråd med Den norske Dommerforening, Norsk psykologforening, Advokatforeningen, Barne- ungdoms- og familiedirektoratet, Helse- og omsorgsdepartementet og Barneombudet, fastsetter det nærmere innholdet i opplæringen.

I spørsmålet om opplæringen skal være obligatorisk, har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall. Mindretallets standpunkt er inntatt i kapittel 18.3.3 nedenfor.

Utvalgets *flertall* (utvalgets leder og medlemmene Andersland, Eriksen, Hallgren, Lund, Moen, Otterlei, Ramberg, Riedl, Risnes, Stoltenberg, Torgersen og Torsteinson) går inn for at opplæringen skal være obligatorisk for dommere i tingrettene og lagmannsrettene som skal behandle barnesaker og internasjonale barnebortføringssaker. Et krav om obligatorisk opplæring er nødvendig for å sikre at de dommere som behandler slike saker faktisk har de kunnskapene som samfunnet mener er nødvendig for at sakene skal bli behandlet på best mulig måte. *Flertallet* foreslår ikke at det skal være obligatorisk for alle dommere å gjennomgå en slik opplæring, men at det å gjennomgå opplæringen skal være en betingelse for å kunne behandle foreldretvister, saker om tvang etter barnevernloven og saker om internasjonal barnebortføring. Dette vil bidra til at slike saker behandles av dommere med særskilte forutsetninger for å behandle dem. Kravet bør bestå i at dommere i de to instansene må gjennomgå grunnprogrammet og følge det videre opplæringsløpet for å kunne behandle de nevnte sakene. Ut fra hensynet til dommeres uavhengighet, bør opplæringskravet lovfestes. Ordningen innebærer at det vil være en saksbehandlingsfeil om en barnesak eller en internasjonal barnebortføringssak behandles av en dommer som ikke fyller kvalifikasjonskravene. Det skal fremgå av rettsboken og avgjørelsen at dommeren har en særskilt kompetanse på barnesaker. Alle dommerne i alle instansene vil kunne få tilbud om opplæringen.

I utgangspunktet vil det være domstolleders ansvar å sørge for at det er tilstrekkelig mange dommere ved domstolen som fyller kravene. Samtidig bør Domstoladministrasjonen være en pådriver for at dommere gjennomfører opplærings-

løpet. Domstoladministrasjonen vil ha ansvar for å invitere dommere til de ulike programmene, og føre et nasjonalt register over hvilke dommere som deltar i opplæringsløpet. Et slikt register vil sikre notoritet om hvem som oppfyller kvalifikasjonskravene.

En innvending mot å oppstille særskilte krav til dommere i barnesakene, er at det vil være behov for særskilt fagkunnskap også på andre rettsområder, og at det vil gi et lite fleksibelt system å oppstille slike krav på flere områder. Etter *flertallets* syn står barnesakene likevel i en særstilling, ikke minst fordi det finnes mye relevant forskning og forskningsbasert kunnskap som er av direkte betydning for de avgjørelsene som skal treffes, og fordi avgjørelsene skal bygge på vurderinger av hva som vil være best for barnet i fremtiden. Dette krever vurderinger som er annerledes enn i de fleste andre saker, og der den juridiske metoden kommer mer i bakgrunnen. Videre er det slik at uheldige avgjørelser kan få store konsekvenser for de barna som blir berørt, og vil i noen tilfeller påvirke dem livet ut. Systemet bør derfor sikre at dommere som behandler disse sakene, har tilstrekkelig kompetanse.

Spesialisering er ikke bare et spørsmål om opplæring, men også om erfaring. Et neste spørsmål er derfor om det, i tillegg til nevnte opplæring, bør kreves at dommerne behandler en viss mengde av disse sakene. Både modellen med barne- og familiedomstoler og fylkesnemndsmodellen legger godt til rette for at beslutningstakerne får mye erfaring med å behandle saker om barn. I tingrettsmodellen, hvor dommerne i utgangspunktet er generalister, kan det derimot være nødvendig å sikre at dommerne får tilstrekkelig erfaring på området.

Flertallets utgangspunkt er at en av begrunnelsene for å legge disse sakene til de alminnelige domstolene, er at de da blir behandlet i organer som ikke er spesialiserte, men som behandler rettssaker over et bredt spekter av fagområder. Det er grunn til å tro at denne innretningen av domstolene er en av grunnene til at de nyter stor tillit i befolkningen. Videre vil beslutningstakere med en bred portefølje kunne bringe erfaringer fra andre områder inn i vurderingen av barnesakene, og motsatt bringe barneperspektivet inn i andre saker. En særlig kunnskap om barns behov, kan være en fordel også i andre saker enn de sakene som drøftes her. Dommere som også behandler andre typer saker, vil dessuten lettere kunne se sammenhenger mellom forskjellige rettsområder. I tillegg kommer at det rent menneskelig kan være krevende hele tiden å

behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, og at det gir størst fleksibilitet i utnyttelsen av dommerressursene at den enkelte behandler et spekter av saker. At dommere har en viss bredde i saksporteføljen, kan med andre ord være av betydning både for kvaliteten i dommerhåndverket, og for tilliten til domstolene.

Som nevnt i kapittel 18.2 ovenfor, mener utvalget at barnesakene bør legges til et utvalg av dagens tingretter. I så fall vil barnesakene utgjøre en relativt stor andel av den sivile saksporteføljen i disse tingrettene. Slik domstolstrukturen er i Norge, vil alle lagmannsrettene få disse sakene til behandling. Med krav om en særskilt opplæring for å kunne behandle barnesakene, vil sakene antakelig konsentreres på noen av dommerne.

Med tingrettsmodellen og krav til særskilt opplæring, anser *flertallet* at tingrettsdommere og lagdommere vil få tilstrekkelig erfaring med barnesakene, slik at det ikke er behov for et særskilt krav om behandling av en viss saksmengde. Hvis mange av dommerne i en domstol gjennomgår opplæringen, bør domstolleder vurdere om sakene skal styres til bare noen av dem, slik at de får tilstrekkelig erfaring på området. Det må imidlertid være opp til domstolleder å vurdere dette, ut fra den aktuelle tingretts behov og ulike dommers forutsetninger. Slik *flertallet* ser det, er det viktig at modellen gir tilstrekkelig fleksibilitet, slik at barnesakene for noen dommere kan utgjøre en betydelig andel av den samlede porteføljen, mens de for andre dommere kan utgjøre en mindre andel.

Videre skal utvalget etter mandatet vurdere om det bør opprettes egne avdelinger for barnesakene i tingrettene. Det samlede utvalget mener at organisering som en egen avdeling vil kunne være et godt utgangspunkt for et solid fagmiljø. En egen avdeling vil skape en klar og tydelig identitet innad og utad, og legge til rette for et aktivt barnefaglig miljø i tingretten. I praksis inndeles en domstol i avdelinger bare der domstolen har mer enn 20 dømmende årsverk. For så store domstoler kan det å opprette en avdeling for barnesakene være en god løsning.

På den annen side er det også argumenter som taler imot å opprette en egen avdeling for barnesakene. Inndeling i avdelinger vil kunne gi en lite fleksibel løsning, særlig hvis sakstilfanget varierer. Hvis de dommere som behandler barnesakene ikke inngår i et fagmiljø med andre dommere (og vise versa), vil man miste den positive effekten av at dommere jobber med saker av ulik karakter. Det vil kunne svekke behandlingen av også andre typer saker der barn er berørt.

Et annet alternativ kan være å opprette faggrupper. Faggrupper for barnesakene kan være et egnet redskap for å sikre et aktivt barnefaglig miljø i tingretten, med erfaringsdeling og formidling av generell informasjon på fagområdet. Faggruppen vil også være en egnet arena for internt kompetansearbeid, i tillegg til det obligatoriske kompetanseløpet.

Uansett hvordan man ser på spørsmålet om en egen avdeling eller faggruppe for barnesakene, blir det et annet spørsmål om det bør lovfestes et krav om en slik organisering. Lovfesting vil være en måte å sikre at fagmiljøene etableres og opprettholdes, uavhengig av hvem som er domstolsleder og hvordan ressurs situasjonen er. På den annen side vil en lovregulering gripe inn i forhold som normalt må anses å inngå i ledelsesansvaret for en domstol. Et lovfestet krav om avdeling eller faggruppe vil også kunne slå uheldig ut dersom antallet domstoler som skal behandle barnesaker blir så høyt at de minste av dem vil ha mindre enn 20 dømmende årsverk. Som nevnt ovenfor er det noe delte meninger i utvalget om hvor mange tingretter som bør behandle barnesakene.

Utvalget har ikke kunnet samle seg om en bestemt konklusjon med hensyn til om det bør lovfestes et krav om å opprette egne avdelinger eller faggrupper for barnesakene. Men utvalget mener at hver av de aktuelle tingrettene uansett minimum bør ha en særskilt utpekt fagansvarlig for barnesakene. Den fagansvarlige vil ha et særlig ansvar for å holde seg oppdatert på fagområdet, formidle generell informasjon om fagområdet til de andre dommerne, og drive annet internt kompetansearbeid. Domstolen bør også kommunisere til omverdenen at den aktuelle tingretten behandler barnesaker og har et særskilt fagmiljø for disse sakene. Det er viktig å skape en klar og tydelig identitet for det barnefaglige miljøet både innad og utad. Dette kan gjøres eksempelvis ved å opprette undersider til domstolens nettside med informasjon om behandlingen av barnesaker.

18.3.3 Mindretallets syn på spørsmål om å lovfeste kvalifikasjonskrav mv.

Som nevnt har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall i spørsmålet om opplæringen skal være obligatorisk.

Utvalgets *mindretall* (medlemmet Thorheim) kan ikke slutte seg til forslaget om å lovfeste et særskilt kvalifikasjonskrav (sertifiseringsordning) hva gjelder hvilken kompetanse som skal avkrevnes av tingretts- og lagmannsrettsdommere i barnesakene. Etter *mindretallets* syn trekkes her spe-

sialiseringsskravet vesentlig for langt på bekostning av den generalistdommermodell de alminnelige domstoler er tuftet på. Slik *mindretallet* ser det, er realiteten i flertallets forslag at man nærmest vil opprette «særdomstoler» innenfor de alminnelige domstolene. *Mindretallet* har både prinsipielle og konkrete innvendinger mot flertallets forslag på dette punkt.

Mindretallet har følgende prinsipielle innvendinger: *Mindretallet* tar utgangspunkt at i dag er faglige kvalifikasjonskrav til dommere formelt – etter domstolloven – kun et krav om bestått juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap, jf. domstolloven § 54. Videre heter det generelt i domstolloven § 55 at det til «dommere bør utnevnes personer som tilfredsstillende høye krav til faglige kvalifikasjoner og personlige egenskaper». I vår rettstradisjon bygger de alminnelige domstoler på generalistdommermodellen. Kjernen i dette er enkelt sagt at den enkelte dommer kan pådømme enhver sak som bringes inn for domstolen. Tildelingen av saker skjer etter et «tilfeldighetsprinsipp». Som utvalget påpeker i del II kapittel 3.4.3, har nok utviklingen gått i retning av en viss spesialisering innenfor enkelte sakstyper (konkurs, entrepriser, skatterett, barnelov mv.), en viss spesialisering knyttet til prosessformer (skifteprosess, småkravprosess mv.) samt innenfor stadier under saksbehandlingen (rettsmekling mv.). Men det har tradisjonelt vært bred enighet om godheten av at dommerne arbeider som generalister og får til behandling saker fra alle saksområder. Dette har vært ansett som viktig og nødvendig for befolkningens tillit til domstolene og for domstolenes kvalitet ved at dommerne ved dette får en bred og variert innsikt i de forhold som underlegges domstolsbehandling. Det er på denne bakgrunn at *mindretallet* mener at flertallets forslag rokker vesentlig ved den generalistmodell de alminnelige domstoler er tuftet på. *Mindretallet* anser dette prinsipielt meget betenkelig. Etter *mindretallets* vurdering er generalistmodellen ved flertallets forslag for de utvalgte domstoler som skal behandle barnesakene nærmest forlatt hva gjelder de sivile saker. For disse domstolene vil barnesakene utgjøre en betydelig del av den sivile saksporteføljen – anslagsvis over en tredjedel – og disse skal i følge flertallets forslag kun kunne behandles av særskilt spesialiserte (sertifiserte) dommere, så vel i tingrett og lagmannsrett.

Slik *mindretallet* ser det, vil det å introdusere et sertifiseringskrav i barnesaker gi ulikeartede krav til dommerkompetanse, som ikke umiddelbart fremstår som rasjonelt. Under henvisning til

flertallets skissering av innholdet i kvalifikasjonskravene i punkt 18.3.2, vil *mindretallet* kort eksemplifisere dette: For det første skal sertifiseringskravet blant annet knytte seg til kunnskap om «ulike typer psykiske lidelser». Dommeren skal dermed ha sertifisering knyttet til dette temaet i en barnesak, mens når samme dommer skal behandle en sak knyttet til tvang etter psykisk helsevernloven, stilles ikke et slikt kvalifikasjonskrav. For det annet skal sertifiseringskravet også knytte seg til kunnskap om «skadevirkninger av å være vitne til eller utsettes for vold, seksuelle overgrep og rusatferd». Dommeren skal ha sertifisering knyttet til disse temaene i en barnesak, mens når samme dommer skal behandle en straffesak som involverer barn, stilles det ikke et slikt sertifiseringskrav. Tilsvarende eksempelvis knyttet til temaet «høring av barn»; sertifiseringskrav i en barnesak, men ikke ved høring av barn i straffesak eller utlendingssak. Og endelig for eksempel sertifiseringskrav knyttet til «teknikker for mekling og konfliktløsning» i barnesak, mens intet slikt krav knyttet til rettsmekling for øvrig.

Flertallet har især vektlagt at innenfor barnesakenes område har behovet for fagkunnskap økt som følge av økt forskning og dermed mer forskningsbasert kunnskap knyttet til barns utvikling mv., se kapittel 18.3.1. *Mindretallet* er ikke uenig i at behovet for fagkunnskap har økt. Imidlertid vil *mindretallet* påpeke at det også for en rekke andre saks kategorier – sivile- og strafferettslige – med tyngde kan argumenteres med at det er behov for, eller i hvert fall ønskelig med, en særlig faglig kompetanse. *Mindretallets* eksemplifisering overfor illustrerer nettopp dette. Videre vil det nok også være slik at for en rekke andre saks kategorier vil tilkomme «forskingsbasert kunnskap» som vil stille krav til økt fagkunnskap for dommerne. Slik *mindretallet* ser det, vil dermed en lovfesting av et særskilt kvalifikasjonskrav for dommere i barnesakene innebære ulikeartede kvalifikasjonskrav som *mindretallet* ikke kan se at det er tilstrekkelig grunnlag for.

For *mindretallet* fremstår det også som et paradoks at det skal være nødvendig med et slikt lovfestet kvalifikasjonskrav opp mot dommere i de alminnelige domstoler hva gjelder behandling av barnesaker – herunder barnevernsaker – mens det for den någjeldende forvaltningsmodell med fylkesnemndene for eksempel ikke er knesatt noen slike kvalifikasjonskrav i lovs form. Etter flertallets forslag skal forutsetningsvis en betydelig andel av de aktuelle dommeres portefølje bestå av barnesaker, slik at disse vil være på et meng-

denivå som ikke i vesentlig grad vil skille seg fra det mengdenivå fylkesnemndslederne er på i dag.

Mindretallet vil ikke unnlate å påpeke at flertallets forslag – dels gjennom det lovfestede kvalifikasjonskrav og dels ved de føringer som legges på det omfang barnesakene skal utgjøre for den enkelte spesialiserte dommere – vil få en egen kategori tingrettsdommere som i det vesentligste eller i betydelig grad kun skal behandle barnesaker. Det må vel især antas å gjelde de 74 fylkesnemndsledere som etter flertallets forslag skal utnevnes til tingrettsdommere. En slik type spesialiserte tingrettsdommere er i strid med vår generalistdommermodell og den innretning de alminnelige domstoler har i dag. *Mindretallet* mener dette er sterkt uheldig.

Flertallet har understreket at en lovfesting av kvalifikasjonskrav til dommere som skal behandle barnesaker, ikke trenger å bety at man bør gå samme vei innenfor andre rettsområder, se kapittel 18.3.2. *Mindretallet* mener for sin del at det er behov for en nærmere utredning og helhetstankgang før man i lovgivningen eventuelt gjennomfører en slik vesentlig endring av generalistdommermodellen som flertallets forslag representerer. *Mindretallet* antar at det er naturlig at den varslede domstolkommisjonen vurderer disse prinsipielle spørsmål i sin fulle bredde – hvilke strukturløsninger man vil ha, hvilken organisering og hvilke krav til spesialisering man bør stille ved en vurdering av innholdet i fremtidens dommerrolle ved de alminnelige domstoler.

Mindretallet har videre følgende konkrete innvendinger mot flertallets forslag:

Mindretallet er enig i at kun utvalgte tingretter av en viss størrelse bør behandle barnesakene, se utvalgets drøftelser i kapittel 18.2, knyttet til behovet for sterkt fagmiljø. Videre er *mindretallet* enig i at dommeren må ha en tilstrekkelig fagkunnskap innenfor barnelov- og (især) barnevernssakene. *Mindretallet* ser imidlertid annerledes på hvilken grad av spesialisering som bør avkrefes opp mot disse sakene.

Etter *mindretallets* syn, er det tilstrekkelig med en moderat spesialisering knyttet til barnesakene i tingrettene, og ved dette mener *mindretallet* at spesialiseringsandelen ikke bør overstige anslagsvis 25 % av det samlede dommerårsverk for den aktuelle dommeren. Flertallet gir ingen konkretisering av hvor stor mengde av disse sakene dommerne skal behandle, men flertallets premisser tilsier at det er betydelig mer omfattende enn en slik moderat spesialisering. *Mindretallet* mener at det i tillegg bør legges opp til rotasjon mellom dommerne som pådømmer disse

sakene. Ved dette sikres både generalistholdningen samt den nødvendige spesialiseringen opp mot barnesakene. *Mindretallet* legger til grunn at det å ta hensyn til moderat spesialisering ved tildelingen av barnesakene, vil være et saklig hensyn og derfor forenlig med vanlige prinsipper for sakstildeling i tingrettene.

Mindretallet vil for sin del bemerke at den domstolsbehandling som barnelovssakene og barnevernssakene i dag underlegges ved de alminnelige domstoler, etter *mindretallets* vurdering er kvalitativt god og sikrer rettsikkerheten for barna som er involvert. Når det etter forslaget til dette utvalg foreslås at kun et utvalg av større tingretter skal behandle disse sakene, vil denne rettsikkerheten styrkes ytterligere ved den spesialisering som alene ligger i de aktuelle domstolene vil få et betydelig antall flere slike saker til behandling. Mengdemessig vil man klart være på et spesialiseringsnivå.

Mindretallet har også – som nevnt – et avvikende syn på hvordan man skal sikre den nødvendige kunnskapen hos dommeren. Etter *mindretallets* syn er ikke rettsstoffet innenfor barnesakene spesielt komplisert eller ukjent. Behovet for kunnskap ligger på et annet plan: *Mindretallet* er enig med flertallet at det er sentralt at dommeren har nødvendig faglig kunnskap om barn, psykologi og mennesker i krise. *Mindretallet* for sin del viser til at det innenfor domstolene de senere år har vært en betydelig kompetanseutvikling knyttet til barnesakene, se om dette i kapittel 15.1. Flere domstoler har også initiert moderat spesialisering i disse sakene. Slik *mindretallet* ser det, har de fleste dommere allerede de nødvendige forutsetninger for å kunne behandle barnesakene. Imidlertid er det påkrevd ved en slik reform som det utvalget foreslår, at Domstoladministrasjonen initierer grunnkurs og videreutdanning. Som for behandlingen av barnelovssakene er det naturlig at det utarbeides en nasjonal veileder for behandlingen av barnevernssakene. Den enkelte domstolleder i de tingretter som skal behandle barnesakene må besørge at domstolens dommere som skal behandle disse sakene har tilegnet seg en adekvat og forsvarlig plattform kunnskapsmessig. Tildelingen av barnesakene må ta hensyn til om vedkommende dommer har den nødvendige fagkunnskapen om barn.

Uavhengig av om en lovfester et sertifiseringskrav eller ikke, vil kjernen like fullt være den enkelte dommers personlige egnethet og faglige ballast tilegnet gjennom virket som generalistdommer og gjennom behandling av en tilstrekkelig mengde barnesaker. Et grunnkurs og påbyg-

ningskurs rokker ikke ved dette – det gir ikke i seg selv noen fullverdig kompetanse. En slik kompetanse oppnås – etter mindretallets syn – gjennom en generalistdommererfaring og en spissing opp mot barnesakene ved å behandle et tilstrekkelig antall slike saker gjennom moderat spesialisering.

Mindretallet vil også fremheve at retten i barnevernssakene vil settes med en fagkyndig meddommer (i tillegg til lekdommer), jf. tvisteloven § 36-4 første ledd (etter dagens regler). Hertil kommer at retten tilføres sakkyndighet gjennom sakkyndige vitner og ved sakkyndige rapporter. Også i barnelovssakene oppnevnes det regelmessig sakkyndige. Dermed sikres også rettsikkerheten ved at både barnelovssakene og barnevernssakene behandles med et betydelig innslag av barnefaglig kompetanse som ledd i den alminnelige domstolsbehandlingen.

Det er etter *mindretallets* syn ikke nødvendig med en spesialisering i lagmannsrettene – verken i form av flertallets forslag til lovfestet kvalifikasjonskrav eller mindretallets forslag om moderat spesialisering (i tingrettene). Lagmannsrettene er en ankeinstans – og denne rollen er ytterligere spisset gjennom tvistelovsreformen. Etter *mindretallets* syn er det på denne bakgrunn ikke ønskelig med spesialiseringskrav overfor lagdommerne, selv om andelen barnevernssaker som må antas å komme til ankebehandling vil øke, se for øvrig kapittel 18.7. *Mindretallet* vektlegger også at det nok vil by på atskillige organisatoriske utfordringer å gjennomføre en slik spesialisering i lagmannsrettene.

Sammenfatningsvis foreslår derfor *mindretallet* på denne bakgrunn at de nødvendige spesialiseringstiltak i barnesakene gjennomføres ved moderat spesialisering i tingrettene og med en rulleringsordning for dommerne. Denne moderate spesialiseringen i barnesakene må gjennomføres ved samtlige av de tingretter som skal behandle disse sakene.

18.4 Bevaring av kompetansen i fylkesnemndene og domstolene

De profesjonelle aktørene er samstemte om at fylkesnemndene gjennomgående har god kompetanse, både for de barnefaglige og de rettssikkerhetsmessige sidene, ved behandling av saker om tvang etter barnevernloven. Også domstolene besitter god kompetanse som ikke nødvendigvis finnes andre steder. Utvalget ser det som helt sentralt at den kompetansen på barnesaker som ligger i tingrettene og fylkesnemndene i dag, beva-

res. Dersom denne kompetansen skulle gå tapt i en omorganisering, vil det kunne ta lang tid å bygge den opp igjen. Dette vil kunne få alvorlige skadevirkninger for mange barn i mellomtiden. Faren for å miste denne kompetansen er et vesentlig argument mot å nedlegge fylkesnemnder eller tingretter, og kun legge de respektive sakene til et nytt avgjørelsesorgan for barnesakene. Det er derfor viktig å finne løsninger som gjør at kompetansen kan beholdes og legges inn i fagmiljøer som også er robuste over tid.

Organisatoriske sammensmeltinger og flytting av oppgaver mellom organer krever omdisponering av ressurser. Hvordan en prosess med endring skal gjennomføres, må utmeisles i kontakt med blant annet Domstoladministrasjonen og Sentralenheten for fylkesnemndene, og det er ikke naturlig at utvalget går detaljert inn på dette. Det overordnede bør hele tiden være hensynet til de som er involvert i foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, og da særlig barn. Dette tilsier at det bør legges stor vekt på å bevare den kompetansen på barnesaker som ligger i tingrettene og fylkesnemndene i dag. Arbeidsrettslige konsekvenser for dommere, fylkesnemndsledere og andre ansatte i domstolene og fylkesnemndene bør være underordnet, men løsningene må være i samsvar med Grunnloven, forpliktelser etter internasjonale konvensjoner og det arbeidsrettslige avtaleverket.

Skulle man gå inn for å opprette barne- og familiedomstoler, ville det kunne gjennomføres på forskjellige måter. Domstolene kan etableres på grunnlag av ressursene som finnes i fylkesnemndene, eller det kan etableres en helt ny organisasjon. For å kunne bevare kompetansen i fylkesnemndene, mener utvalgets *flertall* (utvalgets leder og medlemmene Andersland, Eriksen, Lund, Moen, Otterlei, Ramberg, Riedl, Risnes, Stoltenberg, Torgersen og Torsteinson) at man bør ta utgangspunkt i dagens fylkesnemnder, og utnevne fylkesnemndslederne til dommere i særdomstolen. Videre bør dommere ved tingrettene som ønsker det, kunne følge med til barne- og familiedomstolene så langt særdomstolens og tingrettens behov tilsier det. Overflytting av tingrettsdommere til en slik domstol uten samtykke fra den enkelte, kan støte an mot Grunnloven § 22 om uavsettelige embetsmenn. Uansett vil ikke all den kompetansen som tingrettene besitter med å behandle foreldretvister kunne følge med til de nye barne- og familiedomstolene. Fylkesnemndene i dagens fasong og Sentralenheten for fylkesnemndene vil i en slik modell avvikles, siden det

bør være felles administrasjon for en slik særdomstol og de alminnelige domstolene.

Heller ikke med tingrettsmodellen skal fylkesnemndene videreføres. Fylkesnemndene kan tenkes nedlagt og nye dommere rekruttert til tingrettene, som to adskilte prosesser. Dette vil medføre en stor risiko for at mye av kompetansen i fylkesnemndene vil gå tapt. Det samme *flertallet* mener derfor at det vil være en bedre fremgangsmåte å innlemme fylkesnemndene i de tingrettene som skal behandle barnesaker. En slik fremgangsmåte vil antakelig være den som best sikrer at fylkesnemndenes realkompetanse knyttet til barnevernsaker følger med over til tingrettene. I tillegg vil den kompetansen knyttet til barnesaker som finnes i tingrettene i dag, kunne beholdes. Med den vekt som utvalget legger på faglig spesialisering for å behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, er det å beholde den kompetansen man i dag har opparbeidet i fylkesnemndene og tingrettene etter *flertallets* syn et meget tungtveiende hensyn.

Tingrettene vil med denne løsningen få tilført en rekke nye dommerårsverk. Mange av dem vil være nødvendige for å behandle økningen i saksmengden som følge av at tingrettene skal behandle saker om tvang etter barnevernloven i første instans. Samtidig vil mange saker falle bort som følge av at tingrettene ikke lenger skal være overprøvingsinstans i tvangssaker. Dette vil føre til et behov for nye dommerårsverk i lagmannsrettene. Ved å se årsverkene i sammenheng og å bruke de midlertidige dommerfullmektigstillingene som en «buffer» i en overgangsperiode, antar *flertallet* at en innlemmelse av nemndslederstillingene i domstolsapparatet også er den løsningen som vil ha færrest økonomiske og administrative konsekvenser, se redegjørelsen i kapittel 22 nedenfor.

Det følger av domstoloven at dommere til tingrettene skal utnevnes som embetsmenn av Kongen etter Grunnloven § 21. Kongens rett etter Grunnloven til å utnevne embetsmenn betraktes fortsatt som en reell enerett (for Kongen i statsråd).¹⁴ Med mindre Grunnloven endres, kan det derfor ikke være aktuelt å gi en lovbestemmelse om at fylkesnemndslederne skal anses som tingrettsdommere, eller som pålegger Kongen å utnevne dem. Samtidig gir domstoloven §§ 55 a flg. regler for hvordan Kongen skal gå frem ved utnevning av dommere. Av bestemmelsene fremgår det blant annet at Innstillingsrådet for dommere skal forberede saken og

¹⁴ Andenæs og Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 10. utgave, 2006, kapittel 38.2 side 277.

som regel innstille tre kvalifiserte søkere. En avgjørelse fra Kongen om at fylkesnemndslederne som sådan utnevnes til dommere, forutsetter at domstolslovens regler om fremgangsmåten ved dommerutnevning kan fravikes. Utvalgets *flertall* antar at både de reelle fordelene som vil ligge i å kunne integrere fylkesnemndslederne i tingrettene og de rettslige skrankene og forpliktelsene som nå er beskrevet, kan ivaretas ved at det gis en lovbestemmelse som fastslår at Kongen *kan* utnevne fylkesnemndsledere til tingrettsdommere uten å følge den fremgangsmåten for utnevning av dommere som er fastsatt i domstoloven §§ 55 a til 55 i. Juridisk sett vil Kongen da ha en valgfrihet med hensyn til om adgangen skal benyttes. Bestemmelsen vil være en særskilt bestemmelse om gjennomføringen av endringen, med virkning frem til alle fylkesnemndslederne er utnevnt eller ute av stillingen av andre grunner.

Domstoloven §§ 53-54 oppstiller enkelte krav til den som skal utnevnes som dommer. Blant annet må vedkommende være norsk statsborger, ha nådd en viss minstealder, og ha juridisk embetseksamen eller master i rettsvitenskap. Videre må dommere være «vederheftige», det vil si at de ikke skal være insolvente.¹⁵ For fylkesnemndsledere følger det av barnevernloven § 7-2 at de skal oppfylle kravene til dommere. Med barnevernlovens regel bør ikke de nevnte bestemmelsene i domstoloven stå i veien for å kunne utnevne fylkesnemndsledere til dommere. Forutsetningen er likevel at fylkesnemndslederne fortsatt fyller disse kravene.

Både Grunnloven og ulike menneskerettskonvensjoner krever at domstolene skal være uavhengige. EMD har i sin praksis knyttet uavhengighetskravet til blant annet utnevningssprosedyren for dommere. EMD har ikke ansett det å være i strid med EMK artikkel 6 at dommere utnevnes av den lovgivende eller utøvende makt, forutsatt at utnevningen er saklig og basert på en betryggende prosedyre.¹⁶ European Charter on the statute for judges, som ikke er folkerettslig bindende, anbefaler at det opprettes et organ, uavhengig av den utøvende og den lovgivende makt, som skal kunne medvirke ved alle avgjørelser om utnevning av dommere.¹⁷ Det anbefales at avgjørelsen treffes av det uavhengige organet, eller at avgjørelsen – dersom ordningen er at utnevning

skal foretas av den lovgivende eller utøvende myndighet – skal treffes på grunnlag av en innstilling eller lignende fra det uavhengige organet. Også en rekommandasjon fra Europarådet anbefaler som utgangspunkt at det organet som utnevner dommere, skal være uavhengig av den utøvende makt.¹⁸ Hvis ordningen i en stat er at dommere utnevnes av den utøvende makt, ligger det i rekommandasjonen at det bør innføres ordninger som sikrer at utnevningssprosessen i praksis gjennomføres på en uavhengig, upartisk og åpen måte. Ved utformingen av domstollovens regler om utnevning av dommere ble det sett hen til de internasjonale anbefalingene.¹⁹

Fylkesnemndslederne er ikke tilsatt etter samme prosedyre som dommere. Det vil derfor ikke være helt på linje med de internasjonale anbefalingene å utnevne fylkesnemndslederne uten at den enkelte av dem er pekt ut gjennom den prosedyren som domstoloven krever. Siden anbefalingene ikke er bindende, utgjør de imidlertid ikke et rettslig hinder.

Den sentrale begrunnelsen for en ordning med at fylkesnemndsledere skal kunne utnevnes til dommere uten grunnlag i den prosessen for dommerutnevning som ligger i domstoloven, vil være at tiltaket legger til rette for å få fylkesnemndsledernes erfaring med å avgjøre saker om tvang etter barnevernloven, med inn i tingrettene når denne oppgaven overføres dit fra fylkesnemndene. Et motargument mot en slik løsning er at det er av stor samfunnsmessig betydning å ha faglig kvalifiserte dommere som utøver myndigheten på uavhengig basis, og som også ellers er godt egnet for stillingen. Fylkesnemndsledere er ikke de eneste som er kvalifisert for dommerstillingene. Også fylkesnemndslederne er imidlertid tilsatt etter konkurranse, i en prosess med krav til saklighet og der den best kvalifiserte skal velges, og med et grunnkrav om at de skal fylle kravene for å være dommer. Forslaget innebærer at fylkesnemndslederne etter innlemmelsen vil være regulære dommere, med kompetanse til å behandle også andre saker enn barnesaker. I hvilken utstrekning de skal behandle andre saker må bli opp til domstollederen å avgjøre, ut fra en vurdering av den enkeltes kom-

¹⁵ Anders Bøhns kommentarer til domstoloven § 53 første ledd i Norsk lovkommentar.

¹⁶ Se blant annet EMDs avgjørelser i *Sacilor-Lormines mot Frankrike* (65411/01) avsnitt 67 og *Campbell og Fell mot Storbritannia* (7819/77) avsnitt 77–82.

¹⁷ European Charter on the statute for judges, 1998, punkt 1.3 og 3.1. Dette dokumentet er utarbeidet på en internasjonal konferanse i Strasbourg i regi av Europarådet 8.–10. juli 1998, men er ikke formelt vedtatt av Europarådet.

¹⁸ Europarådets rekommandasjon om Independence, efficiency and responsibilities, R (2010) 12, punkt 46–47.

¹⁹ NOU 1999: 19 *Domstolene i samfunnet*, kapittel 4.2 side 51–59 og kapittel 7.5.2 side 260–261 og Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) kapittel 4.2 side 34–37.

petanse og embetets behov. På denne bakgrunnen, og fordi ordningen ikke skal være en permanent måte å rekruttere dommere på, mener utvalgets *flertall* at det vil være hensiktsmessig å legge til rette for at fylkesnemndsledere kan utnevnes til dommere uten den prosedyren med utlysning og innstilling som ligger i domstolloven.

Utvalgets *mindretall* (medlemmene Hallgren og Thorheim) kan ikke slutte seg til forslaget om at de nåværende fylkesnemndslederne skal utnevnes til tingrettsdommere. *Mindretallet* foreslår at det behov de tingretter som utpekes til å behandle barnesakene vil ha for nye dommerressurser – herunder dommere med særlig kompetanse knyttet til barnevernssaker – bør dekkes gjennom de ordinære regler for utnevning av dommere, jf. domstolloven § 55 a flg.

Tradisjonelt sett har det vært ansett som særlig viktig at dommere rekrutteres på en bredest mulig juridisk yrkesmessig bakgrunn. I praksis har man anlagt en bred sammensatt vurdering av de faglige kvalifikasjoner samt at det oppstilles særlige krav til dommers personlige integritet, herunder personlige egenskaper og livserfaring. Det såkalte kvalifikasjonsprinsippet ligger til grunn for Innstillingsrådets vurderinger og innstillinger.

Mindretallet bemerker at flertallets forslag innebærer at gjeldende lovfastsatte ordning for dommerutnevninger skal fravikes for et betydelig antall nye dommerstillinger. I dag er det cirka 380 faste dommerstillinger i tingrettene, mens det er 74 fylkesnemndsledere. Etter flertallets forslag skal disse inkorporeres i tingrettene, hvilket reelt sett vil medføre en økning i antall tingrettsdommere med i underkant av 20 %.

Etter *mindretallets* syn kan ikke en utnevning av de aktuelle fylkesnemndsledere til alminnelige tingrettsdommere forsvares prinsipielt. Den fremgangsmåte som flertallet foreslår rokker vesentlig ved de kvalitative krav lovgivningen fastsetter for utnevning av dommere, og er også i strid med internasjonale anbefalinger. *Mindretallet* for sin del kan ikke se at den begrunnelse som flertallet gir for dette, kan begrunne en slik tilsidesettelse av den lovfastsatte fremgangsmåte for dommerutnevninger.

Mindretallet ser også – som flertallet – at det er et behov for å styrke den barnevernfaglige kunnskap i de tingretter som utpekes til å behandle disse sakene. Imidlertid mener *mindretallet* at dette behovet kan dekkes gjennom de vanlige regler for dommerutnevninger. Ved den

omfattende utlysningsprosess som må foretas, vil det være full anledning – og påkrevd – å legge vekt på de aktuelle domstolenes behov for å styrke den barnevernfaglige kompetansen.

18.5 Bør foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven kunne forenes til felles behandling?

18.5.1 Innledning

Ett og samme barn kan være «gjenstand» både for en foreldretvist for tingretten og en barnevernsak for fylkesnemnda. Etter dagens regler kan ikke en foreldretvist for tingretten og en barnevernsak for fylkesnemnda forenes til felles behandling ett av stedene. Heller ikke om det etableres et felles avgjørelsesorgan for disse sakene, vil slike saker automatisk kunne forenes til felles behandling. Med et felles avgjørelsesorgan, vil det være naturlig å avklare uttrykkelig i loven om foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven skal kunne forenes. I kapittel 18.5.2 gjennomgår utvalget en del sentrale argumenter av betydning for spørsmålet om forening. Kapittel 18.5.3 går nærmere inn på en del av de spørsmålene som må avklares dersom behandlingen skal kunne forenes.

Spørsmålet om en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven kan – eller bør kunne – forenes til felles behandling, oppstår ikke bare med en ny ordning der sakene starter i samme avgjørelsesorgan. Det er aktuelt også innenfor dagens ordning, typisk når en foreldretvist og et krav om overprøving av fylkesnemndas tvangsvedtak etter barnevernloven står til behandling samtidig i tingretten eller lagmannsretten. Som nevnt i kapittel 11.1.13 ovenfor, synes det ikke å være åpning for å forene behandlingen av kravene eller sakene i tingrettene eller lagmannsrettene i dag.²⁰ I kapittel 18.5.4 går utvalget noe nærmere inn på spørsmålet om sakene bør kunne forenes innenfor dagens ordning.

En grunnleggende forutsetning for at det kan være aktuelt med forening av saker, må være at det organet som behandler sakene, anser dette som en hensiktsmessig behandlingsmåte i det konkrete tilfellet. Utvalget anser det således ikke aktuelt å foreslå regler som *pålegger* domstolen eller fylkesnemnda å forene saker.

²⁰ I Høyesterett er det adgang til å forene foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, jf. Rt. 1994 side 1105.

18.5.2 Sentrale argumenter for og imot forening til felles behandling

Både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven gjelder barnets omsorgssituasjon. Både fordi sakene reelt sett gjelder de samme forholdene, og fordi utfallet av den ene saken kan være avgjørende eller sentralt for utfallet av den andre, tilsier både hensynet til barnet og prosessøkonomiske grunner at sakene bør kunne forenes til felles behandling. Forening vil gi bedre mulighet for en helhetlig behandling av barnets situasjon, og kunne spare de involverte for gjentatte prosesser. Det er først ved forening av sakene at man fullt ut kan få grep om hele omsorgssituasjonen. Særlig vil forening kunne være fornuftig i saker der bevisførselen helt eller delvis vil være den samme i begge sakene.

Det ligger i ulikhetene som henholdsvis en privatrettslig og en offentligrettslig sak, at en foreldretvist og en barnevernsak ikke har de samme partene. Forening av saker innebærer i praksis at alle opplysningene i sakene blir kjent for alle parter. Forening vil derfor blant annet bety at barneverntjenesten kan få innsyn i alle deler av foreldretvisten, og at en forelder, som ikke er part i en sak om tvang etter barnevernloven, kan få innsyn i alle opplysningene i saken. I dette ligger at opplysninger – herunder av personlig karakter – spres til flere enn om sakene behandles adskilt.²¹ I praksis kan dette blant annet innebære en fare for at en eller begge sakene ikke blir så godt opplyst som den ellers ville blitt, fordi partene holder tilbake opplysninger. Både private parters behov for vern mot spredning av opplysninger av personlig karakter og hensynet til en god opplysning av sakene, kan således tilsi at en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven ikke bør kunne forenes til felles behandling. Tyngden av disse argumentene reduseres imidlertid noe ved at det i mange tilfeller innhentes opplysninger fra barnevernet også til bruk i foreldretvister, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 6 og § 61 a. Som det fremgår av kapittel 20.5 nedenfor, har barneverntjenesten dessuten allerede i dag en viss innsynsrett, til dels også i relativt sensitive opplysninger. Et helt «vanntett skott» mellom opplysninger i foreldretvister og barnevernsaker er det således uansett ikke. Etter utvalgets syn bør de positive sidene for barn og foreldre ved at sakene kan

behandles samlet, generelt veie tyngre enn den ulempen for partene som ligger i at opplysningene i sakene spres til flere. Barneverntjenesten vil ha taushetsplikt for opplysninger fra en foreldretvist på samme måte som for opplysninger tilkommet på annen måte.

En annen innvending mot forening til felles behandling, er at dette kan bidra til en utvisking av skillene mellom foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. De to sakstypene er ulike blant annet med hensyn til hvilken råderett partene har over kravene i saken. Et utslag av dette er at mekling er sentralt i mange foreldretvister, mens det ikke er aktuelt med mekling i tradisjonell forstand i saker om tvang etter barnevernloven. Også i barnevernsaker kan det være fordeler ved enighet mellom partene. Det er imidlertid prinsipielt betenkelig å gjennomføre mekling i tvangssaker, blant annet fordi barneverntjenesten og de private partene ikke kan anses som likestilte parter i slike saker, og at de private partene lett kan oppfatte seg å være i en situasjon uten reelle valgmuligheter. Ved en felles behandling av en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven vil det kunne være vanskelig å trekke grensen for hvor langt man bør gå i samtaler mellom partene. Så lenge den dommer eller fylkesnemndsleder som leder prosessen selv holder oppmerksomheten mot forskjellene i sakstypene, og understreker disse også overfor partene og andre aktører, er det imidlertid ikke noe i veien for at det kan samtales om ulike løsninger. Etter utvalgets vurdering bør ikke disse utfordringene stå i veien for en avgjørelse om forening til felles behandling i tilfeller der sakene ellers ligger til rette for det.

18.5.3 Forening av saker i en ny ordning med et felles avgjørelsesorgan

Både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven gjelder barnets omsorgssituasjon, og i hovedsak behandles sakene etter de samme sivilprosessuelle prinsippene. Både barnelova og barnevernloven har riktignok særregler som avviker fra de alminnelige reglene. Og mens mekling er sentralt i mange foreldretvister, er mekling i tradisjonell forstand som nevnt ikke aktuelt i saker om tvang. Samtidig er det nylig åpnet for forsøk med samtaleprosess i barnevernsaker, og det kan være en fordel å kunne samtale om ulike løsninger for alle spørsmål som gjelder barnet. Reelt sett er ikke forskjellen på de to kategoriene saker nødvendigvis så stor at den bør stå i veien for forening ved behandling av et avgjørelses-

²¹ Om det er adgang til dette i dag er noe usikkert. I LB-2014-136393 ble det lagt til grunn at det ikke var feil å forene to saker til felles behandling, selv om dette kunne medføre en spredning av sensitive opplysninger.

organ som har begge sakene innenfor sin jurisdiksjon.

En markert forskjell mellom de to kategoriene saker under dagens ordning, er at fylkesnemnda normalt består av én fylkesnemndsleder, ett medlem fra et alminnelig utvalg og ett medlem fra et fagkyndig utvalg, mens tingretten i foreldretvister i utgangspunktet kan settes med én juridisk dommer, med mulighet for oppnevning av alminnelige eller fagkyndige meddommere. Dersom det skal åpnes for å forene behandlingen av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i et felles avgjørelsesorgan, vil det således måtte vurderes hvordan avgjørelsesorganet skal være bemannet i den enkelte sak. Etter utvalgets syn vil det mest nærliggende være en hovedregel om at avgjørelsesorganet skal bestå av én jurist, én fagkyndig og én lekperson.

En annen iøynefallende problemstilling, er i hvilken utstrekning partene skal ha rett til fri rettshjelp ved en forening av en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven. Etter dagens ordning har de private partene i en barnevernsak for fylkesnemnda rett til fri sakførsel uten behovsprøving, jf. rettshjelploven § 17 tredje ledd nr. 2. I foreldretvister kan fri sakførsel bare innvilges til den som har inntekt og formue under bestemte grenser fastsatt av departementet, jf. rettshjelploven § 16 andre ledd, jf. § 11 andre ledd nr. 1, og det skal betales en egenandel. En mulighet er å fastholde dagens ordning, slik at det foretas en forholdsmessig fordeling av kostnadene på de ulike sakene. En annen mulighet er å fastsette like vilkår for retten til fri rettshjelp. Et tredje alternativ er at partene gis fri rettshjelp til hele sakskomplekset i de tilfellene sakene blir forent. Etter utvalgets syn vil det være mest nærliggende at det foretas en forholdsmessig fordeling av kostnadene. Dette vil være mest i tråd med dagens regelverk, og således den løsningen som best ivaretar de ulike hensyn slik de hittil er vurdert.²²

Reglene om bevis er noe forskjellige i foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. For fylkesnemnda kommer ikke reglene i tvisteloven § 21-4 om partenes sannhets- og opplysningsplikt, og tvisteloven kapittel 23 om partenes møte- og forklaringsplikt, til anvendelse, jf. barnevernloven § 7-17 første ledd. Bakgrunnen for dette er at en barnevernsak normalt vil innebære en betydelig belastning for de private parter,

og at de dermed ikke skal ha forklaringsplikt eller plikt til å bidra til sakens opplysning.²³ I foreldretvister kommer de nevnte reglene i tvisteloven til anvendelse på vanlig måte. Skal sakene kunne forenes, må det vurderes om de samme reglene skal gjelde for begge sakstypene, eventuelt kanskje bare delvis.

Etter utvalgets syn er det gode grunner for unntakene fra de alminnelige prosessreglene i saker om tvang etter barnevernloven. Partenes rettigheter i en barnevernsprosess bør videre ikke påvirkes av om det samtidig pågår en foreldretvist for samme avgjørelsesorgan, siden dette vil kunne gi tilfeldige utslag. Utvalget legger til grunn at dagens regler om bevis mv. i sakene om tvang etter barnevernloven bør videreføres, også for tilfeller der en sak forenes til felles behandling med en foreldretvist. Samtidig er det neppe en god løsning å gjøre unntak fra disse reglene i foreldretvister, blant annet fordi det vil kunne gjøre det vanskelig å få saken tilstrekkelig opplyst. Den beste løsningen synes likevel å være at de private partene ved forening av saker ikke vil ha sannhets-, opplysnings- og forklaringsplikt. Ved innkalling til rettsmøter som gjelder begge saksforholdene vil det videre være naturlig at partene har møteplikt, selv om en slik plikt i utgangspunktet ikke gjelder i saker om tvang etter barnevernloven. Utvalget bemerker for øvrig at det forhold at en privat part ikke ønsker å bidra til sakens opplysning, kan tilsi at sakene ikke forenes til felles behandling.

Reglene for kvalitetssikring av rapporter fra sakkyndige er også ulike i foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. Etter barnevernloven § 7-17 andre ledd kan sakkyndighetsbevis bare legges til grunn av fylkesnemnda om det har vært vurdert av Barnesakkyndig kommisjon, mens det ikke er en tilsvarende ordning for foreldretvister. Særlig fordi det ved forening av saker vil være aktuelt å oppnevne én sakkyndig til å utrede begge saksforholdene, vil det oppstå spørsmål om hvilken regel som skal gjelde for kvalitetssikring av rapporter fra sakkyndige. I kapittel 21.4.3 nedenfor drøfter utvalget spørsmål om ordningen med vurdering fra Barnesakkyndig kommisjon bør utvides til også å omfatte sakkyndig-rapporter i foreldretvister. Dersom ordningen innføres også for rapporter fra sakkyndige i foreldretvister, vil reglene være harmonisert på dette punktet.

²² Se Rt. 2001 side 1049 der det ble lagt til grunn at det ved forening av saker til felles behandling måtte foretas en fordeling av sakskostnadene.

²³ NOU 2005: 9 kapittel 10.9 side 57.

18.5.4 Forening av saker i dagens ordning

Selv om det vil kunne gi et bedre beslutningsgrunnlag, er det som nevnt usikkert om det i dag er anledning til å forene behandlingen av en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven. Uavhengig av «fasiten» på dette spørsmålet i dag, bør et eventuelt standpunkt om at sakene kan forenes, komme til uttrykk i loven. En løsning kan være å fastsette i barnelova at foreldretvister og krav om overprøving av fylkesnemndas tvangsvedtak etter barnevernloven om samme barn kan forenes til felles behandling etter tvisteloven § 15-6, og at retten under hovedforhandlingen i så fall skal settes sammen slik det er angitt i tvisteloven § 36-4. I så fall vil saksforberedende dommer alene blant annet kunne beslutte om det skal oppnevnes sakkyndig eller innhentes andre bevis, og om det skal innkalles til saksforberedende møter og eventuelt gjennomføres samtaler med partene om ulike løsninger. På basis av hensynet til barnets beste, prosessøkonomi og en rasjonell avvikling av sakene, vil det bero på dommerens skjønn om sakene skal forenes.

Siden det er noe ulike prosessregler for de to sakstypene, kan det ved forening av saker oppstå spørsmål om de private partene kan fritas for å avgi forsikring og forklaring, og om en part kan utelukkes fra forhandlingene. I foreldretvister skal parten avgi forsikring i tråd med tvisteloven § 23-2 andre ledd fjerde punktum, jf. § 24-8 fjerde ledd. I saker etter tvisteloven kapittel 36 er lovens utgangspunkt at den private part avgir forsikring i tråd med disse bestemmelsene, men etter tvisteloven § 36-6 første ledd kan det besluttes at den private part likevel ikke skal avgi forsikring. Sistnevnte bestemmelse er begrunnet i de særlige personlige forutsetninger som kan forekomme i saker om overprøving av tvangsvedtak.²⁴ Dersom slike forutsetninger er til stede og sakene er forent til felles behandling, bør dommeren ha mulighet til å beslutte at den private parten ikke skal avgi forsikring før forklaring gis. Personlig avhør av den private part kan videre unnlates i overprøvingssaker dersom retten finner dette ubetenkelig, jf. tvisteloven § 36-6 andre ledd. Dette unntaket gjelder ikke i foreldretvister. Ved forening av saker vil dette måtte reguleres nærmere. Det samme gjelder muligheten for å unnta dokumenter og utelukke en part fra forhandlingene etter tvisteloven § 36-6 tredje ledd. En annen sak er, naturligvis, at slike spesi-

elle forhold kan tilsi at sakene ikke forenes til felles behandling.

Et ytterligere spørsmål vil være hvorvidt partene skal ha rett til fri rettshjelp ved en forening av sakene. Etter dagens ordning har de private partene rett til fri sakførsel uten behovsprøving i en sak om overprøving av tvangsvedtak etter barnevernloven, jf. rettshjelploven § 16 første ledd nr. 2. I foreldretvister kan fri sakførsel bare innvilges til den som har inntekt og formue under bestemte grenser fastsatt av departementet, jf. rettshjelploven § 16 andre ledd, jf. § 11 andre ledd nr. 1. Det mest nærliggende vil være å fastholde dagens ordning, og slik at kostnadene fordeles forholdsmessig på de ulike sakene. En annen mulighet er å fastsette like vilkår for retten til fri rettshjelp. Et tredje alternativ er at partene gis fri rettshjelp til hele sakskomplekset i de tilfellene sakene blir forent. Som det fremgår ovenfor, mener utvalget at det vil være mest nærliggende at det foretas en forholdsmessig fordeling av kostnadene ved forening av saker.

Ovenstående viser at det ikke trenger være uoverstigelige praktiske hindre for å kunne forene en foreldretvist og en sak om overprøving av fylkesnemndas vedtak om tvang etter barnevernloven for domstolene i dagens system.

18.6 Vernetingsregler og mulighet for å overføre saker

Endringer med hensyn til hvilket avgjørelsesorgan som skal behandle foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven kan gi behov for endringer i reglene om hvor en sak skal anlegges, og i reglene om overføring av saker. I det følgende vil utvalget vurdere hvilke regler det vil være behov for ved flytting av barnevernsakene fra fylkesnemndene til tingrettene. Resonnementene vil kunne overføres også til modellen med barne- og familiedomstoler og fylkesnemndsmodellen, men utvalget går ikke nærmere inn på disse her.

I dag er tingrettens og fylkesnemndas stedlige kompetanse i henholdsvis foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven, i utgangspunktet knyttet til barnets bopel/oppholdssted. En mulighet er dermed å fastsette at foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i utgangspunktet må reises for den regionale domstolen der barnet har alminnelig vernetting (barnets bopel) på den tiden saken reises. I saker om tvang etter barnevernloven tilsier hensynet til den private parten at denne regelen utformes slik at et inngrep fra barnevernets side som endrer barnets

²⁴ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, Kommentartutgave*, Bind II, 2. utgave, 2013, side 1322.

bosted, ikke får virkning for vernetinget. Med en slik løsning skal kommunen reise sak på det stedet der forelderen eller foreldrene sist hadde omsorgen for barnet.

I tilfeller der ett eller flere barn er involvert i både en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven samtidig, og sakene er på samme sted i domstolshierarkiet, vil hensynet til en effektiv, smidig og helhetlig vurdering tilsi at sakene behandles i samme domstol. Ovennevnte løsning vil i stor grad bidra til dette, men det kan tenkes tilfeller der sakene reises for forskjellige tingretter, for eksempel der barnet har flyttet i mellomtiden. I slike tilfeller bør det vurderes om den ene saken skal overføres til den domstolen som har den andre saken til behandling. Som nevnt åpner domstoloven § 38 for at en domstol som en sak er brakt inn for, etter søknad fra en part eller av eget tiltak, kan beslutte at saken skal overføres til en annen domstol av samme orden, når «særlige grunner gjør det påkrevd eller hensiktsmessig». Utvalget legger til grunn at domstoloven § 38 vil gi de muligheter og den fleksibilitet som det er behov for i tilfeller der ett eller flere barn er involvert i begge sakstypene samtidig og på samme nivå i domstolshierarkiet. Utvalget forutsetter at domstolene i slike tilfeller vil se hen til hva som er den beste løsningen for partene, herunder eventuelle ulemper ved reisevei mv., ved vurderingen av hvilken sak som bør overføres.

18.7 Anke

18.7.1 Rett til ankebehandling

Endringer med hensyn til hvem som skal behandle foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven, kan gi behov for endringer også i reglene om rett til ankebehandling.

Som nevnt i kapittel 17.4 ovenfor, vil fylkesnemndsmodellen innebærer at både foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven behandles av fylkesnemnda i første instans. Men en slik ordning vil det kunne vurderes om tvisteloven § 36-10 tredje ledd, som i dag gjelder bare for barnevernsaker, og som gjør ankebehandling i lagmannsretten avhengig av særskilt samtykke fra lagmannsretten, bør gjelde også for anke over tingrettens dom i foreldretviser. En slik ordning vil kunne bidra til å redusere den totale saksbehandlingstiden i foreldretvistene.

Med tingrettsmodellen, som innebærer at både foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven skal behandles i tingretten i første instans, blir problemstillingen en noe annen. Som

beskrevet i kapittel 13.6.2 om menneskerettslige forpliktelser, mener utvalget at avgjørelser om tvang i barnevernsaker må kunne overprøves. Siden barnevernsakene i tingrettsmodellen ikke lenger skal behandles i fylkesnemnda, oppstår det spørsmål om den særskilte ordningen etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd med krav til samtykke for ankebehandling, kan videreføres. Tilsvarende problemstilling vil oppstå med egne barne- og familiedomstoler eller barnevern- og sosialdomstoler, siden også disse domstolene forutsetningsvis skal avgjøre sakene i første instans. Alternativer til regelen i tvisteloven § 36-10 tredje ledd kan være at anke over tingrettens dom i en barnevernsak skal kunne nektes fremmet etter den alminnelige regelen om ankenektelse etter tvisteloven § 29-13 andre ledd, eller at det gis en ny regel som avviker både fra § 36-10 tredje ledd og § 29-13 andre ledd.

Saker om tvang etter barnevernloven er inngripende, og hensynet til rettssikkerhet bør veie tungt på dette området. Siden sakene med tingrettsmodellen bare vil være behandlet i én instans før de kommer til lagmannsretten, vil kravet etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd om samtykke for ankebehandling, etter utvalgets vurdering ikke kunne videreføres i dagens form. Samtidig er det behov for en ordning som kan hindre tid- og ressurskrevende ankebehandling av saker der det er klart at anken ikke kan føre frem. Særlig hensynet til barnet i saken, tilsier at regelverket skal gi mulighet for å nekte ankebehandling. I dag bringes relativt mange av vedtakene fra fylkesnemndene inn for domstolene, samtidig som tingretten stadfester en relativt høy andel av vedtakene.²⁵ Behovet for å kunne nekte ankebehandling, er således reelt. At rettskraftsvirkningene av rettsavgjørelser på dette området er begrensede, gjør det også mindre betenkkelig å begrense adgangen til overprøving enn om en sak aldri kunne prøves på nytt senere.

Etter tvisteloven § 29-13 andre ledd, som i dag gjelder blant annet for foreldretviser, men ikke for saker om tvang etter barnevernloven, kan en anke over dom nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre frem. I praksis er det en relativt liten andel anker som nektes fremmet etter denne bestemmelsen. Bestemmelsen er forholdsvis ny i norsk sivilprosess. Det vil derfor kunne ta noe tid før bruken av bestemmelsen har funnet sin form. Etter utvalgets syn er det behov for en regel med et litt annet innhold enn det som ligger i tvisteloven § 29-13.

²⁵ Se nærmere om dette i kapittel 15.3 ovenfor.

Utvalget har delt seg i et flertall og et mindretall når det gjelder den nærmere utformingen av bestemmelsen.

Utvalgets *flertall* (utvalgets leder og medlemmene Andersland, Eriksen, Hallgren, Moen, Ramberg, Riedl, Risnes, Stoltenberg, Thorheim, Torgersen og Torsteinson) foreslår en regel der anke over tingrettens dom om omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 eller om samtykke til adopsjon etter § 4-20 ikke kan nektes fremmet. For de øvrige sakstypene foreslår *flertallet* en regel der anke over dom kan nektes fremmet, men slik at bestemmelsen angir momenter som skal tillegges vekt ved lagmannsrettens vurdering av den enkelte anke, se forslag til barnevernloven § 7-27 fjerde ledd. Begrunnelsen for at det ikke skal være adgang til å nekte ankebehandling av dommer om omsorgsovertakelse og tvangsadopsjon, er at disse avgjørelsene er særdeles inngripende, og at det av hensyn til de private parter dermed bør være anledning til å få avgjørelsen overprøvd. For de øvrige sakstypene bør det være en viss adgang til å nekte anke fremmet. Dette vil gi lagmannsretten en viss fleksibilitet, også for tilfeller der det ikke er gitt at anken ikke ville kunne føre frem.

I likhet med tvisteloven § 29-13 andre ledd pålegger ikke bestemmelsen lagmannsretten å nekte ankebehandling. Bestemmelsen sikrer at prinsipielle spørsmål vil kunne få en avklaring i de høyere rettsinstansene, og at anførsler om menneskerettsbrudd kan prøves av lagmannsretten. Samtidig vil den som nevnt bidra til å hindre at det brukes ytterligere tid og ressurser på anker med liten utsikt til å nå frem eller om spørsmål av mindre betydning. Hensynet til private parters rettsikkerhet vil ivaretas gjennom begrensningene i bestemmelsen, og i lagmannsrettens utøvelse av det skjønn som ligger i bestemmelsen. Det er nærliggende å anta at den nye regelen særlig vil være aktuell i tilfeller der ankende part gjentatte ganger har krevd endring uten at det har vært grunnlag for dette. Typisk vil dette være saker der barnevernloven i dag åpner for at nemndsleder kan avgjøre saken alene og uten forhandlingsmøte. Videre vil bestemmelsen kunne ha betydning i saker der det kreves bare små endringer, og ulempene ved ankebehandling vil være større enn de godene som kan ligge i endringene for barnet. Med avvikling av dagens ordning med krav til samtykke for ankebehandling til fordel for en slik, ny bestemmelse om ankesiling, vil lagmannsretten antakelig få til realitetsbehandling flere barnevernsaker enn i dag.

Utvalgets *mindretall* (Lund og Otterlei) er enig i at avgjørelser om omsorgsovertakelse etter 4-12 eller adopsjon etter 4-20 andre ledd er så inngripende overfor de private parter at de som den klare hovedregel ikke bør nektes fremmet til behandling i lagmannsretten. Det vil likevel kunne være tilfeller hvor det vil være svært uheldig om det må gjennomføres full ankebehandling. For eksempel bør lagmannsretten ha mulighet til å nekte en anke fremmet hvis det er klart at den ikke kan føre frem, samtidig som en ankebehandling vil være så belastende for barnet at det utgjør en risiko for barnets utvikling og helse. *Mindretallet* mener således at lovbestemmelsen ikke bør inneholde et absolutt hinder for å kunne nekte ankebehandling i slike saker.

Utvalget nevner videre at det med en regel som forslaget til § 7-27 fjerde ledd for barnevernsakene, kan være grunn til å vurdere en regel tilsvarende § 7-27 fjerde ledd andre punktum for foreldretvistene. Det vil gi noe større adgang enn i dag til å nekte ankebehandling i foreldretvistene. Både behovet for en rask avklaring av barnets omsorgssituasjon og hensynet til barnet, kan tale for dette. På den annen side bringes i dag bare ca. 10 % av foreldretvistene inn for lagmannsretten. En sterkere siling enn etter § 29-13 andre ledd er således ikke like påkrevet av ressursmessige grunner som om ankefrekvensen var høyere. En slik endring vil dessuten kunne begrense Høyesteretts rolle på området. Etter utvalgets vurdering krever dette spørsmålet en mer inngående vurdering enn den utvalget har hatt anledning til. Det nøyer seg derfor med å peke på problemstillingen.

18.7.2 Enkelte spørsmål om hvilken form ulike beslutninger i barnevernsaker bør ha – betydning for ankebehandlingen

Tvisteloven klassifiserer ulike avgjørelser fra domstolene som henholdsvis dommer, kjennelser og beslutninger. Etter tvisteloven § 19-1 er utgangspunktet at dommer er realitetsavgjørelser av tvistegjenstanden som normalt treffes på grunnlag av en muntlig hovedforhandling.²⁶ Kjennelser og beslutninger er avgjørelser om saksbehandlingen som normalt treffes på grunnlag av skriftlig behandling. Med tvistelovens system er det naturlig å betegne alle realitetsavgjørelser etter barnevernloven som dommer, også i tilfeller der realitetsavgjørelser treffes på grunnlag av en forenklet behandlingsmåte.²⁷ Det er likevel vanlig

²⁶ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven*, Kommentartutgave, Bind I, 2013, side 596 flg.

at materielle realitetsavgjørelser som ikke innebærer en rettskraftig avgjørelse av et krav, treffes ved kjennelse. Dette gjelder blant annet avgjørelser om midlertidig sikring etter tvisteloven § 32-7 og midlertidige avgjørelser i foreldretvister etter barnelova § 60.

Om en avgjørelse har form av dom eller kjennelse, kan være av betydning blant annet for hvordan lagmannsretten skal behandle en eventuell anke over avgjørelsen. Lagmannsrettens overprøving av en kjennelse er som hovedregel skriftlig, og saken avgjøres på det grunnlag som foreligger ved oversending av saken, uten ytterligere saksforberedelse, jf. tvisteloven §§ 29-14 andre ledd og 29-15. Anke over kjennelser vurderes etter dagens regler ikke gjennom «siling».

Når tingretten i dag prøver akuttvedtak etter barnevernloven, avgjør den saken ved dom. Det kan reises spørsmål om slike avgjørelser, i en tingrettsmodell, bør treffes ved kjennelse. At saken etter sin art er av midlertidig karakter, og at akuttvedtaket vil falle bort når hovedsaken er avgjort, kan tale for dette.

Mange av akuttvedtakene bringes inn for overprøving til tingretten. Med korte frister for å sende en begjæring om tiltak til fylkesnemnda etter at barneverntjenesten har truffet et akuttvedtak, står dermed det samme spørsmålet i mange tilfeller til behandling i to instanser samtidig. I noen tilfeller blir akuttsaken behandlet av tingretten kort tid før hovedsaken kommer opp i fylkesnemnda. I andre tilfeller faller akuttsaken bort, fordi fylkesnemnda treffer vedtak i hovedsaken. Både hensynet til barnet og prosessøkonomiske grunner kan tale for en omlegging, i form av at avgjørelsen ved rettslig prøving av et akuttvedtak får form av kjennelse, og at en eventuell anke behandles skriftlig i lagmannsretten.

Utvalget har vurdert om også andre sakstyper bør kunne avgjøres ved kjennelse, men har kommet til at øvrige realitetsavgjørelser etter barnevernloven, bør avgjøres ved dom. Sakene gjelder tvang mot personer, og er således inngripende. Pålegg om tiltak er av midlertidig karakter, i den forstand at de bare kan opprettholdes inntil ett år fra avgjørelsestidspunktet. Men avgjørelser om dette innebærer en rettskraftig avgjørelse av et krav. Noen av tiltakene er ikke spesielt inngripende, slik som for eksempel pålegg om leksehjelp. Dette kan tale for at avgjørelsen skal kunne

treffes i enklere former enn ved dom. Noen av tiltakene har likevel en relativt inngripende karakter, slik som eksempelvis pålegg om opphold i besøkshjem. Ettersom det neppe er hensiktsmessig å skille mellom ulike tiltak, legger utvalget derfor til grunn at disse avgjørelsene fortsatt bør treffes ved dom. Det ligger i utvalgets forslag til lovendringer at pålegg om hjelpetiltak som hovedregel kan behandles skriftlig både i tingretten og i lagmannsretten.

Heller ikke for avgjørelser om flytting av barnet etter barnevernloven § 4-17 er det grunnlag for enklere avgjørelsesformer.

18.7.3 Lagmannsrettens sammensetning

Endringer som innebærer at lagmannsretten er første overprøvingsinstans i saker om tvang etter barnevernloven, gir også foranledning til å vurdere lagmannsrettens sammensetning. Lagmannsretten settes vanligvis med tre fagdommere (juridiske dommere) i den enkelte saken, jf. domstolloven § 12 første ledd. At retten skal «settes» med tre dommere, innebærer at tre dommere må være med å avgjøre en sak også i de tilfellene det ikke skjer noen forhandling i rettsmøte, som ved behandling av anke over kjennelse eller beslutning uten muntlig forhandling.²⁸ Under muntlig forhandling i saker om tvang etter barnevernloven, settes retten i tillegg med to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig, jf. tvisteloven § 36-10 fjerde ledd.

Utvalget legger til grunn at retten under ankeforhandling bør være sterkere sammensatt enn i førsteinstansen. To eller flere fagdommere vil oppfylle dette kravet for så vidt gjelder det juridiske elementet. Samtidig bør lagmannsretten, som i dag, ha både leke og fagkyndige meddommere.²⁹ Det kan vurderes om det fagkyndige elementet bør forsterkes noe sammenlignet med dagens ordning. I saker om tvang etter barnevernloven kan det være behov for ulike typer fagkyndig kompetanse, og dette kan sikres ved at det oppnevnes to fagkyndige meddommere med ulik fagbakgrunn. Lekelementet er tilstrekkelig ivaretatt gjennom én lekdommer. Dersom lagmannsretten settes med to fagkyndige meddommere og én lek-

²⁷ Til sammenligning betegnes også avgjørelser som treffes etter forenklet prosedyre på grunnlag av partenes enighet etter tvisteloven § 9-7 og forenklet domsbehandling etter tvisteloven § 9-8, dommer.

²⁸ Anders Bøhn, Domstolloven, Kommentaarutgave, digital utgave, kommentar til § 12.

²⁹ Behovet for en sammensetning med fagdommere og meddommere, herunder både lek og fagkyndig, i saker om tvang etter barnevernloven er gitt i blant annet NOU 1985: 18 kapittel 17.5.4.5 side 297–298, NOU 2001: 32 A kapittel 19.2.4.4 side 527–528 og NOU 2005: 9 kapittel 9.3 side 45–46.

dommer, er det tilstrekkelig med to fagdommere. En slik løsning vil gi mindre belastning på dommerressursene i lagmannsretten. Samtidig bør det tas i betraktning at tvistemålsutvalget gikk bort fra en tidligere ordning med fire meddommere i barnevernsaker i lagmannsretten, og i den forbindelse uttalte blant annet:³⁰

«En utstrakt bruk av fagkyndige meddommere har sine betenkeligheter. Antallet fagkyndige som kan gjøre tjeneste er begrenset, og det kan derfor vise seg vanskelig å få tvangssakene avviklet innenfor de tidsrammer som loven forutsetter. Til dette kommer at det er en risiko for at det er den samme gruppe personer som går igjen som henholdsvis sakkyndige medlemmer av fylkesnemndene, og som fagkyndige meddommere i ting-

retten og i lagmannsrettene, med de prinsipielle betenkeligheter dette innebærer. Inhabilitetsreglene i domstoloven § 108 vil bare i begrenset grad avhjelpe dette.»

At tilgangen på fagkyndige/sakkyndige er begrenset, gjør seg ikke nødvendigvis gjeldende med samme styrke ved ankebehandling i lagmannsretten som ved behandling i andre instanser. I tillegg til den løsningen med to fagkyndige og én lek meddommer som er nevnt ovenfor, kan det dermed også være mulig å sette lagmannsretten med tre fagdommere og to fagkyndige meddommere. På den måten styrker man det fagkyndige elementet i ankebehandlingen. Samtidig mister man på den annen side et lekmannsinnslag.

Etter en samlet vurdering har utvalget kommet til at det ikke bør gjøres endringer med hensyn til hvordan lagmannsretten skal være sammensatt under ankeforhandlingen.

³⁰ NOU 2001: 32 A kapittel 19.2.4.4 side 527–528.

Kapittel 19

Hvem bør avgjøre foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven?

19.1 Skille mellom dømmende virksomhet og forvaltningsvirksomhet

Avgjørelser om bruk av tvang etter barnevernloven anses tradisjonelt som forvaltningsvirksomhet i Norge.¹ På samme måte som det følger av Grunnloven at straff skal ilegges ved dom, kan det imidlertid spørres om denne typen inngripende vedtak bør ligge til domstolene.

Avgjørelse av foreldretvister anses som dømmende virksomhet i vårt system. Særlig det betydelige innslaget av mekling som i mange tilfeller er knyttet til slike saker, ligger imidlertid ikke i kjernen av det som tradisjonelt anses som dømmende virksomhet. Tidligere kunne spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær bringes inn også for fylkesmannen, og dermed undergis en administrativ behandling.² Noen helt klar grense mellom dømmende virksomhet og forvaltningsvirksomhet, kan det være vanskelig å trekke på dette området.

Domstolene og forvaltningen har ulike egenskaper og funksjoner i samfunnet, blant annet gjennom det grunnlovfestede kravet om at domstolene skal være uavhengige. Det er viktig å opprettholde et skille mellom dem, og holde fast ved prinsippet om at dømmende virksomhet hører under domstolene og forvaltningsvirksomhet under forvaltningen. Kravet til uavhengighet utelukker ikke at domstolene gjennom lovgivningen kan pålegges forvaltningsmessige oppgaver, men det er en forutsetning at domstolene først og fremst skal utøve dømmende myndighet. Videre bør det foreligge særskilte saklige grunner for å pålegge domstolene forvaltningsoppgaver, eksempelvis at det er ønskelig med en «dommerholdning» fordi det lett vil kunne oppstå tvister på det aktuelle området. Heller ikke prinsippet om at

dømmende avgjørelser må treffes av domstolene, gjelder helt absolutt.³

Samtidig er skillet mellom dømmende virksomhet og forvaltningsvirksomhet som nevnt ikke alltid like klart. Det følger av Grunnloven § 96 at straff, som i prinsippet er det mest inngripende virkemiddelet staten har, må ilegges av domstolene. I den grad et spørsmål om oppgavefordeling mellom domstolene og forvaltningen på et område ikke kan utledes direkte ut fra et skille mellom dømmende og forvaltningsmessig virksomhet, er det naturlig å se hen til sakenes alvor og inngripende karakter. Jo mer inngripende en avgjørelse er, jo mer nærliggende kan det være å legge myndigheten til å avgjøre saken til domstolene.

Saker om tvang etter barnevernloven kan gripe meget sterkt inn i livet til dem som berøres av dem. Reelt sett kan en slik sak oppleves som mer inngripende enn en sak om illeggelse av straff. For slike saker kan det derfor argumenteres for at avgjørelsen i første instans av om det skal benyttes tvang, bør treffes av en domstol. Både tingrettsmodellen og begge særdomstolsmodellene vil ivareta hensynet til domstolsbehandling. Fylkesnemndsmodellen vil innebære at avgjørelsen av saker om tvang etter barnevernloven blir liggende til forvaltningen i første instans, og at også foreldretvistene, som hos oss tradisjonelt ses som dømmende virksomhet, skal behandles i et domstolslignende forvaltningsorgan. Det prinsipielle utgangspunktet om at dømmende virksomhet skal ligge til formelle domstoler, kan derfor sies å tale imot denne modellen.

På bakgrunn av de krav til uavhengighet, objektivitet, rettssikkerhet og grundighet som generelt er knyttet til domstolene i Norge, er domstolene den samfunnsinstitusjonen som har de beste forutsetningene for å oppnå befolkningens

¹ NOU 1999: 22 kapittel 5.2.3 side 78–79.

² Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 11 side 64–71.

³ Se nærmere om dette spørsmålet i Andenæs og Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 10. utgave, 2006, kapittel 46.5 side 342–344.

tillit ved avgjørelse av enkeltsaker. Ved at de er «domstolslignende», og behandler saker etter en prosess som ligner domstolsprosessen i tvistesaker uten fri rådighet, har fylkesnemndene et stykke på vei samme posisjon. Men formelt sett er de forvaltningsorganer, uten den uttrykte uavhengighet som domstolene har. Erfaringer fra de senere årene med utbyggingen av Sentralenheten for fylkesnemndene som et koordinerende forvaltningsorgan, understreker dette. Med en svakere konstitusjon, har fylkesnemndene et dårligere utgangspunkt enn domstolene for å oppnå tillit. Dette tilsier endringer med hensyn til hvem som skal avgjøre saker om tvang etter barnevernloven.

19.2 Kvalifikasjoner

Som nevnt krever barnesakene både juridisk kompetanse og grunnleggende kunnskaper om psykologi og barn. Dette kan oppnås både i domstolene og i fylkesnemndene, for domstolenes vedkommende eventuelt gjennom spesialisering. Begge modellene med særdomstoler og fylkesnemndsmodellen legger opp til høy grad av spesialisering, siden beslutningstakerne i disse modellene vil arbeide på et begrenset saksområde. Ordningene vil gi betydelig erfaring, og mulighet for å opparbeide mye realkompetanse. Modellen med barne- og familiedomstoler og fylkesnemndsmodellen har den styrken at spesialiseringen der vil omfatte både foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven. Modellen med særdomstoler for barnevern og sosiale saker vil derimot ikke nødvendigvis innebærer noen spesialisering for foreldretvistene.

De kvalifikasjonene som barnesakene krever, kan oppnås også innenfor tingrettsmodellen, avhengig av hvilke krav som stilles til opplæring og erfaring. Dersom det ikke oppstilles særskilte kompetansekrav, kan det imidlertid ikke påregnes å oppnås noen markert kompetanseheving sammenlignet med dagens situasjon. For sakene om tvang etter barnevernloven kan modellen tvert imot bety svakere kvalifikasjoner, siden sakene flyttes fra spesialiserte fylkesnemnder til generalistdommere i tingrettene. Hvis det derimot stilles krav om opplæring og erfaring, vil beslutningstakerne i tingrettsmodellen kunne oppnå god kompetanse på barnesakene. Med de kvalifikasjonskravene som utvalgets flertall har oppstilt i kapittel 18.3 ovenfor, er det grunn til å tro at denne modellen vil sikre beslutningstakere med god kompetanse på barnesaker. Tingrettsmodellen

har i tillegg den fordel at beslutningstakerne får erfaring også fra andre rettsområder, og har dermed mulighet til å se sammenhenger mellom de ulike rettsområdene. En dommer med særskilt opplæring i, og erfaring fra, barnesaker, som også behandler andre saker, vil gi de beste forutsetningene for at sakene kan behandles på en god måte. Kunnskap opparbeidet i barnesakene, kan dessuten komme til nytte også for dommerens arbeid med andre sakstyper. Videre vil en slik løsning bidra til en effektiv ressursutnyttelse i tingrettene, og den er det alternativet som best bevarer den kompetansen som tingrettene og fylkesnemndene har på barnesaker i dag. I en modell med barne- og familiedomstoler vil man ikke nødvendigvis kunne bygge på den kompetansen tingrettene i dag har på foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven.

Med status quo vil sakene om tvang etter barnevernloven fortsatt behandles av fylkesnemndsledere med dette feltet som «sitt» område, i første instans. Om det oppnås en kompetansemessig gevinst i behandlingen av foreldretvistene, kan avhenge av om disse sakene konsentreres til noen tingretter eller om alle tingretter skal behandle dem. Videre er det et argument for denne modellen at beslutningstakerne i foreldretvistene vil få erfaring også fra andre rettsområder.

Hvilken modell som vil gi det beste rekrutteringsgrunnlaget, er det vanskelig å gi et klart svar på. For potensielle søkere som ønsker å behandle barnesaker, vil det ikke nødvendigvis være noen stor forskjell mellom å søke en dommerstilling i barne- og familiedomstolene og en dommerstilling i de alminnelige tingrettene, forutsatt at lønnsnivået er det samme. For den som ønsker å behandle et spekter av saker i tillegg til barnesaker, vil det kunne bety en forskjell.

19.3 Hensynet til «dobbeltporsakene» og en mer helhetlig behandling av barnesaker

Muligheten for en mer helhetlig behandling av tilfeller der et barn er involvert i både en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven, kan også være av betydning for valget mellom de ulike modellene. Hensynet til de involverte barna tilsier at det i størst mulig grad legges til rette for en helhetlig behandling av dobbeltporsakene. Dette kan antakelig lettere oppnås i et felles avgjørelsesorgan for barnesakene i første instans, dvs. modellen for barne- og familiedomstoler, tingrettsmodellen og fylkes-

nemndsmodellen. I et felles avgjørelsesorgan for barnesakene kan forholdene legges til rette slik at det blir mulig å forene sakene til felles behandling i de tilfellene der dette anses hensiktsmessig. Det kan også åpnes for forening av sakene i andre tilfeller, for eksempel i status quo-modellen der en foreldretvist kan stå for tingretten samtidig som et krav om overprøving av fylkesnemndas vedtak i en barnevernsak er brakt inn for samme tingrett. Fordelen med forening vil likevel være vesentlig større dersom sakene kan forenes til felles behandling i første instans. Dette vil sikre at det blir foretatt en helhetlig vurdering av barnets omsorgssituasjon så tidlig som mulig. Om foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven *bør* kunne forenes til felles behandling, drøftes nærmere i kapittel 18.5 ovenfor.

En annen fordel med et felles avgjørelsesorgan for barnesakene, er at de faktiske mulighetene for samordning av foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven antakelig vil være større. Undersøkelsen av dobbeltsporsakene indikerer at det i praksis kan være lettere å oppnå en samordnet behandling av dobbeltsporsakene ved å legge begge sakstypene til samme avgjørelsesorgan. Denne gevinsten er imidlertid begrenset til saker som behandles samtidig i samme instans. Selv om det opprettes et felles avgjørelsesorgan for barnesakene, vil det ikke nødvendigvis være slik at begge sakene om samme barn står til behandling samtidig i samme instans.

Uavhengig av dobbeltsporsaker, vil et felles avgjørelsesorgan for barnesakene innebære en samling av kompetanse på saker som gjelder barn. Når det er de samme beslutningstakerne som behandler både foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven, vil det i større grad kunne trekkes vekslers på de ulike sakstypene til det beste for barna. Erfaringer og forbedringer ved behandlingen av en av sakstypene, vil kunne overføres til den andre sakstypen. At beslutningstakerne behandler begge sakstypene vil også styrke det samlede erfaringsgrunnlaget, og antakelig bidra til en bedre og mer helhetlig behandling av sakene. Beslutningstakerne vil blant annet kunne opparbeide betydelig erfaring med høring av barn, og vurdering av barnets uttalelse. Disse argumentene kan også tale for å beholde status quo-modellen, idet tingrettene i dag har kompetanse både på foreldretviser og saker om tvang etter barnevernloven. Den positive effekten av å samle kompetansen vil imidlertid være mindre, ettersom den for barnevernsakenes vedkommende først inntreer når disse kommer til overprøving i tingretten.

19.4 Rask saksbehandling og en effektiv utnytting av ressursene

Av betydning for vurderingen, er videre hvilket avgjørelsesorgan som vil kunne behandle sakene raskt. Man kan sammenligne saksbehandlingstiden i fylkesnemndene og i tingrettene i dag, men sammenligningen kan gi begrenset informasjon fordi saksbehandlingstiden kan variere med sakstype og prosessregler. Eksempelvis kan det i foreldretviser være riktig å bruke tid på å søke å oppnå en omforent løsning og prøve ut flere ordninger. I saker om tvang etter barnevernloven vil det ofte haste mer å komme frem til et endelig resultat. Slike forskjeller påvirker naturligvis saksbehandlingstiden. Også ved behandling av samme sakstype kan ulike prosessregler påvirke saksbehandlingstiden. Som eksempel nevnes at fylkesnemnda i barnevernsaker skal holde forhandlingsmøte snarest og hvis mulig innen fire uker etter at nemnda mottok saken, mens tingretten skal beramme hovedforhandling «straks», men uten at det er angitt en lengstefrist for beramningen. Behandling i første instans og behandling i overprøvingsinstansen har også noe ulike utgangspunkter, som igjen kan påvirke saksbehandlingstiden.

I den grad det gir noen mening å sammenligne innenfor dagens system, er utvalgets inntrykk at behandlingen i fylkesnemndene er mer effektiv enn behandlingen i tingrettene. Hva som eventuelt er årsaken til dette, er ikke lett å si, men det er nærliggende å anta at det kan skyldes at regelverket for fylkesnemndene i større grad angir konkrete saksbehandlingsfrister. Også den oppmerksomheten som saksbehandlingstiden i fylkesnemndene har fått den siste tiden gjennom undersøkelser fra Oxford Research og Riksrevisjonen, kan ha spilt inn. Videre oppnevner tingrettene sakkyndige i større grad enn fylkesnemndene, noe som naturlig nok påvirker saksbehandlingstiden. Uavhengig av dette, er det ikke grunnlag for å si at en eller flere av modellene vil sikre en raskere saksbehandlingstid enn andre modeller. Det kan tenkes at modellene med særdomstoler eller andre spesialiserte avgjørelsesorgan kan sikre en rask saksbehandlingstid, siden mye erfaring med et begrenset rettsområde kan bidra til effektivitet. Dersom det legges til rette for spesialisering i tingrettsmodellen og status quo-modellen, er det imidlertid neppe grunn til å regne med at noen av modellene vil gi en mer effektiv saksbehandling enn andre. En innlemming av fylkesnemndsledere i tingrettene vil også kunne ha en positiv effekt på saksbehandlingstiden i tingrettsmodellen.

Ikke bare saksbehandlingstiden i det enkelte avgjørelsesorgan, men også den totale saksbehandlingstiden, er av betydning. Den beror blant annet på antall overprøvingsinstanser og spørsmålet om hvordan ankedomstolens kompetanse skal være utformet. Begge modellene med særdomstoler og tingrettsmodellen kan legge opp til et system med domstolsbehandling i tre instanser, og med mulighet for å nekte anke fremmet. Dette kan sikre en hensiktsmessig ressursutnyttelse, da særlig ved at ikke alle ankesaker nødvendigvis undergis full ny prøving. Videre er det kortere «vei» til Høyesterett, og dermed større mulighet for at Høyesterett kan bidra til utvikling på disse rettsområdene. Fylkesnemndsmodellen derimot, gir fire instanser, men slik at anke til lagmannsretten ikke kan fremmes uten samtykke. Sistnevnte modell innebærer at alle saker kan måtte behandles i både fylkesnemnda og tingretten, og at noen saker vil behandles også i lagmannsretten og eventuelt i Høyesterett. For disse sakene blir det dermed en lengre «vei» til endelig avgjørelse, sammenlignet med særdomstolsmodellene og tingrettsmodellen. Med status quo er antallet overprøvingsinstanser og reglene om ankebehandling avhengig av sakstype, og veien til endelig avgjørelse er kortere i foreldretvistene enn i sakene om tvang etter barnevernloven.

Ved vurderingen av de ulike modellene, bør det også ses hen til muligheten for fleksibilitet og en god utnyttelse av ressursene. Dette kan bero på flere faktorer, blant annet hvilke berammingsrutiner organet har. En stor organisasjon med et bredt saksområde vil likevel være bedre rustet til å tilpasse seg variasjoner i saksinngangen. En tingrettsmodell med dommere som har særskilt kompetanse i barnesaker, men som også behandler saker innenfor andre rettsområder, ivaretar i noen grad behovet for både spesialkunnskap og en effektiv ressursutnyttelse. En slik organisasjon vil ikke være like sårbar i situasjoner med stor saksinngang som et mer spesialisert avgjørelsesorgan.

19.5 Øvrige forhold av betydning for vurderingen

Ved å etablere egne barne- og familiedomstoler, får den dømmende virksomheten der en tydelig identitet utad. Ordningen vil signalisere overfor innbyggerne at domstolen representerer en særskilt kompetanse på barn, og således har de nødvendige forutsetningene for å treffe kvalitativt gode avgjørelser. De samme argumentene gjelder

i en viss utstrekning også for en fylkesnemndsmodell, likevel med den begrensning at betegnelsen «fylkesnemnda» ikke gir særlig informasjon om hvilke saker som behandles der. En tydelig identitet kan også bidra til et mer «spisset» rekrutteringsgrunnlag. Tingrettsmodellen vil ikke på samme måte uten videre gi den dømmende virksomheten i barnesakene en egen identitet utad. Det kan imidlertid tenkes tiltak som i noen grad kan kompensere for dette, blant annet etablering av avdelinger eller faggrupper, og opprettelse av undersider til domstolens nettside med informasjon om behandlingen av barnesaker. At det fremgår av rettsboken og avgjørelsen at dommeren har en særskilt kompetanse på barnesaker, vil også gi et signal utad.

Et moment som ofte trekkes frem ved strukturendringer, er ulempene med reiseavstand og reisetid for innbyggerne. Geografisk nærhet til avgjørelsesorganet er særlig viktig i foreldretvisster, siden avstand kan gjøre det vanskelig å oppnå intensjonen om at flest mulig foreldretvisster skal løses i minnelighet. Både modellen med barne- og familiedomstoler, tingrettsmodellen og fylkesnemndsmodellen vil i utgangspunktet innebære større geografisk avstand mellom avgjørelsesorganet og innbyggerne enn i dag. Ulempene med reisevei vil likevel være mindre med tingrettsmodellen, ettersom antallet tingretter for barnesaker vil være noe høyere enn antallet barne- og familiedomstoler og fylkesnemnder. Modellen med barnevern- og sosialdomstoler og status quo-modellen vil i utgangspunktet ikke innebære noen endringer med hensyn til reiseavstand. For status quo-modellen vil imidlertid dette avhenge av om foreldretvistene konsentreres til noen tingretter eller om alle tingretter skal behandle dem. Som det fremgår ovenfor, mener utvalget at en viss geografisk avstand må kunne aksepteres. Ulempene ved dette kan også i noen grad avhjelpest ved at det er de som skal behandle saken, som reiser. Ved en regionalisering av sakene vil dette kunne gjennomføres ved at avgjørelsesorganet kan benytte andre domstolers lokaler. Slik utvalget ser det, bør derfor ikke geografisk avstand være et tungtveiende moment.

Et annet forhold som kan være av betydning for valget av modell, er i hvilken grad det vil kunne by på problemer å finne ut om en sak hører under det ene eller det andre avgjørelsesorganet. Generelt vil slike problemer lettere oppstå med særdomstoler og andre spesialiserte avgjørelsesorganer enn om barnesakene skal behandles i de alminnelige domstolene. I hvilken grad dette blir et problem i praksis, vil imidlertid avhenge av

hvor klart løsningene meisles ut i lovtekst og lovforarbeider. Særlig modellen med barne- og familiedomstoler og fylkesnemndsmodellen byr på krevende vurderinger av hvilke saker som skal behandles av henholdsvis det spesialiserte organet og de alminnelige tingrettene. Og selv om en samling av foreldretvistene og sakene om tvang etter barnevernloven i disse modellene vil kunne bidra til en mer helhetlig behandling av barnesakene, kan endringen gjøre det vanskeligere å få til en helhetlig behandling av en barnesak og en sak om et beslektet tema, for eksempel om et skifteoppgjør mellom foreldre. Også tingrettsmodellen og status quo-modellen med konsentrasjon av barnesakene til noen tingretter vil by på en del spørsmål om hva som skal behandles hvor, men i disse modellene kan problemene lettere løses gjennom bestemmelser om overføring av saker mellom domstoler. Tingrettsmodellen vil således bidra til en helhetlig behandling av barnesakene samtidig som det fortsatt vil være mulig å få til en helhetlig behandling av en barnesak og en beslektet sak.

Det å gjennomføre endringer, er i seg selv ressurskrevende. Behandlingen av barnesakene må gå sin gang også i perioder med implementering av endringer. I valget mellom ulike modeller, kan det derfor være av betydning hvor omfattende endringer de ulike alternativene vil kreve.

Opprettelse av egne barne- og familiedomstoler vil kreve en betydelig investering, både i den nærmere beskrivelsen av ordningen og i oppbyggingen av organisasjonen med lokaler, rekruttering av personell mv. Videre vil modellen innebære at deler av den kompetansen på behandling av foreldretvistene som ligger i tingrettene, vil gå tapt. Foreldretvistene og barnevernsakene utgjør i gjennomsnitt omtrent 30 % av tvistesakene i tingrettene i dag. Det å flytte oppgavene med å behandle disse sakene fra tingrettene til barne- og familiedomstoler, vil dermed måtte få betydelig konsekvenser for dem. En slik endring vil frigjøre ressurser i tingrettene. Noen tingrettsdommere vil muligens ønske å arbeide ved barne- og familiedomstolene. Og frem til den nye ordningen er etablert, vil det være naturlig å ta forbehold om overføring til barne- og familiedomstolene ved rekruttering av nye dommere til tingretten. Dette kan virke negativt på rekrutteringen til tingrettene. Ved at dommere er uavsettelige embetsmenn, kan det være krevende å sørge for at de frigjorte ressursene omdisponeres på en hensiktsmessig måte.

Fylkesnemndsmodellen innebærer ikke etablering av et nytt organ, men kan by på noen av de samme utfordringene med hensyn til å oppnå en

hensiktsmessig disponering av ressursene. Med denne modellen kan det i overgangsfasen dessuten bli enda vanskeligere å beholde den kompetansen tingrettene har i dag med å behandle foreldretvistene. Med lønnsmessige forskjeller i disfavør av fylkesnemndene er det lite sannsynlig at tingrettsdommere vil ønske en overføring dit.

Også tingrettsmodellen og status quo-modellen med konsentrasjon av barnesakene til noen tingretter vil kreve endringer, i form av omfordeling av dommer- og saksbehandlerressurser. Tingrettsmodellen innebærer dessuten at tingrettene får en ny oppgave med å behandle saker om tvang etter barnevernloven i første instans. Selv om oppgaven med å overprøve vedtak fra fylkesnemnda samtidig faller bort, vil dette kreve flere ressurser til tingrettene. Mange av fylkesnemndslederne vil antakelig ønske å arbeide ved de tingrettene som skal behandle barnesaker. En innlemming av fylkesnemndslederne i tingrettene vil tilføre nødvendige ressurser og kompetanse på barnevernsaker. Det vil i tilfelle gi mulighet til å beholde den kompetansen på foreldretvistene og saker om tvang etter barnevernloven som tingrettene og fylkesnemndene til sammen representerer i dag.

Det å omdanne fylkesnemndene til særdomstoler for barnevern og sosiale saker vil ikke kreve store endringer av organisatorisk og administrativ art. Lokaler, utstyr og personell vil i stor grad kunne beholdes. Domstoladministrasjonen vil imidlertid måtte rustes til å overta ansvaret for disse nye domstolene, mens Sentralenheten for fylkesnemndene vil kunne avvikles.

19.6 Konklusjon

Utvalget mener at den beste løsningen for organiseringen av behandlingen av saker som gjelder omsorgen for barn, er at sakene legges til et utvalg tingretter som er store nok til at sakene kan behandles i tilknytning til et sterkt fagmiljø med bred erfaring fra slike saker. Videre mener flertallet i utvalget at det bør lovfestes krav til kvalifikasjoner for de dommerne som skal behandle sakene, og utvikles et opplæringsløp for dem, slik at man sikrer at dommerne har nødvendig barnefaglig kunnskap.⁴ Dersom man ikke utvikler en slik spesialisering og regionalisering av behandlingen av saker som gjelder omsorgen for barn, er det ikke forsvarlig å nedlegge dagens fylkesnemnder.

⁴ Mindretallet syn kommer til uttrykk i kapittel 18.3.3.

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, er de spørsmål som utvalget skal vurdere om hvem som bør behandle barnesakene, kompliserte, og beror i noen grad på verdimessige avveininger. Spørsmålene er vurdert flere ganger tidligere. Når det fortsatt er behov for å gjennomgå dem, kan det være uttrykk for at organiseringen fortsatt ikke har «falt på plass» på en god måte, eller at det rett og slett ikke finnes noe «fasitsvar».

I utredningen her er det pekt på en del grunnleggende krav til behandlingen av barnesakene, og på ulike hensyn. Utvalget mener at det bør legges størst vekt på behovet for tillit og uavhengighet, og for faglig kompetanse hos dem som skal avgjøre sakene. Det bør dessuten legges vekt på å løse de utfordringene som knytter seg til dobbeltsporsakene.

Særlig saker om tvang etter barnevernloven kan innebære store inngrep i enkeltmenneskers liv. Domstolene står for den «mest rettssikre» behandlingsmåten, og nyter større tillit i befolkningen enn andre instanser. Prinsippet om domstolenes uavhengighet står også sterkt. I likhet med foreldretvistene, bør disse sakene derfor avgjøres av domstolene.

Ved å samle kompetansen knyttet til foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i et

felles avgjørelsesorgan, oppnås de beste betingelsene for å utvikle og opprettholde de faglige kvalifikasjonene som disse sakene krever. Dette kan realiseres både i en egen barne- og familiedomstol og ved å legge begge sakstypene til tingrettene. Sammen med spesialisering i tingrettene, vil begge disse modellene kunne sikre at sakene behandles av dedikerte dommere med gode ferdigheter til å ivareta barneperspektivet. Samtidig kan spesialisering til utelukkende disse sakstypene innebære en viss fare for at utviklingen på barnefeltet ikke vil løpe parallelt med utviklingen innenfor andre rettsområder. Det er følgelig av verdi at dommerne i barnesaker også kan behandle andre typer saker. Etter utvalgets vurdering vil den beste løsningen være at begge kategoriene barnesaker legges til noen av landets tingretter. Etter flertallets vurdering bør det dessuten stilles særskilte krav til opplæring for de dommerne der som skal behandle sakene. Løsningen legger til rette både for kompetanseheving gjennom styrking av fagmiljø og krav til opplæring, og for at dommerne i barnesaker også vil kunne behandle andre sakstyper. Tingrettsmodellen kan også begrense de utfordringene som ligger i dobbeltsporsakene.

Kapittel 20

Andre tiltak for en mer helhetlig behandling av saker om barn

20.1 Innledning

I mandatet er utvalget særskilt bedt om å vurdere tiltak som kan bidra til at flere tilfeller av konflikt mellom foreldre kan løses ved familievernkontorene og spørsmålet om barnevernet bør kunne ha en rolle i behandlingen av foreldretvister. Disse spørsmålene behandles i kapittel 20.2 og 20.3 nedenfor. Etter mandatet skal utvalget også vurdere å forbedre eller styrke eksisterende systemer. Foruten de vurderingene som er foretatt ovenfor i tilknytning til status quo-modellen, har utvalget særlig sett på tiltak som kan begrense utfordringene ved dobbeltsporsakene, se kapittel 20.4 og 20.5 nedenfor.

Vurderingene i dette kapittelet er foretatt på bakgrunn av en forutsetning om at dagens system for behandling av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven beholdes. Som det fremgår ovenfor, går imidlertid utvalget inn for en tingrettsmodell der utvalgte tingretter behandler foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven i første instans. Tiltakene som beskrives nedenfor kan imidlertid – med noen justeringer – være relevante også for den tingrettsmodellen som utvalget har foreslått.

20.2 Tiltak som kan bidra til at flere tilfeller av konflikt mellom foreldre kan løses ved familievernkontorene

I utvalgets mandat er det bedt om en vurdering av tiltak som kan medvirke til at flere konflikter mellom foreldre løses ved familievernkontorene, uten å bringes inn for domstolene.

Mekling ved familievernkontorene er første steg i prosessen for foreldre som ønsker å reise en foreldretvist for domstolene. En del kan antakelig vinnes om man får flere foreldre til å benytte seg av den frivillige delen av meklingsstilbudet ved familievernkontorene for å komme frem til en avtale om foreldreansvar, fast bosted

og samvær. Domstolene benytter for sin del i liten grad adgangen til å henvise til mekling ved familievernkontor etter barnelova § 61 første ledd nr. 2, se imidlertid kapittel 11.1.16 ovenfor om samarbeidsprosjekter mellom tingretter og familievernkontor. Forutsetningen er at familievernkontorene får tilstrekkelig kompetanse og bevissthet om barnets perspektiv.

Den siste tiden har det vært arbeidet med ulike tiltak som kan medvirke til at flere konflikter mellom foreldre løses ved familievernkontorene. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet nedsatte en arbeidsgruppe som har utarbeidet en rapport med forslag til flere tiltak.¹ Videre har Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet etablert et samarbeid med Domstoladministrasjonen for å utvikle tiltak på dette området.² Noen av disse tiltakene er gjennomført.³ Det vil fortsatt være viktig å satse på kompetansehevingstiltak for familievernkontorene, herunder utvikling av meklingsmetodikk, informasjonstiltak overfor foreldre og profesjonelle aktører, utvikling av samarbeid mellom tingretter og familievernkontor, og kompetanse og bevissthet om barnets perspektiv.

Ett tiltak som kan tenkes å bidra til at flere konflikter mellom foreldre løses ved familievernkontorene, er å gi meklerne adgang til å pålegge flere meklingsstimer. I SINTEFs rapport om mekling ved familievernkontorer mv. fremgår det at nesten 80 % av meklerne er positive til å få fullmakt til å pålegge partene mer enn én meklingsstimer i saker der mekleren mener det er nødvendig.⁴ Det fremgår videre at de fleste foreldre som hadde vært til mekling, og særlig foreldre med

¹ Rapport fra arbeidsgruppe nedsatt av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, Tiltak for å redusere antall barnelovsaker for domstolene.

² Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets årsrapport for 2015, kapittel 3 side 44.

³ Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets årsrapport for 2015, kapittel 3 side 38–46.

⁴ SINTEF, Evaluering av mekling etter ekteskapslov og barnelov, kapittel 4.1.3 side 67.

høyt konfliktnivå, har gitt uttrykk for en positiv holdning til at ordningen er obligatorisk.⁵

Dersom meklerin skal kunne pålegge foreldrene flere meklingstimer, må det vurderes hvorvidt et slikt pålegg skal baseres på meklerens skjønn, eventuelt hvorvidt det skal fastsettes kriterier for i hvilke saker meklerin kan pålegge flere meklingstimer. I tilfeller der det er grunn til å tro at barn er utsatt for vold eller på annen måte blir behandlet slik at det utsettes for skade eller fare, er det neppe aktuelt å pålegge flere meklingstimer ved familievernkantorene. Det samme kan gjelde saker med svært høyt konfliktnivå og saker der det er behov for sakkyndig utredning. Videre må det vurderes om alle de pålagte meklingstimerne må være gjennomført før det skrives ut meklingsattest. Formålet med pålegget om mekling tilsier dét. På den annen side kan en slik løsning medføre at det går lenger tid før foreldrene kan få vedtak om ytelse fra NAV.⁶ I prinsippet kan en også tenke seg to ulike bekreftelser på gjennomført mekling; en til bruk i domstolen og en til bruk overfor NAV.

En fordel med å gi adgang til å pålegge flere meklingstimer, er at meklerin kan bruke tiden på reell mekling fremfor arbeid med å stimulere til fortsatt mekling. Ordningen kan også bidra til at meklingsressursene mer enn i dag kanaliseres til de sakene der det reelt sett er størst bruk for dem. På den annen side kan det spørres om tvang er et godt tiltak når muligheten for å komme frem til enighet antakelig er størst der partene er motiverte for mekling. En differensiert løsning, mer eller mindre basert på meklerens skjønn i den enkelte sak, kan dessuten legge til rette for ubegrunnede forskjeller, og kreve ressurser for å håndtere misnøye med pålegg om gjennomføring av flere timer mekling enn minstekravet etter loven.

Et annet virkemiddel kan være å utforme meklingsattesten slik at det fremgår om meklerin mener det vil være nyttig å fortsette meklingen utenfor domstolen. At foreldrene vet at meklerin kan opplyse om dette på attesten, vil kunne gjøre det lettere for meklerin «å holde på» foreldre som ønsker å avslutte meklingen uten å ha oppnådd en avtale. I tillegg vil retten raskt kunne få et bedre grunnlag for å vurdere om saken bør henvises til mekling hos ekstern mekler.

⁵ SINTEF, Evaluering av mekling etter ekteskapslov og barnelov, kapittel 5.4 side 80–82 og kapittel 5.6.2 side 97.

⁶ Se barnetrygdloven § 9 femte ledd om at utvidet barnetrygd skal kunne tilstås etter samlivsbrudd mellom samboere med felles barn under 16 år, dersom det legges fram meklingsattest.

Endelig kan det vurderes om familievernkantorene mer formelt skal kunne anbefale foreldrene en tidsbegrenset avtale. I SINTEFs rapport om mekling ved familievernkantorer mv. er det beskrevet at omtrent 80 % av meklerne er positive til – i saker der foreldrene ikke kommer frem til en avtale – å få mandat til å anbefale foreldrene en tidsbegrenset avtale.⁷ Utvalget antar at dette vil kunne ha en viss positiv effekt, ved at foreldrene i større grad blir nødt til å forholde seg til aktuelle løsningsalternativer. En innvending mot tiltaket er at det kan stride mot meklerens rolle som nøytral tredjepart.

Utvalget har også vurdert om barneverntjenesten bør kunne henvisse foreldre til familievernkantoret, som et hjelpetiltak etter barnevernloven, men er kommet til at dette reiser en del prinsipielle spørsmål som det vil være nødvendig å utrede nærmere. Utvalget har ikke hatt mulighet til å gå nærmere inn på dette.

20.3 Spørsmål om barnevernet bør kunne ha en rolle i behandlingen av foreldretvister

20.3.1 Innledning

Barneverntjenestens hovedoppgave er å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid, og å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår, jf. barnevernloven § 1-1. Dette gjelder også tilfeller der konflikt mellom foreldre etter separasjon eller samlivsbrudd kan gå ut over omsorgen for barnet. Etter dagens ordning har ikke barneverntjenesten myndighet til å beslutte eller kreve endringer med hensyn til hvem av to foreldre som skal ha foreldreansvaret, hvem av disse barnet skal bo fast hos, eller samvær for den forelder som barnet ikke bor fast hos. Barneverntjenesten må i utgangspunktet forholde seg til det som følger av eller er bestemt i medhold av barnelova, og kan bare råde partene til å finne andre ordninger. Barneverntjenesten har likevel en viss adgang til å gripe inn i akutt situasjoner med manglende omsorg uansett om barnet er hos bostedsforelder eller hos samværsforelder, og kan plassere barnet i det andre hjemmet i påvente av behandlingen av en foreldretvist. Barneverntjenesten har i utgangspunktet ikke noen rolle i foreldretvister, men kan bidra med barnevernfaglige vurderinger, enten når domsto-

⁷ SINTEF, Evaluering av mekling etter ekteskapslov og barnelov, kapittel 4.1.3 side 67.

len ber om en uttalelse eller domstolen eller partene innkaller barneverntjenesten som vitne i saken. Domstolen kan også innhente saksdokumenter fra barneverntjenesten. Videre kan partene samtykke i at barneverntjenesten deltar i øvrige deler av prosessen, eksempelvis ved å være til stede i saksforberedende møter.

I mandatet er utvalget bedt om å vurdere om barneverntjenesten kan bli partshjelper, ha partsrettigheter eller søksmålsadgang i foreldretvister. Det fremgår at problemstillingen eksempelvis er ment å omfatte spørsmål om adgang til å reise sak om overføring av foreldreansvar, fast bosted eller endret samværsordning. Dette punktet i utvalgets mandat er delvis overlappende med barnevernslovutvalgets mandat om å utrede hvilken rolle barneverntjenesten bør ha i foreldretvister. Barnevernslovutvalget leverte sin innstilling i september 2016. Det er avtalt mellom utvalgene at særdomstolsutvalget skal vurdere spørsmålene om forholdet mellom barnelova og barnevernloven, herunder spørsmålet om hvilken rolle barneverntjenesten bør ha i foreldretvister.⁸

I det følgende vil utvalget kort redegjøre for hvordan disse spørsmålene stiller seg etter dagens regler, og gi sin vurdering av om barneverntjenesten bør få en utvidet rolle ved behandlingen av foreldretvister (og hvilken form den i tilfelle bør ha). Det nevnes at Barne- og likestillingsdepartementet nylig har sendt på høring et forslag til endringer i barnelova for å øke beskyttelsen av volds- og overgrepssatte barn.⁹ I høringsnotatet er det blant annet foreslått en ordning med at domstolen av eget tiltak skal ta opp og avgjøre sak om tap av foreldreansvar, rett til å ha barnet boende fast hos seg og samvær, når en forelder er dømt i en straffesak for alvorlig vold eller overgrep mot egne barn. Forslaget har møtt betydelig motstand i høringen.

20.3.2 Spørsmål om adgang for barnevernet til å opptre som partshjelper mv.

Barneverntjenesten er ikke part i foreldretvister, og kan dermed ikke gjøre partsrettigheter gjeldende. Barneverntjenesten har heller ikke søksmålsadgang i slike tvister. Spørsmål om barneverntjenesten kan opptre som partshjelper i foreldretvister, beror på en tolkning av tvisteloven § 15-7.

Denne bestemmelsen regulerer adgangen til parts-hjelp, og gir regler om saksbehandlingen ved, og rettsvirkninger av, partshjelp. Etter denne bestemmelsen kan partshjelp blant annet tillates for offentlige organer «med oppgave å fremme særskilte interesser» i sak som ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde etter lovens § 1-4. I forarbeidene til lovbestemmelsen er det understreket at det ikke burde åpnes for en mer alminnelig eller vid adgang for det offentlige til å opptre i saker mellom private rettssubjekter med det formål å ivareta offentlige interesser. Bestemmelsen tar først og fremst sikte på organer som «forbrukerrådet, organer for likestilling mv. – altså organer med oppgave å påse at visse særlige interesser ivaretas og ikke urimelig blir skadelidende eller settes til side ved kollisjon med andre interesser.»¹⁰ Utvalget ser ikke at barneverntjenesten ivaretar en slik særlig interesse som bestemmelsen tar sikte på. Dermed kan den ikke opptre som partshjelper i foreldretvister. En slik forståelse av tvisteloven § 15-7 er også lagt til grunn i praksis.¹¹

En utvidet rolle for barneverntjenesten i foreldretvister kan tenkes utformet på ulike måter. Én mulighet er å fastslå at barneverntjenesten på visse vilkår skal kunne anlegge søksmål om foreldreansvar, fast bosted eller samvær. Forutsetningen måtte i så fall være at barneverntjenestens undersøkelser viser at det vil være til barnets beste å gjøre endringer i omsorgssituasjonen. En adgang for barneverntjenesten til å reise søksmål, måtte innebære at barneverntjenesten kunne utøve partsrettigheter i de sakene den selv anlegger. Et slikt tiltak vil kunne være et alternativ til at barneverntjenesten først begjærer omsorgsovertakelse for et barn som bor fast hos den ene forelderen, hvoretter den andre forelderen reiser en foreldretvist for tingretten for å kreve at barnet skal bo fast hos denne, og deretter krever opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse (tilbakeføring) i ny fylkesnemndssak. Løsningen vil dermed antakelig kunne begrense antallet dobbeltsporsaker, og dermed også de utfordringene som slike saker innebærer.

En adgang for barneverntjenesten til å anlegge et søksmål om foreldreansvar, fast bosted eller samvær for domstolene, vil representere et inngrep i den friheten foreldrene i utgangspunktet har til å avklare disse spørsmålene gjennom

⁸ Se også NOU 2016: 16 kapittel 2.4 side 26.

⁹ Se høringsnotat 2. november 2016 om forslag til endringer i barnelova og straffeloven mv., tap av foreldreansvar, retten til å ha barnet boende fast hos seg og samværsrett for å beskytte barn mot vold, kontaktforbud mv.

¹⁰ NOU 2001: 32 B kapittel 15.2 side 822.

¹¹ Se også høringsnotat 12. oktober 2012 fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet om forslag til endringer i barnelova mv. for å gi barn bedre beskyttelse mot vold og overgrep kapittel 3.3.

avtale. Det vil også representere et brudd med den systematikken som vårt rettssystem bygger på. Det offentlige barnevernets rolle er regulert i barnevernloven, som blant annet angir vilkår for når det kan iverksettes ulike typer av tiltak. En adgang for barneverntjenesten til å anlegge en «foreldretvist» (betegnelsen passer ikke særlig godt), vil innebære at denne vil kunne gripe inn og bidra til å endre omsorgssituasjonen, selv om vilkårene for inngripen etter barnevernloven ikke er til stede. Utfallet av saken vil riktignok være begrenset til å gjelde fordelingen foreldrene imellom, og ikke omfatte offentlig omsorgsovertakelse. Men det vil like fullt kunne fungere som en «snarvei» uten de rettssikkerhetsgarantier mv. som barnevernloven bygger på. Ved at foreldrene i utgangspunktet har avtalefrihet i spørsmålene om foreldreansvar, fast bosted og samvær, og således kan endre realiteten igjen rett etter at dom har falt, er det heller ikke lett å se at søksmålsadgang for barnevernet kan være et effektivt tiltak.

Et mer begrenset tiltak ville være å fastsette at barneverntjenesten kan trekkes inn som part i foreldretvister, eller at den kan være partshjelper i slike tvister. Da ville barnevernets rolle være begrenset til tilfeller der andre (normalt en av foreldrene) har reist søksmål om foreldreansvar, fast bosted eller samvær. Også her måtte forutsetningen være at barneverntjenestens undersøkelser viser at det vil være til barnets beste å gjøre endringer i omsorgssituasjonen. Barneverntjenesten vil i så fall kunne føre bevis og foreta andre prosesshandlinger. Som partshjelper vil barneverntjenesten bare kunne foreta prosesshandlinger som den mener er egnet til å støtte parten, og den vil ikke kunne frafalle krav, godkjenne påstander, inngå forlik og trekke inn nye krav. Den vil heller ikke kunne foreta prosesshandlinger som kommer i strid med partens egne, men kan når som helst tre ut av saken.

Som part eller partshjelper vil barnevernet kunne få frem barnets interesser i en foreldretvist, og eventuelt støtte den forelder som etter barnevernets skjønn er best egnet til å ha omsorgen for et barn. For barneverntjenesten vil det muligens i noen tilfeller kunne fremstå som et alternativ til å ta initiativ til omsorgsovertakelse, å oppfordre en forelder til å reise en foreldretvist, og deretter gå inn som part eller erklære partshjelp. Løsningen vil formodentlig kunne redusere antallet dobbeltsporsaker, og på den måten ha en positiv effekt. På den annen side ligger det utenfor barnevernets formelle myndighetsområde å avgjøre hvem av to foreldre som vil gi det beste omsorgstilbudet. Dermed er det også prinsipielt betenke-

lig at barnevernet, gjennom å opptre som part eller partshjelper, likevel skal kunne engasjere seg formelt og ressursmessig for ett bestemt resultat (herunder et resultat som ligger et sted mellom foreldrenes påstander). Barnevernets rolle i prosessen om de aller mest inngripende tiltakene er begrenset til å fremsette en begjæring for fylkesnemnda (eventuelt treffe akuttvedtak som må godkjennes av fylkesnemnda i ettertid). Selv om en foreldretvist bare gjelder rettigheter og plikter foreldrene imellom, kan det virke uryddig om barnevernet skal kunne engasjere seg i en tvist for domstolene på siden av dagens rolle etter barnevernloven. I tilfeller der barnevernet eller «barnevernets part» ikke vinner frem i domstolen, kan ordningen dessuten utfordre tilliten til barnevernet, herunder til barneverntjenestens uavhengige stilling som hjelpeinstans. I en rolle som partshjelper kan barneverntjenesten dessuten risikere å komme i en situasjon der den formelt er bundet av partsdisposisjoner som vurderes ikke å være til barnets beste. Dette vil i så fall være uforenlig med barnevernets rolle.

Om barneverntjenesten ikke skal kunne anlegge søksmål eller opptre som part eller partshjelper, kan det vurderes om den bør ha enkelte utvalgte partsrettigheter i foreldretvister. Det mest praktiske synes i så fall å være adgang til å delta i saksforberedende møter etter barnelova § 61 første ledd nr. 1. Etter gjeldende rett kan barneverntjenesten delta i slike møter dersom partene samtykker. Ett spørsmål er om barneverntjenesten bør få rett til å være til stede og uttale seg, uavhengig av samtykke.

Deltakelse fra barneverntjenesten i saksforberedende møter i foreldretvister kan bidra til å opplyse barnets omsorgssituasjon, og i noen tilfeller antakelig også bidra til å redusere de utfordringene som kan gjøre seg gjeldende når det foreligger både en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven. Etter utvalgets skjønn er det imidlertid mye som tilsier at dagens ordning, der deltakelse beror på samtykke fra partene, er den beste løsningen. Dersom partene ikke ønsker at barneverntjenesten er til stede i saksforberedende møter, har det formodningen mot seg at tvang på dette punktet vil bidra positivt. At dommeren, når forholdene tilsier det, oppfordrer og motiverer partene til å samtykke i at barneverntjenesten er til stede i saksforberedende møter, er antakelig en bedre løsning.

Etter utvalgets syn bør barneverntjenesten ikke få adgang til å reise sak om foreldreansvar, fast bosted eller samvær. Barneverntjenesten bør heller ikke kunne opptre som part eller partshjel-

per i slike saker. Utvalget ser heller ikke at barneverntjenesten bør kunne kreve å få tildelt en rolle i slike tvister, uavhengig av partenes samtykke. Dermed foreslår ikke utvalget endringer i regelverket om barneverntjenestens rolle i foreldretvister.

20.4 Spørsmål om fylkesnemnda bør kunne overføre barnets faste bosted mellom foreldre

20.4.1 Bakgrunn

Etter gjeldende rett har ikke fylkesnemnda adgang til å overføre fast bosted for et barn til den andre forelderen, selv om fylkesnemnda vurderer at vilkårene om omsorgsovertakelse er oppfylt for den forelderen hvor barnet har fast bosted. Når en bostedsforelder blir fratatt omsorgen for et barn, og den andre forelderen ønsker at barnet skal ha fast bosted hos seg, er utgangspunktet derfor at den andre forelderen – for å oppnå rettslig interesse i sak om omsorgsovertakelse – først må få overført det faste bostedet til seg. Dette kan skje enten ved avtale eller ved å fremme krav for tingretten om endring av barnets faste bosted etter reglene i barnelova. Deretter må forelderen fremme krav om opphevelse av vedtaket om omsorgsovertakelse og tilbakeføring av omsorg fra barnevernet i en ny sak for fylkesnemnda.

Når bostedsforelderen fratras omsorgen for et barn, har fylkesnemnda adgang til å plassere barnet i fosterhjem hos den andre forelderen. Der som det er lagt ned påstand om plassering av barnet i et bestemt fosterhjem, har fylkesnemnda plikt til å vurdere dette.¹² Det er lagt til grunn at fosterhjems plassering hos forelder kan skje hvis det totalt sett vurderes å være til beste for barnet.¹³ En forutsetning er at den forelder som ønsker barnet plassert hos seg, deretter tar nødvendige skritt for å få løst saken etter barnelova.

Etter forskrift om fosterhjem § 4 andre ledd skal barneverntjenesten alltid vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan velges som fosterhjem.¹⁴ Hvor ofte barnet i praksis plasseres slik, har ikke utvalget nøyaktige opplysninger om.¹⁵ I de dobbeltsaksakene som utvalgets undersøkelse omfatter, er det nedlagt påstand om

plassering av barnet i fosterhjem hos den andre forelderen i omtrent halvparten av sakene i fylkesnemndene. Videre var over halvparten av foreldretvistene bragt inn for tingrettene for å kunne oppnå rettslig interesse i en sak om tvang etter barnevernloven. I noen av disse sakene vil antakelig barnet være plassert i fosterhjem hos forelderen som reiser foreldretvisten.

I en del tilfeller vil foreldrene bli enige om at barnet skal bo fast hos den andre forelderen før fylkesnemnda treffer vedtak om omsorgsovertakelse. Dersom bostedsforelderen motsetter seg at barnet skal bo hos den andre forelderen, og denne andre forelderen har tilstrekkelig omsorgskompetanse, byr barnelova og barnevernloven til sammen på et komplisert bilde. Etter dagens system er det som nevnt behov for avgjørelser både fra domstolene (foreldretvisten), fylkesnemnda (tvangssaken), og barneverntjenesten (godkjenning av fosterhjem). Forenklinger i regelverket vil kunne redusere behovet for mellomplasseringer og flere rettslige prosesser.

I Ot.prp. nr. 104 (1992–93) drøftet Barne- og likestillingsdepartementet forholdet mellom barnelova og barnevernloven, og frarådet der at fylkesnemnda skal kunne overføre omsorgen mellom foreldrene etter barnelovas regler.¹⁶ Departementet mente at dette ville reise mange prinsipielle og vanskelige spørsmål, særlig i forbindelse med den rettslige overprøvingen av fylkesnemndas avgjørelser. Forbruker- og administrasjonskomiteen sluttet seg til dette.¹⁷ Spørsmålet ble tatt opp på nytt i NOU 2012: 5. Der ble det pekt på at en adgang for fylkesnemnda til å avgjøre at barnet skal bo fast hos den andre forelderen, kan invitere til misbruk. Utvalget uttalte om dette:¹⁸

«Med mindre foreldrene oppfyller de økonomiske vilkår for fri sakførsel i rettshjelploven, vil foreldrene selv være ansvarlig for saksomkostninger i tvister for domstolene om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Saker for fylkesnemnda gir alltid rett til fri sakførsel uten økonomisk behovsprøving. I en tvist mellom foreldrene om fast bosted for barnet, kan det tenkes tilfeller der den av foreldrene som barnet ikke bor hos, av økonomiske grunner vil prøve å manipulere barnevernet til å reise sak om omsorgsovertakelse, for eksempel ved å inngi feilaktige bekymringsmeldinger».

¹² Rt. 2011 side 377 og Rt. 2012 side 488.

¹³ Barne- og familiedepartementets rundskriv 19. juni 2000 om fosterhjems plassering hos biologiske foreldre, Q-0835.

¹⁴ Barnevernslovutvalget har i NOU 2016: 16 kapittel 15.5.3.3 side 212 foreslått å lovfeste denne plikten.

¹⁵ Se også NOU 2012: 5 kapittel 7.3.4 side 95.

¹⁶ Ot.prp. nr. 104 (1992–93) kapittel 2.4.1 side 6–7.

¹⁷ Innst. O. nr. 126 (1992–93).

¹⁸ NOU 2012: 5 kapittel 7.3.5.2 side 96.

20.4.2 Mulige løsninger

I Ot.prp. nr. 104 (1992–93) skisserte Barne- og likestillingsdepartementet enkelte eksempler på følger av at fylkesnemnda får myndighet til å overføre omsorgen mellom foreldrene. Departementet tok utgangspunkt i at fylkesnemnda i så fall først måtte treffe vedtak om omsorgsovertakelse overfor bostedsforelderen, deretter overføre barnets faste bosted til den andre forelderen, og så treffe vedtak om opphevelse av omsorgsovertakelsen. Det ble presisert at dette kunne behandles i ett og samme møte, men det synes forutsatt at det måtte treffes tre ulike vedtak, eventuelt ett vedtak med flere punkter i slutningen. Denne løsningen er basert på det eksisterende systemet med hensyn til inngrepshjemler og partsstatus, og forutsetter bare en endring i hvilket organ som kan treffe avgjørelsene om de enkelte spørsmålene.

For særdomstolsutvalget er det mer nærliggende å vurdere en noe annen ordning, nemlig å gi fylkesnemnda adgang til å avgjøre at barnet skal ha fast bosted hos den andre forelderen i tilfeller hvor vilkårene for omsorgsovertakelse overfor bostedsforelderen er oppfylt. Forutsetningen må være at den andre forelderen ønsker at barnet skal bo fast hos denne. Etter denne modellen vil ikke fylkesnemnda treffe et vedtak om omsorgsovertakelse overfor bostedsforelderen, men flytte barnets faste bosted til den andre forelderen (frata omsorgen fra den forelderen barnet har bodd fast hos og fastsette fast bosted hos den andre forelderen, og eventuelt fastsette samvær for den forelder som barnet ikke skal bo fast hos). Med et slikt system er det ikke nødvendig å gå veien om opphevelse av omsorgsovertakelsen og tilbakeføring av omsorgen fra barnevernet. Tvangsinngrepet vil være flytting av barnets faste bosted, og det offentlige overtar ikke omsorgen for barnet. Barneverntjenestens ansvar vil opphøre etter gjennomføringen, på samme måte som når et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves etter barnevernloven § 4-21. Et vedtak om å flytte barnets faste bosted må kunne settes i verk så snart som mulig, og det bør fastsettes en oppfyllelsesfrist i vedtaket.

Forutsetningen for en slik ordning, må som nevnt være at vilkårene for omsorgsovertakelse i barnevernloven § 4-12 er oppfylt overfor den forelder som barnet i utgangspunktet bor hos. I tillegg må det stilles vilkår om at den andre forelderen kan gi barnet forsvarlig omsorg.¹⁹ Løsningen må

også ellers være nødvendig ut fra den situasjonen barnet befinner seg i, og være til barnets beste. Vilråene må være kumulative. Dersom vilråene for omsorgsovertakelse ikke er oppfylt, skal ikke fylkesnemnda kunne treffe vedtak om å flytte barnets faste bosted til den andre forelderen, heller ikke når den mener at den andre forelderen er en bedre egnet omsorgsperson. Dersom vilråene for omsorgsovertakelse er til stede, men den andre forelderen ikke finnes å kunne gi barnet forsvarlig omsorg, må omsorgsovertakelse og plassering skje etter dagens regler.²⁰ Fylkesnemnda skal følgelig ikke vurdere hvem av foreldrene som har best omsorgsevne, og terskelen for å få medhold i fylkesnemnda i flytting av barnets faste bosted vil følgelig være en annen – og høyere – enn det som skal til i en foreldretvist. Videre må det være en forutsetning at det er en barnevernsak som danner utgangspunktet for prosessen (der barneverntjenesten blant annet har utredet spørsmålet om omsorgssvikt og ulike omsorgsalternativer for barnet), og at barneverntjenesten fremmer en begjæring om tiltak. Fylkesnemnda bør med andre ord ikke få en generell myndighet til å fastsette fast bosted etter barnelova etter begjæring fra en forelder.

En forelder som har del i foreldreansvaret, vil som hovedregel ha partsstatus i relasjon til alle spørsmål som skal behandles av fylkesnemnda. Dersom den forelderen som barnet ikke bor fast hos har partsstatus, vil denne – i et system som beskrevet ovenfor – kunne nedlegge påstand om at barnet skal ha fast bosted hos seg i saker hvor barneverntjenesten begjærer omsorgsovertakelse overfor bostedsforelderen. Barneverntjenesten må videre kunne nedlegge påstand om det samme.

Et særskilt spørsmål er om barneverntjenesten bør kunne nedlegge påstand om at barnet skal ha fast bosted hos den andre forelderen når denne ikke har del i foreldreansvaret. I dagens ordning kan barneverntjenesten ønske å plassere barnet i fosterhjem hos den andre forelderen uavhengig av om denne har del i foreldreansvaret, og uten at denne blir part i omsorgsovertakelsessaken.²¹ Hvis barneverntjenesten får anledning til å nedlegge påstand om at barnet skal ha fast bosted hos den andre forelderen, vil denne forelderen etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e kunne få partsstatus, siden avgjørelse i saken da kan bli rettet mot vedkom-

¹⁹ Jf. til sammenligning vilkåret i barnevernloven § 4-21 første ledd første punktum.

²⁰ Barnevernloven §§ 4-12, 4-14 og 4-15.

²¹ Knut Lindboe, Barnevernrett, 6. utgave, 2012, kapittel 11 side 100.

mende.²² Partsstatus inntreer fra det tidspunktet det blir tatt skritt som gjør det til en aktuell mulighet at en slik avgjørelse kan bli truffet.²³ En forutsetning for at fylkesnemnda skal kunne avgjøre at barnet skal ha fast bosted hos en forelder uten del i foreldreansvaret, bør være at det samtidig fastsettes at denne skal ha del i foreldreansvaret.²⁴ Den foreldereren barnet skal ha fast bosted hos må i tilfelle samtykke i at det fastsettes felles foreldreansvar.²⁵ Det er ikke aktuelt å foreslå at fylkesnemnda skal kunne frata foreldreansvaret fra den som barnet har bodd fast hos.

Det kan videre tenkes tilfeller der en forelder uten del i foreldreansvaret ønsker at barnet skal bo fast hos denne, men at barneverntjenesten mener at han eller hun ikke kan gi barnet forsvarlig omsorg. I dagens ordning har fylkesnemnda adgang til å stille vilkår om plassering i et bestemt fosterhjem, herunder hos den andre foreldereren.²⁶ For å unngå to «spor» i disse tilfellene, er det derfor mye som taler for at fylkesnemnda skal kunne flytte barnets faste bosted til en forelder som ønsker dette, men som ikke har del i foreldreansvaret, når nemnda kommer til at den aktuelle foreldereren kan gi barnet forsvarlig omsorg. En forutsetning er imidlertid at den andre foreldereren får partsstatus i saken. Fylkesnemnda må følgelig under saksforberedelsen vurdere om det kan være aktuelt å flytte barnets faste bosted til den

andre foreldereren, og eventuelt sikre at denne får partsstatus etter forvaltningsloven.

På samme måte som ved offentlig omsorgsovertakelse, må fylkesnemnda kunne ta stilling til samvæerspørsmålet for den foreldereren som fratas omsorgen for barnet.²⁷ Ettersom det ikke fattes vedtak om omsorgsovertakelse, bør samværet fastsettes etter reglene i barnelova § 43. Dette innebærer at fylkesnemnda må kunne stille de vilkår for samvær som barnelova gir hjemmel for, for eksempel at det skal kunne føres tilsyn under samværet. I slutningen i vedtaket vil fylkesnemnda kunne fastsette at barnet skal ha fast bosted hos den andre foreldereren, og eventuelt at denne skal ha del i foreldreansvaret, og samvær mellom barnet og den foreldereren som er fratatt omsorgen. Fylkesnemnda vil ved fastsettelse av samværet ikke ha mulighet til å benytte de samme virkemidlene som domstolen har i foreldretvister, for eksempel utprøving av en foreløpig avtale. I tilfeller hvor en av foreldrene eksempelvis mener det er behov for utprøving av ulike samværløsninger, må dette løses i foreldretvistsporet. I de nemndene som er med i forsøksprosjektet om samtaleprosess, kan likevel utprøving av samværsordninger være en del av en samtaleprosess.

Et vedtak som gjelder barnets faste bosted, vil rette seg mot både bostedsforeldereren på tidspunktet for fylkesnemndsbehandlingen og den andre foreldereren, jf. tvisteloven § 36-3 første ledd. Begge foreldrene vil følgelig kunne bringe vedtaket inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Barns søksmålskompetanse vil være den samme som tidligere, jf. barnevernloven § 6-3 andre ledd. Videre vil kommunen være part i saken, og den kan også selv bringe vedtaket inn for tingretten. Partene kan bringe hele eller deler av vedtaket inn for tingretten. Dette innebærer for eksempel at kommunen kan bringe spørsmål om bosted eller samvær (eventuelt begge deler) inn for tingretten.²⁸ Tingretten kan prøve alle de spørsmål som er avgjort av fylkesnemnda, selv om partene ikke har brakt spørsmålet inn til rettslig prøving.²⁹ Tingretten må, på samme måte som fylkesnemnda, vurdere om vilkårene for å flytte barnets faste bosted er til stede, dvs. om vilkårene for omsorgsovertakelse overfor bostedsforelde-

²² I Knut Lindboe, Barnevernrett, 6. utgave, 2012, kapittel 11 side 100 er det påpekt at dagens ordning kan skape visse problemer med hensyn til hvilke opplysninger den forelder som får plassert et barn hos seg, kan få fra barneverntjenesten. Hvis barneverntjenesten gis mulighet til å nedlegge påstand som skissert i dette avsnittet, vil dette innebære at den andre foreldereren blant annet vil kunne få innsyn i dokumentene i saken etter barnevernloven § 7-4, jf. forvaltningsloven §§ 18 flg., uten at det blir reist en foreldretvist, jf. til sammenligning barnelova § 61 a.

²³ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 10. utgave, 2014, kapittel 16 side 262.

²⁴ I juridisk teori er det antatt at det ikke kan fastsettes at barnet skal bo fast hos en forelder som ikke har foreldreansvaret, idet dette harmonerer dårlig med foreldreansvarets funksjon, og vil bety en lite hensiktsmessig oppsplitting, som ikke nødvendigvis er i tråd med prinsippet om barnets beste, se Inge Lorange Backer, Barnelova, Kommentartutgave, 2. utgave, 2008, side 323 og 336.

²⁵ I foreldretvister kan domstolene bare fastsette felles foreldreansvar når en av foreldrene har påstått det, og felles foreldreansvar kan ikke fastsettes mot begge parter ønske, jf. Ot.prp. nr. 56 (1996-97) kapittel 5.3 side 42-43.

²⁶ Se barnevernloven § 4-15 andre ledd andre punktum og Rt. 1999 side 843. I Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 163 er det lagt til grunn at kommunen må foreta en etterfølgende vurdering av om fosterhjemmet kan godkjennes etter barnevernloven § 4-22 fjerde ledd.

²⁷ Jf. til sammenligning barnevernloven § 4-19.

²⁸ En annen sak er at kommunen må vurdere nytten av dette dersom foreldrene er enige om at fylkesnemndas fastsettelse av samvær er en god løsning. Foreldrene vil da selv kunne avtale den samværløsningen de ønsker, jf. barnelova § 64 første ledd.

²⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) kapittel 29 side 405, Rt. 2003 side 1319 og Rt. 2011 side 1251.

ren er til stede og om den andre forelderen kan gi barnet forsvarlig omsorg. Dersom tingretten kommer til at vilkårene for omsorgsovertakelse ikke er til stede, vil fylkesnemndas vedtak måtte oppheves – også om tingretten mener at den andre forelderen er en bedre omsorgsperson. Det vil være opp til partene å reise en foreldretvist for tingretten dersom de ønsker endringer i barnets faste bosted utenfor barnevernsaken.

Flytting av barnets faste bosted vil utgjøre bare ett krav. Dermed oppstår ikke de kompliserte spørsmålene om bare én av problemstillingene (å frata omsorgen fra den ene forelderen eller flytte barnets faste bosted til den andre) kan bringes inn i saken, eller om forening ved overprøvingen, som departementet drøfter i Ot.prp. nr. 104 (1992–93). De uklarhetene ved partsforholdene som er eksemplifisert i proposisjonen, oppstår dermed heller ikke. Begge foreldrene, kommunen og eventuelt barnet og andre samværs personer, vil være parter ved overprøvingen. Som det fremgår ovenfor, skal fylkesnemnda og domstolene heller ikke vurdere foreldrene opp mot hverandre etter barnelova. Spørsmålet om hvem som vil være parter og motparter i saken for tingretten, vil løses på samme måte som i dagens ordning ved fosterhjemsplassering hos den andre forelderen.

En avgjørelse etter barnevernloven om flytting av barnets faste bosted til den andre forelderen mv. må bare kunne endres i tråd med reglene i barnelova. Dette er en konsekvens av at det ikke lenger skal foreligge en barnevernsak etter at saken om tvang etter barnevernloven er endelig avgjort. Foreldrene vil dermed i utgangspunktet stå fritt til å gjøre avtale om foreldreansvar, fast bosted og samvær. En annen sak er at en avtale mellom foreldrene om for eksempel flytting av barnets faste bosted tilbake til den opprinnelige bostedsforelderen kort tid etter fylkesnemndsvedtaket, og uten at det foreligger endrede forhold, vil kunne resultere i en ny barnevernsak der den andre forelderen vurderes å ikke lenger være et reelt omsorgsalternativ. Dersom foreldrene ikke blir enige om hvem som skal ha foreldreansvaret, hvem barnet skal bo fast sammen med eller samvær, kan hver av dem reise sak for retten. På samme måte som for dommer, rettførlig og avtaler med tvangskraft, bør domstolen imidlertid ikke kunne endre en avgjørelse etter barnevernloven om flytting av barnets faste bosted med mindre særlige grunner taler for det. Med en slik løsning må barnelova § 64 endres slik at den også omfatter disse avgjørelsene.

I tilfeller hvor det pågår en foreldretvist i domstolene og en barnevernsak for fylkesnemnda, er

det et spørsmål om foreldretvisten skal kunne overføres til fylkesnemnda. Det ligger ikke i ordningen beskrevet ovenfor at fylkesnemndene skal få en generell myndighet til å fastsette foreldreansvar, fast bosted og samvær etter barnelova. Dermed vil det være lite naturlig at foreldretvisten overføres til fylkesnemndene for avgjørelse. Spørsmålet er der nest om det bør være åpning for at et krav om fast bosted kan behandles i domstolene (foreldretvistsporet) samtidig som fylkesnemndene behandler et krav om flytting av barnets faste bosted (barnevernsporet).³⁰ En mulig løsning vil være å fastslå at barneverntjenesten må undersøke om det pågår en foreldretvist om fast bosted for domstolene, og at fylkesnemnda, i saker der det er anlagt en foreldretvist om bostedsspørsmålet, skal være avskåret fra å treffe avgjørelse om bosted.

Det er ikke aktuelt å foreslå at barnevernadministrasjonens leder eller påtalemyndigheten i akuttsituasjoner, jf. barnevernloven § 4-6, skal kunne treffe midlertidig vedtak om å flytte barnets faste bosted. Barneverntjenesten har etter dagens ordning adgang til å plassere barnet i beredskapshjem hos den andre forelderen, og denne adgangen bør videreføres. Begrunnelsen for standpunktet er blant annet at saksbehandlingen i barneverntjenesten ikke er like grundig og rettssikker som fylkesnemndas behandling.

Går man inn for en løsning med adgang for fylkesnemnda til å fastsette fast bosted hos den andre forelderen som alternativ til omsorgsovertakelsessak, kan det vurderes om adgangen også skal kunne benyttes i tilfeller der det offentlige har overtatt omsorgen for et barn, og den forelderen som ikke er bostedsforelder, kan gi barnet forsvarlig omsorg. Problemstillingen kan blant annet bli aktuell dersom den andre forelderen ikke ble vurdert da spørsmålet om omsorgsovertakelse ble behandlet av fylkesnemnda, eller det i ettertid har skjedd endringer som gjør at han eller hun nå kan gi barnet forsvarlig omsorg. I dag vil det bare være den forelder som barnet i utgangspunktet har fast bosted hos, som vil få en begjæring om tilbakeføring behandlet i fylkesnemnda. Den andre forelder vil være henvist til først å få barnets faste bosted overført til seg – enten ved avtale eller ved å anlegge foreldretvist for domstolene – og først deretter få behandlet en begjæring om tilbakeføring av omsorgen fra det offentlige.

Spørsmålet kan tenkes besvart på minst to måter. Én mulighet kan være at fylkesnemnda bare gis slik myndighet i tilfeller der barneverntjenesten fremmer sak på vegne av en forelder som ikke er

³⁰ Se til sammenligning tvisteloven § 18-1 om litispensens.

bostedsforelder, men som har del i foreldreansvaret. Denne forelder vil bli part i saken etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e, idet en avgjørelse i saken vil rette seg mot vedkommende. Et annet alternativ er å endre reglene om hvem som kan være i rettslig posisjon til å kreve tilbakeføring for fylkesnemnda, slik at også en forelder som ikke har barnet fast boende hos seg, men har foreldreansvar, omfattes. Videre bør antakelig adgangen begrenses til tilfeller der den andre forelder har del i foreldreansvaret. Begrunnelsen for dette siste er at det må kreves en viss tilknytning mellom barnet og forelder for at fylkesnemnda, etter en offentlig omsorgsovertakelse, skal kunne gripe inn i forholdet mellom foreldrene.

Det er en svakhet ved dagens system at det kan gi mange prosesser, og for de involverte kunne det være en forenkling om fylkesnemnda kan vurdere begge foreldrene i en sak om tilbakeføring av omsorgen. En slik ordning vil også redusere antall tilfeller der domstolene må vurdere spørsmålet om fast bosted i en sak mellom foreldrene, selv om det er usikkert om omsorgen vil bli tilbakeført fra det offentlige. På den annen side kan en slik ordning gi noe merarbeid for fylkesnemndene, og det kan ikke utelukkes at den vil kunne fungere som en ekstra arena for foreldrene til å strides om fast bosted. Både barneverntjenestens ansvar for saksforberedelsen og reglene om fri rettshjelp i fylkesnemndssaker, vil reelt sett kunne senke terskelen sammenlignet med om spørsmålet om fast bosted i slike tilfeller utelukkende kan behandles i foreldretvistsporet. For barnet vil det være vesentlig å begrense antall prosesser, slik at det blir ro rundt omsorgssituasjonen. Siden ordningen vil kunne være prosessdrirende, går ikke utvalget inn for at fylkesnemnda skal kunne tilbakeføre omsorgen og fastsette fast bosted hos den andre forelder enn den som omsorgsovertakelsen i utgangspunktet rettet seg mot. Det vises også til at det kan være mulig med forenklet behandling i fylkesnemnda, dersom barnets faste bosted er overført til den andre forelder enten ved avtale eller dom, og at ulempene med flere prosesser dermed kan begrenses noe.

20.4.3 Utvalgets syn på om fylkesnemnda bør kunne overføre barnets faste bosted mellom foreldre

Utvalget har delt seg i et flertall og et mindretall i spørsmålet om å gi fylkesnemnda adgang til å overføre fast bosted mellom foreldre.

Utvalgets *flertall* (utvalgets leder og medlemmene Andersland, Eriksen, Hallgren, Otterlei,

Riedl, Risnes, Stoltenberg, Thorheim, Torgersen og Torsteinson) går inn for at fylkesnemnda skal gis adgang til å overføre fast bosted mellom foreldrene som skissert ovenfor.

Skal man fastholde ordningen med at foreldretvister behandles i tingretten og spørsmål om tvang etter barnevernloven i første instans i fylkesnemnda, er det etter *flertallets* vurdering viktig å holde fast på utgangspunktet om at fylkesnemndas myndighet skal være begrenset til å overføre omsorgen etter barnevernloven som et alternativ til offentlig omsorgsovertakelse. Uten en slik begrensning, er man i realiteten tilbake til spørsmålet om hovedinnretningen av systemet.

Dette innebærer at selv om fylkesnemnda vurderer at den andre forelder er en bedre egnet omsorgsperson, skal den likevel ikke kunne treffe vedtak om flytting av fast bosted til den andre forelder hvis ikke vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt. Med mindre foreldrene blir enige om flytting av barnets faste bosted, vil den andre forelder i slike tilfeller være henvist til å reise en foreldretvist for å få barnets faste bosted overført til seg. Det kan innvendes at dette kan tenkes å forsinke avklaringen av barnets situasjon, enten ved at foreldrene venter med å reise en foreldretvist eller domstolen venter med å behandle en foreldretvist før barnevernsaken er avklart. Mulighet for forsinkelser som følge av dobbeltsporproblematikk, er det imidlertid også i dagens ordning, og det kan være vanskelig å vurdere hvilken sak som bør behandles først. *Flertallet* antar likevel at muligheten for forsinkelser vil reduseres hvis fylkesnemnda gis adgang til å fastsette barnets faste bosted som et alternativ til omsorgsovertakelse, da særlig fordi antall dobbeltsporsaker trolig vil bli færre. *Flertallet* vektlegger også at det kan gi en raskere avklaring av sakskomplekset totalt sett hvis fylkesnemnda får adgang til å overføre barnets fast bosted som et alternativ til omsorgsovertakelse.

Det kan videre innvendes mot løsningen som er beskrevet ovenfor, at foreldrene kan få større «utbytte» av å melde hverandre til barneverntjenesten enn de har i dag, ved at de kan oppfatte en barnevernsak som en inngangsport til å få endret barnets faste bosted. Reglene om fri rettshjelp kan forsterke denne risikoen, ettersom foreldrene har rett til fri sakførsel i saker for fylkesnemnda, mens de selv er ansvarlige for sakskostnadene i foreldretvister dersom de ikke oppfyller vilkårene for fri sakførsel etter rettshjelploven. Den forelder som barnet ikke bor fast hos, kan med andre ord ha et økonomisk motiv for å forsøke barnevernsporet i stedet for en foreldretvist for domsto-

lene. Mer generelt kan ordningen dessuten øke faren for at barnevernet oppfattes som «å løpe den andre forelderens ærend», med redusert tillit til barnevernet og dårligere samarbeidsforhold som resultat. I sin tur kan dette være til ulempe for barnet. Ordningen kan også bidra til en dreining fra foreldretvistsporet til barnevernsporet. I dag faller en del omsorgsovertakelsessaker bort, fordi den andre forelderens får barnets faste bosted etter reglene i barnelova. Dersom fylkesnemnda gis adgang til å overføre fast bosted mellom foreldrene, vil foreldrene være mindre tjent med å løse saken etter barnelovas regler i tilfeller der barnevernet er inne. Ettersom barnevernsaker gjennomgående er mer inngripende og derved mer belastende for familien, vil en slik dreining være uheldig.

Til dette bemerker *flertallet* at også dagens ordning med at et barn kan plasseres i fosterhjem hos den andre forelder, innebærer en viss risiko for at barnevernet kan oppfattes som partisk. Ordningen vil videre innebære en meget høy terskel for at det i en barnevernsak kan konkluderes med flytting av barnets faste bosted, og det vil være fylkesnemnda – ikke barnevernet – som eventuelt skal treffe et slikt vedtak. Noen enkel vei for å oppnå barnets faste bosted, sammenlignet med gjennom en foreldretvist for domstolene, vil ordningen således ikke være. Etter *flertallets* vurdering er det neppe grunn til å tro at ordningen vil gi større risiko for «misbruk» fra foreldre som burde være henvist til å reise en foreldretvist enn det som allerede følger av dagens adgang til å plassere et barn i fosterhjem hos den andre forelder.

Flytting av barnets faste bosted mellom barnets foreldre er prinsipielt noe annet enn offentlig omsorgsovertakelse. Det er neppe tvilsomt at omsorgsovertakelse og plassering i nøytralt fosterhjem eller institusjon innebærer et større element av tvang sammenlignet med flytting av barnets faste bosted.³¹ Dermed kan det reises spørsmål om en mulighet for fylkesnemnda til å avgjøre at barnet skal ha fast bosted hos den andre forelder, vil innebære at vilkårene for omsorgsovertakelse ikke vil bli vurdert like grundig og samvittighetsfullt som forutsatt av lovgiver. Til dette kan det anføres at også dagens ordning med plassering i fosterhjem hos barnets familie eller nære nettverk er mindre inngripende enn en nøytral plassering, og at risikoen for en lempeligere vurdering av vilkårene derfor til en viss grad er til stede også i dag. Det er likevel ikke holdepunkter for at fylkesnemndene foretar en lempeligere vurdering i omsorgs-

overtakelsessaker der barnet for eksempel plasseres i fosterhjem hos en forelder sammenlignet med en nøytral plassering av barnet.

Den sentrale fordelen ved den ordningen som er beskrevet ovenfor, er at det i en del tilfeller vil være tilstrekkelig å gjennomføre én prosess for å få avgjort de ulike aspektene i saken. Barnets omsorgssituasjon vil kunne vurderes helhetlig og samlet, og antallet dobbeltsporsaker antakelig begrenses vesentlig. Det er også normalt til beste for både barnet og de biologiske foreldrene at systemet er lagt opp slik at man i størst mulig grad unngår offentlig omsorgsovertakelse. Både hensynet til barnet og prosessøkonomiske grunner taler dermed for denne løsningen.

Alternativet til en slik ordning, vil være å opprettholde dagens ordning med plassering i fosterhjem hos en forelder. At en forelder kan være fosterforelder for sitt eget barn, er i utgangspunktet en unaturlig løsning. Barnet er formelt under barnevernets omsorg, og de alminnelige reglene for fosterhjem kommer til anvendelse. I dette ligger blant annet at hjemmet skal godkjennes som fosterhjem, og at det skal føres tilsyn med barnet. Dersom den aktuelle forelder faktisk er omsorgskompetent, må dette virke både litt forvirrende og unødig ressurskrevende. Er det fortsatt behov for oppfølging av barnets omsorgssituasjon, bør dette skje innenfor hjemlene i barnevernloven kapittel 4. Åpnes det for at fylkesnemnda skal kunne flytte barnets faste bosted, bør ordningen med fosterhjems plassering hos foreldre begrenses til de tilfellene der fylkesnemnda ikke har vurdert den andre forelderens. Kommer fylkesnemnda til at den andre forelder ikke kan gi barnet forsvarlig omsorg, bør det heller ikke kunne plasseres i fosterhjem der.

Flertallet mener på denne bakgrunn at det bør åpnes for at fylkesnemnda gis adgang til å overføre fast bosted mellom foreldrene, slik dette er skissert ovenfor. Etter *flertallets* syn bør det avgjørende være at en endring på dette punktet vil gi fylkesnemnda mulighet til å vurdere barnets omsorgssituasjon helhetlig og samlet i én prosess. En slik tvangshjemmel i barnevernloven kan også være praktisk i en tingrettsmodell, men da slik at det er tingretten – og ikke fylkesnemnda – som avgjør spørsmålet. Det må i tilfelle vurderes nærmere om det er nødvendig med en slik hjemmel i barnevernloven, da særlig hensyntatt eventuelle muligheter for forening av saker og samordning av saker i en tingrettsmodell.

Utvalgets *mindretall* (medlemmene Lund, Moen og Ramberg) mener at fylkesnemnda ikke bør gis adgang til å overføre fast bosted mellom

³¹ Se til sammenligning Rt. 2011 side 377.

foreldrene. *Mindretallet* ser at det i enkelte saker vil kunne være en fordel at fylkesnemnda har en slik adgang, men mener etter en samlet vurdering at ulempene vil være større enn fordelene. *Mindretallet* har særlig lagt vekt på at en slik mulighet vil kunne forsinke prosessen med å finne den beste løsningen for barna, at det er en risiko at det vil føre til flere inngripende prosesser for foreldrene, samt at flertallets forslag innebærer at fylkesnemnda får hjemmel til, som et tvangstiltak, å treffe vedtak på et område som etter barnelova er underlagt avtalefrihet mellom foreldrene. Forslaget innebærer på den måten en sammenblanding av to prosesser og to regelverk som ikke er hensiktsmessig.

Foreldre får i dag fri sakførsel uten behovsprøving, uten å måtte betale egenandel og uten å risikere å bli dømt til å betale motpartens sakskostnader i saker etter barnevernloven. I saker etter barnelova innvilges fri sakførsel etter behovsprøving, de fleste betaler en egenandel og man risikerer å måtte betale motpartens sakskostnader. Med de prisene det i dag er på advokattjenester er det derfor en risiko for at en forelder vil avvente å anlegge sak etter barnelova hvis vedkommende er kjent med at barnevernet vurderer å fremme sak for fylkesnemnda. Hvis det viser seg at barnevernet likevel ikke fremmer sak, eller ikke får medhold i fylkesnemnda eller tingretten, vil vedkommende forelder først når dette er avklart, ta de nødvendige skritt for å få overført bosted etter barnelova til seg. Det å få etablert den beste løsning for barnet kan på den måten bli forsinket i mange måneder, i enkelte tilfeller kan det ta mer enn et år.

Mindretallet mener at det ikke er grunnlag for å fastslå at en slik adgang for fylkesnemnda vil føre til færre prosesser, ved at det bare blir nødvendig å gjennomføre en prosess. For det første er det i dag en del barnevernssaker som bortfaller fordi fast bosted etter barnelova blir flyttet fra en forelder med manglende omsorgsevne til en forelder med god omsorgsevne, uten at man går veien om omsorgsovertagelse i fylkesnemnda. Det kan skje ved avtale, etter mekling på familievernkontor, i en meklingsprosess etter barnelova § 61 første ledd nr. 1 i domstolen eller ved dom. Foranledningen kan ofte være at barnevernet starter en undersøkelsessak i familien. Hvis flere foreldre avventer resultatet av barnevernets vurderinger og en eventuell behandling i fylkesnemnda, vil det kunne bli flere prosesser. I tillegg kommer at et betydelig antall avgjørelser fra fylkesnemnda bringes inn for rettslig overprøving i tingrettene. Det er betydelig flere barnevernssaker som overprø-

ves, og dermed behandles to ganger, enn foreldretvister. I tillegg kommer at foreldretvister gjennomgående er mindre inngripende for partene enn en barnevernsak. Mange saker bør derfor finne sin løsning i foreldretvistsporet. Selv om de såkalte dobbeltsporsakene kan være belastende for partene, så ser man også at man ved en hensiktsmessig vurdering av hvilken sak som bør behandles først, innen rimelig tid kan komme til gode løsninger for barna og redusere belastningene for partene.

Mindretallet mener også at flertallets forslag innebærer en sammenblanding av prosesser og regelverk som ikke er heldig. Foreldre har etter barnelova avtalefrihet når det gjelder fast bosted og samvær. Selv om foreldrenes rådighet er begrenset når en foreldretvist er til behandling i retten, jf. tvisteloven § 11-4, så kan de for det første når som helst bli enige om å begjære saken hevet, og inngå en utenrettslig avtale. De står også fritt til når som helst å inngå avtale om fast bosted og samvær i strid med det retten har avsagt dom for. Samme type avtalefrihet har ikke partene når det gjelder avgjørelser fra fylkesnemnda og retten i barnevernssaker. Videre er rammene for hva retten kan avgjøre i en foreldretvist snevrere enn i en barnevernssak. Tingretten kan, som det fremgår ovenfor, prøve alle de spørsmålene som er avgjort av fylkesnemnda, selv om partene ikke har bragt det inn til rettslig prøving. I en foreldretvist er retten bundet av det hvis en av partene trekker et krav om fast bosted. At fylkesnemnda som et tvangsmiddel skal kunne overføre fast bosted og fastsette samvær etter barnelova, i strid med eller utenfor foreldrenes påstand på et område som er undergitt foreldrenes avtalefrihet, fremstår derfor som lite hensiktsmessig. Det er også i strid med systemet i barnelova. *Mindretallet* mener derfor også at flertallets beskrivelse av hvem som kan bringe fylkesnemndas avgjørelse inn for retten, legger opp til en ordning som fremstår fremmed. Hvis bare samværsspørsmålet, som skal fastsettes etter reglene i barnelova, bringes inn for retten, kan ikke *mindretallet* se at det er naturlig at barnevernet skal ha partsstatus i tingretten. Ordningen med at tingretten kan prøve alle de spørsmål som er avgjort i fylkesnemnda selv om partene ikke har bragt spørsmålet inn til rettslig prøving, passer ikke i denne situasjonen. Bringer barneverntjenesten fylkesnemndas avgjørelse om samvær inn for tingretten, vil foreldrene kunne stanse rettens behandling av dette spørsmålet ved å inngå en ny avtale om samvær etter reglene i barnelova med den virkning at fylkes-

nemndas vedtak bortfaller. *Mindretallet* kan heller ikke se hvilken rolle barneverntjenesten skal kunne ha i en samtaleprosess i fylkesnemnda vedrørende samvær.

20.5 Spørsmål om reglene om taushetsplikt bør endres for å oppnå mer samordning

Som det fremgår ovenfor, kan taushetsplikten i noen tilfeller synes å være et hinder for samordning av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven om samme barn, dersom det ikke foreligger samtykke fra de som har krav på taushet. På den bakgrunnen er det naturlig å spørre om det er behov for endringer i reglene om taushetsplikt.

I foreldretvister har domstolene gode muligheter for å innhente opplysninger om en barnevernsak til bruk i en foreldretvist, jf. barnelova § 61 a, som fritar barneverntjenesten for taushetsplikt overfor domstolene i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær. I tillegg til dokumenter utarbeidet under barneverntjenestens arbeid med saken (herunder undersøkelsesrapporter, vedtak om tiltak, sakkyndige rapporter mv.), omfatter fritaket alle dokumenter som fylkesnemnda eller domstolen har sendt til barneverntjenesten om saken (herunder fylkesnemndsvedtak, møteboken fra fylkesnemnda, rettsavgjørelser og rettsbøker). Opplysninger om oppnevning av barnets talsperson eller prosessfullmektig, barnets tidligere uttalelser, oppnevning av sakkyndig, sakkyndigrapporter, berømmelse av møter mv. kan dermed innhentes av domstolene fra barneverntjenesten i medhold av denne bestemmelsen. Bestemmelsen fritar imidlertid ikke fylkesnemndene for taushetsplikt. Opplysninger som fylkesnemndene har, og som (foreløpig) ikke er sendt barneverntjenesten, kan dermed ikke gis til domstolene i foreldretvister. I praksis vil dette imidlertid neppe være et stort problem, idet det normalt tar kort tid før opplysninger sendes barneverntjenesten.

Fylkesnemndenes muligheter for å innhente taushetsbelagte opplysninger om en foreldretvist til bruk i en barnevernsak synes noe mer begrenset. Etter domstolloven § 63 a første ledd nr. 1 plikter dommere og andre som utfører tjeneste eller arbeid for et dommerkontor å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det de i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om «noens personlige forhold». Taushetsplikten gjelder i utgangspunktet ikke for det som er kommet frem

i et rettsmøte eller en rettsavgjørelse, jf. domstolloven § 63 a tredje ledd, men taushetsplikt kan, i lukkede rettsmøter, pålegges alle tilstedeværende særskilt etter domstolloven § 128 første punktum. Taushetsplikten gjelder likevel ikke opplysninger i dokumenter det kan gis innsyn i etter tvisteloven kapittel 14. Det følger av tvisteloven § 14-1 tredje ledd at den som har «et begrunnet behov i egen rettsstilling», har samme rett til innsyn som partene i saken. Bestemmelsen forutsetter en konkret vurdering av de aktuelle opplysningene og behovet for utlevering i det enkelte tilfellet.

I en upublisert kjennelse 23. juni 2000 behandlet Høyesteretts kjæremålsutvalg spørsmål om barneverntjenestens rett til å få utlevert en sakkyndig rapport, avgitt til domstolen i en foreldretvist, til bruk i en sak om omsorgsovertakelse.³² Kjæremålsutvalget antok at barnevernloven § 6-4 om opplysningsplikt for «offentlige myndigheter» ikke gjelder for domstolene. Kjæremålsutvalget mente likevel at rapporten kunne utleveres til barneverntjenesten med hjemmel i den dagjeldende tvistemålsloven § 135, under henvisning til at barneverntjenesten hadde «rettslig interesse» i å få utlevert rapporten. Selv om bestemmelsen i tvisteloven § 14-1 tredje ledd ikke benytter uttrykket «rettslig interesse», fremgår det av forarbeidene at det ikke var ment å utgjøre noen realitetsendring.³³

Ved behandling av barnevernsaker antas det at også fylkesnemnda kan gis innsyn i enkelte opplysninger i foreldretvister med hjemmel i tvisteloven § 14-1 tredje ledd. Det antas at sentrale dokumenter som sakkyndige rapporter og rettsavgjørelser omfattes av innsynsretten etter denne bestemmelsen. Mer tvilsomt er det om opplysninger om oppnevning av barnets representant eller prosessfullmektig, barnets tidligere uttalelse, oppnevning av sakkyndig, berømmelse av møter mv. omfattes av innsynsretten.

Ovenstående viser at det i dag kan oppstå kompliserte spørsmål om taushetsplikt, som igjen kan begrense de praktiske mulighetene for samordning. Hensynet til barnets beste skal være et bærende prinsipp i lovgivningen knyttet til barns rettsforhold. I tilfeller hvor det foreligger både en foreldretvist og en sak om tvang etter barnevernloven om samme barn, vil det som regel være til barnets beste at sakene ses i sammenheng. Mye tyder på at det er hensiktsmessig å regulere

³² HR-2000-484.

³³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 29 side 414.

spørsmålet om taushetsplikt slik at innholdet blir klarere.

Ved den lovendringen som ga barneverntjenesten fritak for taushetsplikt overfor domstolene i foreldretvister, ble det lagt til grunn at det er av avgjørende betydning at foreldretvister blir forsvarlig belyst i tilfeller der barneverntjenesten har kunnskap om barnet og familien. Slik utvalget ser det, er dette også utgangspunktet når fylkesnemnda/domstolen behandler barnevernsaker. Sakens opplysning er avgjørende for at avgjørelsesorganet skal kunne vurdere barnets situasjon på et mest mulig fullstendig grunnlag. Samtidig er det umiddelbart kanskje mer nærliggende å fastslå at et forvaltningsorgan som har i oppgave å sikre barns helse, utvikling og oppvekstvilkår, skal bidra til sakens opplysning i en tvist mellom to private parter, enn å gå inn for at et avgjørelsesorgan som kan fatte vedtak om tvang overfor private, skal ha innsyn i opplysninger som er fremkommet i en tvist mellom de private partene.³⁴

Både sakkyndige rapporter og rettsavgjørelser i foreldretvister vil kunne inneholde en rekke sensitive opplysninger, og disse kan i utgangspunktet innhentes til bruk i barnevernsaken i dag. Det er da vanskelig å se at det ikke bør være en generell adgang til innsyn i også øvrige opplysninger. Dette er opplysninger som i all hovedsak vil være av mindre sensitiv karakter, eksempelvis opplysninger om oppnevning av barnets representant eller prosessfullmektig, barnets tidligere uttalelse, oppnevning av sakkyndig, berømmelse av møter mv. Fordi det som regel vil være til barnets beste at foreldretvister og barnevernsaker samordnes i større grad, mener utvalget at reglene om taushetsplikt ikke bør være til hinder for slik samordning. Utvalget foreslår derfor enkelte presiseringer og endringer i reglene om taushetsplikt.

³⁴ De private partene har heller ikke møte og forklaringsplikt i fylkesnemnda, jf. barnevernloven § 7-17 første ledd som ikke gir tvisteloven kapittel 23 tilsvarende anvendelse.

Kapittel 21

Sakkyndighet og sikring av en faglig standard i arbeid fra sakkyndige

21.1 Innledning

Sakkyndighet kan komme inn på flere stadier og på flere måter i foreldretvister og barnevernsaker. I foreldretvister kan sakkyndige for det første bringes inn i saksforberedelsen for domstolene for å gjøre undersøkelser, ha samtaler med barn og eventuelt bidra til mekling og andre tiltak som kan legge grunnlag for å løse saken i minnelighet¹. Videre kan det være behov for sakkyndighet for å utrede forholdene i saken, herunder for å sikre at det foreligger et barnefaglig informert grunnlag for de beslutninger som skal treffes². Når det er behov for utredning i en foreldretvist, vil tingretten oppnevne en sakkyndig. Det hender imidlertid også at en eller begge parter selv engasjerer sakkyndig.

Barnevernloven bygger på en forutsetning om at det er den kommunale barneverntjenesten som skal utrede saken og ta stilling til om det skal fremsettes begjæring om tiltak for fylkesnemnda. Barnevernet bygger sine vurderinger på opplysninger innhentet eksempelvis fra barnehage, skole, PP-tjeneste, BUP, ulike barneverntiltak og kommunal helsetjeneste. Mange av disse opplysningene kan være avgitt på fagkyndig grunnlag. Barnevernloven bygger videre på en forutsetning om at fylkesnemnda er i stand til å vurdere innholdet i opplysningene, og holdbarheten av barneverntjenestens faglige vurderinger. Det ligger i ordningen at fylkesnemndsleder har særlig kjennskap til denne typen saker, og fylkesnemnda vil være satt med et fagkyndig medlem i tillegg til et alminnelig medlem. Med barneverntjenestens undersøkelser og vurderinger, og bemanningen i fylkesnemnda, skal behovet for opplysning og barnefaglig kompetanse i prinsippet være dekket. I barnevernsaker skal oppnevning av sakkyndig derfor bare være aktuelt i spesielle tilfeller, der

saken byr på særlig vanskelige eller utfordrende faglige spørsmål som ikke avklares gjennom den ordinære barnevernfaglige kartleggingen og det fagkyndige elementet i avgjørelsesorganet. Når en sak er bragt inn for domstolene, korresponderer disse forutsetningene med tvisteloven § 25-2, som sier at retten kan oppnevne sakkyndig «når det er nødvendig for å få et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag».³ Utvalget foreslår ingen endring i forutsetningen om at det er den kommunale barneverntjenesten som skal utrede saken og vurdere behov for tiltak.

Når det innhentes sakkyndigrapporter i foreldretvister og barnevernsaker, kan disse bli en sentral del av avgjørelsesgrunnlaget. Derfor er det særdeles viktig at bidrag fra sakkyndige holder en god faglig standard.

Det fremgår av utvalgets mandat at utvalget skal vurdere «bruken og kvalitetssikringen av sakkyndigerklæringer og sakkyndig arbeid i barne- og barnevernsaker, samt tilgangen til sakkyndige.» I det følgende gjennomgår utvalget en del utredningsarbeid og andre tiltak som er gjort for å styrke kvaliteten på bidrag fra sakkyndige (kapittel 21.2). Videre refereres enkelte observasjoner av tilgangen til sakkyndige for bruk i saker om barn (kapittel 21.3). I kapittel 21.4 drøfter utvalget spørsmålet om arbeidsområdet for Barnesakkyndig kommisjon bør utvides ved at også sakkyndigrapporter utarbeidet på grunnlag av barnelova § 61 første ledd nr. 3 skal vurderes av kommisjonen for å kunne inngå i beslutningsgrunnlaget i domstolene. I dag vurderer Barnesakkyndig kommisjon bare sakkyndige rapporter til bruk i barnevernsaker.

¹ Barnelova § 61 første ledd nr. 1, 4 og 7.

² Barnelova § 61 første ledd nr. 3.

³ Tall fra Domstoladministrasjonen for 2016 tyder på at det blir oppnevnt sakkyndig for tingretten i rundt halvparten av barnevernsakene. Samtidig stadfester tingretten i stor grad vedtak fra fylkesnemnda. Det kan være nærliggende å anta at antall oppnevninger vil reduseres noe dersom det stilles krav til særskilt kompetanse i barnesakene hos fagdommere i tingretten og lagmannsretten.

21.2 Arbeid med kvaliteten i sakkyndigrapporter mv.

I 1994 oppnevnte Barne- og familiedepartementet et offentlig utvalg for å utrede sakkyndiges rolle i barnesaker (saker etter barnevernloven og barnelova). Utvalgets mandat omfattet både det å utforme og beskrive den sakkyndiges rolle, å beskrive det faglige grunnlaget som er relevant for arbeidet som sakkyndig, å utrede og vurdere den faglige kompetansen som anses nødvendig for arbeidet som sakkyndig, å vurdere erfaringer med sakkyndigarbeid (herunder behovet for standardisering og kvalitetssikring), og å fremlegge eventuelle forslag blant annet til tiltak for opplæring og kvalitetssikring. Utvalgets utredning er NOU 1995: 23 *Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver*.

Ved omtale av den formelle reguleringen av rollen som sakkyndig i barnesaker, konstaterte utvalget at rollen oppfattes som legitim i beslutningsprosessene, og at sakkyndige bidrar til å opplyse sakene på en tilfredsstillende måte.⁴ Utvalget fant imidlertid at det var enkelte uklarheter i det formelle grunnlaget for barnevernets engasjement av fagpersoner, og at kvaliteten på sakkyndigarbeidet i barnesaker var for ujevn. Det anbefalte blant annet at rollen som ekspert engasjert av forvaltningen presiseres i rundskriv fra Barne- og familiedepartementet, og at det arbeides videre med sikte å få samlet veiledende retningslinjer for sakkyndighetsarbeid i barnesaker (herunder i straffesaker som involverer barn). Videre foreslo utvalget at det etableres et toårig utdanningsprogram i sakkyndigarbeid etter barnelova og barnevernloven, og en ordning med offentlig registrering for fagpersoner som påtar seg arbeid for forvaltningen og rettsapparatet i barnesaker.

Senere er det etablert et toårig utdanningsprogram for psykologer og leger som har interesse for arbeid som sakkyndige, og et register over sakkyndige i barne- og familiesaker. Begge tiltakene er etablert i regi av Barne- og likestillingsdepartementet, og administreres av Norsk psykologforening i samarbeid med Legeföreningen. Det første kullet på utdanningsprogrammet avsluttet utdanningen i 2000. Gjennomføring av programmet er i dag en forutsetning for å kunne oppføres i registeret. Registeret over sakkyndige formidles til domstolene og forvaltningen, til bruk ved oppnevning av sakkyndig i barnesaker.

Et annet element i arbeidet med faglig utvikling på området, er Forening for sakkyndige psykologer (FOSAP), som er en interessegruppe i Norsk psykologforening for psykologer som påtar seg oppdrag som sakkyndige. FOSAP ble etablert i 1994, og har som formål å utvikle sakkyndigrollen og belyse faglige problemstillinger.

I september 2005 nedsatte Barne- og familiedepartementet et offentlig utvalg for å utrede tiltak for å sikre den faglige standarden på sakkyndigrapporter. Utvalget ble bedt om å utrede om det bør opprettes en kommisjon for å vurdere kvaliteten på slike rapporter, og eventuelt foreslå mandat og sammensetning av en slik kommisjon. Utvalgets utredning er NOU 2006: 9 *Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker*. Utvalget kom til at det er behov for en barnesakkyndig kommisjon for vurdering av kvaliteten av sakkyndigrapporter i barnevernsaker, og utarbeidet forslag til regelverk for en slik kommisjon. Som bakgrunn for forslaget, pekte utvalget blant annet på at spesielt sakkyndige rapporter som benyttes som grunnlag for beslutninger på førstelinjenivå i barnevernet, i liten grad ble kvalitetssikret. Videre foreslo utvalget at det skulle utarbeides egne retningslinjer for sakkyndigarbeid i barnevernsaker, med grunnkriterier for arbeid og rapportering som grunnlag for kommisjonens vurdering av rapportene.

Ved lov 27. mars 2009 nr. 16 fikk barnevernloven bestemmelser om Barnesakkyndig kommisjon, som skal vurdere rapporter fra sakkyndige i barnevernsaker. Loven slår fast at barneverntjenesten kan engasjere sakkyndige, og at rapporter fra slike – før de kan legges til grunn for vedtak om tiltak etter barnevernloven kapittel 4 eller beslutning om å henlegge en sak – skal være vurdert av Barnesakkyndig kommisjon (med unntak for vedtak om tiltak i akutt situasjoner). Videre følger det av loven at fylkesnemnda og retten, i saker om overprøving av vedtak fra fylkesnemnda, bare kan legge til grunn sakkyndigbevis som har vært vurdert av Barnesakkyndig kommisjon. Som begrunnelse for å opprette kommisjonen, er det i lovforarbeidene vist både til behovet for godt fagarbeid som grunnlag for beslutninger i barnevernsakene, og til at kommisjonen gjennom sin rolle kan bidra til å styrke den private parts tillit til de sakkyndiges utredninger.⁵

Lovbestemmelsene om Barnesakkyndig kommisjon er fulgt opp med Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og domstolen fra

⁴ NOU 1995: 23 *Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver*, kapittel 5.4.1 side 47.

⁵ Ot.prp. nr. 68 (2007–2008) kapittel 8.1 side 23–25.

Barne- og likestillingsdepartementet. Retningslinjene beskriver rammene for, og forventninger til, rapporter fra sakkyndige, og er ment å danne grunnlag for kommisjonens vurderinger. Ordningen med Barnesakkyndig kommisjon ble evaluert i 2015, jf. kapittel 21.4.1 nedenfor.

21.3 Tilgangen på sakkyndige i saker om barn. Enkelte utfordringer knyttet til utdanningsprogrammet og registeret over sakkyndige

NOU 1995: 23 *Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver* gir en beskrivelse av tilgangen på sakkyndige for sin tid.⁶ Der formidles det et inntrykk av stort misforhold mellom behovet for sakkyndig ekspertise og tilgangen på slik, og at det er behov for tiltak for å kunne ta i bruk den barnefaglige kompetanse og kunnskap som er tilgjengelig. Det nevnes at mange fagpersoner som arbeider med barn og familier, vegrer seg for å påta seg oppdrag for forvaltningen og rettsapparatet, til dels på grunn av usikkerhet og utrygghet ved utøvelsen av rollen. Beskrivelsen fra 1995 er av eldre dato enn det utviklingsarbeidet som er beskrevet i kapittel 21.2 ovenfor.

I den senere tid har Oxford Research, som del av arbeidet med å vurdere domstolenes behandling av foreldretvistene, undersøkt domstolenes opplevelse av om det er utfordrende å få tak i sakkyndige for å utføre sakkyndigoppdrag etter barnelova. Spørsmålet ble besvart særskilt for oppdrag etter barnelova § 61 første ledd nr. 1 (mekling mv.) og utredningsoppdrag etter barnelova § 61 første ledd nr. 3. De domstolledere for tingrettene som besvarte spørsmålet om det er utfordrende å få tak i sakkyndige, svarte til sammen slik det fremgår av tabell 21.1.⁷

På spørsmål om hvor ofte domstolen må hente sakkyndige utenfor egen domskrets, svarte 6 av domstollederne for tingrettene «sjelden», mens 17 svarte «av og til», 13 «ofte» og 5 «alltid».⁸

I intervjuundersøkelse i det samme arbeidet rapporterte små og middels store domstoler om større utfordringer med tilgangen til sakkyndig enn større domstoler. Intervjuer med dommere i større domstoler i storbyene tilsa at tilgangen på sakkyndige der er god. I arbeid med å finne sakkyndige benytter dommerne dels psykologforeningens liste over sakkyndige, dels domstolens interne liste, og dels egne kontakter.⁹

Særdomstolsutvalget kjenner ikke for øvrig til nøyaktige undersøkelser av tilgangen på sakkyndige for barnesakene. Utvalget har derfor ikke et helhetlig bilde av tilgangen. Det er heller ikke gitt at tilgangen er den samme for barneverntjenesten som for domstolene – blant annet kan det tenkes at en del sakkyndige synes at det er enklere å arbeide for domstolene, og derfor prioriterer oppdrag fra dem. Det man kan si, er at det er ikke er noen jevn fordeling ut over i landet av personer som kan opptre som sakkyndig, men at de aktuelle reiser en del for å kunne utføre oppdrag ulike steder. Utvalgets inntrykk er at dekningen for domstolenes vedkommende i dag oppleves som forholdsvis grei i og rundt de største byene. Andre steder, og for andre aktører, kan tilgangen være vanskeligere. I fagmiljøet er det en viss bekymring for nyrekrutteringen.

Listen over sakkyndige som administreres av psykologforeningen, inneholder totalt ca. 250 navn, hvorav ca. 60 er lokalisert i Oslo. Listen inneholder navn på personer som har gjennomgått utdanningsprogrammet i regi av Barne- og likestillingsdepartementet, eller som utførte sakkyndigarbeid før listen ble etablert. Listen presiserer ikke den enkeltes kompetanse, og har heller ikke vedlegg som utdyper den enkeltes bakgrunn. I tillegg til at den gir lite informasjon, bærer listen preg av at den ikke vedlikeholdes særlig aktivt. Dermed har den begrenset nytteverdi, jf. også at noen domstoler benytter andre kilder.

Etter utvalgets syn bør oppgaven med å administrere listen ligge til et forvaltningsorgan med beslektede oppgaver, ikke til en interesseorganisa-

⁶ NOU 1995: 23 kapittel 5.4.2 side 47–48.

⁷ Oxford Research, *Domstolsbehandlingen av foreldretvis-ter*, 2016, figur 51. Tabell 2 i rapporten gir opplysninger om svarprosent.

⁸ Oxford Research, *Domstolsbehandlingen av foreldretvis-ter*, 2016, figur 52.

⁹ Oxford Research, *Domstolsbehandlingen av foreldretvis-ter*, 2016, side 86.

Tabell 21.1

	Aldri	Sjelden	Av og til	Ofte	Alltid
§ 61 første ledd nr. 1	8 %	33 %	51 %	8 %	0 %
§ 61 første ledd nr. 3	5 %	31 %	38 %	23 %	3 %

sjon. En slik organisatorisk ramme vil blant annet legge til rette for å gi regler som sikrer at listen kan redigeres på en måte som ivaretar hensyn både til kvalitet i sakkyndigarbeidet og rettssikkerhet for dem som står (eller ønsker å stå) på listen.

Tematisk sett kunne oppgaven med å administrere listen over sakkyndige sies å høre naturlig under Barnesakkyndig kommisjon. Det kan imidlertid være uheldig at den instans som skal kontrollere den enkelte erklæring, også skal stå for redigeringen av listen. En annen løsning er å legge oppgaven til Domstoladministrasjonen. Med utvalgets forslag om at både foreldretvister og avgjørelse av spørsmål om bruk av tvang etter barnevernloven skal ligge til tingrettene, og med særskilte krav til kompetanse for dommere som skal behandle disse sakene, vil Domstoladministrasjonen uansett få sentrale oppgaver knyttet til å sikre den aktuelle fagkompetansen i barnesakene. Med en slik ordning vil det være en beslektet og nærliggende oppgave for Domstoladministrasjonen også å administrere listen over sakkyndige. Dette vil også være det beste utgangspunktet for å utvikle kravene til dommere og sakkyndige under en felles «paraply», på en måte som favner begge rollene, blant annet ved å oppholde seg ved ulikhetene mellom dem.

Som nevnt er det sammenheng mellom listen over sakkyndige og utdanningsprogrammet for barnefaglig sakkyndige. Barne- og likestillingsdepartementet har det overordnede ansvaret for utdanningen, mens psykologforeningen står for gjennomføringen. Utdanningen omfatter imidlertid også andre faggrupper enn psykologer. Dermed er det ikke nødvendigvis en god ordning at gjennomføringen ligger til en interesseorganisasjon for psykologer. Dersom beslutningssystemet innrettes slik at domstolene i praksis vil stå for de fleste oppnevningene av sakkyndige, er det mulig at Domstoladministrasjonen bør ha ansvaret både for utdanningsprogrammet og listen over sakkyndige som har gjennomført programmet. Dette bør vurderes nærmere.

Arbeid som sakkyndig omfattes av helsepersonelloven. Denne loven har sitt eget system for tilsyn. Utvalget har ikke foranledning til å gå særskilt inn på spørsmål om behov for en ytterligere tilsynsordning for sakkyndige.

21.4 Spørsmål om sakkyndigrapporter i foreldretvister bør vurderes av Barnesakkyndig kommisjon

21.4.1 Innledning

Som beskrevet ovenfor, er det en betingelse for at fylkesnemnda eller domstolene skal kunne legge til grunn en sakkyndig erklæring som bevis i en barnevernsak, at arbeidet er vurdert av Barnesakkyndig kommisjon.¹⁰ Begrunnelsen for ordningen er særlig at slike saker er meget inngripende overfor dem de gjelder, og at sakene dreier seg om barn som i liten grad kan ivareta sine egne interesser. Arbeidet fra Barnesakkyndig kommisjon bidrar til å sikre en faglig standard, ved at kommisjonen ser på rapportenes form (lengde, innhold, skrivefeil, om mandatet besvares osv.). Kommisjonen kan vurdere om de faglige vurderingene ser ut til å henge sammen med den informasjonen som gis, og om arbeidet – slik det er fremstilt – er gjort på en faglig og metodisk allment akseptert måte. Det er selve erklæringenes innhold som vurderes. I dette ligger blant annet at arbeidet fra Barnesakkyndig kommisjon ikke kan ses som en kvalitetssikring av konklusjonen.

Agenda Kaupangs rapport oktober 2015 om Barnesakkyndig kommisjon inneholder både en evaluering av kommisjonens virksomhet i dag, og en vurdering av om kommisjonens arbeidsområde bør utvides. I den delen av rapporten som behandler spørsmål om behov for kvalitetssikring av sakkyndigrapporter i foreldretvister, opplyses det at en spørreundersøkelse og intervjuer foretatt i anledning arbeidet viser at kvaliteten vurderes som god, men at det oppleves å være større kvalitetsforskjeller i foreldretvistene enn i barnevernsakene.¹¹ Videre nevnes en del argumenter for og imot kvalitetssikring gjennom et organ som Barnesakkyndig kommisjon, hovedsakelig i form av en henvisning til argumenter påpekt av informanter. Blant det som nevnes til støtte for en slik ordning, er at tingretten i foreldretvister ikke nødvendigvis er satt med fagkyndige meddommere som kan vurdere kvaliteten på sakkyndigrapporter, at de faglige utfordringene ved slike rapporter i foreldretvister og barnevernsaker er de samme, og at det i noen tilfeller kan pågå både en foreldretvist og en barnevernsak (og at det da er særlig naturlig med en lik behandling av rapportene). I samme retning

¹⁰ Barnevernloven §§ 7-17 andre ledd og 7-24 tredje ledd.

¹¹ Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, 2015, kapittel 10.3 side 79–80.

nevnes at foreldretvister vurderes som særlig krevende, og at spørsmålene i slike saker ofte er mindre klart definerte enn i barnevernsaker. Som motargument pekes det hovedsakelig på ressurshevsyn; dels at andre kvalitetshevingstiltak kan innebære en bedre ressursbruk, og dels at det ikke er riktig at det offentlige skal bruke ressurser på kvalitetssikring i privatrettslige tvister. Det vises også til at det er mangel på sakkyndige, og at det derfor vil være uheldig å bruke mye sakkyndighetsressurser på kvalitetssikring fremfor på utredning. Det fremgår av rapporten at det anbefales tiltak for å sikre kvaliteten på rapporter fra sakkyndige i foreldretvister. Dersom kvalitetssikringen skal skje i regi av et uavhengig organ, mener Agenda Kaupang at oppgaven bør legges til Barnesakkyndig kommisjon.¹²

21.4.2 Barnesakkyndig kommisjon – sakstall, ressurser og eventuelt merbehov

Barnesakkyndig kommisjon mottar årlig mellom 800 og 900 saker.¹³ De fleste sakene kommer fra barneverntjenestene, men andelen saker derfra er redusert hvert år etter 2012.¹⁴ For øvrig kommer en betydelig andel av sakene fra domstolene. I 2015 ferdigbehandlet kommisjonen 847 saker, hvorav 17 % var hastesaker. For 57,9 % av de sakkyndigrapportene som ble behandlet dette året, var utfallet at kommisjonen ikke hadde merknader.¹⁵ Saksbehandlingsfristen på tolv dager ble overholdt i de aller fleste sakene, og den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i 2015 var seks dager.¹⁶ Det enkelte kommisjonsmedlem brukte gjennomsnittlig 106 minutter per rapport.

For 2015 hadde kommisjonen et budsjett på 7 550 000 kroner. De sentrale utgiftspostene er lønn/godtgjørelse til leder og medlemmer, reiseutgifter og andre driftskostnader. I Agenda Kaupangs rapport oktober 2015 er kostnadene per sak (sekretariat og kommisjon) beregnet til 8 059 kroner for 2014. Tilsvarende tall for 2010 var 5 299 kroner. Foruten en stor økning i antall saker den første tiden etter opprettelsen, forklares økningen

i utgiftene til kommisjonen blant annet med en styrking av sekretariatet, en viss økning i tidsbruken, økt arbeidsgiveravgift, og en mer riktig registrering av tidsforbruket.¹⁷

I nevnte rapport fra Agenda Kaupang er det videre gitt enkelte anslag over hva det vil koste å innføre en ordning med at også uttalelser fra sakkyndige i henhold til barnelova skal forelegges Barnesakkyndig kommisjon.¹⁸ I rapporten nevnes at det er usikkert både hvor mange sakkyndigrapporter etter denne loven det vil være tale om, og hvor ressurskrevende det vil være å kvalitetssikre den enkelte av dem. Basert på enkelte premisser beskrevet i rapporten, er det beregnet at behovet for økte bevilgninger vil være på henholdsvis ca. 4 661 000 kroner dersom endringen gir 600 flere saker, og ca. 7 765 000 kroner dersom endringen gir 1 000 flere saker.

For egen del antar utvalget at utvidelse av Barnesakkyndig kommisjons oppgave til å omfatte sakkyndigerklæringer også i foreldretvister vil medføre omtrent en dobling av antall saker for kommisjonen. Dermed må det påregnes at ressursbehovet øker omtrent like mye. Det vil være nødvendig å foreta en nærmere vurdering av hvilke kompetansekrav som spesifikt må ivaretas av kommisjonsmedlemmer som skal behandle sakkyndigrapporter etter barnelova.

21.4.3 Utvalgets vurdering

Rapport fra sakkyndig er en vesentlig del av grunnlaget for avgjørelse av en del foreldretvister, særlig i saker der det er spørsmål om manglende omsorgsevne for noen av partene. Reelt sett er det derfor god grunn til å være opptatt at kvaliteten på sakkyndigrapporter også i foreldretvistene. Det foreligger ikke noe som tilsier at kvaliteten på sakkyndigrapportene i foreldretvister generelt er bedre enn det som var utgangspunktet for barnevernsakene, og Agenda Kaupangs rapport om evaluering av Barnesakkyndig kommisjon gir grunn til å tro at det er behov for tiltak for å sikre god kvalitet også på rapporter i foreldretvister. Behandling i Barnesakkyndig kommisjon kan ikke ses som en kvalitetssikring av konklusjonene i rapportene, men innebærer en fagfellevurdering som kan gi noe større trygghet, ihvertfall for at de kvalitativt dårligste rapportene «luces ut».

¹² Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, 2015, kapittel 11.3 side 82.

¹³ Årsrapport for 2015 fra Barnesakkyndig kommisjon, kapittel 2.1 side 2.

¹⁴ Årsrapport for 2015 fra Barnesakkyndig kommisjon, tabell 2.3.

¹⁵ Det fremgår av samme årsrapport tabell 2.2.1 at andelen erklæringer uten bemerkninger hvert år tidligere har ligget rundt eller i overkant av 60 %.

¹⁶ Årsrapport for 2015 fra Barnesakkyndig kommisjon, kapittel 2.3 side 3.

¹⁷ Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, 2015, kapittel 5.9 side 48–49.

¹⁸ Agenda Kaupang, Evaluering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde, 2015, kapittel 11.2 side 81–82.

At foreldretvister tradisjonelt klassifiseres som «privatrettslige», og at de fleste av disse sakene gjelder valg mellom tilfredsstillende omsorgsalternativer, gir etter utvalgets syn ikke tilstrekkelig grunn til å akseptere en systematisk større risiko for dårlige sakkyndigrapporter i foreldretvister enn i barnevernsaker. Saker kan ha problematikk knyttet til både barnevernloven og barnelova. Etter barnelova § 61 første ledd nr. 3 bør retten oppnevne en sakkyndig til å uttale seg om ett eller flere av de spørsmålene saken reiser «[d]er det trengst». Det er presisert i lovbestemmelsen at det kan innhentes slik uttalelse i saker der det er påstand om vold, overgrep, rus eller psykisk lidelse, eller saken ikke er tilstrekkelig opplyst på annen måte. Utvalgets inntrykk er at det innhentes sakkyndig uttalelse etter § 61 nr. 3 særlig i tilfeller der det er spørsmål om forhold som kan stå sentralt for omsorgsevnen. I praksis kan det dermed være særdeles viktig at det er forsvarlig kvalitet på sakkyndigrapporter også i foreldretvister. For det enkelte barn er det essensielt at løsninger som vil innebære en utilfredsstillende omsorgssituasjon utelukkes, uavhengig av om saken er en barnevernsak eller en foreldretvist.

I forbindelse med opprettelsen av Barne-sakkyndig kommisjon ble det lagt vekt på at ordningen ikke måtte forlenge saksbehandlingstiden. Evalueringen av kommisjonen tyder på at denne intensjonen er oppfylt. Med de rutiner som kommisjonen har etablert for rask saksbehandling, antas det å ligge til rette for et tilsvarende godt resultat for foreldretvistene.

Det sentrale motargumentet mot å utvide ordningen med Barnesakkyndig kommisjon til sakkyndigrapporter i foreldretvister, er at det kan føre til at sakkyndigressurser som brukes eller kan brukes til utredning, bindes opp til arbeid med å sikre en faglig standard. På den annen side kan en styrking av det formelle rammeverket rundt sakkyndigoppdraget, muligens styrke motivasjonen for noen til å ta flere sakkyndigoppdrag. Etter utvalgets syn bør det legges avgjørende vekt på behovet for en god ramme for arbeidet, både for å styrke kvaliteten og for å motivere til arbeid som sakkyndig. Etter utvalgets syn bør derfor sakkyndigerklæringer etter barnelova § 61 første ledd nr. 3 forelegges for Barnesakkyndig kommisjon.

En mulig alternativ løsning kan være å etablere en ordning der oppdragsgiver for den sakkyndige kan sende rapporter som vedkommende er i tvil om kvaliteten av, til Barnesakkyndig kommisjon. Dersom det utarbeides en veileder for sakkyndigerklæringer i foreldretvister på

linje med den som foreligger for barnevernsakene, vil en dommer i barnesaker antakelig relativt godt kunne vurdere behovet for en slik kontroll. Samtidig er det nærliggende å anta at en slik ordning i mange tilfeller vil foranledige en anmodning fra en av sakens parter om at retten skal be om kommisjonens vurdering. For domstolene kan en slik «mellomløsning» i tilfelle være vel så arbeidskrevende som en regel om at erklæringen i alle tilfeller skal forelegges for kommisjonen.

Både barnevernsaker og foreldretvister inkluderer krevende temaer og problemstillinger. Arbeidet er belastende, og kan være ganske ensomt. Sakkyndige kan ha behov for et drøftingsrom i arbeid med slike saker. Dette kan oppfylles ved å oppnevne to sakkyndige, slik man eksempelvis gjør når rettsmedisinsk sakkyndige oppnevnes «parvis» i straffesaker. Etter utvalgets syn bør det ikke være hindringer i regelverket for å oppnevne to sakkyndige i barnesaker i tilfeller der dette anses som en god ordning. Samtidig erstatter ikke det å oppnevne to sakkyndige, behovet for en kontrollmekanisme, siden samarbeid mellom sakkyndige ikke nødvendigvis trenger bety at de skal arbeide uavhengig av hverandre. Muligheten for å oppnevne to sakkyndige bør derfor ikke ses som et alternativ, men som et fornuftig supplement, til å utvide ordningen med Barnesakkyndig kommisjon til å omfatte sakkyndigrapporter i foreldretvister, jf. ovenfor.

Også private parter kan engasjere en sakkyndig for å utrede ett eller flere spørsmål i saken. Dersom sakkyndigerklæringer fra rettsoppnevnte sakkyndige skal forelegges Barnesakkyndig kommisjon, er det naturlig at også erklæringer fra sakkyndige innhentet av partene i saken, forelegges kommisjonen. Dette er lagt inn i utvalgets forslag til endring i barnelova § 61 første ledd nr. 3.

21.5 Ytterligere bemerkninger om bruk av sakkyndighet i tingrettsmodellen

Dersom det skal oppnevnes sakkyndig for utredning av spørsmål i en sak, vil det normalt være en fordel at oppnevningen skjer så tidlig som mulig i prosessen. Dette vil også gjelde etter overgang til en ordning der tingretten både behandler foreldretvister og avgjør spørsmål om bruk av tvang etter barnevernloven.

Barnevernloven bygger som nevnt på en forutsetning om at saken skal være ferdig utredet fra barnevernets side, slik at det bare unntaksvis skal være behov for å oppnevne sakkyndig i fylkes-

nemnda. Innføring av en tingrettsmodell utfordrer ikke denne intensjonen, og også hensynet til utredning så tidlig som mulig i prosessen tilsier at det er barnevernet som står for en eventuell oppnevning av sakkyndig. Samtidig kan det styrke uavhengigheten for den sakkyndig – eller i hvert fall private aktørers subjektive opplevelse av uavhengighet og rettssikkerhet – om sakkyndige i større grad oppnevnes av domstolene. Utvalget ser at det i dette dilemmaet kan være nærliggende

å vurdere om det bør høre under domstolen å oppnevne sakkyndig, også til tilfeller der det ennå ikke er avklart om det kan bli aktuelt å begjære bruk av tvang. Svaret på spørsmålet må bero blant annet på om en slik ordning kan forenes med behovet for at barnevernet arbeider effektivt, og krever således mer inngående vurderinger av det alminnelige barnevernsarbeidet enn det er naturlig at dette utvalget foretar. Utvalget nøyer seg derfor med å peke på problemstillingen.

Kapittel 22

Økonomiske og administrative konsekvenser

22.1 Generelt

Som det fremgår av kapittel 19, går utvalget inn for en tingrettsmodell, som innebærer at foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven skal avgjøres i tingretten i første instans, men slik at bare noen av tingrettene skal behandle slike saker. I tillegg mener utvalgets flertall at det bør stilles særskilte krav til kvalifikasjoner for de dommerne som skal behandle de aktuelle sakene. Endringsforslagene skal bidra til en kvalitativt bedre og mer heltetlig behandling av sakene. De økonomiske og administrative konsekvensene må ses i lys av dette.

Ansvar for barnelova og barnevernloven hører under Barne- og likestillingsdepartementet, mens ansvaret for domstolene hører under Justis- og beredskapsdepartementet. Forslagene berører derfor begge disse departementenes arbeidsområder. Konsekvenser for kommunene, vil på samme måte berøre Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

Begrunnelsen for utvalgets anbefaling om en tingrettsmodell, fremgår særlig av kapittel 16 til 19. Hensynet til barnet står sentralt. Det er en grunnleggende verdi at systemet for å treffe beslutninger i barnesaker, ivaretar barns interesser best mulig. Verdien av et godt system for behandling av barnesakene, er det ikke mulig å angi i kroner. Heller ikke alle kostnadene og konsekvensene for øvrig av å innføre en tingrettsmodell, kan beskrives her. Som det fremgår av nevnte kapitler, vil det måtte vurderes nærmere hvor mange tingretter som bør behandle barnesaker, og hvilke tingretter dette bør være. Først i en slik prosess vil det være mulig å foreta konkrete beregninger av behovet for å overføre ansatte, for nye lokaler mv., og av eventuelle arbeidsmarkedsmessige konsekvenser av endringen. Anslagene nedenfor må leses med dette betydelige forbeholdet. Etter utvalgets syn bør hensynet til kvalitativt gode beslutninger og beslutningsprosesser i disse sakene veie tungt.

Flytting av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven til noen tingretter, vil for det

første medføre kostnader til planlegging og gjennomføring av endringen, særlig for Domstoladministrasjonen. I tillegg vil endringene innebære at domstolene sett under ett får flere saker til behandling enn i dag, og således får et merbehov som må dekkes (lønsutgifter, lokaler og utstyr mv.). Det vil videre være utgifter til opplæringsprogram for dommere. Samtidig vil det ligge en besparelse i at fylkesnemndene ikke lenger skal behandle sakene. Utvidelse av ansvarsområdet for Barnesakkyndig kommisjon vil medføre behov for mer ressurser der.

22.2 Konsekvenser for de alminnelige domstolene

22.2.1 Innledning

Ved vurderingen av de kostnadmessige konsekvensene knyttet til domstolene, er det naturlig å ta utgangspunkt i økningen i saksmengden til domstolene.

Det kommer inn omtrent 5 100 barnevernsaker til fylkesnemndene årlig, hvorav 1 600 gjelder godkjenning av akuttvedtak. Videre mottar tingrettene omtrent 1 700 krav om overprøving av tvangsvedtak årlig. Ca. 80–90 % av disse er barnevernsaker, dvs. omtrent 1 500 saker. Dersom tingretten skal behandle saker om tvang etter barnevernloven i første instans, bortfaller overprøvingssakene for tingrettene. På denne bakgrunnen er det naturlig å anta at tingrettene (som helhet) vil få til behandling omtrent 3 600 flere saker enn før.

Videre vil lagmannsrettene få flere barnevernsaker til realitetsbehandling enn i dag. Det antas at tingrettsmodellen ikke vil gi vesentlig færre krav om overprøving enn de ca. 1 500 som tingrettene i dag mottar per år. I dag behandler lagmannsrettene til sammen omtrent 350 barnevernsaker per år, hvorav drøyt 50 fremmes til realitetsbehandling. Lagmannsrettene vil dermed antakelig få til behandling omtrent 1 150 flere barnevernsaker per år med tingrettsmodellen enn de gjør i dag. Noen anker vil kunne nektes fremmet.

Som følge av ulike regler om samtykke til anke og ankesiling, jf. kapittel 18.7, vil imidlertid lagmannsrettene måtte realitetsbehandle en betydelig større andel av ankesakene enn det som er tilfelle for de sakene som kommer til lagmannsrettene i dag.

Det å legge foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven til bare noen av tingrettene, innebærer at noen tingretter vil få færre saker enn i dag, mens andre tingretter vil få betydelig flere. I hovedsak vil det være tingretter av en viss størrelse som skal behandle barnesakene.

22.2.2 Personalressurser

Ved utgangen av 2015 var det 74 nemndslederårsverk i fylkesnemndene. Dersom fylkesnemdslederne utnevnes til tingrettsdommere, blir det et tilsvarende antall flere tingrettsdommere. Årslønnen for en tingrettsdommer er for tiden på 1 091 000 kroner. Basert på høyeste sats for arbeidsgiveravgift (14,1 %), koster 74 tingrettsdommerårsverk ca. 92 millioner kroner årlig i lønnsutgifter og arbeidsgiveravgift.

Med flere saker i noen tingretter, blir det behov for flere saksbehandlere der. Ved utgangen av 2015 hadde fylkesnemndene 40 saksbehandlerårsverk. Oslo tingrett har en samlet bemanning på ca. 220 personer, hvorav blant annet ca. 84 embetsdommere, 25 dommerfullmektiger og 93 saksbehandlere. Stavanger tingrett har en samlet bemanning på 45 personer, hvorav 16 embetsdommere, 4 dommerfullmektiger, 1 direktør og 25 saksbehandlere. Follo tingrett har til sammen 22 ansatte, hvorav 8 embetsdommere, 2 dommerfullmektiger og 12 saksbehandlere.

Ved at oppgavene flyttes til større organisasjoner enn fylkesnemndene, og til domstoler som allerede har lignende oppgaver, vil antallet nye saksbehandlerårsverk i tingrettene med barnesaker antakelig kunne bli noe lavere enn det fylkesnemndene har i dag. Basert på at de aktuelle tingrettene til sammen vil trenge ca. 30 saksbehandlerårsverk, og at lønnsutgiftene for disse vil være ca. 500 000 kroner per år, vil utgiftene til lønn og arbeidsgiveravgift for disse utgjøre ca. 17 millioner kroner årlig.

For de tingrettene som ikke lenger skal behandle barnesaker, reduseres behovet for personell. Embetsdommere kan ikke sies opp eller forflyttes mot sin vilje. En innsparing på dommersiden er dermed avhengig av naturlig avgang, og at det ikke ansettes nye dommerfullmektiger. Saksbehandlerne ved tingrettene har en rekke oppgaver ut over de sivile tvistesakene (knyttet

blant annet til saker om tvangssalg, skifte og dødsfall), og straffesakene vil fortsatt utgjøre en betydelig andel av sakene i tingrettene. Om det vil være grunnlag for å redusere antallet saksbehandlerstillinger ved disse domstolene, vil måtte vurderes konkret for den enkelte tingrett.

Videre vil det være behov for mer dommerressurser i lagmannsrettene. I 2015 mottok lagmannsrettene 2 145 anker over dom i sivile saker, 1 619 anker over kjennelser og beslutninger i sivile saker, 3 173 anker over dom i straffesaker og 3 406 anker over kjennelser og beslutninger i straffesaker. I 2015 var det ca. 264 årsverk i lagmannsrettene, hvorav 154 dommerårsverk. En økning på ca. 1 150 anker vil utgjøre en betydelig økning i saksinngangen for sivile saker, og andelen barnevernsaker som realitetsbehandles i lagmannsretten vil være større enn tidligere. Det er imidlertid vanskelig å trekke slutninger basert på antallet saker sammenholdt med antall årsverk, idet sakstypene som behandles i lagmannsrettene er svært ulike, og krever ulik arbeidsinnsats. For beregningene her legger utvalget til grunn at det er behov for ca. 20–30 dommerårsverk og 10–15 saksbehandlerårsverk i lagmannsrettene. Årslønnen for en lagdommer er for tiden på 1 145 000 kroner. Inkludert arbeidsgiveravgift vil 20 lagdommerårsverk koste ca. 26 millioner kroner, mens 30 lagdommerårsverk vil koste ca. 39 millioner kroner. Basert på en gjennomsnittlig årslønn på 500 000 kroner for saksbehandlere, vil saksbehandlerårsverkene koste i størrelsesorden 6–8,5 millioner kroner årlig.

Med tingrettsmodellen vil Sentralenheten for fylkesnemndene bli lagt ned, og dens oppgaver overført til Domstoladministrasjonen. Utvalget legger til grunn at det vil være behov for anslagsvis åtte årsverk i Domstoladministrasjonen for å ivareta disse oppgavene. I tillegg legges det til grunn at sekretariatet for Tilsynsutvalget for dommere må styrkes med et halvt årsverk. Basert på en gjennomsnittlig årslønn på 650 000 kroner, vil lønnen for disse stillingene beløpe seg til ca. 6 millioner kroner per år.

Samlet beløper det merbehovet som nå er beskrevet for tingrettene og lagmannsrettene seg til mellom 147 og 163 millioner kroner per år. I tillegg må det påregnes andre kostnader til personale, blant annet arbeidsgivers pensjonsforpliktelser. Kostnadene må ses i sammenheng med besparelsene ved å nedlegge fylkesnemndene. I 2015 var personalkostnadene for fylkesnemndene på ca. 126 millioner kroner.

I tillegg til de kostnadene som nå er nevnt, vil det være en engangskostnad ved det arbeidet med

å utnevne dommere og ansette saksbehandlere som vil måtte utføres for å gjennomføre endringen. På basis av kontakt med Domstoladministrasjonen antar utvalget at denne vil beløpe seg til ca. 3 millioner kroner.

22.2.3 Lokaler og annen drift

Flere saker i noen tingretter og i lagmannsrettene vil kreve mer ressurser også til lokaler og øvrig drift. Deler av lokalene må være egnet til rettsmøter og gjennomføring av samtaler med barn. Med det tilskuddet av dommere og saksbehandlere som er beskrevet ovenfor, kan mange av de tingrettene som skal ha barnesaker, ha behov for nye lokaler. Nedenfor gjøres det enkelte anslag for hva det vil koste med nye lokaler for de tingrettene som skal behandle barnesaker¹. Utvalget har ikke angitt et presist tall for hvor mange, og hvilke, tingretter, som bør behandle barnesaker. Som et grunnlag for å kunne gi noen anslag for kostnadene, baseres fremstillingen i det følgende på at det er 25 tingretter, spredt ut over hele landet, som skal behandle barnesaker. Basert på kapittel 22.2.2 ovenfor legges det videre til grunn at disse 25 tingrettene hver tilføres fire nye årsverk (tre dommere og én saksbehandler).

Fylkesnemndene, som er lokalisert på 13 steder, hadde i 2015 ca. 30 millioner kroner i utbetalinger til husleie og andre utgifter til lokaler. I tillegg kom andre utgifter til drift, for eksempel anskaffelse av utstyr, leie av maskiner, inventar og lignende og kjøp av fremmede tjenester. De samlede driftsutgiftene beløp seg til ca. 69 millioner kroner.

For framtidige statlige kontorlokaler og for kontordelen i bygg til virksomheter med arealkrevende formål, er det fastsatt en arealnorm på 23 kvm.² Denne normen inkluderer kontorareal og areal til interne fellesområder. I tillegg må det beregnes areal for rettssaler. Dimensjonering av antall rettssaler bør ta utgangspunkt i en dekningsgrad på 0,6 rettssaler per dømmende stilling. Det antas i hovedsak å være behov for rettssaler på omtrent 50 kvm. Videre må det settes av areal til advokatrom, vitnerom og andre funksjoner i ytre sone. Med omtrent 74 nye dommere og 30 nye saksbehandlere i tingrettene, vil det dermed, samlet sett, være behov for ca. 6 500–7000 kvm for

det økte oppgavetilfanget for tingrettene som ligger i tingrettsmodellen.

Kostnadene til lokaler vil i stor grad avhenge av hvor i landet disse tingrettene skal være lokalisert, siden leieprisen varierer betydelig mellom ulike deler av landet.³ Leieprisen i Oslo for god eller høy standard ligger på ca. 2 400–2 800 kroner per kvadratmeter per år, mens den i Kristiansand er på ca. 1 350 kroner, i Stavanger på ca. 1 900 kroner, i Bergen på ca. 1 450 kroner, i Trondheim på ca. 1 600 kroner og i Tromsø på ca. 1 650 kroner. For beregningene her legger utvalget til grunn en gjennomsnittlig leiepris på 1 800 kroner, og gjennomsnittlige felleskostnader og driftskostnader til lokalene (strøm, drift, vedlikehold mv.) på 500 kroner per kvadratmeter per år. De årlige kostnadene til lokaler vil da være ca. 15–16 millioner kroner. Som nevnt vil antakelig denne størrelsen variere mye, avhengig av hvor de aktuelle tingrettene ligger.

I tillegg kommer andre kostnader til drift, herunder anskaffelse av utstyr, inventar mv. og reise- og diettutgifter. Fordi større enheter antakelig vil kunne ha en mer effektiv ressursutnyttelse, antas disse kostnadene å være noe lavere enn de ca. 69 millioner kroner per år som i dag knytter seg til fylkesnemndene.

Det er neppe grunnlag for å regne med innsparring av betydning knyttet til lokaler og andre driftsutgifter for de tingrettene som ikke lenger skal behandle barnesaker.

22.2.4 Fri rettshjelp, meddommere, talsperson mv.

Utvalgets forslag innebærer ikke endringer med hensyn til partenes rett til fri rettshjelp, bruk av fagkyndighet i avgjørelsesorganene, og talspersonordningen. Ved at saker om tvang etter barnevernloven skal behandles i tingrettene i første instans, istedenfor i fylkesnemndene, reduseres i prinsippet antall instanser med én instans. Særlig fordi Høyesterett neppe vil ta til behandling veldig mange flere saker enn i dag, bør endringen kunne gi noe lavere kostnader til fri rettshjelp og meddommere. Beparelsen er vanskelig å angi og beregne, men utvalget legger til grunn at den kan beløpe seg til ca. 2–3 millioner kroner årlig.

I forslaget er det videre åpnet for en forenklet behandling av noen saker i ankeinstansen. Også på denne bakgrunn kan det påregnes noe lavere kostnader til fri rettshjelp og meddommere. I 2015

¹ Spørsmål om antall tingretter er berørt i kapittel 18.2.

² Kommunal- og moderniseringsdepartementets rundskriv om normer for energi- og arealbruk i statlige bygg. Arealnormen gjelder kun ved statlige byggeprosjekter og ikke ved leie av private kontorbygg, men kan likevel gi noe veiledning for beregningene her.

³ OPAKs prisstigningsrapport nr. 5 for 2016.

Tabell 22.1 Kostnader opplæringsprogram for dommere

Tiltak	Engangskostnad det første året	Årlig kostnad
Grunnprogram – 3 dager for 125 dommere	1 250 000 kroner	
Grunnprogram – 3 dager for 15 nye dommere		150 000 kroner
Oppdatering – 2 dager for 110 dommere		700 000 kroner
Sum	1 250 000 kroner	850 000 kroner

ble omtrent 600 saker behandlet forenklet i fylkesnemnda. Hvor mange av disse som ble brakt inn for prøving, er usikkert. For beregningen her legger utvalget til grunn at omtrent 200–300 saker vil kunne behandles forenklet i lagmannsretten, og at kostnadene til fri retts hjelp i disse sakene vil utgjøre omtrent 20 000 kroner. Dette vil gi en besparelse på anslagsvis 4–6 millioner kroner årlig.

22.2.5 Utvikling av saksbehandlingssystem, kompetansetiltak mv.

Flytting av saker om tvang etter barnevernloven vil også innebære at det må gjøres tilpasninger i domstolenes elektroniske saksbehandlingssystem, Lovisa. Det må lages ny saksflyt og nye maler i systemet som er tilpasset de ulike sakstypene (godkjenning av akuttvedtak, rettslig prøving av akuttvedtak, begjæring om tiltak mv.). I tillegg vil det måtte foretas endringer i aktørportalen, dvs. den elektroniske portalen for kommunikasjon med domstolen, både hva gjelder kapasitet, og for at aktørene i disse sakstypene skal kunne kommunisere elektronisk. Det må også gjøres endringer i systemene som binder Lovisa og aktørportalen sammen. Videre må det etableres et register over dommere som kan behandle barnesakene. Det anslås at disse endringene i domstolenes tekniske systemer totalt sett vil gi en engangskostnad på ca. 8 millioner kroner. I tillegg kommer en økt årlig vedlikeholdskostnad på ca. 1 million kroner. Det er betydelig usikkerhet knyttet også til disse tallene.

Utvalgets forslag innebærer videre at det skal etableres et opplæringsprogram for dommere som skal behandle barnesakene, med et grunnprogram og jevnlig oppdateringer. Det nærmere innholdet og omfanget av opplæringene må avklares nærmere. Dersom man legger til grunn at disse sakene skal behandles i 25 tingretter, og at det i gjennomsnitt er fem dommere fra hver

domstol som vil delta i opplæringen, vil 125 dommere gjennomgå grunnprogrammet det første året. Videre legges det til grunn at det er 15 nye dommere hvert år som vil gjennomgå grunnprogrammet. Basert på at de jevnlig oppdateringene gjennomføres i form av et faglig seminar og kollegaveiledning (stipulert til to dager per år), kan tabell 22.1 gi en pekepinn på engangskostnadene og de årlige kostnadene.

En flytting av barnevernsakene fra fylkesnemndene til tingrettene vil videre kreve blant annet opplæring av saksbehandlere og endring av informasjonsmateriell. Noe av dette vil kunne gjennomføres som del av det løpende utviklingsarbeidet.

22.3 Konsekvenser for fylkesnemndene og kommunene mv.

Tingrettsmodellen vil innebære at Sentralenheten for fylkesnemndene avvikles, og det meste av virksomheten i fylkesnemndene overføres til tingrettene. Utgiftene til fylkesnemndene faller i så fall bort. I 2015 var fylkesnemndenes driftsregnskap på ca. 176 millioner kroner.

Avvikling av fylkesnemndene kan medføre at investeringer i utstyr mv. kan gå tapt. Eksempelvis har fylkesnemndene nylig fått midler til å utvikle et nytt saksbehandlingssystem. Et slikt system vil det med utvalgets forslag ikke lenger bli behov for. Det vil også være kostnader knyttet til avslutning av leieforhold mv.

En flytting av barnevernsakene fra fylkesnemndene til tingrettene vil ikke medføre store endringer i kommunenes arbeid med sakene. For de kommunale barneverntjenestene vil flyttingen blant annet kreve utarbeiding og endring av informasjonsmateriell, utvikling av interne rutiner og arbeidsprosesser, og opplæring og andre kompetansetiltak for aktører som er involvert i sakene. I noen grad vil dette være en del av

det løpende utviklingsarbeidet. Det kan muligens ligge en besparelse for kommunene i at antallet tingretter med barnesaker vil være noe høyere enn antallet fylkesnemnder i dag, ved at reiseavstanden for noen kan bli kortere.

22.4 Konsekvenser for Barnesakkyndig kommisjon

Utvalget anbefaler at Barnesakkyndig kommisjon skal vurdere sakkyndigrapporter også i foreldretvister. Dette gjelder rapporter både fra sakkyndige som er oppnevnt av retten, og for sakkyndige som partene engasjerer. I kapittel 21.4.2 er det gitt enkelte anslag for hva det vil koste å utvide arbeidsområdet for Barnesakkyndig kommisjon.

Kapittel 23

Generelle merknader til utvalgets lovforslag

23.1 Bør nye regler for barnevernsakene stå i barnevernloven eller tvisteloven?

Utvalgets forslag om at det skal høre under tingretten å treffe avgjørelse om bruk av tvang etter barnevernloven, reiser spørsmål om hvor reglene om dette bør komme til uttrykk. I utgangspunktet kan de tenkes plassert enten i tvisteloven, i barnevernloven, eller i en egen, ny prosesslov for disse sakene.

Tvisteloven inneholder i dag regler om to særlige prosessformer; gruppesøksmål og saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. I tillegg finnes det en betydelig mengde spesialregler om domstolsbehandling utenfor tvisteloven, enten som rene prosesslover eller ved at de særlige prosessreglene fremgår av samme lov som de materielle reglene for sakstypen, se for eksempel barnelova kapittel 7.

Tvistemålsloven inneholdt flere særregler enn dagens tvistelov. Tvistemålsutvalget gikk inn for å begrense mengden av særregler i tvisteloven, blant annet fordi loven ellers ville bli lite oversiktlig, og det på noen områder kan gi best oversikt å ha de materielle reglene og prosessreglene samlet. Tvistemålsutvalget uttalte blant annet:¹

«Tvistemålsutvalget ser det altså slik at i den grad det er behov for særlige sett av rettergangsregler, bør disse i størst mulig grad holdes utenfor tvisteloven. Dette gjelder ikke bare de særlige regler som allerede i dag er plassert andre steder. Tvistemålsutvalget er av den oppfatning at også de særregler som i dag følger av kapittel 28 og 29 (ekteskapsaker og nedstamningssaker), bør helt eller delvis flyttes til andre lover, se nærmere III.34.6 og III.34.9. Reglene i dagens kapittel 33 (rettslig prøving av administrative tvangsvedtak) bør derimot beholdes i den nye tvisteloven, se nærmere om dette i II.19.2 nedenfor.»

Departementet sluttet seg til dette, og uttalte:²

«Reglene i tvisteloven bør i størst mulig grad være alminnelige prosessregler som kommer til anvendelse dersom ikke annet følger av regler for den enkelte sakstype. Etter departementets mening er det derfor en fordel at de prosessuelle spesialreglene knyttes til det materielle regelverket. Tvisteloven blir på den måten enklere og mer oversiktlig, samtidig som de særlige prosessreglene framkommer der det er naturlig. Det er ofte tett sammenheng mellom de materielle reglene på området og de prosessuelle særreglene som gis for å gjennomføre dem.»

Tingrettens behandling av saker om tvang etter barnevernloven vil ikke avvike mye fra behandlingen etter tvistelovens alminnelige regler. Dermed er det ikke naturlig å gå inn for en egen, ny prosesslov.

For den som behandler barnevernsaker, vil det gi god oversikt om reglene om domstolsbehandling av slike saker står i barnevernloven. En slik løsning vil også være i samsvar med systematikken for foreldretvistene, idet domstolenes behandling av disse er regulert i barnelova.

Ett argument for plassering i tvisteloven, er at det vil være behov for særregler ikke bare for saker om tvang etter barnevernloven, men også for saker om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven dersom disse skal «flytte med» til tingretten. I dag har helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven dels egne saksbehandlingsregler, og dels viser de til barnevernlovens kapittel 7 om saksbehandlingen for fylkesnemnda. Dette er ikke en særlig god systematikk. For disse sakstypenes del kunne det muligens gi bedre oversikt å regulere dem samlet i tvisteloven. Antallet tvangssaker etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven er imidlertid ikke så stort at hensynet til dem bør være

¹ NOU 2001: 32 A kapittel 19.1.2 side 509.

² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 26.2.4 side 341.

premissgivende for reguleringen av barnevernsakene. Ut fra hensynene på dette området, mener utvalget at reglene om avgjørelse av saker om tvang etter barnevernloven fortsatt bør stå i barnevernloven.

NOU 2016: 16 *Ny barnevernslov* inneholder forslag til ny barnevernlov. Utredningen har vært på høring. Særdomstolsutvalget har forholdt seg til forslaget til ny barnevernlov, men utvalgets eget forslag må naturlig nok fremmes som endringsforslag til gjeldende lov.

23.2 Forholdet til regelverket på helseområdet

Den modellen for behandling av foreldretvister og saker om tvang etter barnevernloven som utvalget går inn for (tingrettsmodellen), vil kreve endringer også i helselovgivningen. Som nevnt i kapittel 18.1.2 ovenfor er det oppnevnt et lovutvalg som skal foreta en samlet gjennomgang av tvangsreglene i helse- og omsorgssektoren. Dette utvalget er nærmere enn særdomstolsutvalget til å vurdere hvordan organiseringen bør være for tvangsvedtakene på helseområdet. Særdomstolsvalget har pekt på noen alternativer for behandlingen av disse sakene, men ikke gått så grundig inn på dem at det er naturlig å fremsette forslag til lovendringer for saker om tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven.

23.3 Systematikk, begrepsbruk, behov for øvrige lovendringer mv.

Dersom tingretten skal avgjøre saker om bruk av tvang etter barnevernloven, vil ikke sakene lenger være forvaltningssaker når de får sin avgjørelse. Blant annet fordi dagens regler om behandling i fylkesnemnda ligger nær opp til tvistelovens regler, kan likevel de saksbehandlingsreglene som i dag gjelder for fylkesnemnda, og som er nedfelt i barnevernloven kapittel 7, i stor grad videreføres for tingretten. Noen endringer er det likevel behov for.

Utgangspunktet i dag er at forvaltningsloven gjelder for virksomheten etter barnevernloven.³ I tillegg gjelder enkelte regler i tvisteloven tilsva-

rende så langt de passer.⁴ Med den endringen utvalget foreslår, bør det være tvisteloven – ikke forvaltningsloven – som danner utgangspunktet for tingrettens behandling av saker om tvang etter barnevernloven. Dette kommer til uttrykk i utvalgets forslag til § 7-2 i barnevernloven.

Videre bør terminologien for tingrettens behandling av barnevernsakene være mest mulig lik den som gjelder for domstolene. For eksempel bør avgjørelser som avgjør realiteten i saken betegnes som dommer, ikke vedtak. Andre avgjørelser som avslutter saken for domstolen, bør likeledes betegnes som kjennelser, og øvrige avgjørelser som beslutninger. Det er videre naturlig å betegne møtet hvor en barnevernsak behandles for hovedforhandling, i stedet for forhandlingsmøte. Videre bør begrepet rettslig prøving benyttes i stedet for klage osv.

Noen begreper i barnevernloven vil det være nyttig å beholde, slik som betegnelsen «begjæring om tiltak». Uttrykket gir god informasjon om hva det gjelder, og er godt innarbeidet på området. Etter utvalgets vurdering vil det derfor være lite hensiktsmessig å gå over til betegnelsen stevning for saksfremlegg fra kommunen.

Ved utformingen av lovforslaget har utvalget tatt utgangspunkt i dagens kapittel 7 i barnevernloven, men stilt seg nokså fritt ved tilpasning av dette til regler om domstolenes kompetanse. Med mindre det fremgår særskilt, har ikke utvalget ment å gjøre realitetsendringer. I den grad andre lovarbeider, for eksempel arbeidet med ny barnevernlov, gjør endringer i reglene i kapittel 7, vil det være naturlig å vurdere tilsvarende justeringer i det som foreslås her.

Fordi utvalget ikke foreslår regler for behandlingen av de sakene på helseområdet som i dag behandles i fylkesnemnda, jf. kapittel 23.2 ovenfor, vil det være behov for nye regler for disse sakene før utvalgets forslag til lovendringer kan settes i kraft.

Forslaget til lovendringer omfatter endringer også i en del andre lover enn barnevernloven og barnelova. Det kan være behov for endringer som følge av endringsforslagene her, også ut over det som utvalget har markert.

³ Barnevernloven § 6-1 første ledd.

⁴ Barnevernloven §§ 7-15, 7-17, 7-19 og 7-20.

Kapittel 24

Merknader til de enkelte paragrafene

24.1 Endringer i domstolloven

Til domstolloven § 26 b:

Bestemmelsen er ny. *Første ledd* gir Kongen fullmakt til å bestemme hvilke domssogn som skal utøve domsmyndighet i barnesakene. Bestemmelsen er en følge av vurderingene i kapittel 19 av at barnesakene bør behandles ved bare noen av landets tingretter. Det er ikke angitt et tall for hvor mange tingretter som skal behandle disse sakene, men det er forutsatt at hver av de aktuelle tingrettene skal ha anslagsvis minst ti dømmende årsverk. Det er kun saker etter barnelova kapittel 7 og saker om tvang etter barnevernloven som omfattes av bestemmelsen.

Etter *andre ledd* skal det utpekes en fagansvarlig på barnefeltet. Oppgavene til den fagansvarlige er å legge til rette for at de som skal behandle barnesakene er orientert om faglig utvikling med relevans for disse sakene. Dette innebærer at den fagansvarlige må holde seg oppdatert på forskning og annen kunnskapsproduksjon om blant annet barns utvikling, behov og fungering, og informasjon om hvordan sakene best kan behandles. Den fagansvarlige må videre formidle generell informasjon om fagområdet til de andre dommerne og drive annet internt kompetansearbeid. Utvalget har vurdert om det også bør lovfestes et krav om avdelinger eller faggrupper, men har ikke samlet seg om et slikt forslag.

Se også kapittel 17.3, 18.2 og 18.3.

Til domstolloven § 54 a:

Bestemmelsen er ny. *Første ledd* fastslår at fagdommere i lagmannsrettene og tingrettene må gjennomgå et grunnprogram og følge jevnlig oppdateringsprogram for å kunne behandle barnesaker og internasjonale barnebortføringssaker. Bakgrunnen er at dommere som behandler de nevnte sakene bør ha grunnleggende og oppdatert kunnskap om psykologi og barn. Opplæringen er obligatorisk for de dommerne som skal

behandle barnesaker. Det er tilstrekkelig at dommeren har påbegynt grunnprogrammet. Grunnprogrammet vil ha et visst omfang, og det kan være av verdi om dommeren kan behandle noen saker samtidig som den følger opplæringen. Det vil være en saksbehandlingsfeil om en barnesak eller en internasjonal barnebortføringssak er behandlet av en dommer som ikke følger opplæringsløpet.

Etter *andre ledd* skal det fremgå av rettsboken og skriftlige avgjørelser i saken at dommeren fyller kravene etter første ledd. Formålet er at det skal være enkelt for aktørene å kunne etterprøve om dommeren fyller de nødvendige kvalifikasjonskravene. Samtidig vil dette kunne virke som en påminnelse for dommeren.

Tredje ledd gir Kongen fullmakt til å fastsette utfyllende bestemmelser om det nærmere innholdet i opplæringen. Dette omfatter både omfanget av programmene, hvor ofte dommere må følge oppdateringsprogrammer og hvilke temaer som skal inngå.

Domstoladministrasjonen skal føre et nasjonalt register over hvilke dommere som deltar i opplæringsløpet, jf. *fjerde ledd*. Formålet er å sikre notoritet om hvem som oppfyller kvalifikasjonskravene. Domstoladministrasjonen vil ha ansvar for å invitere dommere til de ulike programmene, og være en pådriver for at dommere gjennomfører opplæringsløpet. For å oppføres i registeret, er det tilstrekkelig at dommeren har påbegynt grunnprogrammet. Dommere som ikke følger oppdateringsprogrammene, skal slettes fra registeret.

Om bakgrunnen for forslaget, se kapittel 18.3.

24.2 Endring i barnelova

Til barnelova § 61 første ledd nr. 3 nytt tredje og fjerde punktum:

Sakkyndige som påtar seg oppdrag etter barnelova § 61 første ledd nr. 3, forutsettes å utferdige en skriftlig rapport. Barnelova § 61 første ledd nr. 3 nytt tredje punktum bestemmer at rap-

porter utarbeidet av sakkyndige skal vurderes av kommisjonen før de legges til grunn av retten. I nytt fjerde punktum er det bestemt at rapporter fra sakkyndige som er engasjert av partene også skal vurderes av Barnesakkyndig kommisjon. Eventuelle tilleggsrapporter fra rettsoppnevnte og privat engasjerte sakkyndige omfattes også av foreleggelsesplikten. Epikriser, utredninger fra henholdsvis pedagogisk-psykologisk rådgivningstjeneste, poliklinikker innenfor psykiatrien og lignende omfattes ikke av bestemmelsen.

Om bakgrunnen for forslaget, se kapittel 21.4.

24.3 Endringer i barnevernloven

Til barnevernloven §§ 2-1, 4-4, 4-6, 4-8 til 4-21, 4-24 til 4-25, 4-27 til 4-31, 5-9, 5A-10, 6-1, 6-3 til 6-5, 6-8 til 6-9, 8-4 og 9-2 til 9-3:

Bestemmelsene er endret slik at det fremgår at tingretten har den avgjørelsesmyndigheten som i dag ligger hos fylkesnemnda. Det er foretatt språklige tilpasninger til dette i bestemmelsene, blant annet ved at «vedtak» er byttet ut med «avgjørelse». For øvrig videreføres innholdet i reglene.

Til barnevernloven § 2-5:

Etter barnevernloven § 2-5 skal Barnesakkyndig kommisjon vurdere rapporter fra sakkyndige i barnevernsaker. Endringen i *første ledd* innebærer at kommisjonen også skal ha i oppgave å vurdere slike rapporter i foreldretvister. Se også merkna den til barnelova § 61.

Til barnevernloven § 7-1:

Bestemmelsen regulerer anvendelsesområdet for reglene i barnevernloven kapittel 7.

Det avgjørende for om særreglene skal anvendes, er om dette følger av bestemmelsen som hjemler tiltaket.

Til barnevernloven § 7-2:

Mens forvaltningsloven danner utgangspunkt for fylkesnemndas virksomhet etter dagens regler, følger det av forslaget til barnevernloven § 7-2 første punktum at domstolloven og tvisteloven skal gjelde for domstolenes oppgaver med å avgjøre saker om tvang etter barnevernloven. Det er de alminnelige reglene i tvisteloven som kommer til anvendelse (sammen med reglene i barnevernloven kapittel 7). Siden avgjørelsesmyndigheten

flyttes fra forvaltningen til domstolene, vil ikke tvisteloven kapittel 36 lenger gjelde for saker om tvang etter barnevernloven.

At domstolloven og tvisteloven skal gjelde, innebærer at en del av dagens regler i kapittel 7 i barnevernloven blir overflødige. Helt eller delvis gjelder dette §§ 7-1, 7-2, 7-3, 7-6, 7-8, 7-12, 7-13, 7-15, 7-18, 7-19, 7-20, 7-21, 7-24 og 7-25. I det følgende kommenteres kort hvorfor det ikke er nødvendig å videreføre de aktuelle særreglene.

Dagens barnevernlov §§ 7-1 og 7-2 gir bestemmelser om fylkesnemndas stedlige virkeområde og sammensetning. Forskriftshjemmelen i barnevernloven § 7-2 tredje ledd er ikke benyttet i praksis. Det foreslås i stedet nye regler om verneing og utvalg av meddommere, se forslag til ny § 7-3 og § 7-4.

Det fremgår av forarbeidene til dagens barnevernlov § 7-3 om hovedprinsippene for saksbehandlingen i fylkesnemnda, at den til en viss grad er utformet etter mønster av tvisteloven § 1-1, men med visse tilpasninger til fylkesnemndas sakstype.¹ Tilpasningene ble gjort fordi fylkesnemnda er et høyt spesialisert avgjørelsesorgan som, i motsetning til domstolene, har avgjørelsesmyndighet i en relativt ensartet type saker. Den overordnede bestemmelsen om de grunnleggende saksbehandlingsprinsippene burde derfor innrettes mer spesifikt mot saksbehandlingen av den aktuelle typen tvangssaker og de særlige rettsikkerhetsmessige hensynene som gjør seg gjeldende. Departementet uttalte likevel at saker for fylkesnemnda ikke skulle behandles etter kvalitativt andre grunnprinsipper enn de saker som behandles av domstolene.² Med tvistelovens formålsbestemmelse og reglene om proporsjonalitet, konsentrasjon, aktiv saksstyring, bevis, rettens veiledningsplikt, avgjørelsens innhold mv., vil innholdet i dagens bestemmelse i hovedsak være fanget opp ved at tvisteloven kommer til anvendelse. Det er imidlertid nødvendig å innarbeide saker om tvang etter barnevernloven i tvisteloven § 11-4, slik at sakene omfattes at den gruppen saker der partenes rådighet er begrenset.

Habilitetsregelen i barnevernloven § 7-6 i dag henviser til de alminnelige reglene om habilitet for dommere i domstolloven kapittel 6. I tillegg er det uttrykkelig slått fast at deltagelse ved tidligere behandling av saker med de samme parter eller i samme sakskompleks i fylkesnemnda, ikke i seg selv medfører inhabilitet. Fylkesnemndsutvalget, som foreslo en slik bestemmelse, ga samtidig

¹ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.5.4 side 31–32.

² Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 9 side 127.

uttrykk for at inhabilitet etter en konkret vurdering likevel kan inntre i slike tilfeller.³ Regelen ble tatt inn i loven fordi habilitetsreglene ble praktisert noe ulikt fra nemnd til nemnd, og at det gjorde seg gjeldende en viss usikkerhet med hensyn til hvor langt det alminnelige utgangspunktet om habilitet rekker. Dette samme følger imidlertid også av de alminnelige habilitetsreglene i domstolloven.⁴ Dommere vil være godt kjent med domstollovens regler om habilitet. Dermed er det ikke lenger behov for en særskilt regulering.

Dagens barnevernlov § 7-8 første ledd tredje punktum fastslår at departementet kan gi nærmere bestemmelser om utvalg av advokater som kan oppnevnes for private parter i de sakene som gjelder klage på akuttvedtak. Bestemmelsen åpner for at departementet kan etablere ordninger som tar sikte på å ivareta behovet for advokater som kan ta oppdrag på kort varsel. Departementet har til nå ikke gitt slike bestemmelser.

Barnevernloven § 7-12 første ledd inneholder i dag en regel om at rammene for saken i nemnda skal trekkes opp gjennom saksforberedelsen, slik at den videre saksbehandling og avgjørelse kan skje i samsvar med § 7-3 om hovedprinsippene for saksbehandlingen i fylkesnemnda. I forarbeidene forutsettes det aktiv saksstyring fra nemndslederens side, fra saken kommer inn til fylkesnemndas vedtak er fattet.⁵ Med tvistelovens regler om proporsjonalitet, konsentrasjon og aktiv saksstyring mv. antas det at innholdet i dagens bestemmelse i hovedsak er fanget opp.⁶

Bestemmelsens tredje ledd gir nemndslederen hjemmel til å pålegge kommunen å gi en kortfattet kronologisk redegjørelse for sakens fakta eller deler av dette. Bestemmelsen er utformet etter mønster av tvisteloven § 9-9 fjerde ledd.⁷

Bestemmelsens femte ledd fastslår at nemndslederen kan innkalle til saksforberedende møter for blant annet å klarlegge uenigheten mellom partene og drøfte videre behandling av saken. En tilsvarende bestemmelse finnes i tvisteloven § 9-5 tredje ledd der det fremgår at det kan holdes rettsmøter under saksforberedelsen, dersom dette er nødvendig eller hensiktsmessig for den videre saksforberedelsen. Innholdet i gjeldende barnevernlov § 7-12 femte ledd anses dekket av denne bestemmelsen.

Etter gjeldende barnevernlov § 7-11 første ledd bokstav f (utkastet § 7-10 første ledd bokstav f) skal begjæring om tiltak inneholde en kort, oppsummerende redegjørelse for de omstendigheter som begrunner begjæringen, henvisning til de rettsregler som kommer til anvendelse, og forslag til vedtak. Det fremgår av forarbeidene at redegjørelsen et stykke på vei er ment å tilsvare et sluttinnlegg i tvistelovens forstand.⁸ Etter tvisteloven skal sluttinnlegg avgis ved avslutning av saksforberedelsen. Det er uttalt i forarbeidene at det også i saker for fylkesnemnda i enkelte tilfeller kan være hensiktsmessig at partene ved avslutningen av saksforberedelsen avgir oppdaterte redegjørelser, særlig dersom det har skjedd ikke ubetydelige endringer siden begjæringen om tiltak og/eller tilsvare ble avgitt. Departementet foreslo derfor regelen i gjeldende barnevernlov § 7-12 sjette ledd. Sett i lys av at tvisteloven gir retten mulighet til å kreve at partene inngir sluttinnlegg, videreføres ikke bestemmelsen. Behovet for sluttinnlegg må vurderes konkret i hver enkelt sak, og sentrale momenter vil være sakens kompleksitet og behovet for en rask avgjørelse.

Dagens barnevernlov § 7-13 første ledd om at saksstyrende avgjørelser kan treffes av nemndsleder, er utformet med utgangspunkt i tvisteloven § 19-2 andre ledd.⁹ Bestemmelsens andre ledd om at nemndsleder alene kan treffe avgjørelse om å avvise eller heve saken under saksforberedelsen, ble tilføyd for klarhetens skyld. Samme regel følger imidlertid av en tolkning av tvisteloven § 19-2 andre og tredje ledd.

Regelen som i dag finnes i barnevernloven § 7-15 om gjennomføring av forhandlingsmøte, viser til tvisteloven § 9-15 om de enkelte ledd i hovedforhandlingen. I tillegg er det presisert i bestemmelsen at nemndslederen styrer forhandlingsmøtet og påser at det gjennomføres i henhold til de rammer som er fastsatt. Innholdet i bestemmelsen følger av tvisteloven § 9-15 om de enkelte leddene i hovedforhandlingen og domstolloven § 123 om at rettens leder åpner, leder og slutter forhandlingene.

Barnevernloven § 7-18 gir i dag regler om hva som skal utgjøre fylkesnemndas avgjørelsesgrunnlag ved ulike behandlingsformer. Første ledd første punktum tilsvare tvisteloven § 11-1 om at avgjørelser etter hovedforhandling skal treffes på grunnlag av behandlingen i rettsmøtet. I til-

³ NOU 2005: 9 kapittel 9.5 side 48–49.

⁴ Se for eksempel Rt. 2013 side 409 og Rt. 2015 side 490.

⁵ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 9 side 129.

⁶ Se særlig tvisteloven § 9–4.

⁷ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.13.4 side 62.

⁸ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.13.4 side 62. Regelen om sluttinnlegg finnes i tvisteloven § 9–10.

⁹ NOU 2005: 9 kapittel 12.2 side 61–64 og Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 5.14 side 64–66.

legg gir bestemmelsen nemndslederen hjemmel til å bestemme at skriftlige redegjørelser om faktiske forhold etter § 7-12 tredje ledd, skal inngå i avgjørelsesgrunnlaget. Etter tvisteloven § 11-1 første ledd, jf. § 9-9 første ledd, inngår slike redegjørelser i avgjørelsesgrunnlaget uten forutgående bestemmelse av dommeren. Barnevernlovens regel gir dermed i prinsippet en snevrere mulighet for at slike redegjørelser skal inngå i avgjørelsesorganet enn tvistelovens regel. Den praktiske betydningen av dette er imidlertid svært begrenset, og i forarbeidene til bestemmelsen er det lagt til grunn at tvistelovens regel bør gjelde tilsvarende for fylkesnemndene.¹⁰ Det anses derfor ikke nødvendig å gi særregler på dette området for saker om tvang etter barnevernloven. Bestemmelsens andre og tredje ledd har regler om avgjørelsesgrunnlaget for saker som avgjøres uten forhandlingsmøte og på grunnlag av en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling. Reglene tilsvarende tvisteloven § 11-1 andre ledd. Fjerde ledd om at barnevernloven § 7-23 andre ledd gjelder ved klage over akuttvedtak antas å ikke tilføre noe av betydning.

Dagens barnevernlov § 7-19 andre til fjerde ledd henviser til, eller inneholder i stor grad tilsvarende regler som i, tvisteloven. Fjerde ledd om at nemndas vedtak blir bindende når det er underskrevet av alle nemndas medlemmer og at nemndslederen underskriver til slutt, fanges opp av tvisteloven § 19-4 andre ledd.

Også gjeldende barnevernlov § 7-20 om retting av feil og tilleggsvedtak, henviser til bestemmelser i tvisteloven. Ettersom det ikke er tale om rettskraft for fylkesnemndenes vedtak, er det bestemt at fylkesnemnda har plikt til å behandle en begjæring om retting som er fremsatt innen fristen for å begjære rettslig overprøving. For tingrettens avgjørelser er det naturlig at regelen i tvisteloven § 19-8 andre ledd gis anvendelse.

Barnevernlov § 7-21 har i dag regler om forkynning av vedtak. Reglene gjelder tilsvarende for forkynning av innkalling til forhandlingsmøte. Bakgrunnen for at det ble innført en egen bestemmelse som regulerer forkynning av fylkesnemndas vedtak, var at vedtak i praksis ble meddelt parten eller partens advokat gjennom en form for forkynning etter analogi fra domstollovens regler.¹¹ Det ble derfor ansett hensiktsmessig å regulere dette nærmere. Bestemmelsene innebærer at forkynning skal skje ved postforkynning, og at forkynning ved stevnevitne kan benyttes dersom fyl-

kesnemnda finner det nødvendig for å sikre en forsvarlig forkynning. For øvrig gjelder domstollovens regler tilsvarende så langt de passer.

Hovedregelen i domstolloven er at forkynning skal skje ved postforkynning.¹² Stevnevitneforkynning kan brukes dersom postforkynning ikke har nådd fram eller det foreligger særlige forhold som gjør det mest hensiktsmessig å benytte stevnevitneforkynning.¹³ Dette kan være tilfellet hvis forkynningen haster, ved språkproblemer, eller hvis det er grunn til å tro at sendingen ikke vil nå fram eller bli besvart, for eksempel fordi adressaten ikke har fast bopel eller erfaringsmessig nekter å besvare slike sendinger.¹⁴ Det antas at reglene i domstolloven ikke skiller seg nevneverdig fra reglene om forkynning i barnevernloven.

Gjeldende barnevernlov § 7-24 regulerer adgangen til å bringe et fylkesnemndsvedtak inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Ved at tingretten skal behandle saker om tvang etter barnevernloven i første instans, vil ikke disse reglene lenger komme til anvendelse. Realiteten er likevel i stor grad fanget opp av reglene om anke i tvisteloven kapittel 29. Dette innebærer blant annet at alle avgjørelser fra tingretten om tvang etter barnevernloven kan ankes til lagmannsretten, og at ankefristen vil være en måned. Det kan gis oppfriskning mot oversittelse av ankefristen. Det må påvises et reelt behov for å få kravet avgjort, og anke over tvangsvavgjørelser som er falt bort skal som hovedregel avvises.¹⁵ Anke inngis til den domstol som har truffet avgjørelsen som ankes. Dagens lagdømmer vil være avgjørende for hvilken lagmannsrett som skal behandle anke over avgjørelser fra de enkelte utvalgte tingrettene.

Etter gjeldende rett skal fylkesnemnda straks sende kravet om rettslig prøving og sakens dokumenter til tingretten, mens ordningen etter tvistelovens alminnelige ankeregler er at saksforberedelsen av anken skjer i tingretten.¹⁶ Ved endring av avgjørelsesorgan, er det naturlig å følge de alminnelige reglene i tvisteloven. Dette vil sikre en lik behandling sammenlignet med andre ankesaker, og vil ikke stille partene i noen dårligere posisjon enn det som følger av dagens ordning.

Det følger videre av dagens regler at fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten

¹² Domstolloven § 163 a.

¹³ Forskrift om postforkynning § 5 tredje ledd.

¹⁴ Anders Bøhn, Domstolloven, Kommentartutgave, digital utgave, kommentar til § 163 a.

¹⁵ Tvisteloven § 1-3 og Rt. 1994 side 1340.

¹⁶ Tvisteloven § 36-2 første ledd og tvisteloven § 29-10.

¹⁰ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) kapittel 5.19.4 side 83-84.

¹¹ NOU 2005: 9 kapittel 16.6 side 80.

både av den private part og av kommunen. Private parter vil være søksmålsberettigede når tvangsvedtaket retter seg mot vedkommende. Videre vil kommunen være part i saken. Etter de alminnelige reglene om anke til lagmannsretten, reguleres partsstillingen av tvisteloven § 29-8. Denne bestemmelsen fastslår at partene i søksmålet kan anke rettslige avgjørelser for å oppnå endring i sin favør, og at den som vil bli berørt av endringen, skal gjøres til motpart. Det stilles dermed krav om rettslig interesse – sakstilknytning – for den ankende part og ankemotparten.¹⁷ De alminnelige reglene i tvisteloven skiller seg neppe vesentlig fra dagens ordning for overprøving av fylkesnemndas vedtak på dette punktet. Om barnet vil være part i saken, vil – som i dag – reguleres av barnevernloven § 6-3 andre ledd.

Fylkesnemndas saksstyrende avgjørelser kan i all hovedsak ikke overprøves i dagens system. Overprøving skjer ved at tvangsvedtak bringes inn for domstolene som kan prøve alle sider av saken, både rettsanvendelsen, saksbehandlingen og skjønnsutøvelsen. En avgjørelse om avvising vil imidlertid kunne være gjenstand for krav om rettslig prøving ved domstolene. Dette er i hovedsak i samsvar med systemet i forvaltningsprosessen om at prosessledende eller saksstyrende avgjørelser i utgangspunktet ikke kan påklages.¹⁸ Tvistelovens system er derimot at avgjørelser om saksbehandlingen kan ankes frem til saken er avgjort, og at en dom eller kjennelse kan ankes på grunn av feil i den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen, jf. tvisteloven §§ 29-2 og 29-3. Ved at avgjørelsesmyndigheten flyttes til tingrettene, synes det mest naturlig å følge tvistelovens system på dette punktet.

Barnevernloven § 7-25 inneholder i dag en hjemmel til å igangsette forsøk med samtaleprosess. Om det skal være en samtaleprosess etter at avgjørelsesmyndigheten i saker om tvang etter barnevernloven er flyttet, må vurderes etter evalueringen av forsøksprosjektet.

Forslag til barnevernloven § 7-2 andre punktum gjør unntak fra enkelte regler i tvisteloven. I utgangspunktet er det av verdi at prosessen i barnevernsaker i størst mulig grad tilsvare prosessen i andre sivile saker. Forutsatt at tvisteloven ikke stiller den private part i noen dårligere posisjon enn etter dagens ordning, bør det derfor ikke gjøres unntak fra regler i tvisteloven bare begrun-

net i at regelen ikke gjelder for fylkesnemnda i dag, at regelen ikke nødvendigvis passer så godt eller lignende. Det kan likevel være at det bør gjøres flere unntak enn det som er foreslått i barnevernloven § 7-2 andre punktum.

Det er gjort unntak for reglene i tvistelovens annen del om mekling og avklaring. I saker om tvang etter barnevernloven er det ikke aktuelt å kreve avklaringer før sak reises eller mekle i tradisjonell forstand.

Tvistelovens regler om bevis gjaldt tidligere tilsvarende så langt de passet, men med noen unntak. Disse unntakene er videreført i utkastet, se forslag til ny § 7-20. Selv om den praktiske anvendelsen for reglene i tvisteloven kapittel 28 om bevissikring utenfor rettsak og kapittel 28 A om rett til informasjon om inngrep i immaterialrettigheter mv. er begrenset, er det ikke funnet nødvendig å gjøre unntak fra disse reglene.

Til barnevernloven § 7-3:

Bestemmelsen regulerer verneting (stedlig kompetanse) for saker om tvang etter loven.

Første punktum fastslår at saken skal reises der barnet har alminnelige verneting. Sak kan bare reises for de tingrettene som behandler barnesaker, se forslag til ny domstollov § 26 b. Barnets alminnelige verneting bestemmes av tvisteloven § 4-4 andre ledd. Dette innebærer at barnet har alminnelig verneting der det har bopel. Som regel vil barnets bosted falle sammen med bostedet for en av foreldrene. Dersom foreldrene ikke bor sammen, vil barnet normalt ha bopel hos den av foreldrene som det bor fast hos. Hvor dette ikke er avklart – den ene av foreldrene flytter for eksempel ut fra det felles hjem med barnet – kan det oppstå tvil om hvor barnet har alminnelige verneting. I så fall må det avgjørende være hvor barnet rent faktisk bor. Har barnet delt bosted, er det lagt til grunn at barnet vil ha alminnelig verneting begge steder.¹⁹

I andre punktum er det gjort unntak for de tilfeller der barnets verneting er endret som følge av et vedtak etter barnevernloven, for eksempel der barneverntjenesten har plassert barnet i beredskapshjem. Regelen innebærer at kommunen skal reise sak på det stedet der forelderen eller foreldrene sist hadde omsorgen for barnet. Bakgrunnen er at inngrep fra barnevernets side som endrer barnets bosted, ikke bør få virkning for verneting. Foreldrene vil oftest ha best forutsetninger for å imøtegå en begjæring om tvangstiltak

¹⁷ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven*, Kommentartutgave, Bind II, 2013, side 1028–1029.

¹⁸ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, 2014, kapittel 16 side 260.

¹⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) kapittel 16 side 85.

fra barnevernet på det stedet der de bor. Både vitner og andre bevis vil normalt finnes i nærheten av der barnet hadde bosted før inngrepet.

Om bakgrunnen for forslaget, se kapittel 18.6.

Til barnevernloven § 7-4:

Bestemmelsen erstatter gjeldende barnevernlov § 7-2 andre ledd, og gir Kongen myndighet til å opprette utvalg av meddommere.

Etter *første ledd* skal Kongen opprette utvalg av alminnelige meddommere. Bestemmelsen viderefører dagens ordning med at medlemmene skal tas fra de alminnelige utvalgene av meddommere. Utvalget skal sammensettes av både meddommerutvalget til den aktuelle tingretten, i tillegg til utvalgene i de andre rettskretsene tingretten behandler saker fra.

Andre ledd gir Kongen myndighet til å opprette ett eller flere utvalg av fagkyndige meddommere for tvangssaker. Bestemmelsen viderefører dagens ordning, men slik at det er Kongen, og ikke departementet, som oppretter utvalgene, se også tvisteloven § 36-4.

Til barnevernloven § 7-5:

Bestemmelsen gir regler om tingrettens sammensetning ved behandling av saker etter dette kapitlet.

Etter *første ledd* skal tingretten som hovedregel settes med én fagdommer og to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig. Etter en konkret vurdering kan retten settes med én fagdommer og fire meddommere, hvorav to leke og to fagkyndige. Forutsetningen er at sakens kompleksitet tilsier dette. Formålet er å tilpasse sammensetningen til de reelle behovene i saken.

Andre ledd gir fagdommeren adgang til å avgjøre en sak alene, uten leke og fagkyndige meddommere. Dette gjelder for det første dersom partene samtykker. I tillegg er det et vilkår at hensynet til en betryggende saksbehandling ikke er til hinder for en slik løsning. Videre er det mulig i saker som gjelder pålegg om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4 tredje og fjerde ledd, eller krav om endring av en tidligere dom. I slike tilfeller er det et tilleggsvilkår at dette er ubetenkelig ut fra sakens tema, vanskelighetsgrad, behovet for fagkyndighet og hensynet til en forsvarlig behandling. Vilkårene samsvarer med vilkårene for skriftlig behandling, se forslag til ny § 7-15.

Tredje ledd fastslår at fagdommeren skal avgjøre en sak alene dersom den gjelder krav om endring av en dom om plassering i institusjon ved

fare for utnyttelse til menneskehandel, jf. barnevernloven § 4-29. Det samme gjelder akutt saker, se gjeldende barnevernlov § 7-22 og 7-23.

Bestemmelsen viderefører i stor grad det som i dag følger av barnevernloven § 7-5 om fylkesnemndas sammensetning i den enkelte sak.

Til barnevernloven § 7-6:

Bestemmelsen regulerer hvem som er privat part i saken.

Sivilprosessen opererer med et *formelt* partsbegrep, dvs. at den som reiser sak og den som det reises sak mot, er parter.²⁰ I forvaltningsprosessen er det derimot den reelle tilknytningen til saken som er avgjørende. Bestemmelsen innebærer at det ikke gjøres endringer i hvem som skal anses som parter i en sak om tvang etter barnevernloven. For eksempel vil en forelder med del i foreldreansvaret være part i en sak om omsorgsovertakelse, selv om barnet bor fast hos den andre forelder. I vurderingen av hvem en avgjørelse retter seg mot, eller som saken ellers direkte gjelder, må det ses hen til hvordan de tilsvarende formuleringene i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e, tolkes.

Til barnevernloven § 7-7:

Bestemmelsen viderefører i hovedsak gjeldende barnevernlov § 7-8 om advokater, men har enkelte språklige forenklinger. Regelen om at advokaten omgående skal gjøres kjent med begjæringen om tiltak med vedlagte dokumenter, og gis frist for tilsvarende svar, er ikke med her idet dette følger av forslag til ny § 7-10 tredje ledd.

Til barnevernloven § 7-8:

Bestemmelsen viderefører gjeldende barnevernlov § 7-9 om talsperson, men angir at det er tingretten, i stedet for fylkesnemnda, som skal oppnevne talsperson for barnet.

Til barnevernloven § 7-9:

Bestemmelsen viderefører i hovedsak gjeldende barnevernlov § 7-10 om barneverntjenestens innledning til sak, med noen språklige endringer. Den angir at sak innledes for tingretten, i stedet for fylkesnemnda. Videre fremgår det at det er kommunen som innleder sak for tingretten, i mot-

²⁰ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 10. utgave, 2014, kapittel 16 side 261 flg.

setning til gjeldende bestemmelsen som angir «barneverntjenesten». Det er kommunen som har partsevne etter tvisteloven § 2-1 første ledd bokstav b, og som har det overordnede ansvaret for å fremme sak.

Til barnevernloven § 7-10:

Bestemmelsen viderefører i hovedsak gjeldende barnevernlov § 7-11 om begjæring om tiltak og tilsvær, men har enkelte språklige endringer. Begjæringen skal angi domstolen, og ikke betegnelsen på nemnda. Begreper som «fylkesnemnda» og «nemndsleder» er erstattet med «retten».

Til barnevernloven § 7-11:

Bestemmelsen er ny og stiller krav om rask saksbehandling.

Bestemmelsen angir at saker etter dette kapitlet skal behandles hurtig og gis prioritet foran andre typer av saker. Saksbehandlingen skal gjennomføres så raskt som hensynet til forsvarlighet tillater. Kravet til hurtighet vil variere avhengig av hva slags type avgjørelse det er tale om. Hensynet til hurtighet må veie særlig tungt i saker om omsorgsovertakelse og plassering og tilbakeholdelse i institusjon. Se også tvisteloven § 36-5 andre ledd.

Til barnevernloven § 7-12:

Bestemmelsen kommer i stedet for gjeldende barnevernlov § 7-12 andre ledd, som gir en oversikt over hvilke oppgaver nemndslederen skal ivareta under saksforberedelsen. Bestemmelsen har likhetstrekk med tvisteloven § 9-4 andre ledd om planmøte.

Bestemmelsen fastslår at retten skal vurdere og eventuelt treffe avgjørelser om den videre behandlingen umiddelbart etter at kommunens begjæring om tiltak er kommet inn til domstolen. Behovet for rask saksbehandling i tvangssaker etter barnevernloven tilsier at saksforberedelsen igangsettes straks etter at begjæringen er kommet inn. Det er ikke avgjørende å drøfte saksbehandlingen med partene på forhånd. Ved at avgjørelser om den videre saksbehandlingen treffes på et tidlig stadium under saksforberedelsen, kan det imidlertid i en del tilfeller være nødvendig med endringer eller justeringer på grunnlag av det som eventuelt fremkommer i de private parters tilsvær, i saksforberedende møter eller lignende. Bestemmelsen viderefører dagens ordning.

I bokstav a til k er det regnet opp de viktigste spørsmålene om saksbehandlingen som det kan være aktuelt å ta stilling til. Flere av disse fremgår uttrykkelig av barnevernlovens bestemmelse i dag, men i tillegg er det nevnt at retten skal vurdere om kommunens begjæring om tiltak fyller kravene i § 7-10, hvem som er parter i saken, å oppnevne advokat for de private partene, om det skal inngis skriftlige innlegg som del av avgjørelsesgrunnlaget og andre forhold av betydning for saksforberedelsen. Tilføyelsene innebærer ingen endring sammenlignet med praksis etter gjeldende rett.

Til barnevernloven § 7-13:

Bestemmelsen regulerer forening av saker til felles behandling.

Første ledd viderefører gjeldende barnevernlov § 7-12 fjerde ledd med enkelte språklige forenklinger.

Regelen i *andre ledd* er ny. Om bakgrunnen for forslaget, se kapittel 18.5. Første punktum fastslår at en barnevernsak og en foreldretvist, som gjelder samme barn, uten hinder av taushetsplikt kan forenes til felles behandling og avgjørelse. Bakgrunnen for bestemmelsen er et ønske om en mer helhetlig og samlet behandling av saker om barns omsorgssituasjon. En forutsetning for at det kan være aktuelt med forening av saker, er at retten anser dette som en hensiktsmessig behandlingsmåte i det konkrete tilfellet. Dette vil særlig være tilfellet der bevisførselen helt eller delvis vil være den samme i begge sakene.

Andre ledd andre punktum regulerer rettens sammensetning ved forening av sakene. Det fremgår at sammensetningen skal være som i saker om tvang etter barnevernloven. For tingrettens del innebærer dette at retten som hovedregel settes med én fagdommer og to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig.

I tredje punktum er det lagt til grunn at tvistelovens regler om partenes sannhets-, opplysnings- og forklaringsplikt ikke skal gjelde ved forening av sakene. Bakgrunnen for dette er at reglene ikke får anvendelse i barnevernsaker, og at partenes rettigheter i en barnevernsprosess ikke bør påvirkes av om saken forenes til felles behandling med en foreldretvist. Ved innkalling til rettsmøter som gjelder begge saksforholdene, er det likevel naturlig at partene har møteplikt, idet de vil ha en slik plikt i en foreldretvist. Det forhold at en privat part ikke ønsker å bidra til sakens opplysning, kan tilsi at sakene ikke forenes til felles behandling.

Siste punktum fastslår at saksbehandlingsreglene for foreldretvister for øvrig kommer til anvendelse for disse spørsmålene. Dette innebærer at retten for eksempel kan oppnevne sakkyndig til å utrede ett eller flere spørsmål i saken, jf. barnelova § 61 første ledd nr. 3.

Til barnevernloven § 7-14:

Bestemmelsen viderefører gjeldende barnevernlov § 7-13 tredje ledd om omgjøring av saksstyrende avgjørelser. En lignende bestemmelse finnes i tvisteloven § 19-10 første ledd. Det ble imidlertid gjort enkelte tilpasninger i gjeldende regel i barnevernloven, begrunnet i at vilkåret i tvisteloven om at omgjøring ikke var «uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg etter avgjørelsen», ikke burde gjelde i barnevernsaker. Barnevernsaker dreier seg om saker uten fri rådighet, og formålskriteriet i loven burde derfor være det eneste vilkåret for omgjøring. Barnets beste er følgelig det styrende og avgjørende hensyn i beslutningen av om omgjøring skal skje.

Det er tilføyd at avgjørelsene kan omgjøres av «den rett som har avsagt dem», jf. til sammenligning tvisteloven § 19-10. Det legges til grunn at regelen i tvisteloven § 19-10 første ledd andre punktum om at avgjørelser under saksforberedelsen ikke er bindende for hovedforhandlingen eller annet rettsmøte hvor saken avgjøres, også vil gjelde i barnevernsaker.

Til barnevernloven § 7-15:

Bestemmelsen viderefører gjeldende barnevernlov § 7-14 om når forhandlingsmøte skal holdes. Det er ikke gjort realitetsendringer i *første ledd*, men bestemmelsen er omformulert for å få klare frem at avgjørelsesgrunnlaget kan være enten muntlig behandling i hovedforhandling eller ankeforhandling, skriftlig behandling eller en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling. *Andre og tredje ledd* er omredigert noe, uten at dette er ment å ha noen realitetsbetydning. Vilrårene i andre ledd samsvarer med vilrårene for å sette rett med én fagdommer, se forslag til ny § 7-5. Bestemmelsen vil også gjelde for lagmannsrettens behandling, jf. henvisningen til muntlig ankeforhandling.

Til barnevernloven § 7-16:

Bestemmelsen kommer i stedet for gjeldende barnevernlov § 7-7 om innkalling av partene til forhandlingsmøte. *Første ledd* viderefører gjeldende

barnevernlov § 7-7 første ledd første punktum. Det er presisert i bestemmelsen at det er retten som skal innkalle partene.

Andre ledd bestemmer når forkynning av innkallingen kan unnlates. Bestemmelsen viderefører realiteten i gjeldende barnevernlov § 7-7 første ledd tredje punktum som henviser til forvaltningsloven § 16 tredje ledd om når forhåndsvarsling kan unnlates. Etersom forvaltningsloven ikke lenger skal danne utgangspunkt for avgjørelsen av saker om tvang etter barnevernloven, er det hensiktsmessig å ta vilrårene inn i barnevernloven. Bestemmelsen må tolkes på samme måte som forvaltningsloven § 16 tredje ledd.

Tredje ledd viderefører gjeldende barnevernlov § 7-7 andre ledd med noen språklige endringer.

Til barnevernloven § 7-17:

Bestemmelsen kommer i stedet for barnevernloven § 7-4, som i dag regulerer partenes rett til innsyn i dokumenter i saken for fylkesnemnda.

Gjeldende bestemmelse fastslår blant annet at de begrensningene som er fastsatt i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav c (riktig henvisning skal være bokstav d) og andre ledd om blant annet helseforhold, ikke gjelder. Det er ikke fastsatt uttrykkelig at de øvrige begrensningene i forvaltningsloven § 19, om blant annet utenrikspolitiske interesser og forretningshemmeligheter, ikke skal gjelde for fylkesnemnda, men disse begrensningene har neppe praktisk betydning i denne type saker. Fylkesnemndsutvalget vurderte om spørsmålet om dokumentinnsyn for partene i fylkesnemnda burde reguleres på samme måte som i tvisteloven kapittel 14-1.²¹ Utvalget fant imidlertid at det var enklest og mest hensiktsmessig å videreføre gjeldende regel, og begrunnet dette med at denne regelen hadde fungert godt i praksis og voldt lite tvil.

Særdomstolsutvalget legger til grunn at tvisteloven § 14-1 første og andre ledd i hovedsak gir samme rett til innsyn som dagens barnevernlov § 7-4. Tvisteloven har imidlertid en særregel om at mindreårige parter over 15 år har samme rett til innsyn, og at parter under 15 år bare kan gis innsyn når deres alder og modenhet tilsier det. I prinsippet skiller denne regelen seg fra dagens regel i barnevernloven om at parter har rett til innsyn i sakens dokumenter, uavhengig av alder. Utvalget finner derfor grunn til å regulere spørsmålet om innsynsrett særskilt i barnevernloven, slik at

²¹ NOU 2005: 9 kapittel 15.2 side 73.

denne forskjellen fanges opp. Begrensningene i tvisteloven § 14-1 første ledd tredje punktum vil følgelig ikke gjelde i barnevernsaker for domstolene.

Første punktum innebærer at partene har rett til innsyn i begjæring om tiltak med vedlagte dokumenter og andre prosesskriv, rettsbøker, rettsavgjørelser og andre dokumenter i saken. Innsynsretten er begrenset til dokumenter i saken som finnes hos domstolen. For andre dokumenter som barneverntjenesten besitter, men som ikke er oversendt domstolen, gjelder forvaltningslovens regler. Så lenge dokumentene er oversendt domstolen, skal det dermed ikke gjelde noen begrensninger i partenes innsynsrett. Andre punktum viderefører den regelen som i dag følger av forvaltningsloven § 18 første ledd fjerde punktum om at en mindreårig under 15 år ikke skal gjøres kjent med opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

Til barnevernloven § 7-18:

Bestemmelsen innebærer at domstolen uhindret av taushetsplikt, jf. domstolloven § 63 a og § 128, kan gi opplysninger til retten i saker om tvang etter barnevernloven. Unntaket fra taushetsplikten gjelder bare for opplysninger i saker om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, fast bosted og samvær. Domstolen kan ha opplysninger om barnet og familien som kan være av vesentlig betydning for å belyse saken. Dette kan være opplysninger om barnets tidligere uttalelser, oppnevning av sakkyndig, sakkyndigrapporter, berømmelse av møter, rettsavgjørelser mv.

Om bakgrunnen for forslaget, se kapittel 20.5.

Til barnevernloven § 7-19:

Bestemmelsen regulerer allmennhetens innsynsrett og lukkede dører. *Første ledd* fastslår at sakens dokumenter er unntatt offentlighet. Bestemmelsen er tatt inn etter mønster av tvisteloven § 36-7 første ledd som gjør unntak for allmennhetens innsynsrett i saker om overprøving av tvangsvedtak.

Etter gjeldende rett reguleres allmennhetens innsynsrett i dokumenter hos fylkesnemnda av offentleglova. Av særlig praktisk betydning er offentleglova § 13, jf. barnevernloven § 6-7 som fastslår at opplysninger om noens personlige forhold er unntatt fra innsyn. Sett i lys av koblingsfaren, er det neppe grunn til å tro at den foreslåtte endringen vil innebære noen vesentlig begrensning i allmennhetens innsynsrett sammenlignet

med dagens ordning. Det vises for øvrig til at det fortsatt vil være mulig å be om innsyn hos barneverntjenesten etter reglene i offentleglova. Det legges derfor til grunn at det er hensiktsmessig å følge tvistelovens regulering på dette punktet.

Det er også foreslått endring i tvisteloven § 14-4 om unntak fra allmennhetens innsynsrett i andre saksdokumenter, slik at saker om tvang etter barnevernloven er omfattet av denne bestemmelsen. Bestemmelsen gjør imidlertid bare unntak fra innsynsretten for andre saksdokumenter enn rettsbøker og rettsavgjørelser. Rettsbøker og rettsavgjørelser reguleres fullt ut av tvisteloven § 14-3. Det anses derfor hensiktsmessig med en særskilt regulering av innsynsretten i barnevernloven.

Andre, tredje, fjerde og femte ledd viderefører gjeldende barnevernlov § 7-16 om lukkede dører.

Domstolloven § 127 gir hjemmel for at en person med tilknytning til en part kan følge en hovedforhandling.²² Videre gir bestemmelsen hjemmel for at en saksbehandler fra barneverntjenesten kan følge en hovedforhandling i opplæringsøyemed eller at en forsker kan følge forhandlingene og rådslagningen som ledd i sitt arbeid. Bestemmelsen inneholder imidlertid ikke noe vilkår om samtykke fra partene. Fylkesnemndsutvalget fant det dermed ikke hensiktsmessig å la domstolloven § 127 få tilsvarende anvendelse for fylkesnemndene, men at det i stedet burde gis egne regler for slike tilfeller.²³ Ved en videreføring av gjeldende rett, er det derfor nødvendig å regulere spørsmålet om lukkede dører særskilt i barnevernloven. Se til sammenligning tvisteloven § 36-7 andre ledd.

Dersom barnevernslovutvalgets forslag om at personer med tilknytning til en part, forskere og lignende skal kunne overvære forhandlingen uavhengig av begjæring eller samtykke fra partene, er det antakelig ikke nødvendig å videreføre disse særreglene.

Til barnevernloven § 7-20:

Første og andre ledd fritar den private part fra sannhets-, opplysnings-, møte- og forklaringsplikt. Etter gjeldende rett gjelder tvistelovens regler om bevis tilsvarende så langt det passer, se barnevernloven § 7-17. Det er imidlertid gjort unntak for tvisteloven § 21-4 om partenes sannhets- og opplysningsplikt og kapittel 23 om møte- og forklaringsplikt. Unntaket er gjort generelt, men har

²² Anders Bøhn, Domstolloven, Kommentartutgave, digital utgave, kommentar til § 127.

²³ NOU 2005: 9 kapittel 15.3 side 75.

sin begrunnelse i hensynet til private parter.²⁴ Det er derfor lagt til grunn at offentlige parter i saker for fylkesnemnda både har møte- og forklaringsplikt og plikt til å bidra til sakens opplysning. I ny bestemmelse er det presisert at unntaket fra de nevnte pliktene bare gjelder for den private parten.

Tredje ledd gir regler om gjennomføringen av partsavhør i de tilfellene der den private part ønsker å forklare seg. Partsavhør i fylkesnemnda er i liten grad regulert. Tvistelovens regler om partsavhør henviser til enkelte bestemmelser i kapittel 24 om vitnebevis. Ved at tvisteloven kapittel 23 om parters møte- og forklaringsplikt ikke er gitt anvendelse for fylkesnemnda, medfører lovens systematikk at heller ikke disse bestemmelsene er gitt anvendelse. Det er likevel lagt til grunn at det er naturlig å følge de mer praktisk rettede bestemmelsene i kapittel 24 også ved avhør av private parter.²⁵ Det samme må gjelde reglene om gjennomføring av partsforklaringen i tvisteloven § 23-2. Videre er det i forarbeidene lagt til grunn at private parter som velger å forklare seg, likevel skal oppfordres til å forklare seg sannferdig og opplyses om at falsk forklaring er straffbart.²⁶ At det ikke samtidig er nevnt at det skal mottas forsikring fra private parter, er en naturlig konsekvens av at private parter verken har møteplikt eller plikt til å bidra til å opplyse saken. Bestemmelsen i ny § 7-20 tredje ledd slår fast at reglene i tvisteloven § 23-2 med videre henvisning vil gjelde dersom den private part forklarer seg for retten. Det er videre bestemt at retten kan unnlate å motta forsikring fra den private part.

Ved overprøving av vedtak om tvang etter barnevernloven, bestemmer tvisteloven § 36-6 andre ledd at personlig avhør av den private part kan unnlates dersom retten finner dette ubetenkelig. I prinsippet har dermed den private part forklaringsplikt ved overprøving av fylkesnemndas tvangsvedtak. Når tingretten skal behandle saker om tvang etter barnevernloven i første instans, er det ikke hensiktsmessig at det gjelder andre regler om den private partens forklaringsplikt ved lagmannsrettens prøving av tingrettens avgjørelse.

Til barnevernloven § 7-21:

Bestemmelsen viderefører gjeldende barnevernlov § 7-17 andre ledd og 7-24 tredje ledd, likevel slik at det er retten, og ikke fylkesnemnda, som ikke kan legge til grunn sakkyndigbevis uten at det har vært vurdert av Barnesakkyndig kommisjon.

Til barnevernloven § 7-22:

Bestemmelsen innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett. Fylkesnemnda kan i dag prøve alle sider av saken, og det samme vil gjelde når tingretten behandler saker om tvang etter barnevernloven i første instans. Tingretten må også kunne prøve alle sider ved at akuttvedtak, og ikke bare foreta en gyldighetsprøving av forvaltningsvedtaket.

Ved overprøving av barnevernsaker vil tingretten i dag kunne ta stilling til spørsmål som har vært avgjort av fylkesnemnda, men som ikke er brakt inn for retten.²⁷ Når tingretten gis myndighet til å treffe avgjørelse i første instans, bør det samme gjelde for lagmannsrettens prøving av saken. Se til sammenligning tvisteloven § 36-5 tredje ledd.

Til barnevernloven § 7-23:

Bestemmelsen viderefører gjeldende barnevernlov § 7-19 første ledd om fristen for å treffe vedtak og tredje ledd tredje punktum om opplysning om ankeadgang. Bestemmelsen gjelder bare tingrettens behandling. For lagmannsretten vil de alminnelige reglene i tvisteloven gjelde.

Til barnevernloven § 7-24:

Bestemmelsen regulerer foregrepet virkning. I forvaltningsretten er utgangspunktet at et vedtak skal iverksettes straks det er truffet.²⁸ I barnevernsaker er det gitt enkelte særregler i barnevernloven om iverksettelse av vedtak, se blant annet barnevernloven § 4-13 om at et vedtak om omsorgsovertakelse skal settes i verk så snart som mulig. I sivilprosessen er derimot utgangspunktet at virkningen inntreffer når det foreligger en rettskraftig avgjørelse. Det er derfor nødvendig med en regel om foregrepet virkning i tilfeller

²⁴ Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 406–407.

²⁵ Kari Ofstad og Randi Skar, Barnevernloven med kommentarer, 6. utgave, 2015, side 405–406.

²⁶ Ot.prp. nr. 76 (2005–2006) kapittel 9 side 132.

²⁷ Tvisteloven § 36–5 tredje ledd, jf. § 11–4, Rt. 2003 side 1319, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 29 side 405 merknad til § 11–4 og Rt. 2011 side 1251.

²⁸ Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 4. utgave, 2015, kapittel 29.1.6 side 472.

der dommer går ut på at tvang skal opphøre, jf. til sammenligning tvisteloven § 36-9. Se også begrunnelsen for en særlig regel om foregrepet virkning for tvangssakene i NOU 2001: 32 A *Rett på sak*, kapittel 19.2.4.7.

Spørsmålet om foregrepet virkning vil særlig være aktuelt i tilfeller der det er truffet et akuttvedtak, og hvor domstolen enten ved prøving av akuttvedtaket eller ved vurderingen av en begjæring om tiltak kommer til at tvangen skal opphøre. Retten kan bestemme at dommen ikke skal få virkning før saken er rettskraftig avgjort. Ut fra en «fra det mer til det mindre»-betraktning, kan retten også bestemme at dommen skal få virkning på et tidligere tidspunkt.

Til barnevernloven § 7-25:

Bestemmelsen viderefører gjeldende barnevernlov § 7-22 om godkjenning av akuttvedtak, med noen språklige endringer. Ordlyden i dagens bestemmelse kan gi inntrykk av at akuttvedtaket skal godkjennes, og at dette spørsmålet dermed ikke er gjenstand for nærmere vurdering. Det foreslås derfor noen språklige endringer som gjør at det kommer klarere frem at det skal skje en vurdering av om vedtaket skal godkjennes. Dette innebærer ingen realitetsendring.

Det er videre gjort endringer slik at det fremgår at det er tingretten, og ikke fylkesnemnda, som skal vurdere godkjenningsspørsmålet.

Spørsmålet om godkjenning av akuttvedtak skal behandles av fagdommeren alene, se forslag til ny § 7-5 tredje ledd. Avgjørelsen treffes ved beslutning. På samme måte som etter gjeldende rett, kan avgjørelsen ikke ankes.

Til barnevernloven § 7-26:

Bestemmelsen viderefører gjeldende barnevernlov § 7-23 om klage over akuttvedtak, men det er gjort språklige tilpasninger som følge av at avgjørelsesmyndigheten er flyttet fra forvaltningen til domstolene. Det er lite naturlig å snakke om klagebehandling i domstolene, og denne begrepsbruken er dermed endret til «rettslig prøving», at sak «bringes inn for» domstolene mv. Saken skal behandles etter reglene i kapitlet her. I tillegg vil domstollovens og tvistelovens alminnelige regler komme til anvendelse. Dette innebærer at saken ikke skal behandles etter tvisteloven kapittel 36.

Avgjørelsen skal treffes ved kjennelse. Dette innebærer at overprøving i lagmannsretten som en klar hovedregel skjer ved skriftlig behandling uten ytterligere saksforberedelse, jf. tvisteloven

§§ 29-14 andre ledd og 29-15. Muntlig forhandling er aktuelt der saken reiser kompliserte faktiske og/eller rettslige spørsmål, angår prinsipielle spørsmål, er av stor betydning for de involverte mv. Ordningen må praktiseres slik at den sikrer partene retten til en rettferdig rettergang og til et effektivt rettsmiddel mot menneskerettsbrudd, se kapittel 13 ovenfor.

Til barnevernloven § 7-27:

Bestemmelsen inneholder enkelte særregler om anke. *Første ledd* gjør unntak fra kravene til innhold i en ankeerklæring i tvisteloven § 29-9 tredje og fjerde ledd for den private part. Etter gjeldende rett stilles det ikke særskilte formkrav til hvordan en sak om rettslig prøving av et fylkesnemndsvedtak skal settes i gang.²⁹ Det er for eksempel ikke krav om stevning. Videre gjør tvisteloven § 36-10 første ledd unntak fra tvisteloven § 29-9 tredje og fjerde ledd ved anke over tingrettens dom til lagmannsretten. Det samme skal gjelde i en ny ordning. *Andre og tredje ledd* viderefører gjeldende rettsstilstand, se tvisteloven § 36-2 tredje ledd og § 36-10 andre ledd.

Fjerde ledd regulerer spørsmål om adgang for lagmannsretten til å nekte ankebehandling av en dom fra tingretten. Regelen kommer i stedet for den alminnelige regelen etter tvisteloven § 29-13 andre ledd. Den avviker fra dagens system, i den forstand at alle vedtak fra fylkesnemnda kan bringes inn for tingretten etter reglene i kapittel 36 av den private part eller av kommunen.

Fjerde ledd første punktum innebærer at anke over dom om omsorgsovertakelse etter § 4-12 og anke over dom om samtykke til adopsjon etter § 4-20 andre ledd, vil måtte tas under realitetsbehandling og avgjøres i lagmannsretten. Henvisningen til § 4-12 markerer at det er avgjørelse av spørsmålet om det offentlige skal overta omsorgen for et barn, som ikke kan nektes ankebehandlet. Spørsmål om tilbakeføring av omsorgen etter § 4-21 vil være omfattet av regelen i fjerde ledd andre punktum. Begrunnelsen for at avgjørelser om omsorgsovertakelse eller samtykke til adopsjon ikke bør kunne nektes ankebehandlet, er primært at dette er særdeles inngripende avgjørelser som det av hensyn til de private parter bør være anledning til å få prøvd i minimum én instans over den instans som har truffet avgjørelsen (tingretten). Første punktum omfatter også tilfeller der kommunen ikke har fått medhold i en påstand om

²⁹ Christian H.P. Reusch' kommentarer til tvisteloven § 36-2 første ledd i Norsk lovkommentar.

omsorgsovertakelse eller samtykke til adopsjon. Andre deler av dommen enn spørsmålet om offentlig omsorgsovertakelse eller samtykke til adopsjon, eksempelvis om samvær eller fratakelse av foreldreansvar, vil være omfattet av fjerde ledd andre punktum. Gjelder anken en omsorgsovertakelse eller samtykke til adopsjon, vil det i praksis neppe være særlig aktuelt å nekte ankebehandling av spørsmål om henholdsvis samvær og fratakelse av foreldreansvar.

For andre typer avgjørelser enn omsorgsovertakelse og samtykke til adopsjon, følger det av fjerde ledd andre punktum at lagmannsretten i noen tilfeller vil kunne nekte ankebehandling. Regelen er ment å gi en noe videre adgang for lagmannsretten til å nekte ankebehandling enn det som ligger i den alminnelige bestemmelsen i tvisteloven § 29-13 andre ledd. Begrunnelsen for en slik utvidet adgang er særlig at det av hensyn til barnet kan være viktig med en rask avklaring av omsorgssituasjonen, og at prosessen for domstolene ikke er mer omfattende og langvarig enn nødvendig. På den annen side innebærer ikke regelen noen plikt for lagmannsretten til å nekte ankebehandling. Særlig i tilfeller der en sak inneholder prinsipielle spørsmål, vil det kunne være aktuelt å ta en anke til behandling selv om vilkårene for å nekte er oppfylt.

Fjerde ledd tredje punktum angir momenter som skal stå sentralt i lagmannsrettens vurdering etter andre punktum av spørsmål om å nekte en anke fremmet. Oppregningen er ikke uttømmende. Adgangen til å nekte ankebehandling må praktiseres med stor vekt på hensyn til rettssikkerhet, siden den kan gjelde avgjørelser av stor betydning for de menneskene saken gjelder. Praksis må ivareta den rett partene skal ha til en rettferdig rettergang, og til et effektivt rettsmiddel mot menneskerettsbrudd, jf. kapittel 13 ovenfor.

Etter *bokstav a* skal lagmannsretten se hen til hvor inngripende saken er for de private partene. For inngripende avgjørelser, eksempelvis om at en part overhodet ikke skal ha rett til samvær, eller at samvær skal skje med tilsyn, vil behovet for ankebehandling generelt være større enn der det er avsagt dom om samvær, og anken utelukkende gjelder nyanser i omfanget av samværsretten. Videre kan det bare unntaksvis være aktuelt å nekte ankebehandling av avgjørelser om fratakelse av foreldreansvar etter § 4-20 første ledd, eller om plassering og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke etter § 4-24. I likhet med avgjørelser om omsorgsovertakelse og samtykke til adopsjon, er dette svært inngripende avgjørelser. Heller ikke midlertidige avgjørelser om

omsorgsovertakelse bør normalt nektes ankebehandlet. I praksis vil det være i saker om endring av samvær etter § 4-19, eller om tilbakeføring av omsorgen etter § 4-21, at det kan være aktuelt å nekte ankebehandling.

Etter *bokstav b* skal lagmannsretten ta i betraktning om det foreligger nye opplysninger i saken. Bestemmelsen henspeiler særlig på om det er inntruffet noe nytt etter tingrettens behandling av saken, men også på om bevisbildet er endret. For at nytt bevismateriale skal være av betydning, må det imidlertid være en forutsetning at det kan være egnet til å påvirke vurderingen av saken, jf. formuleringen «gir grunn til å behandle saken på ny».

Etter *bokstav c* skal det legges vekt på om det er svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling. Ikke enhver type feil ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling trenger tillegges avgjørende betydning. For at det skal være aktuelt å nekte en anke, må det imidlertid være en forutsetning at saken har fått en grundig behandling i tingretten, med oppfyllelse av alminnelige krav til kontradiksjon og andre elementer av betydning etter EMK artikkel 6.

Bokstav d angir et vurderingstema av en litt annen karakter enn de foregående, ved at det pålegger lagmannsretten å legge vekt på et hensyn som kan tale *imot* ankebehandling av saken. Innholdet i bestemmelsen er at lagmannsretten – i tilfeller der det synes klart at ytterligere prosess om saken er mer belastende for barnet enn resultatet etter tingrettens dom – skal legge vekt på dette ved vurderingen av om en anke skal nektes. For anker om andre spørsmål en omsorgsovertakelse, vil en slik situasjon for barnet kunne danne bakgrunn for å nekte ankebehandling selv om lagmannsretten ikke utelukker at en ankebehandling vil kunne gi et noe annet utfall enn det som tingretten kom frem til. Avgjørelsen skal ikke legge premisser for behandlingen av nye krav om endring (tilbakeføring av omsorg eller annet). En avgjørelse om å nekte ankebehandling etter denne bestemmelsen skal utelukkende ses som uttrykk nettopp for en vurdering om ankebehandling (på det tidspunktet lagmannsretten treffer sin avgjørelse om dette), og ikke som en føring overfor kommunen, tingretten eller senere lagmannsretter om at en løsning er endelig.

Femte ledd gir ytterligere regler for spørsmålet om ankenektelse etter fjerde ledd. Henvisningen i femte ledd til enkelte regler i tvisteloven § 29-13, innebærer at en nektelse kan begrenses til enkelte krav eller ankegrunner, og at det skal gis varsel om at anken overveies nektet fremmet. En avgjørelse om en anke nektes fremmet, treffes

ved beslutning uten muntlig forhandling. Nektelse krever enstemmighet, og skal være begrunnet. Beslutningen kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen. At en anke ikke er nektet fremmet, kan ikke ankes eller brukes som ankegrunn.

Sjette ledd gir regler om rettens sammensetning ved muntlig ankeforhandling i lagmannsretten. I tillegg til tre fagdommere, skal retten som hovedregel settes med to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig. Etter en konkret vurdering kan retten settes med fire meddommere, hvorav to leke og to fagkyndige. En adgang til å sette rett med flere dommere følger også av gjeldende rett, se til sammenligning tvisteloven § 36-4 første ledd andre punktum. Lagmannsretten skal videre settes med tre fagdommere når saken gjelder forlengelse av en dom om plassering etter § 4-29, se til sammenligning forslag til ny § 7-5 om tingrettens sammensetning.

Syvende ledd fastslår at reglene i kapitlet her gjelder så langt de passer. Tilsvarende følger av tvisteloven § 36-10 fjerde ledd.

Om bakgrunnen for forslaget, se kapittel 18.7.

Til barnevernloven § 7-28:

Bestemmelsen viderefører gjeldene barnevernlov § 7-24 fjerde ledd om at kommunen dekker egne kostnader med saken og gjeldende tvisteloven § 36-8 om at staten bærer alle kostnadene ved saken når ikke annet følger av særskilt lovbestemmelse.

24.4 Endringer i tvisteloven

Til tvisteloven § 11-4:

Bestemmelsen er endret slik at det fremgår at partenes rådighet er begrenset i saker om tvang etter barnevernloven. Bestemmelsen viderefører i hovedsak gjeldende rett, se blant annet gjeldende barnevernlov § 7-3 om at fylkesnemnda har ansvar for sakens opplysning og tvisteloven § 11-4 om at partenes rådighet er begrenset i saker om overprøving av fylkesnemndas vedtak.

Til tvisteloven § 14-4:

Bestemmelsen er endret slik at det fremgår at allmennheten ikke har innsyn i dokumenter i saker om tvang mot personer etter barnevernloven. Se også forslag til ny barnevernlov § 7-19.

Til tvisteloven §§ 36-3 tredje ledd andre og tredje punktum og § 36-10 tredje ledd:

Bestemmelsene er opphevet som følge av at avgjørelser om tvang etter barnevernloven ikke lenger vil bli truffet av fylkesnemnda. Det vil dermed ikke foreligge administrative tvangsvedtak på dette området, som kan bringes inn for tingretten etter tvisteloven kapittel 36.

24.5 Andre endringer

Til domstolloven § 163 a andre ledd, rettshjelploven §§ 11 første ledd, 16 første ledd og 17 tredje ledd, adopsjonsloven § 1 andre ledd, straffeloven § 261 første ledd tredje punktum og endring i lov om Haagkonvensjonen 1996 § 5 tredje ledd tredje punktum:

Bestemmelsene endres som følge av at fylkesnemnda ikke lenger skal behandle saker om tvang etter barnevernloven.

24.6 Særskilte regler om gjennomføringen

Bestemmelsen gir en særskilt regel om adgang til å utnevne fylkesnemndsledere til dommere i tingretten uten å følge den fremgangsmåten for utnevning av dommere som er fastsatt i domstolloven. Myndigheten etter bestemmelsen er begrenset til å gjelde utnevning i forbindelse med gjennomføringen av at fylkesnemndas myndighet i saker om tvang etter barnevernloven overføres til tingretten.

Bestemmelsen gir en rett for Kongen, men ingen plikt. Bestemmelsen gir ikke fylkesnemndsledere krav på å utnevnes til dommere.

Om bakgrunnen for forslaget, se kapittel 18.4.

Kapittel 25

Forslag til endringer i lov

25.1 Endringer i domstolloven

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) endres slik:

Ny § 26 b skal lyde:

Kongen fastsetter hvilke tingretter som skal utøve domsmyndighet i saker om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, hvem barnet skal bo fast sammen med, samvær, eller om tvang mot personer etter barnevernloven.

I de tingretter som skal utøve domsmyndighet som nevnt i første ledd, skal domstolleder utpeke en fagansvarlig på området. Den fagansvarlige skal legge til rette for at de dommere i domstolen som behandler saker som nevnt i første ledd, er orientert om faglig utvikling med relevans for disse sakene.

Ny § 54 a skal lyde:

Lagdommere og tingrettsdommere må gjennomgå et grunnprogram og følge jevnlig oppdateringsprogram for å kunne behandle følgende sakstyper:

- a) saker om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, hvem barnet skal bo fast sammen med, og samvær,
- b) saker om tvang mot personer etter barnevernloven, og
- c) saker om tilbakelevering av barn etter barnebortføringsloven § 11.

Det skal fremgå av rettsboken og skriftlige avgjørelser i slike saker at dommeren fyller kravene etter første ledd.

Kongen gir forskrifter om innholdet i opplæringen.

Domstoladministrasjonen skal føre et nasjonalt register over hvilke dommere som fyller kravene etter første ledd.

§ 163 a andre ledd skal lyde:

Følgende myndigheter foretar forkyning postalt etter reglene i denne bestemmelse: De

alminnelige domstoler, jordskifterettene, forbrukertvistutvalget, *parkeringsklagenemnda*, *påtalemyndigheten*, namsmenn, lensmenn, namsfogder, politistasjoner med sivile rettspleieoppgaver og fylkesmenn.

25.2 Endringer i rettshjelploven

Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven) endres slik:

§ 11 første ledd skal lyde:

Søknad om fritt rettsråd kan innvilges uten behovsprøving i følgende tilfeller:

1. for utlending som har rett til fri rettshjelp etter utlendingsloven § 92 første ledd, annet ledd og tredje ledd første punktum, eller for den som har rett til fri rettshjelp etter statsborgerloven § 27 sjuende ledd første punktum.
2.
 - a) for den som er part i sak hvor barnevernet har fattet vedtak som nevnt i lov om barneverntjenester § 4-6 annet og tredje ledd, § 4-9 første og annet ledd og § 4-25 annet ledd annet punktum, men hvor vedtaket ikke blir etterfulgt av at barnevernet starter forberedelse til sak som skal behandles av *tingretten* etter kapittel 7 i lov om barneverntjenester.
 - b) for den som er part i sak hvor barnevernet har startet forberedelse til sak som skal behandles av *tingretten* etter kapittel 7 i lov om barneverntjenester, men hvor saken likevel ikke blir oversendt *retten*.
3. for siktede som reiser krav om erstatning for urettmessig straffeforfølgning etter straffeprosessloven kapittel 31.
4. til voldsofre i erstatningssak mot gjerningspersonen.
5. til vernepliktige i førstegangstjeneste i saker som nevnt i annet ledd.
6. til den som har vært utsatt for handling som nevnt i straffeprosessloven § 107 a første ledd

bokstav a eller b, for å vurdere forhold av betydning for anmeldelse.

7. til den som er utsatt for tvangsekteskap eller forsøk på sådan som nevnt i straffeloven § 253, jf. straffeloven § 16, men hvor saken ikke er anmeldt og den nødvendige bistand er av samme art som nevnt i straffeprosessloven § 107c eller annen relevant bistand.

§ 16 første ledd skal lyde:

Fri sakførsel innvilges uten behovsprøving i saker som nevnt i § 11 første ledd nr. 4, 5 og 7, samt i følgende tilfeller:

1. for den vernepliktige i militærnektersaker etter lov 19. mars 1965 nr. 3 om fritaking for militærtjeneste av overbevisningsgrunner,

2. for den et tvangstiltak retter seg mot i *saker etter barnevernloven kapittel 7* og saker om overprøving av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren etter tvisteloven kapittel 36,

3. for den private part i saker hvor søksmål er anbefalt av Stortingets ombudsmann for forvaltningen,

4. for utlending i tilfeller som nevnt i utlendingsloven § 92 tredje ledd annet punktum og fjerde ledd, § 129 annet ledd, eller for den som har rett til fri sakførsel etter statsborgerloven § 27 sjuende ledd annet punktum.

5. til den som er begjært fratatt rettslig handleevne, eller som begjærer et vedtak om fratakelse av rettslig handleevne opphevet etter vergemålsloven,

6. til den det oppnevnes advokat for i medhold av barneloven § 61 første ledd nr. 5.

§ 17 tredje ledd nr. 2 oppheves.

§ 17 tredje ledd nr. 3 blir nr. 2, nr. 4 blir nr. 3.

25.3 Endring i adopsjonsloven

I lov 28. februar 1986 nr. 8 skal § 1 andre ledd lyde:

Departementet skal utstede adopsjonsbevillingen uten å prøve om vilkårene i loven er til stede, når *retten* har fattet *avgjørelse* etter barnevernloven § 4-20 annet og tredje ledd, og *avgjørelsen* er endelig.

25.4 Endring i barnelova

I lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) skal § 61 første ledd nr. 3 nytt tredje og fjerde punktum lyde:

Sakkunnig utgreiing kan berre leggjast til grunn av retten om det har vore vurdert av Barnesakkyndig kommisjon, jf. barnevernloven § 2-5. Dette gjeld og sakkunnig utgreiing innhenta av partane i saka.

25.5 Endringer i barnevernloven

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) endres slik:

§ 2-1 femte ledd skal lyde:

Administrasjonen skal utføre det daglige løpende arbeid, herunder

- a) gi råd og veiledning,
- b) treffe vedtak i henhold til loven, eventuelt innstille til vedtak, jf. tredje ledd,
- c) forberede saker for behandling i *retten*,
- d) iverksette og følge opp tiltak.

§ 2-5 første ledd skal lyde:

Barnesakkyndig kommisjon skal vurdere rapporter fra sakkyndige i barnevernsaker og i saker om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, hvem barnet skal bo fast sammen med, og samvær. Kommisjonens medlemmer oppnevnes av Kongen.

§ 4-4 tredje til sjette ledd skal lyde:

Retten kan, når det er nødvendig for å sikre barnet tilfredsstillende omsorg eller av andre grunner, *avgjøre* at opphold i barnehage eller andre egnede dagtilbud, opphold i besøkshjem eller avlastningstiltak, leksehjelp, fritidsaktiviteter, bruk av støttekontakt eller andre lignende kompenserende tiltak skal settes i verk ved pålegg til foreldrene. Når det er nødvendig for å sikre barnet tilfredsstillende omsorg, kan *retten* gi pålegg om tilsyn, meldeplikt og urinprøver. På samme vilkår kan *retten* gi pålegg om omsorgsendrende tiltak. De omsorgsendrende tiltak som anvendes, skal være faglig og etisk forsvarlig og bygge på et allment akseptert kunnskapsgrunnlag.

Hjelpetiltak etter tredje ledd kan opprettholdes inntil ett år fra *avgjørelsestidspunktet*. For pålegg om opphold i barnehage eller annet egnet dagtilbud gjelder ingen tidsbegrensning.

For barn som har vist alvorlige atferdsvansker, jf. § 4-24 første ledd, eller som er i ferd med å utvikle slike alvorlige atferdsvansker, kan *retten avgjøre* at foreldrestøttende tiltak som har som formål å redusere barnets atferdsvansker kan gjennomføres uten barnets samtykke. Slike foreldrestøttende tiltak kan også gjennomføres uten barnets samtykke når tiltakene iverksettes som ledd i avslutningen av et institusjonsopphold med hjemmel i § 4-24. Foreldrestøttende tiltak uten barnets samtykke kan ikke opprettholdes utover seks måneder fra *rettens avgjørelse*.

Når vilkårene i annet ledd er til stede, og dersom behovene ikke kan løses ved andre hjelpetiltak, kan barneverntjenesten også formidle plass i fosterhjem, institusjon eller omsorgssenter for mindreårige. Hvis det må forutsettes at foreldrene i lengre tid ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg, bør det likevel vurderes om det med en gang skal *avgjøres* at barneverntjenesten skal overta omsorgen for barnet etter § 4-12 første ledd, framfor frivillig plassering etter denne paragraf.

§ 4-6 skal lyde:

§ 4-6 *Midlertidige vedtak i akuttsituasjoner*

Dersom et barn er uten omsorg fordi foreldrene er syke eller barnet er uten omsorg av andre grunner, skal barneverntjenesten sette i verk de hjelpetiltak som umiddelbart er nødvendige. Slike tiltak kan ikke opprettholdes mot foreldrenes vilje.

Er det fare for at et barn blir vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet, kan barnevernadministrasjonens leder eller påtalemyndigheten uten samtykke fra foreldrene umiddelbart treffe midlertidig vedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet.

Barnevernadministrasjonens leder kan i et slikt tilfelle også treffe midlertidig vedtak etter § 4-19.

Er det truffet vedtak etter annet ledd, skal begjæring om tiltak som nevnt i § 7-11 sendes *tingretten* snarest, og senest innen seks uker, men innen to uker hvis det gjelder tiltak etter § 4-24.

Dersom saken ikke er sendt til *tingretten* innen fristene som nevnt i fjerde ledd, faller vedtaket bort.

§ 4-8 skal lyde:

§ 4-8 *Forbud mot flytting av barn, eller avgjørelse om omsorgsovertakelse, når barnet bor utenfor hjemmet*

Er et barn plassert utenfor hjemmet av foreldrene eller med deres samtykke etter § 4-4, kan *retten avgjøre* at barnet for en tid av opptil tre

måneder ikke skal flyttes. *Slik avgjørelse* kan bare treffes dersom det ikke er rimelig grunn for flyttingen, eller dersom den kan være til skade for barnet. I løpet av den tid som er fastsatt, skal barneverntjenesten legge forholdene til rette for at flyttingen kan skje med minst mulig ulempe for barnet.

Dersom det er overveiende sannsynlig at flyttingen vil føre til en situasjon eller risiko for barnet som nevnt i § 4-12 første ledd, kan det treffes *avgjørelse* om omsorgsovertakelse for barnet. *En slik avgjørelse* kan treffes også før et nyfødt barn er flyttet til foreldrene. § 4-12 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende.

Selv om vilkårene etter § 4-12 ikke er tilstede, kan det treffes *avgjørelse* om omsorgsovertakelse dersom plasseringen har vart i mer enn to år, og barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering må antas at flyttingen kan føre til alvorlige problemer for barnet.

§ 4-9 skal lyde:

§ 4-9 *Foreløpige vedtak etter § 4-8*

Foreløpig vedtak etter § 4-8 første ledd og annet ledd annet punktum kan treffes av barnevernadministrasjonens leder, dersom de interesser bestemmelsen skal ivareta, kan bli vesentlig skadelidende om *avgjørelse* ikke treffes og gjennomføres straks.

Barnevernadministrasjonens leder kan, når det er truffet foreløpig vedtak etter § 4-8 annet ledd annet punktum, også treffe foreløpig vedtak etter § 4-19.

Er det truffet foreløpig vedtak, skal begjæring om tiltak som nevnt i § 7-11 være sendt *tingretten* snarest, og senest innen seks uker.

Dersom saken ikke er sendt til *tingretten* innen fristen som nevnt i tredje ledd, faller vedtaket bort.

§ 4-10 skal lyde:

§ 4-10 *Avgjørelse om medisinsk undersøkelse og behandling*

Dersom det er grunn til å tro at et barn lider av en livstruende eller annen alvorlig sykdom eller skade, og dersom foreldrene ikke sørger for at barnet kommer til undersøkelse eller behandling, kan *retten avgjøre* at barnet med bistand fra barneverntjenesten skal undersøkes av lege, eller bringes til sykehus for å bli undersøkt. *Retten* kan også *avgjøre* at en slik sykdom skal behandles på sykehus eller i hjemmet i samsvar med anvisning fra lege.

§ 4-11 skal lyde:

§ 4-11 *Avgjørelse om behandling av barn som har særlige behandlings- og opplæringsbehov*

Dersom foreldrene ikke sørger for at et funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket særlige behov for behandling og opplæring, kan retten avgjøre at barnet skal behandles eller få opplæring med bistand fra barneverntjenesten.

§ 4-12 skal lyde:

§ 4-12 *Avgjørelse om å overta omsorgen for et barn*

Avgjørelse om å overta omsorgen for et barn kan treffes

- a) dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling,
- b) dersom foreldrene ikke sørger for at et sykt, funksjonshemmet eller spesielt hjelpetrengende barn får dekket sitt særlige behov for behandling og opplæring,
- c) dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet, eller
- d) dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet

En avgjørelse etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. En slik avgjørelse kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.

En avgjørelse etter første ledd skal treffes av tingretten etter reglene i kapittel 7.

§ 4-13 skal lyde:

§ 4-13 *Iverksetting av avgjørelse om omsorgsovertakelse*

En avgjørelse om omsorgsovertakelse skal settes i verk så snart som mulig. Avgjørelsen faller bort dersom det ikke er satt i verk innen seks uker fra avgjørelsestidspunktet. Retten kan forlenge fristen når særlige grunner tilsier det.

Når barneverntjenesten har igangsatt en barnebortføringssak, skal avgjørelsen om omsorgsovertakelse gjelde for ett år. Retten kan forlenge fristen.

§ 4-14 skal lyde:

§ 4-14 *Plasseringsalternativer etter avgjørelse om omsorgsovertakelse*

Når det er truffet avgjørelse etter § 4-12 eller § 4-8 annet og tredje ledd, skal barnet plasseres

- a) i fosterhjem, jf. § 4-22,
- b) i institusjon, jf. § 5-1 og § 5-8,
- c) i opplærings- eller behandlingsinstitusjon når dette er nødvendig fordi barnet er funksjonshemmet, eller
- d) i omsorgssenter for mindreårige, jf. kapittel 5 A.

§ 4-15 andre og tredje ledd skal lyde:

I sitt forslag til tingretten skal barneverntjenesten redegjøre for de synspunkter som bør legges til grunn for valg av plasseringssted i det enkelte tilfelle. I dommen kan retten stille vilkår når det gjelder plasseringen. Kan barnet ikke plasseres slik det ble forutsatt i forslaget eller dommen, skal saken forelegges tingretten på nytt.

Allerede ved omsorgsovertakelsen skal barneverntjenesten vedta en plan for barnets omsorgssituasjon. Senest to år etter rettens avgjørelse skal barneverntjenesten vedta en plan for barnets framtidige omsorgssituasjon som ikke skal endres uten at forutsetningene for den er falt bort.

Overskriften til § 4-16 skal lyde:

§ 4-16 *Oppfølging av avgjørelse om omsorgsovertakelse*

§ 4-17 skal lyde:

§ 4-17 *Flytting av barnet*

Barneverntjenesten kan flytte barnet bare dersom endrede forhold gjør det nødvendig, eller dersom det må anses til beste for barnet. Barneverntjenestens vedtak i en sak om flytting kan bringes inn for tingretten.

§ 4-18 skal lyde:

§ 4-18 *Ansvar for omsorgen i foreldrenes sted*

Når en avgjørelse etter § 4-12, jf. § 4-8 annet og tredje ledd, blir satt i verk, går omsorgen over på barneverntjenesten. På vegne av barneverntjenesten skal fosterforeldre eller den institusjon der barnet bor, utøve den daglige omsorg. Barneverntjenesten kan bestemme at fosterforeldrene eller den institusjon der barnet bor, også skal avgjøre andre spørsmål enn de som gjelder den daglige omsorg.

Retten kan bestemme at foreldrene skal ha bestemmelsesrett i spørsmål som ikke gjelder den daglige omsorg.

§ 4-19 skal lyde:

§ 4-19 *Samværsrett. Skjult adresse*

Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.

Når det er fattet *avgjørelse* om omsorgsovertakelse, skal *retten* ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. *Retten* kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.

Andre som har ivaretatt den daglige omsorgen for barnet i foreldrenes sted forut for omsorgsovertakelsen, kan kreve at *retten* tar stilling til om de skal ha rett til samvær med barnet og hvilket omfang samværsretten skal ha.

Barnets slektninger, eller andre som barnet har en nær tilknytning til, kan kreve at *retten* tar stilling til om de skal ha rett til samvær med barnet og samværsrettens omfang når

- a) den ene eller begge foreldrene er døde, eller
- b) *retten* har bestemt at den ene eller begge foreldrene ikke skal ha rett til samvær med barnet eller at foreldrenes rett til samvær skal være svært begrenset.

De private parter kan ikke kreve at sak om samvær skal behandles av *retten* dersom saken har vært behandlet av domstolene de siste tolv månedene.

§ 4-20 skal lyde:

§ 4-20 *Fratakelse av foreldreansvar. Adopsjon*

Har *retten* truffet *avgjørelse* om å overta omsorgen for et barn, kan *retten* også *avgjøre* at foreldreansvaret i sin helhet skal fratras foreldrene. Blir foreldreansvaret fratatt foreldrene slik at barnet blir uten verge, skal *retten* snarest ta skritt til å få oppnevnt ny verge for barnet.

Når det er fattet *avgjørelse* om fratakelse av foreldreansvar kan *retten* gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted.

Samtykke kan gis dersom

- a) det må regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg eller barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet og
- b) adopsjon vil være til barnets beste og
- c) adoptivsøkerne har vært fosterforeldre for barnet og har vist seg skikket til å oppdra det som sitt eget og

- d) vilkårene for å innvilge adopsjon etter adopsjonsloven er til stede.

Når *retten* gir samtykke til adopsjon skal departementet utstede adopsjonsbevillingen.

§ 4-20 a skal lyde:

§ 4-20 a *Besøkskontakt mellom barnet og de biologiske foreldre etter adopsjon*

Når *retten* treffer *avgjørelse* om adopsjon etter § 4-20, skal den samtidig vurdere om det skal være besøkskontakt mellom barnet og dets biologiske foreldre etter at adopsjonen er gjennomført. *Retten* skal kun vurdere slik besøkskontakt dersom noen av partene har krevd det, og adoptivsøkerne samtykker til slik kontakt. Dersom en begrenset besøkskontakt etter adopsjonen i slike tilfeller er til barnets beste, skal *retten* treffe *avgjørelse* om det. *Retten* må i et slikt tilfelle samtidig fastsette omfanget av kontakten.

Barneverntjenesten i den kommune som har reist saken skal bistå med gjennomføringen av besøkskontakten. Ved avtale mellom barneverntjenesten i de berørte kommuner kan ansvaret overføres til en annen kommune som barnet har tilknytning til.

Avgjørelse om besøkskontakt kan kun prøves på nytt dersom særlige grunner tilsier det. Særlige grunner kan blant annet være at barnet motsetter seg kontakt, eller at de biologiske foreldrene ikke følger opp *avgjørelsen* om kontakt.

Barneverntjenesten kan av eget tiltak bringe en *avgjørelse* om besøkskontakt inn for *tingretten* for ny prøving etter tredje ledd. Adoptivforeldrene og barnet selv, dersom det har partsrettigheter, kan kreve at barneverntjenesten bringer saken inn for *tingretten* på nytt.

Tingrettens avgjørelse om besøkskontakt etter første ledd kan bringes inn for *lagmannsretten* av kommunen, de biologiske foreldrene og barnet selv, dersom det har partsrettigheter. En ny *avgjørelse* etter tredje ledd kan bringes inn for *lagmannsretten* av kommunen, de biologiske foreldrene, adoptivforeldrene og barnet selv, dersom det har partsrettigheter.

§ 4-21 skal lyde:

§ 4-21 *Opphevelse av omsorgsovertakelse*

Retten skal oppheve en omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. *Omsorgen* skal likevel ikke *tilbakeføres* dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet. Før en

omsorgsovertakelse oppheves, skal barnets fosterforeldre gis rett til å uttale seg.

Partene kan ikke kreve at en sak om opphevelse av omsorgsovertakelse skal behandles av retten dersom saken har vært behandlet av domstolene de siste tolv måneder. Er et tidligere krav om opphevelse ikke tatt til følge under henvisning til § 4-21 første ledd annet punktum, kan ny behandling bare kreves der det dokumenteres at det har funnet sted vesentlige endringer i barnets situasjon.

§ 4-24 skal lyde:

§ 4-24 *Plassering og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke*

- Et barn som har vist alvorlige atferdsvansker
- ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet,
 - ved vedvarende misbruk av rusmidler eller
 - på annen måte

kan uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret for barnet, plasseres i en institusjon for observasjon, undersøkelse og korttidsbehandling i opptil fire uker, eller i den kortere tid som er fastsatt i avgjørelsen. Ved ny avgjørelse kan plasseringstiden forlenges med opptil fire nye uker.

Er det trolig at et barn som nevnt i første ledd har behov for mer langvarig behandling, kan det treffes avgjørelse om at barnet skal plasseres i en behandlings- eller opplæringsinstitusjon i opptil tolv måneder uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret for barnet. Ved ny avgjørelse kan plasseringstiden i særlige tilfelle forlenges med opptil tolv nye måneder. Barneverntjenesten skal fortløpende følge opp plasseringen, og vurdere tiltaket på nytt når plasseringen har vart i seks måneder.

Dersom plasseringen er satt i verk før barnet fyller 18 år, kan tiltak etter første og annet ledd gjennomføres slik som retten har bestemt, selv om vedkommende fyller 18 år i løpet av plasseringstiden.

Avgjørelse etter første og annet ledd kan bare treffes dersom institusjonen faglig og materielt er i stand til å tilby barnet tilfredsstillende hjelp sett i forhold til formålet med plasseringen.

§ 4-25 skal lyde:

§ 4-25 *Framgangsmåten ved avgjørelser etter § 4-24*

Før det blir truffet en avgjørelse etter § 4-24 første og annet ledd, skal barneverntjenesten vurdere om det i stedet bør settes i verk hjelpetiltak etter § 4-4. Barneverntjenesten skal også planlegge og sette i verk de hjelpetiltak som er nødvendige som oppfølging av institusjonsoppholdet.

En avgjørelse etter § 4-24 første og annet ledd skal treffes av retten etter reglene i kapittel 7. Midlertidig vedtak kan treffes av barnevernadministrasjonens leder og av påtalemyndigheten. § 4-6 annet, fjerde og femte ledd gjelder tilsvarende. Plasseringstiden etter det midlertidige vedtaket skal inngå i den totale plasseringstiden som gjelder for avgjørelser etter § 4-24 første og annet ledd.

Barneverntjenesten kan la være å sette avgjørelsen i verk om forholdene tilsier det. Retten skal varsles om dette. Er avgjørelsen ikke satt i verk innen seks uker, faller den bort.

§ 4-27 skal lyde:

§ 4-27 *Plasseringsalternativer ved avgjørelse om særlige tiltak for barn og unge med alvorlige atferdsvansker, jf. §§ 4-24 og 4-26*

Statlig regional barnevernmyndighet skal utpeke hvilke institusjoner som skal ta imot barn på grunnlag av avgjørelser som nevnt i § 4-24, jf. § 4-26. Det kan bestemmes at barn kan plasseres i fosterhjem som har særlige forutsetninger for å kunne løse de problemer som foreligger.

§ 4-28 første og andre ledd skal lyde:

Når et barn blir plassert i institusjon uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret, jf. § 4-24, skal barneverntjenesten sørge for at det utarbeides en tiltaksplan for barnet. Utkast til tiltaksplan skal foreligge når retten behandler saken. Endelig tiltaksplan skal utarbeides snarest mulig etter at rettens avgjørelse foreligger. Tiltaksplanen må ikke være i strid med rettens avgjørelse eller med forutsetningene for avgjørelsen. Også når barneverntjenesten medvirker til en plassering i institusjon på grunnlag av samtykke, jf. § 4-26, skal den sørge for at det utarbeides tiltaksplan for barnet dersom barnet og de som har foreldreansvaret samtykker. Har barnet fylt 15 år, er barnets samtykke tilstrekkelig. Tiltaksplanen skal om mulig foreligge før plasseringen iverksettes.

Tiltaksplanen skal endres dersom barnets behov tilsier det. Utarbeidelse og endringer av tiltaksplanen skal så langt som mulig skje i samarbeid med barnet. Når plasseringen skjer i medhold av § 4-24 må det ikke gjøres endringer i strid med rettens avgjørelse eller med forutsetningene for avgjørelsen. Når plasseringen skjer i medhold av § 4-26, må samtykke som nevnt i første ledd femte og sjette punktum innhentes også når tiltaksplanen skal endres.

§ 4-29 skal lyde:

§ 4-29 *Midlertidig plassering i institusjon uten samtykke ved fare for utnyttelse til menneskehandel*

Ved fare for utnyttelse av et barn til menneskehandel, jf. straffeloven § 257, kan barnet uten samtykke plasseres i institusjon, jf. §§ 5-1 og 5-8. Formålet med plasseringen er å ivareta barnets umiddelbare behov for beskyttelse og omsorg.

Retten kan treffe *avgjørelse* om plassering etter første ledd dersom

- a) politiet finner at det er en nærliggende og alvorlig fare for at barnet utnyttes eller kan bli utnyttet til menneskehandel, og at plassering er nødvendig for å beskytte barnet, og
- b) *retten*, basert på politiets vurdering og øvrige opplysninger i saken, finner det sannsynlig at det foreligger en slik nærliggende og alvorlig fare at plassering er nødvendig for å beskytte barnet, og at barnet ikke kan oppnå tilstrekkelig beskyttelse gjennom andre tiltak etter loven her eller på annen måte. *Retten* kan bare fatte *slik avgjørelse* dersom den etter en helhetsvurdering finner at plasseringen er den beste løsningen for barnet.

Retten kan treffe *avgjørelse* om plassering for opptil seks uker. § 4-15 annet ledd gjelder tilsvarende. Plasseringen kan forlenges med opptil seks uker av gangen gjennom nye *avgjørelser*. Samlet plassering etter annet og fjerde ledd kan ikke overstige seks måneder.

Barnevernstjenestens leder eller påtalemyndigheten kan treffe midlertidig akuttvedtak dersom den finner det sannsynlig at det er en nærliggende og alvorlig fare for at barnet utnyttes eller kan bli utnyttet til menneskehandel, og plassering er nødvendig for å beskytte barnet. Er det truffet slikt vedtak, skal begjæring om tiltak som nevnt i § 7-11 sendes *tingretten* snarest og senest innen to uker. Dersom saken ikke sendes *tingretten* innen denne fristen, faller vedtaket bort.

Det kan iverksettes beskyttelsestiltak ved plassering etter annet og fjerde ledd dersom det er nødvendig for å hindre at barnet får kontakt med personer som det er fare for kan utnytte det til menneskehandel. Beskyttelsestiltakene skal fremgå av *avgjørelsen* om plassering og skal ikke være mer omfattende enn nødvendig. Beskyttelsestiltakene kan begrense barnets adgang til å motta besøk, å kommunisere gjennom post, telefon eller annet kommunikasjonsutstyr og å bevege seg fritt utenfor institusjonens område. Beskyttelsestiltakene kan også fastsette begrens-

ninger for hvem som kan få vite hvor barnet er. Beskyttelsestiltakene kan ikke fastsette begrensninger som hindrer barnet i å ha kontakt med verge, advokat, barnevernstjeneste, tilsynsmyndighet, helsepersonell som er beboerens behandler, prest, annen sjelesørger eller lignende.

Barnevernstjenesten kan unnlate å sette i verk *avgjørelse* etter annet ledd dersom forholdene skulle tilsi det og politiet samtykker. *Retten* skal varsles om dette. Er *avgjørelse* etter annet ledd ikke satt i verk innen seks uker, faller *den* bort.

Kapittel 7 får anvendelse for *avgjørelser* etter denne bestemmelsen. Dersom det er grunn til å anta at en person er under 18 år, kan det treffes *avgjørelse* overfor personen etter denne bestemmelsen inntil alderen er fastsatt.

Overskriften til § 4-30 skal lyde:

§ 4-30. Oppfølging av *avgjørelse* om plassering i institusjon ved fare for utnyttelse til menneskehandel

§ 4-31 skal lyde:

§ 4-31 *Forbud mot å ta med barnet ut av Norge*

Det er ulovlig å ta med seg barnet ut av Norge uten samtykke fra barnevernstjenesten når vedtak etter §§ 4-6 annet ledd, 4-9 første ledd, 4-25 annet ledd annet punktum og 4-29 fjerde ledd er iverksatt. Det er videre ulovlig å ta med seg barnet ut av Norge uten samtykke fra barnevernstjenesten når *avgjørelse* etter §§ 4-8, 4-12, 4-24 og 4-29 første og annet ledd er truffet eller når begjæring om slike tiltak er sendt *tingretten*.

§ 5-9 andre ledd skal lyde:

Barna skal ha rett til å bevege seg både i og utenfor institusjonens område, med de begrensninger som fastsettes av hensyn til behovet for trygghet og trivsel. For barn som er plassert på grunnlag av *en avgjørelse* eller samtykke som nevnt i § 4-24 eller § 4-26, kan institusjonen begrense adgangen til å forlate området i den utstrekning det er nødvendig etter *avgjørelsens* formål.

§ 5-9 fjerde ledd skal lyde:

Ved *avgjørelser* etter § 4-29 skal institusjonen iverksette de angitte beskyttelsestiltak for å hindre at barnet får kontakt med personer som kan ønske å utnytte det til menneskehandel. Beskyttelsestiltakene som følger av *avgjørelsen* kan begrense barnets adgang til å motta besøk, å kommunisere gjennom post, telefon eller annet kommunikasjonsutstyr og å bevege seg fritt utenfor institusjonens område. Beskyttelsestiltakene kan

også fastsette begrensninger for hvem som kan få vite hvor barnet er. Beskyttelsestiltakene kan ikke fastsette begrensninger som hindrer barnet i å ha kontakt med verge, advokat, barnevernstjeneste, tilsynsmyndighet, helsepersonell som er beboerens behandler, prest, annen sjelesørger eller lignende. Departementet kan gi utfyllende forskrifter til bestemmelsen.

§ 5A-10 skal lyde:

§ 5A-10 *Plassering i omsorgssenter etter lovens kapittel 4*

Ved plassering av barn i omsorgssenter ved avgjørelse etter kapittel 4 gjelder § 4-18 om ansvaret for omsorgen i foreldrenes sted, § 5-4 om inn- og utskrivning og bestemmelsene i kapittel 9 om utgiftfordeling tilsvarende som ved plassering i institusjon.

§ 6-1 andre ledd skal lyde:

Avgjørelser fra forvaltningen som gjelder ytelser og tjenester etter denne loven, skal regnes som enkeltvedtak.

§ 6-3 andre ledd skal lyde:

Et barn kan opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder. *Retten* kan innvilge et barn under 15 år partsrettigheter i særskilte tilfeller. I sak som gjelder tiltak for barn med atferdsvansker eller tiltak for barn som kan være utsatt for menneskehandel, skal barnet alltid regnes som part.

§ 6-4 andre ledd skal lyde:

Offentlige myndigheter skal av eget tiltak, uten hinder av taushetsplikt, gi opplysninger til kommunens barneverntjeneste når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, jf. §§ 4-10, 4-11 og 4-12, når et barn har vist vedvarende alvorlige atferdsvansker, jf. § 4-24, eller når det er grunn til å tro at det er fare for utnyttelse av et barn til menneskehandel, jf. § 4-29. Like med offentlige myndigheter regnes organisasjoner og private som utfører oppgaver for stat, fylkeskommune eller kommune. Også etter pålegg fra de organer som er ansvarlige for gjennomføringen av loven plikter offentlige myndigheter å gi slike opplysninger. Etter pålegg fra disse organer plikter offentlige myndigheter i forbindelse med sak som *retten* skal avgjøre etter §§ 4-19, 4-20 og 4-21, også å gi de opplysninger som er nødvendige for å kunne vurdere om en flytting tilbake til foreldrene, eller samvær med

dem, vil kunne føre til en situasjon eller risiko for barnet som nevnt i §§ 4-10, 4-11 eller 4-12.

§ 6-5 skal lyde:

§ 6-5 *Klage over barneverntjenestens og Barne-, ungdoms- og familieetatens vedtak*

Enkeltvedtak som barneverntjenesten har truffet, og oppfølgingsvedtak som Barne-, ungdoms- og familieetaten har truffet, kan påklages til fylkesmannen.

Første ledd gjelder ikke saker som etter kapittel 7 hører under *retten*, med mindre noe annet er sagt i denne loven.

§ 6-8 skal lyde:

§ 6-8 *Bruk av tvang ved gjennomføring av undersøkelser og ved fullbyrding av avgjørelser*

Når det finnes påkrevet kan barnevernadministrasjonens leder kreve bistand av politiet til gjennomføring av undersøkelser etter § 4-3 og til fullbyrdelse av avgjørelser etter §§ 4-6 annet ledd, 4-8, 4-9, 4-10, 4-11, 4-12, 4-17, 4-24, 4-25 annet ledd og 4-29.

§ 6-9 andre ledd skal lyde:

En undersøkelse er gjennomført når barneverntjenesten har truffet vedtak om tiltak eller saken er besluttet henlagt. I de tilfeller tiltaket hører under *rettens* myndighetsområde, regnes undersøkelsen som gjennomført når barneverntjenesten har framlagt begjæring om tiltak for *tingretten* i henhold til § 7-11.

Nytt kapittel 7 skal lyde:

Kapittel 7. Saksbehandlingen for retten

§ 7-1 *Virkeområde*

Reglene i dette kapitlet gjelder søksmål som etter særskilt bestemmelse i denne loven kan reises for tingretten om tvang mot personer.

§ 7-2 *Forholdet til domstoloven og tvisteloven*

Domstoloven og tvisteloven gjelder så langt de passer, med de særregler som går fram av dette kapitlet. Reglene i tvisteloven annen del om meklings og avklaring gjelder ikke.

§ 7-3 *Hvor søksmål skal reises*

Saken skal behandles av den tingrett som har myndighet etter domstoloven § 26 b første ledd, der barnet har alminnelig verneting på den tiden saken blir reist. Dersom barnets verneting er endret som følge av et vedtak etter denne loven, skal saken reises i den rettskretsen der barnet hadde alminnelig verneting før vedtaket ble satt i verk.

§ 7-4 Utvalg av meddommere

Kongen oppretter utvalg av alminnelige meddommere for hver av de tingretter som skal utøve domsmyndighet etter domstolloven § 26 b. Medlemmene til utvalget skal tas fra utvalgene for meddommere etter domstolloven § 66 første ledd for de domssognene den enkelte tingretten skal utøve domsmyndighet i etter domstolloven § 26 b første ledd.

Kongen kan opprette ett eller flere utvalg av personer med fagkyndighet i saker som skal behandles etter dette kapitlet.

§ 7-5 Tingrettens sammensetning

Tingretten settes med én fagdommer og to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig. Når sakens kompleksitet tilsier det, kan retten settes med én fagdommer og fire meddommere, hvorav to leke og to fagkyndige.

Tingretten kan settes med én fagdommer når

- a) partene samtykker og hensynet til en betryggende saksbehandling ikke er til hinder for det, eller
- b) saken gjelder pålegg om hjelpetiltak etter § 4-4 tredje og fjerde ledd, eller krav om endring av en tidligere dom. Adgangen er begrenset til tilfeller der dette er ubetenkelig ut fra sakens tema, vanskelighetsgrad, behovet for fagkyndighet og hensynet til en forsvarlig behandling.

Tingretten skal settes med én fagdommer når saken gjelder forlengelse av en dom om plassering etter § 4-29. Det samme gjelder godkjenning av akuttvedtak etter § 7-25 og rettslig prøving av akuttvedtak etter § 7-26.

§ 7-6 Parter

Den private part er den person som en avgjørelse retter seg mot, eller som saken ellers direkte gjelder.

§ 7-7 Advokater

Retten skal oppnevne advokat for de private partene.

Den offentlige part skal som regel være representert av advokat.

§ 7-8 Talsperson

Retten kan oppnevne en egen talsperson for barnet i saker som skal behandles for domstolen. Departementet kan gi forskrifter om den nærmere gjennomføringen av ordningen.

§ 7-9 Sak reises

Sak reises ved at kommunen inngir begjæring om tiltak til retten. En sak om flytting av barnet etter § 4-17 skal forberedes av kommunen etter bestemmelsene i forvaltningsloven § 33 første til fjerde ledd.

Når saken gjelder krav fra den private part om endringer i en tidligere dom, skal kommunen forberede og sende saken til retten snarest mulig og senest innen tre måneder fra kommunen mottok kravet. I særlige tilfeller kan kommunen bruke inntil seks måneder.

Dersom begjæringen skal forelegges et folkevalgt organ etter § 2-1 tredje ledd, skal forslaget, dersom organet er enig, omgående sendes til retten med eventuelle merknader. Haster saken, kan den sendes til retten uten at den er forelagt det folkevalgte organet på forhånd.

Dersom fylkesmannen etter klage, jf. § 6-5, eller på annen måte blir kjent med forhold som tilsier at det bør iverksettes tiltak som forutsetter avgjørelse i tingretten, kan fylkesmannen fremme forslag som nevnt i første ledd.

§ 7-10 Begjæring om tiltak. Tilsvar

Begjæring om tiltak etter § 7-9 første ledd første punktum skal inneholde

- a) domstolen,
- b) navn, stilling og adresse på parter, lovlige stedfortredere og prosessfullmektiger,
- c) en kort angivelse av hva begjæringen gjelder,
- d) saksfremstilling,
- e) de bevis som vil bli ført, herunder oppgave over vitner og sakkyndige, med angivelse av hva forklaringene gjelder,
- f) forslag til avgjørelse, en kort oppsummerende redegjørelse for de omstendigheter som begrunner forslaget med henvisning til de rettsregler som kommer til anvendelse, og
- g) forhold av betydning for rettens vurdering av den videre behandling og avgjørelsesform, herunder rettens sammensetning og fremdriftsplan for en eventuell hovedforhandling.

Dersom en begjæring om tiltak ikke tilfredsstiller de kravene som følger av første ledd, skal retten gi pålegg om retting og sette en kort frist for dette.

De private parter skal umiddelbart gjøres kjent med begjæringen, og gis en kort frist for tilsvar, normalt ikke lenger enn ti dager. Tilsvaret skal inneholde:

- a) en redegjørelse for partenes syn på begjæringen,
- b) egne bevisstilbud, og
- c) forhold av betydning for rettens vurdering av den videre behandling og avgjørelsesform, herunder rettens sammensetning og fremdriftsplan for en eventuell hovedforhandling.

§ 7-11 *Krav om rask saksbehandling*

Retten skal prioritere saken og behandle den så hurtig som hensynet til forsvarlighet gjør mulig.

§ 7-12 *Saksforberedelsen i retten*

Umiddelbart etter at begjæring om tiltak er kommet inn til domstolen, skal retten vurdere og eventuelt treffe avgjørelse om den videre behandlingen. Vurderingen skal omfatte

- a) om kommunens begjæring om tiltak fyller kravene i § 7-10,
- b) hvem som er parter i saken,
- c) å oppnevne advokat for de private partene,
- d) om det skal oppnevnes talsperson for barnet,
- e) rettens sammensetning,
- f) behovet for møter, herunder saksforberedende møter og hovedforhandling,
- g) tema, tid og sted for slike møter,
- h) om det skal inngis skriftlige innlegg som del av avgjørelsesgrunnlaget,
- i) behovet for ytterligere bevisførsel, herunder for sakkyndige utredninger,
- j) bevisførselens form, herunder bruk av fjernehør, og
- k) andre forhold av betydning for saksforberedelsen.

§ 7-13 *Forening av saker til felles behandling*

Flere barnevernsaker som helt eller delvis gjelder samme barn eller foreldre, kan behandles samlet i den utstrekning dette kan skje uten tilsi-desettelse av lovbestemt taushetsplikt.

En barnevernsak og en sak om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, hvem barnet skal bo fast sammen med, eller om samvær, som gjelder samme barn, kan uten hinder av taushetsplikt forenes til felles behandling og avgjørelse. Når sakene behandles sammen, skal rettens sammensetning være i samsvar med reglene i dette kapitlet. Tvisteloven §§ 21-4 og 23-2 gjelder ikke ved forening av sakene. Saksbehandlingsreglene i barnelova kapittel 7 får ellers anvendelse for spørsmålene om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, hvem barnet skal bo fast sammen med og samvær.

§ 7-14 *Omgjøring av saksstyrende avgjørelser*

Saksstyrende avgjørelser kan omgjøres av den rett som har avsagt dem hvis hensynet til lovens formål tilsier det.

§ 7-15 *Behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag. Muntlig forhandling*

Saken avgjøres etter muntlig forhandling etter tvisteloven § 9-14 og § 29-18, skriftlig behandling etter andre ledd, eller en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling etter tredje ledd. Hovedforhandling skal holdes snarest, og hvis mulig innen fire uker etter at retten mottok saken.

Saken kan avgjøres etter skriftlig behandling når:

- a) partene samtykker, og hensynet til en betryggende saksbehandling ikke er til hinder for det, eller
- b) saken gjelder pålegg om hjelpetiltak etter § 4-4 tredje og fjerde ledd, eller krav om endring av en tidligere dom. Adgangen er begrenset til tilfeller der dette er ubetenkelig ut fra sakens tema, vanskelighetsgrad, behovet for fagkyndighet og hensynet til en forsvarlig behandling.

Når vilkårene i andre ledd bokstav a eller b er oppfylt, kan avgjørelse treffes på grunnlag av en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling.

§ 7-16 *Innkalling av partene. Fravær*

Retten skal innkalle partene til hovedforhandling, om nødvendig ved forkynning.

Forkynning av innkallingen kan unnlates dersom

- a) det ikke er praktisk mulig eller vil medføre fare for at avgjørelsen ikke kan gjennomføres,
- b) partene ikke har kjent adresse og ettersporing av ham eller henne vil kreve mer tid eller arbeid enn rimelig i forhold til partens interesser og til betydningen av innkallingen,
- c) vedkommende part allerede på annen måte har fått kjennskap til at avgjørelse skal treffes og har hatt rimelig foranledning og tid til å uttale seg, eller innkalling av andre grunner må anses åpenbart unødvendig.

Saken kan behandles selv om en privat part uteblir, så lenge parten er innkalt etter reglene i første og andre ledd.

§ 7-17 *Partenes innsynsrett*

Partene har rett til innsyn hos domstolen i begjæring om tiltak med vedlagte dokumenter og

andre prosesskriv, rettsbøker, rettsavgjørelser og andre dokumenter i saken, og kan forlange kopi av dem. Parter under 15 år skal ikke gjøres kjent med opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

§ 7-18 *Fritak for taushetsplikt*

Domstolen kan uhindret av taushetsplikten etter domstolloven § 63 a og § 128 gi opplysninger som er fremkommet i en sak etter barnelova kapittel 7 til den rett som behandler en sak om tvang etter denne loven mot den eller de personer opplysningene gjelder.

§ 7-19 *Allmennhetens innsynsrett og lukkede dører*

Sakens dokumenter er unntatt offentlighet.

Rettsmøter holdes for lukkede dører.

Rettsmøter kan likevel holdes helt eller delvis for åpne dører dersom partene begjærer det eller samtykker, og retten finner dette ubetenkelig.

På samme vilkår som i tredje ledd kan retten beslutte at

- a) bestemte personer med tilknytning til en part, eller i opplæringsøyemed, kan overvære forhandlingene, og
- b) bestemte personer i forskningsøyemed kan overføre forhandlingene og rådslagningsmøtet.

Alle tilstedeværende har taushetsplikt og referatforbud med mindre retten bestemmer noe annet.

§ 7-20 *Den private parts sannhets- og opplysningsplikt mv.*

Den private part er fritatt fra sannhets- og opplysningsplikten etter tvisteloven § 21-4.

Den private part er fritatt fra møte- og forklareplikten etter tvisteloven kapittel 23.

Dersom den private part ønsker å forklare seg, gjelder tvisteloven § 23-2. Retten kan unnlate å motta forsikring fra den private part.

§ 7-21 *Sakkyndigbevis*

Sakkyndigbevis kan bare legges til grunn av retten dersom det har vært vurdert av Barneakkyndig kommisjon, jf. § 2-5.

§ 7-22 *Retten prøving*

Innenfor rammene av barnevernloven skal retten prøve alle sider av saken.

§ 7-23 *Avgjørelser*

Tingretten skal treffe avgjørelse snarest mulig og senest to uker etter at hovedforhandlingen ble avsluttet, med mindre dette er praktisk umulig.

Hvis fristen overskrides, skal årsaken opplyses i avgjørelsen.

I meldingen om avgjørelsen skal det gjøres oppmerksom på ankeadgangen.

§ 7-24 *Foregripet virkning*

Går dommen ut på at tvang skal opphøre, får den virkning straks. Dersom det foreligger tungtveiende grunner, kan retten i dommen likevel bestemme at den ikke skal få virkning før saken er rettskraftig avgjort. Avgjørelsen om virkningstidspunkt kan bare ankes med de begrensninger som følger av tvisteloven § 29-3 tredje ledd.

§ 7-25 *Godkjenning av akuttvedtak*

Akuttvedtak etter §§ 4-6 andre ledd, 4-9 første ledd, 4-25 andre ledd og 4-29 fjerde ledd, skal umiddelbart etter iverksettingen sendes til tingretten for vurdering av om vedtaket skal godkjennes. Retten skal avgjøre saken snarest, og om mulig innen 48 timer etter at retten har mottatt den. Avgjørelsen treffes ved beslutning. Det skal gis en kort begrunnelse for avgjørelsen. Avgjørelsen kan ikke ankes.

Spørsmålet om godkjenning etter første ledd avgjøres på grunnlag av akuttvedtaket. Retten kan innhente ytterligere opplysninger.

§ 7-26 *Rettslig prøving av akuttvedtak*

De private parter kan bringe akuttvedtak etter §§ 4-6 andre og tredje ledd, 4-9 første og andre ledd, 4-25 andre ledd og 4-29 fjerde ledd inn for tingretten. Retten behandler saken etter reglene i dette kapitlet. Begjæringen om rettslig prøving fremsettes skriftlig eller muntlig overfor retten.

Tingretten skal holde et kort rettsmøte hvor partene gis mulighet til å redegjøre for sitt syn og til å tilby slik supplerende bevisførsel som retten tillater.

Avgjørelse i saken skal foreligge innen en uke etter at tingretten mottok saken. Avgjørelsen treffes ved kjennelse.

§ 7-27 *Anke*

Ved anke fra den private part gjelder ikke tvisteloven § 29-9 tredje og fjerde ledd.

Anke er ikke til hinder for at avgjørelsen settes i verk eller opprettholdes med mindre retten ved kjennelse bestemmer noe annet.

Ved anke over dom som går ut på at tvang skal opphøre, kan den rett som har ankesaken, ved kjennelse bestemme at tvangen likevel skal opprettholdes til det foreligger en rettskraftig avgjørelse. Avgjørelse etter § 7-24 første ledd andre punktum kan ved kjennelse omgjøres av den rett som har ankesaken.

Anke over tingrettens dom om omsorgsovertakelse etter § 4-12 eller om samtykke til adopsjon etter § 4-20 andre ledd, kan ikke nektes fremmet. For øvrig kan anke over tingrettens dom nektes fremmet dersom lagmannsretten finner det klart at anken gjelder spørsmål det ikke er grunn til å prøve. Ved vurderingen av om en anke skal nektes, skal lagmannsretten ta hensyn til

- a) hvor inngripende saken er for de private partene,
- b) om det foreligger nye opplysninger som gir grunn til å behandle saken på ny,
- c) om det er svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling, og
- d) om hensyn til barnet tilsier at tingrettens dom blir stående.

Twisteloven § 29-13 andre ledd andre punktum, fjerde ledd og femte ledd første, tredje, fjerde og femte punktum gjelder tilsvarende.

Under muntlig ankeforhandling i lagmannsretten settes retten med tre fagdommere og to meddommere, hvorav én lek og én fagkyndig. I særlige tilfeller kan retten settes med tre fagdommere og fire meddommere, hvorav to leke og to fagkyndige. Lagmannsretten skal settes med tre fagdommere når saken gjelder forlengelse av en dom om plassering etter § 4-29.

For ankebehandlingen gjelder for øvrig reglene i kapitlet her så langt de passer.

§ 7-28 Sakskostnader

Kommunen dekker egne kostnader med saken. Staten bærer øvrige kostnader ved saken.

§ 8-4 andre og tredje ledd skal lyde:

Endring i barnets tilknytning til kommunen i tidsrommet mellom begjæring om tiltak er sendt *retten* og *avgjørelse* er fattet, medfører ingen endring i ansvarsforholdet. Dette gjelder med mindre den kommunen som har reist saken ikke får medhold i *retten*, eller det blir inngått avtale som nevnt i første ledd annet punktum.

Barneverntjenesten i den kommune som har reist saken, har ansvaret for gjennomføring, oppfølging og kontroll. Endring i barnets tilknytning til kommunen medfører ingen endring i ansvarsforholdet hvis det ikke blir inngått avtale som nevnt i første ledd annet punktum. Dette gjelder også når det er truffet *avgjørelse* etter § 4-4 femte ledd og § 4-26.

§ 9-2 første ledd skal lyde:

Når et barn er plassert utenfor hjemmet som følge av *en avgjørelse* etter loven, kan kommunen kreve at foreldrene skal betale oppfostringsbidrag

fra måneden etter at plasseringen ble iverksatt og til den måneden plasseringen opphører. Oppfostringsbidrag kan bare kreves dersom dette anses rimelig ut fra foreldrenes økonomiske situasjon.

§ 9-3 skal lyde:

§ 9-3 *Kommunens rett til å kreve egenbetaling fra barnet*

Når et barn er plassert utenfor hjemmet som følge av *en avgjørelse* etter loven, kan kommunen kreve at barnet, så lenge plasseringen varer, skal dekke kostnadene ved oppfostringen helt eller delvis.

Egenbetaling som nevnt i første ledd kan bare kreves dersom dette må anses rimelig. Det kan ikke kreves dekning i barnets formue, avkastning av denne, eller barnets egne, opparbeidede midler.

Retten avgjør kravet i de tilfelle *den avgjørelse* som gir grunnlag for plasseringen hører inn under *rettens myndighetsområde*.

Egenbetalingen skal innbetales til kommunen.

Departementet kan gi forskrifter om slik egenbetaling.

25.6 Endring i straffeloven

I lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) skal § 261 første ledd tredje punktum endres slik:

Tilsvarende gjelder der det er fattet *avgjørelse* om omsorgsovertakelse, flytteforbud eller institusjonsplassering etter barnevernloven §§ 4-8, 4-12, 4-24 eller 4-29 første og annet ledd eller der begjæring om slike tiltak er sendt *tingretten etter barnevernloven § 7-10*, eller der det i en akuttsituasjon er iverksatt midlertidig vedtak etter barnevernloven §§ 4-6 annet ledd, 4-9 første ledd, 4-25 annet ledd annet punktum eller 4-29 fjerde ledd.

25.7 Endringer i tvisteloven

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) endres slik:

§ 11-4 skal lyde:

§ 11-4 *Unntak hvor partenes rådighet er begrenset*

I saker om personstatus, barns rettsforhold etter barneloven, *tvang mot personer etter barnevernloven*, administrative tvangsvedtak etter kapittel 36 og i andre saker hvor offentlige hensyn begrenser partenes rådighet i søksmålet, er retten ikke bundet av partenes prosesshandlinger lenger

enn dette er forenlig med de offentlige hensyn. Retten kan likevel bare avgjøre de krav som er reist i saken.

§ 14-4 første ledd skal lyde:

Retten til innsyn i saksdokumentene gjelder ikke for

- a) saker etter ekteskapsloven,
- b) saker etter barneloven,
- c) saker mellom personer som er eller har vært samboere, om fordeling eller tildeling av formuen,
- d) saker om tvang mot personer etter barnevernloven, og
- e) saker etter denne lov kapittel 36.

§ 36-3 tredje ledd andre og tredje punktum oppheves.

§ 36-10 tredje ledd oppheves.

25.8 Endring i lov om Haagkonvensjonen 1996

I lov 4. september 2015 nr. 85 om gjennomføring av konvensjon 19. oktober 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid

vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn (lov om Haagkonvensjonen 1996) skal § 5 tredje ledd tredje punktum oppheves.

25.9 Særskilte regler om gjennomføringen

Gjennomføringen:

I forbindelse med gjennomføringen av at myndighet til å treffe avgjørelse om bruk av tvang etter barnevernloven kapittel 4 overføres fra fylkesnemnda til tingretten, kan Kongen utnevne fylkesnemndsledere til tingrettsdommere uten å følge den fremgangsmåten for utnevning av dommere som er fastsatt i domstoloven §§ 55 a til 55 i.

Del V
Forvaltningsdomstol for utlendingssaker

Kapittel 26

Innledning

Det følger av mandatets punkt 3.2 at utvalget skal vurdere «om Utlendingsnemndas oppgaver bør overtas av en forvaltningsdomstol, og hvordan en slik domstol i så fall bør organiseres».

Den sentrale oppgaven for Utlendingsnemnda (UNE) er å behandle klager over vedtak fra Utlendingsdirektoratet (UDI). Klagenes gjelder vedtak etter utlendingsloven og statsborgerloven. I kapittel 27 nedenfor gis det en beskrivelse av aktørene på utlendingsfeltet og deres myndighet til å treffe vedtak og avgjøre klagesaker etter utlendingsloven og statsborgerloven. Som en ytterligere bakgrunn for de vurderinger som mandatet ber om, gjennomgår utvalget deretter en del tidligere sentrale utredningsarbeider om hvordan klagesystemet bør være (kapittel 28).

Det fremgår av mandatet at utvalget – som del av arbeidet med spørsmålet om etablering av en forvaltningsdomstol for utlendingssaker – skal innhente informasjon om klageinstanser og erfaringer fra andre land. Sverige og Finland antas i mandatet å være særlig interessante, ettersom disse landene har etablert domstolsløsninger på utlendingsfeltet. I kapittel 29 redegjør utvalget for hovedtrekk ved ordningene i en rekke andre europeiske land. Hovedvekten er lagt på å beskrive ordningen i Sverige. Den svenske ordningen skiller seg på vesentlige punkter fra dagens norske. Som utvalget kommer tilbake til nedenfor, har forskjellene mellom Norge og Sverige på dette punktet sammenheng med andre, mer grunnleggende ulikheter i de to lands forvaltnings- og rettssystemer. Disse ulikhetene gir ikke det beste utgangspunktet for å adoptere svenske

løsninger. Norges menneskerettslige forpliktelser er omtalt i kapittel 30.

For å kunne vurdere om UNEs oppgaver bør overtas av en forvaltningsdomstol, er det videre nødvendig å ha et bilde av hvilke utfordringer som ligger i dagens system. I motsetning til den delen av mandatet som er besvart i del IV om barnesakene, gir ikke mandatet noen beskrivelse av utfordringene knyttet til dagens system, eller av hvilke forbedringer som ønskes oppnådd. Mandatet legger heller ikke opp til en systematisk evaluering av UNEs funksjon og virksomhet. Det fremgår imidlertid at utvalget skal anbefale den løsningen som best ivaretar hensynene til effektivitet, rettsikkerhet, legitimitet og politisk styring.¹ I kapittel 31 nevner utvalget en del sentrale utfordringer.

Siden Norge ikke har forvaltningsdomstoler i dag, er det ikke uten videre gitt hvordan en forvaltningsdomstol for utlendingssaker skulle innrettes. Både fordi mandatet ber om en vurdering av hvordan en eventuell forvaltningsdomstol skal organiseres, og det dessuten er nødvendig å konkretisere et slikt alternativ for at dette skal kunne vurderes opp mot dagens ordning, drøfter utvalget i kapittel 32 ulike spørsmål om hvordan en eventuell forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet kan eller bør utformes. Basert på de alternativer til dagens ordning som beskrives der, gir utvalget deretter sin vurdering av om det bør etableres en forvaltningsdomstol for utlendingssaker (kapittel 33).

¹ Mandatets punkt 3.2.

Kapittel 27

Dagens ordning

27.1 Aktører og ansvarsforhold på utlendingsfeltet

27.1.1 Oversikt

Vedtak i saker etter utlendingsloven treffes i første instans i de aller fleste tilfeller av Utlendingsdirektoratet (UDI), som er det sentrale forvaltningsorganet på utlendingsfeltet. Klager på UDIs vedtak avgjøres av Utlendingsnemnda (UNE). Med hjemmel i utlendingsforskriften har UDI delegert vedtaksmyndighet til politiet og utenriksstasjoner i en del tilfeller. Klager over vedtak truffet av disse, avgjøres av UDI. Sikkerhetsaker følger en særskilt prosess. I disse sakene har også Justis- og beredskapsdepartementet vedtaksmyndighet som første instans.

UDIs vedtaksmyndighet er regulert i utlendingsloven § 65 (oppholdstillatelser, fornyelse, tilbakekall, utlendingspass og returvurderinger etter § 73), § 72 (utvisning), § 13 (visum), § 18 (bortvisning) og § 124 (EØS-saker). Også for vedtak etter statsborgerloven er UDI første vedtaksmyndighet, jf. § 27. UDI er et alminnelig, hierarkisk oppbygd forvaltningsorgan, ledet av en direktør. Direktoratet kan ikke instrueres om utfallet av enkeltsaker, men er for øvrig underlagt alminnelig instruksjonsmyndighet fra ansvarlig departement, jf. utlendingsloven § 76 andre ledd.

Utlendingsforskriften kapittel 13 gir hjemmel for UDI til å delegere vedtaksmyndighet i en del tilfeller. På grunnlag av myndighet delegert fra UDI, kan politiet blant annet innvilge søknader fra utlendinger om midlertidig oppholds- eller arbeidstillatelse når vilkårene for dette er oppfylt. Politiets myndighet omfatter ikke å avslå søknader, og også dersom det er tvil om utfallet, må saken sendes til UDI. Videre har politiet myndighet til å treffe vedtak om bortvisning dersom vilkårene for å komme inn i Norge ikke er oppfylt (eksempelvis at vedkommende mangler visum). Slike vedtak kan påklages til UDI, jf. utlendingsloven § 76 første ledd.

Politiet har også saksforberedende oppgaver i en rekke saker. Det er ofte politiet som oppretter utvisningssak, og alltid i de tilfeller der grunnlaget for utvisning er at utlendingen har begått et straffbart forhold. Politiet sender da ut et forhåndsvarsel om utvisning, og oppretter utvisningssak i saksbehandlingssystemet. Lokale politidistrikt kan også bli bedt om å gjøre ulike undersøkelser, så som bostedskontroll i saker om familieinnvandring.

Politiets utlendingsenhet (PU) er et nasjonalt særorgan innen politiet, med særskilte oppgaver knyttet til mottak og registrering av beskyttelses-søknader, ID-kontroll og uttransportering av utlendinger som ikke har lovlig opphold i Norge.

Enkelte utenriksstasjoner er tildelt myndighet til å innvilge opphold i visse saker, jf. utlendingsforskriften § 13-4. Videre har en rekke utenriksstasjoner vedtaksmyndighet i visumsaker, jf. utlendingsforskriften § 3-14, herunder til både å avslå og innvilge visum. I tillegg utsteder utenriksstasjonene visum som er innvilget av UDI, og har også enkelte andre oppgaver på utlendingsfeltet. Utenriksdepartementet er overordnet departement for utenriksstasjonene.

Justis- og beredskapsdepartementet er ansvarlig departement på utlendingsfeltet, med etatsansvar for politiet (herunder politidistriktene og Politiets utlendingsenhet (PU)), UDI og UNE. Fra desember 2015 fikk dette departementet også ansvar for integreringsarbeidet, hvor Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDI) er et sentralt forvaltningsorgan. Arbeids- og sosialdepartementet har faglig ansvar for deler av utlendingslovgivningen knyttet til arbeidstillatelser.

I saker som berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, kan som nevnt også Justis- og beredskapsdepartementet selv avgjøre saken, jf. utlendingsloven kapittel 14. I mangel av en slik beslutning, avgjøres saken av UDI, hvorefter en eventuell klage behandles av departementet. Det er ikke adgang til å påklage vedtak truffet av departementet etter disse reglene, verken som førsteinstans eller etter

klage. Departementets vedtak kan imidlertid bringes inn for domstolene etter særlige regler. Se nærmere om dette i kapittel 27.2.4.

En annen offentlig aktør på utlendingsfeltet er Nasjonalt ID-senter (NID-senter), som ble opprettet i 2009. Senteret skal styrke utlendingsforvaltningens og politiets arbeid med å avklare identiteten til utlendinger som kommer til Norge. Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo) er et annet spesialorgan, som ved opprettelsen i 2005 samlet fagkompetanse innen landkunnskap i ett organ. Landinfo bistår utlendingsforvaltningen med kunnskap om forholdene i land asylsøkere kommer fra, og land som er relevante i forbindelse med oppholdssaker. Landinfo er faglig uavhengig, og deltar ikke i avgjørelsen av utlendingssaker.

27.1.2 Særlig om Utlendingsnemnda

27.1.2.1 Generelt

Utlendingsnemnda er i loven beskrevet som et uavhengig organ ved avgjørelse av saker etter utlendingsloven § 76.¹ UNE ledes av en direktør, og sakene der behandles av nemndledere. Både direktøren og nemndlederne må etter loven fylle kravene til dommere, og beskikkes av Kongen i statsråd.

Ved opprettelsen av UNE i 2001 ble direktøren og nemndlederne beskikket på åremål for en periode på henholdsvis seks år og fire år, med mulighet for en gjenoppnevning. Videre skulle nemndledere kunne ha stillingen på deltid, slik at de hadde bred kompetanse og beholdt kontakten med andre deler av arbeids- og samfunnslivet mens de utførte sine verv som nemndledere i UNE.² Fra 2012 er nemndlederne ikke lenger ansatt på åremål. Muligheten til å være nemndleder på deltid ble fjernet i 2005, idet dette ikke var en særlig praktisk ordning.

Ved behandling av saker etter utlendingsloven er UNE underlagt instruksjonsmyndighet fra departementet. Instruksjonsmyndigheten omfatter imidlertid ikke avgjørelsen av enkeltsaker.³ For saker om statsborgerskap, kan departementet instruere bare om prioritering av saker.⁴ For saker etter utlendingsloven ble reglene om instruksjonsmyndighet endret høsten 2015, ved at det nå kan instrueres om lovtolkning og skjønns-

utøvelse i saker etter denne loven.⁵ Frem til dette tidspunktet var instruksjonsmyndigheten begrenset til å gjelde saksbehandlingen og prioriteringen av saker også for disse sakene. Lovens betegnelse av UNE som et «uavhengig organ», ble ikke endret. De nye reglene om instruksjonsmyndighet gjelder etter lovvedtaket midlertidig for to år, og ordningen skal evalueres før den eventuelt videreføres.

Når UDI fatter vedtak som første instans, og vedtaket påklages, behandler UDI først klagen selv. Dersom vedtaket opprettholdes, sendes saken over til UNE. Her blir den først behandlet i UNEs sekretariat, som består av en asylavdeling og en oppholdsavdeling. Sekretariatet kan forbedre saken med et forslag til vedtak, som så legges frem for nemndleder for vurdering og avgjørelse. Dersom saken er tvilsom, eller sekretariatet av andre grunner ikke finner å kunne legge frem et forslag til vedtak, kan det i stedet legge frem saken for nemndleder for vurdering av hvilken form den skal avgjøres i.

De ulike avgjørelsesformene for UNE er regulert i utlendingsloven § 78 og forskrifter. Saker kan avgjøres på fire ulike måter; i nemndmøte med en nemndleder og to leke nemndmedlemmer, av nemndleder etter forberedelse av sekretariatet, av sekretariatet på grunnlag av delegert myndighet, eller i stornemnd med tre nemndledere og fire leke nemndmedlemmer. Det følger av forskrift at stornemnd blant annet kan benyttes i saker som reiser prinsipielle spørsmål, er av stor samfunnsmessig betydning, eller omhandler spørsmål hvor det er tendenser til ulik praksis. Dersom det er aktuelt å gå imot anbefalinger fra FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR), skal som hovedregel minst én representativ sak avgjøres i stornemnd.

27.1.2.2 Instrukser fra departementet etter lovendring høsten 2015

Som følge av den store tilstrømmingen av asylsøkere høsten 2015, ble det i november samme år vedtatt en lovendring som utvidet departementets instruksjonsmyndighet over UNE for behandlingen av saker etter utlendingsloven, jf. straks ovenfor. Endringen trådte i kraft 20. november 2015.

Ved brev 19. januar 2017 har Justis- og beredskapsdepartementet sendt på høring forslag blant annet om å videreføre dagens midlertidige regler om instruksjonsmyndighet overfor UNE. I høringsnotat vedlagt brevet er det opplyst at

¹ Utlendingsloven § 77.

² Ot.prp. nr. 17 (1998–99) side 29.

³ Jf. utlendingsloven § 76 andre ledd.

⁴ Jf. statsborgerloven § 28.

⁵ Jf. lov 94/2015.

departementet etter ikraftsettingen har gitt følgende instruks overfor UNE:⁶

- GI-13/2015 – Rask saksbehandling for asylsøkere som har hatt opphold i Russland, jf. utlendingsloven §§ 32 og 90,
- GI-07/2016 – Storskogporteføljen – behandling av asylsøknader fremsatt i 2015 fra personer med visum til Russland som var gyldig for én innreise (engangsvisum),
- GI-15/2016 – Storskogporteføljen – behandling av asylsøknader fremsatt i 2015 fra personer som har flerreisevisum eller oppholdstillatelse i Russland som er utløpt i tid,
- GI-04/2016 – Instruks om tilbakekall av flyktningsstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f,
- GI-14/2016 – revidert instruks om tilbakekall av flyktningsstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f,
- GI-01/2016 – Instruks om tolking av utlendingsloven §§ 37 og 63 når flyktingen har reist til hjemlandet i strid med forutsetningene for opphold i Norge
- GI-13/2016 – Nedre aldersgrense for å anerkjenne ekteskap inngått i utlandet
- GI-16/2016 – Om adgangen til å møte i nemndmøte og avgi uttalelse i asylsak som omhandler troverdighet av konvertering (konvertittsaker), og
- GI-02/2016 – Instruks om behandling av saker som kan berøre grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn etter utlendingsloven kapittel 14, og saker etter eksportkontrollregelverket.

De fleste av disse instruksene er gitt med grunnlag i lovendringen høsten 2015. I høringsnotatet er det blant annet nevnt at instruksene til dels er såpass detaljerte at innholdet ville være lite egnet for regulering i forskrift.

27.2 Saksgangen i utlendingsaker – vedtak og klage

27.2.1 Saker om beskyttelse (asylsaker)

27.2.1.1 Normal prosedyre

Utlendinger som kommer til Norge for å søke beskyttelse, må registrere søknaden hos Politiets utlendingsenhet (PU), som foretar søk i interna-

sjonale registre over fingeravtrykk, foretar et kortfattet avhør og gjennomfører ID-kontroll. Eventuelle pass eller andre reise- eller ID-dokumenter skal leveres til politiet, som også har myndighet til å foreta ransaker og ta beslag.

Når registreringen hos PU er ferdig, sendes saken over til UDI. Dersom det er et annet land som er ansvarlig for behandlingen av beskyttelsesøknaden etter det såkalte Dublin-regelverket, eller det foreligger andre grunner som nevnt i utlendingsloven § 32, tas ikke søknaden under realitetsbehandling. Dersom søknaden skal realitetsbehandles i Norge, skal det foretas et asylintervju av søkeren, jf. utlendingsforskriften § 17-2. Et slikt intervju skal skje snarest mulig. Her vil utlendingen få anledning til å forklare bakgrunnen for at vedkommende søker beskyttelse, og redegjøre nærmere for hvor vedkommende kommer fra, personlige forhold, helsesituasjon mv. Asylintervjuet gjennomføres ved bruk av tolk, og det tas lydopptak som lagres på saken. Det er imidlertid rapporten fra asylintervjuet som er det sentrale dokumentet, og utlendingen gis anledning til å gjennomgå denne og undertegner den ved intervjuets slutt. Et asylintervju pågår normalt over flere timer, og kan i en del tilfeller gå over flere dager, avhengig av hvor mye informasjon søkeren har å meddele.

Den saksbehandleren som foretar asylintervjuet, behandler normalt også saken videre i UDI. Hvem i UDI som skal avgjøre saken, avhenger blant annet av sakens kompleksitet.⁷ Klare innvilgelses- eller avslagssaker hvor praksis er avklart, avgjøres av saksbehandler. Under saksbehandlingen kan det være aktuelt med en rekke tiltak, eksempelvis verifisering av dokumenter eller opplysninger gjennom utenriksstasjonene, innhenting av landinformasjon fra Landinfo eller andre kilder, innhenting av forklaringer fra andre, for eksempel slektninger i Norge, og alders- eller språktest av søkeren.

Når UDI har truffet vedtak som innebærer at utlendingen får en tillatelse som gir grunnlag for bosetting, enten av beskyttelsesgrunner eller på såkalt humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38, får IMDI ansvaret for å bosette personen i en kommune. Utlendingen vil da normalt få rett og plikt til å gjennomføre introduksjonsprogram og norskopplæring. En første gangs oppholdstillatelse må normalt fornyes. Dersom tillatelsen danner grunnlag for det, kan utlendingen etter noen år søke om permanent oppholdstillatelse, som

⁶ Høringsnotatet punkt 3.3.

⁷ Se UDIs internmelding IM 2011-009 Retningslinjer for linjebehandling i Utlendingsdirektoratet.

blant annet gir et utvidet vern mot utvisning. Etter ytterligere en periode kan vedkommende søke om norsk statsborgerskap. Alle slike søknader behandles av UDI, og avslag kan påklages til UNE.

Utlendinger som får avslag på sin søknad om beskyttelse, kan påklage vedtaket til UNE. Klagefristen er normalt tre uker, og klagen fremsettes overfor UDI, som gjør en egen vurdering av om det er grunnlag for å endre vedtaket. Dersom UDI opprettholder sitt vedtak, sendes saken til UNE for klagebehandling. UDI beslutter da som hovedregel utsatt iverksetting, jf. utlendingsloven § 90 fjerde ledd og forvaltningsloven § 42.

Når det foreligger et endelig vedtak om å avslå en søknad om beskyttelse, enten fra UDI eller UNE, skal det settes en frist for utreise. Dette følger av EUs returdirektiv, som er gjort til norsk lov gjennom utlendingsloven § 90. Fristen skal være mellom 7 og 30 dager, og settes normalt til fire uker. Utlendingen kan få bistand til å reise til sitt hjemland eller annet land hvor vedkommende kan få lovlig adgang og opphold gjennom International Organization for Migration (IOM). UDI administrerer også retur støtteordninger som innebærer at en utlending på visse vilkår kan få med en pengesum dersom vedkommende retter seg etter vedtak om å forlate Norge. Dersom utlendingen ikke forlater Norge innen utreisefristen, hører det under Politiets utlendingsenhet (PU) å returnere vedkommende med tvang.

27.2.1.2 Hurtigprosedyrer

En del beskyttelsessaker behandles etter ulike former for hurtigprosedyrer. Det dreier seg gjerne om åpenbart grunnløse søknader eller søknader som etter klar praksis ligger an til å bli avslått. En slik prosedyre er den såkalte 48-timerprosedyren. Asylsøkere som får sine saker behandlet i denne prosedyren, vil få sin søknad avgjort av UDI innen 48 timer. Kriteriet er at asylsøkeren kommer fra et land hvor det generelt ikke anses å foreligge behov for vern mot retur til, og hvor man normalt ikke risikerer forfølgelse. Listen over land utarbeides og justeres av UDI på grunnlag av løpende landinformasjon. Formålet med hurtigbehandling er dels at den skal virke preventivt, dels at personer som uansett vil få avslag på sin asylsøknad, ikke skal måtte vente lenge på vedtaket. Dersom det viser seg at det likevel kan tenkes å foreligge behov for beskyttelse, tas saken ut av hurtigprosedyren. Søknader fra enslige mindreårige asylsøkere (EMA) behandles ikke i 48-timerprosedyren. UDIs ved-

tak i saker som behandles i denne prosedyren kan påklages til UNE på vanlig måte, men det vil normalt ikke gis utsatt iverksetting av UDI, og det vil heller ikke bli satt en utreisefrist. Asylsøkere som får avslag på sin søknad fordi den anses åpenbart ugrunnet, vil også bli utvist med hjemmel i utlendingsloven § 66 andre ledd bokstav b.

Utlendingsdirektoratet har flere andre særlige saksbehandlingsrutiner, blant annet for enslige mindreårige asylsøkere, kriminelle, Dublin-saker, og saker hvor det er tvil om asylsøkerens identitet. Disse prosedyrene har som siktemål å løfte ut saker som av ulike grunner bør behandles i egne spor, typisk med sikte på en hurtigere avgjørelse.

27.2.2 Oppholdssaker

Søknader om oppholdstillatelse på annet grunnlag enn beskyttelse, fremmes normalt overfor en norsk utenriksstasjon eller, dersom utlendingen er i Norge, et politidistrikt. Søknader som ikke kan avgjøres på grunnlag av delegert myndighet, skal videresendes til UDI, som behandler saken og treffer vedtak.

Saksgangen består i saksforberedelse, vedtak og eventuelt klage. Siden søknader om første gangs oppholdstillatelse normalt skal fremsettes fra utlandet, og innreise først er mulig dersom en tillatelse gis, er konsekvensen av et avslag typisk at vedkommende ikke får den omsøkte tillatelsen til innreise og opphold. Han eller hun kan imidlertid søke om igjen senere dersom vilkårene for dette er oppfylt.

Mens saker om oppholdstillatelse utløses ved søknad fra en utlending, er det norske myndigheter som oppretter saker om tilbakekall av en tillatelse eller om utvisning av en utlending. I saker om tilbakekall og utvisning gis det et forhåndsvarsel til den saken gjelder, med beskjed om at det er opprettet en sak og grunnlaget for det, og det gis anledning til å komme med kommentarer. Forhåndsvarsel gis enten av politiet, typisk i utvisningssaker, eller av UDI. Dersom UDI kommer til at vilkårene for tilbakekall eller utvisning er oppfylt, treffes det vedtak om dette. Vedtaket kan påklages til UNE.

27.2.3 Særregler for borgere av EU/EØS-land

I motsetning til personer fra land utenfor EU/EØS (tredjelandsborgere), kan personer fra EU/EØS-land som utgangspunkt fritt reise inn i og ta opphold i andre EU/EØS-land, uten forutgående søknad. Dette er en del av retten til fri bevegelighet,

som er en av søylene i det europeiske samarbeidet. Utlendingsloven kapittel 13 har regler om opphold for personer fra EU/EØS-land, og mulighetene for tilbakekall av oppholdsdokumenter og bortfall av oppholdsrett og utvisning.

Personer fra EU/EØS-land har en tilnærmet ubetinget oppholdsrett i inntil 3 måneder, jf. utlendingsloven § 111. For å kunne oppholde seg i Norge utover denne perioden, kreves det at vedkommende enten har inntekt eller er arbeidssøkende, er i studier eller på annen måte er selvforsørgende, jf. § 112. Familiemedlemmer av slike personer har de samme rettighetene. Dette gjelder også familiemedlemmer som er tredjelandsborgere. Etter fem års sammenhengende opphold kan man få varig oppholdsrett. § 120 gir regler om tilbakekall av oppholdsdokument, og gir UDI myndighet til å treffe vedtak om dette dersom vilkårene er oppfylt. Slike vedtak kan påklages til UNE. § 122 gir regler om utvisning av personer fra EU/EØS-land og deres familier av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet. Terskelen er høy, siden det kreves at det foreligger eller må antas å foreligge personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn. Utvisning innebærer et innreiseforbud på minimum to år, jf. § 124. Det er UDI som treffer vedtak, og disse kan påklages til UNE.

27.2.4 Særlig om sikkerhetsaker

I utlendingsloven kapittel 14, som ble tilføyd i 2013, er det gitt særregler om behandling av saker som berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, såkalte sikkerhetsaker. Det ligger i regelverket at UDI fortsatt er vedtaksmyndighet i første instans, men at departementet kan beslutte å tre inn som vedtaksmyndighet. Før lovendringen var UDI vedtaksmyndighet i alle saker, men hadde plikt til å melde fra til departementet om saker som reiser spørsmål om grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Departementet hadde full instruksjonsmyndighet, og Kongen i statsråd var klageinstans for vedtak truffet av UDI etter instruksjon. Dersom departementet valgte ikke å benytte seg av sin instruksjonsadgang, var UNE klageinstans for UDIs vedtak, men slik at departementet fortsatt kunne ha instruksjonsadgang.

Om bakgrunnen for lovendringen, heter det i forarbeidene:⁸

⁸ Prop. 141 L (2012–2013) kapittel 2.

«Dagens norske regelverk er ikke tilpasset EMDs krav, og sikrer ikke at man i tilstrekkelig grad kan ivareta muligheten for både konfidensialitet og kontradiksjon. Resultatet kan bli at det ikke kan treffes vedtak selv om myndighetene sitter med graderte opplysninger som tilsier for eksempel utvisning, eller at domstolene setter vedtak til side fordi det ikke er mulig å foreta en reell prøving. Det må derfor legges bedre til rette for kontradiksjon enn i dagens regelverk.»

Dersom departementet benytter adgangen til å tre inn som vedtaksmyndighet, kan ikke vedtaket påklages. I stedet må det bringes inn for domstolene etter særskilte regler i utlendingsloven §§ 131 flg. Dersom UDI treffer vedtak i førsteinstans, er departementet klageinstans. UNE er altså ikke en aktør i disse sakene, med mindre det først i klageomgangen fremkommer opplysninger som tilsier at saken berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, eller UNE vurderer sakens opplysninger annerledes enn UDI. I slike tilfeller kan UNE beslutte å behandle saken etter de regler som gjelder for slike saker, med mindre det må anses som en ny sak som skal behandles av UDI som første instans.⁹ Departementet kan da velge å tre inn som klageinstans, jf. utlendingsforskriften § 19A-7 andre ledd.

Dersom et vedtak truffet etter reglene i utlendingsloven kapittel 14 bringes inn for domstolene, trer de særskilte prosessreglene i §§ 131 flg. inn. Disse innebærer blant annet at det gjelder særskilt søksmålsfrist på én måned (§ 132), og at det skal oppnevnes en særskilt, sikkerhetsklarert advokat (§§ 133 flg.). Det er også bestemmelser om håndtering av opplysninger som angår grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn.

Begrunnelsen for forslaget til dagens saksbehandlingsregler er i lovproposisjonen formulert slik:¹⁰

«Gjennom slike nye ordninger som departementet har foreslått, oppnår man *for det første* at det ikke blir behov for å fremlegge det graderte materialet for et organ på lavere nivå enn departementsnivå. *For det andre* unngår man den uklarhet som dagens instruksjonsordning kan skape om hvilke vurderinger som er foretatt av departementet og hvilke vurde-

⁹ Jf. rundskriv GI-2016-2 punkt 11.

¹⁰ Prop. 141 L (2012–2013) kapittel 8.3.1.

ringer som er foretatt av UDI. Siden de aktuelle sakene blant annet kan gjelde inngrep i retten til respekt for privatlivet eller familielivet etter EMK artikkel 8, eller må vurderes opp mot det absolutte vernet mot umenneskelig behandling mv. i EMK artikkel 3, er det viktig å sikre mest mulig transparens og tydelighet. *For det tredje* legges ankebehandlingen til et ikke-politisk organ (domstolene). Dette vil styrke tilliten til at det foretas en uavhengig vurdering, og gjøre det enda klarere at retten til effektiv prøving etter EMK artikkel 13 er ivarettatt. *For det fjerde* kan det effektivisere saksbehandlingen i førsteinstansen at departementet ikke lenger må gå veien om å instruere UDI, men i stedet kan treffe vedtak selv. Det kan reise visse utfordringer at departementet ikke har den samme oversikt som UDI når det gjelder landkunnskap og praksis. Dette gjelder imidlertid også når departementet benytter sin instruksjonsadgang etter gjeldende regelverk. På samme måte som i dag vil departementet kunne overlate til UDI å forbedre saken og utforme utkast til vedtak som omfatter blant annet redegjørelse for praksis og landvurderinger, jf. lovforslagets § 128 fjerde ledd.»

27.2.5 Overprøving av positive vedtak fra UDI og UNE

En utlending som får et positivt vedtak av UDI eller UNE, vil ikke ha behov for overprøving av vedtaket. Andre interesser kan imidlertid tilsi at vedtaket bør kunne overprøves. Etter utlendingsloven § 76 tredje ledd kan departementet beslutte at et positivt vedtak i UDI skal overprøves av UNE. Beslutningen må foreligge innen fire måneder etter at vedtak ble fattet, og skal begrunnes.

Med mindre saken avvises fordi vilkårene etter § 76 tredje ledd ikke er oppfylt, skal UNE avgjøre saken i stornemnd, jf. utlendingsforskriften § 16-4 første ledd. UNE skal foreta en gyldighetsprøving, og dersom man finner at vedtaket er ugyldig, skal saken sendes tilbake til UDI for ny behandling. Gyldige vedtak kan ikke endres, men UNE kan avgi en uttalelse om sakens prinsipielle sider, jf. utlendingsloven § 76 fjerde ledd.

Departementet kan også ta ut søksmål om gyldigheten av et positivt vedtak i UNE, jf. utlendingsloven § 79 andre ledd. Søksmål må tas ut innen fire måneder etter vedtaket ble fattet, og skal rettes mot utlendingen, som da får fulle partsrettigheter. Tingretten skal foreta en alminnelig gyldighetsprøving.

I begge de situasjonene som nå er nevnt, har utlendingen krav på fri rettshjelp ved henholdsvis UNEs og domstolenes behandling av saken, jf. utlendingsloven § 92 tredje ledd.

For å sikre at aktuelle vedtak kommer til departementets kunnskap, har departementet instruert UDI om å rapportere om positive vedtak hvor det kan antas at departementet vil ønske å benytte sin adgang til å be om overprøving.¹¹ Det må gjøres en konkret vurdering, og instruksjonen forutsetter at terskelen skal være høy, jf. at «[d]et må i utgangspunktet være tale om saker av spesiell karakter». Gjennom virksomhetsinstruksjonen er UNE pålagt å rapportere om nemndmøtevedtak med dissens, og om avgjørelser fra stornemnda.

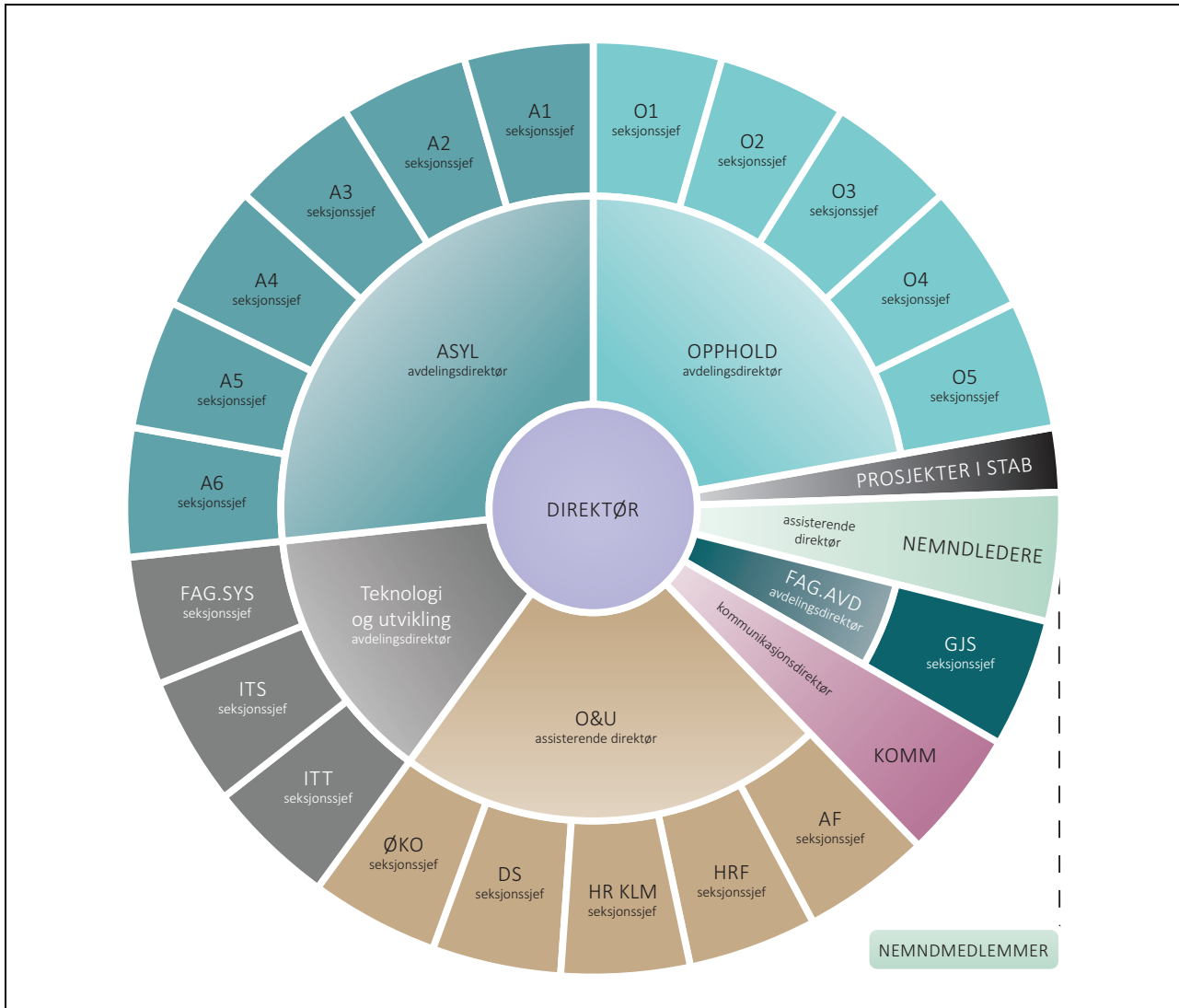
27.3 Utlendingsnemnda – organisering og saksbehandling

27.3.1 UNEs interne organisering

UNE er organisert i hovedsak som et hierarkisk forvaltningsorgan, med en direktør og to assisterende direktører. UNEs sekretariat er delt i to avdelinger; en asylavdeling og en oppholdsavdeling, begge ledet av en avdelingsdirektør. De to avdelingene er igjen inndelt i spesialiserte seksjoner. I asylavdelingen er seksjonene inndelt etter landområder, og hver seksjon behandler beskyttelsessaker tilknyttet sine land. I oppholdsavdelingen er seksjonene inndelt etter sakstyper, slik at en seksjon behandler utvisningssaker, en annen familieinnvandringssaker osv.

Nemndlederne er organisert som en egen gruppe, ledet av en assisterende direktør. Nemndlederne treffer alle beslutninger i sakene, og avgjør dem, enten alene eller i nemndmøte med lekmedlemmer (med mindre vedtaksmyndigheten delegeres til sekretariatet). Verken departementet eller direktøren kan instruere i den enkelte sak, men departementet kan gi generelle instruksjoner om blant annet lovtolkning og skjønnsutøvelse. I tillegg har UNE en avdeling for organisasjon og utvikling, med støttefunksjoner som arkiv, personalforvaltning, økonomistyring mv., en IT-avdeling og en fagavdeling. Sistnevnte gir faglig støtte til sekretariatet og nemndlederne, og driver utredning, praksiskartlegging, opplæring og veiledning. Per 31. desember 2015 hadde UNE 336 ansatte fordelt på 284 årsverk, hvorav 31 nemndledere. Hoveddelen av de ansatte i UNE er saksbehandlere i sekretariatet.

¹¹ GI-24/2010 Rapportering om positive vedtak etter utlendingsloven.



Figur 27.1 UNEs organisasjonskart per juli 2016

I tillegg til de ansatte, har UNE en gruppe nemndmedlemmer som deltar i avgjørelsen av enkeltsaker i nemndmøter. For tiden er det om lag 300 nemndmedlemmer, oppnevnt av Kongen i statsråd etter forslag fra Justisdepartementet, Utenriksdepartementet, Juristforbundet og humanitære organisasjoner (koordinert av Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)).

27.3.2 Sakstall, ressurser og saksbehandlingstid

27.3.2.1 Nærmere om antall saker på utlendingsfeltet

Gjennom det meste av 1990-tallet lå antallet asylsøkere til Norge på godt under 5 000 i året. Mot slutten av tiåret steg antallet asylsøkere, og passerte 10 000 for første gang i 1999. De siste ti

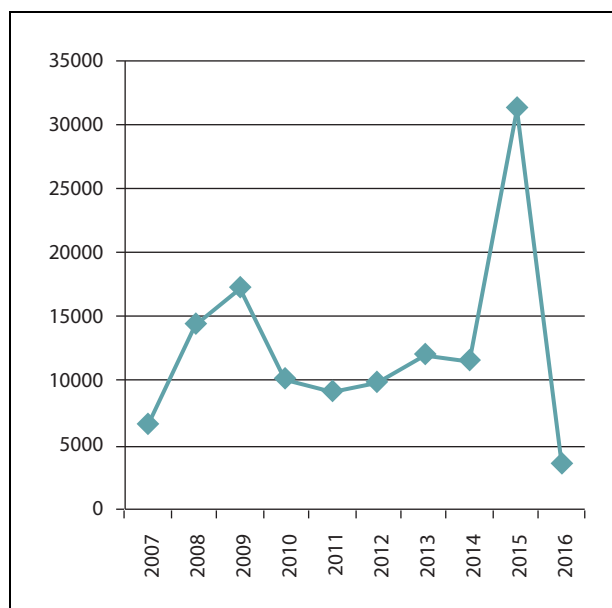
årene har antallet asylsøkere variert mye. I 2006 søkte 5 320 personer beskyttelse i Norge, mens tallet tre år senere var 17 226. Deretter lå tallet stabilt på rundt 10 000 årlig. Høsten 2015 fikk Norge en kraftig økning i antallet asylsøkere, slik at det dette året ankom til sammen over 31 000 asylsøkere. I 2016 kom det derimot kun 3 460 asylsøkere til Norge.

Antallet oppholdssaker har ligget nokså stabilt de siste årene. Tabell 27.1 nedenfor viser antallet innkomne saker i UDI innenfor denne kategorien i 2015.¹² Antallet innkomne saker i 2014 var 84 238. Saker om familieinnvandring, statsborgerskap og arbeidstillatelse er betydelige deler av porteføljen.

¹² Omfatter ikke beskyttelsessaker

Tabell 27.1 Antall innkomne oppholdssaker i UDI

Sakstype	2015
Familieinnvandring	21 406
Permanent oppholdstillatelse	4 082
Reisedokument	3 466
Statsborgerskap	17 102
Utdanning	8 776
Utvisning	9 100
Visum	4 167
Arbeid	12 117
Andre saker	5 411
Totalt	85 627



Figur 27.2 Antall søknader om beskyttelse de siste ti år

27.3.2.2 Nærmere om antall saker i UNE. Saksbehandlingstid

Antallet klagesaker i UNE har variert en del de siste årene, slik tabell 27.2 og 27.3 nedenfor viser. En nokså markert nedgang i antallet beskyttelsessaker til UNE i 2015 kan skyldes den store økningen i antallet asylsøkere som ankom høsten dette året, og det påfølgende press på UDI for å prioritere behandling av søknader.

Som tabell 27.2 og 27.3 viser, består UNEs portefølje av både klagesaker og anmodninger om omgjøring. Sammenlignet med antallet saker for UDI, jf. figur 27.2 og tabell 27.1 ovenfor, er antallet

klagesaker til UNE lite. Forholdet påvirkes blant annet av hvor mange søknader som innvilges i UDI, og av at det i andre saker enn beskyttelse kan være mer hensiktsmessig å fremsette en ny søknad enn å klage på UDIs vedtak.

Antallet anmodninger om omgjøring av vedtak fra UNE i saker om beskyttelse, har de siste årene utgjort om lag 40–50 % av det totale antallet beskyttelsessaker der. Selv om mange av disse behandles raskt, og gjerne ved beslutning i sekretariatet, legger anmodninger om omgjøring beslag på betydelige ressurser i UNE.

Tabell 27.2 Antall beskyttelsessaker i UNE

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Klagesaker	6 095	5 185	5 469	4 636	3 341	7 296
Omgjøringsanmodninger	4 183	4 380	4 143	4 893	2 830	2 013
Totalt	10 278	9 565	9 612	9 529	6 171	9 303

Tabell 27.3 Antall oppholdssaker i UNE

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Klagesaker	7 286	7 606	4 865	5 195	5 957	6 792
Omgjøringsanmodninger	1 263	1 618	1 585	1 295	1 152	1 061
Totalt	8 549	9 224	6 450	6 487	7 109	7 823

Tabell 27.5 nedenfor viser at det store flertallet avgjørelser treffes av nemndleder etter forbedelse av sekretariatet, eller av sekretariatet. Andelen saker som behandles i nemndmøte har ligget på mellom om lag 4 og 6 % de senere år. Ettersom antallet nemndmøter i andre saker enn beskyttelsessaker er svært lavt, er andelen beskyttelsessaker med nemndmøte isolert sett noe høyere. Her har prosenten ligget rundt 6 % de siste årene.

På gjennomsnittsbasis er saksbehandlingstiden i UNE redusert betraktelig de senere årene. Beskyttelsessaker ble i 2015 gjennomsnittlig behandlet i løpet av 3,5 måneder, mot 9,5 måneder to år tidligere. Oppholdssaker hadde i 2015 gjennomsnittlig en saksbehandlingstid på 3 måneder, mot 7,5 måneder to år tidligere. Som tabell 27.6 viser, er saksbehandlingstiden redusert for alle avgjørelsesformer.

Tabell 27.4 Antall vedtak fra UNE i klagesaker, fordelt på sakstype

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Beskyttelse ¹	5 663	4 704	4 973	3 596	2 418	3 853
Familieinnvandring	2 000	2 735	2 795	1 370	1 114	1 629
Utvisning	965	1 081	1 851	990	1 399	1 743
Arbeid/opphold	969	1 191	1 310	1 061	1 628	1 412
Visum	199	226	448	218	137	127
Andre sakstyper	525	896	1 099	894	870	759
Statsborgerskap	1 197	1 099	707	487	542	427
Totalt	11 518	11 932	13 183	8 616	8 108	9 950

¹ Realitetsbehandlede saker, dvs. eksklusiv Dublin-saker mv.

Tabell 27.5 Antall avgjørelser i UNE, fordelt på avgjørelsesform

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Stornemnd	1	2	2	-	2	2
Nemndmøte med fremmøte	775	663	603	470	474	355
Nemndmøte uten fremmøte	344	181	274	242	359	253
Nemndleder	8 903	8 931	11 182	10 347	9 865	10 417
Sekretariat	7 669	8 971	10 506	5 615	3 761	3 825
Totalt	17 693	18 748	22 568	16 674	14 461	14 852

Tabell 27.6 Gjennomsnittlig saksbehandlingstid i klagesaker (fordelt på sakskategori og avgjørelsesform) i måneder¹

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Beskyttelsessaker ² nemndleder	11,4	13,5	13,5	6,8	4,3	2,1
Beskyttelsessaker nemndmøte med fremmøte	14	18	19,8	14,5	10,4	6,4
Beskyttelsessaker nemndmøte uten fremmøte	17,3	19	15,9	11,6	11,1	3,8
Beskyttelsessaker sekretariatet	6,2	7,1	8,4	3,5	1,6	2,4
Oppholdssaker nemndleder	8,4	9,9	8,7	3,6	3,3	3,7
Oppholdssaker nemndmøte med fremmøte	14,7	12,8	14,7	10,6	7,5	8,6
Oppholdssaker nemndmøte uten fremmøte	11,4	15,1	16,3	10,2	9,4	6,9
Oppholdssaker sekretariatet	3,9	5,6	5	1,6	1,8	2,5

¹ UNE har opplyst at det bør tas forbehold om feil i tabellen, da det er vanskelig å kvalitetssikre tallene.

² Realitetsbehandlede beskyttelsessaker (gjelder alle rader).

27.3.2.3 UNEs budsjett, måloppnåelse og produktivitet

I 2015 hadde UNE et samlet budsjett på 286 millioner kroner, hvorav over 70 % var lønnsmidler. Andre store utgiftsposter er drift og leie av lokaler og materiell.

Det er utarbeidet et system med vektall som et verktøy for å måle UNEs produktivitet. Gjennom det årlige tildelingsbrevet stiller departementet krav til maksimal kostnad (pris) per vektall og per sak. Som tabell 27.9 viser, har prisen både per vektall og per sak gått noe opp de senere år.

27.3.3 Saksbehandlingen i UNE

27.3.3.1 Generelt

Ved klagebehandling av saker har UNE kompetanse til å prøve alle sider ved UDIs vedtak, og vedtaket skal baseres på de faktiske opplysninger som foreligger når UNE treffer sitt vedtak. Saksbehandlingen følger forvaltningsloven dersom ikke annet er bestemt i utlendingsloven, jf. utlendingsloven § 80. Det er egne regler i utlendingsloven blant annet om utlendingens rett til å uttale seg, om forvaltningens veiledningsplikt, utlendingens møte- og forklaringsplikt, og om unntak fra

Tabell 27.7 UNEs budsjett

	2011	2012	2013	2014	2015
Disponible midler ¹	271 002 000	290 413 000	306 430 000	291 537 000	286 539 000
Hvorav lønnsmidler ²	70 %	67 %	67 %	70 %	71 %

¹ Samlet tildeling post 01 og 21.

² Av driftsutgifter.

Tabell 27.8 UNEs måloppnåelse (i %) fordelt på beskyttelsessaker og oppholdssaker

	2012	2013	2014	2015 ¹	2016
Beskyttelsessaker ²	96 %	99 %	94 %	143 %	210 %
Oppholdssaker	89 %	114 %	84 %	133 %	119 %

¹ I 2015 er UNEs styringsparameter og resultatkrav knyttet til saksbehandlingstid og produktivitet. Her angis måloppnåelse for saksbehandlingstid. Resultatkrav/resultat beskyttelse: 5/3,5 mnd. Opphold: 4/3 mnd.

² Tallet gjelder alle klagesaker, til og med 2014 også inkl. omgjøringsanmodninger.

Tabell 27.9 Gjennomsnittlig pris per vektall og per sak

	2013	2014	2015	2016
Pris per vektall	48 000	54 260	52 891	56 835
Pris per sak	13 333	16 969	17 726	18 870

taushetsplikten for andre etater. Utlendingsforskriften gir utfyllende regler.

Direktøren kan gi generelle retningslinjer om behandlingen av enkeltsaker, skjønnsutøvelse mv., men kan ikke instruere i enkeltsaker, jf. utlendingsforskriften § 16-2 andre ledd. Det er gitt slike generelle retningslinjer blant annet om valg av avgjørelsesform, og om gjennomføring av nemndmøter.

Utlendingsnemnda benytter det samme datasystemet for saksbehandlingen som UDI, nemlig DUF (Datasytemet for utlendings- og flyktningssaker). Gjennom DUF har UNE tilgang til opplysninger om alle utlendinger som er registrert i systemet. Alle saker behandles nå elektronisk (med mulig unntak for noen saker som har vært i systemet gjennom lang tid). Både UDI og UNE benytter en ordning med digital kommunikasjon med advokater (e-Dialog). De advokater som er tilknyttet denne ordningen, kan hente ut saksdokumenter og avgjørelser elektronisk. Andre får tilsendt dokumentene i papirform.

27.3.3.2 Nærmere om saksgangen

Når UNE mottar en sak, registreres den inn av arkivet, som oppretter sak i det elektroniske saksbehandlingssystemet og fordeler til relevant seksjon i UNEs sekretariat. UNE har innført et såkalt trekkstyringssystem, som innebærer at en saksbehandler er ansvarlig for å gå gjennom sin seksjons innkomne saker, merke disse med bestemte koder mv. og angi prioritet. Seksjonens saksbehandlere trekker deretter saker fra en felles «silo», slik at de saker som til enhver tid skal prioriteres, trekkes og saksbehandles først. I utgangspunktet gjelder prinsippet om eldste sak først, men gjennom tildelingsbrev og instruks gis det pålegg om prioritering, eksempelvis av utvisningsaker for straffedømte og beskyttelsessaker for barnefamilier.

Saksbehandler utreder og forbereder saken for videre behandling. Utover å gå gjennom saksdokumentene, kan dette innebære å innhente ytterligere informasjon, enten fra åpne kilder eller fra parten. Det kan være aktuelt å anmode en norsk ambas-

sade om å verifisere enkeltopplysninger eller dokumenter i saken, eller å be politiet eller Nasjonalt ID-senter (NID) om å verifisere identitetsdokumenter. Fra parten vil det typisk kunne være aktuelt å innhente ytterligere dokumentasjon på helseproblemer eller forhold knyttet til barn, så som uttalelser fra skole eller barnehage. Det kan også være aktuelt å gjennomføre en språkstest av utlendingen for å klargjøre hvor vedkommende kommer fra, eller en alderstest for å avklare vedkommendes alder. Normalt vil UDI ha sørget for slike tester dersom de er av betydning for saken. I noen tilfeller kan det også være aktuelt å returnere en sak til UDI for ytterligere saksbehandling.

Saksbehandlers forberedelse av saken vil kunne utent i et utkast til vedtak, eller en vurdering av hvilken avgjørelsesform som bør benyttes i saken. Utkast til vedtak legges frem for nemndleder, eller – dersom saken er omfattet av sekretariatets vedtakskompetanse – for seksjonssjef eller den som er gitt fullmakt til å treffe avgjørelse. Nemndleder tar stilling til spørsmål om avgjørelsesform.

Dersom saken skal avgjøres i et nemndmøte med en nemndleder og to nemndmedlemmer, forbereder sekretariatet saken ved å utarbeide merknader til nemnda. Disse merknadene inneholder en faktumbeskrivelse og en beskrivelse av saksgangen frem til nemndmøtet, og en beskrivelse av de rettslige utgangspunktene og de spørsmål som nemnda skal eller bør ta stilling til. Merknadene skal for øvrig ikke inneholde vurderinger av de spørsmål nemnda skal ta stilling til, og gis ikke ut til andre enn nemnda.

27.3.3.3 Nærmere om valg av avgjørelsesform

Utlendingsnemnda beslutter hvilken avgjørelsesform en sak skal ha, jf. utlendingsloven § 78 femte ledd. Med mindre sakens avgjørelsesform er særskilt regulert i lov, forskrift eller retningslinjer, er det nemndleder som beslutter hvilken avgjørelsesform som skal benyttes, jf. utlendingsforskriften § 16-7.

De ulike avgjørelsesformene i UNE er henholdsvis ordinært nemndmøte, stornemnd, avgjø-

relse av nemndleder (etter forberedelse av sekretariatet), og avgjørelse av sekretariatet på grunnlag av delegert myndighet. Avgjørelse av saker i stornemnd er særskilt regulert, se kapittel 27.3.3.5. Dersom kriteriene for avgjørelse i nemnd ikke er oppfylt, vil alternativene være enten avgjørelse av nemndleder eller avgjørelse fra sekretariatet i henhold til delegert myndighet.

Et nemndmøte i UNE er ikke en del av saksforberedelsen, men en avgjørelsesform. Det er her avgjørelsen av saken skal tas, eller i alle fall avgjørelsen av de spørsmål som er bragt inn i nemndmøtet. Det skjer ingen ytterligere saksbehandling etter nemndmøtet; nemnda rådslår og voterer, og nemndleder utformer et vedtak i tråd med det nemnda har kommet frem til. Unntaksvis utsettes rådslagningen eller votingen, eksempelvis fordi det viser seg å være behov for ytterligere utredninger.

Når det er tvil rundt spørsmål av betydning for utfallet av saken, såkalte vesentlige tvilsspørsmål, skal saken behandles av nemndmøte, jf. utlendingsloven § 78 tredje ledd. Utlendingsforskriften § 16-9 beskriver nærmere når en sak skal anses å by på vesentlige tvilsspørsmål. Dette gjelder ved:

- tvil om klagerens troverdighet når det gjelder anførsler om faktiske forhold som kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken,
- tvil om vurderingen av retursituasjonen og dette kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken,
- tvil om rettslige tolkningsspørsmål og dette kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken,
- tvil om hvordan et skjønn skal utøves og dette kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken.

Også andre momenter kan være relevante. Utlendingsnemnda har utarbeidet ytterligere retningslinjer for valg av avgjørelsesform (IR-02), hvor det blant annet heter at det skal legges vekt på om UNE har en avklart praksis for den aktuelle saken, om det er usikkert om vilkårene for anerkjennelse som flyktning er oppfylt, eller om det er tvil om saken byr på vesentlige tvilsspørsmål.

UNEs praksis med hensyn til valg av avgjørelsesform ble evaluert av advokat Henning Harborg i en rapport fra 2008.¹³ Rapporten inneholder flere anbefalinger, blant annet at det burde klargjøres hva som ligger i lovens kriterium «vesentlige tvils-

spørsmål». På den bakgrunnen ble utlendingsforskriften endret, jf. beskrivelsen av dagens innhold ovenfor. Det ble også anbefalt tiltak for å konsentrere nemndmøtene. Etter dette fikk nemndleder gjennom forskrift adgang til å begrense temaene for nemndmøte til de spørsmålene som reiser tvil, jf. utlendingsforskriften § 16-11. Rapporten anbefalte også at det ble åpnet for å ha møter utenom nemndmøtene, for eksempel slik at nemndleder kan ha egne møter med klageren som en del av saksforberedelsen. Foreløpig er ikke denne siste anbefalingen fulgt opp gjennom forskriftsendring.

27.3.3.4 Nærmere om nemndmøteordningen

Da Utlendingsnemnda ble opprettet, ble det ansett viktig å ha en ordning med lekmannsrepresentasjon ved avgjørelsen av enkeltsaker. En ordning med en egen liste med nemndmedlemmer ble foretrukket, fremfor å hente nemndmedlemmene fra utvalgene av meddommere og lagrette-medlemmer. Bakgrunnen var at en slik løsning «sikrar ... både at nemnda får særleg kompetanse og at ein ivaretek kravet til at nemnda får ei fri stil-ling».¹⁴

UNE har en liste med 300 nemndmedlemmer som deltar i nemndmøter og avgjørelsen av saken. Nemndmedlemmene oppnevnes for en periode på fire år, med mulighet for én gjenoppnevning, jf. utlendingsloven § 77 fjerde ledd. Oppnevningen skjer etter forslag fra Justis- og beredskapsdepartementet, Utenriksdepartementet, Norges Juristforbund og humanitære organisasjoner. Det er presisert i utlendingsforskriften § 16-3 første ledd siste punktum at nemndmedlemmene utelukkende representerer seg selv, og altså ikke den instans som har oppnevnt dem.

Nemndmedlemmer innkalles normalt til nemndsamlinger over tre dager, hvor den første dagen er satt av til gjennomlesning av saksdokumenter, og de to neste til behandling og avgjørelse av saker. Saksdokumenter må gjennomgås i UNEs lokaler, og blir ikke sendt ut til nemndmedlemmene på forhånd.¹⁵

Dersom det besluttes at en sak skal avgjøres i nemndmøte, må det også vurderes om vedkommende klager skal innkalles til personlig fremmøte. I utlendingsloven § 78 sjette ledd heter det at en utlending kan gis adgang til å møte personlig og avgi forklaring, og at dette skal være hovedregelen i beskyttelsessaker. Utlendingsforskriften

¹³ Rapport «Uavhengig gjennomgang av UNEs praksis i valg av avgjørelsesform i asylsaker» (Harborg 2008). Se kapittel 28.3.2.

¹⁴ Innst. O. nr. 24 (1996–97) side 6.

¹⁵ IR-04 Behandling og avgjørelse av saker i nemndmøte, punkt 3.

gir ikke nærmere kriterier for når utlendingen skal gis adgang til å møte personlig, utover å angi sakstyper der dette som hovedregel skal gjøres. I § 16-12 tredje ledd fremgår at personlig fremmøte kan nektes «når utlendingens fremstilling av faktum er lagt til grunn, når det ikke er tvil om faktum eller når nemndleder anser det åpenbart at personlig fremmøte ikke vil ha betydning for avgjørelsen av saken». I praksis er det av størst betydning for vurderingen hvorvidt personlig fremmøte vil kunne ha betydning for avgjørelsen av saken eller ikke.

I nemndmøte med personlig fremmøte møter klageren, eventuelt sammen med sin fullmektig, UNEs saksbehandler, en tolk og eventuelt en landrådgiver fra Landinfo. Nemndleder kan gi tilatelse til vitneførsel, jf. utlendingsforskriften § 16-13 andre ledd, men det er relativt sjelden at det føres vitner i nemndmøte. Det er få formelle regler for avvikling av et nemndmøte, og det er rom for noe ulik gjennomføring. Møtet starter vanligvis med en kort presentasjon av saken fra saksbehandler. Nemndleder administrerer møtet og står normalt for hoveddelen av utspørringen av klageren. Også nemndmedlemmene og klagerens fullmektig, og eventuelt saksbehandler, kan stille spørsmål. Dersom det er en landrådgiver til stede, blir denne utspurt etter klageren. Landrådgiver skal ikke være til stede i møtet etter at klageren har gått. Klagerens fullmektig har normalt en tilbaketrukket rolle i nemndmøtet. Etter at klageren har gitt sin forklaring og eventuelle vitner har blitt avhørt, gis klagerens fullmektig ordet for en kort avslutning før alle unntatt saksbehandler, nemndleder og nemndmedlemmer forlater rommet. Saksbehandler skal så gi en kort redegjørelse for eventuelle nye opplysninger som har kommet frem i nemndmøtet, og svare på spørsmål nemnda måtte ha. Saksbehandler skal forlate rommet før nemndas rådslagning begynner. Nemndas vedtak utformes av nemndleder på bakgrunn av rådslagningen. Nemndmedlemmer kan bes om å utforme eventuelle dissenser eller særmerknader, og nemndleder kan også kommunisere med nemndmedlemmene om utformingen av vedtaket i etterkant. Nemndmedlemmene skal imidlertid ikke få tilsendt vedtaket når det er ferdig.

I et nemndmøte uten personlig fremmøte, gir nemndleder, eller saksbehandler dersom denne er til stede, en kort presentasjon av saken og de problemstillinger og tvilsspørsmål den reiser. Saksbehandler svarer også på spørsmål om regelverk, praksis og landinformasjon, og forlater møtet når rådslagningen starter.

27.3.3.5 Nærmere om stornemndordningen

Ordningen med stornemnd ble innført i 2005, som et retts- og praksisavklarende virkemiddel. Det er regulert i utlendingsforskriften § 16-4 jf. utlendingsloven § 78 andre ledd når stornemnd kan være aktuelt:

«Saker av prinsipiell betydning, saker med store samfunnsmessige eller økonomiske konsekvenser og saker på områder der det er tendenser til ulik praksis, kan avgjøres i stornemnd. Også anmodning om omgjøring av Utlendingsnemndas vedtak i saker som nevnt i første punktum, kan avgjøres i stornemnd. Dersom praksis er i strid med formelle landspesifikke anbefalinger fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) om beskyttelse, eller det kan være aktuelt å etablere ny praksis i strid med slike anbefalinger, skal som hovedregel minst én representativ sak avgjøres i stornemnd, med mindre praksis er i samsvar med instruks fra departementet til Utlendingsdirektoratet.»

Også saker der departementet har besluttet at UNE skal overprøve et positivt vedtak fra UDI, skal avgjøres i stornemnd, jf. utlendingsforskriften § 16-4 første ledd. I tillegg kan en nemndleder kreve at en sak avgjøres i stornemnd dersom saken tidligere er avgjort til utlendingens ugunst i nemndmøte, og nemndlederen mener at vedtaket er lovstridig. Etter hva utvalget kjenner til, har dette skjedd to ganger.

Stornemnd kan besluttes av en nemndleder i de tilfeller der avgjørelsesformen ikke følger av loven, men da slik at direktøren skal kontrollere at vilkårene for avgjørelse i stornemnd foreligger. Departementet og UDI kan kreve at en sak som fyller vilkårene avgjøres i stornemnd. Departementet har krevd stornemndbehandling ved noen få anledninger. For øvrig er stornemnda benyttet etter beslutning av en nemndleder og med tilslutning fra direktøren. Stornemndas avgjørelser har presedensvirkning for de spørsmål som avgjøres, og skal følges også av UDI.

I stornemnda deltar tre nemndledere og fire nemndmedlemmer. Nemndmedlemmene hentes fra et eget utvalg. Avgjørelse treffes ved vanlig stemmeflertall.

Den første stornemnda ble avholdt i 2006, og per 2016 var det avholdt stornemnd til sammen 13 ganger. De sakene som er behandlet der, har blant annet omhandlet sikkerhetssituasjonen i Mogadishu og sør-Somalia, retur av asylsøkere til

Hellas i henhold til Dublin-regelverket, og spørsmål om utvisning etter EØS-regelverket.

27.3.3.6 Omgjøringsanmodninger

Utlendingsnemndas vedtak er endelige, i den forstand at det ikke er noen regulær ytterligere klageadgang. Alternativene for en utlending som er uenig i UNEs vedtak, og som ønsker å få det endret, er enten å ta ut søksmål for å få vedtaket kjent ugyldig i domstolene, eller å be om at UNE vurderer saken på nytt. Slike omgjøringsanmodninger utgjør en stor andel av de sakene som kommer inn til UNE, jf. kapittel 27.3.

Som beskrevet i kapittel 30, følger det av internasjonale forpliktelser at norske myndigheter må ha en ordening for å vurdere om utlendinger er vernet mot retur også etter at endelig vedtak er fattet. I dagens ordening med UNE som klageinstans, er det UNE som har oppgaven med å vurdere om det har skjedd endringer i etterkant av vedtaket som tilsier at det bør endres.

Adgangen til å begjære omgjøring er i utgangspunktet ment som en sikkerhetsventil, «et ekstraordinært middel til bruk i unntakstilfeller». ¹⁶ I realiteten kommer det likevel så mange slike anmodninger at de utgjør nesten en halvpart av alle de sakene UNE får til behandling årlig. Det har vært flere forsøk på å begrense det store omfanget. I en periode på 2000-tallet hadde utlendingsloven (av 1988) en bestemmelse som anga en særlig høy terskel for omgjøring av negative vedtak om opphold på humanitært grunnlag. Etter § 38 c krevdes det «særlig sterke menneskelige hensyn», i motsetning til «sterke menneskelige hensyn», som ellers var vurderingstemaet. Bestemmelsen ble opphevet i juni 2007, under henvisning til at den ikke hadde begrenset antallet omgjøringsanmodninger. Den hadde da vært i kraft i to år.

Mæland-utvalget foreslo flere endringer i reglene om behandling av omgjøringsanmodninger. For det første ble det foreslått at det skal gjøres en egen vurdering av om saken skal gjenopp-tatt eller ikke. Kun saker som besluttes gjenopp-tatt, skal etter forslaget undergis realitetsbehandling. Gjenopptakelse skal være betinget av at det foreligger nye opplysninger eller bevis som kan føre til at vedtaket endres. For det andre ble det foreslått at anmodninger om omgjøring av klageinstansens vedtak skal behandles av UDI (altså ikke av klageinstansen selv). Det ble reist flere innvendinger mot disse forslagene under hørin-gen, og departementet besluttet ikke å følge dem

opp i den videre behandlingen. Departementet uttalte i den forbindelse: ¹⁷

«Departementet er etter dette enig med UNE og UDI i at utvalgets forslag mest sannsynlig vil medføre større ressursbruk enn i dag. Departementet er også enig med UDI og UNE i at det åpenbart kan svekke tilliten til UNE som uavhengig klageorgan dersom UDI skulle omgjøre vedtak. Dette ville være særlig problematisk ettersom UNE etter utvalgets forslag ikke skal ha adgang til å omgjøre et vedtak selv om det viser seg at vedtaket er ugyldig, eller det fremkommer nye opplysninger som gjør at vedtaket etter UNEs vurdering bør omgjøres.»

I samme proposisjon ble det foreslått også enkelte andre tiltak for å oppnå en enklere behandling av anmodninger om omgjøring. Det ble foreslått at UNE skal kunne avvise omgjøringsanmodninger uten en individualisert begrunnelse i tilfeller der det er klart at anmodningen ikke vil føre frem. Videre ble det foreslått gitt en hjemmel for departementet til å gi forskrifter om formkrav til anmodningene, og om avvising av omgjøringsanmodninger fra utlendinger uten kjent oppholdssted. Forslagene ble vedtatt, og fremgår nå av utlendingsloven § 78 fjerde og åttende ledd.

Mange omgjøringsanmodninger inneholder ikke nye opplysninger av betydning for utfallet av saken, og gis en summarisk behandling i UNE. Valg av avgjørelsesform skjer etter de samme regler som for klagesaker. Selv om klagesaken ble avgjort i nemndmøte, kan en omgjøringsanmodning avgjøres av nemndleder eller av sekretariatet, med mindre det foreligger vesentlige tvilsspørsmål. Sekretariatet har i større grad fått delegert myndighet til å avgjøre omgjøringsanmodninger, og saksbehandlingen er derfor ofte rask og enkel. Sekretariatet kan avgjøre en omgjøringsanmodning blant annet i tilfeller der det ikke foreligger nye opplysninger som kan tilsi et annet resultat.

UNE har plikt til å besvare, men ikke til å realitetsbehandle, en omgjøringsanmodning. I tillegg til adgang til å avvise omgjøringsanmodninger fra personer som ikke har et kjent oppholdssted, har UNE i interne retningslinjer gitt rutiner for avvising blant annet dersom det ikke foreligger fullmakt fra utlendingen til den som opptrer som fullmektig, eller dersom anmodningen er skrevet på et annet språk enn norsk eller engelsk. ¹⁸

¹⁶ Ot.prp. nr. 40 (2006–2007) kapittel 6.

¹⁷ Prop. 180 L (2012–2013) kapittel 7.1.

¹⁸ UNEs rutine RB–21 punkt 1.4.1.

En omgjøringsanmodning innebærer i utgangspunktet ingen utsettelse av iverksettelsen av et vedtak. Myndigheten til å beslutte utsatt iverksetting ligger til samme nivå i UNE som kan avgjøre omgjøringsanmodningen. Utsatt iverksetting kan blant annet gis dersom det har kommet inn nye opplysninger i saken, eller det er behov for ytterligere utredning for å kunne ta stilling til anmodningen.

27.3.3.7 Fagkyndighet og landkunnskap

Utlendingsnemnda har plikt til å sørge for at en sak er så godt opplyst som mulig før avgjørelse treffes, jf. forvaltningsloven § 17. I mange utlendingssaker, og særlig beskyttelsessaker, er kunnskap om forhold i det landet utlendingen kommer fra, sentralt. Før en sak avgjøres, kan det derfor være nødvendig for UNE å fremskaffe informasjon om slike forhold. Dette besørges dels av sekretariatet, som for beskyttelsessakenes del er spesialisert på landområder, og dels ved bruk av Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo). Landinfo er administrativt underlagt UDI, men er faglig uavhengig, og kan ikke instrueres i faglige spørsmål. Forut for opprettelsen av Landinfo i 2005 hadde både UDI og UNE egne landrådgivere, hvis oppgave var å fremskaffe og formidle informasjon om ulike land, og veilede saksbehandlere og beslutningstakere.

Landinfo innhenter og vurderer informasjon, og formidler denne til utlendingsforvaltningen gjennom skriftlige produkter, opplæringsvirksomhet og bistand i enkeltsaker. Landrådgiverne opptrer også som vitner i nemndmøter og rettssaker. Landinfo deltar derimot ikke i beslutningen av enkeltsaker, og uttaler seg ikke konkret om enkeltpersoners beskyttelsesbehov eller lignende. UNE benytter seg i en del tilfeller også av utenriksstasjoner til å fremskaffe informasjon om ulike forhold, samt til å verifisere ulike dokumenter som utlendingen legger frem i saken sin, eksempelvis rettsdokumenter fra hjemlandet.

UNE bruker normalt ikke andre fagkyndige enn landrådgivere fra Landinfo i saksbehandlingen. Dersom UNE trenger opplysninger om for eksempel utlendingens helse, vil den be utlendingen om å fremlegge dokumentasjon fra helsepersonell. Dersom det er tvil om meningsinnholdet i dokumentasjon fra helsepersonell, og tvilen består etter at UNE har søkt å avklare denne med utlendingen eller utstedende helsepersonell, kan UNE unntaksvis forelegge dokumentasjonen for en rådgivende helsepersonell. UNE har etablert

en ordning med en rådgivende psykiater for dette formålet.¹⁹

27.3.4 Offentlighet og innsyn for allmennheten

Utlendingsnemndas ansatte er bundet av forvaltningslovens regler om taushetsplikt, og avgjørelser er ikke offentlige. Nemndmøter er heller ikke offentlige.²⁰ UNE har en praksisbase, som har en ekstern og en intern versjon, hvor det legges ut aidentifiserte sammendrag av utvalgte avgjørelser. Basen er tilgjengelig via UNEs nettsider. I UNEs interne retningslinjer om praksisbasen heter det at alle (stor)nemndavgjørelser skal legges inn i basen.²¹ Også et utvalg avgjørelser truffet av nemndleder skal legges inn. Det er tydeliggjort i retningslinjene at innholdet i praksisbasen ikke kan forstås som uttrykk for en bestemt praksis for de spørsmål sammendragene omtaler, heller ikke er basen utformet til bruk for statistiske formål. UNEs avgjørelser publiseres ikke på Lovdata. UNE utformer videre ulike praksisnotater og andre fremstillinger, som legges ut på UNEs nettsider, som beskriver UNEs praksis på utvalgte områder.

Forskrift til offentleglova § 9 gir adgang til å unnta fra innsyn dokumenter i enkeltsaker etter utlendingsloven og statsborgerloven.

27.3.5 Etterfølgende kontroll og prøving av vedtak fra UNE

Alle utlendingssaker kan kreves behandlet i to instanser. Den utlending som er misfornøyd med UNEs vedtak, har ingen ytterligere ordinær klagemulighet. Som nevnt kan imidlertid vedkommende be UNE om å omgjøre vedtaket. Videre kan han eller hun bringe saken inn for et kontrollorgan, så som Sivilombudsmannen (SOM) eller Likestillings- og diskrimineringsombudet. Disse kan ikke omgjøre vedtaket, men de kan be UNE om å vurdere saken på nytt. Årlig mottar SOM mellom 50 og 100 henvendelser om Utlendingsnemnda, normalt knyttet til enkeltsaker. I 2015 ble det avgitt 37 uttalelser, hvorav to inneholdt kritikk av UNE.²²

En tredje mulighet er som nevnt å ta ut søksmål for domstolene med påstand om at vedtaket

¹⁹ UNEs veileder FV-04 punkt 4.3. Se også <http://www.une.no/no/Aktuelt/Redegjorelser/Medisinsk-radgiver-i-UNE/>.

²⁰ Utlendingsloven § 77 femte ledd.

²¹ RB-22 UNEs praksisbase, innlegging av avgjørelser i basen punkt 3.

Tabell 27.10 Antall søksmål/anker

	2012	2013	2014	2015	2016
Tingretten/byfogden	135	168	203	156	146
Lagmannsretten	69	52	86	90	55
Høyesterett ¹	18	18	20	27	15
Totalt	222	238	336	273	216

¹ Antall anker, uavhengig av utfall.

må kjennes ugyldig. Det kan også tas ut søksmål med påstand om dom for at vedtaket utgjør en krenkelse av partens rettigheter etter blant annet EMK, enten alene eller i kombinasjon med et ugyldighetssøksmål. Parten kan også klage til et internasjonalt overvåkingsorgan, eksempelvis Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) eller en FN-komite som Menneskerettighetskomiteen eller Torturkomiteen, men som utgangspunkt krever disse organene at man har uttømt nasjonale rettsmidler først. Departementet har for sin del en adgang til å gå til søksmål for å få prøvd gyldigheten av et positivt vedtak i UNE, se kapittel 27.2.5.

Når UNEs vedtak bringes inn for domstolene, er det UNE som opptrer på vegne av staten.²³ Oslo tingrett er tvungent verneting i alle slike

²² I begge sakene anbefalte ombudsmannen at parten tok ut søksmål mot UNE om vedtakenes gyldighet. Sak 2013/1635 gjaldt tolkning av utlendingsforskriftens § 10–8 og spørsmål om når en søknad skal anses fremmet når den har blitt sendt inn i en elektronisk søknadsportal. Parten tok ut søksmål mot UNE, og i sitt tilsvaer sa UNE seg enig i at vedtaket måtte kjennes ugyldig. Oslo tingrett avsa dom i saken 16. mars 2016, hvor UNEs vedtak ble kjent ugyldig etter at begge parter hadde lagt ned likelydende påstand om dette. Sak 2014/2319 gjaldt vurderingen av foreldreansvar i en sak om familieinnvandring. Oslo tingrett fant UNEs vedtak ugyldig ved dom av 12. februar 2016 (TOSLO–2015–155331). Dommen er rettskraftig.

²³ Jf. utlendingsloven § 79 første ledd.

søksmål.²⁴ I utgangspunktet opptrer regjeringsadvokaten som statens fullmektig i utlendingssaker, men på grunn av stort antall saker benyttes det også private advokatfirmaer til denne oppgaven.

Som det fremgår av tabell 27.10 ovenfor, er antallet søksmål lite sammenlignet med antall vedtak i klagesaker hvert år (ca. 10 000). Antallet søksmål er noe høyere i beskyttelsessaker enn i oppholdssaker. I tillegg til søksmålene, innkommer det også noen begjæringer om midlertidig forføyning til Oslo byfogdembete (i saker der det ikke samtidig inngis stevning i hovedsaken).

Flere utlendingssaker er behandlet av internasjonale overvåkingsorganer de senere årene, særlig av EMD. Disse sakene har gjerne vært gjenstand for domstolsbehandling i Norge, ofte også i Høyesterett. Et gjentakende tema har vært utvisning av personer som har barn med opphold i Norge, og forholdet til EMK artikkel 8 om retten til privat- og familielev. UNE er ikke part i slike saker, men bistår regjeringsadvokaten og departementet. Noen få saker har også blitt bragt inn for FN-organer som Menneskerettighetskomiteen og Torturkomiteen.

Andelen saker hvor UNE får medhold og vedtaket kjennes gyldig, har variert noe, men ligger i gjennomsnitt på noe over 70 %. Tallet må ses i sammenheng med at prosessvarsel og stevning normalt fører til en ny vurdering av saken i UNE,

²⁴ Jf. utlendingsloven § 79 tredje ledd.

Tabell 27.11 Antall rettsavgjørelser i UNEs saker

	2012		2013		2014		2015		Alle sakstyper
	Asyl	Opphold	Asyl	Opphold	Asyl	Opphold	Asyl	Opphold	
Tingrett	85	64	73	52	120	69	116	64	145
Lagm.rett	29	25	36	36	34	25	66	32	63
Høyesterett	13	4	11	9	8	12	9	10	20
Totalt	127	93	120	97	162	106	191	106	228

og at en del vedtak endres i den forbindelse, før det kommer til hovedforhandling og dom. Andelen stevninger som fører til et endret utfall for parten, er dermed noe høyere enn om man bare ser på utfallet av rettssakene.

Når stevninger mottas av UNE, fordeles disse til den seksjonen i sekretariatet som hadde klagesaken. Det er sekretariatet som har saksansvar for rettssakene i UNE, og normalt vil en stevning håndteres av den saksbehandleren som håndterte forvaltningssaken sist. Grunnet et stort antall stevninger, har noen seksjoner egne saksbehandlere som håndterer alle stevninger.²⁵

Nemndlederne involveres i rettssaker dersom det er behov for å foreta en ny vurdering av saken, eller det bør vurderes å utsette iverksettingen av vedtaket. Dersom det sendes inn varsel om søksmål etter tvisteloven, sier UNEs interne regelverk at disse skal anses som omgjøringsanmodninger.²⁶ Stevninger skal også anses som omgjøringsanmodninger dersom det fremkommer opplysninger som kan tilsi at vedtaket bør vurderes på nytt.

Saksbehandler tar kontakt med regjeringsadvokaten, som tildeler en prosessfullmektig. Utkast til tilsvarende utformes av UNE, og saksbehandler møter i retten som partsvitne. UNE fører normalt ingen vitner utover en landrådgiver fra Landinfo i saker der det er et tema. I noen saker har imidlertid representanter fra Politiets utlendingsenhet, Nasjonalt ID-senter eller lokalt politidistrikt blitt ført som vitner om forhold knyttet til identitetsavklaring og returmuligheter.

Domstolsbehandlingen av UNEs vedtak er en gyldighetsprøving, og begrenses av de alminnelige rammene for slik prøving. Domstolene kan prøve faktum, lovtolkning og rettsanvendelse, men ikke det som er omfattet av forvaltningens frie skjønn. Prøvingen av faktum er begrenset til det faktum som forelå på vedtakstidspunktet. Hva som nærmere ligger i dette, var tema for plenums sakene i Høyesterett i desember 2012, særlig grensen mellom hva som kan anses som faktum og hva som kan anses som bevis. Det ble der avklart at gyldighetsprøvingen skal ta utgangspunkt i den faktiske situasjonen slik den fremsto på tidspunktet for UNEs vedtak eller siste beslutning. Nye faktiske opplysninger må først legges frem for UNE gjennom en omgjøringsanmodning, og først dersom vedtaket opprettholdes, kan disse bringes inn for prøving ved domstolene gjennom

²⁵ I 2016 igangsatte UNE en forsøksordning med egenprosedyre i rettssaker. Forsøket innebærer at ansatte i UNE opptrer som prosessfullmektig.

²⁶ UNEs IR-11 punkt 2.1.

gyldighetssøksmål. Nye bevis som kaster lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet, kan derimot prøves av retten. Dette standpunktet ble bekreftet i plenumsdommen i Rt. 2015 side 1388.

I avgjørelsen i Rt. 2015 side 93 la Høyesterett til grunn at det kan avsies fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd i en sak, selv om det materielle forholdet i saken blir prøvd prejudisielt i et parallelt søksmål om gyldigheten av et vedtak.

27.3.6 Dekning av sakskostnader og rettshjelp i utlendingsaker

27.3.6.1 Fri rettshjelp i utlendingsaker

Utlendingsloven § 92 regulerer hvem som har rett til fritt rettsråd i utlendingsaker. Dersom en sak ikke er omfattet av utlendingsloven § 92, kan man søke fritt rettsråd etter bestemmelsene om behovsprøving i rettshjelploven.

I saker om bortvisning og tilbakekall av oppholdstillatelse har utlendingen krav på fritt rettsråd uten behovsprøving allerede fra UDIs saksbehandling. Det samme gjelder utvisningssaker, men det skilles mellom utvisning på grunn av straffbare forhold og på grunn av brudd på utlendingsloven. Kun i det sistnevnte tilfellet har utlendingen krav på fritt rettsråd uten behovsprøving. Bakgrunnen for denne distinksjonen er at utlendingen har hatt oppnevnt advokat i forbindelse med straffesaken i de tilfeller utvisningen skyldes straffbare forhold. Utvisningen er en ren konsekvens av at vedkommende er dømt for straffbare handlinger, og det ble ikke ansett rimelig å gi disse tilfellene en høyere prioritet enn andre saker etter rettshjelploven og som behovsprøves.²⁷

For beskyttelsessaker var ordningen frem til 2005 også at man hadde rett til fritt rettsråd uten behovsprøving allerede i UDI. I 2005 ble dette endret, og i henhold til utlendingsloven § 92 andre ledd har en asylsøker kun rett til fritt rettsråd uten behovsprøving når det foreligger et negativt vedtak i UDI. Dette gjelder imidlertid ikke enslige mindreårige asylsøkere, som har rett til fritt rettsråd uten behovsprøving «i rimelig tid før Utlendingsdirektoratet fatter vedtak i saken», jf. utlendingsforskriften § 17-18 første ledd. Det samme gjelder asylsøkere som i utgangspunktet har et beskyttelsesbehov, men hvor det kan være aktuelt å utelukke fra flyktningstatus i medhold av utlendingsloven § 31.

²⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kapittel 17.6.6.

I saker der utlendingen har krav på fri rettshjelp uten behovsprøving, kan dette innvilges av en advokat, jf. rettshjelploven § 13 andre ledd jf. rettshjelpforskriften § 3-2. UDI administrerer en advokatorrdning for asylsaker, jf. nedenfor, hvor asylsøkere som får avslag på sin søknad av UDI, automatisk tildeles en advokat. Fri rettshjelp uten behovsprøving i utlendingssaker gis i form av stykkpris, jf. stykkprisforskriften § 5. Fylkesmannen behandler søknader om utvidet støtte og om fri rettshjelp i saker med behovsprøving.

27.3.6.2 Advokatorrdningen i saker om beskyttelse

UDI administrerer en advokatorrdning for beskyttelsessaker, og asylsøkere tildeles en advokat automatisk når en søknad avslås av UDI. Vedtaket sendes denne advokaten, sammen med informasjon om klageadgang, klagefrist mv. Dersom en asylsøker allerede har en advokat, kan det bes om at denne tildeles ved et avslag. Men når det allerede er tildelt en advokat, kan denne som utgangspunkt ikke byttes ut, med mindre det er særlige grunner som tilsier det, og saken ikke vil forsinkes, jf. utlendingsforskriften § 17-20.

Advokatorrdningen ble evaluert i 2012. Anbefalingene i evalueringsrapporten er blant annet at kompetansekravene til de deltakende advokatene bør styrkes.²⁸ Det bør etableres et system for etterutdanning, og tildeling av plass i ordningen bør skje på åremål. Man fant videre at stykkprisordningen ikke fungerer etter hensikten. Salær-satsene, særlig i Dublin-saker og saker som avgjøres med personlig fremmøte i UNE, er for lave. Advokatene opplever også at ordningen med å søke om utvidet støtte i særlig krevende saker, er tidkrevende og strengt praktisert. I rapporten rei-

²⁸ FoU-rapport, Evaluering av advokatorrdningen for asylsøkere, Oxford Research, 2012.

ses det spørsmål om advokatorrdningen gir tilstrekkelig gode rammebetingelser for nødvendig advokatbistand. Rapporten nevner også at det i liten grad gjøres en reell kvalitetskontroll, og at innmeldte brudd på kvalitetskriterier i liten grad følges opp.

27.3.6.3 Dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36

En person som får et vedtak endret til gunst for seg, har etter forvaltningsloven § 36 rett til dekning av vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Nødvendighetskriteriet er subjektivt, det skal vurderes ut fra hva parten mente var nødvendig. Som oftest vil dette dreie seg om advokatsalærer.

UNE behandler årlig et stort antall krav om dekning av sakskostnader etter denne bestemmelsen, se tabell 27.12 nedenfor. Ettersom dette ikke er saker etter utlendingsloven, ligger beslutningsmyndigheten hos direktøren, som kan gi instruksjoner om alle sider ved saksbehandlingen, herunder om utfallet i enkeltsaker.

27.3.6.4 Erstatning for ugyldige forvaltningsvedtak fra UNE

Justisdepartementet har gitt UNE fullmakt til å behandle og avgjøre krav om erstatning etter skadeserstatningsloven § 2-1 for tap påført som følge av ugyldige forvaltningsvedtak. Fullmakten omfatter både det å erkjenne erstatningsansvar og å inngå forlik uten å erkjenne ansvar, men er begrenset til krav der utmålt erstatning ikke overstiger 500 000 kroner. UNE mottar årlig et fåtall slike erstatningskrav. Så vidt utvalget kjenner til, har UNE til nå ikke erkjent erstatningsansvar eller inngått forlik i noen saker.

Tabell 27.12 Antall krav og total utbetaling etter forvaltningsloven § 36

	2013	2014	2015
Antall krav	313	228	271
Antall dekkede krav	186	167	157
Total utbetaling	2 769 950	2 648 056	2 227 460

Kapittel 28

Tidligere vurderinger av klageordninger på utlendingsfeltet

28.1 Innledning

Utgangspunktet for reguleringen av utlendingsfeltet har vært et prinsipp om fri adgang, og at utlendinger kunne ta opphold når som helst og hvor som helst i Norge. Særlig første verdenskrig bragte med seg innskrenkninger i dette prinsippet, ved at det ble innført begrensninger på utlendingers adgang til å oppholde seg i visse kommuner, og pass- og visumtvang. Pass- og visumtvangen ble opprettholdt i mellomkrigstiden, med dens store strømmer av flyktninger rundt i Europa. Centralpasskontoret, som ble opprettet i 1917 som en sentral myndighet for å overvåke pass- og visumtvangen, hadde ikke myndighet til å kontrollere utlendingers opphold og arbeid i Norge.

For å sikre en effektiv utlendingskontroll, fikk Norge en fremmedlov i 1927. Dette var den første samlede lovreguleringen av utlendingers adgang til, eller opphold i, landet.

Etter annen verdenskrig ble det behov for å se på lovgivningen på nytt. Prosessen endte med fremmedloven av 1956 (lov av 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket).

Utlendingsforvaltningen var etter fremmedloven av 1956 organisert slik at politiet traff vedtak om avvisning, bortvisning og utvisning, og om oppholdstillatelse. Politiets vedtak kunne påklages til Statens utlendingskontor, som var en sentral myndighet underlagt Justis- og politidepartementet. Utlendingskontoret avgjorde klager over politiets vedtak, og forberedte saker om asyl for avgjørelse i departementet. Kongen i statsråd var klageinstans over departementets vedtak i første instans, og kunne også omgjøre av eget tiltak.

I 1975 ble det innført en midlertidig innvandringsstopp til Norge, primært for å dempe opp for det økende antallet søknader om arbeidstillatelser som kom utover på 1970-tallet, og som i hovedsak ble innvilget. Den midlertidige stopp i adgangen til å gi nye arbeidstillatelser ble etter hvert en permanent ordning. De dispensasjonsmuligheter og vilkår som ble oppstilt i forbindelse med innvand-

ringsstoppen, danner grunnlaget for det regelverk som gjelder for arbeidstillatelser i dag.

I 1977 ble det oppnevnt et fremmedlovutvalg, med professor Torkel Opsahl som leder. Utvalget fikk i oppgave å revidere fremmedloven og legge frem forslag til ny lovgivning som kunne «danne det best mulige instrument til gjennomføring av den utlendingskontroll og den innvandringspolitikk som myndighetene til enhver tid finner det hensiktsmessig å føre».¹

28.2 Utredninger forut for opprettelsen av UNE

28.2.1 Forarbeider til utlendingsloven 1988

28.2.1.1 Fremmedlovutvalget NOU 1983: 47

Fremmedlovutvalget la frem sin utredning i NOU 1983: 47 *Ny fremmedlov*. Med hensyn til organiseringen av utlendingsmyndighetene, uttalte utvalget at det «ikke [er] aktuelt å foreslå noen endring i ... hovedstrukturen», som innebar at regjeringen gjennom aktuelle fagdepartement utøver myndighet, mens Statens utlendingskontor håndterte flere av de mest sentrale sakstypene, enten som førsteinstans eller etter klage på vedtak fra politiet.²

Fremmedlovutvalget foreslo likevel flere endringer av stor betydning. Statens utlendingskontor ble foreslått vesentlig utbygget og omgjort til et utlendingsdirektorat, og tillagt langt flere oppgaver, som særlig skulle overtas fra politiet. Et flertall på tre av fem utvalgsmedlemmer foreslo også at flere av Utlendingsdirektoratets vedtak skulle underlegges judisiell prøving ved en utvidet domstolsbehandling. Andre vedtak skulle være gjenstand for ordinær administrativ klage, med Justisdepartementet som klageinstans. Asylsaker ble skilt ut for særskilt håndtering. Flertallet i utvalget foreslo at asylsaker skulle behandles i før-

¹ NOU 1983: 47 side 30.

² NOU 1983: 47 side 174.

steinstans av en nyopprettet flyktningnemnd, som skulle ha Utlendingsdirektoratet som sekretariat. Nemndas vedtak skulle kunne klages inn for Justisdepartementet.

I fordelingen av sakene mellom de ulike behandlingssporene, så fremmedlovutvalget særlig hen til vedtakenes virkning og utlendingens status forut for vedtaket, og om det gjorde seg gjeldende behov for særlige rettssikkerhetsgarantier. I den systematikken ble vedtak som innebar et inngrep i en etablert rettstilstand, så som utvisning og tilbakekall av tillatelse, ansett som saker som krevde en mest mulig rettssikker behandling. Disse skulle derfor undergis domstolsbehandling. Andre vedtak, som rene avslag på søknader om oppholdstillatelse, forutsatte etter flertallets oppfatning ikke samme grad av prosessuelt vern, og skulle derfor gis en ordinær administrativ klagebehandling.

Om sine generelle vurderinger rundt fordeling av sakene, uttalte utvalget følgende:³

«Utvalgets prinsipielle utgangspunkt for sine drøftelser er at utlendingene naturlig bør ha minst like omfattende adgang til overprøving som i dag, enten på administrativ eller på juridisk vei. Dette er en viktig side av rettssikkerheten i fremmedsaker.»

Flertallets ordning med utvidet domstolsprøving av vedtak, gikk ut på at det skulle tas ut stevning innen tre uker etter underretning om vedtaket. Retten skulle pålegges å gjennomføre en rask prosess, med full hovedforhandling. Domstolene ville ha full prøvingsrett, både for faktum og skjønn, etter modell av tvistemålsloven kapittel 33. I utgangspunktet skulle søksmål kunne reises for by- eller herredsretten i det vernet utlendingen var bosatt, men saken skulle også kunne bringes inn for Oslo byrett.

En slik ordning ville etter flertallets syn forene flere av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende:⁴

«Hensynet til rettssikkerhet varetas ved at de endelige avgjørelser om utvisning med innreiseforbud legges til domstolene. De nyter stor tillit og anses i særlig grad skikket til bevisbedømmelse, rettsanvendelse og til å anvende jus på fakta (subsumsjon). Domstolene avgjør spørsmål av stor betydning for den enkeltes rettsstilling, f eks straffesaker, og på bakgrunn

av den inngripende betydning et utvisningsvedtak kan ha for utlendingen, tilsier rettssikkerhetshensyn at domstolene også gis kompetanse til å treffe avgjørelser om utvisning. Saksbehandlingen bygger på kontradiksjonsprinsippet, slik at begge parter synspunkter blir utførlig belyst, og dette skjer ved muntlig saksbehandling i betryggende former.

Forslaget innebærer at domstolene også vil måtte avgjøre skjønsspørsmål (jf nedenfor) som ellers har ligget til forvaltningen. Disse spørsmål angår ikke bare om en utvisning *kan* skje ved at vilkårene foreligger, men også om den i det foreliggende tilfelle *bør* skje. Utvalgets flertall mener at domstolene kan og bør ha denne oppgaven. Prinsipielt er den ikke helt ulik andre domstolsoppgaver der det må tas standpunkt til hvilke følger et bestemt saksforhold bør ha, f eks ved varetektsfengsling og utmåling av erstatning og straff, eller når det gjelder om en dom skal være betinget eller ubetinget.»

Utvalgets mindretall på to medlemmer foreslo ingen fordeling av ulike vedtak på ulike overprøvingsordninger, men mente at alle vedtak i Utlendingsdirektoratet skulle kunne påklages administrativt. Når det kom til hvem som skulle være klageinstans, var mindretallet noe delt i sitt syn. Det ene medlemmet gikk inn for en ordning der Justisdepartementet var klageinstans, men slik at man kunne forsøke en ordning med nemnd for et utvalg sakstyper, og etter hvert utvide denne om det viste seg å fungere godt. Alternativt kunne nemndordningen nedlegges. Det andre medlemmet gikk inn for en nemndordning som skulle innføres gradvis.

Mindretallets innvendinger mot flertallets forslag om utvidet domstolsprøving i visse sakstyper, gjaldt i hovedsak at det mente en domstolsprøving ville bli mer kostbar og tidkrevende. Det ville også innebære en desentralisering av avgjørelsesmyndigheten, siden flertallet ikke hadde gått inn for et tvungent vernet i slike saker. Det vil igjen innebære svekkede muligheter for den enkelte domstol til å opparbeide tilstrekkelig kompetanse og kunnskap om de forhold som er av betydning. Rettssikkerhetshensynene gjorde seg etter mindretallets oppfatning ikke gjeldende i en slik grad at det tilsa noe annet enn en administrativ klageordning.

Utvalget foreslo enstemmig at det skulle opprettes en egen nemnd til å behandle asylsaker i første instans, flyktningnemnden. Dens avgjørelser skulle kunne klages inn for departementet,

³ NOU 1983: 47 side 227.

⁴ NOU 1983: 47 side 229.

men departementet skulle ikke kunne omgjøre på eget tiltak etter forvaltningsloven § 35. Departementet skulle heller ikke kunne instruere nemnden i sine vurderinger. Nemnden skulle bestå av tre medlemmer, ett med juridisk bakgrunn, ett med utenrikspolitisk bakgrunn og ett med sosialpolitisk bakgrunn, med vekt på flyktning- eller innvandringspolitikk. Et mindretall gikk inn for en større nemnd med fem medlemmer.

Utlendingsdirektoratet skulle være sekretariat for nemnden, og stå for opplysning av saken og saksbehandling i tråd med forvaltningslovens regler og eventuelle særregler gitt i forskrift.

Utvalget foreslo også å bringe inn domstolene i utlendingssaker på en annen måte. Det ble foreslått å gi hjemmel for rettslig avhør i visse saker. En utlending skulle kunne kreve dette for opplysninger som er nødvendig for saken, og utlendingsmyndighetene skulle kunne begjære det hvis ønskelig. Både utlendingen selv og eventuelle vitner skulle kunne avhøres. Formålet var å kunne innhente faktiske opplysninger av betydning for vurderingen av saken.

28.2.1.2 Departementets forslag til ny utlendingslov

Fremmedlovutvalgets forslag til utvidet domstolsprøving av flere sakstyper møtte motbør blant flere sentrale høringsinstanser, ikke minst fra domstolene. Det var særlig den belastning det økte antallet saker ville innebære for domstolene, som ble ansett som problematisk.

Justisdepartementet kom til at forslaget ikke ville gi en god løsning. Departementet la særlig vekt på den merbelastning utlendingssakene ville medføre for domstolene, og det betenkelige i å gi disse sakstypene særskilt prioritet. Domstolene har flere andre prioriterte saker, og «det bør utvises tilbakeholdenhet med å kreve at ytterligere sakstyper skal prioriteres».⁵

Videre mente departementet at flertallets forslag innebar en uheldig sammenblanding av forvaltningen og domstolenes arbeidsområder. At domstolene skal vurdere en rekke skjønnsmessige spørsmål, «hvor det ofte vil være både nødvendig og riktig å ta hensyn til skiftende politiske signaler», ville etter departementets syn gjøre dem lite egnet til å løse konflikter på dette feltet. Det ble også uttrykt bekymring for at domstolsbehandling av slike saker på litt sikt vil innebære en reell fare for at domstolenes anseelse vil komme i fare.

Departementet vurderte også om det burde opprettes en egen forvaltningsdomstol eller en annen særdomstol som klageorgan i utlendingsaker. Om dette heter det i lovproposisjonen:⁶

«Betegnelsen «forvaltningsdomstol» brukes i flere betydninger. Vanligvis menes at uavhengig domstolsliknende organ hvis avgjørelser verken kan etterprøves av forvaltningsmyndighetene eller ved de ordinære domstolene. Det er en fordel ved en forvaltningsdomstol at den vil få større fagkunnskap enn de ordinære domstolene, og en vil kunne oppnå en smidigere og raskere saksbehandling. I forhold til forvaltningsbehandling kan behandling ved en forvaltningsdomstol fremtre som grundigere og mer uhildet og dermed mer betryggende ut fra et rettssikkerhetssynspunkt. Av ulemper blir gjerne vist til at sammenheng og enhet i rettspleien tilsier at sakene hører under de ordinære domstolene. Ved å ha egne forvaltningsdomstoler på enkelte områder vil det også kunne oppstå særskilte kompetanse spørsmål i forholdet mellom forvaltningsdomstol og ordinær domstol, og slike domstoler bryter også med våre rettslige tradisjoner om at forvaltningsavgjørelser skal kunne overprøves ved de ordinære domstolene.

Et alternativ til forvaltningsdomstol vil være å opprette en særdomstol til overprøving av utlendingssaker, men slik at særdomstolens avgjørelser kan overprøves enten av lagmannsrett eller at sakene kan bringes direkte inn for Høyesterett.

Opprettelse både av forvaltningsdomstoler og særdomstoler har i stor utstrekning møtt motvilje i Norge, og departementet kan ikke se at de har mer for seg i utlendingssaker enn i mange andre typer saker. En ser derfor ikke slike domstoler som et aktuelt alternativ til departementet som klageinnsats. Det eneste reelle alternativet er etter departementets oppfatning å opprette et eget frittstående forvaltningsorgan utenom departementet til å ta seg av klagesakene, dvs. en klagenemnd.»

Etter å ha gjennomgått argumenter for og mot opprettelse av en klagenemnd, konkluderer departementet med at det ikke er ønskelig:⁷

«En er kommet til at *departementet* fortsatt bør være klageinstans i alle saker som er avgjort av

⁵ Ot.prp. nr. 46 (1986–87) side 150.

⁶ Ot.prp. nr. 46 (1986–87) side 151.

⁷ Ot.prp. nr. 46 (1986–87) side 152.

Utlendingsdirektoratet som første instans. Innenfor vårt politiske system gjør det seg gjeldende klare prinsipielle betenkeligheter ved å overføre myndighet til frittstående forvaltningsorganer som er unndratt styring gjennom regjering og departement. Dette vil gjelde i særlig grad på et område som er gjenstand for så sterk interesse som sakene etter utlendingsloven er. Dette sammen med de kostnader et slikt organ ville medføre og faren for at saksgangen ville bli sen, har gjort at en har funnet at en bør basere seg på vanlig forvaltningsmessig klagebehandling.»

Domstolenes involvering ble dermed begrenset til den ordinære etterfølgende judicielle kontroll med forvaltningsvedtaks gyldighet i saker som bringes inn for domstolene gjennom søksmål.

Departementet gikk også imot utvalgets forslag om å opprette en egen flyktningnemnd til å behandle asylsaker i første instans, og la oppgaven til Utlendingsdirektoratet. Forslaget om rett til å kreve rettslig avhør ble også avvist av departementet, hovedsakelig med den begrunnelse at det ville være en mulighet til å trenere saken. Det ble likevel foreslått en adgang til å kreve bevisopptak begrenset til tilfeller der det er helt nødvendig.

28.2.1.3 Forslag om å opprette en klagenemnd for utlendingssaker

I 1994 nedsatte regjeringen et interdepartementalt utvalg som skulle utrede opprettelsen av en klagenemnd for utlendingssaker. Utvalget vurderte både en nemnd for alle sakstyper som på det tidspunktet tillå departementet, en nemnd for asylsaker, og en utvidet asylnemnd. Konklusjonen var at dersom man ønsket å overføre ansvaret for klagesaksbehandling til et annet organ enn departementet, ville en klagenemnd for alle sakstyper være å foretrekke.

Rapporten fra utvalget ble sendt på høring, og et flertall av høringsinstansene stilte seg positive både til at det ble opprettet en uavhengig klagenemnd, og til forslaget om at den skulle behandle alle typer utlendingssaker.

Departementet la frem forslag i tråd med dette.⁸ Klagenemnda skulle hete Utlendingsnemnda, og behandle alle klager over vedtak fattet i UDI. Den skulle ikke være underlagt instruksjonsmyndighet, og avgjørelsene skulle treffes av nemndledere som skulle beskikkes på åremål.

Justiskomiteens flertall gikk imot forslaget om en klagenemnd for alle sakstyper. I komiteens innstilling ble departementet i stedet bedt om å utrede opprettelsen av en asylnemnd, kalt Flyktningnemnda, som kun skulle behandle klager over vedtak i asylsaker der det var innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, eller der både asyl og opphold på humanitært grunnlag var avslått.⁹ Alle andre sakstyper skulle ligge utenfor nemndas saksområde.

Departementet sendte deretter på høring et nytt forslag. Forslag om en utlendingsnemnd var fortsatt med, men departementet beskrev også et alternativ 2 i tråd med Justiskomiteens merknader.

Høringsinstansene var fortsatt i hovedsak i favør av en utlendingsnemnd. I Ot.prp. nr. 17 (1998–99) la departementet frem to alternative forslag for Stortinget. Alternativ 1 tilsvarte det opprinnelige forslaget om en utlendingsnemnd, og var det departementet anbefalte. Alternativ 2 var å opprette en flyktningnemnd.

Om bakgrunnen for forslaget redegjorde departementet for følgende fra den foregående proposisjonen:¹⁰

«Det er i utakt med den generelle forvaltningspolitiske utviklingen at et så stort antall vedtak i enkeltsaker som det her er tale om, treffes av et departement. Ifølge St.meld. nr. 35 (1991–92) om statens forvaltnings- og personalpolitikk skal departementene i hovedsak være sekretariater for politisk ledelse og utøve ledelse av sektorpolitikken på departementets ansvarsområde. Faglige spesialfunksjoner og enkeltsaksbehandling skal i hovedsak håndteres av forvaltningsorganer utenfor departementene. Når det gjelder situasjonen i de andre nordiske land, har Sverige klagenemnd i utlendingssaker, mens Danmark og Finland har klagenemnder i asylsaker. Danmark har hatt si nemnd siden 1984, mens den svenske nemnda trådte i funksjon 1. januar 1992 og den finske 1. januar 1993.

Rettsikkerheten for utlendinger som har en sak etter utlendingsloven, anses tilfredsstillende ivaretatt med departementet som klagenemnd. Et hovedpoeng med ei nemnd er likevel å gi asylsøkerne et bedre rettsvern enn i dag. Dette henger bl.a. sammen med at rettsikkerhet ikke bare forutsetter at regler faktisk

⁹ Innst. O. nr. 24 (1996–97).

¹⁰ Ot.prp. nr. 17 (1998–99) side 7, henvisning til Ot.prp. nr. 38 (1996–97).

⁸ Ot.prp. nr. 38 (1995–96).

blir fulgt, men også tillit til at dette skjer. Det forhold at vedtakene ofte blir bestridt, kan tenkes å ha følger for tilliten til det organet som treffer vedtakene. Nemnda vil bli et domstolignende organ, og dermed den type organ som anses best skikket til å ivareta rettssikkerheten i enkeltsaker, herunder hensynet til likebehandling. Dette vil igjen kunne lede til at antallet personer som ser seg tjent med å gå til retts sak for å få prøvet gyldigheten av et negativt vedtak, blir redusert».

Videre uttalte departementet i Ot.prp. nr. 17 (1998–99):

«Det ble i proposisjonen også anført at det talte til fordel for å opprette et forvaltningsorgan utenfor departementet at departementet ville kunne konsentrere seg om sine øvrige oppgaver. På utlendingsfeltet vil dette først og fremst si å sørge for et til enhver tid oppdatert og hensiktsmessig lov- og forskriftsverk. I denne forbindelse er det av stor viktighet å følge med i, og være ajour med, utviklingen internasjonalt.»

Departementets forslag tegner opp den hovedstrukturen som senere ble gjeldende for Utlendingsnemnda, og som utgjør dagens ordning for behandling av klager i utlendingssaker. Utlendingsnemnda skulle være et uavhengig, domstolstolignende forvaltningsorgan, med beslutningstakere som ikke kunne instrueres i enkeltsaker eller om skjønnsutøvelse eller lovtolkning. Nemndlederne og direktøren skulle ha dommerkompetanse og beskikkes på åremål av Kongen i statsråd. Saker med «vesentlige tvilsspørsmål» skulle avgjøres i nemndmøte med en nemndleder og nemndmedlemmer, hvor utlendingen skulle kunne gis adgang til å møte personlig og avgi forklaring. Andre saker skulle kunne avgjøres av en nemndleder eller av sekretariatet etter delegasjon.

28.3 Evalueringer av Utlendingsnemnda

28.3.1 Rapport 2003 fra RhKnoff

Konsulentfirmaet RhKnoff ble gitt i oppdrag å evaluere Utlendingsnemnda i 2002. Formålet med evalueringen var i henhold til departementets bestilling tredelt:

- Å få vurdert om sentrale mål med reformen er innfridd.

- Å få frem eventuelle uønskede effekter av reformen, med tanke på tiltak for å sikre at målene innfris.
- Å bidra til læring og kunnskapsutvikling om klagebehandlingen.

Evalueringen ble utført blant annet gjennom bruk av intervjuer med en rekke aktører, herunder ansatte i UNE, UDI og advokater, og ved gjennomgang av regelverk knyttet til Utlendingsnemnda. Evaluatorene la frem sin hovedrapport i mars 2003.¹¹

Evalueringen var på flere punkter positiv for Utlendingsnemnda. Blant annet ble det pekt på at UNE hadde opparbeidet et godt omdømme når det gjaldt fleksibilitet og reaksjonsevne. Saksbehandlingen ble funnet å holde en høy faglig og etisk standard, og saker ble avgjort på riktig nivå. Gjennomføringen av nemndmøtene ble funnet å være tillitvekkende og godt ledet, og bidro til god opplysning av sakene. Evalueringen kunne også konstatere at det «knappt [var] funnet noen som ønsker seg tilbake til den tidligere situasjon der departementet var klageinstans».¹²

Rapporten inneholdt også kritiske merknader og anbefalinger om endringer. Blant dem, var at sekretariatet var gitt vedtaksmyndighet i åpenbare saker. Evalueringen anbefalte at saker kun skulle avgjøres av nemndleder eller i nemndmøte. UNEs praksis vedrørende partsinnsyn ble også ansett å måtte endres, særlig med hensyn til at klager og advokat burde få innsyn i interne bakgrunnsnotater om landsituasjonen og andre faktaopplysninger sekretariatet presenterte for nemnda og bygget sine anbefalinger på. Evalueringen fant også at mange opplevde at «UNE opptre lite konsistent og har bidratt lite til å klargjøre praksis og gjeldende rett».¹³ Det ble anbefalt å opprette en ordning med stornemnd som kan behandle presedenssaker, til erstatning for den ordning som da gjaldt med et koordineringsutvalg. En annen anbefaling gjaldt å overføre landrådgiverne i UNE og UDI til en felles, uavhengig enhet.

I evalueringsrapporten ble det gjort en særskilt vurdering av om det burde innføres en ordning med partsprosess i Utlendingsnemndas nemndmøter, slik at Utlendingsdirektoratet ble gjort til part. Tanken var inspirert av det danske systemet, hvor Udlændingestyrelsen møtte i nemndmøter i Flyktningenævnet. Særlig hadde Norsk organisasjon for asylsøkere fremhevet behovet for

¹¹ RhKnoff m.fl. *Evaluering av Utlendingsnemnda* 2003.

¹² RhKnoff 2003 side 12.

¹³ RhKnoff 2003 side 13.

en slik ordning, med særlig vekt på at dette ville bidra til å styrke rettsikkerheten for klagerne.

Av rapporten går det frem at det var delte meninger om en slik ordning. Sentrale argumenter var blant annet at en partsprosess vil gi bedre innsyn og en mer presis saksforberedelse, at prosessen ville bli mer jevnbyrdig og objektiv siden begge sider blir belyst under samme forhold, og at det ville bli tydeligere for klagerne hva som er motforestillingene mot at de skal få bli i Norge.

Som argumenter imot å innføre en partsprosess, ble det fremhevet at en partsprosess kan gi større fokus på argumentasjon og prosedyre enn på saksopplysning og utlendingen selv, at utlendingen vil bli mer avhengig av advokatrepresentasjon og at det er store forskjeller mellom advokatene, at dagens ordning er enkel og oversiktlig, og at en partsprosess kan gi lenger saksbehandlings-tid og vil være ressurskrevende.

Rapporten konkluderte med at man ikke anbefalte omlegging til en partsprosess i UNE. Som begrunnelse uttales det i rapporten:¹⁴

«Vi legger særlig vekt på det som er anført om klagerens rettsikkerhet:

- Selv om det kan være en risiko for at UNEs saksbehandling i noen tilfelle blir en reprise på UDIs, ser vi en større fare for tilfeldigheter og forskjellsbehandling dersom ansvaret for saksforberedelsen flyttes fra UNEs fagfolk til klageren selv og dennes advokat.
- Kvalitetsvariasjoner i advokatbistanden vil ha enda større konsekvenser for de saker som skal behandles skriftlig enn for fremmøtesakene. En omlegging vil dermed ytterligere forsterke skillet mellom saker som behandles administrativt og saker som behandles i nemndmøte. Det vil gjøre beslutningen om behandlingsform enda mer kritisk og angripelig.

Effektivitetshensyn taler imidlertid også imot en omlegging:

- En formalisert partsprosess vil ganske sikkert føre til lengre saksbehandlingstid, noe som er uønsket både av hensyn til søkerne og av økonomiske grunner.
- Endelig vil en formalisert partsprosess forutsette større ressursinnsats fra advokatens side enn i dag. Hvis ikke klagerne selv skal dekke utgiftene, må det offentlige gjøre det. Dersom UNE likevel må opprettholde et stort saksbehandlerkorps for å sor-

tere saker på behandlingsform og forberede alle saker som ikke skal i nemndmøte, blir totalkostnaden trolig merkbart større ved en partsprosess enn ved dagens ordning.»

Departementet presenterte sin oppfølging av rapporten i en stortingsmelding,¹⁵ hvor det også ble varslet en lovproposisjon med forslag til visse endringer i regelverket. Lovforslaget omtales nedenfor i kapittel 28.4.2. I meldingen foreslås det blant annet å innføre instruksjonsmyndighet over Utlendingsdirektoratet om lovtolkning og skjønnsutøvelse, å innføre en ordning med størnemnd i UNE, og å etablere en egen, faglig uavhengig enhet for landinformasjon.

28.3.2 Evaluering av UNEs valg av avgjørelsesform

Advokat Henning Harborg la i 2008 frem sin rapport *Uavhengig gjennomgang av UNEs praksis i valg av avgjørelsesform i asylsaker* (Harborg 2008). I følge oppdraget fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet skulle formålet med gjennomgangen være:¹⁶

«å avklare

- hvor terskelen ligger for at en sak avgjøres i nemndmøte og om praksis er i samsvar med gjeldende regelverk, herunder også UNEs egne retningslinjer,
- hvordan beslutning om avgjørelsesform treffes, og om prosessen på dette punkt er tilfredsstillende,
- om man oppnår en tilstrekkelig grad av likebehandling og
- om det er behov for tydeliggjøring eller endringer i forskrift eller retningslinjer.»

Utredning gjennomgikk i overkant av 100 beskyttelsesaker avgjort i UNE i 2006 eller 2007, fra de ti største ankomstlandene for asylsøkere. I tillegg ble UNEs interne retningslinjer og annet regelverk gjennomgått, og det ble også avholdt intervjuer og møter.

Utredningen fant at lovens kriterium for valg av avgjørelsesform i UNE – «vesentlige tvilsspørsmål» – var vagt og vanskelig håndterlig, med liten veiledning i lovens forarbeider eller i forskrift. Det ble anbefalt en klargjøring, som kom i form av § 16-9 i utlendingsforskriften.

¹⁵ St.meld. nr. 21 (2003–2004).

¹⁶ Harborg 2008 side 5.

¹⁴ RhKnoff 2003 side 100.

I all hovedsak fant utredningen at saksbehandlingen rundt valg av avgjørelsesform er grundig, og at valget tas alvorlig. Det ble imidlertid ansett som en utfordring at det ikke er noen formelle mekanismer for å sikre likebehandling i valget av avgjørelsesform. UNE ble derfor bedt om å se nærmere på utforming av kvalitetssikringsmekanismer.

Basert på anbefalingene i utredningen, ble det gitt hjemmel i forskrift for at nemndleder kan avgrense det som skal avgjøres i nemndmøte, til de deler av saken som reiser «vesentlige tvilsspørsmål». Slik situasjonen var, måtte hele saken avgjøres i nemndmøte, mens det gjerne bare er deler av den hvor det faktisk er tvil av betydning for utfallet. Rapporten anbefalte også at det i større grad ble åpnet for å avholde møter med klager utenfor nemndmøtene, for eksempel slik at klager kan møte en saksbehandler eller nemndleder for å gi forklaring eller informasjon om enkelte spørsmål underveis i saksbehandlingen. Særlig ble det påpekt at dette kunne være aktuelt i saker der det var tvil om avgjørelsesformen skulle være nemndmøte. Dette er ikke fulgt opp i regelverket, men i praksis hender det at UNEs nemndledere avholder slike møter.

28.4 Øvrige vurderinger

28.4.1 Innledning

Det har vært flere lovendringer av større eller mindre betydning for Utlendingsnemndas virksomhet, saksbehandling og organisering. Av de mindre, nevnes at antall deltakere i nemndmøter i 2000 ble redusert fra det opprinnelige forslaget om en nemndleder og fire nemndmedlemmer, til en nemndleder og to nemndmedlemmer, hovedsakelig av praktiske og økonomiske hensyn. Nemndledernes åremålsperiode ble først utvidet fra fire til åtte år i 2005, mens stillingene i 2012 ble omgjort til faste stillinger. Det er gitt egne regler om høring av barn, innhenting av opplysninger fra andre offentlige institusjoner, håndtering av omgjøringsanmodninger mv. Videre ble Utlendingsnemndas saksområde utvidet i 2006, til å omfatte klagebehandling av saker etter statsborgerloven.

Da utlendingslovutvalget ble oppnevnt i 2001, ble det gjort klart i mandatet at en vurdering av organiseringen på utlendingsfeltet ikke skulle utredes.¹⁷

«Utvalget skal legge til grunn de organer som behandler utlendingssaker i dag; Utlendingsdirektoratet, Utlendingsnemnda, politiet og utenriksstasjonene. Utvalget skal ikke vurdere ansvarsdelingen mellom departementet på den ene side og øvrige organer når det gjelder kompetansen i enkeltsaker.»

I proposisjonen til ny utlendingslov kom departementet, etter en avveining av ulike hensyn som politisk styring, effektivitet, rettssikkerhet og likebehandling, til at det ville være riktig å holde fast ved grunnprinsippene for dagens organisering av utlendingsfeltet. Departementet vurderte at den ordningen som gjaldt for politisk styring, der departementet kan instruere UDI men ikke UNE, ga en god balanse mellom behovet for politisk styring og hensynet til rettssikkerhet og UNEs uavhengighet og legitimitet.¹⁸

I det videre gis en oversikt over endringer av betydning for organiseringen av klagebehandlingen på utlendingsfeltet.

28.4.2 Endringer i styringsforholdene på utlendingsfeltet – innføring av stornemnd (Ot.prp. nr. 31 (2004–2005))

I 2004 ble det fremmet forslag om endringer i utlendingsloven som dels var en oppfølging av evalueringsrapporten som ble fremlagt i 2003, jf. ovenfor. Av betydning for Utlendingsnemnda, foreslo departementet å innføre en adgang for departementet til å bringe positive vedtak i UNE inn for domstolene for gyldighetsprøving. Det ble også foreslått å opprette en ordning med stornemnd som avgjørelsesform i UNE, som skulle treffe avgjørelser med presedensvirkning for UNE og UDI. Det ble også foreslått at Kongen i statsråd skulle være klageinstans i saker som gjaldt rikets sikkerhet og utenrikspolitiske hensyn.

Da UNE ble opprettet, ble det vedtatt at UNE skulle ha et eget koordineringsutvalg sammensatt av en nemndleder og fire nemndmedlemmer. Dets oppgave var knyttet til likebehandling og praksis, blant annet skulle det undersøke om vedtak fattet av ulike nemnder sto i forhold til hverandre. Utvalget avga uttalelser i etterkant om forhold det fant det hensiktsmessig å se nærmere på. Uttalelsene var kun rådgivende.

Etter hvert ble det klart at UNE og UDI på enkelte områder hadde ulik praksis. For å sikre mer konsistens og likebehandling i utlendingsfor-

¹⁷ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov side 18.

¹⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kapittel 16.1.4.2 side 303.

valtningen, foreslo departementet derfor å innføre en ordning med stornemnd som egen avgjørelsesform. Som bakgrunn for forslaget uttalte departementet:¹⁹

«Til tross for behov og ønsker, eksisterer det i utlendingsforvaltningen i dag ikke en ordning som kan sikre lik praksis i de ulike instansene, og dermed likebehandling. For å få til dette, er det ønskelig at det på ett nivå i utlendingsforvaltningen fattes vedtak i enkeltsaker som kan være presedensskapende, dvs. retningsgivende for behandling av tilsvarende saker senere.

Det eksisterende Koordineringsutvalget har ikke denne presedensskapende funksjonen, da det må betraktes som et rent rådgivende organ som skal overvåke praksisen i nemnda. I følge UNE-evalueringen er ikke dette en tilfredsstillende ordning. Mangelen på en presedensskapende instans fører i følge evalueringen bl.a. til fare for inkonsekvente og gale avgjørelser. På den bakgrunn anbefales det i evalueringen at en stornemnd opprettes og at vedtakene stornemnda fatter, skal ha presedensvirkning. Det anbefales også at koordineringsutvalget legges ned.»

Stornemnd skulle kunne kreves av departementet, UDI eller en nemndleder i UNE. Ved avgjørelse av en sak i stornemnd, skulle det delta tre nemndledere og fire nemndmedlemmer, og en av nemndlederne skulle lede stornemnda. Kriteriene for når stornemnd skulle kunne benyttes, ble fastlagt i utlendingsforskriften. Avgjørelsesformen ble beholdt saker på områder der det var tendenser til ulik praksis i UDI og UNE, saker med prinsipiell betydning og saker med stor samfunnsmessig eller økonomisk betydning. Senere ble det lagt til at stornemnd også kunne brukes som avgjørelsesform i saker der det var aktuelt å fravike formelle, landspesifikke anbefalinger fra FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) som gjelder beskyttelse. Anmodninger om omgjøring i saker som nevnt skulle også kunne avgjøres i stornemnd.

I proposisjonen ble det også foreslått å innføre en adgang for departementet til å begjære domstolsbehandling av positive vedtak truffet i UNE. Søksmålet skulle rettes mot utlendingen som var part i vedtaket, og måtte tas ut innen fire måneder etter vedtaket ble truffet.

Etter departementets vurdering var det et udekket kontrollbehov når det gjaldt UNEs positive vedtak. Negative vedtak, som innebar endelig avslag på en søknad om opphold eller at en utlending ble utvist mv., kunne bringes inn for domstolene av utlendingen. Noen slik mulighet til domstolsprøving av positive vedtak, forelå ikke.

Departementet vurderte flere tiltak for å bøte på denne situasjonen, herunder en adgang til å gi generelle instruksjoner om lovtolkning og skjønnsutøvelse, adgang til å instruere i enkeltsaker, adgang for departementet til å avgi prinsipputtalelser og til å omgjøre UNEs vedtak. Departementet forkastet imidlertid disse tiltakene, da de ble funnet å komme i konflikt med UNEs uavhengighet, og ha negative virkninger for tilliten til UNE som et uavhengig og selvstendig organ. Derimot ble det foreslått en regel om at positive vedtak kan bringes inn for domstolene. Departementet pekte blant annet på at en slik ordning ikke vil rokke ved UNEs uavhengighet, og at ordningen i praksis vil bli benyttet så sjelden at argumenter knyttet til usikkerhet for utlendinger som har fått et positivt vedtak eller til saksbehandlingstid, ikke fremstod spesielt vektige.

Lovendringene trådte i kraft 9. september 2005.

28.4.3 NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingsaker (Mæland-utvalgets utredning)

28.4.3.1 Forslagene i utredningen

I juni 2009 ble det oppnevnt et utvalg under ledelse av psykiater/klinikkleder Øystein Mæland, for å vurdere organiseringen av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet. Etter mandatet skulle utvalget vurdere den beste organiseringen av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet, under hensyntagen til de fire hovedhensynene politisk styring, rettsikkerhet, rask og effektiv saksbehandling og legitimitet.

Mæland-utvalget la frem sin utredning (NOU 2010: 12 *Ny klageordning for utlendingsaker*) i november 2010, etter først å ha avgitt en egen delutredning om instruksjonsmyndighet i mars samme år. I utredningen ble det foreslått en ny organisasjonsmodell for klagesaksbehandling på utlendingsfeltet. Det skulle opprettes et forvaltningsorgan kalt Klageinstansen for utlendingsaker, som igjen skulle være inndelt i to avdelinger, Utlendingsklage og Flyktningnemnda. Sistnevnte skulle bestå av ikke-instruerbare nemndledere som beslutningstakere, og skulle

¹⁹ Ot.prp. nr. 31 (2004–2005) side 38.

behandle alle klager i beskyttelsessaker hvor UDI hadde gitt utsatt iverksetting. Utlendingsklage skulle være et ordinært, linjestyrt forvaltningsorgan, og behandle alle andre typer utlendingssaker enn beskyttelsessaker med utsatt iverksetting.

Utvalget kom til at klagesaksbehandlingen bør skje i et forvaltningsorgan utenfor departementet. En domstolsordning ble avvist med den begrunnelse at det ville være for kostbart, og forutsatte en prinsipiell vurdering av bruken av særdomstoler på enkelte forvaltningsområder, noe utvalget ikke hadde som mandat å vurdere.

Mæland-utvalget fant at utgangspunktet for valg av organisasjonsmodell burde være den alminnelige klagesaksbehandlingen etter forvaltningsloven, der et overordnet organ har kompetanse til å omgjøre underordnet organs vedtak. En slik normalordning ble funnet i tilstrekkelig grad å ivareta hensynene til rettssikkerhet, effektivitet, politisk styring og legitimitet. Spørsmålet for utvalget ble deretter om det for noen sakers del gjorde seg gjeldende særskilte forhold som tilsa at man burde avvike fra denne normalordningen.

Utvalget fant at saker om beskyttelse skilte seg ut som svært inngripende vedtak, hvor følgene av et feilaktig utfall kan bli svært alvorlige for den det gjelder. Bevisvurderingene er ofte krevende, og informasjonen om forholdene i ulike land ofte mangelfull og divergerende. På det grunnlag fant utvalget at muntlig behandling ville gi bedre forutsetninger for å vurdere om utlendingens anførsler om sitt beskyttelsesbehov kunne legges til grunn. Det vil også øke sannsynligheten for at materielt riktige vedtak fattes, og dermed styrke rettssikkerheten. Viktigheten av vedtakene for den enkelte gjorde det etter utvalgets oppfatning nødvendig med et klageorgan med sterk legitimitet og rettssikkerhet. Den demokratiske legitimitet, hvoretter det anses viktig at beslutninger kan forankres i folkeviljen slik den kommer til uttrykk gjennom valg, ble ansett mindre tungtveiende, ettersom vedtak i beskyttelsessaker ikke inneholder politiske avveininger av typen innvandringsregulerende hensyn. I stedet er det internasjonale konvensjoner som er førende for utfallet. For beskyttelsessakers vedkommende ble det derfor konkludert med behov for en mer domstolslignende behandling i klageorganet.

Resultatet av avveiningene ble at det burde opprettes et felles forvaltningsorgan, kalt Klageorganet for utlendingssaker. Det skulle ha to avdelinger, Utlendingsklage og Flyktningnemnda.

I praksis ville forslaget innebære å gjøre organisatoriske endringer i systemet med Utlendingsnemnda som klageorgan. Organisasjonen skulle

deles i to, og direktøren skulle ha ordinær instruksjonsmyndighet kun over avdelingen Utlendingsklage. Flyktningnemnda ville for alle praktiske formål være organisatorisk den samme som i dag, og de to avdelingene skulle også ha et felles organisert sekretariat. Det ble foreslått at det nye klageorganet kun skulle behandle klager, og ikke anmodninger om omgjøring av sine egne vedtak. Etter forslaget skal det tilligge UDI å behandle og avgjøre omgjøringsanmodninger, ut fra den tankegang at det vil avlaste klageorganet, og bidra til en mer effektiv håndtering av det store antallet omgjøringsanmodninger. Klageorganet ville ikke ha anledning til å omgjøre sitt eget vedtak, selv om det skulle mene at det var ugyldig. I tillegg foreslo utvalget at domstolenes prøvesrett i beskyttelsessaker skulle utvides. Domstolskontrollen skulle ikke lenger være en ren etterfølgende gyldighetsprøving. I stedet skulle domstolene gis adgang til å treffe dom for realiteten i spørsmålet om en utlending fyller vilkårene for å kunne anses som en flyktning eller ikke, og prøvingen skulle skje ut fra forholdene på domstidspunktet.

Flyktningnemnda skulle etter forslaget avgjøre klager over vedtak i beskyttelsessaker, hvor UDI i klageomgangen hadde gitt utsatt iverksetting av sitt vedtak. Vedtak om retur til et ansvarlig tredjeland i henhold til det såkalte Dublin-systemet skulle ikke være omfattet, da disse ble ansett som mindre inngripende. I tillegg skulle nemnda også avgjøre spørsmålet om oppholdstiltalelse på humanitært grunnlag i tilknytning til beskyttelsessaken.

Utlendingsklage skulle behandle klager i alle andre sakstyper enn de som skulle underlegges nemndas ansvarsområde. Det innebar blant annet statsborgerskapssaker, familieinnvandringssaker og utvisningssaker. Her skulle avgjørelsen skje i et linjebasert forvaltningssystem, og direktøren skulle kunne instruere om så vel den generelle lovtolkning, skjønnsutøvelse og subsumsjon, samt det konkrete resultat i hver enkelt sak.

Mæland-utvalget foreslo at det fortsatt skal være en ordning med lekmannsrepresentasjon gjennom deltakelse av nemndmedlemmer i avgjørelsen av saker i Flyktningnemnda. Hensynet til rettssikkerhet og legitimitet ble avgjørende for den vurderingen. Nemndmedlemmene skal delta i alle saker der utlendingen gis rett til å møte, og være med på å vurdere alle sider av saken, herunder også spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag. Nemndleders adgang til å begrense de spørsmål som skal behandles i nemndmøte til det som reiser vesentlige tvilsspørsmål,

foreslås opphevet. Utvalget foreslo også at nemndmedlemmene skal gis en tydeligere rolle i saksbehandlingen, ved at de skal gis bedre mulighet for å kontrollere og vurdere det faktiske grunnlaget. Materiale til nemndmøte skal sendes nemndmedlemmene i god tid i forkant, og det skal settes av bedre tid til forberedelse, samt gis adgang til å påvirke utformingen av vedtaket.

Utvalget hadde som utgangspunkt at utlendingen skal ha rett til personlig fremmøte for klageorganet. Hensikten med forslaget var å øke andelen saker som avgjøres etter muntlig forklaring fra utlendingen. Med henvisning til klageordningene i særlig Sverige og Danmark, mente utvalget at andelen saker som avgjøres etter muntlig forklaring for klageorganet, var vesentlig lavere i Norge enn i nabolandene. Hensynene til rettssikkerhet og legitimitet tilsier at utlendingen bør gis anledning til å forklare seg om de faktiske forholdene i saken. Hensynet til effektivitet og rask saksbehandling tilsier imidlertid at den ressursbruk personlig fremmøte innebærer bør forbeholdes de saker hvor behovet for styrket rettssikkerhet og legitimitet er størst. Etter forslaget skal unntak derfor kunne gjøres dersom særskilte kriterier er oppfylt:

- utlendingens fremstilling av faktum kan legges til grunn
- det er ikke tvil om faktum
- nemndleder anser det åpenbart at personlig fremmøte ikke vil ha betydning for avgjørelsen av saken

Med andre ord skal utlendingen ha rett til å møte dersom det er aktuelt å fravike det faktum utlendingen har fremsatt.

Utvalget foreslo videre en egen saksbehandlingsprosedyre for de tilfeller der det kan være aktuelt å frata utlendingen retten til fremmøte. Dersom det er aktuelt å benytte et av de to siste kriteriene, skal spørsmålet forelegges to nemndmedlemmer, som sammen med nemndleder trefler beslutning om fremmøte eller ikke.

Spørsmålet om hvilken rolle UDI skulle ha i klagebehandlingen, var også tema for utredningen. Utvalget var i tvil om en partsprosess med UDI og utlendingen som motparter ville gi en like god opplysning av saken som dagens ordning, og uttalte:²⁰

«I dag er det klageinstansen selv som har hovedansvaret for at saken er godt nok opplyst. Saken opplyses dermed av et spesialisert

organ med god tilgang til relevant kunnskap både eksternt og internt. Videre har klageinstansen plikt til å ivareta klagers interesser i sin saksforberedelse. Klageinstansen må dermed også prøve å finne fakta, tidligere praksis og argumenter som taler for å ta klagen til følge. Det er fare for at klager og dennes advokat vil ha vesentlig dårligere forutsetninger for å finne frem til fakta og tidligere praksis enn klageinstansen.

En hel eller delvis overføring av ansvaret for å opplyse saken til partene kan etter utvalgets oppfatning medføre at klageinstansen får et dårligere beslutningsgrunnlag enn etter dagens ordning. Dette kan ha negative følger for klagers rettssikkerhet.»

Også ressurs hensyn talte imot å innføre en topartsprosess i klageomgangen. UDI vil trenge større overføringer, og det må antas nødvendig med økte tilskudd til advokatbistand. Samtidig vil ikke kostnadene til klageinstansens saksforberedelse reduseres tilsvarende.

Utvalget fant derfor at det ikke ville være hensiktsmessig å innføre en ordning hvor UDI skulle være part i saken for klageinstansen.

28.4.3.2 Oppfølging av utredningen

Mæland-utvalgets utredning var på høring i 2011. Flere av høringsinstansene var kritiske til utvalgets forslag til organisering av klagebehandlingen, enten fordi de mente det ikke gikk langt nok i retning av å endre dagens system, eller fordi forslagene ville føre til ulike problemer knyttet til ansvars- og oppgavefordeling mellom de to avdelingene i det nye organet. Flere trakk frem likebehandlings- og samordningsutfordringer dersom saker om beskyttelse skulle behandles i begge avdelingene, basert på om det var gitt utsatt iverksetting eller ikke. Andre pekte på at andre utlendingssaker bød på vel så vanskelige bevisvurderinger og inngripende beslutninger som beskyttelsessaker. De fleste var positive til i større grad å avgjøre beskyttelsessaker i nemndmøte med personlig fremmøte.

I Prop. 180 L (2012–2013) drøfter departementet noen av utvalgets forslag knyttet til en mer effektiv håndtering av omgjøringsanmodninger. Departementet fant at forslaget om at UDI skulle behandle og avgjøre omgjøringsanmodninger over UNEs vedtak, ikke burde gjennomføres, og uttalte:²¹

²⁰ NOU 2010: 12 side 102.

²¹ Prop. 180 L (2012–2013) side 24.

«Departementet er etter dette enig med UNE og UDI i at utvalgets forslag mest sannsynlig vil medføre større ressursbruk enn i dag. Departementet er også enig med UDI og UNE i at det åpenbart kan svekke tilliten til UNE som uavhengig klageorgan dersom UDI skulle omgjøre UNEs vedtak. Dette ville være særlig problematisk ettersom UNE etter utvalgets forslag ikke skal ha adgang til å omgjøre egne vedtak. UNE vil da ikke kunne omgjøre et vedtak selv om det viser seg at vedtaket er ugyldig, eller det fremkommer nye opplysninger som gjør at vedtaket etter UNEs vurdering bør omgjøres.

Etter en helhetsvurdering har departementet kommet til at det ikke er grunn til å følge opp utvalgets forslag om å legge behandlingen av omgjøringsanmodninger til UDI.»

Departementet kommenterte også utvalgets vurderinger knyttet til innføring av en domstolsordning for klagebehandling av utlendingssaker. Departementet mente blant annet at en domstolsordning ville bli mer ressurskrevende, i alle fall dersom man la til grunn en forutsetning om mer muntlig behandling. En topartsprosess vil også være mer omstendelig og ressurskrevende enn dagens forvaltningsordning. Departementet mente at domstolene vil få utfordringer med å opparbeide seg spisskompetanse på sakene, og at det med en partsprosess vil være en risiko for at styrkeforholdet mellom en spesialisert, offentlig part og en privat part, vil bli skjevt. Etter departementets vurdering vil det være lite trolig at advokater kan opparbeide seg den samme spesialiserte kompetanse som UDI har. En domstolsbehandling vil også frata politiske myndigheter de fleste styringsmuligheter utover lov og forskrift, samtidig som mye taler for å øke den politiske styringen av feltet. Departementet pekte til sist også på at en domstolsordning ikke nødvendigvis vil redusere antallet omgjøringsanmodninger, men snarere vil flytte belastningen ved sakene over på UDI.

Etter dette kom departementet til følgende konklusjon:²²

«I det videre arbeidet med oppfølgingen av NOU 2010:12, hvor departementet skal vurdere Klagesaksutvalgets vurderinger og anbefalinger knyttet til omfang av rettigheter, adgangen til nemndbehandling, personlig fremmøte og muntlig saksbehandling mv., vil

departementet bygge på at UNE fortsatt skal være klageinstansen for utlendingssaker.»

I oppfølging av Mæland-utvalgets forslag foreslo departementet to lovendringer; en endring i utlendingsloven § 78 som ga UNE adgang til å unnlate å gi individualiserte begrunnelser, og innføring av en hjemmel for departementet til å gi forskrifter om formkrav til omgjøringsanmodninger, og om krav om kjent adresse for at omgjøringsanmodninger skal kunne behandles.

Departementets forslag ble vedtatt av Stortinget, og loven trådte i kraft i april 2014.

28.4.4 Utvidelse av departementets instruksjonsmyndighet overfor Utlendingsnemnda – Prop. 16 L (2015–2016)

Høsten 2015 opplevde Norge, som Europa for øvrig, en kraftig økning av antall asylsøkere. På få uker ankom det flere asylsøkere enn hele første halvår 2015. Dette førte til ønske om regelverkendringer for å møte behovet for en rask og effektiv håndtering og saksbehandling. I Prop. 16 L (2015–2016) foreslo departementet at det skulle gis myndighet til å instruere UNE med hensyn til lovtolkning og skjønnsutøvelse for alle sakstyper etter utlendingsloven, men ikke i avgjørelsen av den enkelte sak. Forslaget gjaldt ikke saker etter statsborgerloven.

Stortinget behandlet proposisjonen i løpet av en uke. Forslaget ble vedtatt, og trådte i kraft 20. november 2015.²³ Lovvedtaket er gjort midlertidig for to år. Det skal gjennomføres en evaluering før det eventuelt besluttes å gjøre endringene varige.

Om vurderingene bak forslaget, uttalte departementet i proposisjonen blant annet:²⁴

«Departementet mener at politisk styring av utlendingsfeltet fortsatt *fortrinnsvis* bør skje gjennom lov og forskrift. Enkelte styringssignaler kan imidlertid være mindre egnet for regulering i lov og forskrift, og det kan være behov for raske avklaringer og endringer. Departementet mener at gjeldende styringsmuligheter overfor UNE ikke i tilstrekkelig grad ivaretar de behov for raske avklaringer og politisk styring innenfor innvandrings- og flyktningpolitikken som dagens situasjon med ekstraordinære ankomsttall tilsier; både lov-

²² Prop. 180 L (2012–2013) side 30.

²³ Lov nr. 94/2015.

²⁴ Prop. 16 L (2015–2016) side 9.

tolkningsspørsmål og praksisspørsmål må kunne avklares raskt.

Selv om departementet i dag verken kan instruere UDI eller UNE om avgjørelsen av enkeltsaker, har departementet mulighet til å styre UDIs praksis og lovforståelse gjennom generelle instruksjoner. Departementet kan imidlertid ikke instruere UNE på samme måte – UNE er ikke forpliktet til å følge departementets instruksjoner til UDI. Dersom det ønskes endringer og retningslinjer som også skal binde UNE, må departementet gjøre endringer i lov eller forskrift. Lov- eller forskriftsendringer er tidkrevende å gjennomføre, og de kan ikke nødvendigvis utformes like detaljert og uttømmende som en instruks. Dagens situasjon viser at det kan være behov for å iverksette tiltak på bakgrunn av hendelser i verden, eller fordi politikken i Norges nærområde og sammenlignbare land blir lagt om. Som følge av dette kan det oppstå behov for å gjennomføre tiltak som raskt kan endre praksis innenfor lovens rammer, og for å klargjøre aktuelle lovtolkningsspørsmål både når det gjelder behandlingen av saker om beskyttelse (asyl) og andre saker.

Hovedargumentene mot en instruksjonsadgang overfor UNE har vært at dette ikke har vært ansett som forenlig med en uavhengig nemndordning, og at befolkningen trolig vil ha størst tillit til en trygg og forsvarlig behandling av enkeltsaker dersom klageorganet er helt uavhengig av skiftende regjeringer. Departementet mener at disse hensynene ikke kan være avgjørende i dagens situasjon, hvor det er behov for politisk styring av praksis når det anses hensiktsmessig innenfor rammene av lov og forskrift og Norges internasjonale forpliktelser. Når det gjelder tillit til en trygg og forsvarlig saksbehandling i UNE, mener departementet at demokratihensyn taler for en tydeligere styring fra politiske myndigheter. Dette vil gi raske avklaringer av praksis, noe som igjen vil føre til større forutberegnelighet for den enkelte klager.

Det foreslås derfor at departementet skal ha den samme instruksjonsmyndigheten over UNE som departementet har over UDI når det gjelder både lovtolkning og skjønnsutøvelse. I motsetning til Klagesaksutvalgets forslag, mener departementet det er behov for at instruksjonsmyndigheten gjelder i alle saker etter utlendingsloven, det vil si også i saker om beskyttelse (asyl). Dette er spesielt viktig fordi

det er asylsøkere som står for de store ankomstene til Norge nå, med de utfordringer dette medfører for samfunnet som helhet.»

Det ble ikke foreslått å endre utlendingsloven § 77 første ledd, som beskriver Utlendingsnemnda som et «uavhengig organ».

Om forholdet mellom instruksjonsmyndigheten og kravet til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13, uttaler departementet i proposisjonen blant annet at adgangen til å påklage vedtak til UNE og videre til domstolene, samlet sett vil oppfylle de krav konvensjonsbestemmelsen stiller.

I kapittel 27.1.2 ovenfor er det gitt en oversikt over departementets instruksjoner overfor UNE i tiden etter lovvedtaket.

28.4.5 Rapport 2014 fra Advokatforeningen

Advokatforeningen hadde et rettshjelpsprosjekt for utlendingssaker fra 2007–2014, kalt Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett. Gruppen mottok søknader fra utlendinger med endelig negativt vedtak fra UNE, og valgte etter nærmere kriterier ut saker for domstolsprøving. Gjennom prosjektperioden gjennomgikk gruppen over 1 700 saker, hvorav drøyt 70 ble henvist til samarbeidende advokatfirmaer for rettslig prøving.

I sluttrapport fra 2014 kommer gruppen med enkelte anbefalinger knyttet til organiseringen av klagebehandlingen.²⁵ Rapporten uttrykker prinsipiell støtte til en domstolsordning for utlendingsaker, og det vises til at dette også er fremhevet som ønskelig av Advokatforeningen i dens høringsuttalelser til Mæland-utvalgets delutredning om instruksjonsmyndighet og NOU 2010: 12. Gruppen mener likevel at hvilken status organet har, er mindre viktig, det sentrale er at det bør gjøres endringer som kan tilfredsstille de krav til rettssikkerhet og legitimitet som fremheves i rapporten. Slike endringer kan etter gruppens syn også gjennomføres innenfor en ordning med et forvaltningsorgan som klageinstans. De tiltak som foreslås, er at saksbehandlingen i UNE legges om til en topartsprosess etter modell av fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Saksbehandlingen skal ligge tett opp til tvistelovens prosessregler, med bevisumiddelbarhet, muntlighet, kontradiksjon og partsoffentlighet.

²⁵ Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett 2007–2014, rapport fra virksomheten og forslag til regelendringer.

28.4.6 Rapport 2015 fra NOVA om Dublin-systemet

På oppdrag fra Utlendingsdirektoratet har Velferdsforskningsinstituttet NOVA gjennomført en utredning om Dublinsystemet. I sin rapport kommer forskerne med en anbefaling knyttet til klagebehandlingen av Dublinsaker i Norge:²⁶

²⁶ NOVA-rapport 12/15 All European countries are not the same – the Dublin Regulation and onward migration in Europe, side 233.

«For å sikre at klager i dublinsaker og andre utlendingssaker har samme grad av objektivitet og åpenhet som andre klagesaker, bør Norge vurdere å følge Sveriges eksempel og *erstatte UNE med en migrasjonsdomstol som en del av forvaltningsdomstolen*. Norske myndigheter bør undersøke svenske erfaringer med en slik endring.»

For øvrig er ikke anbefalingen spesifikt begrunnet i rapporten.

Kapittel 29

Andre lands ordninger for overprøving av utlendingssaker

29.1 Innledning

Flere europeiske land har en domstolsordning med egne forvaltningsdomstoler for behandling av tvister mellom private og myndighetene. I slike systemer behandles utlendingssakene av forvaltningsdomstolene, men den nærmere organiseringen varierer. I Sverige er det etablert egne domstoler for utlendingssaker innenfor systemet med forvaltningsdomstoler. Den største av disse migrationsdomstolene er migrationsdomstolen i Stockholm. Skal det opprettes en norsk forvaltningsdomstol for utlendingssaker, vil denne være den mest nærliggende å hente inspirasjon fra. Beskrivelsen av migrationsdomstolene i Sverige er derfor gjort forholdsvis omfattende, og utvalget gir også avslutningsvis sine kommentarer til overføringsverdien av den svenske ordningen til norske forhold. Også Finland har forvaltningsdomstoler, men ikke egne domstoler for utlendingssaker. I det finske domstolsystemet er det bare forvaltningsdomstolen i Helsinki som behandler saker om beskyttelse.

29.2 Sverige

29.2.1 Generelt om det svenske domstolsystemet

Domstolene i Sverige består av to sideordnede systemer; de alminnelige domstolene og de alminnelige forvaltningsdomstolene. I tillegg kommer enkelte særdomstoler, blant annet Arbetsdomstolen, Marknadsdomstolen og Patentbesvärerätten. De alminnelige domstolene behandler straffesaker og sivile tvister mellom private. De alminnelige forvaltningsdomstolene behandler tvister mellom private parter og forvaltningen om offentlig myndighetsutøvelse. Innenfor både de alminnelige domstolene og de alminnelige forvaltningsdomstolene er det særskilte domstoler for enkelte rettsområder, slik som mark- og miljødomstoler og migrationsdomstoler. Specialdomstolene behandler saker

knyttet til spesifikke rettsområder, som patent-saker.

De alminnelige domstolene består av tre instanser; tingsrätt, hovrätt og Högsta domstolen. Det er 48 tingsrätter og seks hovrätter i Sverige. De alminnelige forvaltningsdomstolene er også inndelt i tre instanser; förvaltningsrätt, kammarrätt og Högsta förvaltningsdomstolen. Förvaltningsrätten er lokalisert 12 steder, mens det er fire kammarrätter.

Migrationsdomstolene er egne avdelinger innenfor de alminnelige forvaltningsdomstolene. I dag er det fire migrationsdomstoler, lokalisert i Stockholm, Göteborg, Malmö og Luleå. Migrationsdomstolen i Luleå ble opprettet i 2013 for å avlaste förvaltningsrätten i Stockholm, som frem til da hadde hatt hele nord-Sverige i sin rettskrets. Fordeling av saker mellom de fire domstolene skjer ut fra hvor i Sverige Migrationsverket har truffet vedtak. Den nærmere organiseringen av de fire migrationsdomstolene varierer noe. I Stockholm behandles alle migrationssaker av én avdeling i förvaltningsretten (en av tre avdelinger), og denne avdelingen behandler i utgangspunktet bare slike saker. Den aktuelle avdelingen er videre inndelt i underavdelinger etter landområder. Andre saker enn beskyttelsessaker fordeles jevnt på alle underavdelingene. I de øvrige tre domstolene er det mindre grad av spesialisering. Noen sakstyper behandles av bare én av domstolene, så som Dublin-saker (Stockholm), statsborgerskapssaker (Malmö) og visumsaker (Göteborg).

Mens de alminnelige forvaltningsdomstolene har en tre-instansordning, behandles utlendings- og statsborgersaker kun i to domsinstanser; migrationsdomstolen og migrationsöverdomstolen. Migrationsöverdomstolen er lokalisert i kammarrätten i Stockholm, og er ment å være en prejudikatsdomstol. Hensynet til kort saksbehandlingstid sto sentralt ved utformingen av ordningen.¹

¹ Prop. 2004/05:170 side 109.

«En åtgærd som leder till att den totala handläggningstiden i utlänningsärenden minskar är en begränsning av antalet domstolsinstanser. Ju fler instanser som kan överpröva ett ärende, desto längre tid kan det komma att ta innan det föreligger ett lagakraftvunnet avgörande. Behovet av att snabbt få ett lagakraftvunnet avgörande skulle tillgodoses om överprövning endast tilläts i en domstolsinstans. En sådan lösning är dock enligt regeringens bedömning inte lämplig. I de fall överprövningen sprids på flera länsrätter skulle en sådan lösning försvåra bildandet av en enhetlig praxis. Att handlägga målen endast i en länsrätt är inte heller lämpligt med hänsyn till den stora mängd mål det kan komma att röra sig om.

Med hänsyn till de allvarliga konsekvenser som väntetider i asylprocessen medför, bedömer regeringen, liksom NIPU, att det finns tillräckliga skäl för att avvika från den instansordning som normalt gäller i förvaltningsprocessen, dvs. länsrätt–kammarrätt–Regeringsrätten. Regeringen bedömer därvid i likhet med NIPU att länsrättens beslut skall kunna överklagas till kammarrätten och att kammarrättens avgörande inte skall kunna överklagas.»

Den juridisk utdannede bemanningen i de svenske forvaltningsrættene består av rådmenn (ordinære dommere), fiskaler og notarier. Nyutdannede jurister kan få stilling som notarie, mens stillingen som fiskal er en del av den svenske dommerutdanningen. Ved forvaltningsrættene i Stockholm var det 70 rådmenn, 28 fiskaler og 110 notarier per januar 2016.

29.2.2 Kort om bakgrunnen for opprettelsen av migrationsdomstolene

De svenske migrationsdomstolene ble opprettet i mars 2006. Inntil da ble klager over vedtak i utlendingssaker behandlet av Utlänningsnämnden. Denne nemnden hadde mange likhetstrekk med den norske Utlendingsnemnda.² Beslutningstakerne var uavhengige i sin avgjørelse av enkeltsaker, og det deltok lekmedlemmer i nemndmøter. Saksbehandlingen i Utlänningsnämnden var gjennom flere år utsatt for betydelig kritikk. Hovedpunkter i kritikken var mangelen på innsyn i prosessen for allmennheten, lang saksbehandlingstid og manglende muligheter for muntlig forklaring.

I kjølvannet av kritikken ble det nedsatt et utvalg («Kommittén om ny instans- og processordning i utlänningsärenden» (NIPU)) som skulle utrede en ny instans- og processordning på utlendingsfeltet. Utvalget la frem sin utredning «Ökad rättssäkerhet i asylärenden» (SOU 1999:16) i 1999. Formålet med arbeidet er i utredningen beskrevet slik:³

«Kommittén skall enligt direktiven se över instans- och processordningen i ärenden enligt utlänningslagen, lagen om särskild utlänningskontroll och medborgarskapslagen. Kommittén skall bl.a. pröva om ett införande av tvåpartsprocess kan medföra sådana förbättringar att processordningen för såväl utlännings- som medborgarskapsärenden bör ändras. Kommittén skall vidare göra en i första hand språklig och redaktionell översyn av utlänningslagen. Enligt direktiven skall kommittén med förtur utreda om det finns behov av att ändra reglerna om återkallelse av uppehållstillstånd, reglerna om i vilka fall uppehållstillstånd skall beviljas en utlänningsrest i landet samt möjligheterna att bevilja tidsbegränsade uppehållstillstånd när sökanden inte kan styrka sin identitet. Vid översynen av utlänningslagen skall kommittén vara oförhindrad att föreslå även vissa ändringar i det sakliga innehållet om den vid sin översyn uppmärksammar ett sådant behov.»

Utvalget foreslo at det skulle innføres en ordning med migrationsdomstoler innenfor forvaltningsdomstolene, som skulle overta for Utlänningsnämnden som klageinstans for utlendings- og statsborgerskapsaker. Forslaget ble fulgt opp gjennom Prop. 2004/05:170 med forslag om domstolsbehandling i to instanser i utlendings- og statsborgerskapsaker.

Ett av hensynene bak forslaget, var et ønske om en topartsprosess med mulighet for muntlige forhandlinger. Det ble antatt at en slik ordning bedre ville sikre at saken blir opplyst så godt som mulig. I forarbeidene uttales det blant annet at «[i] en tvåpartsprocess blir processmaterialet fylligare genom parternas försorg».⁴ En topartsprosess ble også antatt å sikre større åpenhet og innsyn, både for allmennheten og den enkelte part. Videre ble muntlige forhandlinger fremhevet som del av begrunnelsen:⁵

² For en kort beskrivelse av Utlänningsnämnden, se SOU 1999: 16 side 120 flg.

³ SOU 1999: 16 side 107.

⁴ Prop. 2004/05:170 side 105.

⁵ Prop. 2004/05:170 side 105.

«Genom att öka möjligheterna till muntlig förhandling i processen skapas bättre möjligheter att i mål som har stor betydelse för den enskilde bedöma en persons trovärdighet. En muntlig förhandling kan också bidra till att reda ut missförstånd i olika avseenden. Den enskilde kan dessutom på ett mer direkt sätt uppleva att han eller hon har kommit till tals i processen. Tvåpartsprocess och möjligheter till muntlig förhandling vid överklagande är också två viktiga åtgärder för att uppfylla kravet på ökad öppenhet i asylprocessen.»

Det ble også vist til behovet for en rask saksbehandling, knyttet både til hensynet til den enkelte og til kostnadsaspektet for samfunnet for øvrig.

Med forslaget til en ny instans- og prosessordning ønsket man å flytte tyngdepunktet i saksbehandlingen til Migrationsverket. Både utredning, saksbehandling og vedtaksutforming skal utvikles her, mens overprøvingen mer skal være en kontroll av at alt er gjort riktig, og ikke en full ny gjennomgang. Et mindretall i utvalget foreslo at Migrationsverket kun skulle kunne treffe vedtak i innvilgelsesaker og åpenbare avslagssaker, mens alle andre saker skulle forelegges domstolen for avgjørelse.

Utvalget foreslo en ordning med egne domstoler innenfor de eksisterende forvaltningsdomstolene. Under høringen av utredningen stilte enkelte høringsinstanser spørsmål ved de økonomiske konsekvensene av utvalgets forslag, og det ble ytret behov for en nærmere utredning av opprettelse av en egen spesialdomstol. Det ble derfor nedsett en egen arbeidsgruppe for å utrede nærmere om det i stedet burde etableres en ordning med en egen spesialdomstol. I denne utredningen ble det foreslått en spesialdomstol, Utlänningsdomstolen, som eneste domstolinstant for behandling av klager over vedtak i forvaltningen.⁶ Dette forslaget ble forkastet til fordel for den ordningen med migrationsdomstoler som senere ble vedtatt.

29.2.3 Evaluering av migrationsdomstolene

I august 2007 oppnevnte den svenske regjeringen et utvalg som skulle evaluere den nye instansordningen på utlendingsfeltet. Formålet var å finne ut om ordningen hadde fungert etter hensikten, og om man hadde oppnådd de mål som var satt, særlig knyttet til økt åpenhet og muntlighet.

Utredningen ble avgitt i 2009,⁷ og viste at den nye ordningen i stor grad hadde oppfylt de grunn-

leggende krav som ble stilt ved innføringen. Særlig ble det fremhevet at topartsprosessen med større grad av muntlige forhandlinger hadde ført til større åpenhet. Det ble særlig vist til at Migrationsverket nå begrunnet sine vedtak bedre, og med mer henvisning til relevant landinformasjon. Både domstolene selv, advokatene og Migrationsverket sa seg fornøyde med nyordningen.

Utredningen fant at tyngdepunktet i prosessen var flyttet til første instans, hvilket var en ønsket konsekvens. Det ble likevel påpekt potensiale for forbedring, særlig med hensyn til hva som var tatt opp i saksfremstillingen fra Migrationsverket. I noen tilfeller var det også mangler når det gjaldt overlevering av bakgrunnsinformasjon til domstolen. Det ble ikke funnet særskilte forbedringer for saksbehandlingstidene i Migrationsverket. Dette ble forklart med at det hadde kommet inn langt flere saker enn tidligere, og at ordningen fortsatt var under innføring. De gjennomsnittlige saksbehandlingstidene i migrationsdomstolene gikk opp fra 2,3 måneder i 2006 til 3,8 måneder i 2008, men lå fortsatt innenfor de målsetninger som var satt. Videre ble det påpekt en del ulikheter mellom migrationsdomstolene når det gjaldt avholdelse av muntlige forhandlinger, men funnet at disse kunne forklares blant annet med forskjeller i sammensetningen av saker, og at de lå innenfor det rom hver enkelt domstol i henhold til praksis hadde. Blant forslagene i utredningen, var mulighet for domstolene til å beskjære de muntlige forhandlingene ut fra de spørsmål som er aktuelle. Det ble gjort flere endringer i etterkant av utredningen.

29.2.4 Migrationsdomstolene – tall og statistikk

De svenske forvaltningsdomstolene behandler årlig rundt 135 000 saker, og 25 – 30 000 av disse er migrationssaker. Utlendingsfeltet særkjennes med andre ord også her av en stor saksmengde. Til sammenligning behandlet de svenske tingsrättene, som er førsteinstans i de ordinære domstolene, om lag 84 000 sivile tvister i 2015, mens de norske tingrettene behandlet om lag 17 000 tvistesaker samme år. Utlendingsnemnda i Norge mottok i 2015 om lag 13 000 saker, inkludert omgjøringsanmodninger.

Antall saker for migrationsdomstolene har vært nokså stabilt de senere årene. Som i Norge, er utviklingen fremover usikker. Utvalgets inntrykk er at de fleste avslag på asylsøknader i Sverige påklages til migrationsdomstolen.

Tabell 29.3 viser at saker om beskyttelse (asyl) utgjør en stor andel av det totale antallet saker hos migrationsdomstolene. Omgjøringssakene for migrationsdomstolene kan ha forskjellige utgangs-

⁶ DS 2000: 45 side 69.

⁷ SOU 2009: 56 Den nya migrationsprocessen.

Tabell 29.1 Antall innkomne migrationsmål i svenske förvaltningsrätter

Domstol	2011	2012	2013	2014	2015
Stockholm	11 584	9 556	9 954	9 005	9 181
Gøteborg	8 381	9 449	8 873	9 287	8 547
Malmö	5 388	6 766	6 942	6 599	6 236
Luleå ¹	-	-	616	2 132	1 842
Totalt	25 353	25 771	26 385	27 032	25 806

¹ Etablert 2013.

Tabell 29.2 Antall behandlede migrationsmål i svenske förvaltningsrätter

Domstol	2011	2012	2013	2014	2015
Stockholm	13 150	11 937	10 250	9 720	9 069
Gøteborg	8 679	9 528	8 736	9 633	9 106
Malmö	4 829	7 295	6 379	6 546	6 930
Luleå ¹	-	-	174	1 838	2 266
Totalt	26 658	28 760	25 539	27 737	27 371

¹ Etablert 2013.

Tabell 29.3 Antall migrationsmål i svenske förvaltningsrätter, innkommet og avgjort

Sakstype	2012		2013		2014		2015	
	<i>Innkomet</i>	<i>Avgjort</i>	<i>Innkomet</i>	<i>Avgjort</i>	<i>Innkomet</i>	<i>Avgjort</i>	<i>Innkomet</i>	<i>Avgjort</i>
Avlägsnandemål ¹	10 026	12 231	11 206	10 229	10 526	11 422	9 045	10 122
<i>Hvorav asyl</i>	<i>9 081</i>	<i>11 260</i>	<i>10 150</i>	<i>9 176</i>	<i>9 267</i>	<i>10 140</i>	<i>7 991</i>	<i>8 943</i>
<i>Hvorav EMA²</i>	<i>340</i>	<i>357</i>	<i>384</i>	<i>378</i>	<i>434</i>	<i>432</i>	<i>342</i>	<i>342</i>
Omgjøringssaker (værkstállighets- mål ³)	1 574	1 617	1 490	1 480	1 634	1 645	1 569	1 566
Oppholdssaker ⁴	5 768	6 590	4 731	5 021	5 597	5 147	5 826	6 446
Statsborgerskap	1 293	1 298	1 329	1 256	1 044	1 220	989	932
Tvangssaker	1 395	1 404	1 531	1 528	1 506	1 519	1 605	1 599
Øvrige	5 715	5 620	6 098	6 025	6 716	6 784	6 772	6 706
Totalt	25 771	28 760	26 385	25 539	27 023	27 737	25 806	27 371

¹ Saker om overprøving av avslag på noen typer søknader (i hovedsak om asyl), eller om utvisning.² EMA er en forkortelse for enslige, mindreårige asylsøkere.³ Saker der en utlending har et endelig vedtak og plikter å forlate riket, og søker om ny vurdering av sitt beskyttelsesbehov.⁴ Søknader om oppholdstillatelse uten sammenheng med avvisning eller utvisning.

punkter. Den ene er at utlendingen har begjært omgjøring overfor Migrationsverket, og dette har avslått, enten av formelle grunner eller etter en realitetsbehandling. Det andre er at Migrationsverket har initiert nye undersøkelser i en sak, uten at dette har ført til endring, og at utlendingen deretter har påklaget utfallet. Omgjøringssakene utgjør en liten andel av migrationsdomstolenes samlede portefølje sammenlignet med porteføljen i UNE, hvor omgjøringssaker utgjør om lag halvparten av beskyttelsessakene årlig. Tallene sier imidlertid lite om hvor mange henvendelser Migrationsverket får om å se på en sak på nytt.

Det er oppstilt mål for saksbehandlingstidene i migrationssaker. Tabell 29.4 viser at domstolene i hovedsak når disse, riktignok med noen forskjell-

er mellom de ulike domstolene. Redusert saksbehandlingstid var ett av målene med den nye instans- og prosessordningen. Evalueringen fra 2009 viste som nevnt at det på evalueringstidspunktet ikke hadde skjedd vesentlige forbedringer. Nyere tall kan tyde på at ordningen nå har gitt positive effekter også når det gjelder saksbehandlingstid.

Saksbehandlingstidene er redusert også ut over det som fremgår av tabellen. For förvaltningsrätten i Stockholm har utvalget fått tall som viser en tydelig nedgang i saksbehandlingstiden fra etableringen i 2006, fra nesten ti måneder til i overkant av tre måneder, alle sakstyper sett under ett.

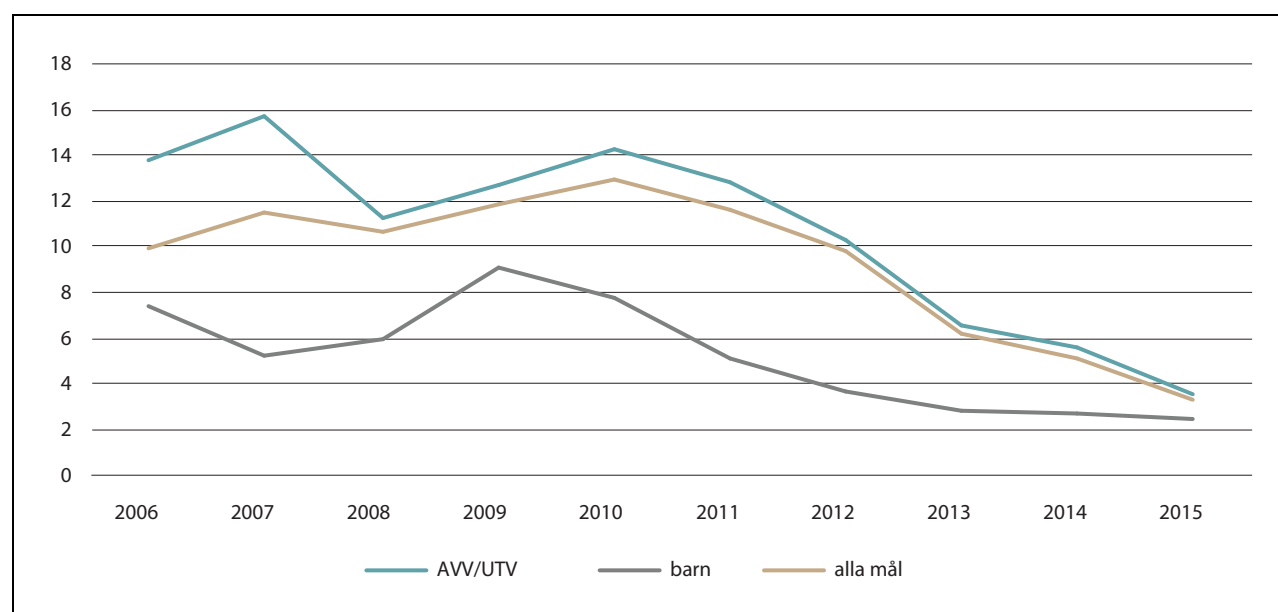
Fordelingen av saker på henholdsvis nemndbehandling (med eller uten muntlighet) og

Tabell 29.4 Saksbehandlingstider i migrationsdomstolene, i måneder

Domstol	Avlägsnandemål. ¹ EMA – Mål: 90 % innen 2 mnd.			Omgjøringssaker (värkställighetsmål ²) – Mål: 90 % innen 1 mnd.			Totalt migrationsmål – Mål: 90 % innen 4 mnd.		
	2013	2014	2015	2013	2014	2015	2013	2014	2015
Göteborg	4,3	4,3	3,3	1,7	1,5	1,2	6,5	7,8	6,1
Luleå	1,9	5,1	2,1	0,6	0,6	0,3	1,9	7,4	7,5
Malmö	3,1	3,5	3,2	0,5	0,7	0,5	5,4	7,1	6,2
Stockholm	2,8	2,7	2,4	0,9	1,0	0,5	6,2	5,1	3,3
Totalt	3,4	3,4	2,8	1,1	1,0	0,7	6,0	6,8	5,4

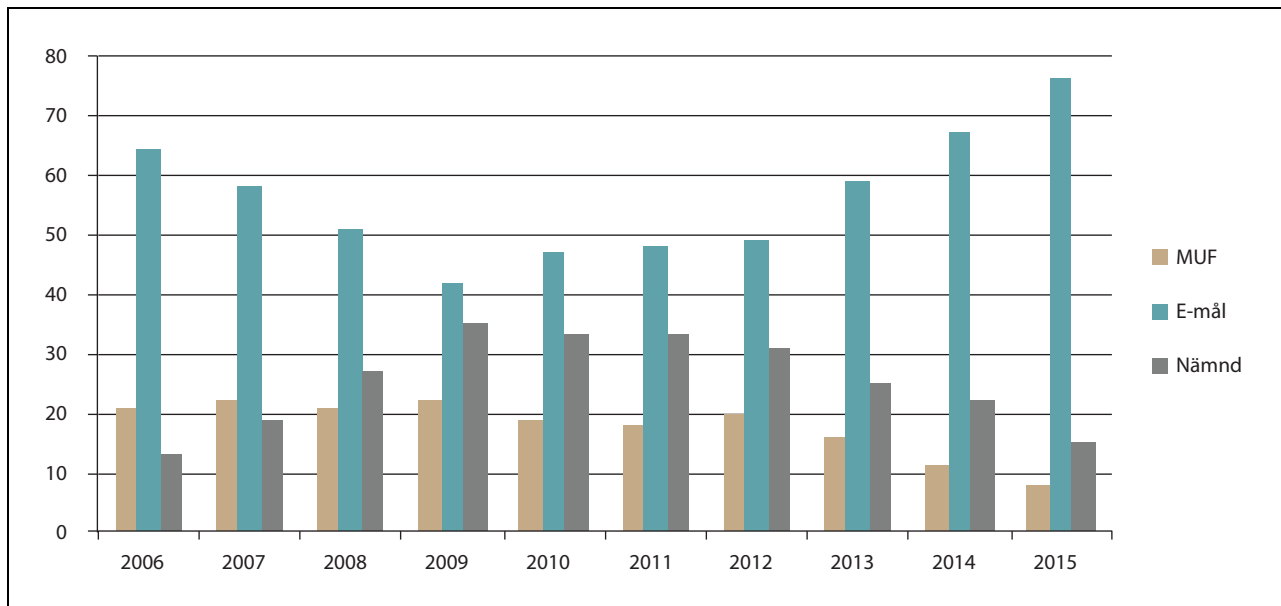
¹ Saker om overprøving av avslag på noen typer søknader (i hovedsak om asyl), eller om utvisning.

² Saker der en utlending har et endelig vedtak og plikter å forlate riket, og søker om ny vurdering av sitt beskyttelsesbehov.



Figur 29.1 Saksbehandlingstider i måneder – migrationsdomstolen i Stockholm¹

¹ AVV/UTV er en forkortelse for saker som gjelder overprøving av vedtak om avslag på en søknad eller om utvisning.



Figur 29.2 Fordeling på behandlingsform i avlægsnandemål¹ (nemnd, muntlig forhandling (MUF), dommer alene (E-mål)) – migrationsdomstolen i Stockholm

¹ Saker om overprøving av avslag på noen typer søknader (i hovedsak om asyl), eller om utvisning.

behandling av en dommer alene har endret seg i løpet av den tiden migrationsdomstolen har vært i funksjon. Som figur 29.2 viser, avgjøres en hoveddel av avlægsnandemålene i förvaltningsrätten i Stockholm av en dommer alene (E-mål), og denne andelen har vært økende de senere årene. Det har vært en markert nedgang i andelen saker som avgjøres etter en saksbehandling som inneholder muntlig forhandling. I de første årene med migrationsdomstoler var denne andelen på ca. 20 %, mens den i 2015 hadde sunket til 8 %. Andelen saker som avgjøres med innslag av muntlighet, varierer også mellom de fire migrationsdomstolene. For saker om beskyttelse var det innslag av muntlighet i 19 % av sakene i Stockholm i 2014, mens samme størrelse for Malmø var 40 %. Gjennomsnittstallet for alle de fire domstolene var 26 % samme år.⁸

29.2.5 Saksbehandlingen i migrationsdomstolene

29.2.5.1 Generelt om saksbehandling og saksgang i migrationsdomstolene

Forvaltningsdomstolene gjennomfører en kontradiktorisk partsprosess. I utlendingssaker er utlendingen og Migrationsverket parter for migrationsdomstolene. Kapittel 16 § 1 i utlänningslagen slår

fast at migrationsdomstolene skal følge saksbehandlingsreglene i förvaltningsprocesslagen, som gjelder for de alminnelige förvaltningsdomstolene, med mindre annet fremgår av utlänningslagen. Det innebærer en enklere prosess enn den som gjelder for de alminnelige domstolene. Saksbehandlingen der er regulert i rättegångsbalken.

Et hovedprinsipp i förvaltningsdomstolene er offisiellprinsippet, som innebærer at domstolene har ansvar for at saken er så godt opplyst som mulig før avgjørelse treffes. Her skiller prosessordningen seg fra det som er utgangspunktet for de alminnelige domstolene i både Sverige og Norge.

Når et vedtak fra Migrationsverket påklages, sendes klagen til vedtaksinstansen, som vurderer den og eventuelt sender videre til domstolen. Migrationsverket har adgang til å gjøre om sitt eget vedtak etter klage, men ikke etter at saken har kommet inn til domstolen. I domstolen blir klagen tildelt en dommer, og det påføres en dato for når saken senest skal være avgjort. Dommeren gjennomgår deretter saken. Ved behov kan den legges til en saksbehandler («föredragande/notarie») for ytterligere utredning eller saksbehandling. Avhengig av sakens karakter, avgjøres saken enten av en dommer alene eller i nemnd. Nemndsbehandling kan være med eller uten muntlig behandling.

Ved nemndsbehandling i migrationsdomstolen settes retten med fire dommere, hvorav en fag-

⁸ Domstolsverket. Se også <https://sverigesradio.se/diverse/appdata/isidor/files/83/15184.pdf>.

dommer og tre lekdommere fra de ordinære lekdommerutvalg i länene. I visse saker kan retten settes med kun en fagdommer, blant annet dersom saken er av «enkel beskaffenhet». I Migrationsöverdomstolen settes retten kun med fagdommere, som hovedregel tre. I tilfeller der avgjørelsen kan få stor praktisk betydning, kan retten utvides til syv dommere.

29.2.5.2 Muntlighet

Saksbehandlingen for migrationsdomstolen er som hovedregel skriftlig, jf. kapittel 16 § 5 i utlänningslagen. Bestemmelsen åpner for muntlig saksbehandling «når det kan antas vara till fördel för utredningen eller främja ett snabbt avgörande av målet.» Av utlänningslagen kapittel 16 § 5 fremgår det videre at migrationsdomstolene skal ha muntlig saksbehandling «om en utlänning som för talan i målet begär det samt förhandlingen inte är obehövlig och inte heller särskilda skäl talar mot det». Det er også krav om muntlig forhandling i visse EØS-saker.

Eventuelle muntlige forhandlinger inngår som ett av flere ledd i utredningen av saken, og kan avholdes når som helst i behandlingsforløpet. Den muntlige delen har derfor i mindre grad karakter av å være en avsluttende «finale» enn en hovedforhandling i den norske sivilprosessen. Det er heller ikke et fast opplegg for hvordan forhandlingene skal foregå, og den enkelte dommer står nokså fritt til å gjennomføre forhandlingene på den måte man anser hensiktsmessig. Varigheten av forhandlingene varierer, men strekker seg normalt over et par timer.⁹

Som nevnt var større grad av muntlighet et sentralt formål med opprettelsen av migrationsdomstolene. Men regjeringen var også bevisst at dette måtte avveies mot effektivitetshensyn, idet det ble uttalt i proposisjonen:¹⁰

«I den nya instans- och processordningen är det viktigt att det finns möjligheter till muntlig förhandling och att inslaget av muntlig förhandling blir större än vad det är i nuvarande ordning. Behovet av muntlig förhandling i den nya ordningen varierar med hänsyn till vilka frågor som skall prövas i målet och förhållandena i det enskilda fallet. Samtidigt som detta behov föreligger måste också vikten av en

effektiv rättegångsordning beaktas. Uttryckt med andra ord bör strävan efter ett så stort inslag som möjligt av muntlig förhandling vägas mot kravet på en snabb handläggning. Vid en sådan avvägning måste beaktas att handläggning i form av muntlig förhandling som huvudregel är mer resurskrävande än skriftlig handläggning.»

Videre ble det understreket at mengden av saker som skal behandles i migrationsdomstolene vil variere. Det var derfor viktig at «[d]en bestämelse som föreskriver i vilka situationer muntlig förhandling måste hållas skall kunna fungera i tider av såväl låg som hög tillströmning av asylsökande». Et krav om muntlig forhandling i et stort antall saker ville gjøre ordningen lite fleksibel og medføre lengre saksbehandlingstider i perioder med stort sakstfang.

I praksis avholdes det muntlige forhandlinger i om lag 25 – 30 % av beskyttelsessakene. Men det er variasjoner mellom de fire migrationsdomstolene. I Stockholm holdes muntlige forhandlinger i under 10 % av sakene totalt (2015), mens tallet for beskyttelsessaker alene er noe høyere. Andelen muntlige forhandlinger i Stockholm har gått ned fra over 20 % i årene etter opprettelsen i 2006. Andre domstoler har en høyere andel muntlige forhandlinger, og i Malmø ligger andelen på 40 % i asylsaker. Det er ikke umiddelbart klart verken hva nedgangen skyldes for Stockholms del, eller hva som er årsaken til forskjellene mellom de ulike domstolene. Ulikheter i sammensetningen av saker, forskjeller i tolkningen av regelverket, kulturforskjeller og andre faktorer kan spille inn. At det har vært en nedgang i Stockholm, kan dels skyldes at intensjonen om økt muntlighet med tiden har fått mindre gjennomslagskraft. Når dommerne med tiden har blitt fortrolige med det nye regelverket og en praksis er etablert, kan behovet for muntlige forhandlinger oppfattes å være mindre.

29.2.5.3 Effektivitet

Også behovet for en effektiv saksbehandling og raske avgjørelser ble fremhevet som et mål for opprettelsen av migrationsdomstolene. Det fremgår av utlänningslagen kap. 16 § 4 at saker om avslag på søknad eller utvisning skal «handläggas skyndsamt».

Som et virkemiddel for å fremme rask saksbehandling, fremhever forarbeidene at domstolene skal legge opp prosessen, særlig en eventuell muntlig del, slik at den er mest mulig konsentrert.

⁹ Bragdø-Ellenes, Sunniva Christina, Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike, Universitetsforlaget 2014 side 217 flg.

¹⁰ Prop. 2004/05:170 punkt 7.5.3.

Proessen må utformes slik at den enkelte av egeninteresse møter til muntlige forhandlinger, og fravær bør kun i unntakstilfelle være til hinder for at saken kan avgjøres.

Forarbeidene påpeker særskilt at domstolene må vurdere nøye om det skal gis utsettelse på frister for å komme med utfyllende informasjon, da dette er en faktor som ofte forlenger saksbehandlingstiden. Förvaltningsrätten i Stockholm har opplyst at den har som mål at ingen sak skal «ligge i ro» i domstolen, og alle saker tildeles en dommer så snart de kommer inn.

29.2.5.4 Fagkyndighet og landinformasjon

I forarbeidene til etableringen av den nye instans- og prosessordningen er det lagt til grunn at migrationsdomstolene, på samme måte som de alminnelige forvaltningsdomstolene, skal bygge sine avgjørelser på det som fremkommer under saksbehandlingen for domstolen. Med unntak av allment kjente og grunnleggende fakta, skal domstolene ikke bygge på annen kunnskap enn den som legges frem fra partene under prosessen. Med dette brøt man med praksis fra ordningen med Utlänningsnämnden, der nämnden hadde et eget ansvar for å innhente relevant kunnskap og landinformasjon.

I første rekke er det Migrationsverkets ansvar å legge frem den nødvendige kunnskap av betydning for avgjørelsen i den enkelte sak, herunder om forhold i andre land. Men prosessordningen stiller også krav til Migrationsverkets begrunnelse for de vedtak som treffes. I proposisjonen uttales det blant annet:¹¹

«Att det överklagade avgörandet har en utförlig motivering är enligt regeringens mening av stor betydelse när det gäller utlänningsens möjligheter att redan i överklagandet kunna koncentrera framställningen till kärnpunkterna i målet.»

Migrationsverket har et eget senter for landinformasjonsinnhenting og analyse, Lifos.¹² Lifos har en database med skriftlige kilder om forholdene i ulike land, og om nasjonal og internasjonal rettspraksis. Databasen har en åpen og en tilgangsbegrenset del. Domstolene har tilgang til den åpne delen på linje med alle andre, mens den tilgangsbegrensede delen er forbeholdt Migrationsverkets ansatte.

¹¹ Prop. 2004/05:170 punkt 7.5.7 side 138.

¹² www.lifos.migrationsverket.se.

Domstolene kan oppnevne sakkyndige i enkeltsaker. De sakkyndige må oppfylle vanlige krav til habilitet, men trenger ikke godkjenning fra partene i saken. Skulle det være behov for ytterligere utredning som ikke kan dekkes på annen måte, har domstolene anledning til å henvisne saken tilbake til Migrationsverket. Dette er imidlertid ment som en siste løsning.

29.2.5.5 Offentlighet og innsyn

Hovedregelen for svenske forvaltningsdomstoler er at allmennheten har innsyn i muntlige forhandlinger, jf. rättegångsbalken kapittel 5 § 1 jf. förvaltningsprocesslagen § 16. Dommeren kan imidlertid beslutte at forhandlingene skal holdes for lukkede dører dersom opplysninger underlagt taushetsplikt gir grunn til det. I slike tilfeller er det vanlig at det pålegges fortsatt taushetsplikt om det som har kommet frem under forhandlingene.

En evaluering utført i 2008 viste at det var vanlig i beskyttelsessaker å beslutte lukkede dører, og også å pålegge fortsatt taushetsplikt etter forhandlingene var avsluttet.¹³ Det ble imidlertid understreket at hovedregelen om offentlighet gjelder også her:¹⁴

«I asylmål torde det ofta kunna antas att sådana känsliga uppgifter kommer att förebringas att det finns skäl att stänga dörrarna. Det förtjänar ändå att påpekas att utgångspunkten är att även förhandlingar i asylmål ska vara offentliga och att domstolen därför i varje enskilt mål måste göra en avvägning mellan offentlighetsintresset och partens intresse av att skyddas från insyn.»

Et særskilt spørsmål var om domstolen kan pålegge taushetsplikt og holde lukkede dører selv om den private parten motsatte seg dette. Migrationsdomstolene hadde tatt opp at en asylsøker ved å be om at forhandlingene var offentlige, på denne måten kunne bidra til at det oppsto et beskyttelsesbehov, eksempelvis ved at hjemlandets myndigheter fikk kjennskap til vedkommendes historie og fattet en negativt ladet interesse for ham. Utredningen konkluderte med at dette ikke kunne begrunne lukkede dører i strid med den private partens ønske:¹⁵

¹³ SOU 2008: 65 Sekretess och offentliga biträden i utlänningsärenden.

¹⁴ SOU 2008: 65 side 45.

¹⁵ SOU 2008: 65 side 47.

«Av Regeringsrättens avgöranden drar jag slutsatsen att det inte är möjligt att med stöd av 7 kap. 14 § sekretesslagen hålla muntlig förhandling inom stängda dörrar om parten inte anser att han eller hon har något behov av det skydd som bestämmelsen är avsedd att ge och det i målet inte heller är fråga om sekretess till skydd för någon annan enskild. Detta följer också närmast av regeln i 14 kap. 4 § sekretesslagen, enligt vilken sekretess till skydd för enskild inte gäller i förhållande till den enskilde själv och dessutom kan efterges av honom eller henne.»

Det ble videre understreket at domstolene må protokollføre og begrunne en beslutning om å avholde muntlige forhandlinger for lukkede dører. Utvalgets inntrykk er at muntlige forhandlinger i praksis også i dag holdes for lukkede dører ved Förvaltningsrätten i Stockholm.

29.2.5.6 Rettsmidler, rettskraft og ny behandling

Anke over avgjørelse fra en migrationsdomstol går til Migrationsöverdomstolen, som ligger til Kammarrätten i Stockholm. For at Migrationsöverdomstolen skal kunne ta en sak til behandling, kreves det samtykke («prövningstillstånd»), jf. utlänningslagen kapittel 16 § 11. Slikt samtykke skal bare gis dersom saken har betydning for den generelle rettsanvendelsen, eller det er andre særlige grunner til at anken bør behandles. Et samtykke kan gjelde kun en del av saken eller et særskilt spørsmål i saken. Migrationsöverdomstolens rolle som prejudikatsdomstol innebærer at den behandler få saker. I praksis vil migrationsdomstolene dermed være siste instans. For 2015 er det opplyst at det ble gitt samtykke for under 1 % av de ca. 10 000 ankene.

Klagefristen er tre uker fra man mottar dommen fra migrationsdomstolen. Om dommen ikke ankes, blir den rettskraftig. Ankes dommen innen fristen, trer rettskraften inn når Migrationsöverdomstolen enten beslutter ikke å gi samtykke («prövningstillstånd»), eller det avsies ny dom.

Dersom det kommer frem nye opplysninger i saken etter at en avgjørelse har blitt rettskraftig, og opplysningene tilsier at vedtaket ikke kan iverksettes (såkalt «værkstøllighetshinder»), kan Migrationsverket ta saken opp igjen på eget initiativ eller etter begjæring fra parten, jf. utlänningslagen kapittel 12 henholdsvis § 18 og § 19. Verket kan da vurdere om saken skal behandles på nytt, og kan gi en tillatelse eller opprettholde den tidligere avgjørelsen. Dersom verket ikke beslutter å

ta saken opp til ny behandling, eller opprettholder den tidligere avgjørelsen etter en ny behandling, kan den nye avgjørelsen påankes til migrationsdomstolen. Dette gjelder likevel ikke verkets vurderinger av medisinske eller praktiske hindre for iverksetting. Kun spørsmål om gjenåpning på grunn av beskyttelsesbehov kan påklages til migrationsdomstolen. I en utredning fra 2009 er ordningen beskrevet slik:¹⁶

«Ett beslut av Migrationsverket att inte med stöd av 12 kap. 18 § utlänningslagen stoppa verkställigheten av ett avlägsnandebeslut och i stället bevilja uppehållstillstånd, kan inte överklagas till domstol. Migrationsverkets bedömning av om en utlännings hälsotillstånd är så dåligt att det bör anses hindra verkställighet kan således aldrig överprövas. Lagstiftarens avsikt med denna ordning var att man skulle förkorta handläggningstiderna jämfört med det tidigare systemet, då hälsotillstånd ofta anfördes som skäl för ny ansökan och föranledde nya prövningar. Möjligheten att överklaga reserverades därför för de fall då verkställighetshinder av skydds-karaktär görs gällande.»

De siste årene har det årlig kommet inn drøyt 1 500 saker om omgjøring til migrationsdomstolene. Antallet omgjøringsanmodninger til Migrationsverket er imidlertid langt høyere – om lag 11–12 000 per år de senere år.¹⁷ Til sammenligning mottar den norske Utlendingsnemnda 4–5 000 omgjøringsanmodninger i asylsaker hvert år.

29.2.5.7 Rettshjelp og dekning av sakskostnader

Det er få formelle krav til en klage til de svenske forvaltningsdomstolene, og retten har en utstrakt veilednings- og utredningsplikt. Meningen er at man skal kunne klage til forvaltningsdomstolene uten å trenge bistand fra en advokat. Generelt fremsettes klager for forvaltningsdomstolene uten bruk av advokat eller annen rettshjelp. Avholdes det muntlige forhandlinger, er det vanligere å la seg bistå av advokat eller rettshjelp.

Etter det svenske regelverket er det den myndighet eller domstol som avgjør hovedsaken, som også avgjør om det skal innvilges fri rettshjelp. I utlendingssaker hører det derfor under Migrationsverket å innvilge fri rettshjelp («offentligt biträde») i visse saker, herunder i asylsaker. For

¹⁶ SOU 2009: 56 side 321.

¹⁷ Migrationsverkets årsredovising 2015 punkt 2.4.

migrationsdomstolene er hovedregelen at den som klager får fri rettshjelp. Dersom Migrationsverket har tildelt en advokat under forvaltningsbehandlingen, følger denne saken videre til domstolen.

Den som klager til migrationsdomstolen, har ikke ansvar for øvrige kostnader, heller ikke Migrationsverkets kostnader dersom klagen ikke førte frem. Det er heller ikke gebyr eller avgift knyttet til det å klage et vedtak inn for migrationsdomstolen.

29.2.6 Relevansen av ordningen i Sverige for spørsmålet om en norsk forvaltningsdomstol

29.2.6.1 Ulike utgangspunkter for en forvaltningsdomstol i Sverige og Norge

I likhet med den norske, er Sveriges styreform et representativt demokrati med parlamentarisme – regjeringen utgår fra et flertall i nasjonalforsamlingen, og er ansvarlig overfor den. Organiseringen av statsforvaltningen i de to land har klare likhetstrekk, med departementene som sentralforvaltning og underliggende direktorater og etater. Styringsforholdene i forvaltningen er imidlertid noe annerledes i Sverige enn i Norge.

Mens norske statsråder treffer en rekke beslutninger i egenskap av leder for departementet, treffes beslutninger på regjeringnivå i Sverige normalt av regjeringen som kollegium. Dermed har man ikke et ministeransvar for feil som begås i underliggende etater på samme måte i Sverige som i Norge. Og mens de norske departementene som hovedregel har alminnelig instruksjonsadgang over sine underliggende organer, har svenske direktorater en større grad av autonomi. De svenske departementene er i større grad enn de norske, begrenset til å være et sekretariat for politisk ledelse. Forskjellene gjenspeiles blant annet i at antall departementer og departementsansatte er lavere i Sverige enn i Norge. Videre regnes ikke de alminnelige domstolene og forvaltningsdomstolene som en tredje statsmakt i Sverige, men er formelt en del av den utøvende myndighet.¹⁸ I Sverige er rettspleie og forvaltning snarere sett som et hele enn som to grener som bør holdes adskilt.

¹⁸ Se Bragdø-Ellenes, Sunniva C. Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike, Universitetsforlaget 2014, side 50, med videre henvisning til Smith, Eivind, Regeringsrätten som «domstol», i Regeringsrätten 100 år, Uppsala 2009 på side 477.

Sverige har ikke samme tradisjon som Norge med domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Klage på forvaltningens avgjørelser har gått til Kongen, senere regjeringen og departementene. Utviklingen av en sentral statsforvaltning på 1600-tallet avdekket behov for et overprøvingssystem.¹⁹ På enkelte områder ble det utviklet egne forvaltningsdomstoler innenfor rammen av den utøvende myndighet. Kammarrätten var den første forvaltningsdomstolen, og det ble innført en egen forvaltningsprosesslov for behandlingen der i 1695. Etter hvert ble det behov for en frittstående domstol som kunne dømme i siste instans i forvaltningssaker. Dette fikk man ved opprettelsen av Regeringsrätten (nå Högsta förvaltningsdomstolen) i 1909.

På 1970-tallet gjennomgikk svensk forvaltning og systemet for overprøving av forvaltningsvedtak, betydelige endringer. Dagens system med alminnelige forvaltningsdomstoler i tre nivåer ble etablert, og det ble innført en egen forvaltningsprosesslov som regulerer prosessen i de alminnelige forvaltningsdomstolene. I 1972 ble forvaltningsdomstolene formelt uavhengige av regjeringen.²⁰ En generell adgang til domstolsprøving av forvaltningsvedtak kom imidlertid ikke før en stund senere.

På 1980-tallet fikk Sverige kritikk fra EMD for ikke å gi adgang til en uavhengig domstolsprøving.²¹ I kjølvannet av dette ble det innført en adgang til «rättsprövning» for Regeringsrätten for avgjørelser som faller inn under virkeområdet for EMK artikkel 6 («civil rights and obligations»). I 2006 ble migrationsdomstolen opprettet, og samme år ble det lovfestet en generell adgang til overprøving av forvaltningsvedtak for den alminnelige forvaltningsdomstolen, jf. förvaltningslagen § 22 a.²² I Sverige bringes forvaltningsvedtak således inn for forvaltningsdomstolen, ikke for de allmenne domstolene som behandler andre typer tvister.

Til å begynne med var ikke den svenske forvaltningsprosessen en partsprosess, idet det var domstolen som representerte allmennheten over-

¹⁹ Se Bragdø-Ellenes, Sunniva C., Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike, Universitetsforlaget 2014, kapittel 2.4, SOU 1994:117 punkt 2.1 og 2.2, og SOU 1991:106.

²⁰ Wiweka Warnling-Nerep, Rättsmedel: om- & överprövning av förvaltningsbeslut, Jure förlag, 1. opplag 2015, side 29.

²¹ Se for eksempel EMDs avgjørelse i Sporrang og Lönnroth mot Sverige (7151/75).

²² Se også Wiweka Warnling-Nerep, Rättsmedel: om- & överprövning av förvaltningsbeslut, Jure förlag, 1. opplag 2015, side 32 jf. side 30.

for den enkelte som påklagde en forvaltningsavgjørelse. Ulempene med denne ordningen ble etter hvert løftet frem, og tanken om en kontradiktorisk partsprosess slo igjennom på midten av 1990-tallet.²³ Begrunnelsen for omleggingen fra en inkvisitorisk preget prosess var blant annet at en partsprosess ville gi en bedre utredning av saken, og at den gamle ordningen kunne føre til at domstolen ble oppfattet som partisk.²⁴

29.2.6.2 Utvalgets kommentarer

Forholdene lå annerledes an ved opprettelsen av migrationsdomstolene i Sverige enn de gjør for det spørsmålet om etablering av en forvaltningsdomstol for utlendingssaker som utvalget skal vurdere. Etter utvalgets syn er det særlig to forhold som svekker relevansen av den svenske løsningen for Norge. Det ene er at den historiske utviklingen når det gjelder domstolsbehandling av forvaltningsvedtak har vært ulik, jf. ovenfor. I Norge prøves forvaltningsvedtak som hovedregel gjennom administrativ klage til overordnet forvaltningsorgan, og de kan bringes inn for de alminnelige domstolene for prøving av vedtakets gyldighet. I Sverige skjer prøvingen primært for forvaltningsdomstoler.

Forut for etableringen av migrationsdomstolene ble klager over Migrationsverkets vedtak behandlet og avgjort av Utlänningsnämnden. Vedtak derfra var ikke gjenstand for ytterligere prøving, verken administrativt eller i domstolene. Etableringen av migrationsdomstolene innebar derfor for det første at forvaltningsvedtak på utlendingfeltet ble underlagt domstolsbehandling. For det annet innebar ordningen at utlendingssaker i prinsippet kan behandles i tre instanser (Migrationsverket, migrationsdomstolen og Migrationsöverdomstolen), mot tidligere bare to. Ordningen ga med andre ord en utvidet mulighet til overprøving sammenlignet med det som var tilfelle tidligere.

I Norge er adgangen til domstolene etablert for lenge siden, gjennom den alminnelige adgangen til domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Dagens norske ordning innebærer at utlendingssaker i prinsippet kan behandles i fem instanser; to forvaltningsorganer og tre instanser i domstolene. Innføring av forvaltningsdomstol til erstatning for UNE og tingretten vil dermed bety at antallet prøvingsinstanser reduseres sammenlig-

net med dagens ordning, mens dagens svenske ordning altså utvidet prøvingsadgangen der. Observasjonen illustrerer at det norske utgangspunktet for opprettelse av en forvaltningsdomstol på utlendingfeltet er et ganske annet enn i Sverige da migrationsdomstolene ble etablert der.

Det andre – og kanskje viktigste – forholdet som etter utvalgets syn svekker relevansen av de svenske migrationsdomstolene for norske forhold, er at man i Sverige kunne ta utgangspunkt i systemet med alminnelige forvaltningsdomstoler, og bygge migrationsdomstolen på erfaringer med dem. Nyordningen innebar i praksis å legge nok et forvaltningsområde til forvaltningsdomstolene, hvilket er et mindre og enklere «grep» enn å etablere et nytt system med forvaltningsdomstol. For utformingen av prosessen for migrationsdomstolene kunne man ta utgangspunkt i en alminnelig forvaltningsprosess, og gjøre nødvendige tilpasninger for særskilte behov på utlendingfeltet. Ettersom vi ikke har en allmenn prosessordning for domstolsbehandling av forvaltningsvedtak i Norge, ville det her måtte lages en helt ny prosessordning.

Et ytterligere forhold som svekker relevansen av det svenske systemet for norske forhold, er at det følger av Grunnloven § 88 at Høyesterett dømmer i siste instans. Migrationsdomstolenes avgjørelser kan ankes til Migrationsöverdomstolen, som er siste instans på sitt område. I Norge ville det å unnta hele eller store deler av utlendingfeltet fra prøving i Høyesterett, neppe være forenlig med Grunnloven. Innføring av en ordning med egen ankedomstol som siste instans ville innebære et markert avvik fra en hovedlinje i det norske domstolssystemet. Etter utvalgets syn ville det heller ikke reelt sett være en god løsning å unnta utlendingssaker fra prøving i Høyesterett. En annen mulighet kunne være en ordning med direkte anke fra forvaltningsdomstolen til Høyesterett. Den ville ikke støte an mot Grunnloven § 88, men heller ikke harmonere godt med Høyesteretts rolle som rettsavklarende instans i prinsipielle saker. Heller ikke dette fremstår derfor som et nærliggende alternativ i dag.

Ved tidligere anledninger er det påpekt til støtte for opprettelse av en domstol på utlendingfeltet, at man dermed kan oppnå større harmonisering med andre land.²⁵ Etter utvalgets syn har hensynet til harmonisering med andre land størst

²³ SOU 2014:76 kapittel 3.7.

²⁴ SOU 1991: 106 side 480 flg. Se også Prop. 1995/96: 22 side 72 flg.

²⁵ Advokatforeningens høringsuttalelser til Mæland-utvalgets delutredning om utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingsnemnda, datert 26. mars 2010, og til NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingssaker.

vekt for reguleringen av materielle spørsmål. Som fremstillingen over viser, har ulikheter i organiseringen gjerne sammenheng med forskjeller på tilstøtende områder, typisk at landet har forvaltningsdomstoler også for andre områder enn utlendingssaker. Dermed ligger det ikke nødvendigvis godt til rette for å overføre de organisatoriske løsningene. Etter utvalgets syn medfører de ulikhetene mellom det svenske og norske systemet som er påpekt ovenfor, at den svenske ordningen ikke bør ses som et tungtveiende argument for å etablere en forvaltningsdomstol for utlendingssaker i Norge.

29.3 Finland

Domstolstrukturen i Finland ligner den svenske, med alminnelige domstoler, forvaltningsdomstoler og spesialdomstoler. Forvaltningsdomstolene har to instanser, der Högsta förvaltningsdomstolen er andre og siste instans. Det er i alt seks forvaltningsdomstoler i første instans. Frem til 1998 ble avgjørelser i asylsaker truffet i Utlänningsverket, og kunne påklages administrativt til Asylnämnden. I 1998 endret Finland systemet for behandling av asylsaker, slik at det i dag er Migrationsverket som behandler søknader i første instans, og avgjørelser derfra kan bringes inn for forvaltningsdomstolene og behandles der etter reglene i förvaltningsprocesslagen og utlänningslagen. Til forskjell fra Sverige er det ikke egne enheter innenfor de finske forvaltningsdomstolene som behandler utlendingssaker; sakene inngår i forvaltningsdomstolenes alminnelige portefølje. I utgangspunktet behandler alle forvaltningsdomstolene klager over Migrationsverkets beslutninger. Forvaltningsdomstolen i Helsinki er imidlertid særskilt utpekt for noen typer saker, blant annet for alle saker som gjelder asyl, jf. utlänningslagen § 193.

De fleste typer vedtak i utlendingssaker kan påklages til forvaltningsdomstolene, men med unntak blant annet for visumsaker.²⁶ Klagefristen («besvärstiden») er normalt 30 dager. En klage innebærer som utgangspunkt at vedtak ikke kan iverksettes før saken er endelig avgjort.²⁷ Ved søknader om asyl som avvises på formelt grunnlag, for eksempel med henvisning til at saken etter Dublin-regelverket skal behandles av et annet land, og for saker som behandles i hurtigprosedyre fordi de anses som åpenbart ubegrunnede,

²⁶ Jf. utlänningslagen §§ 190 og 191.

²⁷ Jf. utlänningslagen § 200.

må det begjæres oppsettende virkning særskilt. En slik begjæring må fremsettes innen syv dager etter at avgjørelsen ble mottatt, og skal behandles av forvaltningsdomstolen innen syv dager. Avgjørelsen treffes av en dommer.

Saker avgjøres normalt av tre dommere, men enkelte saker kan avgjøres av én dommer, for eksempel Dublin-saker. Saksbehandlingen i forvaltningsdomstolene er i hovedsak skriftlig, men muntlige forhandlinger kan avholdes ved behov.²⁸ Muntlige forhandlinger skal avholdes dersom en part begjærer det, med mindre det er åpenbart unødvendig.²⁹ Saksbehandlingen kan fortsette også etter at muntlige forhandlinger er avholdt. En muntlig forhandling kan også begrenses til deler av saken, for eksempel til kun å høre forklaringer fra partene.³⁰ Domstolen kan be partene om nødvendige tilleggsopplysninger og utredninger, og kan også oppnevne sakkyndige, og høre de vitner partene eller retten selv finner nødvendig. Som hovedregel skal det offentlige dekke egne sakskostnader, med mindre klagen var åpenbart grunnløs. Det er også muligheter for en privat part å få sine sakskostnader dekket.

Forvaltningsdomstolens avgjørelser kan ankes til Högsta förvaltningsdomstolen, men behandling der forutsetter samtykke («besvärstillstånd»)³¹ Slikt samtykke kan gis dersom avgjørelsen har betydning for andre lignende saker, det er behov for en rettslig avklaring, eller dersom andre vektige grunner («vägande skäl») tilsier det.

29.4 Danmark

I Danmark kan utlendingssaker behandles i to instanser i forvaltningen. Udlændingestyrelsen, som tilsvarende det norske Utlendingsdirektoratet, behandler alle typer utlendingssaker i første instans. Vedtak fra Udlændingestyrelsen kan påklages i forvaltningen, men til ulike organer, avhengig av sakstype.

Vedtak i *asylsaker* kan bringes inn for Flygtningenævnet, som er et uavhengig, domstolslignende organ, opprettet i 1983. Det består av en formann, som skal være landsdommer eller høyesterettsdommer, og et antall nestformenn, som også skal være dommere. Disse utgjør nævnets formannskap, som utpeker øvrige medlemmer. Nævnets øvrige medlemmer består av advokater, beskikket

²⁸ Jf. förvaltningsprocesslagen § 37.

²⁹ Jf. förvaltningsprocesslagen § 38.

³⁰ Jf. förvaltningsprocesslagen § 37.

³¹ Jf. utlänningslagen § 196.

etter innstilling fra Advokatrådet, og medlemmer beskikket etter innstilling fra henholdsvis organisasjonen Dansk Flygtningehjælp, Udenrigsministeriet og Justitsministeriet. Medlemmer beskikkes for en periode på fire år, med mulighet for gjenoppnevning for nye fire år. Nævnet kan ikke instrueres, og medlemmene kan kun avsettes ved dom. Medlemmene må imidlertid fratres dersom de ikke lenger innehar den stillingen som var bakgrunn for oppnevningen. Regler om nævnets sammensetning, kompetanse og virksomhet finnes i udlændingeloven §§ 53 flg.

Ved behandling av enkeltsaker deltar som utgangspunkt nævnets formann eller en nestformann, en advokat, ett medlem fra Dansk Flygtningehjælp, ett medlem som gjør tjeneste i Udenrigsministeriet og ett medlem som gjør tjeneste i Justitsministeriet, totalt fem. Saker behandles normalt i møter der parten deltar. Parten kan kreve å få fremlegge sin sak muntlig for nævnet.³² Saker om avvisning av klager kan avgjøres av formannen eller en nestformann, det samme gjelder blant annet anmodninger om gjenopptakelse dersom det ikke er grunn til å tro at vedtaket vil bli endret.³³ Også saker hvor det er åpenbart at vilkårene for asyl er oppfylt, kan behandles av formannen eller en nestformann. Sekretariatsbistand for nævnet stilles til rådighet av Justitsministeriet.

Avgjørelsen av åpenbart grunnløse asylsøknader kan ikke påklages. Udlændingestyrelsen sender innstilling til Dansk Flygtningehjælp, som etter en samtale med asylsøkeren avgir uttalelse. Dersom Dansk Flygtningehjælp er enig i at søknaden skal anses som åpenbart grunnløs, får søkeren endelig avslag fra Udlændingestyrelsen. Er Dansk Flygtningehjælp uenig i at søknaden behandles som åpenbart grunnløs, går saken tilbake til Udlændingestyrelsen for ordinær behandling. Et eventuelt avslag i førsteinstans kan påklages til nævnet på vanlig måte.

Flygtningenævnet behandlet 2 030 saker i 2014, med en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på 126 dager. I 16 % av sakene ble vedtaket omgjort. I 2015 behandlet nævnet 1 481 saker, med en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på 103 dager. Omgjøringsprosenten det året var 21.³⁴

Vedtaket i *andre typer utlendingssaker enn asylsaker* kunne frem til 2013 påklages til Justitsministeriet. I oktober 2013 ble det opprettet et nytt forvaltningsorgan – Udlændingenævnet – til å behandle klager i de fleste slike saker (blant annet

familieinnvandring, permanent oppholdstillatelse, visse utvisningssaker, reisedokument mv.). Udlændingenævnet tilsvarende Flygtningenævnet, ved at det ledes av en formann som skal være landsdommer eller høyesterettsdommer, og har et antall nestformenn, som skal være lagdommere. Øvrige medlemmer av nævnet er advokater eller ansatte i et ministerium. Udlændingenævnet kan ikke instrueres, og avgjørelsene derfra kan ikke påklages administrativt. Regler om nævnets sammensetning, kompetanse og virksomhet finnes i udlændingeloven §§ 52 a-52 c.

I den enkelte sak deltar som utgangspunkt en formann eller nestformann, et advokatmedlem og et medlem fra et ministerium. Saker avgjøres i møter, som hovedregel uten deltakelse fra parten. Dersom «særlige grunde» tilsier det, kan imidlertid parten gis adgang. Saker uten spørsmål av «større eller prinsipiell betydning» kan avgjøres av formannen eller den formannen gir fullmakt. Det samme gjelder anmodninger om gjenopptakelse når det ikke er grunn til å tro at avgjørelsen vil bli endret. Sakene forberedes av et sekretariat stilt til rådighet av Justitsministeriet.

Udlændingenævnet behandlet 3 013 saker i 2014, med en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på 116 dager. I 2015 behandlet nævnet 2 564 saker. Den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden var da på 140 dager.³⁵

Saker om opphold på humanitært grunnlag behandles fortsatt av ministeriet, uten adgang til administrativ klagebehandling. Selv om det er adgang til å bringe forvaltningsvedtak inn for domstolene for overprøving i Danmark, jf. grundloven § 63, skjer dette i praksis sjelden for disse sakene.

Opprettelsen av Udlændingenævnet innebar en vesentlig endring når det gjelder adgangen til politisk styring. Ettersom ministeriet ikke lenger behandler andre enkeltsaker på utlendingsfeltet enn søknader om opphold på humanitært grunnlag, og nævnet ikke kan instrueres, er mulighetene for politisk styring på dette området betydelig begrenset. Ordningen med at ansatte i ministeriet deltar i nævndsarbeidet, representerer likevel et demokratisk element i klagebehandlingen.

Både Flygtningenævnet og Udlændingenævnet treffer avgjørelse som siste ordinære instans. En utlending som har fått et negativt vedtak, kan be organet selv om å omgjøre vedtaket. I prinsippet er det også alminnelig adgang til domstolskontroll av deres vedtak, jf. grundloven § 63. Det er likevel noen begrensninger i praksis, særlig for

³² Jf. udlændingeloven § 56 stk. 2.

³³ Jf. udlændingeloven § 53.

³⁴ Tallene er hentet fra www.flm.dk.

³⁵ Tallene er hentet fra www.udln.dk.

Flygtningenævnets del. I udlændingeloven § 56 åttende ledd heter det at Flygtningenævnets avgjørelser er «endelige». Denne bestemmelsen har blitt forstått av domstolene slik at nævnets bevisvurdering ikke kan prøves. Derimot kan domstolene prøve om det foreligger «mangler ved afgørelsesgrundlaget, saksbehandlingsfejl og ulovlig skønsudøvelse».³⁶

For Udlændingenævnets del står det i udlændingeloven § 52 a åttende ledd at nævnets avgjørelser «ikke [kan] indbringes for anden administrativ myndighed». Det synes ikke å være klart om dette vil innebære lignende begrensninger på domstolskontrollen med Udlændingenævnets vedtak som den tilsvarende bestemmelsen for Flygtningenævnet. Det foreligger foreløpig kun et fåtall rettsavgjørelser som gjelder domstolskontroll av Udlændingenævnets vedtak, og ingen avgjørelser av Danmarks Højesteret. For enkelte av Udlændingenævnets sakstyper, blant annet visse utvisningssaker, er det egne regler for domstolsprøving, jf. udlændingeloven § 52. Utlendingen må kreve domstolsprøving innen en tidsfrist, og henvendelsen skal rettes til Udlændingestyrelsen, som fremmer saken for retten. Andre avgjørelser kan bringes inn for domstolene etter den alminnelige ordningen med domstolsprøving av forvaltningsvedtak, jf. grundloven § 63.

29.5 Storbritannia

I Storbritannia avgjøres søknader om opphold og asyl av Home Office i første instans. Ved negativt vedtak kan man klage til First Tier Tribunal, Immigration and Asylum chamber, som er en domstol. Ordningen med «tribunals» til behandling av klager over forvaltningsvedtak gjelder for flere forvaltningsområder, og hører administrativt under HM Courts & Tribunals Service, som er et felles administrasjonsorgan for alle domstolene i Storbritannia.

I de fleste tilfeller innebærer en rettidig anke at iverksettelse av den påankede avgjørelsen utsettes (suspensive appeal), og vedkommende kan oppholde seg i Storbritannia til anken er avvist eller avgjort. Grunnlaget for en anke kan være både lovtolkning, rettsanvendelse og skjønnsutøvelse.

First Tier Tribunal gjennomfører en partsprosess, hvor utlendingen, eventuelt sammen med sin advokat, møter en representant for Home Office. Saker avgjøres som hovedregel etter munt-

lig høring, men høring kan unnlates på visse vilkår, blant annet dersom partene samtykker i det eller domstolen finner at saken kan bli korrekt avgjort uten høring. Domstolen settes med en til tre fagdommere, og i enkelte tilfeller også med lekdommere. Under den muntlige høringen kan parten avgi forklaring og svare på spørsmål, og det kan føres vitner. En muntlig høring i asylsaker skal som utgangspunkt berammes innen 35 dager etter at klagen kom inn til domstolen.

Avgjørelser fra First Tier Tribunal kan ankes til Upper Tribunal, men anken må fremsettes for First Tier Tribunal, og det kreves samtykke for at den skal fremmes. Nektelse av samtykke kan ankes til Upper Tribunal. Det er ytterligere to ankemuligheter, først til Court of Appeal (Court of Session i Skottland) og dernest til the Supreme Court, som er Storbritannias høyeste domstol. Anke er i alle tilfeller avhengig av samtykke.

29.6 Tyskland

Tyskland har seks føderale domstoler; forfatningsdomstol, alminnelig domstol, forvaltningsdomstol, arbeidsrettsdomstol, finansdomstol og sosialrettsdomstol. I tillegg har delstatene egne forfatningsdomstoler, og egne domstoler innenfor de fem ulike områdene. Antall instanser i de enkelte hierarkiene i domstolene varierer. Alle domstolene har en felles overbygning gjennom den føderale forfatningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht). Den føderale forfatningsdomstolen er siste ankeinstans for alle sakstyper, men behandler bare konstitusjonelle spørsmål.

De alminnelige domstolene er inndelt i lokale, regionale, høyere regionale og den føderale høyesterett. Forvaltningsdomstolene har tre instanser, lokale forvaltningsdomstoler, høyere forvaltningsdomstoler i hver delstat og den føderale forvaltningsdomstolen.

Vedtak i utlendingssaker treffes av det føderale kontoret for migrasjon og flyktninger (Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF)). Vedtak kan påklages til forvaltningsdomstolene, i utgangspunktet etter alminnelige regler. For asylsaker gir imidlertid asylprosessloven (Asylgesetz) kapittel 9 egne prosessregler. Klage må leveres innen to uker etter underretning om avgjørelsen. Som hovedregel innebærer ikke en klage utsatt iverksettelse av et vedtak.

I forvaltningsdomstolen behandles sakene normalt av tre dommere og to meddommere. Med mindre saken reiser faktiske eller rettslige spørsmål av spesiell vanskelighet eller er av grunnleg-

³⁶ Flygtningesnævnet 23. beretning 2014 kapittel 4.13.2.1.

gende betydning («grundsätzliche Bedeutung»), kan den også avgjøres av én dommer. Muntlige forhandlinger skal som utgangspunkt avholdes, men kan unnlates dersom saken ikke reiser vesentlige spørsmål av faktisk eller rettslig art, og faktum er klarlagt.

Førsteinstansdomstolens avgjørelser ankes til den høyere forvaltningsdomstolen i delstaten

innen en måned. Dette gjelder ikke for saker som er avvist som åpenbart grunnløse. Ankebehandling er betinget av samtykke fra den høyere forvaltningsdomstolen. Slikt samtykke skal gis dersom de rettslige spørsmål er av grunnleggende betydning, det anføres saksbehandlingsfeil i førsteinstansdomstolen, eller den påankede dom avviker fra tidligere avgjørelse i en høyere instans.

Kapittel 30

Menneskerettslige forpliktelser

30.1 Innledning

I dette kapitlet gis en oversikt over grunnlovsbestemmelser og forpliktelser etter internasjonale konvensjoner av betydning for innretningen av en ordning med overprøving av vedtak fra Utlendingsdirektoratet. Beskrivelsen omhandler både det som tradisjonelt karakteriseres som menneskerettskonvensjoner, så som Den europeiske menneskerettskonvensjonen, og forpliktelser som følger av Norges tilslutning til deler av EU-regelverket.

De sentrale menneskerettskonvensjonene på utlendingsfeltet er FNs flyktningkonvensjon (FK), Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs barnekonvensjon (BK). De tre sistnevnte er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og har ved motstrid forrang foran annen alminnelig lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. FK er inkorporert i norsk rett gjennom utlendingsloven § 3, som sier at loven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av der disse har til formål å styrke utlendingens rettsstilling». Ettersom forpliktelsene følger av norsk lov, er det ikke nødvendigvis dekkende å omtale dem som internasjonale eller konvensjonsbaserte forpliktelser. En slik betegnelse kan likevel være hensiktsmessig, blant annet fordi den markerer at nasjonale myndigheter ikke står helt fritt med hensyn til hva regelverket skal gå ut på.

Det følger av Grunnloven § 95 at «[e]nhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid». Grunnlovsbestemmelsen gjenspeiler en lang norsk tradisjon med adgang til domstolsprøving av forvaltningsvedtak. I Grunnloven § 89 er det videre slått fast at domstolene har rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven. Denne prøvingsretten omfatter også Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. Det spørsmålet om etablering av en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet som ligger i utvalgets mandat, gjelder ikke spørsmål om vedtakene skal unntas fra prøving i domstolene, men om de skal prøves av en forvaltningsdomstol istedenfor å behandles av forvaltningsorganet Utlendingsnemnda (UNE). I utgangspunk-

tet utfordrer ikke denne problemstillingen forholdet til Grunnloven § 95. Går man inn for en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet, må det imidlertid vurderes hvorvidt avgjørelser fra forvaltningsdomstolen skal kunne bringes inn for de alminnelige domstolene. I den sammenheng må det blant annet vurderes om forvaltningsdomstolen vil tilfredsstillende de kravene til uavhengighet og upartiskhet som ligger i Grunnloven. Videre må det tas i betraktning at det følger av Grunnloven § 88 at «Høyesterett dømmer i siste instans».

Det er et grunnleggende prinsipp i utlendingsretten at enhver har rett til å søke beskyttelse i andre land, og til vern mot å bli returnert til et land eller område der vedkommende risikerer å bli forfulgt eller utsatt for overgrep (prinsippet om «non-refoulement»). Forpliktelsene stiller krav til utlendingsforvaltningen, men gir i liten grad føringer for hvordan systemet med overprøving av vedtak skal organiseres. I kapittel 30.2 straks nedenfor går utvalget kort inn på disse forpliktelsene.

Av konvensjonsbaserte forpliktelser, er særlig EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 om rett til et effektivt rettsmiddel, av betydning for utformingen av en overprøvingsordning. Bestemmelsene krever at den enkelte skal ha mulighet til å få avgjort om det foreligger en krenkelse av rettigheter etter konvensjonen. En lignende regel følger av Dublin III-forordningen, som angir at en klage over vedtak om å sende en asylsøker tilbake til et annet europeisk land, skal behandles av «a court or tribunal». Videre nevnes at EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 1 nr. 1 stiller krav om visse prosessuelle garantier for utvisning av personer med lovlig opphold i en konvensjonsstat, ved at en utlending med lovlig opphold som utvises skal ha rett til å komme med innsigelser mot utvisningen, å få saken prøvd på nytt, og å være representert overfor kompetent myndighet. Gjennom praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) og EU-domstolen er det belyst nærmere hva som skal til for at en overprøvingsordning skal tilfredsstillende de aktuelle forpliktelsene. I kapittel 30.3 nedenfor går utvalget nær-

mere inn på hva som ligger i kravet om et effektivt rettsmiddel.

I kapittel 30.4 søkes oppsummert hvilke føringer særlig retten til et effektivt rettsmiddel gir for det spørsmålet om overføring av oppgaver fra UNE som utvalget skal vurdere.

Det følger av EMK artikkel 6 at enhver har rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprett ved lov for å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter («civil rights and obligations») eller straffesiktelse mot seg. Utlendingssaker anses ikke å gjelde «civil rights and obligations» i relasjon til denne bestemmelsen, jf. Maaouia mot Frankrike (39652/98) (avsnitt 37). Kravene til domstolsprøving etter artikkel 6 gjelder derfor ikke direkte på utlendingsfeltet. Utvisning anses videre ikke som straff i henhold til artikkel 6, jf. nevnte dom og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kapittel 15.6.1. Utvisning av en straffedømt utlending utgjør følgelig ikke en gjentatt straffefølgning i relasjon til EMK tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4.

30.2 Retten til å søke beskyttelse (asyl). Prinsippet om «non-refoulement»

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948 artikkel 14 gir uttrykk for at enhver har rett til å søke internasjonal beskyttelse i et annet land, og til å få en slik søknad behandlet. Flyktningkonvensjonen (FK) bygger på denne retten, og gir en nærmere beskrivelse av hvem som skal anses som flyktning. Konvensjonen forutsetter at landet har et system for behandling av søknader om beskyttelse, men inneholder ingen uttrykkelige bestemmelser om klageadgang. Indirekte forutsetter imidlertid både FK og andre konvensjoner at det er etablert ordninger som sikrer at en del saker blir vurdert på nytt.

Både Grunnloven § 93 og flere konvensjonsbestemmelser gir utlendinger vern mot å bli returnert til et land eller område der de risikerer å bli forfulgt eller utsatt for overgrep. Dette prinsippet om «non-refoulement» kommer til uttrykk i EMK artikkel 3, FK artikkel 33, SP artikkel 7 og FNs torturkonvensjon artikkel 3. Statene har plikt til å sikre at en beslutning som pålegger en utlending å forlate territoriet, ikke innebærer risiko for alvorlige hendelser ved retur. Plikten gjelder helt frem til retur faktisk skjer. I praksis må det derfor være et system for prøving også etter at det er truffet avgjørelse om retur. I Norge har utlendingsmyndighetene plikt til å vurdere omgjøring av vedtak om plikt til å forlate riket dersom det fremkommer nye opplysninger som kan tilsi at det foreligger et returvern.

Forpliktelsen til å forhindre retur i strid med dette prinsippet er generell, i den forstand at konvensjonene ikke gir utfyllende regler om hvordan

returvernet skal ivaretas. Det kan således ikke utledes av disse bestemmelsene alene en plikt for statene å ha et formelt klagesystem eller annen overprøvningsordning for å sikre etterlevelse av plikten til non-refoulement. Det avgjørende er at myndighetene sikrer at ingen blir returnert i strid med de nevnte konvensjonsbestemmelsene. Som nevnt følger det imidlertid av EMK artikkel 13 at det skal være adgang til overprøving blant annet av forbudet etter samme konvensjon artikkel 3 om å utsette noen for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, jf. også kapittel 30.3 straks nedenfor.

30.3 Krav om et effektivt rettsmiddel

30.3.1 Innledning

Krav om et effektivt rettsmiddel («effective remedy») kommer for det første til uttrykk i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 8, som i norsk oversettelse sier at «[e]nhver har rett til effektiv hjelp av de kompetente nasjonale domstoler mot handlinger som krenker de grunnleggende rettigheter han er gitt i forfatning eller lov».

EMK artikkel 13 lyder på norsk:

«Art 13 Retten til et effektivt rettsmiddel

Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet uansett om krenkelsen er begått av personer som handler i offisiell egenskap.»

En lignende bestemmelse følger av SP artikkel 2 nr. 3, som lyder:

«3. Hver konvensjonspart forplikter seg til:

Å sikre at enhver, hvis rettigheter og friheter etter denne konvensjonen blir krenket, skal ha adgang til effektive rettsmidler, uansett om krenkelsen er foretatt av personer som har handlet i offentlig tjeneste,

Å sikre at enhver som gjør krav på slike rettsmidler skal få sin rett til dette prøvet av kompetente judisielle, administrative eller lovgivende myndigheter, eller av en annen myndighet som er kompetent i henhold til statens rettsordning, samt å utvikle mulighetene for overprøving for domstolene,

Å sikre at de kompetente myndigheter tar en klage til følge dersom den er funnet å være berettiget.»

Det følger av disse bestemmelsene at stater som er forpliktet etter konvensjonene, må gi mulighet for den enkelte til å få prøvd om en avgjørelse innebærer en krenkelse av rettigheter nedfelt i samme konvensjon. På utlendingsfeltet er retten til et effektivt rettsmiddel særlig aktuell for spørsmål om krenkelse av EMK artikkel 3, som slår fast at ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, og som således forbyr å sende en utlending til steder der denne kan frykte slik behandling. Videre kan retten til et effektivt rettsmiddel være aktuell blant annet for spørsmål om krenkelse av retten etter EMK artikkel 8 til privatliv og familieliv.

Kravet om rett til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13 innebærer ikke krav om domstolsbehandling.¹ Administrativ klagebehandling kan være tilstrekkelig til å oppfylle forpliktelsene etter bestemmelsen. På den annen side medfører konvensjonene ingen plikt til å ha et system med administrativ klagebehandling. Forutsatt at ordningen for overprøving oppfyller de krav som er utmeislet for å kunne anses som et effektivt rettsmiddel, jf. straks nedenfor, er det således opp til det enkelte land om overprøvingen skal skje administrativt eller for domstolene. Om organet skal være en alminnelig domstol, en forvaltningsdomstol eller et forvaltningsorgan, må besvares på grunnlag av en vurdering av hva som anses hensiktsmessig for norske forhold.

30.3.2 Nærmere om innholdet i kravet til et effektivt rettsmiddel

Spørsmål om hva som nærmere ligger i kravet etter EMK artikkel 13, er vurdert av EMD i en rekke saker. Domstolen har tatt som utgangspunkt at det må foretas en helhetsvurdering av den eller de prøvingsmuligheter som er tilgjengelig for å vurdere om kriteriene i artikkel 13 er opp-

fylt.² Statene har en viss skjønnsmargin med hensyn til hvordan de innretter prøvingsadgangen.³ De kriteriene som oppstilles i rettspraksis, gjelder dels krav til institusjonen som sådan, og dels krav til prosessen for organet. Kravene til institusjonen gjelder organisering av det organet som skal prøve om en konvensjonskrenkelse har funnet sted, herunder hvilken kompetanse det må ha for å kunne fylle rollen som overprøvingsorgan. De prosessuelle kravene sier noe om hva slags saksbehandling, etterforskning mv. som må gjennomføres for å sikre at konvensjonskrenkelser blir avdekket og reparert på en tilfredsstillende måte. Det er imidlertid ikke noe skarpt skille mellom de to kategoriene av krav.

Selv om ordlyden i artikkel 13 kan gi et annet inntrykk, er ikke retten til overprøving betinget av at man kan vise til at det rent faktisk er begått en krenkelse.⁴ Etter praksis fra EMD er det tilstrekkelig at man kan vise til en «arguable claim», en rimelig begrunnet påstand, om at det foreligger en konvensjonskrenkelse.⁵ Akkurat hvor terskelen ligger er usikkert, men det er nærliggende å anta at det går en grense mot påstander som er åpenbart grunnløse.⁶ At det etter en nærmere vurdering viser seg at det ikke har funnet sted en krenkelse, utelukker etter dette ikke at det forelå en forpliktelse til å prøve saken. Poenget er at den enkelte skal ha adgang til å få et rimelig begrunnet krav prøvd.

EMK artikkel 13 krever ikke at det foreligger ett organ som oppfyller forpliktelsen for alle påstander om krenkelse av konvensjonens bestemmelser. Flere ulike prøvingsmuligheter (aggregate remedies), som hver for seg ikke fyller kriteriene etter artikkel 13, kan samlet utgjøre en «effective remedy».

I tilfeller der prøvingen skjer for et administrativt organ, har EMD oppstilt enkelte krav som synes påvirket av hvordan domstoler er organisert og fungerer.⁷ For det første kreves at organet har kompetanse til å avgjøre om det foreligger en konvensjonskrenkelse. Begrensninger i så henseende kan innebære at forpliktelsen etter artikkel

¹ Slik også Dokument 16 (2011–2012) punkt 14.6.2 og NOU 2010: 12 punkt 8.2 note 79 med videre henvisning. Se også EMDs avgjørelse i sak *Leander mot Sverige* (9248/81, avsnitt 77). I *Ramirez Sanchez mot Frankrike* (59450/00, avsnitt 165) uttalte EMD at i saker som gjelder forlengelse av isolasjon under soning, er «an effective remedy before a judicial body ... essential». Formuleringen «judicial body» kan indikere at saker hvor det påstås krenkelse av artikkel 3, må underlegges domstolsbehandling for at prøvingen skal fylle kriteriene etter EMK artikkel 13. Utvalget har imidlertid ikke funnet tilsvarende uttalelser i saker om innvandring og utvisning. I de *Souza Ribeiro mot Frankrike* (22689/07), som gjaldt påstand om krenkelse av blant annet artikkel 3 i anledning et vedtak om utvisning, formulerte EMD seg annerledes, ved at den uttalte at en slik påstand krevde «close scrutiny by a national authority» (avsnitt 82).

² EMDs avgjørelse *Silver m.fl. mot Storbritannia* (5947/72, avsnitt 113).

³ EMDs avgjørelse *Kaya mot Tyrkia* (22729/93, avsnitt 106).

⁴ EMDs avgjørelse *Klass m.fl. mot Tyskland* (5029/71, avsnitt 64).

⁵ EMDs avgjørelser *Leander mot Sverige* (9248/81, avsnitt 77) og *Silver m.fl. mot Storbritannia* (5947/72, avsnitt 113).

⁶ Det følger av EMK artikkel 35 nr. 3 at EMD selv skal avvise individklager som er åpenbart grunnløse.

⁷ *Harris, O'Boyle and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, 2. utgave, 2009, side 565.

13 ikke er oppfylt.⁸ Eksempelvis kan dette være tilfelle dersom prøvingen er begrenset til å vurdere hvorvidt underordnet organ har forholdt seg til gjeldende nasjonale lover og regler, og således ikke dekker hele substansen i påstanden om konvensjonskrenkelse. For det andre må prøvingsorganet kunne gi egnet beskyttelse eller oppreisning («relief») gjennom en bindende avgjørelse. En veiledende uttalelse fra en ombudsmann, vil eksempelvis ikke oppfylle forpliktelsen. For det tredje er det i praksis stilt krav om tilstrekkelig uavhengighet i relasjon til det organet som påstås å ha krenket konvensjonsbestemmelsen.⁹ EMDs avgjørelse i saken Khan mot Storbritannia (35394/97) er eksempel på et tilfelle der EMD kom til at klageorganet ikke var tilstrekkelig uavhengig. Domstolen har blant annet stilt krav til oppsigelsesvern for den eller de som treffer avgjørelse i saken.

Retten til en «effective remedy» er et prinsipp også i EU-retten, slått fast i rettspraksis allerede på 1980-tallet.¹⁰ Prinsippet kommer til uttrykk blant annet i artikkel 47 i EUs Charter of fundamental rights, som sier at «[e]veryone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article». Bestemmelsen bruker begrepet «tribunal», men det følger av praksis fra EU-domstolen at dette innebærer judisiell prøving ved en domstol. Her skiller altså charteret lag med EMK artikkel 13. I regelverk med lavere trinnhøyde på utlendingsfeltet brukes ofte uttrykket «court or tribunal». Prosedyredirektivet (2013/32/EU), som Norge ikke er bundet av, gir regler for prosedyren ved behandling av asylsøknader mv. Artikkel 46 i dette regelverket gir en regel om «effective remedy» for personer som har fått avslag på asylsøknad eller en tillatelse tilbakekalt.

Dublin-regelverket regulerer hvilket EU- eller EØS-land som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad, og utgjør således en begrensning i retten til fritt å velge hvilket land man søker asyl i. Den som blir returnert til et annet land på grunnlag av Dublin III-forordningen, har etter samme forordning rett til å klage på vedtaket om retur, og kan også begjære utsatt iverksetting. Etter artik-

kel 27 i Dublin III-forordningen skal klage og begjæring om utsatt iverksetting avgjøres av «a court or tribunal». Returdirektivet (2008/115/EC), som gir felles regler om retur av tredjelandsborgere og er bindende for Norge som en del av Schengen-regelverket, stiller et noe annerledes formulert krav til det organet som skal behandle klager over avgjørelser under direktivet. Av returdirektivet artikkel 13 (1) fremgår at en tredjelandsborger skal ha adgang til å klage på en avgjørelse som pålegger utreiseplikt «before a competent judicial or administrative authority or a competent body composed of members who are impartial and who enjoy safeguards of independence». Etter ordlyden i artikkel 13 kan altså også prøving for administrative organer oppfylle forpliktelsen så lenge kravene til uavhengighet og upartiskhet ivaretas. En forutsetning er i så fall at det aktuelle organet har myndighet til å prøve den avgjørelsen klagen gjelder, og eventuelt kan justere partens rettslige posisjon. Tredjelandsborgeren må også ha mulighet til å skaffe seg juridisk bistand og representasjon.

EU-domstolen har så vidt kjent ikke uttalt seg om forståelsen av begrepet «court or tribunal» i Dublin III-forordningen artikkel 27. Domstolen har derimot gått inn på det tilsvarende begrepet i den tidligere EF-traktatens artikkel 234 (nå TFEU artikkel 267), som gjelder foreleggelse av tolkningsspørsmål for EU-domstolen. Av domstolens retningslinjer for foreleggelse fremgår at domstolen tar stilling til om en innretning faller inn under begrepet «court or tribunal» gjennom en konkret vurdering etter visse kriterier:

«Status as a court or tribunal is interpreted by the Court of Justice as a self-standing concept of European Union law, the Court taking account of a number of factors such as whether the body making the reference is established by law, whether it is permanent, whether its jurisdiction is compulsory, whether its procedure is *inter partes*, whether it applies rules of law and whether it is independent.»

I tråd med det generelle prinsippet om lik forståelse av begreper innen EU-retten, må det antas at den forståelsen det her gis uttrykk for, vil være den samme også ved tolkning av artikkel 27 i Dublin III-forordningen.

I avgjørelsen C-109/07 fra EU-domstolen gjenntas de utgangspunktene som er sitert straks ovenfor, og det uttales særskilt om uavhengighetskriteriet (avsnitt 23):

⁸ EMDs avgjørelse Vilvarajah m. fl. mot Storbritannia (13448/87 avsnitt 123 flg.).

⁹ EMDs avgjørelse Silver m. fl. mot Storbritannia (5947/72) og Riener mot Bulgaria (46343/99, avsnitt 138).

¹⁰ EU-domstolens avgjørelse Case 222/84 Johnston [1986] ECR 1651.

«As regards, more specifically, the independence of the body making a reference, that condition presumes that the body is protected against external intervention or pressure liable to jeopardise the independent judgment of its members as regards proceedings before them (Case C506/04 *Wilson* [2006] ECR I-8613, paragraph 51 and the case-law cited).

The Court has also had occasion to indicate that those guarantees of independence and impartiality require rules, particularly as regards the composition of the body and the appointment, length of service and the grounds for abstention, rejection and dismissal of its members, in order to dismiss any reasonable doubt in the minds of individuals as to the imperviousness of that body to external factors and its neutrality with respect to the interests before it (see, to that effect, *Dorsch Consult*, paragraph 36; Case C-103/97 *Köllensperger and Atzwanger* [1999] ECR I-551, paragraphs 20 to 23; C-17/00 *De Coster* [2001] ECR I-9445, paragraphs 18 to 21; and *Wilson*, paragraph 53). In that regard, in order to consider the condition regarding the independence of the body making the reference as met, the case-law requires, inter alia, that dismissals of members of that body should be determined by express legislative provisions (see, to that effect, *Köllensperger and Atzwanger*, paragraph 21, and Case C-516/99 *Schmid* [2002] ECR I-4573, paragraph 41).»

Språklig sett kan uttrykket «court or tribunal» i EU-retten sies å trekke mer i retning av domstolsprøving enn uttrykket «national authority» i EMK artikkel 13 og uttrykket «competent judicial, administrative or legislative authority» i SP artikkel 2. I rettspraksis er imidlertid administrative organer godkjent etter begge regelsettene. De kriterier som vektlegges, er blant annet uavhengighet, oppsigelsesvern, rettssikkerhetsgarantier, og bindende avgjørelser som kan håndheves.

I avgjørelsen *Csullog mot Ungarn* (30042/08) uttalte EMD at kriteriene etter EMK artikkel 6, som gjelder retten til en rettferdig rettergang, kan gi relevant veiledning også for vurderingen av om en prøving har vært effektiv. EMD fremhevet særlig parts- eller likhetsprinsippet (avsnitt 46):

«As a rule, the fundamental criterion of fairness, including the equality of arms, is a constituent element of an effective remedy.»

EU-domstolen synes å kreve en noe mer «domstolslignende» karakter for det overprøvende organ enn det som kan utledes av EMDs praksis vedrørende EMK artikkel 13, eksempelvis ved å ha partsprosess/kontradiksjon som ett av kriteriene. I den helhetsvurderingen som skal foretas, er imidlertid ikke ett enkelt kriterium nødvendigvis utslagsgivende. Totalt sett er inntrykket at verken Dublin III-forordningen artikkel 27 eller EMK artikkel 13 krever at prøvingen må skje for en formell domstol.

Oppfyllelse av forpliktelsen etter EMK artikkel 13 forutsetter som nevnt tilgang til en «effective remedy». I dette ligger blant annet at prosessen må sikre at en eventuell konvensjonskrenkelse blir identifisert, at relevante tiltak blir gjort for å avhjelpe krenkelsen, eventuelt at det tilkjennes en erstatning for krenkelse som har funnet sted. Prøvingsorganet må kunne avsi en bindende avgjørelse, og avgjørelsen må kunne håndheves og tilkjent erstatning utbetalt. At prøvingen skal være «effective», innebærer naturlig nok ikke at den som påstår seg utsatt for en krenkelse må få medhold, men at det skal skje en reell undersøkelse av om det har skjedd et konvensjonsbrudd.

Hvor grundig prøvingen må være, kan avhenge av arten av den krenkelsen som påstås. I saker om krenkelse av EMK artikkel 2 og 3, har EMD lagt til grunn at slike påstander må underlegges «rigorous scrutiny».¹¹ Andre elementer som kan inngå i vurderingen av om utredningen har vært grundig nok, er om det er avsatt tilstrekkelig tid til utredningen, om relevant informasjon er innhentet, om vitner er avhørt mv. Generelt krever ikke artikkel 13 at det må avholdes muntlige forhandlinger, men den som med rimelig grunn påstår seg utsatt for en konvensjonskrenkelse, må bli hørt i forbindelse med prøvingen av påstanden. Videre kan barns rett til å bli hørt (jf. del III) stille krav til prøvingen.

Den prøvingsadgangen statene stiller til rådighet i tråd med artikkel 13, skal kunne gi en prøving innen rimelig tid. Lang saksbehandlingstid ved organet kan innebære en konvensjonskrenkelse.¹² Urimelig tidsbruk i håndhevelsen eller en ren unn-

¹¹ Eksempelvis EMDs avgjørelse *Hirsi Jamaa m.fl. mot Italia* (27765/09, avsnitt 198).

¹² Se eksempelvis EMDs avgjørelse *Messina mot Italia* (25498/94), der klage over vedtak om restriksjoner under soning ikke ble behandlet på flere måneder. I *Jaremowics mot Polen* (24023/03) konstaterte EMD krenkelse av artikkel 13 på grunnlag av en fem måneder lang saksbehandling av en innsatts klage på avslag på søknad om å inngå ekteskap.

latelse fra myndighetenes side kan i seg selv utgjøre en krenkelse av artikkel 13.¹³

Prøvingsadgangen må være tilgjengelig både rettslig og praktisk.¹⁴ For å kunne gjøre seg nytte av prøvingsadgangen, må utlendingen være gjort kjent med det forhold som kan begrunne en påstand om krenkelse av konvensjonen.¹⁵ Korte frister for å fremme en klage, kan etter omstendighetene innebære en krenkelse av artikkel 13. Manglende tilgang til nødvendig retts hjelp kan også være av betydning for vurderingen av om prøvingsadgangen er praktisk tilgjengelig.¹⁶ Både Dublin III og returdirektivet har regler om utsatt iverksetting og om retts hjelp og juridisk representasjon, jf. blant annet returdirektivet artikkel 13 (2) og (3).

Videre kan manglende mulighet for utsatt iverksetting stå i veien for en effektiv prøvingsrett etter EMK artikkel 13, særlig i saker om inngripende vedtak, slik som ved retur i tilfeller der det anføres frykt for alvorlige overgrep ved effektivering. I *Abdolkhani og Karimnia mot Tyrkia* (30471/08), som gjaldt avslag på asylsøknad for to iranske borgere, uttalte EMD at det måtte kreves at en klage automatisk ga utsatt iverksetting («automatic suspensive effect») ved rimelig begrunnede påstander om krenkelse av EMK artikkel 3 (avsnitt 108). Også i saker om retur til et annet europeisk land etter Dublin-regelverket har EMD konstatert konvensjonsbrudd under henvisning blant annet til at klage over avgjørelsen om retur ikke automatisk medførte utsatt iverksetting.¹⁷ I andre tilfeller enn ved påstand om krenkelse av artikkel 2 eller 3 kreves det ikke «automatic suspensive effect», jf. for eksempel de *Souza Ribeiro mot Frankrike* (22689/07), hvor EMD uttalte (avsnitt 83):

«By contrast, where expulsions are challenged on the basis of alleged interference with private and family life, it is not imperative, in order for a remedy to be effective, that it should have automatic suspensive effect.»

¹³ Se eksempelvis EMDs avgjørelse *Iatridis mot Hellas* (31107/96, avsnitt 66).

¹⁴ Se eksempelvis EMDs avgjørelse *Gebremedhin mot Frankrike* (25389/05).

¹⁵ Se eksempelvis EMDs avgjørelse *Shamayev m.fl. mot Georgia og Russland* (36378/02).

¹⁶ I EMDs avgjørelse *M.S.S. mot Belgia og Hellas* (30696/09) fant EMD at manglende muligheter for retts hjelp og advokatbistand i Hellas «may also be an obstacle hindering access to the remedy and falls within the scope of Article 13, particularly where asylum-seekers are concerned» (avsnitt 319).

¹⁷ EMDs avgjørelse *M.S.S. mot Belgia og Hellas* (30696/09, avsnitt 393).

30.4 Betydningen av de menneskerettslige forpliktelsene for spørsmålet om etablering av en forvaltningsdomstol

Grunnloven § 95 slår fast at «[e]nhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid». Det følger av denne bestemmelsen og konvensjonenes krav til «effective remedy» at vedtak på utlendingsfeltet må kunne overprøves, enten av domstolene direkte eller av domstolene etter en administrativ klagebehandling. Med rett til domstolsprøving, kommer spørsmålet om den konvensjonsbaserte retten til overprøving kan ivaretas utelukkende gjennom en administrativ klagebehandling, ikke på spissen for norske forhold. Spørsmålet for denne utredningen, er om vi fortsatt skal ha en administrativ klageordning i tillegg til domstolsprøving, eller om overprøvingen skal ivaretas av en forvaltningsdomstol. Det avgjørende for om konvensjonsforpliktelsene er oppfylt, er om prøvingsadgangen totalt sett oppfylder kravene til en effektiv overprøving.

Verken Grunnloven eller konvensjonene krever at det skal være en administrativ klageordning på utlendingsfeltet. Rettslig sett ligger det således innenfor rammene for hva som kan bestemmes gjennom alminnelig lov, å overføre UNEs klagesaksbehandling til en domstol. Både Grunnloven og konvensjonsforpliktelsene legger imidlertid føringer for hvordan et slikt system kan utformes.

En domstol med samme konstitusjon og uavhengighet som dagens domstoler, vil oppfylle de kravene til uavhengighet og upartiskhet som ligger i Grunnloven § 95 og konvensjonenes krav til «effective remedy». Om en domstolsløsning også for øvrig vil oppfylle kravene til «effective remedy», vil avhenge av hvordan regelverket for saksbehandlingen utformes. Som nevnt er det i praksis en betingelse at systemet utformes på en måte som innebærer at konvensjonsmessige sider ved et vedtak vurderes på bakgrunn av dagens faktiske forhold. Overprøvingen kan dermed ikke begrenses til en prøving av om Utlendingsdirektoratets vedtak er gyldig på basis av det faktum som forelå da vedtaket ble truffet – et vedtak må kunne endres på bakgrunn av opplysninger som foreligger når prøvingsorganet behandler saken. Overprøvingen av konvensjonsmessige spørsmål må videre omfatte både faktum og skjønn. Det er således tale om en annen, mer inngående type prøving enn den som ligger i domstolenes prøving av gyldigheten av et forvaltningsvedtak.

Som det fremgår av kapittel 27.3.5, kan den som mener seg utsatt for en krenkelse av rettigheter etter EMK og enkelte andre konvensjoner, anlegge søksmål for de alminnelige domstolene med påstand om dom for at et forhold innebærer en konvensjonskrenkelse.¹⁸ Uavhengig av organiseringen av klagebehandlingen, følger det av disse konvensjonene at det også fremover må være adgang for utlendingen til å få prøvd en påstand om konvensjonskrenkelse, enten for et administrativt organ eller for en domstol. I kapittel 32.6 gir utvalget uttrykk for at dersom det skal etableres en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, bør slike søksmål høre under denne domstolen.

I dag behandler UNE et stort antall omgjøringsanmodninger. Hvis UNEs oppgaver med klagesaksbehandling overføres til en forvaltningsdomstol, må enten domstolen selv eller utlendingsforvaltningen kunne justere konklusjonen som følge av endringer i faktum.

Som nevnt er det videre en betingelse at muligheten til overprøving er både rettslig og praktisk tilgjengelig, herunder gjennom tilgang til nødvendig rettshjelp og regler om utsatt iverksetting. Videre vil prøvingsorganet måtte overholde forpliktelsene etter Grunnloven § 104 og barne-

konvensjonen til å høre barn og tillegge deres syn vekt, jf. del III. Disse forpliktelsene gjelder alle typer prosesser, uavhengig av hva slags organ som gjennomfører dem. Totalt sett må det også kunne treffes bindende avgjørelser med hensyn til om vedtaket innebærer en krenkelse av konvensjonsforpliktelser, og om eventuell reparasjon. Overprøvingen må dessuten skje innen rimelig tid.

Etter Grunnloven § 88 dømmer Høyesterett i siste instans. I dette ligger blant annet at avgjørelser fra andre domstoler skal kunne bringes inn for Høyesterett. Adgangen for den enkelte til å få sin sak prøvd for Høyesterett kan begrenses i lov, jf. Grunnloven § 88 første ledd annet punktum, og denne muligheten er benyttet både i straffeprosessen og sivilprosessen, særlig gjennom domstolenes adgang til «ankesiling». Etter reglene i arbeidstvistloven § 58 er dessuten dommer og kjennelser fra arbeidsretten som hovedregel endelige. Å unnta alle eller store kategorier saker på utlendingsfeltet fra Høyesteretts jurisdiksjon, ville imidlertid neppe være forenlig med Grunnloven § 88. Det vises til at særlig asylsakene har en sentral rettssikkerhetsmessig side, og at det foreligger betydelig praksis fra Høyesterett på utlendingsfeltet. Etter utvalgets vurdering følger det av Grunnloven § 88 at avgjørelser på utlendingsfeltet må kunne prøves av Høyesterett, også om UNEs oppgaver med å behandle klagesaker over vedtak fra Utlendingsdirektoratet overføres til en forvaltningsdomstol.

¹⁸ Adgangen til å få fastsettelsesdom gjelder påstander om krenkelse av EMK og SP. Høyesterett kom i Rt. 2012 side 2039 P (avsnitt 101), til at det ikke er en tilsvarende adgang til å få fastsettelsesdom for krenkelse av barnekonvensjonen, blant annet fordi denne ikke inneholder en rett til et effektivt rettsmiddel.

Kapittel 31

Utfordringer ved dagens norske ordning

31.1 Innledning

Spørsmålet om endringer i klageordningen på utlendingsfeltet bør vurderes på bakgrunn av et bilde av de utfordringene som gjør seg gjeldende på området, eventuelt av hvilke forbedringer som ønskes oppnådd. Utover å vise til at «spørsmålet om å opprette en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet har vært et politisk stridstema i en årrekke», gir ikke utvalgets mandat noen nærmere beskrivelse av hvilke utfordringer ved dagens ordning som eventuelt kan tilsi at UNE bør erstattes av en forvaltningsdomstol.

Helt siden oppstarten i 2001 er det ved ulike anledninger fremsatt kritikk mot behandlingen i UNE, både i forbindelse med enkeltsaker og mer systembasert kritikk. Det har også kommet forslag om å evaluere UNE, gjennomgå klagesaksbehandlingen for nemnda, eller å reformere hele klageordningen. Det å etablere en domstol for utlendingsfeltet, har vært en del av diskusjonen. At det ofte er fremsatt kritikk, betyr ikke nødvendigvis at det er utfordringer som bør medføre at UNE omdannes til en forvaltningsdomstol. En slik konklusjon vil særlig være nærliggende dersom det er utfordringer ved UNEs virksomhet som ikke kan bøtes på innenfor dagens ordning.

Av samarbeidsavtalen om utlendingsfeltet mellom Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre, fremgår at målet blant annet med å utrede en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, skal være raskere saksbehandling og raskere retur av personer uten lovlig opphold.¹ Fremskrittspartiet har tidligere fremmet forslag i Stortinget om å utrede en forvaltningsdomstol for utlendingssaker,² og vist til at en slik domstol vil redusere muligheten for å begjære omgjøring av avgjørelser. Sosialistisk Venstreparti, som også

har programfestet å jobbe for innføring av en domstol for utlendingssaker,³ har begrunnet dette med at endringen vil styrke den enkelte asylsøkers rettssikkerhet, mulighet til innsyn og adgang til kontradiksjon.

I dette kapitlet går utvalget noe nærmere inn på forhold ved UNE som kan tale for at det er behov for å endre klageordningen. Betrakningene her er en del av bakgrunnen for utvalgets drøftelse i kapittel 33 nedenfor av om UNEs oppgaver bør overføres til en forvaltningsdomstol.

31.2 Legitimitet, tillit og omdømme

Utlendingsforvaltningen fatter vedtak av stor betydning for de menneskene sakene gjelder. Regelverket gir i noen grad anvisning på skjønn. Det gir behov for et system som inngir tillit, både hos dem som får sine saker behandlet der, hos andre aktører og i befolkningen generelt.

Det er gjennomført undersøkelser om befolkningens tiltro til utlendingsforvaltningen to ganger årlig siden 2002. Undersøkelsene viser at andelen som har tiltro til utlendingsmyndighetene har økt markert siden de første undersøkelsene. Tidligere lå andelen på om lag 30 %, mens den senere var på over 50 %.⁴ På dette punktet skiller ikke undersøkelsene mellom UDI og UNE, slik at det ikke kan trekkes ut hvilket nivå av tiltro som gjelder for hvert av de to organene. Videre fremgår det at svært få av de spurte i undersøkelsen kjente til UNE i utgangspunktet. Dette kan tyde på at UNE lever en nokså anonym tilværelse, og at spørsmålet om tiltro blir besvart på et forholdsvis spinkelt grunnlag. Selv om de gir begrenset informasjon, er undersøkelsene en indikasjon på at tilliten til utlendingsmyndighetenes arbeid er betyde-

¹ Avtale mellom Venstre, Kristelig Folkeparti, Høyre og Fremskrittspartiet om utlendingsfeltet, datert 30. september 2013, punkt E.4.

² Dokument 8:137 LS (2012–2013) og Dokument 8: 127 (2011–2012).

³ SVs arbeidsprogram 2013 – 2017, kapittel 17.

⁴ Se redegjørelse på UNEs nettsider (<http://www.une.no/no/Aktuelt/Redegjorelser/Okt-tiltro-til-norske-utlendingsmyndigheter/>).

lig lavere enn det som i henhold til lignende undersøkelser gjelder for domstolene.

Det er også gjennomført brukerundersøkelser blant personer som har vært i kontakt med utlendingsforvaltningen, herunder advokater og parter. For andre enn advokater, viser resultatene fra den siste undersøkelsen gjennomført i 2014 at 46 % var svært eller ganske fornøyd med den kontakten de har hatt med UNE.⁵ Av den samme gruppen oppga imidlertid bare 35 % at de har tillit til at UNE behandler klager på en korrekt og forsvarlig måte. Det var en nedgang fra 2011, da tallet var 42 %. En andel på 42 % sier at de ikke har slik tillit til UNEs saksbehandling, mens de øvrige har svart «vet ikke». Advokater er ikke omfattet av disse resultatene. Det er verdt å merke seg at andelen som har tiltro til UNEs saksbehandling i denne gruppen, er mindre enn andelen med tiltro til utlendingsforvaltningen i befolkningen generelt, jf. de undersøkelsene av tiltro i befolkningen som er nevnt i foregående avsnitt. Tallene indikerer at partenes kontakt med UNE ikke styrker tilliten til saksbehandlingen der. Samtidig viser brukerundersøkelsen at de som er tilfredse med den kontakten de har hatt med UNE, også har større tillit til at UNE behandler sakene på en korrekt og forsvarlig måte.

I brukerundersøkelsen fra 2014 ble det også stilt spørsmål til to grupper av UDIs brukere; en gruppe som hadde vært i kontakt med UDI per telefon, og en gruppe som hadde benyttet den elektroniske søknadsportalen. I den første gruppen svarte 62 % at de har tillit til at UDI behandler søknader på en korrekt og forsvarlig måte. I den andre gruppen svarte 75 % at de har slik tillit. Brukerundersøkelsen indikerer at brukerne av UDI generelt har større tillit enn brukerne av UNE.

Man skal være varsom med å trekke sikre konklusjoner av slike undersøkelser. En rekke faktorer kan virke inn på oppfatninger om tillit. Over halvparten av de som svarte på brukerundersøkelsen fra 2014 var personer som selv hadde en klagesak til behandling i UNE. Andre kan ha hatt tilknytning til personer med en klagesak til behandling, jf. at de spurte ble valgt ut blant personer som hadde vært i kontakt med UNE. En slik tilknytning til konkrete saker – og utfallet av disse sakene – kan naturligvis prege det generelle inntrykket. Tillitsnivået varierer også med graden av tilfredshet med kontakten med UNE (om man er møtt med respekt, har fått svar på det man lurte på, fikk god service mv.). Samlet gir imidlertid

⁵ Rapport brukerundersøkelser for utlendingsforvaltningen 2014, 6. mars 2015, side 132 flg. om Utlendingsnemnda.

undersøkelsene en indikasjon på at UNE har en utfordring med hensyn til tillit, ikke minst hos egne brukere.

Brukerundersøkelsen fra 2014 rettet seg også særskilt mot advokater som hadde deltatt i nemndmøte i tiden forut for undersøkelsen. Her viser besvarelsene at 76 % av advokatene er tilfredse med samarbeidet med UNE. Spørsmål om gjennomføringen av nemndmøter, herunder om saken ble godt nok belyst, om nemndleder og saksbehandler var godt nok forberedt, og om advokaten fikk anledning til å komme med sine bidrag, ble besvart positivt av et stort flertall av advokatene. Selv om advokatene ikke ble spurt direkte om tillit, gir ikke undersøkelsen indikasjoner på svak tillit til UNE i denne gruppen.

Hvordan ulike kontrollinstanser vurderer UNEs saksbehandling eller avgjørelser, kan også gi en indikasjon på kvaliteten i saksbehandlingen. Hvert år klages UNE inn for Sivilombudsmannen i 50–100 saker. Bare et fåtall av disse klagesakene ender med kritikk.⁶ I søksmål om gyldigheten av UNEs vedtak, er vedtaket opprettholdt i tingretten i gjennomsnittlig drøyt 70 % av sakene de senere årene. At 20–30 % av vedtakene som bringes inn for tingretten kjennes ugyldig, er ikke en ubetydelig andel. På den annen side kan det ikke forventes at UNEs og domstolenes vurdering er sammenfallende i alle tilfeller. Hvor stor andel ugyldige vedtak som kan anses «normalt» eller akseptabelt, er det vanskelig å si noe presist om. Selv om andelen ugyldige vedtak for domstolene kanskje ikke er så stor at den i seg selv indikerer mer systemiske utfordringer ved klagebehandlingen, er den verdt å merke seg.

Evalueringen av UNE fra 2003 konkluderte slik når det gjelder UNEs legitimitet:⁷

«Samlet sett er det åpenbart at UNE har enkelte legitimitetsproblemer som det er svært viktig å gripe fatt i. Dette gjelder særlig valg av behandlingsform, innsyn i saksdokumenter og konsistens i vedtak.

Vi vil imidlertid understreke at ingen – eller så godt som ingen – ser ut til å ønske seg tilbake til den tidligere situasjon der departementet var klageinstans. Den nye ordningen betraktes av de fleste som en forbedring, eller i alle fall som et bedre utgangspunkt for økt rettssikkerhet og effektivitet».

⁶ I 2015 rettet Sivilombudsmannen kritikk mot UNE i to saker, jf. Sivilombudsmannens årsmelding 2015 side 48.

⁷ RhKnoff m.fl. *Evalueringsnemnda* 2003, side 87.

Evalueringen fra 2003 kan vanskelig si noe om tilliten til UNE i dag. Det samme gjelder i noen grad den undersøkelsen om valg av avgjørelsesform som ble utført i 2010, som gjaldt et begrenset tema. Se nærmere om disse rapportene i kapittel 28.

I nyere tid har Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe avgitt en rapport på grunnlag av erfaringer med en rekke rettssaker mot UNE.⁸ I rapporten, som er nærmere omtalt i kapittel 28, uttales det blant annet at retten til innsyn og kontradiksjon er for dårlig ivaretatt i UNE, og at dette kan gå ut over tilliten og legitimiteten til vedtakene. Rapporten inneholder flere anbefalinger om tiltak for å forbedre klagernes rettsikkerhet. Blant annet foreslås det å innføre en formell partsprosess i UNE. Med forslag om til dels omfattende endringer av klagesaksbehandlingen, og med uttrykkelig støtte til tanken om en domstol, gir rapporten inntrykk av at det er et alminnelig syn i fagmiljøet at UNEs saksbehandling ikke inngir den tillit den burde. Innspill utvalget har mottatt fra ulike organisasjoner på utlendingsfeltet fremhever også at UNEs legitimitet svekkes som følge av mangler ved saksbehandlingen, blant annet at mange opplever ikke å bli hørt.⁹ Disse påpeker også at instruksjonsadgangen svekker oppfatningen av UNE som et uavhengig avgjørelsesorgan, og fremhever at en domstol som ikke kan instrueres vil være positivt med tanke på legitimitet.

Ved å sammenligne den målte tilliten til UNE med lignende målinger for andre offentlige myndighetsorganer, kan man få et inntrykk av hvor UNE ligger på skalaen. Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker ble evaluert i 2015, og et element i den evalueringen var tillit.¹⁰ Undersøkelsen viser at tilliten til fylkesnemndene generelt er stor; nærmere 90 % uttrykker tillit til saksbehandlingen. Andelen som uttrykker tillit er imidlertid betraktelig mindre blant foreldre som har vært involvert i en sak for fylkesnemndene, av disse uttrykker de fleste liten tillit til saksbehandlingen. Domstolene nyter generelt stor tillit i befolkningen – de årlige undersøkelsene viser at over 80 % av befolkningen har stor tiltro til domstolene.¹¹ Direktoratet for forvaltning og IKTs innbyggerundersøkelse fra 2015 tyder på at offentlige myndigheter som politiet, skatteetaten

og NAV generelt nyter større tillit i befolkningen enn det undersøkelsene av tiltro til utlendingsmyndighetene indikerer.

31.3 Negative vedtak etterleves ikke

Mange av de som får avslag på sin søknad, etterlever ikke vedtaket. Særlig gjelder dette for saker om beskyttelse, der vedtaket innebærer en plikt til å forlate landet. I stedet blir søkerne værende i Norge ulovlig, og forsøker kanskje å få vedtaket endret gjennom å anmode om omgjøring. Noen tar også ut søksmål om gyldigheten av vedtaket. I 2015 mottok UNE om lag 2 800 anmodninger om omgjøring i beskyttelsessaker. De utgjorde i underkant av 50 % av beskyttelsessakene UNE mottok i 2015. Andelen har ligget noenlunde stabilt på 40–50 % de senere årene, men antallet begjæringer gikk ned fra ca. 4 900 i 2014 til ca. 2 800 i 2015. Det kan være flere årsaker til denne utviklingen, blant annet større oppmerksomhet mot tiltak for å returnere personer uten lovlig opphold, både frivillig og med tvang. Politiets utlendingsenhet uttransporterte i 2014 og 2015 flere utlendinger uten lovlig opphold enn før, og det har også vært en økning i antallet utlendinger som har reist hjem frivillig. Om dette betyr at antallet omgjøringsanmodninger vil fortsette å gå ned, er usikkert. Behandlingen av omgjøringsanmodninger etter avslag i UNE krever uansett mye ressurser.

Det er ulike grunner til at mange ikke innretter seg etter negative vedtak fra UNE. Noen er redde for å vende tilbake til hjemlandet, selv om de objektivt sett ikke har grunn til å frykte forfølgelse. Andre har etablert nettverk og familie i Norge som de ikke ønsker å forlate. De økonomiske forholdene i hjemlandet, mulighetene til å skaffe seg arbeid eller utdanning, risiko for diskriminering og generelt vanskeligere levekår, kan være andre grunner til at mange velger å bli værende, og heller forsøker å få vedtaket omgjort. Muligheten for å be om omgjøring, kanskje kombinert med at man ser at andre når frem med en tilsvarende anmodning, kan i seg selv gi håp om etter hvert å få oppholdstillatelse, og dermed motivere til å bli værende i Norge. Det kan heller ikke utelukkes at det kan spille en rolle for motivasjonen hvem som har truffet avgjørelsen, og hvordan saksbehandlingen forut for avgjørelsen var. Det er rimelig å tro at en opplevelse av ikke å være hørt, eller av at opplysninger eller argumenter ikke er vurdert eller tillagt tilstrekkelig vekt, kan svekke motivasjonen. Dersom man øyner et

⁸ Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett, sluttrapport fra 2014.

⁹ Brev 11. oktober 2016 til særdomstolsutvalget fra blant annet Antirasistisk senter, NOAS, Norsk folkehjelp og Amnesty International Norge.

¹⁰ Evaluering fra Oxford Research, Organisering, effektivitet og rettsikkerhet, 2015, kapittel 8.

¹¹ Tiltroundersøkelse 2016, Ipsos MMI.

håp om å kunne få en tillatelse, kan det være at verken risikoen for å bli uttransportert med tvang, eller dagens ordninger for økonomisk støtte ved retur, gir tilstrekkelige insentiver til å forlate landet.

Blant annet våre internasjonale forpliktelser krever at man i en del tilfeller behandler og avgjør en anmodning om omgjøring. Det å overføre klagebehandlingen fra et forvaltningsorgan til en forvaltningsdomstol, vil ikke medføre at omgjøringsanmodningene forsvinner. Fordi en domstol neppe bør kunne overprøve sine egne avgjørelser eller behandle ny informasjon i første hånd, vil en slik endring av beslutningssystemet derimot medføre at anmodninger om omgjøring vil måtte få en annen saksgang enn i dag. Den svenske løsningen er at omgjøringsbegjæringer behandles lenger «ned» i systemet, hos Migrationsverket, jf. kapittel 29. Det sentrale spørsmålet i denne sammenhengen er om det vil ha noen effekt på motivasjonen til å etterleve et avslag at vedtaket er truffet av en domstol. Utvalget har ikke godt grunnlag for å angi noen hypotese om dette. Det er nærliggende å anta at mer tillit kan bidra til større grad av etterlevelse.

31.4 Kritikk vedrørende muntlighet i få saker for UNE

Det var et vesentlig formål med opprettelsen av UNE i 2001 at den skulle styrke muligheten for den enkelte klager til å møte personlig for beslutningstakerne og forklare seg. Muntlighet var blant annet med på å beskrive UNE som et «domstolslignende» organ. Ganske raskt ble det imidlertid rettet kritikk mot UNE for at det i for liten grad ble avholdt nemndmøter til å avgjøre saker, og manglende muntlighet har vært en gjenganger i kritikken mot UNEs saksbehandling. I evalueringen av UNE fra 2003 kommer det frem at flere aktører, både NOAS, advokater og stortingspolitikere, mente at flere saker burde avgjøres i nemndmøte, og da med klageren til stede.¹² Et slikt synspunkt har ulike organisasjoner på utlendingsfeltet gjentatt overfor utvalget.¹³

I sin sluttrapport fra 2014 gir Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett uttrykk for at det er mangler ved UNEs valg av avgjørelsesform, og ved muligheten for å møte

personlig i nemndmøte. På bakgrunn av de sakene som gruppen behandlet og førte for domstolene, konkluderes det i sluttrapporten med at saker som burde vært avgjort i nemndmøte, ble avgjort av nemndleder.¹⁴ Det gis uttrykk for at praksis med å benytte nemndmøte som avgjørelsesform er for restriktiv, og at saker avgjøres av nemndleder alene i strid med lovens forutsetning om at saker med vesentlige tvilsspørsmål skal avgjøres i nemndmøte. Virkningen av en slik praksis er at den begrenser utlendingers adgang til å forklare seg for beslutningstaker. For saker der det avholdes nemndmøte, konstateres det videre at saken ofte avgjøres uten at klager får anledning til å forklare seg for nemnda. Økt grad av muntlighet er ett av hovedpunktene i sluttrapportens anbefaling om endring av dagens klageordning.¹⁵

Det følger av regelverket at det er i tilfeller der det foreligger vesentlige tvilsspørsmål, dvs. tvil om spørsmål som kan ha betydning for utfallet av saken, at saker skal avgjøres i nemndmøte jf. utlendingsloven § 78 jf. utlendingsforskriften § 16-9. Dersom nemndmøte avholdes, skal klageren som hovedregel gis anledning til å møte. Kriteriene for valg av avgjørelsesform er skjønnsmessige, og det er lagt til UNEs nemndledere å beslutte hvilken form som skal benyttes i den enkelte sak. Siden oppstarten i 2001 har andelen saker som blir behandlet i nemndmøte, ligget på mellom ca. 4 og 8 % av alle sakene i UNE.

I Sverige varierer andelen saker med muntlighet noe mellom de fire migrationsdomstolene. For saker om beskyttelse var det i 2014 gjennomsnittlig innslag av muntlighet i ca. 25 % av sakene. Samtidig viser tall for migrationsdomstolen ved forvaltningsrätten i Stockholm at andelen saker med muntlighet har gått markert ned der de siste årene, fra ca. 20 % i 2006 til 8 % i 2015. Økt bruk av muntlighet var ett av de målene som lå til grunn for omleggingen fra en administrativ klageinstans til migrationsdomstoler i Sverige. I Danmark behandles de fleste beskyttelsessaker muntlig i Flygtningenævnet, mens øvrige saker avgjøres etter skriftlig saksbehandling. Tallene gir ikke nødvendigvis godt grunnlag for å sammenligne praksis i Norge med praksis i Sverige og Danmark – for Sveriges vedkommende særlig fordi innslag av muntlighet der brukes mer «kirurgisk» enn i Norge (på ulike stadier i saksbehandlingsprosessen og for større eller mindre spørsmål i saken). I UNE gis utlendingen normalt bare anledning til å forklare seg muntlig dersom saken

¹² Evaluering 2003 side 57.

¹³ Brev 11. oktober 2016 til særdomstolsutvalget fra blant annet Antirasistisk senter, NOAS, Norsk folkehjelp og Amnesty International Norge.

¹⁴ Sluttrapport 2014 side 22.

¹⁵ Sluttrapport 2014 side 81.

skal avgjøres i nemndmøte. Et nemndmøte omfatter gjerne hele eller store deler av saken.

Muntlighet i bare en liten andel av sakene, og det faktum at en del aktører på feltet oppfatter andelen som for liten, reiser spørsmål om det er behov for justeringer. Forutsetningen for at et ønske om mer muntlighet kan tjene som argument for å overføre klagebehandlingen til en domstol, må imidlertid være at en domstol både formelt og reelt vil kunne praktisere muntlighet i flere saker. Som utvalget kommer tilbake til nedenfor, vil en forvaltningsdomstol av kapasitetsgrunner måtte behandle sakene på en enklere måte enn etter den prosessordningen med muntlig hovedforhandling mv. som gjelder for sivile saker for de alminnelige domstolene. Om overgang til en forvaltningsdomstol reelt sett vil kunne gi større grad av muntlighet, vil bero blant annet på utformingen av regelverket for domstolen, og domstolens ressurser. En vedvarende situasjon med at mange oppfatter at parten ikke får lagt frem saken sin på en ordentlig måte, vil kunne ha negativ innflytelse på tilliten til klagebehandlingen, og dermed også på den enkeltes vilje til å rette seg etter de vedtakene som treffes.

31.5 Kritikk vedrørende innsyn og kontradiksjon

Utlendingsnemnda har også møtt kritikk for manglende innsyn og kontradiksjon, både i enkeltsaker og for praksis generelt. Ved evalueringen i 2003 fikk UNE kritikk for ikke å oppfylle forvaltningslovens krav til partsinnsyn. Evalueringen konstaterte blant annet at klagerne ikke hadde innsyn i interne merknader fra UNEs sekretariat, som danner grunnlaget for behandling av saken i nemndmøte. Heller ikke fikk klageren innsyn i landinformasjon som var innhentet til bruk i saken. Rapporten konkluderte blant annet med at:¹⁶

«... det [er] *tvungende nødvendig at UNE legger om sin praksis når det gjelder partsinnsyn og uttalerett*. I den utstrekning det kan påvises at klager er avgjort på grunnlag av faktiske opplysninger som var ukjent for parten, eller som hun eller han fikk presentert så sent at det ikke var mulig å forberede et svar på en forsvarlig måte, vil dette være brudd på Forvaltningslovens regler om kontradiktorisk saksbehandling.»

Det ble gjennomført enkelte endringer i etterkant av evalueringen som dels var ment å bøte på manglene ved partsinnsyn. Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo) ble opprettet, og virksomheten har etter hvert begynt å legge ut det meste av sine produkter på internett, slik at alle har tilgang til dem. Mengden informasjon er imidlertid stor, og UNE kan også bygge sine avgjørelser på annen informasjon enn den som blir presentert gjennom Landinfo. Utlendingen får ikke innsyn i UNEs kontakt med Landinfo, og dermed ikke full mulighet til å forutsi hva UNE vil basere sin avgjørelse på. I vedtakene blir det gjerne gjengitt, i det minste i generelle vendinger, hvilken landinformasjon som ligger til grunn for vurderingene, men da er det i utgangspunktet for sent for klageren å imøtegå informasjonen. Videre gis det ikke innsyn i sekretariatets merknader til nemndmøte, da disse ses på som interne dokumenter som kan unntas partsinnsyn.

Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe gjentok kritikken mot UNEs praksis vedrørende partsinnsyn og åpenhet i sin sluttrapport fra 2014, og uttalte blant annet:¹⁷

«Dessverre har vi ikke sett en særlig forbedring av denne praktiseringen etter 2003. Vi ser det som positivt at det nå er innført en adgang for klager med advokat å være tilstede under landrådgivers orientering. UNEs interne retningslinjer legger likevel fortsatt opp til en behandling som er problematisk i forhold til forvaltningslovens bestemmelser om innsyn og uttalerett.

Klager med advokat får i alt for liten grad orientering om saksopplysninger som er relevante å kommentere. For eksempel får klageren ikke på forhånd se sakssammendrag og saksbehandlers foreløpige vurdering av sakens hovedproblemstillinger og heller ikke de konkrete landrapporter det vises til.»

Også ulike organisasjoner på utlendingsfeltet har påpekt overfor utvalget at klager og dennes advokat i mange tilfeller får lite innsyn i hva UNE anser som de avgjørende vurderingstemaene på det aktuelle tidspunktet, og at muligheten til å imøtegå informasjon som legges til grunn for avgjørelsene dermed er begrenset.¹⁸

¹⁷ Sluttrapport 2014 side 24.

¹⁸ Brev 11. oktober 2016 til særdomsstolsutvalget fra blant annet Antirasistisk senter, NOAS, Norsk folkehjelp og Amnesty International Norge.

¹⁶ RhKnoff 2003, side 137.

31.6 Mer migrasjon og vanskelig forutsigbare svingninger

Globale forhold peker i retning av flere migranter til Europa, for en stor del asylsøkere. Det er nærliggende å anta at Norge vil få sin del av denne utviklingen. En større tilstrømning kan gi utfordringer for hele utlendingsforvaltningen, herunder for klagebehandlingen av negative vedtak. Virkningen for klageinstansen vil imidlertid bero på hvilken praksis man legger seg på ved UDIs behandling av søknader i første hånd. Utvalgets inntrykk er at UDI til nå har hatt en nokså høy innvilgelsesrate i saker om beskyttelse. Da får UNE en liten andel av sakene til klagebehandling

hos seg. Dersom innvilgelsesraten endres, vil dette – særlig i kombinasjon med et høyere antall asylsøkere – kunne gi en betydelig økning i antallet beskyttelsessaker som skal klagebehandles.

Mens Norge i 2015 mottok over 31 000 asylsøknader, gikk antallet ned til ca. 3 400 i 2016. Særlig den store tilstrømningen av asylsøkere til Europa høsten 2015, understreker behovet for kapasitetsmessig fleksibilitet i utlendingsforvaltningen. Den instans som skal overprøve vedtak fra UDI, bør kunne skaleres både opp og ned, og den må arbeide etter et regelverk som balanserer hensynene til rettssikkerhet og effektivitet på en god måte.

Kapittel 32

Utformingen av en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet

32.1 Innledning

Om det bør etableres en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, kan avhenge av hvordan en slik domstol i tilfelle skal være innrettet og arbeide. I land som har forvaltningsdomstoler, representerer disse domstolene både en egen organisasjon og en egen saksbehandlingsmåte. Forvaltningsdomstoler skiller seg fra ordinær forvaltning ved at de utøver sin dømmende virksomhet på uavhengig basis, og gjerne på grunnlag av en to-partsprosess med kontradiksjon. Der hvor forvaltningsdomstoler står for den ordinære klagebehandlingen, kjennetegnes de videre av at de behandler mange likeartede saker. Dette skiller dem fra de alminnelige domstolene i Norge. I praksis er prosessen for en forvaltningsdomstol ofte enklere enn den alminnelige sivilprosessen, med mer preg av forvaltningsrettslig saksbehandling.

I det følgende drøfter utvalget hvordan en eventuell forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet bør organiseres. EMK artikkel 6 stiller enkelte grunnleggende krav til en domstol. Skal det etableres en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet som erstatning for UNE, bør domstolen oppfylle disse kravene. Et sentralt poeng med en forvaltningsdomstol som erstatning for UNE, må videre være at behandlingen ved denne domstolen kan oppfylle den konvensjonsbaserte forpliktelsen til å gi tilgang til et effektivt rettsmiddel.¹

Dømmende virksomhet forutsetter ordninger for å forberede sakene. Saksforberedelsen vil blant annet bestå i å sørge for kontradiksjon om det som anføres, og å treffe beslutninger om bevisførselen og fremdriften av saken. Både i de alminnelige domstolene og i Trygderetten utføres denne saksforberedelsen internt, hos den instans som skal avgjøre saken. Noen av domstolene har egne utredere som bidrar i behandlingen av sakene. Etter mandatet skal utvalget vurdere om

sakene i en forvaltningsdomstol skal forberedes av UDI eller av et eget sekretariat.

En domstol må ha formell og reell uavhengighet av sakens parter og forvaltningen, for at den skal kunne fylle sin funksjon. Etter utvalgets syn er det opplagt at UDI ikke kan være sekretariat for en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet – domstolen må selv forestå saksforberedelsen. Den nærmere oppgavefordelingen mellom forvaltningsdomstolen og UDI krever imidlertid overveielser. Blant det som må avklares, er om den som vil påklage et vedtak for domstolen, skal sende klagen (saksanlegget) direkte til domstolen, eller om klagen skal sendes til utlendingsforvaltningen for vurdering før denne eventuelt sender videre til domstolen. Videre må det avklares hvilket ansvar domstolen skal ha for opplysningen av sakens faktiske sider. Disse og andre spørsmål om saksbehandlingen for en forvaltningsdomstol, behandles i punkt 32.7 nedenfor.

Det rettslige grunnlaget for en forvaltningsdomstol, og regler for saksbehandlingen der, vil måtte nedfelles i lov. Det naturlige vil være å utforme en egen lov som regulerer både organiseringen av domstolen og saksbehandlingen der, eksempelvis slik trygderettsloven gjør for Trygderetten.² Selv om Trygderetten ikke er en domstol, kan det også ellers være nærliggende å hente inspirasjon fra denne. Fellesnevneren for Trygderetten og en forvaltningsdomstol for utlendingssaker vil være at de avgjør mange saker innenfor et nærmere definert forvaltningsområde, og at sakene behandles som en partsprosess. Videre er det naturlig å hente inspirasjon fra de svenske migrationsdomstolene. Den svenske ordningen er nærmere beskrevet i kapittel 29. Kapittel 32.2 inneholder enkelte skisser som viser hvordan en norsk forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet organisatorisk kan knyttes til de alminnelige domstolene.

Et eget spørsmål, er hvilke begreper som bør brukes ved beskrivelse av en forvaltningsdomstol.

¹ Se kapittel 30 om innholdet i denne forpliktelsen.

² Lov 16. desember 1966 nr. 9 om anke til Trygderetten.

I utgangspunktet er det naturlig å bruke samme terminologi som for andre domstoler, siden det jo forutsetningsvis er tale om en domstol. På den annen side vil en domstol som overtar UNEs oppgave med å overprøve vedtak fra UDI, inngå i systemet med behandling av en forvaltningssak, der betegnelsene «klage» og «vedtak» er innarbeidet. Å benytte de samme betegnelsene som for dagens alminnelige domstoler, kan muligens virke noe fremmed, og det kan tilsløre at forvaltningsdomstolen uansett ikke kan ha den samme prosessordningen som disse. En tredje mulighet – å velge helt andre begreper – kan virke oppkonstruert. I det følgende behandles spørsmålet om terminologi forholdsvis pragmatisk, ved at de begreper som passer best i den konkrete sammenhengen, benyttes. Utvalget bruker betegnelsen «klage» om saksanlegg for forvaltningsdomstolen, særlig fordi formkravene vil ligne mer på dem som gjelder for en forvaltningsklage enn for en stevning. For å understreke forvaltningsdomstolens status som domstol, omtales til gjengjeld forvaltningsdomstolens realitetsavgjørelser som «dommer». Videre benyttes begrepet «anke» om en anmodning om overprøving av forvaltningsdomstolens avgjørelse.

32.2 Én samlet eller flere desentraliserte forvaltningsdomstoler?

Utlendingsnemnda er ett organ, lokalisert i Oslo. Skal klagesaksbehandlingen overtas av en forvaltningsdomstol, oppstår spørsmålet om det skal være én samlet domstol, eller om det skal være flere domstoler, spredt på forskjellige steder i landet. I Sverige er migrationsdomstolen som nevnt lokalisert fire ulike steder.

Det klareste argumentet for en desentralisert løsning, er at den kan gi kortere reisevei, og dermed større tilgjengelighet for brukerne. Av ressursmessige grunner vil det imidlertid antakelig være aktuelt med maksimalt tre eller fire domstoler. Geografisk nærhet for alle, er det med andre ord lite realistisk å oppnå. I prinsippet kan man tenke seg flere forvaltningsdomstoler, geografisk tilpasset øvrig infrastruktur på utlendingsfeltet, eksempelvis forvaltningsdomstoler i nærheten av store mottakssentra. Et slikt system vil imidlertid gi bindinger for mottaksstrukturen, og ikke godt nok reflektere at asylsøkere bare vil utgjøre en del av domstolens brukere. Videre vil mange parter i saker for en forvaltningsdomstol befinne seg i utlandet. Som utvalget kommer tilbake til nedenfor, vil saksbehandlingen for domstolen dessuten

som hovedregel måtte være skriftlig. I tillegg kommer at mulighet for fjernavhør, informasjon på nettsider og annen elektronisk kommunikasjon, også reduserer betydningen av fysisk tilgjengelighet.

Dersom saksbehandlingen for forvaltningsdomstolen legges opp som en partsprosess der UDI skal opptre som part, vil det være ressurskrevende for direktoratet å måtte delta i rettsmøter utenbys (UDI som vedtaksmyndighet er lokalisert i Oslo). Det samme gjelder for Landinfo, som bidrar med sakkyndighet. De ressursmessige sidene ved dette er en del av bakgrunnen for utlendingsloven § 79 tredje ledd, som slår fast at søksmål om gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak etter samme lov, eller om erstatning som følge av slike vedtak, skal anlegges ved Oslo tingrett. I utgangspunktet gir tvisteloven saksøker anledning til å anlegge søksmål mot staten ved saksøkers alminnelige verneting, som er der han eller hun har bopel, jf. tvisteloven § 4-5 åttende ledd. Regelen medførte at søksmål mot Utlendingsnemnda kunne tas ut ved alle tingretter, mens ordningen tidligere hadde vært at slike søksmål måtte tas ut ved Oslo tingrett. Med virkning fra 1. januar 2010 følger det nå som nevnt av utlendingsloven § 79 at søksmål igjen må tas ut for Oslo tingrett. I forarbeidene til lovendringen uttalte departementet blant annet:³

«Både UDIs og UNEs saksbehandlere vil i dag ofte kunne arbeide på sitt kontor før eller etter at de samme dag møter i retten, noe som vanskeligere vil kunne la seg gjøre ved rettssaker utenfor Oslo. Landrådgiverne vil nå også i prinsippet kunne rekke å møte både i retten og i nemndmøte samme dag. Det er riktignok et hovedformål med den nye tvisteloven at sakene skal avvikles raskere enn etter gjeldende lov, men saksbehandlerne og landrådgiverne vil likevel måtte bruke uforholdsmessig mye tid til reising og eventuelt overnatting sammenlignet med dagens situasjon. Økt fravær fra kontoret for saksbehandlerne innebærer redusert tid til alminnelig saksbehandling. Mindre tid til saksbehandling vil igjen føre til økte restanser og økt saksbehandlingstid for søkerne.»

For å avbøte de ulemper denne lovendringen kan medføre for enkelte, ble det innført en kompensasjonsordning hvor staten på visse vilkår dekker

³ Ot.prp. nr. 29 (2007–2008) kapittel 6.

utgifter til reise og opphold i forbindelse med søksmål mot UNE.⁴

I 2015 behandlet UNE ca. 10 000 klagesaker. Også en forvaltningsdomstol må antas å skulle behandle et stort antall saker. Til sammenligning nevnes at Oslo tingrett for sin del behandler ca. en fjerdedel så mange sivile saker hvert år. Isolert sett kan saksmengden tyde på at det vil være fornuftig å dele sakene på flere forvaltningsdomstoler. Nettopp på grunn av saksmengden vil imidlertid mange av sakene måtte behandles på en langt enklere måte enn sivile saker for tingrettene, jf. nedenfor. Sammenligningen av sakstall for en forvaltningsdomstol og de alminnelige domstolene har således begrenset verdi for vurderingen av hvordan et system med forvaltningsdomstol skal legges opp. Det vil særlig være saker om beskyttelse som krever innslag av muntlighet i behandlingen.

En fordel med å beholde sakene samlet i én domstol, er at det legger godt til rette for en enhetlig saksbehandling og praksis. Som det fremgår av kapittel 29 er det enkelte ulikheter mellom de fire migrationsdomstolene i Sverige med hensyn til andelen saker der det avholdes muntlige forhandlinger, andelen innvilgelser, og saksbehandlingstider. Slike ulikheter kan være godt begrunnet, og kan inspirere til utviklingsarbeid. Hensyn til effektivitet og kompetanse kan imidlertid tilsi at virksomheten bør være samlet i én organisasjon.

Etter utvalgets vurdering bør utgangspunktet for en eventuell forvaltningsdomstol være at det etableres én domstol. Så kan erfaring etterhånden – som i Sverige – vise at det er behov for flere enheter. Mye tyder på at en slik fremgangsmåte gjør det lettere å oppnå en hensiktsmessig organisering enn å starte «bredt» med flere domstoler.

En domstol vil måtte arbeide på uavhengig basis. Det vil bli tydeligere for alle at domstolen ikke er en del av utlendingsforvaltningen dersom den fysisk sett plasseres et annet sted enn der UDI er lokalisert. Samtidig vil det som nevnt være ressurskrevende for UDI å skulle ivareta partsfunksjonen i en domstol langt unna. Av ressurs-hensyn antar utvalget at den geografiske avstanden ikke bør være stor, men at det også fysisk – gjennom adskilte bygninger mv. – bør markeres at forvaltningsdomstolen er selvstendig.

32.3 Forholdet mellom forvaltningsdomstolen og de alminnelige domstolene

32.3.1 Innledning

Det følger av Grunnloven § 88 at Høyesterett dømmer i siste instans. For Norges del må derfor også avgjørelser fra en forvaltningsdomstol høre under Høyesteretts jurisdiksjon. I tillegg må det drøftes hvilken plass en forvaltningsdomstol for utlendingssaker for øvrig skal ha i domstolsapparatet.

Utvalgets mandat ber om en utredning av om det bør opprettes en forvaltningsdomstol «til erstatning for Utlendingsnemnda». En eventuell forvaltningsdomstol skal med andre ord erstatte den administrative klagebehandlingen av vedtak truffet av UDI i første hånd. Det følger av dette at forvaltningsdomstolen vil være første trinn i domstolsapparatet for disse sakene. Videre er utvalget bedt om å vurdere hvilke ordninger som bør gjelde for anke over forvaltningsdomstolens avgjørelser, og om anker bør gå direkte til lagmannsretten uten behandling i tingretten. I dette ligger at det skal vurderes både om avgjørelser fra forvaltningsdomstolen skal kunne ankes, og hvilken domstol som eventuelt skal være ankeinstans. Disse spørsmålene behandles i kapittel 32.3.2 straks nedenfor. Spørsmålet om innholdet i ankebehandlingen behandles i kapittel 32.8.

Hvis avgjørelser fra forvaltningsdomstolen skal kunne ankes til lagmannsretten, vil forvaltningsdomstolen være på samme nivå i domstols-hierarkiet som tingrettene. I så fall oppstår det spørsmål om forvaltningsdomstolen skal etableres som en egen domstol, eller om den skal etableres innenfor tingrettene, enten som en avdeling i en tingrett, eller ved at sakene behandles i en tingrett, men slik at denne betegnes som forvaltningsdomstol ved behandling av disse sakene. Historisk sett vil det ikke være noe nytt om tingretten skal skifte betegnelse ved behandlingen av visse sakstyper, jf. at disse (by- og herredsrettene) har hatt rollen også som skifterett og namsrett. Forholdet til tingretten er tema for kapittel 32.3.3 nedenfor.

⁴ Jf. rundskriv A-2009-59 fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

32.3.2 Anke over avgjørelser fra forvaltningsdomstolen

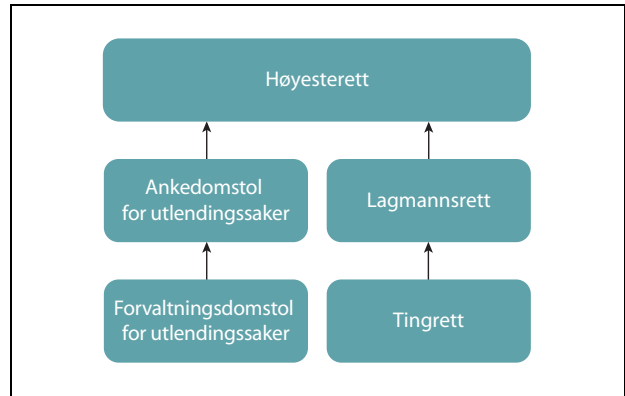
32.3.2.1 Adgang til overprøving?

Etter Grunnloven § 88 dømmer Høyesterett i siste instans. I dette ligger blant annet at avgjørelser fra de alminnelige domstolene skal kunne bringes inn for Høyesterett. Adgangen for den enkelte til å få sin sak prøvd for Høyesterett kan begrenses i lov, jf. Grunnloven § 88 første ledd andre punktum, og denne muligheten er benyttet både i straffeprosessen og sivilprosessen, særlig gjennom domstolenes adgang til «ankesiling». Etter arbeidstvistloven § 58 er dessuten dommer og kjennelser fra Arbeidsretten som hovedregel endelige. Å unnta alle eller store kategorier saker på utlendingsfeltet fra Høyesteretts jurisdiksjon, ville imidlertid neppe være forenlig med Grunnloven § 88. Det vises til at særlig saker om beskyttelse har en sentral rettssikkerhetsmessig side, og at det foreligger betydelig praksis fra Høyesterett på utlendingsfeltet. Etter utvalgets vurdering må avgjørelser på utlendingsfeltet kunne prøves av Høyesterett selv om UNEs oppgaver med å behandle klager over vedtak fra Utlendingsdirektoratet overføres til en forvaltningsdomstol.

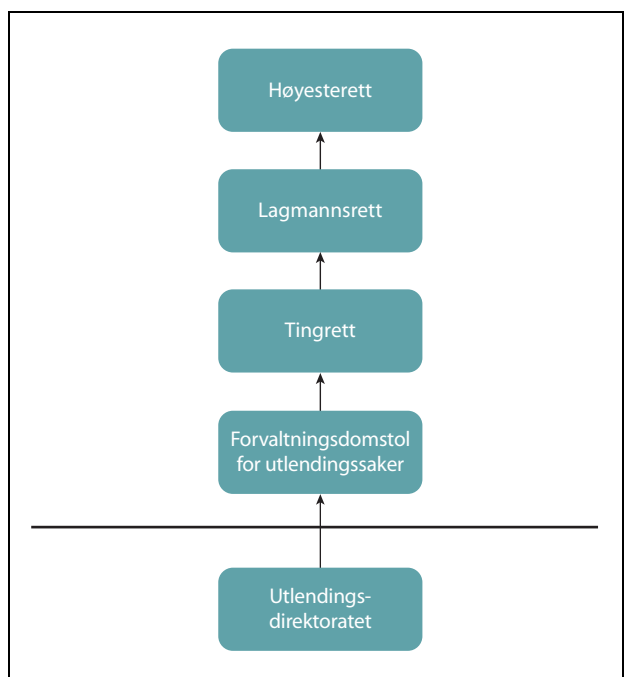
Som øverste domstol har Høyesterett en særskilt rolle med å bidra til rettsavklaring på alle rettsområder. Etter utvalgets mening er det åpenbart at Høyesterett ikke bør være ankeinstans direkte for avgjørelser fra en forvaltningsdomstol som skal erstatte UNE.⁵ Spørsmålet blir dermed om det bør etableres en egen ankedomstol for avgjørelser fra forvaltningsdomstolene, eller om anke skal gå til tingretten eller til lagmannsretten, jf. straks nedenfor. I Sverige kan avgjørelser i migrationsdomstolene bringes inn for Migrationsöverdomstolen. Denne domstolen er siste instans – det er ikke adgang til anke til Högsta förvaltningsdomstolen.

32.3.2.2 Ankeinstans

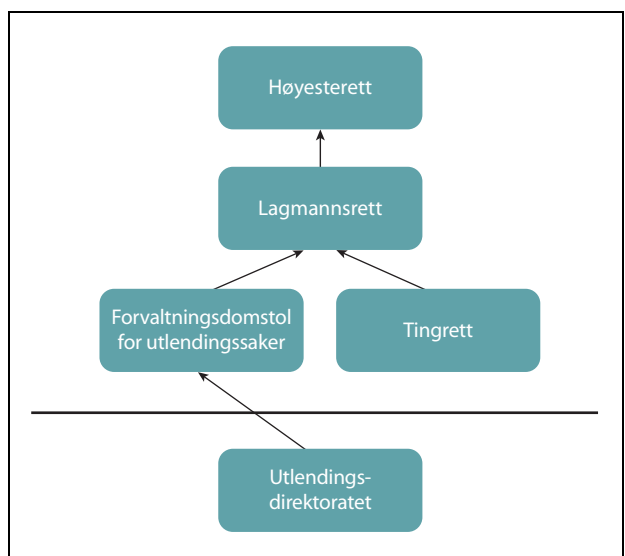
Ettersom vi ikke har formelle forvaltningsdomstoler i Norge, er det heller ikke gitt hvilken domstol som skal behandle anker over avgjørelser fra en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Løsningen vil være enten en egen ankedomstol, opprettet for nettopp disse sakene, eller tingrett eller lagmannsrett som ankedomstol for avgjørelser fra forvaltningsdomstolen. De tre alternativene kan illustreres slik:



Figur 32.1 Egen ankedomstol



Figur 32.2 Tingrett som ankeinstans



Figur 32.3 Lagmannsrett som ankeinstans

⁵ I hvert fall ikke ut over det som ligger i ordningen med direkte anke etter tvisteloven § 30-2.

Den sentrale fordel med en egen anke-domstol (figur 32.1), vil være at en slik domstol, gjennom erfaring med saker innenfor et avgrenset område, får gode forutsetninger for å behandle sakene raskt. Videre vil domstolen kunne få et navn som beskriver virksomheten der, til fordel for den som skal orientere seg om domstolsapparatet. Den mest umiddelbare ulempen vil være at det krever ressurser å etablere en ny anke-domstol på siden av de alminnelige domstolene, og at en slik løsning gir mindre fleksibilitet i ressursdisponeringen sammenlignet med om oppgaven skal ligge til en alminnelig domstol med bredere portefølje. Hvor mange saker en slik anke-domstol for utlendingssaker vil få til behandling, er vanskelig å forutsi. Under dagens ordning behandler tingretten (Oslo tingrett) ca. 150–200 utlendingssaker hvert år, mens lagmannsretten bare mottar noen titalls anker i slike saker. Etter innføring av en forvaltningsdomstol som erstatning for UNE vil antallet ankesaker antakelig bli vesentlig høyere enn det som kommer til lagmannsretten i dag; mens de sakene som bringes inn for lagmannsretten i dag er behandlet av både UNE og tingretten, vil de sakene som pådømmes i forvaltningsdomstolen bare være klagebehandlet i denne instansen. For øvrig vil sakstilfanget til anke-domstolen høyst sannsynlig avhenge av hvilke rettshjelpsordninger som etableres. Endelig nevnes at antallet ankesaker vil variere, blant annet med utviklingen i migrasjonen. Variasjon i sakstilfanget er i seg selv et argument imot å etablere en egen anke-domstol for disse sakene.

På lengre sikt kan et system med en egen forvaltningsdomstol og en egen anke-domstol på utlendingfeltet videre gi en fare for at utlendingretten isoleres fra øvrige deler av forvaltningsretten, og derfor ikke utvikles i takt med dem. Høyesterett vil kunne bidra til «å holde trådene samlet», men bare gjennom et lite utvalg av saker. Foruten jordskifteoverrettene, som ble avvirket med virkning fra 1. januar 2016, er det heller ikke tradisjon for ankesærdomstoler i Norge. Trygderettens avgjørelser kan ankes inn for de alminnelige domstolene (lagmannsretten). Etter utvalgets vurdering bør anke over avgjørelser fra en forvaltningsdomstol for utlendingssaker gå til de alminnelige domstolene.

Et neste spørsmål blir da om det er tingrett eller lagmannsrett som skal være ankeinstans for avgjørelser fra forvaltningsdomstolen. Gjøres lagmannsretten til ankeinstans, vil forvaltningsdomstolen være sidestilt med tingretten i domstolshierarkiet. Skal forvaltningsdomstolens avgjørelser derimot bringes inn for tingretten, vil forvaltnings-

domstolen danne et nivå «under» tingrettene. En slik løsning vil være en nyskaping i det norske rettssystemet.⁶ Løsningen vil videre kunne sies å stå i et noe anstrengt forhold til ordningen med at lagmannsretten er anke-domstol for avgjørelser fra Trygderetten, ikke minst fordi Trygderetten «bare» er et forvaltningsorgan. Den vil også kunne gjøre det vanskelig å oppnå like stor tillit i befolkningen til forvaltningsdomstolen som til andre domstoler. Til støtte for en ordning med lagmannsretten som anke-domstol, taler det videre at forvaltningsdomstolen da vil erstatte både UNE og tingretten, og således gi én klage- eller rettsinstans mindre enn etter dagens system. Med en god behandling i forvaltningsdomstolen, vil anke til lagmannsretten kunne være en forenkling uten negative rettssikkerhetsmessige konsekvenser for den enkelte.

Antallet ankesaker etter behandling i forvaltningsdomstolen er usikkert, men kan bli betydelig, jf. ovenfor. Dette kan tale for at det er tingretten – som den største domstolen – som bør være anke-domstol for avgjørelser fra forvaltningsdomstolen. Lagmannsretten har for sin del allerede i dag en viss anledning til å nekte anker fremmet.⁷ For noen kategorier saker er det også krav om samtykke for at det kan fremmes en anke for lagmannsretten. Avhengig av hva som fastsettes om dette for avgjørelser fra forvaltningsdomstolen, vil ikke anke-domstolen nødvendigvis måtte treffe avgjørelse om realiteten i alle ankesakene. Det å vurdere om en sak skal realitetsbehandles eller ei, krever imidlertid også ressurser. Hensynet til lagmannsrettens arbeidsbyrde kan tale for at tingretten bør være anke-domstol for avgjørelser fra forvaltningsdomstolen.

Etter utvalgets syn taler det som er sagt ovenfor om hensynet til antall instanser, og til at vi ellers ikke har formelle domstoler på nivå under tingretten, tyngst. Utvalget mener derfor at lagmannsretten bør være ankeinstans for avgjørelser fra en forvaltningsdomstol.

32.3.3 Forvaltningsdomstolen som del av tingretten?

Hvis lagmannsretten skal være anke-domstol, slik at forvaltningsdomstolen og tingretten hierarkisk sett vil være sideordnede, oppstår det spørsmål om disse organisatorisk sett bør samordnes på noen måte. Nedenfor følger en skisse av to model-

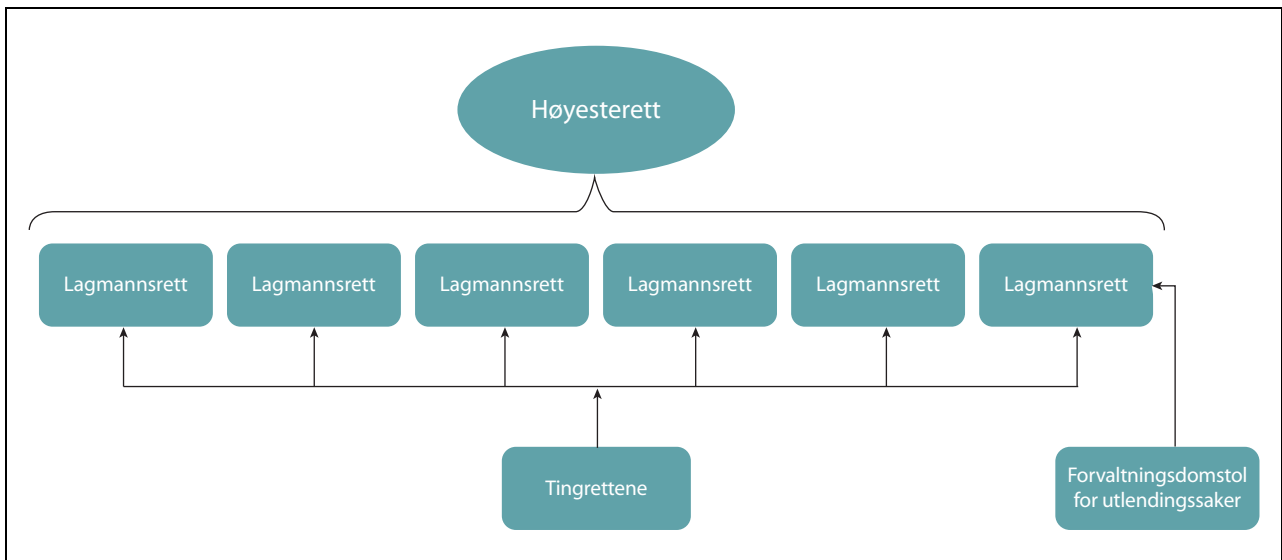
⁶ Forlikrådene ligger under tingrettene, men disse er formelt sett ikke domstoler.

⁷ Tvisteloven § 29–13 andre ledd.

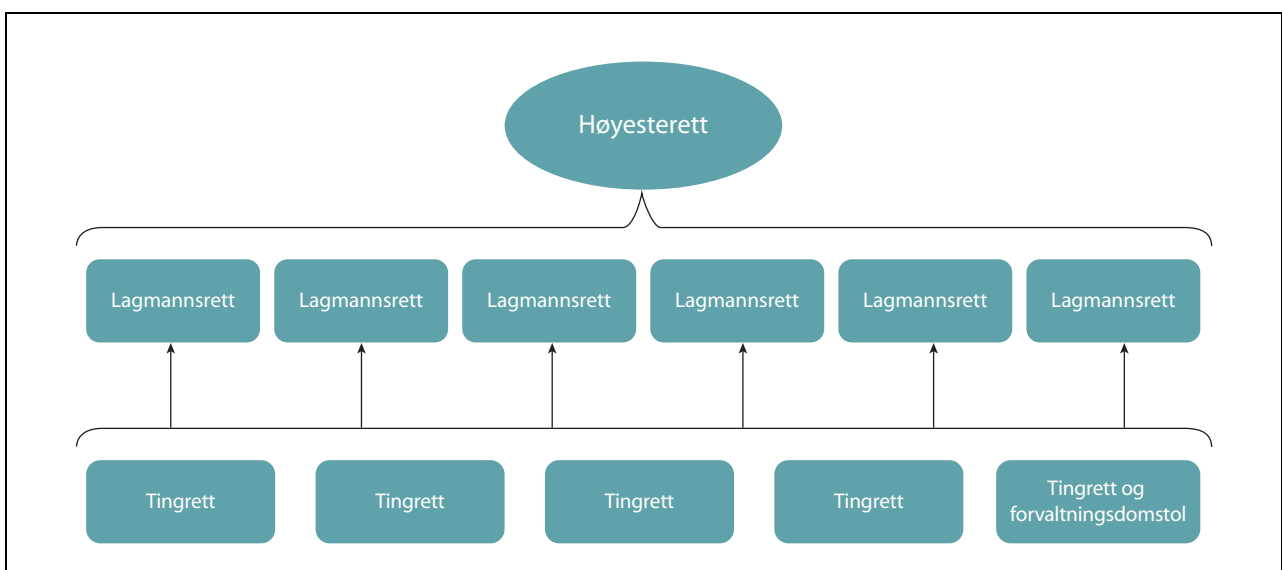
ler. Figur 32.4 beskriver en forvaltningsdomstol organisert som en egen, frittstående enhet, mens figur 32.5 innebærer at utlendingssaker behandles av en avdeling ved en eksisterende tingrett som forvaltningsdomstol.

I prinsippet kan det tenkes et tredje alternativ, nemlig at vedtak i utlendingssaker bringes inn for tingretten, som behandler dem etter en egen prosessordning, under betegnelsen forvaltningsdomstol. Siden en slik ordning ikke innebærer at det opprettes en forvaltningsdomstol, ligger den utenfor det som utvalget etter mandatet er bedt om å utrede. Utvalget går derfor ikke nærmere inn på denne, ut over å nevne at ordningen ville kreve en betydelig styrking av den eller de tingrettene som søksmålene måtte anlegges ved.

Spørsmålet om en forvaltningsdomstol for utlendingssaker bør etableres som et eget organ eller som en avdeling i en eksisterende tingrett, kan ses på flere måter. En egen forvaltningsdomstol, helt adskilt fra tingretten, vil gi domstolen en tydelig identitet, og kan gjøre det enkelt for brukerne å finne frem til den. Den kan også være et bedre utgangspunkt for å etablere et godt fagmiljø med oppmerksomhet mot akkurat dette fagområdet. Pedagogisk sett vil det dessuten kunne være lettere å få frem at prosessen for denne domstolen skiller seg fra prosessen for de alminnelige domstolene, jf. kapittel 32.7 nedenfor. Samtidig er det lett å tenke seg at forvaltningsdomstolen, i hvert fall i en innledende fase, i mindre grad vil nyte godt av den solide tilliten som knytter seg til



Figur 32.4 En egen forvaltningsdomstol



Figur 32.5 Forvaltningsdomstol ved en eksisterende tingrett

dagens domstoler, dersom den etableres som en egen enhet.

En sentral fordel ved å etablere forvaltningsdomstolen innenfor rammene av dagens tingretter, er at det vil legge til rette for at dommere kan rotere mellom utlendingssakene og tingrettens alminnelige portefølje. Dette kan bidra at forvaltningsdomstolen raskt får en «domstolskultur», og dommere med et bredt faglig perspektiv. Videre vil man i større grad kunne trekke vekslere på den infrastruktur mv. som allerede ligger i tingretten. Ordningen vil også gi fleksibilitet, ved at dommere og øvrig personale kan disponeres for både utlendingssaker og tingrettssaker. Som nevnt er svingninger i saksmengden en særskilt utfordring på utlendingsfeltet. Dermed kan den fleksibiliteten som ligger i at domstolen behandler også andre saker, være en betydelig fordel.

Som nevnt i kapittel 27 hadde UNE ved årsskiftet 2015/2016 over 300 ansatte (fordelt på i underkant av 300 årsverk), og slik at de fleste ansatte er saksbehandlere i sekretariatet. Selv om ikke alle UNEs funksjoner vil følge med ved overgang til en forvaltningsdomstol, er det klart at forvaltningsdomstolen vil bli meget stor, særlig hva gjelder antall saker. Etablering av denne som en avdeling i en bestående tingrett vil bety at den aktuelle tingretten vokser betydelig, og at porteføljen domineres av utlendingssaker. Både antallet saker, og at saksbehandlingsreglene vil skille seg fra tvistelovens regler, gjør at behandlingen av utlendingssakene ikke uten videre kan integreres i den vanlige driften av en tingrett. Den aktuelle tingretten vil langt på vei skifte karakter, få kanskje lite til felles med landets øvrige tingretter, og administrasjonen av de alminnelige domstolene kan bli vanskeligere. Tingrettene er også i dag av svært ulik størrelse, og Oslo tingrett har allerede en del spesialfunksjoner. Men i motsetning til øvrige spesialfunksjoner, vil oppgaven som forvaltningsdomstol for utlendingssaker være så stor at den gir tingretten et nytt preg. Utvalget anbefaler ikke at klagebehandlingen på utlendingsfeltet organiseres på en måte som i så stor grad vil rokke ved dagens tingrettsstruktur. En eventuell forvaltningsdomstol bør således etableres som et eget organ.

32.4 Forvaltningsdomstolens administrative overbygning

Domstoladministrasjonen (DA) er sentral administrasjon for de alminnelige domstolene og jordskifterettene i Norge. I tillegg inngår Finnmarks-

kommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark i DAs arbeidsområde. DA tildeler budsjettmidler til den enkelte domstol, og har ansvar for økonomistyring og effektiviseringstiltak i domstolene. Videre har DA blant annet et hovedansvar for å sikre at domstolene har den kompetansen som er nødvendig for å løse sine oppgaver. I tillegg ivaretar DA funksjonen som sekretariat for Innstillingsrådet for dommere, og for Tilsynsutvalget for dommere. DA ble opprettet i 2001, som et tiltak for å sikre domstolenes uavhengighet vis á vis forvaltningen og den lovgivende myndighet.

Hvis forvaltningsdomstolen skal være en avdeling i en alminnelig domstol, er det av praktiske grunner vanskelig å tenke seg annet enn at også virksomheten i forvaltningsdomstolen bør høre under DA. Skal det derimot etableres en egen forvaltningsdomstol, er svaret mindre opplagt. De mest nærliggende alternativene vil være at det etableres en egen administrativ overbygning for forvaltningsdomstolen, eller at den underlegges direkte det departementet som er konstitusjonelt ansvarlig for saksområdet (Justis- og beredskapsdepartementet). Som nevnt hører Arbeidsretten administrativt under Arbeids- og sosialdepartementet. Det samme gjelder Trygderetten, som formelt sett ikke er en domstol. Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker er heller ikke domstoler, men administreres av en egen enhet – Sentralenheten for fylkesnemndene. I Sverige er både de alminnelige domstolene og de alminnelige forvaltningsdomstolene underlagt Domstolsverket.

Etter utvalgets syn vil det ikke være en god løsning å legge en forvaltningsdomstol direkte under departementet. Med vektleggingen av uavhengighet i administrasjonsordningen for de alminnelige domstolene, vil en slik løsning for forvaltningsdomstolen reise spørsmål om uavhengighet for denne domstolen. Staten vil være part i sakene for forvaltningsdomstolen. Dermed er det særskilt behov for et tydelig skille mellom denne domstolen og forvaltningen. Arbeidsretten behandler tvister mellom organisasjonene i arbeidslivet. Med så ulike partskonstellasjoner er Arbeidsretten lite relevant som mønster for en forvaltningsdomstol. Praktisk og ressursmessig virker det heller ikke hensiktsmessig å etablere et eget, nytt organ for administrasjonen av en forvaltningsdomstol. Det vil i så fall innebære oppbygging av en parallell organisasjon til DA, uten at prinsipielle hensyn krever det. Etter utvalgets syn bør en eventuell forvaltningsdomstol høre under DAs arbeidsområde.

32.5 Bemanningen ved forvaltningsdomstolen – kvalifikasjonskrav, ansettelsesforhold og oppsigelsesvern

Nemndledere i UNE skal fylle kravene til dommere, jf. utlendingsloven § 77 tredje ledd. Domstollovens generelle krav til dommere er at de må være norske statsborgere, økonomisk vederheftige, og ikke ha blitt fradømt stemmeretten, jf. domstolloven § 53. De må ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap, og må ha nådd en viss alder (25 år for tingrettsdommere og lagdommere, 30 år for høyesterettsdommere, førstelagmenn og lagmenn, jf. domstolloven § 54). Videre skal de tilfredsstillende høye krav til faglige kvalifikasjoner og personlig egnethet, og dommere til de alminnelige domstolene skal rekrutteres fra en variert yrkesbakgrunn, jf. domstolloven § 55. Dommere utnevnes av Kongen i statsråd, etter innstilling fra Innstillingsrådet for dommere. Nemndledere i Utlendingsnemnda beskikkes av Kongen i statsråd. I motsetning til dommere, er nemndledere oppsigelige på linje med andre tjenestemenn i staten.

Europarådets konsultative råd av dommere (CEPEJ), har i en rådgivende uttalelse pekt nettopp på viktigheten av at dommere i ulike spesialdomstoler bør likebehandles med generalistdommere.⁸

«The guiding principle should be to treat specialist judges, with respect to their status, in no way differently from generalist judges. Laws and rules governing appointment, tenure, promotion, irremovability and discipline should therefore be the same for specialist as for generalist judges.»

Dommere må være uavhengige av øvrige statsmakter i den dømmende virksomheten for å kunne fylle sin funksjon. For å oppnå slik uavhengighet, bør også dommere i en forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet utnevnes som embetsmenn på linje med andre dommere. I likhet med dommerne ved de alminnelige domstolene, bør de utnevnes etter innstilling fra Innstillingsrådet for dommere, og være underlagt Tilsynsutvalget for dommere. Innstillingsrådet har i dag syv medlemmer, mens Tilsynsutvalget har fem.⁹ Når rådene behandler saker vedrørende jordskiftedommere,

justeres rådernes sammensetning slik at også jordskiftedommerne er representert (i saker om utnevning eller konstitusjon er også jordskiftekanidatene representert). Med en forvaltningsdomstol for utlendingssaker vil det på samme måte være nærliggende at forvaltningsdomstolen er representert i saker vedrørende dommere ved denne domstolen.

Videre bør dommerne i forvaltningsdomstolen ha full juridisk utdanning og norsk statsborgerskap, og være personlig egnet for stillingen. Kravet til alder bør være det samme som for tingrettsdommere, dvs. 25 år.

Fordi de skal fungere som spesialister innenfor sitt fagområde, kan det spørres om dommere til forvaltningsdomstolen bør ha tilleggskvalifikasjoner, eksempelvis innenfor menneskerettigheter, folkerett, utlendingsrett, landkunnskap, språk eller kultur. Til illustrasjon nevnes at dommere i jordskifteretten, som også er en særdomstol, har en egen utdanning, jf. domstolloven § 54 andre ledd annet punktum. Utvalget antar imidlertid at det vil gi en bedre rekruttering til domstolen å stille krav til den generelle juridiske kompetansen enn å peke ut enkelte fag som en «inngangsbillett», og dessuten legge vekt på interesse og motivasjon for stillingen. Som medarbeidere i en særdomstol vil dommerne der raskt få betydelig erfaring med utlendingssaker, og kunnskap om feltet. Dette gir et annet utgangspunkt for vurderingen av om det skal oppstilles særskilte kvalifikasjonskrav enn for dommere som skal behandle barnesaker, jf. del IV ovenfor.

32.6 Hvilke saker bør høre under en forvaltningsdomstol?

32.6.1 Innledning

Utlendingsnemnda (UNE) avgjør i dag klager over vedtak etter utlendingsloven og statsborgerloven, truffet av Utlendingsdirektoratet (UDI) som første instans, jf. utlendingsloven § 76 og statsborgerloven § 27. I tillegg til å avgjøre enkelt saker, har UNE dessuten enkelte oppgaver med utgangspunkt i at den er en del av innvandringskjeden, jf. kapittel 27. Det ligger i premissen om at domstoler primært skal drive dømmende virksomhet på uavhengig basis, at det vil være behandlingen og avgjørelsen av enkeltsaker etter utlendingsloven og statsborgerloven som kan overføres til en forvaltningsdomstol. Om alle de ulike sakstypene innenfor disse lovene skal overføres, vil bero på en hensiktsmessighetsvurdering.

⁸ Consultative council of European judges, Opinion (2012) no. 15, avsnitt 53.

⁹ Jf. domstolloven §§ 55 a og 235.

Nedenfor går utvalget nærmere inn på spørsmålet om en forvaltningsdomstol bør behandle alle de typer av vedtak som UDI treffer i første instans, eller om domstolsprosessen bør reserveres for bare noen sakstyper. Videre drøfter utvalget hvilken rolle en forvaltningsdomstol eventuelt skal ha for vedtak truffet av UDI som klageinstans. Et ytterligere – og praktisk viktig – spørsmål, er hvem som skal behandle anmodninger om omgjøring av avgjørelser fra forvaltningsdomstolen på grunnlag av nye eller andre faktiske omstendigheter. Dette er tema for kapittel 32.6.3.

Etter utlendingsloven § 76 tredje ledd kan departementet på visse vilkår beslutte at et vedtak fra UDI til gunst for en utlending, skal overprøves av UNE. I slike tilfeller kan UNE prøve om vedtaket er gyldig. Er vedtaket ugyldig, sendes saken tilbake til UDI. Er vedtaket derimot gyldig, kan det ikke oppheves eller endres, men UNE kan avgi en uttalelse om sakens prinsipielle side. Tilsvarende kan departementet ta ut søksmål om gyldigheten av UNEs vedtak til gunst for en utlending, jf. utlendingsloven § 79 andre ledd. Reglene om departementets adgang til å kreve prøving for UNE og domstolene, kom inn i dagjeldende utlendingslov i 2005, samtidig med vedtakelsen av enkelte andre mekanismer for å styrke departementets styring på utlendingsfeltet. Ordningen reiser spørsmål om staten ved departementet bør kunne anlegge søksmål for forvaltningsdomstolen med påstand om at et vedtak fra UDI til gunst for en utlending, er ugyldig. Videre blir spørsmålet om staten ved departementet bør kunne anke en avgjørelse fra forvaltningsdomstolen.

Så vidt utvalget kjenner til, har adgangen for departementet til å kreve prøving av vedtak til gunst for en utlending, sjelden eller aldri vært benyttet. Det kan således være spørsmål om behovet for å videreføre den aktuelle ordningen inn i et system med en forvaltningsdomstol. Reelt sett vil uenigheten i slike tilfeller være mellom departementet og UDI eller UNE, som jo begge representerer staten. Etter utvalgets skjønn er det ikke naturlig at uenighet mellom departementet og UDI skal kunne løses i form av en sak for forvaltningsdomstolen mot utlendingen. Siden adgangen etter dagens § 76 tredje ledd heller ikke synes å ha vært viktig i praksis, legger ikke utvalget inn en tilsvarende adgang for departementet til å bringe saken inn for forvaltningsdomstolen.

Temaet i utlendingssaker for forvaltningsdomstolen vil i de fleste tilfeller være om UDIs vedtak skal opprettholdes. I dag kan det også anlegges søksmål for de alminnelige domstolene med påstand om fastsettelsesdom for at et forhold inne-

bærer (eller har innebåret) brudd på rettigheter etter de sentrale menneskerettskonvensjonene. Videre kan det nedlegges påstand om krav på erstatning som følge av utlendingsmyndighetens behandling av en utlendingssak. Dersom det skal etableres en forvaltningsdomstol, oppstår spørsmål om også slike søksmål skal anlegges for denne domstolen, eller om de fortsatt må anlegges for de alminnelige domstolene. Slike saker vil gjerne springe ut av en utlendingssak, og temamessig henge nært sammen med det som forvaltningsdomstolen ellers skal vurdere. Dette taler for at slike søksmål skal høre under forvaltningsdomstolen. I samme retning taler det at denne løsningen vil gi bedre forutsetninger for likebehandling og en helhetlig utvikling på utlendingsfeltet. En oppdeling av kompetansen mellom forvaltningsdomstolen og de alminnelige domstolene kan i praksis også føre til usikkerhet om domstolens jurisdiksjonsområde når det reises flere krav, for eksempel både om ugyldighet og erstatning. Etter utvalgets syn bør derfor også slike søksmål høre under forvaltningsdomstolen.

Vedtak som pålegger en utlending plikt til å forlate landet, kan håndheves av politiet ved at utlendingen kan sendes ut med tvang dersom plikten ikke overholdes. På nærmere angitte vilkår kan politiet begjære fengsling av en utlending i påvente av uttransport, jf. utlendingsloven § 106.¹⁰ Prinsipielt sett bør det være forvaltningsdomstolen som behandler også disse sakene, siden de har en klar tilknytning til de øvrige sakene forvaltningsdomstolen skal behandle. Praktiske hensyn tilsier imidlertid at spørsmål om fengsling av en utlending i påvente av uttransport fortsatt bør avgjøres av de alminnelige domstolene, idet tingrettene – gjennom varetektsfengsling – allerede har et apparat for å behandle denne typen saker. Ettersom forvaltningsdomstolen etter utvalgets beskrivelse skal være lokalisert ett sted, vil det dessuten kunne by på praktiske utfordringer å overholde tidsfristene for fremstilling for utlendinger som pågripes i andre deler av landet. Siden utvalget ikke anbefaler en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, anses det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om det bør være forvaltningsdomstolen eller tingrettene som behandler saker om fengsling etter utlendingsloven.

¹⁰ Departementet sendte 19. desember 2016 på høring et forslag om endringer i utlendingslovens regler om tvangsmidler. For å synliggjøre skillet mellom utlendingsrettslig og strafferettslig frihetsberøvelse, foreslås det å gå bort fra begrepet «fengsling», og heller benytte begrepet «tvangsmessig tilbakehold». Forslaget innebærer ingen realitetsendring.

32.6.2 Overprøving av vedtak fra UDI

32.6.2.1 Overprøving av vedtak truffet av UDI som første instans

UNE behandler klager over vedtak fra UDI i beskyttelsessaker, oppholdssaker og statsborgerkapssaker. Spørsmålet om klageinstansen bør behandle både beskyttelsessaker og oppholdssaker, ble drøftet også forut for opprettelsen av UNE. Som beskrevet i kapittel 28 ønsket Justiskomiteen i 1996, i forbindelse med behandlingen av lovforslag om opprettelse av en utlendingsnemnd som klageinstans for vedtak fra UDI, at departementet skulle utrede en ordning med en flyktningnemnd istedenfor den ordningen som departementet hadde foreslått. En slik flyktningnemnd skulle bare behandle klager over avslag på søknad om beskyttelse, ikke andre sakstyper.¹¹ I Ot.prp. nr. 17 (1998–99), som inneholder to alternative forslag til en nemndordning, er det redegjort for at en slik deling etter sakstype ville gi en del vanskelige grensedragninger. Når Stortinget deretter kom til at det skulle opprettes en utlendingsnemnd, ble resultatet at nemnda skulle være klageinstans for alle UDIs vedtak i første instans etter utlendingsloven.

I 2005 ble Utlendingsnemnda klageorgan også for UDIs vedtak etter statsborgerloven. I forarbeidene til statsborgerloven uttalte departementet blant annet følgende om innretning av klageordningen:¹²

«Departementet opprettholder sitt forslag om at Utlendingsnemnda blir ny klageinstans i saker etter statsborgerloven. Det er ønskelig at enkeltsaker legges ut av departementet, slik at departementet får mer tid til å konsentrere seg om politikktutforming og oppgaven med å være statsrådets sekretariat. Det relativt lave antall klagesaker tilsier at det er unødvendig å opprette et nytt klageorgan. Det er intet eksisterende organ utenfor departementet som synes nærmere enn Utlendingsnemnda til å behandle klager etter statsborgerloven.»

Mæland-utvalgets utredning fra 2010 inneholder forslag om å opprette en ny klageinstans for utlendingssaker. Etter forslaget skulle klageinstansen ha to avdelinger; én for beskyttelsessaker der UDI har gitt utsatt iverksetting i forbindelse med klagen, og én for andre saker (betegnet «Utlendingsklage»).

Førstnevnte sakstype skal etter forslaget avgjøres av et uavhengig nemndsorgan, Flyktningnemnda. De øvrige sakene skal behandles på ordinær forvaltningsrettslig måte av Utlendingsklage.

Under høringen av Mæland-utvalgets utredning mente flere høringsinstanser at det ville være uheldig å fordele sakene på to avdelinger, slik det lå i forslaget. Det ble blant annet påpekt at også andre sakstyper enn beskyttelsessaker fortjener den grad av rettssikkerhet som lå i forslaget om en nemndsordning for beskyttelsessaker med utsatt iverksetting.¹³ Videre ble det nevnt at det ville være prinsipielt uheldig om UDI, gjennom å gi utsatt iverksetting, skal kunne påvirke saksgangen for klagesaken. En ytterligere innvending var at ordningen kunne by på utfordringer av praktisk art i tilfeller der samme person har både en beskyttelsessak og en annen sak til behandling samtidig.¹⁴

Som Mæland-utvalgets utredning viser, kan det argumenteres for at det er et særskilt behov for rettssikkerhet i saker om beskyttelse. Med et slikt utgangspunkt kan det være nærliggende å skille mellom beskyttelsessaker (inkludert Dublin-saker) og andre saker, og gå inn for at en forvaltningsdomstol bare skal behandle klage over avslag på søknader om beskyttelse. Grensedragningen kan imidlertid være uklar, særlig i saker om tilbakekall av asyl og saker om reisebevis og utlendingspass. En mulig løsning kunne være å inkludere aktuelle «tilleggsspørsmål» til beskyttelse. Men heller ikke en slik ordning vil være uten vanskelige grensedragninger. Det kan dessuten være nær saklig sammenheng mellom en beskyttelsessak og en annen sak, for eksempel når en utvisningssak bunner i at det er gitt uriktige opplysninger i en sak om beskyttelse. Etter utvalgets syn bør en heller ikke systematisk legge til grunn at behovet for rettssikkerhet er større i beskyttelsessaker enn i alle andre sakstyper. I praksis kan en sak om utvisning eller et avslag på søknad om familieinnvandring være like inngripende eller alvorlig som et avslag på en søknad om asyl.

¹¹ Innst. O. nr. 24 (1996–97) side 5.

¹² Ot.prp. nr. 41 (2004–2005) kapittel 11.1.7.

¹³ Se for eksempel høringsuttalelse fra Norsk organisasjon for asylsøkere på side 5 (<https://www.regjeringen.no/contentassets/c41b6fb4038646d0b769d41726131191/noas.pdf>), og høringsuttalelse datert 15. juni 2012 fra Advokatforeningen side 5.

¹⁴ Se for eksempel Utlendingsdirektoratets høringsuttalelse side 6 (<https://www.regjeringen.no/contentassets/c41b6fb4038646d0b769d41726131191/udi.pdf>).

Skal arbeidsområdet for en forvaltningsdomstol være mer begrenset enn den klagesaksbehandlingen som ligger til UNE i dag, vil det måtte etableres en annen klageordning for de sakstypene som holdes utenfor. Dette var ett av argumentene for å legge behandlingen av klager i statsborgersaker til UNE, jf. ovenfor. En løsning med to separate klageordninger vil gi et mer fragmentert og uoversiktlig system, og kan danne grobunn for ulik praksis. Det kan dessuten ha en verdi i seg selv at en forvaltningsdomstol kan se hele saksfeltet i sammenheng. En løsning med at noen typer klagesaker legges til departementet, virker ikke hensiktsmessig, jf. den utviklingen som har vært på mange områder med å føre behandlingen av enkeltsaker ut av departementene. På bakgrunn av ovenstående mener utvalget at en eventuell forvaltningsdomstol på utlendingsfeltet bør behandle alle de typer av klagesaker som ligger til UNE i dag.

32.6.2.2 *Overprøving av vedtak truffet av UDI som klageinstans*

UDI behandler årlig en lang rekke klager over vedtak truffet av politiet eller utenriksstasjonene i første hånd. Sakene gjelder blant annet bortvisning og visum. Det er ingen ytterligere rett til administrativ klagebehandling i slike tilfeller, men spørsmål om gyldigheten av vedtak kan bringes inn for de alminnelige domstolene. Dermed bør det vurderes hvilken befatning en forvaltningsdomstol bør ha med disse sakene.

Utvalget har ikke hatt foranledning til å gå nærmere inn på kvaliteten i dagens ordning for disse sakene, og legger forutsetningsvis til grunn at adgangen til administrativ klagebehandling bør videreføres. Spørsmålet blir da om søksmål om vedtakets gyldighet skal anlegges for den nye forvaltningsdomstolen, eller for tingretten. Etter utvalgets vurdering bør slike søksmål høre under forvaltningsdomstolen. Det vises til at UDI er første instans i en del saker av samme type. Forvaltningsdomstolen vil derfor uansett få seg forelagt en del slike saker, og det vil være lite hensiktsmessig om disse sakene skal gå i ulike spor i domstolene. Det ligger i systemet at domstolen vil få en mer begrenset rolle for de sakene som er klagebehandlet i UDI enn for de sakene som UDI avgjør i første hånd. Etter utvalgets skjønn er imidlertid ikke det i seg selv en tungtveiende innvending mot et slikt system.

32.6.2.3 *Overprøving av vedtak i saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn*

Som beskrevet i kapittel 27, er UDI første instans og departementet klageinstans for en del saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn. Ordningen har sammenheng med at departementet kan beslutte at det skal treffe vedtak i første hånd. Vedtak truffet av departementet i første hånd kan ikke påklages, men kan bringes inn for domstolene for overprøving etter egne regler i utlendingsloven §§ 131 flg. Siden UNE i utgangspunktet ikke har noen rolle i disse sakene, vil heller ikke en overføring av UNEs portefølje til en forvaltningsdomstol inkludere dem. Spørsmålet blir om behandlingen av sikkerhetssaker bør være en annen med et system med forvaltningsdomstol som overprøvingsinstans på utlendingsfeltet.

Etter utvalgets vurdering vil det være naturlig at det er forvaltningsdomstolen – ikke tingretten – som utøver domstolskontroll med departementets vedtak i sikkerhetssaker. Det vises til at sakene tematisk sett vil omhandle forhold av relevans for utlendingsfeltet, og at forvaltningsdomstolen forutsetningsvis skal ha samme grad av uavhengighet i forhold til den utøvende myndighet som dagens domstoler. En annen konklusjon vil kunne gi inntrykk av manglende tillit til forvaltningsdomstolen. Også forvaltningsdomstolen må ha dommere som er sikkerhetsklarert. Endringen vil kreve endringer i utlendingsloven § 132.

32.6.3 **Krav om endring av avgjørelser fra forvaltningsdomstolen. Utsatt iverksetting**

Som nevnt i kapittel 30 følger det av Norges internasjonale forpliktelser at en anførsel om nye faktiske forhold må vurderes før en utlending som søker om beskyttelse, returneres. UNE behandler hvert år flere tusen anmodninger om omgjøring av sine vedtak, hovedsakelig i beskyttelsessaker. Det å overføre UNEs oppgaver til en forvaltningsdomstol, vil ikke eliminere forpliktelsen til å vurdere saker på nytt – vi må fortsatt ha et system for slike vurderinger. Det er imidlertid ikke gitt at ordningen bør gå ut på at det er klageinstansen (eventuelt forvaltningsdomstolen) som i første hånd skal vurdere anmodninger om omgjøring. I Sverige er det som nevnt Migrationsverket som behandler anmodninger om omgjøring i første hånd, også av avgjørelser fra migrationsdomstolen. Migrationsverket kan beslutte å ta saken opp

til ny realitetsbehandling, eller at den ikke skal gjenopptas. Sistnevnte avgjørelse kan ankes til migrationsdomstolen. Dersom også en fornyet behandling ender med avslag, kan avslaget ankes til migrationsdomstolen.

Domstolene treffer bindende avgjørelser som får rettskraftvirkninger, og omgjør ikke egne dommer. De behandler heller ikke selv begjæringer om gjenåpning av sivile saker, idet slike skal fremsettes overfor en sideordnet domstol, jf. tvisteloven § 31-1 (3). I straffesaker er det Gjenopptakelseskommissjonen som behandler begjæringer om gjenopptakelse av saker hvor det foreligger en rettskraftig dom, jf. straffeprosessloven § 394. At en domstol skal behandle begjæringer om omgjøring av en avsagt dom, fremstår således ikke som en naturlig løsning.

Mæland-utvalget foreslo en ordning med at UDI skal behandle anmodninger om omgjøring av klageinstansens vedtak. Etter forslaget skal det først gjøres en særskilt vurdering av om saken skal behandles på nytt eller ei. Dersom begjæringen om gjenåpning avslås, skal det etter forslaget ikke være mulig å påklage denne. Dersom saken skal behandles på nytt, kan et eventuelt nytt avslag påklages. I Prop. 180 L (2012–2013) gikk departementet ikke inn for en slik ordning, idet det viste til at den ville medføre større samlet ressursbruk enn i dag fordi UDI vil måtte bruke mer tid på å sette seg inn i saken enn UNE. Det ble også lagt til grunn at forslaget ville kunne få negative konsekvenser for tilliten til UNE, ettersom det innebar at UNE selv ikke i noe tilfelle skulle kunne omgjøre egne vedtak.

Sistnevnte del av begrunnelsen gjør seg ikke gjeldende på samme måte dersom klagebehandlingen skal finne sted i en forvaltningsdomstol – som nevnt er det lite naturlig at en domstol revurderer sine egne dommer. I et slikt system vil UDI være naturlig adressat for anmodninger om omgjøring. I en ordning med forvaltningsdomstol bør anmodninger om omgjøring som ikke inngår i en anke til overordnet domstol, jf. straks nedenfor, behandles av UDI i første hånd.

I dag anmodes det om omgjøring av UNEs vedtak i mange saker. I noen tilfeller anføres det å ha tilkommet nye faktiske forhold (eksempelvis at sikkerhetssituasjonen i hjemlandet er forverret, en part har blitt syk, det er født et barn osv.), mens det i andre tilfeller bare anføres at UNE har vurdert de faktiske forholdene feil. Hvis UDI skal behandle anmodninger om omgjøring etter at en forvaltningsdomstol har avsagt dom i saken, bør UDIs myndighet dekke tilfeller der det er spørsmål om det har inntrådt nye faktiske omstendig-

heter. Rene innsigelser om at forvaltningsdomstolen har vurdert bevisene feil, bør utelukkende kunne fremmes i en anke til overordnet domstol. Tilfeller der det anføres at forvaltningsdomstolen har lagt til grunn feil faktum, og det samtidig tilbys nye bevis for faktum som var anført også for forvaltningsdomstolen, vil utgjøre en «mellomkategori». Hvis avgjørelsen fra forvaltningsdomstolen er rettskraftig, bør UDI kunne ta saken til behandling. Står forvaltningsdomstolens avgjørelse for lagmannsretten, eller ankeadgangen fortsatt er i behold, bør anmodningen i slike tilfeller fremsettes for ankedomstolen. Disse løsningene vil ha god sammenheng med vurderingene fra Høyesterett i plenum i Rt. 2012 side 1985. I den avgjørelsen tok Høyesterett blant annet stilling til i hvilke tilfeller domstolene, ved prøving av gyldigheten av et vedtak, må ta i betraktning nye faktiske opplysninger. Høyesteretts avgjørelse innebærer at anførsler om nye faktiske forhold må fremsettes for utlendingsforvaltningen, mens nye bevis om faktum som forelå da utlendingsforvaltningen traff sitt vedtak, kan tas i betraktning ved domstolens prøving av vedtakets gyldighet.

Ut fra det som er beskrevet ovenfor, skal kravet avslås dersom det ikke inneholder anførsler om nye faktiske forhold sammenlignet med det som forvaltningsdomstolen har vurdert. Videre skal det avslås dersom det anføres å foreligge nye bevis for faktum som er behandlet av domstolen så lenge adgangen til å anke domstolens avgjørelse er i behold, eller det fortsatt er mulig å fremlegge bevisene for ankedomstolen. UDIs vurdering av om kravet bringer inn noe nytt, vil måtte bero på hva domstolen i henhold til dommen kjente til. For å gjøre systemet enklest mulig, har utvalget unnlatt å skille mellom avvisning og avslag fra UDIs side i tilfeller der kravet om endring av en avgjørelse fra forvaltningsdomstolen ikke tas til følge, jf. § 17 i skissen til en lov om utlendingsdomstol. Videre hjemler samme bestemmelse forskrifter med krav til innholdet i en anmodning om endring, og om avvisning av anmodninger som ikke oppfyller kravene, eller der utlendingen ikke har kjent oppholdssted. UDIs avslag vil kunne bringes inn for forvaltningsdomstolen på vanlig måte.

Fremsettelse av et krav om endring av forvaltningsdomstolens avgjørelse, vil ikke i seg selv ha betydning for utlendingens plikt til å forholde seg til dommen. Virkningene av forvaltningsdomstolens avgjørelser beskrives i kapittel 32.7 nedenfor. I tillegg til det som er sagt der, må det vurderes om det skal være adgang til å suspendere virkningene av en rettskraftig dom i forbindelse med

behandlingen av et krav om endring. Utvalget legger til grunn at det må være en slik mulighet, idet dette kan være en forutsetning for at retten til å få nye forhold vurdert, blir reell. Et neste spørsmål blir da hvem som skal kunne treffe en avgjørelse om utsatt iverksetting etter at det foreligger en rettskraftig dom. Særlig to muligheter kan være aktuelle. Den ene er at et krav om utsatt iverksetting skal høre under domstolene (enten forvaltningsdomstolen eller de alminnelige domstolene), og ha form av krav om en midlertidig forføyning. Den andre er at UDI skal kunne beslutte utsatt iverksetting i forbindelse med sin behandling av kravet om endring.

Det følger av forvaltningsloven at et forvaltningsorgan kan beslutte utsatt iverksetting av et vedtak fra organet selv eller et underordnet organ i forbindelse med klagebehandling eller søksmål.¹⁵ Videre kan de alminnelige domstolene suspendere virkningen av et vedtak på grunnlag av reglene i tvisteloven kapittel 34 om midlertidig forføyning. Mens forvaltningsloven § 42 ikke sier noe om hva som skal til for å gi utsatt iverksetting, kreves det for midlertidig forføyning at saksøker sannsynliggjør sitt krav, og at det foreligger en sikringsgrunn. I praksis vil en vurdering av om det skal gis utsatt iverksetting henge nært sammen med vurderingen av om det er grunnlag for omgjøring.

Som nevnt gjelder adgangen etter forvaltningsloven til å beslutte utsatt iverksetting, eget eller underordnede organers avgjørelser. En adgang for UDI til å treffe en slik avgjørelse når det foreligger en dom, vil dermed ikke harmonere helt med forvaltningslovens ordning. Etter utvalgets syn er det likevel nærliggende at UDI skal kunne treffe en slik avgjørelse. Dersom spørsmålet må avgjøres i forvaltningsdomstolen, vil domstolen måtte behandle også det underliggende forholdet prejudisielt. For tilfeller der det viser seg å være grunnlag for omgjøring, vil dette representere en unødig dobbeltbehandling. Behandlingen av spørsmålet om utsatt iverksetting, vil dessuten antakelig ta lenger tid. En vurdering fra domstolens side av om det skal gis utsatt iverksetting, kan dessuten legge føringer på UDIs vurdering av selve kravet, som forvaltningsdomstolen senere kan få til behandling.

32.7 Saksbehandlingen i forvaltningsdomstolen

32.7.1 Innledning

På samme måte som for andre domstoler, må saksbehandlingen for en forvaltningsdomstol innrettes slik at den ivaretar partenes behov for rettsikkerhet på en forsvarlig måte. Kontradiksjon er ett av nøkkelkravene til en slik saksbehandling. Det kontradiktoriske prinsippet har tre elementer. For det første må begge parter kunne få uttale seg og gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendighetene i saken og hva som kan utledes av disse. For det andre må partene få uttale seg om hverandres anførsler og bevis. For det tredje må partene få uttale seg hvis det blir innhentet opplysninger fra andre enn sakens parter. Hvis den som skal avgjøre saken vil bygge på et faktum som partene ikke har hatt oppmerksomhet om under behandlingen av saken, bør partene gjøres oppmerksom på det, slik at de kan uttale seg.

I rettergang etter tvisteloven ivaretas hensynet til kontradiksjon gjennom en *partsprosess*. Prosessen er organisert ut fra et prinsipp om at partene er *likestilte*, at det er partene som *disponerer* over saken slik at avgjørelsen må holde seg innenfor partenes krav og påstander, et *forhandlingsprinsipp* som betyr at det er partene som skal skaffe til veie det faktiske grunnlaget for avgjørelsen, og at de faktiske omstendighetene som retten bygger sin avgjørelse på, i hovedsak ligger innenfor det faktum som partene har påberopt. I tillegg gjelder at avgjørelsen bare kan bygge på det som er kommet frem under hovedforhandlingen. Disse mekanismene sikrer at partene har sett og fått kommentert det som andre, vitner og sakkyndige, har bragt inn i saken.

Muntlighet er ikke en nødvendig del av en partsprosess med kontradiksjon, men i vårt rettsystem er det å holde en muntlig hovedforhandling sett som en effektiv måte å organisere en partsprosess på. Denne vurderingen kan falle annerledes ut ved behandling av en stor mengde relativt likeartede saker, slik forholdene kan være ved klagebehandling av forvaltningsvedtak i en forvaltningsdomstol.

I forvaltningsretten ivaretas kontradiksjonsprinsippet gjennom reglene i forvaltningsloven §§ 16-19. Disse er bygget opp rundt et prinsipp om at det er forvaltningen som utreder og opplyser saken, og kan derfor sies å beskrive en *utredningsprosess*. En part skal få et forhåndsvarsel som gjør greie for hva saken gjelder og ellers inneholde det som anses nødvendig for at parten kan ivareta

¹⁵ Forvaltningsloven § 42.

sine interesser på en forsvarlig måte. Kravet om forhåndsvarsel gjelder likevel ikke dersom parten allerede har uttalt seg gjennom søknad, klage eller på annen måte. Dersom vedtaksorganet under saksforberedelsen mottar opplysninger om en part eller den virksomheten han eller hun driver eller planlegger, skal opplysningene forelegges vedkommende til uttalelse. Partene bør også for øvrig gjøres kjent med opplysninger av vesentlig betydning som det må forutsettes at de har grunnlag og interesse for å uttale seg om. En part har ikke krav på å gjøre seg kjent med dokument som et forvaltningsorgan har utarbeidet for sin egen interne saksforberedelse (organinterne dokumenter), og det kan gjøres unntak fra innsynsrett blant annet for deler av dokument som forvaltningen har innhentet utenfra, og som inneholder råd og vurderinger med hensyn til hvordan et organ bør opptre i en sak, når det er påkrevd av hensyn til en forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser i saken. Forvaltningsloven bygger på et prinsipp om at det er forvaltningen som har ansvaret for sakens opplysning. Siden en part sjelden vil kunne påberope seg som grunnlag for ugyldighet at vedkommende ikke selv har bidratt med opplysninger som taler til egen fordel, kan forvaltningen et stykke på vei basere seg på at parten sørger for å opplyse sin del av saken. Men forvaltningen har en veiledningsplikt.

Hensynet til kontradiksjon ivaretas på ganske forskjellige måter i domstolsprosessen og forvaltningsretten. Domstolsprosessen kan betegnes som en partsprosess, mens forvaltningsretten i utgangspunktet er en utredningsprosess. Samtidig har vi også rettsprosesser hvor retten har ansvar for sakens opplysning, og partene ikke fritt disponerer over saken. Dette gjelder saker uten fri rådighet, slik som saker om overprøving av administrative tvangstiltak (tvisteloven kapittel 36). Også i disse sakene er partene likestilt under prosessen, og retten kan bare bygge sin avgjørelse på det som er kommet frem under hovedforhandlingen. I praksis opplyses saken gjennom partenes forhandlinger under saksforberedelsen og hovedforhandlingen. Rettens ansvar for sakens opplysning utøves først og fremst gjennom en mer aktiv materiell prosessledelse. Etter utvalgets oppfatning er det derfor fortsatt dekkende å betegne prosessen i saker etter tvisteloven kapittel 36 som en partsprosess.

Formelt sett er det ikke noe i veien for at prosessen for et forvaltningsorgan legges opp som en partsprosess i stedet for etter forvaltningslovens alminnelige regler. Slik er for eksempel prosessen i saker som går for Markedsrådet og Likestillings-

og diskrimineringsnemnda. Prosessen for en klagenemnd kan avvike fra forvaltningslovens regler på flere måter. Avvikene kan typisk være at det organet som har truffet det påklagede vedtaket, opptre som part i saken for klagenemnden, likestilt med klager, at prosessen organiseres som en forhandlingsprosess i stedet for som en prosess der saken utredes av det organet som skal avgjøre saken, og at det regelfestes at vedtaket ikke kan bygge på et faktum som partene ikke har hatt adgang eller foranledning til å uttale seg om under saksgangen.

Modellene partsprosess og utredningsprosess kan plasseres på en skala, der det finnes mellomformer med innslag fra begge typer. Skal man kunne tale om en partsprosess, må de som er involvert, være formelt likestilte parter. Men også med en slik partskonstellasjon, kan prosessen være organisert som en utredningsprosess. Jo mer innslag av forhandlinger det er i sakens utredning, desto mer partsprosess blir det. En ren partsprosess blir det der man har et strengt prinsipp om at avgjørelsen ikke kan bygge på annet faktum enn det som i hovedsak er påberopt av partene gjennom forhandlingene. Selv der hvor det er tale om klage over vedtak fra et forvaltningsorgan som ikke har partsstatus ved klagebehandlingen, kan man ha innslag av partsprosess hvis vedtaksorganet trekkes inn i utredning av saken og man holder strengt på at klagen ikke kan avgjøres på et faktisk grunnlag som parten ikke har hatt mulighet og foranledning til å uttale seg om.

Det er innvendt mot en partsprosess at den kan føre til at saker blir dårligere opplyst enn saker som behandles i en utredningsprosess. Noen mener at hvis det å komme frem til en materiell sannhet er det fremste målet for saksbehandlingen, så er en utredningsprosess best egnet, mens en partsprosess er best egnet til å beskytte partenes interesser der det er parter med motstridende interesser.¹⁶ Som påpekt er det mulig å supplere partsprosessen med materiell prosessledelse og en selvstendig plikt for dommeren til å sørge for sakens opplysning. Det kan gjøres innskrenkninger både i disposisjonsprinsippet og i forhandlingsprinsippet. Videre kan undersøkelsesprinsippet suppleres med at saksbehandlingen organiseres som en prosess hvor to parter forhandler, og at faktiske forhold som skal danne grunnlag for avgjørelsen må være lagt frem for partene til uttalelse på forhånd. I klagesaker kan

¹⁶ Se Anne Robberstad, Mellom tvekamp og inkvisisjon Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilting, Universitetsforlaget 1999 side 103–107.

plikten til å sørge for at det offentliges interesse kommer inn i klagebehandlingen på en forsvarlig måte, deles, ved at underinstansen trekkes inn i saksbehandlingen for klageinstansen. I motsatt fall må klageinstansen både sørge for å få frem det offentliges interesser, og treffe avgjørelse basert på en avveining mellom de offentlige og den private parts interesser.

I det følgende vil utvalget vurdere prosessformen for en eventuell forvaltningsdomstol for utlendingssaker ut fra følgende dimensjoner; om UDI bør trekkes inn som part i behandlingen for domstolen, hvor langt disposisjonsprinsippet og forhandlingsprinsippet bør gjelde, hvor ansvaret for sakens opplysning bør ligge, og prinsippet om at begge parter må få anledning til å redegjøre for sitt syn på sakens faktum og hva som kan utledes av bevismidlene.

32.7.2 Saksanlegg

Saksanlegg for de alminnelige domstolene skjer ved å sende en stevning direkte til den domstolen som saken bringes inn for, jf. tvisteloven § 9-2.¹⁷ Ved administrativ klagebehandling av et forvaltningsvedtak er det annerledes. Etter forvaltningsloven skal en klage sendes til det organet som traff vedtaket, jf. § 32 første ledd bokstav a). Forvaltningsorganet skal foreta «de undersøkelser klagen gir grunn til», og kan endre eller oppheve vedtaket, jf. § 33. Opprettholdes vedtaket, sendes klagen over til klageinstansen.

Trygderettens ordning for saksanlegg ligner mest på forvaltningslovens ordning. Etter trygderettsloven § 11 skal et saksanlegg (en «anke») fremsettes for den offentlige etat som har truffet det påankede vedtaket. Den offentlige etaten («ankemotparten» i lovens terminologi) skal foreta en ny vurdering av saken, herunder eventuelle nye opplysninger og anførsler, og tilrettelegge saken for behandling i Trygderetten, jf. trygderettsloven § 13 første ledd. Ankemotparten utarbeider et brev med blant annet en oversikt over saksgangen og ankemotpartens anførsler og kommentarer til anken, og sender dette til ankende part for tilsvarende, jf. § 13 andre ledd. Ankende part kan deretter sende sitt tilsvarende til dette til ankemotparten, som videresender til Trygderetten med eventuelle tilleggs kommentarer, jf. § 13 tredje ledd. Ankende part får da en ny frist for ytterligere

kommentarer, som sendes direkte til Trygderetten, jf. § 13 fjerde ledd.

I Sverige skal saksanlegg i forvaltningssaker (inkludert utlendingssaker), sendes til det forvaltningsorganet som traff det vedtaket som angripes, jf. förvaltningsprocesslagen § 6 a. Forvaltningsorganet kan omgjøre sitt vedtak frem til saken er oversendt domstolen. Dersom vedtaket ikke endres (og vilkårene for klagebehandling er oppfylt), sendes saken til den forvaltningsdomstolen som skal avgjøre klagesaken, jf. förvaltningsprocesslagen § 6 b tredje ledd.

For en forvaltningsdomstol for utlendingssaker blir spørsmålet om en klage skal innleveres til domstolen, slik det er vanlig for de alminnelige domstolene, eller om det skal innleveres til UDI, slik systemet er ved administrativ klagebehandling. Et sentralt argument for den sistnevnte løsningen er at UDI da kan vurdere sakene på ny, og eventuelt justere sitt vedtak uten at domstolen trenger å involveres. Særlig i tilfeller der UDI kommer til at klager har rett, vil det være besparende at klagen er levert direkte til UDI. Det er også alminnelig antatt at terskelen for å klage er lavere om den som er misfornøyd kan klage til det organet som har avgjort saken fremfor å skrive en stevning til en domstol. Tvisteloven har som nevnt et annet system. Likevel har den et element av det samme, ved at den som vil ta ut stevning, først skal sende prosessvarsel til den man mener å ha et krav mot, jf. tvisteloven § 5-2. Bakgrunnen for ordningen med prosessvarsel er blant annet at motparten skal ha anledning til å komme saksøker i møte dersom det er grunnlag for det. En egen ordning finnes også for saker som gjelder administrative tvangsvedtak. Her skal søksmål reises ved å fremsette krav om rettslig prøving overfor den myndighet som traff det aktuelle vedtaket, som straks skal sende saken til tingretten, jf. tvisteloven § 36-2. En løsning med innsending av klagen til utlendingsmyndighetene vil også være besparende for domstolen ved at ansvaret for å veilede om utforming av klagen mv. da i større grad må ligge til forvaltningen.

På den annen side ville ett av poengene med å legge klagebehandlingen til en domstol, være å styrke tilliten til avgjørelsesorganets integritet og uavhengighet. Skal klagen innleveres til utlendingsmyndigheten, blir skillet mellom domstolen og utlendingsmyndigheten mindre tydelig for klager. Behovet for klarhet om avgjørelsesorganets integritet er til stede i alle saker, men krever større omtanke for saker mellom en privat part og forvaltningen, slik konstellasjonen vil være for en forvaltningsdomstol, enn for saker mellom pri-

¹⁷ Den som vil ta ut stevning, skal først sende prosessvarsel til den man mener å ha et krav mot, jf. tvisteloven § 5-2. Prosessvarsel er imidlertid ikke en prosessforutsetning.

vate. Videre kan en ordning med at klagen skal innleveres til utlendingsforvaltningen, reelt sett gi et dårligere utgangspunkt for en aktiv styring av saken fra domstolens side.

Særlig fordi terskelen må anses lavere, mener utvalget at klage til forvaltningsdomstolen bør innleveres til utlendingsmyndigheten. I samme retning trekker også hensynet til effektivitet. Forvaltningsdomstolen må påregnes å motta et stort antall klager, og hensynet til en effektiv behandling av sakene må dermed veie tungt. Utvalget antar at prosessen for innlevering og tilsvarende bør ligne den som gjelder for Trygderetten, jf. ovenfor, men slik at saksforberedelsen bør gå i domstolens regi etter at utlendingsforvaltningen har levert eventuelle tilleggsopplysninger og sine merknader til klagen.

32.7.3 Klagen – innhold og virkninger

I Norge er kravene til klage over et forvaltningsvedtak regulert i forvaltningsloven § 32. En klage skal som hovedregel fremsettes skriftlig overfor det forvaltningsorgan som har truffet avgjørelsen. Kommer det en muntlig henvendelse som i innhold fremstår som en klage, skal imidlertid forvaltningsorganet veilede vedkommende slik at han eller hun kan få frem sitt budskap skriftlig. Klagen skal angi hvilket vedtak det klages over, og hva man ønsker endret. Videre må klagen være underskrevet av klageren, og inneholde tilstrekkelige opplysninger til å vurdere spørsmål om klagerett og overholdelse av klagefrist. Den alminnelige klagefristen er tre uker, jf. forvaltningsloven § 29.

Tvisteloven § 9-2 angir formkravene til en stevning for de alminnelige domstolene. Stevning inngis skriftlig eller muntlig,¹⁸ og skal angi det kravet som gjøres gjeldende, faktisk og rettslig grunnlag for kravet, de bevis som vil bli ført, og saksøkerens syn på sakens fremdrift. Formålet med stevningen er å danne grunnlag for en forsvarlig behandling av saken, og gi mulighet for saksøkte til å ta stilling til kravet og grunnlaget. Det stilles større krav til innholdet i en stevning enn til en klage etter forvaltningsloven, der det organet som mottar klagen normalt vil kjenne saken. Det forvaltningsorganet som har truffet det vedtaket som påklages, skal foreta de undersøkelser som klagen gir grunn til, vurdere klagen, og oppheve eller endre vedtaket dersom det finner klagen

begrunnet. Dersom vedtaksinstansen ikke finner grunnlag for endring, skal det sende saken videre til klageinstansen, jf. forvaltningsloven § 33.

Kravene til klage til Förvaltningsrätten i Sverige er innholdsmessig nokså like som etter forvaltningsloven § 32. Kravene er utformet med det for øye at man skal kunne klage til Förvaltningsrätten uten å trenge juridisk bistand.

Det følger av kravene til et effektivt rettsmiddel at muligheten til overprøving skal være rettslig og praktisk tilgjengelig.¹⁹ For at behandlingen for forvaltningsdomstolen skal kunne være et effektivt rettsmiddel, bør det ikke stilles strengere krav til utformingen av en klage til domstolen enn det som er nødvendig for at utlendingsforvaltningen kan se hvilken sak klagen gjelder, og hvilke endringer som ønskes. I tillegg må det av praktiske grunner opplyses om personalia og kontaktinformasjon for klager og eventuelle andre parter som denne representerer. Klager bør dessuten også oppfordres til å beskrive hvorfor vedtaket er feil, slik det ligger i forvaltningsloven § 32 andre ledd om at klagen bør nevne de grunner klagen støtter seg til. Noen rettslig begrunnelse for klagen, eller et syn på den forestående prosessen for forvaltningsdomstolen, bør ikke kreves.

UDI bør ha plikt til å gi klager nødvendig veiledning, og ha samme ansvar for å gjøre nødvendige undersøkelser og vurdere saken på nytt som ligger til underinstansen etter forvaltningsloven. Utfallet av denne saksbehandlingen må dessuten formidles til klageren.

Etter forvaltningsloven § 42 kan underinstansen, klageinstansen eller et annet overordnet organ beslutte at et vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er utløpt eller en klagesak er avgjort. I saker som gjelder beskyttelse eller returvern, følger det av utlendingsloven § 90 femte ledd at et vedtak med enkelte unntak (herunder for Dublin-saker) ikke kan iverksettes før saken er endelig avgjort av UDI eller UNE. Utlendingsloven § 90 inneholder regler om utsettelse av iverksettingen av vedtak også for noen kategorier saker om opphold og utvisning. For spørsmål om iverksetting i saker om opphold ut over det som er regulert i utlendingsloven, er det forvaltningsloven § 42 som kommer til anvendelse.

I praksis er EMK artikkel 13 forstått slik at iverksettingen av inngripende vedtak på utlendingsfeltet må utstå til klagebehandlingen er gjennomført for at det skal være tale om et effektivt rettsmiddel. Også med en forvaltningsdomstol som erstatning for UNE, vil således klager måtte

¹⁸ Adgangen til å inngi stevning muntlig gjelder for parter uten prosessfullmektig og enkelte andre tilfeller, jf. tvisteloven § 12-1.

¹⁹ Se kapittel 30.3 om det nærmere innholdet i dette kravet.

gis oppsettende virkning. Dette vil være aktuelt i saker om beskyttelse, men kan også være nødvendig i andre typer saker, slik som i utvisningssaker der det anføres brudd på EMK artikkel 3. Ved overgang til en forvaltningsdomstol må det utformes regler som ivaretar behovet for oppsettende virkning ved klage til domstolen. I et slikt system vil det være naturlig at UDI vurderer spørsmål om utsatt iverksetting ved mottak av klagen, men slik at forvaltningsdomstolen kan overprøve en beslutning om ikke å gi utsatt iverksetting.

32.7.4 Parter og prosessfullmektig i saker for forvaltningsdomstolen

32.7.4.1 Spørsmål om UDI bør være part i saken

Domstolsprosesser i Norge gjennomføres som en partsprosess. I dette ligger blant annet at sakene har minst to parter, og domstolen treffer sin avgjørelse på bakgrunn av innlegg og bevisførsel fra disse, jf. også punkt 32.7.1 ovenfor. Ved administrativ klagebehandling har saken i mange tilfeller bare én part, og saken avgjøres av forvaltningen etter at parten (eventuelt partene) er hørt. Prosessen for Trygderetten og fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker er lagt opp som en partsprosess. Dette er noe av bakgrunnen for at disse organene ofte betegnes som domstolslignende. Prosessen for UNE er ikke en partsprosess, idet utlendingsforvaltningen ikke opptrer som part i de sakene som behandles der. En del organisasjoner på utlendingsfeltet har pekt på manglende partsprosess som en del av kritikken mot dagens system. Migrationsverket er part i saker for den svenske migrationsdomstolen.

Ved etablering av en forvaltningsdomstol for utlendingssaker oppstår spørsmål om UDI skal opptre som part for domstolen. Alternativet vil være at bare den som er misfornøyd med utfallet, er part. Som nevnt vil det være en forutsetning for å kunne betegne prosessen for domstolen som en partsprosess, at det er mer enn én part i saken. På den annen side vil det ikke være avgjørende for hvordan prosessen legges opp med hensyn til hvem som har ansvar for opplysning av saken mv., om UDI skal opptre som part. Som nevnt i punkt 32.7.1 kan det tenkes en rekke mellomformer mellom en ren partsprosess etter mønster fra tvisteloven og en utredningsprosess som ved klagebehandling etter forvaltningsloven. Siden prosessen for de øvrige domstolene i Norge er en partsprosess (minst to parter), er det nærliggende å anta at prosessen for en forvaltningsdomstol for utlen-

dingssaker bør legges opp på samme måte. Etter utvalgets syn vil det kunne svekke inntrykket av forvaltningsdomstolen som en reell domstol dersom partskonstellasjonen skal være annerledes her, og det vil gi et mer komplisert utgangspunkt for ankebehandling av domstolens avgjørelser i de alminnelige ankedomstolene. Det viktigste argumentet for at utlendingsforvaltningen (UDI) bør opptre som part for forvaltningsdomstolen, er imidlertid at denne ordningen er godt egnet til å få frem ulike interesser i saken, og gir det beste utgangspunktet for tillit til at domstolen opptrer uavhengig av forvaltningen. I tillegg gir den et godt utgangspunkt for oversikt over hvilke faktiske opplysninger som er fremlagt for domstolen, og for kontradiksjon. Hvis utvalgets oppgave hadde vært å utrede forvaltningsdomstoler mer generelt, kunne spørsmålet muligens vært mer åpent, siden det da ville gjelde en hovedinnretning i det norske domstolsapparatet. Begrenset til én kategori forvaltningssaker (utlendingssaker), er det imidlertid vanskelig å tenke seg en domstolsprosess uten de fordelene som ligger i en partsprosess. Etter utvalgets vurdering bør således saksbehandlingen i en forvaltningsdomstol legges opp som en prosess der utlendingsforvaltningen ved UDI er part.

UDIs utøvelse av partsrollen vil måtte baseres på prinsipper om objektivitet og saklighet, og med det materielle riktige resultat som mål for prosessen. En slik rolleforståelse er i godt samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, og også i tråd med eksempelvis den rollen som den offentlige påtalemyndighet har i straffesaker.

32.7.4.2 Adgang for andre til å opptre som part i saken. Flere saker i samme prosess

Den som påklager et vedtak fra UDI, vil være part i saken for forvaltningsdomstolen. Dersom vedtaket gjelder en annen enn den som klager, oppstår spørsmål om klager har rettslig interesse i saken. Den som klager, kan eksempelvis være ektefellen til den saken gjelder, referanseperson i en sak om familieinnvandring eller en arbeidsgiver. Om vedkommende har rettslig interesse, og dermed kan opptre som part, bør vurderes på linje med tilsvarende spørsmål for andre domstoler. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2015 side 93 gir eksempel på et tilfelle der et barn hadde rettslig interesse i et søksmål om gyldigheten av et vedtak om utvisning av barnets mor, og også i spørsmål om utvisningsvedtaket var en krenkelse av barnets rett til familieviv etter EMK artikkel 8. I en kjennelse 2. mai 2016 kom Høyesteretts ankeutvalg på den annen

side til at en tidligere samboer ikke hadde partsstatus.²⁰

På samme måte som for de alminnelige domstolene, bør den som skal klage til forvaltningsdomstolen, ha prosessuell handleevne (prosessdyktighet). For den som mangler slik handleevne, for eksempel fordi vedkommende er under 18 år, bør en verge kunne opptre, jf. også tvisteloven § 2-4 første ledd jf. § 2-3 første ledd.

I praksis vil en utlendingssak gjerne gjelde flere personer (typisk en familie). I slike tilfeller består det i prinsippet like mange saker som antall personer. Vanligvis vil det ligge til rette for at sakene kan behandles samlet. I enkelte tilfeller kan det imidlertid foreligge informasjon som tilsier at sakene ikke bør behandles samlet. Eksempelvis kan den ene ektefellen i en familie i asylintervju ha opplyst om overgrep som det er av velferdsmessig betydning for denne at familien for øvrig ikke blir kjent med. Ved behandling etter forvaltningsloven vil slik informasjon etter omstendighetene kunne holdes tilbake på grunnlag av forvaltningsloven § 18. I en partsprosess for en domstol ligger det i utgangspunktet ikke til rette for at den som skal dømme i saken kan sitte med informasjon som bare noen av partene er kjent med. For å forhindre at informasjonen i slike tilfeller spres til flere parter, er det i utvalgets lovskisse lagt opp til at UDI og domstolen i noen tilfeller må behandle sakene hver for seg. Etter lovskissen § 11 andre ledd skal sakene behandles hver for seg når det foreligger noe som tilsier at informasjon om enkelte av partene ikke bør gjøres kjent for de øvrige.

Også etter at det er anlagt en sak for forvaltningsdomstolen, vil det kunne oppstå spørsmål om flere kan tre inn i saken på den private siden, slik at også deres sak kan pådømmes i samme prosess. For de alminnelige domstolene regulerer tvisteloven § 15-3 første ledd adgangen for en tredjeperson til å tre inn som part. Vilkårene er at også dennes krav kan behandles av norsk domsmyndighet, og med samme sammensetning av retten og etter hovedsakelig samme saksbehandlingsregler. Videre er det et krav at den som vil tre inn vil nedlegge selvstendig påstand om det saken gjelder, eller fremme et krav som har så nær sammenheng med det opprinnelige kravet at det bør behandles i samme sak. Det er også en forutsetning at tredjeperson tilfredsstillende de alminnelige prosessforutsetningene, blant annet ved å ha prosessuell handleevne og rettslig interesse. Forutsatt at tredjepersonens krav hører

under forvaltningsdomstolens jurisdiksjon, og det også ellers ville vært anledning til inntreden etter den alminnelige sivilprosessen, antar utvalget at det bør være samme mulighet i saker for forvaltningsdomstolen. Både prosessøkonomi og mer generelle hensyn til at flere saker bør kunne ses under ett, tilsier at det bør være en slik adgang.

32.7.4.3 *Prosessfullmektig*

Proessen for en forvaltningsdomstol bør i utgangspunktet legges opp slik at den enkelte kan fremlegge sin sak selv. Ved at saksbehandlingen i stor grad vil være skriftlig, og uten en hovedforhandling som i de alminnelige domstolene, vil det også reelt sett være en del som kan klare seg uten advokat. I tilfeller der utlendingen har krav på fri rettshjelp i form av fri sakførsel, vil rettshjelpen dekke utgifter til en advokat. For andre tilfeller oppstår det spørsmål om hvem som bør kunne representere utlendingen for forvaltningsdomstolen.

I sivile saker for de alminnelige domstolene kan en part representere seg selv eller la seg bistå av en prosessfullmektig.²¹ Tvisteloven § 3-3 regulerer hvem som kan opptre som prosessfullmektig. I tingretten kan parten for det første benytte en advokat eller en autorisert advokatfullmektig. Også en parts nærstående (og i noen tilfeller vedkommendes ansatte) kan være prosessfullmektig for parten, forutsatt at retten ikke finner vedkommende uskikket. Retten kan også tillate at andre myndige, skikkede personer opptrer som prosessfullmektig. Det fremgår av lovforarbeidene at retten bør være varsom med å overprøve en parts vurdering av en nærstående persons skikkethet, men gjøre en mer inngående vurdering i de tilfeller andre personer ønskes benyttet som prosessfullmektig.²² Etter forvaltningsloven har en part i en forvaltningssak rett til å la seg bistå av en fullmektig.²³ Det samme gjelder i utlendingssaker for UNE.²⁴ Fullmektigen kan være en advokat eller en annen myndig person, men forvaltningsorganet kan avvise en fullmektig som yter slik bistand som erverv uten å oppfylle domstollovens krav for å kunne drive rettshjelpsvirksomhet. Andre enn advokater må legge frem skriftlig fullmakt fra parten for å kunne opptre som fullmektig.

²¹ Reglene om prosessfullmektig står i tvisteloven kapittel 3. Etter tvisteloven § 3-2 kan retten pålegge en part å benytte prosessfullmektig dersom parten ikke kan fremlegge saken sin på en forståelig måte.

²² NOU 2001: 32 B III 3.3.2, side 666.

²³ Jf. forvaltningsloven § 12.

²⁴ Se også utlendingsforskriften § 17-1 andre ledd.

²⁰ HR-2016-935-U.

Siden forvaltningsdomstolen vil være en domstol, og ha de samme behov for effektivitet og skikkethet for representasjon som tingretten, vil det være mest nærliggende å ha de samme reglene om bruk av prosessfullmektig i forvaltningsdomstolen som i tingretten. Løsningen vil gi en noe snevrere adgang til å benytte andre privatpersoner enn nærstående som prosessfullmektig for forvaltningsdomstolen enn overfor forvaltningen. Også for tingretten har imidlertid partene et forholdsvis bredt spekter av muligheter med hensyn til valg av prosessfullmektig. Reglene vil derfor vanskelig kunne ses som et reelt hinder for å kunne benytte adgangen til å bringe en sak inn for forvaltningsdomstolen.

32.7.5 Ansvar for sakens opplysning. Kontradiksjon

Etablering av en forvaltningsdomstol for utlendingssaker vil kreve en regulering av ansvaret for å opplyse de sakene som bringes inn for domstolen. Oppgaven med å få klarhet i faktum vil være mer fremtredende ved domstolsbehandling av en klage over vedtak truffet av UDI i første hånd enn det som er tilfelle ved domstolsprøving av UNEs avgjørelse i klagesaker i dag. Grunnen til dette, er at mens domstolsbehandlingen i dag er begrenset til å gjelde gyldigheten av UNEs vedtak, som hovedregel basert på det faktum som forelå da UNE avgjorde klagesaken,²⁵ vil en forvaltningsdomstol som skal overta UNEs oppgaver med klagebehandling, måtte avgjøre saken på grunnlag av faktum slik det foreligger på domstidspunktet.²⁶

I sivile saker for de norske domstolene er det partene som har hovedansvaret for å klarlegge de faktiske sidene av en sak. I saker der partene har fri rådighet (dispositive saker), kan ikke retten fremskaffe bevis med mindre partene samtykker. Retten skal imidlertid gi partene veiledning, og kan oppfordre dem til å tilby bevis. I saker med fri rådighet er det partene som bærer risikoen for bevisførselen, i den forstand at retten treffer sin avgjørelse på grunnlag av de bevis som er ført. Også i saker uten fri rådighet (indispositive saker) er det i utgangspunktet partene som skal fremskaffe bevis. I slike saker er imidlertid ikke domstolen bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn det som er forenlig med de offentlige hensyn som ligger til grunn for at rådigheten er begrenset, og domstolen skal se til at bevisførsel-

len gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.²⁷ I dette ligger at retten kan pålegge partene å føre bevis eller selv fremskaffe bevis, og den skal på eget initiativ foranledige bevisførsel som er nødvendig for at saken skal bli tilstrekkelig opplyst. I likhet med andre bevis, skal bevis som er kommet til etter initiativ fra retten, gjøres til gjenstand for kontradiksjon. I alle saker for de alminnelige domstolene er retten ansvarlig for sakens fremdrift, og for å drive aktiv saksstyring.²⁸

En rettstvist mellom en privat og det offentlige om gyldigheten av et forvaltningsvedtak kan være dispositiv eller indispositiv, eller ha elementer av begge kategorier, avhengig av sakens art og det offentliges handlefrihet. Utlendingssaker er dispositive, men den offentlige parts frihet til å disponere i saken er begrenset til å utøve den myndigheten som regelverket åpner for.

Ved prøving av vedtak for de svenske forvaltningsdomstolene er det partene som har hovedansvaret for utredning av sakens faktum. Domstolene har imidlertid et kompletterende ansvar, og de kan be partene om ytterligere opplysninger.²⁹ I utlendingssaker kan domstolen dessuten sende saken tilbake til Migrationsverket for fornyet behandling dersom den finner det nødvendig, og den kan innhente sakkyndigbevis.³⁰ Migrationsdomstolene har egne ansatte som utreder rettslige spørsmål og forbereder saken for avgjørelse. Slik utvalget har oppfattet det, omfatter ikke denne utredningsfunksjonen sakens faktiske side.

Spørsmålet om det i Norge bør innføres en partsprosess for klageorganet på utlendingfeltet er vurdert eller kommentert ved enkelte anledninger tidligere, med oppmerksomhet rundt spørsmål om ansvar for sakens opplysning. I forbindelse med evalueringen av UNE i 2003, kom konsulentfirmaet RhKnoff til at de tyngste argumentene talte imot å utvikle organet i retning av en særdomstol. Som beskrevet i kapittel 28, pekes det i evalueringsrapporten blant annet på en større fare for tilfeldigheter og forskjellsbehandling dersom ansvaret for saksforberedelsen flyttes fra UNEs fagfolk til klageren selv og dennes advokat, og at en utvikling mot særdomstol – på grunn av variasjoner i kvaliteten på advokatbistanden – ytterligere kan forsterke skillet mellom saker som behandles i nemndmøte og andre saker. Det antas også at en formalisert partsprosess vil øke saksbehandlingstiden, og at den vil kreve større inn-

²⁷ Jf. tvisteloven §§ 11–4 og 21–3.

²⁸ Jf. tvisteloven § 9–4.

²⁹ Jf. förvaltningsprosesslagen §§ 8 og 13.

³⁰ Jf. förvaltningsprosesslagen § 24.

²⁵ Jf. Rt 2012 side 1985 avsnitt 81.

²⁶ Se kapittel 30.

sats fra advokatene. Mæland-utvalget vurderte spørsmål om UDI bør være part i saker for klageinstansen, og uttalte i den forbindelse blant annet:³¹

«Utvalget er ... i tvil om en partprosess med UDI og klager som motparter vil gi en like god opplysning av saken som dagens ordning. I dag er det klageinstansen selv som har hovedansvaret for at saken er godt nok opplyst. Saken opplyses dermed av et spesialisert organ med god tilgang til relevant kunnskap både internt og eksternt. Videre har klageinstansen plikt til å ivareta klagers interesser i sin saksforberedelse. Klageinstansen må dermed også prøve å finne fakta, tidligere praksis og argumenter som taler for å ta klagen til følge. Det er fare for at klager og dennes advokat vil ha vesentlig dårligere forutsetninger for å finne fram til fakta og tidligere praksis enn klageinstansen.

En hel eller delvis overføring av ansvaret for å opplyse saken kan etter utvalgets oppfatning medføre at klageinstansen får et dårligere beslutningsgrunnlag enn etter dagens ordning. Dette kan ha negative følger for klagers rettssikkerhet.»

Mæland-utvalget mente at hensynet til rettssikkerhet og legitimitet ivaretas mest effektivt ved at klageinstansen fortsatt har hovedansvaret for å opplyse saken.

Det er en offentlig interesse å opprettholde en kontrollert og regulert innvandring, jf. utlendingsloven § 1. Samtidig er det både en offentlig interesse, og helt avgjørende viktig for en privat part, at den enkeltes rettssikkerhet ivaretas, blant annet ved at domstolen får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag for saken. Partene bør ha hovedansvaret for å utrede sakens faktum og fremlegge bevis for retten. For å oppnå en tilfredsstillende sikkerhet for at domstolen får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, bør likevel en forvaltningsdomstol for utlendingssaker kunne be partene om opplysninger, og pålegge dem å fremlegge bevis. Videre bør domstolen kunne oppnevne sakkyn-dige.

Partene må gis anledning til å uttale seg om sakens faktiske sider, de bevis som fremlegges og hva som kan utledes av disse. Spørsmål om noe kan unntas fra motpartenes innsyn, må reguleres gjennom regler om bevisfritak og bevisforbud. En forvaltningsdomstol bør ikke ha andre kilder til informasjon om sakens faktiske sider enn det som

fremlegges for den i anledning saken, og skal basere sin avgjørelse på faktiske forhold som partene har hatt foranledning til å kommentere før saken avgjøres. I dette ligger blant annet at forvaltningsdomstolen ikke kan ha tilgang til utlendingsforvaltningens datasystem DUF, slik UNE har i dag.

32.7.6 Behandlingsform – skriftlighet og muntlighet

32.7.6.1 Generelt

Saksbehandlingen i UNE er som hovedregel skriftlig. Nemndmøte skal holdes for å avgjøre saken dersom det er tvil om forhold som kan få betydning for utfallet, jf. forutsetningsvis utlendingsloven § 78 tredje ledd. I så fall kan det også være aktuelt å innkalle klageren til å møte og avgi forklaring, jf. samme bestemmelse sjette ledd. Muntlighet i tilknytning til at saker behandles i nemndmøte, er blant det som ligger til grunn for at UNE i noen sammenhenger betegnes som domstolslignende.

Land med forvaltningsdomstoler har gjerne en hovedregel om skriftlig behandling av saker der, for Sveriges del förvaltningsprocesslagen § 9 første ledd. Utlänningslagen kap. 16 § 5 har regler om muntlighet som utvider innslaget av muntlighet i utlendingssaker sammenlignet med hovedregelen for forvaltningsdomstolene. Dersom en part begjærer muntlig forhandling, har vedkommende krav på det, med mindre det kan anses unødvendig og særlige grunner ikke taler imot det. For øvrig skal muntlig forhandling holdes dersom det er til fordel for sakens opplysning, eller vil fremme en rask avvikling av saken. Større innslag av muntlighet ved overprøving av utlendingssaker var et hovedformål med opprettelse av de svenske migrationsdomstolene, jf. også kapittel 29.2.2.

EMK artikkel 6 stiller visse krav til muntlighet for at en prosess skal tilfredsstillende konvensjonens kriterier for domstolsbehandling. Selv om de sakene som en forvaltningsdomstol for utlendingssaker skal behandle ikke omfattes av bestemmelsen, jf. kapittel 30.1, er kravene etter artikkel 6 relevante for et organ som skal betegnes som en domstol. Skal det etableres en forvaltningsdomstol, bør behandlingen der som nevnt oppfylle konvensjonens krav til domstolsbehandling. Særlig der avgjørelsen av en sak vil bero på vurderingen av faktum, kan det ligge i artikkel 6 at parten skal ha anledning til å forklare seg muntlig.

På grunn av den store saksmengden, er det ikke realistisk å legge til grunn at en forvaltnings-

³¹ NOU 2010: 12 kapittel 14.4.

domstol for utlendingssaker kan avholde muntlige forhandlinger i en like stor andel av sakene, og på samme måte, som det avholdes hovedforhandling i de alminnelige domstolene. Særlig i saker der faktum ikke er omstridt, kan det også reelt sett ligge godt til rette for en utelukkende skriftlig behandling. Spørsmål om lovtolkning er blant det som kan være egnet for en skriftlig behandling. Videre krever verken konvensjoner eller andre hensyn at alle sider av en sak må behandles muntlig; et behov for muntlighet kan oppfylles også gjennom at det avholdes en muntlig sekvens, som supplement til en for øvrig skriftlig saksbehandling. Når UNE i dag avholder nemndmøter med adgang for klager til å forklare seg, opptar dette normalt en hel arbeidsdag for nemndleder og nemndmedlemmene. Ved å definere møtene som en del av saksutredningen fremfor som det avsluttende element, og «skreddersy» dem for spørsmål som er omstridt,³² bør det kunne holdes korte møter i flere saker enn i dag.

Det umiddelbare formålet med muntlighet vil være å opplyse saken. Det å innkalle til et møte kan i noen tilfeller være en mer effektiv måte å få saken opplyst på enn å motta skriftlige innlegg. Videre gir et møte partene mulighet til å fremføre sitt syn på saken, uavhengig av evne eller vilje til å skrive. I tillegg kommer at direkte kontakt mellom det organet som skal avgjøre saken og partene, med anledning for sistnevnte til å fremføre sine bevis og argumenter, kan bidra til å styrke partenes, og dermed også allmennhetens tillit til saksbehandlingen og avgjørelsen. I noen grad har altså muntlighet en funksjon ut over det å sikre opplysningen av den konkrete saken. Den sentrale innvendingen mot muntlighet er at fysisk fremmøte og muntlig kommunikasjon kan være mer tid- og ressurskrevende for avgjørelsesorganet enn om det utelukkende kan forholde seg til skriftlig materiale. Krav til muntlighet kan med andre ord også gå ut over effektiviteten i saksbehandlingen.

For å få frem at muntlighet for en forvaltningsdomstol for utlendingssaker vil være noe annet enn en hovedforhandling i sivile saker for de alminnelige domstolene, kan det for det første være en fordel om slike møter får en egen betegnelse. I det følgende benyttes uttrykket «behandlingsmøte».

For behandlingen i UNE angir utlendingsloven § 78 sjette ledd når det skal gis adgang til å møte personlig og uttale seg i saker som behand-

les i nemndmøte. I praksis innebærer denne reguleringsmåten at det nesten bare gjennomføres muntlige møter med klager i saker som behandles i nemndmøte. Etter utvalgets vurdering bør ikke spørsmålet om muntlighet knyttes til rettens sammensetning på samme måte. En regel om muntlighet i forvaltningsdomstolen må utformes slik at den gir forvaltningsdomstolen anledning til å innkalle til et møte i alle tilfeller der den mener det er behov for det. Hvorvidt en part krever å få møte er ikke nødvendigvis en god pekepinn på om det reelt sett er behov for et møte. I EMDs praksis legges det imidlertid vekt på partens ønske om å få møte det organet som skal avgjøre saken. På denne bakgrunn benyttes det som kriterium også i utvalgets lovskisse. I utvalgets skisse til en lov om utlendingsdomstol er det formulert følgende bestemmelse om muntlighet for forvaltningsdomstolen (forslaget til § 14 første til tredje ledd):

§ 14 Behandlingsmøte

Dersom det er hensiktsmessig for avgjørelsen av saken, innkalles partene til et muntlig møte (behandlingsmøte). Det samme gjelder dersom en av partene krever det, og retten anser at det er av vesentlig betydning for parten å få uttale seg eller fremføre et bevis muntlig i saken.

Behandlingsmøtet bør begrenses til å gjelde den delen av saken som tilsier at møtet avholdes. Det kan begrenses til å gjelde fremleggelse av muntlige bevis eller å få partenes syn på angitte forhold i saken. Vitner og sakkyndige gir sin forklaring i behandlingsmøte etter reglene i tvisteloven.

Retten innkaller partene til behandlingsmøte, og orienterer dem om hvilke forhold møtet skal omhandle.

Det ligger i utformingen av bestemmelsen at det kan være aktuelt med behandlingsmøte også i saker der det ikke deltar meddommere.³³

Muntlige sekvenser bør være en del av saksutredningen for forvaltningsdomstolen, ikke nødvendigvis et avsluttende element. Det bør være fleksibilitet med hensyn til gjennomføringen av møtene, men også noen faste rammer. Møtene bør ledes av en dommer, og temaet for møtet og bevis- og vitneførsel bør være avklart på forhånd. En part som oppholder seg i utlandet, bør kunne opptre via videolink eller telefon. Reglene om fjernavhør og bruk av tolk i forvaltningsdomstolen, bør være de samme som for de alminnelige

³² Etter utlendingsforskriften § 16–11 kan møter også i dag begrenses til noen temaer.

³³ Spørsmålet om når det skal delta meddommere, behandles i kapittel 32.7.7 straks nedenfor.

domstolene. Det vil være naturlig at partene får ordet etter tur, og at de får anledning til å kommentere eventuell bevisførsel.

Både positive og negative beslutninger om muntlighet med adgang til forklaring bør være skriftlig, og partene bør kunne uttale seg om spørsmålet før domstolen treffer avgjørelse. Beslutningen bør ikke kunne ankes utover det som følger av tvisteloven.³⁴

32.7.6.2 Høring av barn

Som nevnt må saksbehandlingen ved en forvaltningsdomstol innrettes på en måte som sikrer at barns rett til å bli hørt, oppfylles. Domstolen vil for det første ha ansvar for at barnet får informasjon om saken som er tilpasset dets modenhetsnivå, slik at det kan danne seg et syn på om det ønsker å uttale seg. Videre vil domstolen måtte legge til rette for et møte med barnet i tilfeller der dette ønsker å uttale seg direkte for domstolen, og det ikke er særskilte hensyn som tilsier at barnet skal uttale seg indirekte, gjennom en annen person.

Ved direkte høring vil barnet kunne uttale seg overfor enten en fagdommer eller overfor både fagdommer og lekdommere. Høringen bør skje på en skånsom måte, i lokaler som egner seg for samtaler med barn. Barnet har rett til å uttale seg uavhengig av om foreldrene samtykker, og også uten at foreldrene er til stede. Dersom barnet ønsker å uttale seg gjennom en representant, bør domstolen også kunne tilby en person som er vant til å snakke med barn. Forvaltningsdomstolen bør ikke kunne be UDI, som er part i saken, om å gjennomføre høringen. Forvaltningsdomstolen skal tillegge barnets synspunkter vekt ved avgjørelsen av saken, jf. del III ovenfor. Barn som har uttalt seg, må orienteres om utfallet av saken når avgjørelsen er tatt.

For høring av barn vises for øvrig til det som er uttalt i del III ovenfor om behov for videre utredning.

32.7.7 Forvaltningsdomstolens sammensetning

32.7.7.1 Utgangspunkt

I Utlendingsnemnda avgjøres saker enten i nemndmøte med deltakelse av en nemndleder og to nemndmedlemmer, av en nemndleder alene, eller

av sekretariatet, jf. utlendingsloven § 78. I sivilprosessen er hovedregelen at tingretten settes med én dommer, jf. tvisteloven § 9-12 og domstoloven § 21. Dette gjelder også for utlendingssaker. Tingretten settes med meddommere dersom en av partene begjærer det eller retten finner det nødvendig, jf. tvisteloven § 9-12 (1). I visse tilfeller kan retten settes med flere enn én fagdommer, jf. tvisteloven § 9-12 (4). Ved forvaltningsdomstolene i Sverige er hovedregelen at retten settes med én fagdommer og tre lekdommere, jf. lagen om allmänna förvaltningsdomstolar § 17. Retten kan settes med en fagdommer blant annet i saker «av enkel beskaffenhet», jf. § 18 fjerde ledd, jf. andre ledd. I praksis avgjøres de fleste saker i migrasjonsdomstolene av en fagdommer.³⁵

Lovens regler om i hvilken form UNE skal avgjøre saker, er utformet på en måte som gjør innholdet vanskelig tilgjengelig. Utformingen kan gi inntrykk av at saker som hovedregel skal avgjøres i nemndmøte, og at unntak må begrunnes særskilt. Loven er imidlertid ikke bygget opp med hovedregel og unntak på denne måten. Den angir i stedet at visse saker *skal* avgjøres i nemndmøte dersom de inneholder «vesentlige tvilsspørsmål», mens andre saker *kan* avgjøres av en nemndleder. Med denne systematikken kan behandling i nemndmøte ses som «unntaket». I praksis avgjøres de fleste sakene enten av en nemndleder eller av sekretariatet. Kriteriene for når en sak skal behandles i nemndmøte, er videre skjønnsmessige og til dels uklare. Beslutningen om avgjørelsesform fremgår av vedtaket i den enkelte sak, men begrunnes normalt ikke særskilt.

Med en forvaltningsdomstol hierarkisk sett på nivå med tingretten, vil «minimumsbemanningen» i den enkelte sak måtte være én juridisk utdannet dommer (i det følgende brukes tvistelovens terminologi «fagdommer»). Samtidig vil de sakene som forvaltningsdomstolen skal behandle, variere over et bredt spekter hva gjelder vurderingstemaer og kompleksitet. På samme måte som for UNE, kan det derfor være aktuelt å anbefale at domstolen i noen tilfeller skal ha en bredere sammensetning enn den ene fagdommeren. De mest sentrale spørsmålene vil være i hvilke tilfeller retten skal settes med meddommere, og om disse eventuelt skal være fagkyndige eller leke. Disse spørsmålene drøftes straks nedenfor. Uavhengig av hva de materielle løsningene skal gå ut på, vil det være en fordel om reglene om rettens sammensetning blir mer presise og lettere tilgjengelige enn reglene om avgjørelsesformene i UNE.

³⁴ Tvisteloven § 29-3 tredje ledd regulerer retten til å anke over beslutninger.

³⁵ Se kapittel 29.2.4 figur 29.2.

I sivile saker for tingretten kan retten under hovedforhandlingen settes med flere enn én fagdommer dersom saken reiser særlig kompliserte faktiske eller rettslige spørsmål eller andre forhold tilsier det, eller partene har avtalt det og samtidig frafalt retten til anke, jf. tvisteloven § 9-12 (4). Beslutningen om dette ligger til domstollederen i tingretten. Skal retten settes med mer enn én fagdommer, skal tallet være tre, jf. samme bestemmelses femte ledd. I lovforarbeidene er det nevnt at styrking av retten på denne måten er en ressurskrevende behandlingsform, og departementet understreker samme sted at den klare hovedregel fortsatt skal være at også vanskelige saker skal behandles av én tingrettsdommer.³⁶

De aller fleste saker for en forvaltningsdomstol for utlendingssaker vil kunne pådømmes med bare én fagdommer. Det bør imidlertid vurderes om domstolen – på samme måte som UNE kan settes med stornemnd – i enkelte tilfeller bør kunne settes med flere fagdommere. En slik mulighet kan være av verdi i tilfeller der det er behov for avklaring av prinsipielle spørsmål eller andre spørsmål om hvordan saksbehandlingen bør innrettes. Muligheten til å sette rett med flere fagdommere vil kunne bidra til at sentrale spørsmål kan avgjøres av forvaltningsdomstolen med betydelig rettskildemessig verdi. Etter utvalgets syn vil dette være en bedre ordning enn at spørsmålene skal avgjøres i lagmannsretten, som er en alminnelig domstol. I tilfeller der mer enn én fagdommer skal delta, bør antallet være tre.

32.7.7.2 Meddommere

I sivile saker for de alminnelige domstolene settes retten som nevnt med meddommere under hovedforhandlingen dersom en part krever det eller retten finner det ønskelig, jf. tvisteloven § 9-12 første ledd. Meddommerne skal være fagkyndige dersom hensynet til en forsvarlig behandling av saken tilsier det. Meddommerinstituttet har dels et demokrati- og legitimitetsaspekt, og er dels et verktøy for å sikre fagkyndighet i retten. Tviselovutvalget uttalte blant annet følgende om meddommere som en del av rettssystemet:³⁷

«Deltakelse av alminnelige meddommere vil ... i noen grad kunne fremme en forsvarlig behandling og avgjørelse, kanskje ikke først og fremst fordi det er alminnelige meddommere med, men fordi deltakelse av meddommere

medfører at retten får en større sammensetning. At det er flere med og dømmer, vil i seg selv kunne innebære en kvalitetssikring i bevisbedømmelsen og vurderingene. Men det kanskje viktigste argumentet for deltakelse av alminnelige meddommere er tillitshensynet. Det kan ikke ses bort fra at parter vil kunne ha større tillit til et avgjørelsesorgan hvor også «vanlige folk» deltar, kanskje er det særlig grunn til å tro dette i konflikter mellom «den vanlige mann» og mer ressurssterke parter, typisk stat, kommune, offentlige organer ellers og store bedrifter mv. Dette tillitshensynet vil ha særlig vekt hvor saken gjelder vedtak om bruk av tvang, men lekdommere vil her ofte være fagkyndige meddommere. Ved tyngre inngrep overfor enkeltindivider, vil også rene demokrati- og legitimitetshensyn tale for at lekdommere er med. Deltakelse av alminnelige lekdommere vil også kunne være nyttig med henblikk på rettsreglenes atferdsregulerende funksjon. Deltakelse av lekdommere vil medvirke til at kunnskap om rettsregler og rettsåndhevelse blir spredd i befolkningen.»

Ordningen med alminnelige meddommere i domstolene har et motstykke i deltakelsen av nemndmedlemmer ved UNEs behandling av saker i nemndmøte. Ved behandling av saker i nemndmøte deltar det to nemndmedlemmer, mens det deltar fire nemndmedlemmer ved behandling i stornemnd. Nemndmedlemmene er oppnevnt på grunnlag av forslag fra et departement eller en organisasjon, uten formelle krav til en spesifikk utdanning eller erfaringsbakgrunn.³⁸

Også i Trygderetten varierer rettens sammensetning med sakens art.³⁹ Hovedregelen er at Trygderetten settes med to medlemmer, med et juridisk kyndig rettsmedlem som administrator. Avhengig blant annet av hvilke faglige kvalifikasjoner saken krever, settes retten i en del tilfeller med tre medlemmer. I tilfeller der det må antas at rettens avgjørelse kan bli bestemmende for praksis på et saksområde, kan retten settes med fem medlemmer. Tidligere ga loven anvisning på at Trygderetten i noen tilfeller settes med syv medlemmer, og slik at to av disse kunne være lekmedlemmer. Denne ordningen ble avvirket i 2015, under henvisning blant annet til at ordningen ikke lenger var i bruk. I proposisjonen til grunn for lovendringene er utfordringene ved bruk av lekmedlemmer i Trygderetten beskrevet slik:⁴⁰

³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) kapittel 17.5.

³⁷ NOU 2001: 32 A Rett på sak kapittel 3.19, side 147.

³⁸ Jf. utlendingsloven § 77.

³⁹ Jf. trygderettsloven § 7.

«Bruk av legmedlemmer i en sak er ressurskrevende, både økonomisk og administrativt. For det første vil det medføre utgifter i form av dekning av reiseutgifter og utbetaling av arbeidsgodtgjøring. For det andre vil det medføre en del ekstra administrativt arbeid, både for rettens administrator og for Trygderettens administrative personale, i samband med blant annet oppnevning og innkalling av legmedlemmer samt dekning av utgifter/utbetaling av godtgjøring. I tillegg kommer annet arbeid med å legge forholdene best mulig til rette for legmedlemmenes deltakelse, for eksempel når det gjelder innføring i saken og de spørsmål som saken reiser. Anvendelse av legmedlemmer i mer enn et meget sterkt begrenset antall saker vil nødvendigvis gjøre en styrking av Trygderettens personale, også når det gjelder administrativt personale, for å forhindre at saksbehandlingstiden forlenges.»

Departementet mente at rettssikkerheten i Trygderetten vil være godt nok ivaretatt uten bruk av lekmedlemmer.⁴¹

Det som tvistelovutvalget uttalte om verdien av deltakelse fra alminnelige meddommere i avgjørelsen av sivile saker for domstolene, vil være relevant også for behandlingen av saker ved en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Staten vil være part i sakene, og bildet vil være «den lille mann eller kvinne» mot en ressurssterk stat. På sikt er landet avhengig av at innbyggerne har tillit til de sentrale samfunnsinstitusjonene, ikke minst til domstolene. Bruk av lekdommere er ressurskrevende – slik det er beskrevet ovenfor i tilknytning til Trygderetten – men også en investering i tillit. Etter utvalgets vurdering bør derfor forvaltningsdomstolen kunne settes med meddommere i enkelte saker.

Etter dagens system kan nemndleder i UNE avgjøre «[s]aker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål», jf. utlendingsloven § 78 tredje ledd. Motsetningsvis må dette bety at saker som byr på slike tvilsspørsmål, skal avgjøres i nemndmøte (eller stornemnd). Hvilke saker som skal anses å by på vesentlige tvilsspørsmål og dermed avgjøres i nemndmøte, er presisert i utlendingsforskriften § 16-9, som lyder:

«En sak skal anses å by på vesentlige tvilsspørsmål og avgjøres i nemndmøte dersom det er tvil om spørsmål som kan ha avgjørende

betydning for utfallet av saken. Blant annet skal saken anses å by på vesentlige tvilsspørsmål dersom

- a) det er tvil om klagerens troverdighet når det gjelder anførsler om faktiske forhold som kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken,
- b) det er tvil om vurderingen av retursituasjonen og dette kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken,
- c) det er tvil om rettslige tolkningsspørsmål som kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken, eller
- d) det er tvil om hvorvidt et skjønn skal utøves og dette kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken.»

Denne avgrensningen kan være egnet som kriterium også for hvilke saker som skal behandles med meddommere i en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. En regel med dette innholdet vil ikke gi fullt samsvar mellom saker der saksbehandlingen skal inkludere muntlighet og saker som skal behandles med meddommere. Formålene med muntlighet og med deltakelse fra meddommere er imidlertid ikke fullt ut de samme, og i praksis er det klart mulig å gjennomføre ett av disse elementene uten det annet. Et uttalt ønske fra en part om deltakelse fra meddommere bør ikke i seg selv være styrende for prosessen, men kan etter omstendighetene være et moment i retens vurdering av hvordan saken skal behandles.

I sivile saker for de alminnelige domstolene skal meddommerne være fagkyndige «dersom hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det», jf. tvisteloven § 9-12 andre ledd. I mange tilfeller vil det være nettopp ønsket om fagkyndighet som ligger til grunn for en parts begjæring om meddommere. Fagkyndige meddommere vil kunne styrke partenes tillit til retten, også i en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Forvaltningsdomstolen vil imidlertid være en særdomstol, forutsetningsvis med særskilt kompetanse innenfor utlendingsfeltet. Utgangspunktet for vurderingen av behovet for fagkyndige meddommere blir derfor et annet enn for de alminnelige domstolene. Videre er det ikke noen egen kategori fagkyndige nemndmedlemmer i UNE, og utvalget kjenner ikke til noen praksis med bruk av fagkyndige meddommere i utlendingssaker for domstolene. Etter utvalgets syn bør fagkyndighet på dette området tilføres retten gjennom bruk av sakkyndige heller enn fagkyndige meddommere. Oppnevning av sakkyndige kan ha den fordel fremfor oppnevning av fagkyndige meddommere at den

⁴⁰ Prop. 139 L (2014–2015) kapittel 8.2.4.3.

⁴¹ Prop. 139 L (2014–2015) kapittel 8.2.4.3.

sakkyndiges vurderinger blir kjent for partene og undergitt kontradiksjon før avgjørelse treffes. Det bør høre under retten å bestemme om det skal oppnevnes meddommere i den enkelte sak.

Ordningen med meddommere i de alminnelige domstolene er knyttet til hovedforhandlingen og avgjørelsen av saken. Som nevnt i det foregående, vil prosessen for en forvaltningsdomstol for utlendingssaker av praktiske grunner måtte være enklere – i utgangspunktet skriftlig, og uten en hovedforhandling som etter tvisteloven. «Innslagspunktet» for når i prosessen meddommere skal bringes inn, vil derfor måtte defineres annerledes for forvaltningsdomstolen. Utvalget antar at meddommernes funksjon bør formuleres slik at de skal delta i behandlingen og avgjørelsen av de spørsmålene saken reiser. Uttrykket «behandlingen» vil inkludere eventuelle muntlige innslag, men på den annen side ikke i seg selv stille krav om muntlighet. Videre vil formuleringen legge til rette for at avgjørelser av prosessuell karakter vil kunne treffes av fagdommeren alene.

Den ordningen med meddommere som nå er beskrevet, vil gi meddommerne i forvaltningsdomstolen en noe bredere oppgave enn nemndmedlemmene i UNE. For UNE kan avholdelse av nemndmøte og deltakelse fra nemndmedlemmer knyttes helt sammen, slik at når det avholdes nemndmøte for bare noen av spørsmålene i en sak, deltar nemndmedlemmene bare i avgjørelsen av disse.⁴² Etter utvalgets forslag skal meddommerne – dersom slike først deltar – ta del i avgjørelsen av alle realitetsspørsmål.

Nemndmedlemmer til UNE oppnevnes av Kongen i statsråd etter forslag fra Justisdepartementet, Utenriksdepartementet, Juristforbundet og humanitære organisasjoner. Ordningen er ment å sikre at nemndmedlemmene representerer en viss kompetanse, og at UNEs frie stilling ivaretas.⁴³ Departementet foreslo i utgangspunktet at utvalget av meddommere skulle oppnevnes etter forslag fra de politiske partiene, eller med utgangspunkt i de alminnelige meddommerutvalgene.

Meddommere og lagrettemedlemmer til de alminnelige domstolene hentes fra alminnelige utvalg i hver kommune, valgt av kommunestyret. Domstoloven stiller visse krav til hvem som kan være lekdommer, blant annet til alder og vandel, jf. lovens §§ 70 flg. Det nedsettes ikke egne utvalg for fagkyndige meddommer. Jordskifterettene har et særskilt utvalg meddommere som skal være

«kunnige» i saker som den aktuelle jordskifteretten behandler, jf. jordskifteloven § 2-5 første ledd. Flere nemnder har utvalg, noen av personer med en spesifikk kompetanse. For eksempel skal den nye Skatteklagenemnda ha et utvalg bestående av jurister, revisorer og økonomer.

I Sverige hentes lekdommere ved migrationsdomstolene fra de samme utvalg som lekdommere ved förvaltningsrätten for øvrig, jf. utlänninglagen kapittel 16 § 2. En ordning med særskilte utvalg av lekdommere ved migrationsdomstolene ble foreslått, men forkastet.⁴⁴

Av praktiske grunner vil meddommere – i likhet med nemndmedlemmer i dag – måtte hentes fra et på forhånd definert utvalg. De som skal oppnevnes til et utvalg av meddommere for forvaltningsdomstolen, bør oppfylle de kravene som følger av domstoloven §§ 70-72 for å kunne rekrutteres til utvalgene av alminnelige meddommere. I dette ligger blant annet at den som utpekes må ha tilstrekkelige norskkunnskaper, og for øvrig være personlig egnet til oppgaven. Mens nemndmedlemmer i dag må være norske statsborgere, ligger det ikke et tilsvarende krav i domstoloven §§ 70-72. Videre bør utvalget være balansert med hensyn til alder og kjønn. Ideelt sett bør det også ha representanter fra hele domstolens geografiske jurisdiksjonsområde. Skal det være bare én forvaltningsdomstol, vil dette kunne gi store reiseavstander. I dag hentes nemndmedlemmer til UNE fra hele landet. Dersom de som skal rekrutteres til utvalget skal ha plikt til å la seg utpeke, må dette komme til uttrykk i lov.

Utvalget går ikke detaljert inn på spørsmålet om hvordan en ordning for oppnevning av meddommere for forvaltningsdomstolen bør utformes. Utvalgets skisse til lov for utlendingsdomstolen bygger på at meddommere fortsatt skal rekrutteres på grunnlag av forslag fra departementer og organisasjoner, men her i regi av Domstoladministrasjonen.

32.7.8 Forvaltningsdomstolens prøving og avgjørelse av saken

32.7.8.1 Generelt

UNE kan prøve alle sider av en sak som er avgjort av UDI, ta i betraktning nye opplysninger, og treffe nytt vedtak basert på forholdene slik de foreligger når UNE avgjør klagesaken. Det er i tråd med forvaltningslovens hovedregel om klage-

⁴² Utlendingsforskriften § 16–11 første ledd.

⁴³ Innst. O. nr. 24 (1996–97) kapittel 2.4 side 6.

⁴⁴ SOU 1999: 16 kapittel 13.2.3, jf. Prop. 2004/05: 170 kapittel 7.4.2.

organers kompetanse, jf. lovens § 34 andre ledd. De alminnelige domstolenes kompetanse til å prøve forvaltningsvedtak er derimot som hovedregel begrenset til å prøve gyldigheten av vedtaket, basert på faktum slik det forelå da forvaltningen traff sitt vedtak.⁴⁵ Blir et forvaltningsvedtak kjent ugyldig, må forvaltningen behandle saken på nytt. Den svenske forvaltningsdomstolens kompetanse ligner mest på administrative klageorganers kompetanse etter norsk rett, idet de kan prøve alle sider av saken, og erstatte den påklagede avgjørelsen med en ny avgjørelse.⁴⁶

Dersom kompetansen for en norsk forvaltningsdomstol for utlendingssaker begrenses sammenlignet med UNEs rolle, vil det kunne ses som en svekkelse av det rettssikkerhetsmessige vernet som ligger i retten til administrativ klagebehandling i dag. Siden forvaltningsdomstolen forutsetningsvis blir den første som skal prøve UDIs vedtak, vil en begrenset myndighet for domstolen innebære at det ikke blir noen mulighet til å få prøvd alle sider ved saken. Som beskrevet i kapittel 30, følger det av EMK artikkel 13 at det må være adgang til å få prøvd om et vedtak innebærer menneskerettsbrudd. Det vil gi liten mening å utforme domstolens kompetanse snevrere enn den retten til overprøving som ligger i konvensjonsbestemmelsen, siden man i så fall må ha en annen instans som oppfyller denne. Etter utvalgets syn bør en forvaltningsdomstol som skal overta UNEs funksjon, kunne prøve alle sider av saken.

På samme måte som i sivile saker for de alminnelige domstolene, bør forvaltningsdomstolen basere sine avgjørelser i hovedsak på et faktisk grunnlag som ligger innenfor det partene har påberopt seg. I dette ligger at også faktiske opplysninger i saken som ikke er særskilt fremhevet (påberopt) av partene, kan inngå i rettens avgjørelsesgrunnlag, så lenge de har vært kjent for partene og de har hatt foranledning til å uttale seg om dem.

Et ytterligere spørsmål er hvorvidt en forvaltningsdomstol for utlendingssaker bør kunne gå utenfor partenes påstander eller anførsler i saken. Konkret kan dette eksempelvis være spørsmål om domstolen i en sak kan legge avgjørende vekt på en risiko for kjønnslemlestelse ved retur, selv om UDI ikke har vurdert dette, og det heller ikke er anført som grunnlag for beskyttelse.⁴⁷

Som nevnt kan ikke de alminnelige domstolene gå utenfor partenes påstander og anførsler i saker med fri rådighet.⁴⁸ Gjennom veiledning av partene vil imidlertid retten i noen grad kunne påvirke rammen for prøvingen. I Sverige gir förvaltningsprocesslagen § 29 anvisning på et «offisi-alprövningsprincip», men hvorvidt domstolen kan gå ut over partenes påstander, er omdiskutert.⁴⁹ Hovedregelen er at retten er bundet av partenes påstander, men om det foreligger særlige grunner («særskilda skäl»), kan retten gå ut over partenes påstander og anførsler dersom dette er til fordel for den enkelte, og ikke til ugunst for en motstående privat interesse.

Etter utvalgets vurdering bør det påklagede vedtaket og partenes påstander danne rammen for hva domstolen skal kunne treffe realitetsavgjørelse om. Innenfor dette, bør domstolen stå friere med hensyn til hva som kan lede frem til en konklusjon. Ser domstolen andre grunnlag for en konklusjon enn dem som er berørt av partene, bør den imidlertid kunne oppheve det påklagede vedtaket og sende saken tilbake til UDI for ny behandling der. I § 15 andre ledd i lovskissen er det lagt opp til at retten, istedenfor å avgjøre realiteten i saken, kan sende saken tilbake til UDI for ny behandling når særlige grunner taler for det. Opprettholdes vedtaket der, kan avgjørelsen klages inn for domstolen på nytt.

Hva slutningen i avgjørelsen fra forvaltningsdomstolen skal gå ut på, vil naturlig nok avhenge av om domstolen kommer til at klagen skal føre frem. Dersom klagen ikke fører frem, vil domslutningen måtte gå ut på at klagen ikke tas til følge. Samtidig bør forvaltningsdomstolen fastsette en ny frist for utreise i tilfeller der utlendingen befinner seg i Norge. Som hovedregel bør denne fristen ikke være kortere enn ankefristen. Dersom UDI ber om det, og domstolen finner at det foreligger en situasjon som nevnt i utlendingsloven § 90 sjette ledd fjerde punktum, bør det

⁴⁷ Dette er et annet spørsmål enn om domstolen kan legge vekt på opplysninger som har kommet frem etter at UDI traff sitt vedtak. Det må være klart at domstolen eksempelvis må kunne vurdere om en utlending som påstår å ha konvertert til kristendommen etter avslag i UDI, risikerer forfølgelse av den grunn.

⁴⁸ Jf. tvisteloven § 11–2 første ledd.

⁴⁹ Prinsippet har også en side til offisi-alprövningsprinsippet i förvaltningsprocesslagen § 8, og sammen med § 30 utgjør disse bestemmelsene rammen for domstolens prøving. For offisi-alprövningsprinsippet del må det skilles mellom dets betydning for domstolens utredningsansvar, og dets betydning for domstolens prøvingsrett. Temaet er behandlet i Wennergren, Bertil, Förvaltningsprocess, 3. utgave 1995, side 116 flg.

⁴⁵ Jf. Rt. 2012 side 1985 P avsnitt 81.

⁴⁶ Se Bragdø–Ellenes, Sunniva Christina, Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike, kapittel 5.2.2.

kunne fastsettes en kortere frist innenfor rammene etter nevnte bestemmelse i utlendingsloven.

Kommer domstolen derimot til at klagen skal tas til følge, må slutningen i dommen angi den rettslige posisjon utlendingen etter domstolens vurdering skal ha.

32.7.8.2 Ulike typer avgjørelser fra forvaltningsdomstolen

Den sentrale oppgaven for en forvaltningsdomstol vil være å avgjøre realiteten i de sakene som bringes inn for den. I tillegg må domstolen treffe avgjørelser om ulike prosessuelle spørsmål; om det skal gis oppreisning for oversittelse av klagefristen, om iverksettingen av et vedtak skal utsettes, om en sak skal behandles med meddommere, om det skal avholdes et behandlingsmøte, om avskjæring av bevis mv.

I sivilprosessen skilles det mellom tre typer domstolsavgjørelser; dommer, kjennelser og beslutninger.⁵⁰ De tre typene avgjørelser gjelder ulike typer spørsmål, og det er ulike krav til saksbehandlingen og ulik adgang til å anke dem. I forvaltningsretten definerer forvaltningsloven § 2 begrepet vedtak, som typisk vil være forvaltningens realitetsavgjørelse av en sak. Forvaltningsloven definerer ikke andre typer avgjørelser, selv om også forvaltningsorganer treffer beslutninger om behandlingen av saken mv. Disse faller utenfor lovens vedtaksbegrep, og har i praktisk terminologi betegnelsen prosessledende avgjørelser.

Arbeidsretten og Utmarksdomstolen for Finnmark benytter tvistelovens terminologi for ulike typer avgjørelser. Realitetsavgjørelser fra Trygderetten betegnes derimot som kjennelser. Avgjørelser fra fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker betegnes som vedtak.

For at det skal være tydelig at forvaltningsdomstolen er en domstol, vil det være en fordel om den terminologien som skal benyttes, er mest mulig lik den som brukes for avgjørelser fra andre domstoler. Avgjørelser som avgjør realiteten i saken bør kalles dommer. Andre avgjørelser som avslutter saker for domstolen, kan naturlig betegnes som kjennelser, og øvrige avgjørelser som beslutninger. Også reglene om krav til begrunnelse for de ulike typene avgjørelser, og om rettsmidler, bør i utgangspunktet være så like som mulig reglene for de alminnelige domstolene. For saker der det etter domstolens vurdering er åpenbart at klagen ikke kan føre frem, vil det imidlertid ikke være en god anvendelse av ressursene om

domstolen skal måtte gi en individualisert begrunnelse. Utvalget foreslår derfor at det lovfestes en hjemmel for å kunne gi en kortfattet, standard begrunnelse i slike tilfeller (lovskissens § 16 andre ledd).

32.7.8.3 Underretning om avgjørelser fra forvaltningsdomstolen

En avgjørelse må gjøres kjent for partene. Forvaltningsvedtak skal normalt meddeles skriftlig til parten eller dennes fullmektig, sammen med informasjon om klageadgang, klagefrister mv.⁵¹ Vedtak fra UNE meddeles normalt ved at de sendes til parten eller dennes fullmektig per post. I noen tilfeller sendes vedtaket til politiet for underretning, blant annet dersom parten ikke har kjent adresse. Dersom parten befinner seg i utlandet, og ikke har fullmektig i Norge, sendes vedtaket til norsk utenriksstasjon i det aktuelle landet for underretning.

Dommer fra de alminnelige domstolene i sivile saker skal forkynnes for partene.⁵² Det kan bare skje på den måten domstoloven kapittel 9 foreskriver.⁵³ Normalt skjer forkynning per post til parten.⁵⁴ Dersom parten er representert med fullmektig, kan forkynning skje også overfor denne.⁵⁵

Formålene med reglene om forkynning er å sikre at parten får mulighet til å gjøre seg kjent med innholdet i et dokument, og at det er notoritet rundt tidspunktet for dette. Reglene om formidling av avgjørelser fra en forvaltningsdomstol bør ivareta de samme formålene. At avgjørelsene kan ha store konsekvenser for en privat part, gjør det særlig viktig å sikre at denne forstår innholdet i og betydningen av avgjørelsen, blant annet når avgjørelsen setter frist for utreise eller inneholder et innreiseforbud. Oversittelse av en utreisefrist innebærer at parten mister muligheten til å få økonomisk støtte til reetablering i hjemlandet, og kan bli sendt ut av landet med tvang og utvist. Et forsettlig eller uaktsomt brudd på et innreiseforbud kan straffes med fengsel i inntil to år. Formidlingen av avgjørelsen må videre inneholde blant annet relevant informasjon om ankeadgangen.

Når partene er representert ved en fullmektig, antas det at postforkynning vil være en betryggende fremgangsmåte. Dersom parten ikke har

⁵¹ Jf. forvaltningsloven § 27.

⁵² Jf. tvisteloven § 19–5 første ledd.

⁵³ Jf. domstoloven § 159.

⁵⁴ Jf. domstoloven § 163 a.

⁵⁵ Jf. domstoloven § 193 første ledd.

⁵⁰ Jf. tvisteloven § 19–1.

en fullmektig, vil blant annet manglende norsk-kunnskaper hos parten kunne medføre at postforkynning ikke gir tilstrekkelig sikkerhet for at avgjørelsens innhold og betydning blir forstått. I slike tilfeller må avgjørelsen derfor formidles av andre. Som i dag vil det være naturlig at denne oppgaven ligger til politiet. Det bør videre være en åpning for å la politiet forkynne en avgjørelse også i andre tilfeller, for eksempel på grunn av risikovurderinger.

32.7.9 Virkninger av en avgjørelse fra forvaltningsdomstolen

Et sentralt poeng med domstolsbehandling er at de sakene som pådømmes der, avgjøres med endelig virkning. Dommer fra de alminnelige domstolene i tvistesaker har virkninger som sammenfattes i begrepene rettskraft og tvangskraft.⁵⁶ Essensen i disse virkningene er at en dom er bindende mellom partene når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler, og at eventuelle krav fastsatt i dommen da kan tvangsfullbyrdes.

I en sak for de alminnelige domstolene om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, er det bare avgjørelsen om vedtakets gyldighet som har rettskraftvirkninger, ikke de vurderingene som domstolen har gjort av de underliggende forholdene. Avgjørelser truffet av norske forvaltningsorganer har normalt ikke rettskraftvirkninger. Spørsmålet om rettskraft for svenske dommer i forvaltningsaker, er omdiskutert. Et utgangspunkt er at avgjørelser som går ut på at en søknad avslås, ikke har rettskraft.⁵⁷

Også for dommer fra en forvaltningsdomstol vil det være behov for regler om virkningen av en dom. Reglene bør for det første angi at dommer i utgangspunktet ikke kan ankes etter ankefristens utløp, og at et vedtak fra UDI som er prøvd for forvaltningsdomstolen, ikke kan kreves prøvd på nytt. En dom fra forvaltningsdomstolen (eller ankedomstolen) kan imidlertid ikke stå i veien for at det kan fremsettes en ny søknad om samme type tillatelse som tidligere er avslått. Videre må utlendingsforvaltningen kunne opprette ny sak om utvisning og tilbakekall selv om et vedtak om det samme tidligere er underkjent av forvaltningsdomstolen. I en del tilfeller må det også være adgang til å fremsette et krav om endring av for-

valtningsdomstolens avgjørelse, jf. kapittel 32.6.3 ovenfor.

En rettskraftig dom fra forvaltningsdomstolen vil måtte være bindende for partene, og gi plikt til å innrette seg etter den. En dom som forkaster en klage og fastsetter en frist for utreise, vil innebære en plikt til å forlate riket innen den aktuelle fristen. En dom som gir utlendingen medhold, vil på samme måte være bindende for staten. Hvis en utlending med plikt til å forlate landet ikke oppfyller denne plikten innen den fristen domstolen har satt, må plikten kunne håndheves av myndighetene.

Utlendingsforvaltningens elektroniske verktøy for saksbehandling og informasjon inneholder opplysninger om de sakene som er til behandling. Også andre deler av forvaltningen mottar opplysninger på grunnlag av registreringer der. Med en forvaltningsdomstol vil det måtte høre under UDI å ajourføre disse systemene. Av praktiske grunner vil utlendingsmyndighetene ofte ikke kunne følge opp en dom før avgjørelsen er registrert elektronisk i disse systemene.

32.7.10 Offentlighet

Nemndmøter i UNE skal holdes for lukkede dører, og saksdokumentene kan unntas fra offentlighet.⁵⁸ For rettspleien er utgangspunktet møteoffentlighet, referatadgang og dokumentoffentlighet. Også domstolene kan imidlertid i en del tilfeller beslutte at hele eller deler av et rettsmøte skal holdes for lukkede dører.⁵⁹ Blant det som kan begrunne lukkede dører, er hensynet til privatlivets fred, eller at særlige forhold gir grunn til frykt for at offentlighet vil vanskeliggjøre sakens opplysning i en slik grad at lukkede dører er påkrevd. Videre kan retten beslutte forbud mot offentlig gjengivelse. For noen typer av saker kan rettsavgjørelser etter loven bare gjengis offentlig i anonymisert form.

I de svenske forvaltningsdomstolene, herunder i migrationsdomstolene, er utgangspunktet at rettsmøter er offentlige. Lukkede dører kan besluttes dersom det under rettsmøtet kan være aktuelt å fremlegge opplysninger som er unntatt offentlighet, jf. förvaltningsprocesslagen § 16. Muntlige møter i beskyttelsessaker holdes i stor grad for lukkede dører.⁶⁰

Offentlighet er et viktig element i retten til en rettferdig rettergang. Etter utvalgets vurdering vil

⁵⁶ En dom kan også ha andre virkninger, for eksempel beviskraft og prejudikatvirkning.

⁵⁷ Högsta förvaltningsdomstolens dom 7. juni 2013, mål 6202–6211–12.

⁵⁸ Utlendingsloven § 77 femte ledd og offentligforskrifta § 9.

⁵⁹ Jf. domstoloven § 125.

⁶⁰ SOU 2008: 65 kapittel 2.6.

ikke en absolutt regel om lukkede dører i en forvaltningsdomstol harmonere godt med kravene til offentlighet etter EMK artikkel 6. Samtidig vil det ofte være hensyn til den enkelte sak som tilsier at i hvert fall deler av saken ikke bør gjøres kjent for allmennheten. I noen tilfeller kan det også foreligge sikkerhetsmessige hensyn av betydning for spørsmålet om åpenhet. Særlig i beskyttelsessaker kan offentlighet medføre at parten eller dennes familie kan bli utsatt for reaksjoner, eksempelvis fra hjemlandets myndigheter.

Utvalget antar at det bør være samme utgangspunkt om offentlighet i en forvaltningsdomstol som for de alminnelige domstolene. Forvaltningsdomstolen bør imidlertid kunne beslutte lukkede dører ut fra behovet i den enkelte sak. Videre bør allmennheten som utgangspunkt ha innsyn i forvaltningsdomstolens avgjørelser. I praksis vil forvaltningsdomstolen være siste instans i de aller fleste utlendingssakene. Innsyn er nødvendig blant annet for at den enkelte best mulig skal kunne forutsi sin rettsstilling, og for at domstolens virksomhet skal være gjenstand for offentlig debatt. Avgjørelser må imidlertid kunne anonymiseres, og også kunne unntas helt fra innsyn dersom hensynet til særskilte forhold tilsier det. Slike avgjørelser bør høre under domstolen.

32.8 Ankebehandlingen

32.8.1 Innledning

I kapittel 32.3.2 har utvalget gitt uttrykk for at lagmannsretten bør være ankeinstans for avgjørelser fra en forvaltningsdomstol for utlendingssaker.

Etter tvisteloven § 29-2 kan både dommer, kjennelser og beslutninger fra tingretten være gjenstand for anke til lagmannsretten. Avgjørelser som gjelder saksbehandlingen, kan imidlertid ikke ankes etter at saken er avgjort. Bestemmelsen angir også flere begrensninger med hensyn til hva som kan gjøres gjeldende i en anke. Utvalget antar at disse reglene bør gjelde på samme måte for anke over avgjørelser fra forvaltningsdomstolen. I det følgende går utvalget nærmere inn på enkelte øvrige spørsmål om innholdet i ankeretten og lagmannsrettens behandling av ankesaker.

32.8.2 Begrensninger i retten til ankebehandling

Tvistelovens utgangspunkt er at dommer i sivile saker for de alminnelige domstolene kan ankes. Både tvisteloven og annen lovgivning angir imidlertid enkelte begrensninger i dette, i form av

regler om ankenektelse og krav om samtykke til ankebehandling. Det følger av tvisteloven § 29-13 andre ledd at en anke over dom fra tingretten kan nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre frem. Denne bestemmelsen gjelder blant annet for tingrettens dommer i utlendingssaker. Vilkåret «klart at anken ikke vil føre frem» er ment å skulle tolkes strengt – det kreves en høy grad av sikkerhet for at anken ikke vil føre frem for at den kan nektes fremmet etter bestemmelsen. Det avgjørende er om resultatet vil stå seg, ikke om lagmannsretten er enig i tingrettens begrunnelse.⁶¹

Videre har vi som nevnt enkelte regler om krav til samtykke for at en anke skal kunne fremmes. Dette gjelder for det første visse saker om formuesverdier.⁶² Dernest følger det av tvisteloven § 36-10 at anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter barnevernloven ikke kan fremmes uten samtykke fra lagmannsretten. Lovbestemmelsen angir i hvilke tilfeller samtykke kan gis. Denne særskilte samtykkeordningen har bakgrunn i et ønske om at flest mulig saker avgjøres endelig i tingretten, slik at barnets situasjon avklares raskest mulig.⁶³

I Sverige kan migrationsdomstolens avgjørelser ankes til Migrationsöverdomstolen. Det kreves samtykke («prövningstillstånd»), som kan gis dersom saken reiser spørsmål av betydning for rettsanvendelsen («rättstillämpningen») eller andre særlige grunner tilsier det, jf. utlänningslagen kapittel 16 § 12. Det gis samtykke til anke i bare en liten andel av sakene, og i praksis får de aller fleste utlendingssaker sin endelige avgjørelse i migrationsdomstolene. For anke til kammarrett, som er første ankeinstans for de alminnelige forvaltningsdomstolene, kreves det også i en del tilfeller samtykke, jf. förvaltningsprocesslagen § 34 a.

Ett av formålene med å opprette en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, vil måtte være å realisere de rettssikkerhetsmessige kvalitetene som ligger i en domstolsbehandling på et tidligere stadium i saksgangen enn i dag. Når et vedtak fra UDI er prøvd i én domsinstans (forvaltningsdomstolen) etter de linjene som beskrives i denne utredningen, vil retten til en effektiv overprøving

⁶¹ Schei m.fl. *Tvisteloven kommentarutgave*, digital utgave, Universitetsforlaget, note 3 til § 29–13.

⁶² Etter tvisteloven § 29–13 kan anke over dom i saker om formuesverdier ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke dersom ankegjensstandens verdi er mindre enn 125 000 kroner.

⁶³ Schei m.fl. *Tvisteloven kommentarutgave*, digital utgave, Universitetsforlaget, note 4.3 til § 36–10.

etter EMK artikkel 13 være oppfylt. Dermed kan det vurderes å innføre en ordning med krav til samtykke for at en anke til lagmannsretten kan fremmes, slik det er for anke over tingrettens avgjørelse om prøving av et vedtak fra fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Det vil være enkelte ulikheter mellom de to sakstypene. Blant annet vil spørsmål om tvang etter barnevernloven i dagens ordning være behandlet i to kollegiale organer (fylkesnemnda og tingretten, som vil være satt med en fagkyndig meddommer), mens utlendingssaker vil være behandlet av et forvaltningsorgan (UDI, som er unntatt fra instruksjonsmyndighet i enkeltsaker) og en forvaltningsdomstol med én fagdommer og eventuelt to meddommere. Samtidig må adgangen til ankebehandling av forvaltningsdomstolens avgjørelser ses i sammenheng med at det fortsatt vil måtte være adgang til å anmode om omgjøring på grunn av nye opplysninger, jf. kapittel 32.6.3.

I dag bringes årlig ca. 150 utlendingssaker inn for tingretten, mens lagmannsretten mottar ca. 60–80 slike saker per år. Med mindre reglene om rettshjelp endres, vil lagmannsretten antakelig få omtrent like mange saker som tingretten mottar i dag dersom klagebehandlingen overtas av en forvaltningsdomstol. Med dette forholdsvise lave antallet utlendingssaker for domstolene, er behovet for en ordning med krav til samtykke for at en anke kan fremmes, mindre enn i eksempelvis barnevernsaker. Etter utvalgets skjønn tilsier ikke sakstallet i seg selv at det bør være ytterligere begrensninger i retten til ankebehandling enn det som ligger i den alminnelige regelen etter tvisteloven § 29-13 andre ledd. Utvalget foreslår derfor ikke en regel om krav til samtykke for ankebehandling.

Dersom man derimot går inn for en ordning med krav til samtykke, blir et neste spørsmål i hvilke tilfeller lagmannsretten skal kunne samtykke til fremme av anke over en dom fra forvaltningsdomstolen. Ut fra hensynet til at lagmannsretten bør kunne bidra til utviklingen av det aktuelle rettsområdet, bør samtykke i så fall for det første kunne gis der anken reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken. Et slikt kriterium vil gi lagmannsretten mulighet til å være rettsavklarende. Videre bør samtykke kunne gis der det er vesentlige svakheter knyttet til forvaltningsdomstolens saksbehandling eller avgjørelse. Om det har kommet til nye opplysninger etter at forvaltningsdomstolen avsa sin dom, bør derimot ikke være et kriterium for samtykke, siden det i slike tilfeller vil være mer hensiktsmessig at slike fremsettes overfor UDI i en anmod-

ning om ny behandling av saken. Ved vurdering av om det skal gis samtykke til ankebehandling, bør det dessuten ses hen til konsekvensene av at en eventuell uriktig avgjørelse blir stående. Dette temaet kan tilsi en noe lavere terskel for ankebehandling i beskyttelsessaker enn i andre utlendingssaker. Videre vil det være naturlig å se hen til muligheten for at anken kan føre frem.

32.8.3 Behandlingen i lagmannsretten

Hovedregelen for domstolsprøving av forvaltningsvedtak er som nevnt at behandlingen er begrenset til å prøve vedtakets gyldighet. Begrunnelsen for denne innretningen er blant annet at den bidrar til ryddighet med hensyn til hva som er forvaltningens oppgaver og ansvar. Mens en forvaltningsdomstol for utlendingssaker som nevnt bør kunne prøve alle sider av saken og eventuelt treffe et nytt realitetsvedtak, vil det være en fordel om det «normale» skille mellom forvaltning og domstol kommer til syne igjen ved behandlingen for lagmannsretten. Ankesdomstolen vil i så fall kunne prøve forvaltningsdomstolens avgjørelse innenfor de vanlige rammene for domstolskontroll med forvaltningsvedtak. Utvalget ser ikke noen avgjørende grunn til at lagmannsretten skal kunne prøve saken ut over disse rammene. Lagmannsretten må prøve saken på grunnlag av det faktum som forelå da forvaltningsdomstolen traff sin avgjørelse, likevel slik at lagmannsretten også kan ta i betraktning nye bevis for faktum som ble anført for forvaltningsdomstolen.⁶⁴

32.8.4 Prosessform og saksbehandlingsregler

Fristen for å anke en avgjørelse fra forvaltningsdomstolen bør være i samsvar med det som ellers gjelder for anke til lagmannsretten.⁶⁵

Proessen for forvaltningsdomstolen, slik den er beskrevet i det foregående, er i noen grad en hybrid mellom en domstolsprosess og en forvaltningsprosess. Med en særskilt prosess for forvaltningsdomstolen, oppstår spørsmålet om hvordan ankesdomstolens prosess med disse sakene skal innrettes. Utgangspunktet bør være at ankesakene så langt mulig behandles etter tvistelovens regler. Det vil imidlertid være behov for noen tilpasninger, særlig som følge av at saksbehandlingen for forvaltningsdomstolen i stor grad må være skriftlig.

⁶⁴ Se også kapittel 32.6.3.

⁶⁵ Se tvisteloven § 29–5.

Ankebehandling av dommer i lagmannsretten er som hovedregel muntlig, jf. tvisteloven § 29-16 første ledd. Skriftlig behandling kan besluttes dersom anken bare gjelder saksbehandlingen eller rettsanvendelsen, eller den bare i liten grad gjelder faktiske spørsmål der umiddelbar bevisføring vil være av vesentlig betydning, forutsatt at skriftlig saksbehandling kan gi et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Mange anker over dom fra forvaltningsdomstolen vil gjelde nettopp bevisvurderingen. I slike tilfeller vil ikke de normale kriteriene for skriftlig ankebehandling være oppfylt. Samtidig vil det neppe være hensiktsmessig med et system som foreskriver muntlighet i større grad for lagmannsretten enn for forvaltningsdomstolen. Det vil derfor være behov for en lignende regel om skriftlighet og muntlighet i lagmannsretten som i forvaltningsdomstolen.

32.9 Rettshjelp og dekning av sakskostnader

32.9.1 Adgang til fri rettshjelp for behandling i forvaltningsdomstolen

I dag følger det av utlendingsloven at utlendingen, med enkelte modifikasjoner og variasjoner for innslagstidspunkt, har krav på fri rettshjelp i form av fritt rettsråd i saker om bortvisning, utvisning, tilbakekall av tillatelse, eller beskyttelse. Dersom det skal etableres en forvaltningsdomstol som erstatning for UNE, oppstår det spørsmål om hvilke konsekvenser denne organisatoriske endringen bør få for innretningen på rettshjelpsordningene. Behandling for forvaltningsdomstolen skal ivareta utlendingens konvensjonsbaserte rett til en effektiv overprøving. Materielt sett må rettshjepsreglene derfor være utformet på en måte som sørger for at kostnadene ikke blir et hinder for å bringe en sak inn for forvaltningsdomstolen.

Fri rettshjelp gis normalt som fritt rettsråd i saker utenfor domstolene, og som fri sakførsel i saker for domstolene. Beslutning om fri sakførsel tas av den domstolen eller det forvaltningsorganet som har saken til behandling, mens fritt rettsråd som regel besluttes av fylkesmannen. Foruten domstolene, er også enkelte forvaltningsorganer omfattet av ordningen med fri sakførsel. Blant annet gjelder dette fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, kontrollkommisjonen for psykisk helsevern og Trygderetten. For forlikrådene er det tale om fritt rettsråd. Ettersom forvaltningsdomstolen vil være en domstol, vil det være naturlig at fri rettshjelp gis i form av fri sakførsel. Saks-

behandlingen for domstolen vil riktignok i stor grad være skriftlig, og prosessen kan ligne mye på administrativ klagebehandling. Etter utvalgets vurdering bør imidlertid ikke rettshjelpsordningen bidra til å tilsøre at forvaltningsdomstolen både formelt og reelt skal være en domstol. Behovet for standardiserte takster vil fortsatt kunne ivaretas gjennom en ordning med stykkpris for juridisk bistand til utlendingen.

Dagens ordning for betaling for advokatbistand for UNE er kritisert for ikke å gjenspeile den innsatsen som reelt sett kreves for å yte forsvarlig bistand. I en evaluering av advokatorordningen for asylsøkere fra 2012, var en av hovedkonklusjonene at stykkprisfinansieringen ikke fungerer etter forutsetningene. Blant annet rapporterte 85 % av advokatene at en asylsak som avgjøres i nemndmøte med personlig fremmøte krever to eller flere timer mer enn stykkprisordningen legger opp til.⁶⁶ I en vanlig asylsak, som honoreres med fem timer etter stykkprisordningen, rapporterte nær 60 % at de bruker mellom fem og syv timer, og ytterligere 35 % bruker mer enn syv timer. Et flertall av advokatene rapporterte videre at de «svært ofte» underfakturerte for å oppnå en tilstrekkelig faglig kvalitet på arbeidet. Evalueringen anbefalte blant annet at antallet timer som kan dekkes i saker som avgjøres i nemndmøte med personlig fremmøte oppjusteres fra fem til syv.

En partsprosess for forvaltningsdomstolen vil legge opp til større aktivitet fra den private parts side enn dagens ordning for UNE. En ordning med stykkpris for juridisk bistand vil måtte baseres på et realistisk bilde av den arbeidsinnsatsen som kreves for å kunne ivareta utlendingens interesser i saken.

32.9.2 Dekning av motpartens sakskostnader ved behandling i forvaltningsdomstolen

Hovedregelen etter tvisteloven er at den som vinner en sak, har krav på å få dekket sine sakskostnader fra motparten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Reglene om ansvar for dekning av sakskostnader skal blant annet bidra til å beskytte den enkelte mot negative virkninger av å bli stevnet for domstolene uten at det var grunnlag for søksmålet. Domstolen kan avvike fra hovedregelen om at den som vinner skal få dekket sine kostnader, men terskelen er ment å være høy.⁶⁷ De samme reglene gjelder også i saker der det offentlige er

⁶⁶ Evaluering av advokatorordningen for asylsøkere, Oxford Research, 2012, kapittel 7.

⁶⁷ Tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

part. Det er gitt særregler for noen typer av saker. Blant annet følger det av tvisteloven § 36-8 at staten dekker alle kostnader ved domstolsbehandling av administrative tvangsvedtak med mindre annet følger av lov. I Sverige er hovedregelen at staten dekker sakskostnader knyttet til behandling i forvaltningsdomstolen.

Også med hensyn til ansvar for sakskostnader ved et eventuelt tap, bør reglene utformes på en måte som sikrer at økonomi ikke blir et hinder for å bringe en sak inn for forvaltningsdomstolen. Det vil være utlendingen og det offentlige som er parter i søksmålet. Også det offentlige kan ha behov for beskyttelse mot grunnløse saksanlegg. På samme måte som staten i dag bærer kostnadene ved behandlingen i UNE, vil det imidlertid være naturlig at staten bærer kostnadene ved behandlingen i forvaltningsdomstolen. Etter utvalgets vurdering bør dette derfor være hovedregelen i en bestemmelse om ansvar for sakskostnader.

Det som nå er sagt om ansvaret for sakskostnader, er begrenset til å gjelde prøving for forvaltningsdomstolen. Ved anke til overordnede domstoler, bør de vanlige reglene om ansvar for sakskostnader gjelde. Også ved anvendelse av disse kan det etter omstendighetene være av betydning for utfallet av avgjørelsen om kostnadsansvar at saken gjelder en privatperson mot det offentlige.

32.10 Økonomiske og administrative konsekvenser av å etablere en forvaltningsdomstol

32.10.1 Innledning

Det fremgår av kapittel 33 at utvalget ikke anbefaler at Utlendingsnemndas oppgaver overtas av en forvaltningsdomstol. I det følgende gjennomgås likevel enkelte sentrale økonomiske og administrative konsekvenser av en slik omlegging, basert på utvalgets beskrivelse ovenfor av en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. For det første vil det medføre kostnader å planlegge og gjennomføre endringen. Deretter vil det være løpende utgifter forbundet med driften av domstolen, og med de meroppgavene som UDI vil få.

32.10.2 Forvaltningsdomstolens behov for ressurser

Etablering av en forvaltningsdomstol for utlendingssaker vil for det første kreve at det utnevnes dommere som kan behandle sakene, ansettes øvrig personale som kan ivareta støttefunksjoner,

og stilles til disposisjon et lokale som domstolen kan utøve sin virksomhet fra. Ved beregning av behovet for ressurser til forvaltningsdomstolen, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i et anslag for hvor mange saker domstolen vil få til behandling.

Anslag over antall saker til forvaltningsdomstolen

Utvalgets beskrivelse av en forvaltningsdomstol er i hovedsak basert på at UDI skal behandle de samme sakstypene som i dag, og at utlendingen vil ha samme rett til overprøving som før. Dermed er det nærliggende å anta at forvaltningsdomstolen vil få til behandling omtrent like mange klagesaker som UNE mottar i dag. De siste fem årene har UNE mottatt i gjennomsnitt ca. 11 300 klagesaker årlig, og antallet klagesaker har variert mellom ca. 9 200 og ca. 14 000. Tallene gir et bilde av hva som kan antas å bli et «normalår» også for forvaltningsdomstolen.

Krav om endring av forvaltningsdomstolens avgjørelser skal etter beskrivelsen ikke behandles av forvaltningsdomstolen i første hånd, men av UDI (med mindre grunnlaget for kravet kan inngå i en anke), jf. kapittel 32.6.3. Forvaltningsdomstolen må likevel antas å få en del av disse sakene til behandling etter klage. I gjennomsnitt har UNE de siste fem årene mottatt ca. 5 000 omgjøringsanmodninger. Antallet har i perioden variert mellom ca. 3 000 og ca. 6 000. Hvor mange krav om endring som vil fremsettes til UDI, og hvor stor andel av disse som vil bli påklaget til forvaltningsdomstolen, er usikkert. I hvert fall på kort sikt kan det nok ikke forventes at antallet omgjøringsanmodninger vil påvirkes vesentlig av at UNE erstattes av en forvaltningsdomstol. For beregningen her legges det til grunn at antallet krav om endring fremsatt overfor UDI vil ligge på omtrent samme nivå som antallet omgjøringsanmodninger overfor UNE siste fem årene, altså ca. 5 000 årlig. I Sverige blir ca. 10–15 % av de krav om ny vurdering som fremmes for Migrationsverket hvert år, bragt videre til migrationsdomstolen. Med dette som veiledning, kan det anslås at ca. 750 krav om endring vil bli bragt videre til forvaltningsdomstolen hvert år.

Videre ligger det i beskrivelsen at forvaltningsdomstolen skal behandle enkelte saker som i dag ligger til de alminnelige domstolene, jf. kapittel 32.6. Disse sakene skal behandles på samme måte som for tingretten i dag (med hovedforhandling mv.). Tallmessig er det tale om få saker, slik at de neppe vil påvirke den totale ressursbruken i særlig grad.

På denne bakgrunn vil utvalget anslå at forvaltningsdomstolen bør dimensjoneres til å motta ca. 12 000 saker årlig. Som nevnt er det et særtrekk ved utlendingsforvaltningen at antallet saker kan variere betydelig, selv innenfor ganske korte tidsrom. Anslaget for hvor mange saker som vil komme til domstolen, må derfor leses med betydelig forbehold.

Anslag over behovet for dommere i forvaltningsdomstolen

Alle saker som kommer inn til domstolen, vil måtte fordeles til en dommer. UNE har i dag ca. 30 nemndledere, som i noen grad kan delegere avgjørelser til UNEs sekretariat. I en forvaltningsdomstol vil alle saker måtte avgjøres av fagdommer (unntaksvis flere fagdommere). I tillegg skal det etter beskrivelsen i noen saker delta meddommere.

Opplysninger om de svenske migrationsdomstolene kan gi noe veiledning for beregningene av bemanningen i en forvaltningsdomstol. Förvaltningsrätten i Stockholm mottar om lag 9 000 migrasjonssaker i året. Sakstilfanget der er dermed sammenlignbart med det som anslås for en norsk forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Migrasjonssaker utgjør om lag 25 % av det totale antall saker som mottas i förvaltningsrätten. Totalt har förvaltningsrätten i Stockholm om lag 70 dommere og 28 fiskaler (jurister i dommerutdanning, disse kan også avgjøre saker). Utvalget kjenner ikke til hvor mange av dommerne og fiskalene som utelukkende behandler migrasjonssaker, men anslår at minst 25 % av den dømmende bemanningen er avsatt til disse sakene, altså om lag 25 dommere. Etter det utvalget forstår, beregner förvaltningsrätten i Stockholm ca. 35 saker per dommer per måned.

Også behandlingsmåten for migrationsdomstolene er sammenlignbar med den saksbehandlingen for en forvaltningsdomstol som er beskrevet ovenfor. Saken fordeles til en dommer straks den kommer inn, behandlingen er som hovedregel skriftlig, men med adgang til muntlige innslag, og partene har hovedansvaret for sakens opplysning, men slik at retten har et komplette ansvar. Siden behandling ved en forvaltningsdomstol vil være noe nytt i Norge, bør det nok tas høyde for at det vil gå litt tid før domstolen blir maksimalt produktiv.

Mange av sakene for forvaltningsdomstolen vil være enkle, og slik at en dommer kan behandle flere per dag. Andre saker, herunder mange saker hvor det skal avholdes møte, vil kreve mer arbeid.

Med en norm på 35 saker per måned, vil en dommer kunne behandle i gjennomsnitt ca. 370 saker per år (ferie mv. tatt i betraktning). Utvalget antar at dette vil være et noe optimistisk produksjonstall, i hvert fall i en oppstartsfase. Med 12 000 saker årlig, antar utvalget at det bør legges til grunn at domstolen vil ha behov for om lag 40 dommere.

40 dommerårsverk vil koste ca. 49,7 millioner kroner årlig i lønnsutgifter inkludert arbeidsgiveravgift,⁶⁸ forutsatt at dommerne i forvaltningsdomstolen skal ha samme brutto årslønn som tingrettsdommere, som per 1. oktober 2016 var 1 091 000 kroner. I tillegg må det påregnes andre kostnader til personale, blant annet arbeidsgivers pensjonsforpliktelser.

Anslag over behovet for andre ansatte

I tillegg til dommere, må forvaltningsdomstolen ha øvrige ansatte, herunder personell til funksjoner som personal og økonomi, drift og IKT og andre administrative støttefunksjoner. Det kan også være hensiktsmessig at domstolen har noen ansatte med juridisk kompetanse som ikke er dommere.

Oslo tingrett har en samlet bemanning på ca. 220 personer, hvorav ca. 110 er dommere eller dommerfullmektiger og 93 saksbehandlere. Trygderetten har om lag 70 ansatte, hvorav om lag 40 juridisk kyndige eller andre med avgjøresmyndighet. Dette kan tilsi at det bør beregnes i underkant av én ansatt per dommer. Kostnaden til lønn og arbeidsgiveravgift⁶⁹ for 35 ansatte i andre stillinger enn dommerstillinger, vil være ca. 20 millioner kroner per år, basert på en gjennomsnittlig brutto årslønn på 500 000 kroner. I tillegg må det påregnes andre kostnader til personale, blant annet arbeidsgivers pensjonsforpliktelser.

Anslag over utgifter til lokaler for forvaltningsdomstolen

Forvaltningsdomstolen må ha lokaler, som til dels må innrettes slik at det kan avholdes rettsmøter og gjennomføres samtaler med barn der.

UNE holder til i Oslo City-bygget, sentralt i Oslo. Kostnadene til lokaler var i 2015 om lag 41 millioner kroner i husleie, samt om lag 4 millioner kroner til ulike utgifter knyttet til lokalene. I tillegg kom andre utgifter til drift, så som anskaffelse, leie og vedlikehold av utstyr og inventar mv.,

⁶⁸ Anvendt sats for sone 1, som blant annet omfatter Oslo.

⁶⁹ Anvendt sats for sone 1, som blant annet omfatter Oslo.

slik at UNEs totale driftsutgifter (utenom lønn) var på 73,7 millioner kroner i 2015. Trygderetten, med sine ca. 70 ansatte, hadde i 2015 ca. 5 millioner kroner i utgifter til husleie til sine lokaler i Oslo. Andre utbetalinger til drift knyttet til lokaler var samme år på ca. 7 millioner kroner.

Hvor store lokaler forvaltningsdomstolen vil ha behov for, beror blant annet på hvordan lokalene innredes. For framtidige statlige kontorlokaler og for kontordelen i bygg til virksomheter med arealkrevende formål, er det fastsatt en arealnorm på 23 kvm.⁷⁰ Denne normen inkluderer kontorareal og areal til interne fellesområder. Med dette som utgangspunkt, vil forvaltningsdomstolens drøyt 70 ansatte ha behov for et samlet areal på ca. 1 700 kvadratmeter. I tillegg kommer arealer til møterom til bruk for møter med parter, samtaler med barn, rettssaler til behandling av de søksmåls-kategorier som er lagt til forvaltningsdomstolen, og fellesområder knyttet til disse.

Utvalget legger til grunn at flere saker enn i dag vil bli behandlet med muntlig innslag, samtidig som møtene forutsettes å kunne avvikles mer uformelt og på kortere tid enn nemndmøter i UNE. Dersom 20 % av sakene skal behandles med møte, vil det utgjøre om lag 2 400 saker årlig. Jevnt fordelt gjennom året, innebærer det at det skal avholdes møte i ca. 46 saker per uke, det vil si mellom ni og ti saker per virkedag. Det tilsier at det bør være minimum ti rom tilgjengelig til dette formålet. Rommene kan være av ulik størrelse, og skal ikke innrettes som en rettssal. Det antas at en arealnorm på 50 kvm., inkludert areal til pause-rom og andre fellesfasiliteter kan være veiledende. I tillegg antas domstolen å ha behov for to rom som er innrettet som rettssaler, som hver kan være på 50 kvm. Totalt antas domstolen å ville ha behov for ca. 600 kvm. til disse formålene.

Samlet antas domstolen å ha behov for lokaler på ca. 2 300 kvadratmeter.

Kostnadene til lokaler vil bero blant annet på hvor i landet domstolen skal ligge, kvaliteten på lokalene og hvilke tilpasninger som kreves. For denne beregningen har utvalget tatt utgangspunkt i leiepriser for kontorlokaler i Oslo, hvor leieprisen for god eller høy standard ligger på ca. 2 400–2 800 kroner per kvadratmeter per år. Med en leiepris per kvadratmeter på 2 600 kroner, og 500 kroner i direkte felleskostnader (strøm, drift, vedlike-

hold mv.) per kvadratmeter, vil de årlige kostnadene til husleie være på ca. 7,1 millioner kroner.

Andre kostnader til drift anslås å ville utgjøre ca. 8–10 millioner kroner årlig. Dette anslaget vil kunne påvirkes vesentlig av hvilke kostnader som må påregnes til drift av datasystemer, herunder elektroniske saksbehandlingsverktøy, jf. nedenfor.

Anslag over utgifter knyttet til behandlingsmøter og til meddommere

Forvaltningsdomstolen skal ha et utvalg av meddommere som det kan trekkes meddommere til sakene fra. Som beskrevet i kapittel 32, skal det delta meddommere ved behandlingen av noen saker, og slik at kriteriene for når meddommere skal delta, vil være omtrent de samme for forvaltningsdomstolen som for UNE i dag. Ordningen for domstolen kan imidlertid gi noe større utgifter enn til nemndmedlemmer i dagens ordning, ettersom det er lagt inn en noe mer omfattende deltakelse i den enkelte sak.

I 2015 hadde UNE utgifter til nemndmøter, herunder til reise og opphold for nemndmedlemmer, klagere og advokater, på ca. 9,3 millioner kroner. Samme år ble om lag 600 saker avgjort i nemndmøte, med eller uten klagerens deltakelse. I gjennomsnitt gir det en kostnad per sak på ca. 15 500 kroner.

Basert på en forutsetning om at det skal avholdes behandlingsmøte i 2 400 saker per år i forvaltningsdomstolen, gir dette en samlet kostnad til behandlingsmøter på mellom 35 og 40 millioner kroner. Forutsatt at partene skal ha anledning til å møte i alle disse sakene, vil kostnaden bli noe høyere (UNE avholder i noen grad nemndmøter også uten deltakelse fra parten. Med parten til stede, øker utgiftene til reise og opphold noe).

Med muntlighet i flere saker, vil også behovet for tolk, og utgifter til slike, øke.

Økte kostnader til fri rettshjelp

Det legges fra utvalgets side ikke opp til innholdsmessige endringer i reglene om fri rettshjelp; utlendinger vil ha rett til fri rettshjelp i de samme sakstyper som i dag. Med en domstol, bør imidlertid rettshjelpen gis som fri sakførsel i saker for forvaltningsdomstolen (ikke som fritt rettsråd).

Med en forvaltningsdomstol med partsprosess, vil det primære ansvaret for sakens opplysning ligge på partene. Domstolens ansvar for saksopplysningen vil være mer subsidiær. I tillegg forutsettes det som nevnt behandlings-

⁷⁰ Kommunal- og moderniseringsdepartementets rundskriv om normer for energi- og arealbruk i statlige bygg. Arealnormen gjelder kun ved statlige byggeprosjekter og ikke ved leie av private kontorbygg, men kan likevel gi noe veiledning for beregningene her.

møter i flere saker enn der utlendingen møter for UNE i dag. Dette vil innebære at utlendingen og en eventuell fullmektig for denne får en mer aktiv rolle, og vil måtte bruke noe mer tid på saken enn det som er tilfelle for saker for UNE. I saker der utlendingen har krav på fri rettshjelp, vil det være naturlig å gi regler om juridisk bistand med godtgjøring på basis av stykkpris. Siden godtgjøringen bør baseres på et realistisk bilde av arbeidsmengden, bør nivået antakelig heves noe sammenlignet med dagens. Det vil måtte arbeides videre med innretningen av en stykkprisordning for domstolen, og slik at satsene vil kunne avhenge av behandlingsmåten for domstolen.

Andre kostnader til etablering av en forvaltningsdomstol

Det vil måtte utvikles et elektronisk saksbehandlingssystem som passer for sakene i domstolen, enten et eget system eller i tilknytning til saksbehandlingssystemet for de alminnelige domstolene (LOVISA). Systemet må kunne kommunisere med UDIs datasystem DUF, på en måte som gjør det mulig å sende saker elektronisk fra UDI til forvaltningsdomstolen. Videre bør systemet legge til rette for elektronisk samhandling med de private parter, i en form for aktørportal, slik at disse for eksempel kan sende inn skriv elektronisk og få tilgang til sakens dokumenter. I hovedsak vil dette være engangsutgifter. Utvalget har ikke grunnlag for å beregne denne kostnaden.

Etablering av en forvaltningsdomstol vil også innebære kostnader til utarbeiding og endring av informasjonsmateriell og andre skriftlige kilder, utvikling av interne rutiner og arbeidsprosesser, og opplæring og andre kompetansetiltak for de ansatte i forvaltningsdomstolen. Løst anslått antar utvalget at denne kostnaden vil ligge på mellom 10 og 15 millioner kroner.

Forvaltningsdomstolen sammenlignet med UNE

Anslagene ovenfor indikerer at driften av en forvaltningsdomstol vil bli billigere enn driften av UNE. For å få et dekkende bilde, må man imidlertid ta i betraktning at overgang til en forvaltningsdomstol vil medføre at UDI får flere oppgaver enn i dag, jf. nedenfor. Totalt sett er det neppe grunn til å regne med at kostnadene vil bli mindre med en forvaltningsdomstol.

32.10.3 Økt behov for ressurser til UDI

Beskrivelsen av en forvaltningsdomstol innebærer at klager over vedtak fra UDI skal leveres til UDI, som skal gjøre nødvendige undersøkelser og ta stilling til klagen før saken eventuelt sendes til forvaltningsdomstolen. Denne oppgaven vil i hovedsak være den samme som i dag. UDI vil imidlertid få to nye, krevende oppgaver ved overgang til en forvaltningsdomstol. Den ene er at direktoratet etter beskrivelsen ovenfor skal behandle krav om endring av forvaltningsdomstolens avgjørelser. Den andre er at UDI skal opptre som part i sakene for forvaltningsdomstolen, og forsvare statens interesser overfor denne.

UDI har for tiden ca. 1 200 ansatte (antallet årsverk noe mindre). Av disse er ca. 740 knyttet til UDIs funksjon som vedtaksmyndighet. Blant annet fordi UDI er en så stor virksomhet, er det vanskelig for utvalget å beregne behovet for økte ressurser som følge av overgang til en forvaltningsdomstol. Nedenstående må ses som løse anslag for hva de nye oppgavene som et minimum vil kunne kreve. En stor virksomhet vil i noen tilfeller kunne ha kapasitet til å favne nye oppgaver uten ytterligere ressurser. På den annen side kan nye oppgaver også være «dråpen» som utløser behov for omfattende endringer.

Nærmere om nye oppgaver for UDI

Ettersom UDI skal behandle krav om endring av avgjørelser fra domstolen, må direktoratet settes i stand til å behandle disse. Basert på antall omgjøringsanmodninger til UNE de siste fem årene, kan det anslås at UDI vil motta om lag 5 000 krav om endring av forvaltningsdomstolens avgjørelser, jf. ovenfor. Utvalget antar at behandlingen av disse sakene vil kreve kapasitet tilsvarende 20–30 ansatte. Forutsatt brutto årslønn på 600 000 kroner, er denne kostnaden på mellom 14–21 millioner kroner for lønn og arbeidsgiveravgift. Utgifter til kontor, drift mv. kommer i tillegg. I tillegg må det påregnes andre kostnader til personale, blant annet arbeidsgivers pensjonsforpliktelser.

Videre skal UDI fylle rollen som statens representant i sakene for forvaltningsdomstolen, og gi de bidrag til saksforberedelsen og opplysningen av saken som naturlig vil ligge til denne funksjonen. Rollen må utvikles med vekt på objektivitet og ansvar for et materielt riktig resultat, og det må utvikles et hensiktsmessig elektronisk saksbehandlingsverktøy. Direktoratet må motta klager og gjøre eventuelle nye undersøkelser. Med funksjonen som part i saken for forvaltningsdomstolen, vil

UDI i tillegg måtte utføre mye av det arbeidet som i dag utføres av UNEs sekretariat, blant annet knyttet til utredning av sakens faktum. Ved avholdelse av behandlingsmøte i forvaltningsdomstolen, vil UDI dessuten måtte møte som statens representant. I praksis vil omfanget av UDIs arbeid knyttet til klagesakene variere mye, avhengig blant annet av sakstype og sakens kompleksitet. Mange saker vil ikke kreve mer arbeid fra UDI enn det direktoratet allerede utfører før oversendelsen til UNE i dag.

Utvalget antar at rollen som part i de om lag 12 000 klagesakene, vil kreve ressurser tilsvarende om lag 40–50 ansatte. Forutsatt brutto årslønn på 600 000 kroner, vil det koste 28–35 millioner kroner i lønnsutgifter, inkludert arbeidsgiveravgift. Andre kostnader til personale, blant annet arbeidsgivers pensjonsforpliktelser og utgifter til kontor, drift mv., kommer i tillegg.

Leie av kontorlokaler til mellom 60–80 ansatte, vil med de samme forutsetninger som for forvaltningsdomstolen komme på mellom 4,5 og 6 millioner kroner. Dette anslaget vil påvirkes blant annet av hvorvidt UDI vil kunne benytte dagens lokaler.

Andre økonomiske konsekvenser tilknyttet UDI

Blant annet UDIs rolle som part i sakene for forvaltningsdomstolen, og den nye oppgaven med å behandle krav om endring av forvaltningsdomstolens avgjørelser, vil kreve endringer i UDIs elektroniske saksbehandlingssystem DUF. Utvalget har ikke forutsetninger for å anslå denne kostnaden. En omlegging til en forvaltningsdomstol vil også kreve endring i informasjonsmateriell, standardtekster, skriftlige rutiner mv., og kostnader til opplæring av ansatte.

UNE har redusert saksbehandlingstiden de siste årene. I hvert fall i en overgangsfase, vil ikke en forvaltningsdomstol kunne behandle sakene like raskt. Dette vil gi lengre saksbehandlingstid, med tilsvarende lengre botid i mottak for asylsøkere, og økte kostnader knyttet til dette. Utvalget har ikke gjort anslag over disse merkostnadene.

32.10.4 Konsekvenser for andre av etablering av en forvaltningsdomstol

Den utformingen av en forvaltningsdomstol som er beskrevet ovenfor, innebærer at alle de enkeltsakene som kommer til UNE i dagens ordning, skal behandles av enten forvaltningsdomstolen eller UDI. UNE vil i så fall kunne nedlegges. Tidsperspektivet for dette vil blant annet avhenge av om det velges en gradvis overgang, ved at bare nye saker skal behandles av forvaltningsdomsto-

len, eller om også beholdningen av saker i UNE (på et gitt tidspunkt) skal overføres til forvaltningsdomstolen. Det kan også tenkes en mellomløsning, ved at i utgangspunktet bare nye saker skal til forvaltningsdomstolen, men at man på et gitt tidspunkt noe frem i tid overfører hele «restbeholdningen» i UNE til domstolen (omgjøringsanmodninger til UDI). Det vil uansett være behov for særskilte overgangsregler.

I kapittel 32.3 beskriver utvalget en ordning med lagmannsretten som ankeinstans for avgjørelser fra forvaltningsdomstolen, mens ankebehandlingen beskrives i kapittel 32.8.

Sammenlignet med dagens ordning, vil behandlingen i forvaltningsdomstolen erstatte både UNE og tingretten. Det vil gi noe sparte ressurser for Oslo tingrett, som er vernet for utlendingssakene i dag. Ordningen som er beskrevet i utredningen, vil videre gi «kortere vei» til lagmannsretten enn det som er tilfelle i dag. Dermed er det også nærliggende å anta at lagmannsretten vil få noe flere utlendingssaker enn i dag.

Antallet søksmål om gyldigheten av UNEs vedtak har variert fra om lag 150 til i overkant av 200 de senere år. I 2015 ble det anlagt 156 søksmål om gyldigheten av UNEs vedtak for Oslo tingrett, som er tvungent vernet for utlendingssaker. Samme år mottok Borgarting lagmannsrett, som i dag behandler anker over tingrettens dommer i søksmål om gyldigheten av UNEs vedtak, 787 anker over dom i sivile saker. 90 anker gjaldt utlendingssaker. Borgarting hadde i 2015 66 faste dommerembeter, 21 ekstraordinære dommere og syv konstituerte dommere.

Utvalget antar at antall saker for lagmannsretten vil bli om lag det samme som antall søksmål til Oslo tingrett om gyldigheten av UNEs vedtak. Beskrivelsen innebærer ingen materielle endringer i rettshjelpsreglene vedrørende anke til lagmannsretten, og det er nærliggende å anta at muligheten til å få innvilget rettshjelp vil påvirke antallet avgjørelser som vil bli anket til lagmannsretten. Basert på tallene for 2015 vil det bety ca. 70 flere saker til lagmannsretten. Økningen vil med andre ord være relativt beskjeden, om enn noe større enn det reduserte ressursbehovet i Oslo tingrett.

Med utvalgets skisse til en forvaltningsdomstol, skal også ankesakene som hovedregel undergis skriftlig behandling. Selv om også lagmannsretten skal gjennomføre behandlingsmøter, er det nærliggende å anta at dette vil gi en besparelse i den enkelte sak, sammenlignet med behandling

med hovedforhandling mv. etter tvistelovens ordinære regler.

Med en forvaltningsdomstol vil prinsippene for departementets styring endres, sammenlignet med styringen av UNE i dag. Ved at forvaltningsdomstolen skal være uavhengig, og administrativt underlagt Domstoladministrasjonen, begrenses departementets arbeid til styring ved

de samme verktøy som overfor andre domstoler. Domstoladministrasjonen, Innstillingsrådet for dommere og Tilsynsutvalget vil imidlertid få utvidet sitt arbeidsområde, og ha behov for flere ressurser. I tillegg vil det være en engangskostnad knyttet til arbeidet med å utnevne ca. 40 dommere og ansette øvrig personale.

Kapittel 33

Utvalgets vurdering av om det bør opprettes en forvaltningsdomstol for utlendingssaker

33.1 Innledning

I mandatet er utvalget bedt om å vurdere «om Utlendingsnemndas oppgaver bør overtas av en forvaltningsdomstol».

Spørsmålet om klager over vedtak i utlendingssaker bør behandles av en domstol, er vurdert i enkelte sammenhenger tidligere. Det lå i fremmedlovutvalgets forslag av 1983 til ny utlendingslov at klagebehandlingen av visse sakstyper, blant annet utvisningssaker, skulle ha form av en utvidet domstolsprøving, uten at departementet fremmet et tilsvarende forslag.¹ Mæland-utvalget, som la frem sin utredning om ny klageordning for utlendingssaker i 2010, mente at det ikke lå til rette for å foreslå en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, i det det uttalte:²

«Utvalget mener at det motsatte ytterpunkt, domstolene som klageinstans, heller ikke er et aktuelt alternativ. Domstolsbehandling anses som den beste sikring av rettssikkerhet og legitimitet. En klagesaksmodell med de alminnelige domstolene eller en særdomsstol som andreinstans, vil imidlertid være svært kostnadskrevenne både å etablere og drive. Videre vil en slik klagesaksmodell gripe inn i mer generelle vurderinger av om det bør etableres forvaltningsdomstoler i Norge. Utvalget mener det er feil å etablere en modell som i realiteten er en forvaltningsdomstol på et enkelt område uten en prinsipiell drøftelse som omfatter alle typer forvaltningsvedtak. En slik prinsipiell drøftelse ligger utenfor utvalgets mandat.»

Under høringen av Mæland-utvalgets rapport ble det tatt til orde for at forvaltningsdomstol for utlendingssaker bør utredes.³ I Prop. 180 L (2012–

2013), der deler av forslagene fra Mæland-utvalget er drøftet, uttalte departementet at det i det videre arbeidet med oppfølging av disse, vil legge til grunn at UNE fortsatt skal være klageinstans for utlendingssaker.⁴

I utvalgets mandat er hensynene til effektivitet, rettssikkerhet, legitimitet og politisk styring fremhevet som «avgjørende» for hvordan klagebehandlingen på utlendingfeltet bør organiseres. I det følgende går utvalget noe nærmere inn på disse hensynene. Begrepene effektivitet, rettssikkerhet, legitimitet og politisk styring har ikke et helt presist innhold. Fremstillingen starter derfor med en kort redegjørelse for hva utvalget legger i dem.

I mandatet er det videre antatt at informasjon om ordningene i Sverige og Finland er særlig interessant, ettersom disse landene har domstolsordninger på utlendingfeltet. I kapittel 29 har utvalget blant annet påpekt enkelte forskjeller i utgangspunktene for svenske og norske regler om innretningen av en klageordning på utlendingfeltet, og kommenterer spørsmålet om hvor godt det ligger til rette for å adoptere den svenske løsningen med migrationsdomstol som del av den alminnelige forvaltningsdomstolen.

Utvalgets konklusjon trekkes i kapittel 33.7.

33.2 Generelt om hensynene til rettssikkerhet, legitimitet, effektivitet og politisk styring

I det følgende beskriver utvalget kort hva det legger i hensynene til rettssikkerhet, effektivitet, legitimitet og politisk styring. Det beskrives også hvorfor hvert av hensynene må avveies mot andre relevante hensyn.

¹ NOU 1983: 47 Ny fremmedlov, kapittel 6.2 og Ot.prp. nr. 46 (1986–87) kapittel 6.4.1.4.

² NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingssaker, kapittel 12.3.

³ Se eksempelvis Advokatforeningens høringsuttalelse 28. september 2010.

⁴ Prop. 180 L (2012–2013) kapittel 7.7.

Hensynet til rettssikkerhet betyr at organet som skal treffe avgjørelse er bundet av rettsregler, både materielt og prosessuelt. Rettssikkerhet er en forutsetning for et reelt demokrati. På den annen side er det et spenningsforhold mellom rettssikkerhet og muligheten for avgjørelsesorganet til å utøve et skjønn. Særlig på utlendingsfeltet har det ofte vært fremhevet at det er et behov for politisk styring. Det har derfor vært en tilbakeholdenhet med hensyn til å binde den materielle avgjørelsen av mange typer av saker opp til rettsregler. Fordi ressursene er begrensede, og saker må få en løsning, er det også grenser for hvor omfattende sikkerhetsmekanismer som kan legges inn for å hindre at saker avgjøres feil eller på grunnlag av en ufullstendig saksbehandling. Hensyn til rettssikkerhet må således avveies mot hensyn til effektivitet.

Hensynet til legitimitet kan forstås i en empirisk og i en normativ forstand. I empirisk forstand betyr legitimitet at organer og avgjørelser har aksept i befolkningen. Graden av aksept er bestemmende for hvor legitime avgjørelsene er. Det kan være mange årsaker til at et organs avgjørelser oppfattes som legitime. Det kan skyldes at organet oppfattes som egnet, representativt eller korrekt bemyndiget til å treffe avgjørelsene. Videre kan det ligge i at befolkningen har tillitt til den prosessen som ligger til grunn for avgjørelsene, eller at avgjørelsene oppfattes som riktige og rettfærdige. I normativ forstand har legitimitet sammenheng med måten samfunnets institusjoner, og de avgjørelsene disse treffer, kan begrunnes.

Det finnes flere konkurrerende teorier om hva som gjør institusjoner og avgjørelser legitime. Det er ikke en nødvendig betingelse for at avgjørelsene innen et felt skal være legitime i empirisk forstand, at de har normativ legitimitet. Men det er grunn til å anta at institusjoner som ikke kan begrunnes forsvarlig, ikke vil bli oppfattet som legitime i det lange løp. Legitimitet er en forutsetning for effektivitet. Hvis ikke befolkningen har aksept for beslutningstagerne og deres avgjørelser, vil saksbehandlingsapparatet og domstolene belastes med mange krav om overprøving og omgjøring.

I *hensynet til effektivitet* ligger at flest mulig saker skal avgjøres med ønsket resultat med bruk av så lite ressurser som mulig. Både fellesskapets og den enkeltes ressurser er begrensede. Det som kan oppnås gjennom saksbehandlingen, bør derfor søkes oppnådd med minst mulig ressurser. En ufullstendig saksbehandling vil imidlertid øke faren for at saker avgjøres med et annet resultat

enn det faktum og regelverk tilsier. I så fall kan den medføre redusert livskvalitet for enkeltmennesker, svekke avgjørelsens legitimitet og på sikt innbyggernes tillit til offentlige myndigheter.

Hensynet til politisk styring er knyttet til at det i et demokrati er de som er utpekt av befolkningen gjennom valg, som skal bestemme hvordan landet skal styres. Styringen utøves dels av Stortinget og dels av den utøvende myndighet (forvaltningen). Det er en forutsetning for et reelt demokrati at landets politiske myndigheter kan styre på alle forvaltningsområder. Forvaltningens myndighet er imidlertid undergitt en rekke begrensninger. Domstolenes prøving av gyldigheten av forvaltningsvedtak er én sentral mekanisme for å sikre at forvaltningen holder seg innenfor disse begrensningene.

I utlendingsloven er UNE betegnet som et uavhengig organ, og det følger av loven at verken UDI eller UNE kan instrueres i behandlingen av enkeltsaker. På utlendingsfeltet er politiske organers myndighet således begrenset til å styre gjennom lov, forskrift og generelle instruksjoner. Begrunnelsen for disse begrensningene, er blant annet en forventning om at dette vil styrke utlendingens rettssikkerhet og tilliten til klagebehandlingen. Forutsatt at utlendingen har tilgang til en effektiv prøving av om et vedtak innebærer menneskerettsbrudd, og at forvaltningsvedtak kan bringes inn for domstolene, står Stortinget som lovgiver fritt til å bestemme hvordan instruksjonsforholdene skal være. I hensynet til politisk styring legger utvalget at det for ulike løsninger skal vurderes om de representerer en god balanse mellom uavhengighet og politisk styring.

33.3 Rettssikkerhet

Utlendingssaker kan være av fundamental betydning for dem de gjelder, og vedtak i utlendingens disfavør kan være inngripende. På bakgrunn av Norges forfatning, historie og ressurser, ligger det nær å forvente stor grad av rettssikkerhet knyttet til behandlingen av saker som er viktige for den enkeltes liv og velferd. Det ligger i vårt system at domstolene og domstolsprosessen er «det mest rettssikre» fellesskapet stiller til rådighet når rettslige posisjoner skal avklares eller straff ilegges.

Utvalget oppfatter at det fra organisasjoner og aktører på utlendingsfeltet gjennom mange år er anført å være svakheter i saksbehandlingen for UNE av betydning for den enkeltes rettssikkerhet. Innvendingene går blant annet ut på at det er

for lite muntlighet i saksbehandlingen, og at private parter ikke får forklart seg godt nok for nemnda. Videre er det anført at det ikke gis tilstrekkelig innsyn i saksbehandlingen, og i den praksis som UNE utvikler og baserer seg på. Enkelte organisasjoner med engasjement på utlendingsfeltet har påpekt overfor utvalget at klagerne opplever ikke å ha blitt hørt av UNE, at klager og dennes advokat i mange tilfeller får lite innsyn i hva nemnda anser som de avgjørende vurderingstemaene på det aktuelle tidspunktet, at det er helt vanlig at sentrale momenter i saken, eksempelvis knyttet til landinformasjon, blir kjent for klageren og advokaten først når vedtaket foreligger, og at saker behandles som kurante avslagssaker også i tilfeller der saksforholdene etter organisasjonenes syn tilsier at det innvilges beskyttelse.⁵ Dette inntrykket er i seg selv en ulempe ved dagens ordning, og indikerer at det er behov for forbedringer. Utvalget oppfatter at det ligger til grunn som en premiss også for utvalgets mandat, at dagens prosess ikke er god nok.

Mange av dem som er part i en utlendingssak har få økonomiske ressurser. Sett i forhold til antall vedtak, er det få utlendingssaker som bringes inn for domstolene. Særlig fordi utlendingssakene kan gjelde vitale interesser for parten, kan det videre ses som en ulempe ved dagens ordning at den for manges vedkommende reelt sett ikke gir tilgang til domstolsprøving. På den annen side gjelder dette også for mange andre forvaltningsområder.

Det er fra ulike hold tatt til orde for at partenes rettssikkerhet kan styrkes gjennom å innføre en partsprosess for behandlingen av klagesaker på utlendingsfeltet. I så fall vil saksbehandlingen bli mer lik den som skjer for domstolene.

Mange av de fordelene som ligger i en partsprosess for domstolene, kan oppnås også i en ordning der klagen behandles av et forvaltningsorgan. Utvalget ser samtidig at skal det oppnås forbedringer innenfor rammen av et forvaltningsorgan, vil det være behov for konkrete regelverksendringer for å sikre at intensjoner om endring gjenspeiles i praksis.

Fordi antallet saker på utlendingsfeltet er så stort, vil ikke innføring av en partsprosess ved klagesaksbehandlingen av utlendingssaker bety at prosessen blir som for de alminnelige domstolene. Dette gjelder uavhengig av om partsprosessen realiseres innenfor en forvaltningsdomstol

eller et forvaltningsorgan. Saksbehandlingen vil uansett i hovedsak måtte være skriftlig, men med mulighet for muntlighet i noen tilfeller.

Innføring av en partsprosess vil etter utvalgets syn gi et bedre utgangspunkt for å ivareta den enkeltes rettssikkerhet enn det som ligger i dagens prosess for UNE. Siden partsprosess vil være den naturlige innretningen av en domstol,⁶ kan således hensynet til den enkeltes rettssikkerhet tale for å etablere en forvaltningsdomstol. Som nevnt kan det imidlertid etableres en partsprosess også innenfor rammene av behandlingen i et forvaltningsorgan. I prinsippet er det således ikke *nødvendig* å gå over til en forvaltningsdomstol for å styrke private parters rettssikkerhet i prosessen. Det kan dessuten oppnås forbedringer også uten å innføre en partsprosess, ved å gi regler som sikrer større grad av kontradiksjon enn det som praktiseres i dag. Endringene vil kreve ressurser – uansett om de realiseres gjennom å etablere en forvaltningsdomstol eller ved å gi nye regler for saksbehandlingen i UNE.

Ikke bare innretningen av prosessen, men også beslutningstakernes faglige kvalifikasjoner kan være av betydning for partenes rettssikkerhet. Generelt er dommerstillinger attraktive for jurister i dag,⁷ og dommerembeter ved forvaltningsdomstolen må antas å kunne tiltrekke seg søkere med større faglig tyngde enn det som oppnås for stillingene som nemndleder i UNE. Faglig sterke embetsdommere vil være det beste utgangspunktet for en rettssikker behandling av klagesakene. Dette tilsier at klagesaksbehandling, av hensyn til partenes rettssikkerhet, bør ligge til en domstol.

Mens UNE er knyttet til de samme elektroniske informasjonsbehandlingssystemet som resten av utlendingsforvaltningen (DUF), vil samme innretning – av hensyn til uavhengighet, kontradiksjon og partenes oppgave med å opplyse saken – ikke være naturlig for en forvaltningsdomstol. Samtidig som det vil være sentrale fordeler ved på denne måten å trekke et klarere skille mellom det organet som skal avgjøre klagesaker og UDI, vil det også ha den ulempen at det av praktiske grunner vil kunne ta lenger tid før avgjørelser i klagesaker blir registrert i DUF, og dermed også lenger tid før UDI og andre offentlige organer som får informasjon fra systemet, blir klar over dem. I

⁵ Brev 11. oktober 2011 til særdomstolsutvalget fra blant annet Antirasistisk senter, NOAS, Norsk Folkehjelp og Amnesty International Norge.

⁶ Jf. foregående kapittel om utformingen av en forvaltningsdomstol.

⁷ Se eksempelvis rapport 2016: 7 fra Trøndelag Forskning og Utvikling: Dommerstillingers omdømme blant jurister. En analyse av juristers preferanser for fremtidig jobb og deres vurdering av dommerstillingens attraktivitet.

tilfeller der utlendingen har fått medhold i sin klage, kan en slik forsinkelse forårsake at utlendingen ikke får det han eller hun har krav på. Behovet for rask kommunikasjon kan således tale for at klageorganet fortsatt bør være en del av utlendingsforvaltningen. Langt på vei bør imidlertid dette behovet kunne ivaretas gjennom gode rutiner for kommunikasjon mellom en forvaltningsdomstol og UDI (som i praksis vil måtte forestå registreringen). Som part i klagesaken vil UDI ha gode forutsetninger for å ta imot og registrere avgjørelser.

På utlendingsfeltet vil det ofte være flere like saker, i betydningen at det kommer inn søknader fra flere personer der mer eller mindre likeartede forhold er sentrale for de vurderingene søknadene foranlediger. Prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt, står således sentralt innenfor denne delen av forvaltningen. I praksis kan likebehandling være enten tilfeldig eller systematisk, og den kan være bevisst eller ubevisst. Ved vurdering av om klagebehandlingen bør ivaretas av en forvaltningsdomstol, er det nødvendig å vurdere om en overgang til en partsprosess, slik det vil ligge i en slik ordning, vil svekke muligheten for å ta i betraktning avgjørelser fra andre saker.

Slik utvalget ser det, vil ikke den modellen for en forvaltningsdomstol som er beskrevet i kapittel 32 ovenfor, innebære en slik svekkelse. UDI vil være sentral for å belyse forholdet til andre saker og avgjørelser. At direktoratet skal opptre som part i saken, og utøve partsfunksjonen på basis av forvaltningsrettslige krav til objektivitet og saklighet, vil være et hensiktsmessig utgangspunkt med hensyn til å få frem opplysninger av relevans også for kravet til likebehandling. Videre vil forvaltningsdomstolen i mange tilfeller selv ha kunnskap om praksis, og gjennom sitt ansvar for å overvåke sakens opplysning, kunne sikre at opplysninger om forholdet til andre saker kommer «på bordet». På denne bakgrunn ser ikke utvalget hensynet til likebehandling som et argument imot en forvaltningsdomstol.

33.4 Legitimitet

Da departementet første gang fremmet forslag om å opprette en klagenemnd for utlendingssaker i 1996, uttalte det blant annet:⁸

«Rettsikkerheten for utlendinger som har en sak etter utlendingsloven, anses tilfredsstillende ivaretatt med departementet som klage-

instans. Et hovedpoeng med ei nemnd er likevel å gi asylsøkerne et bedre rettsvern enn i dag. Dette henger bl.a. sammen med at rettsikkerhet ikke bare forutsetter at regler faktisk blir fulgt, men også tillit til at dette skjer.»

Siste del av det siterte minner om behovet både for at avgjørelsene skal være korrekte, og for at den enkelte og innbyggerne generelt skal ha tillit til at sakene behandles materielt og prosessuelt korrekt. Utvalget ser spørsmålet om legitimitet i hovedsak som et spørsmål om folk har tillit til det organet som skal avgjøre klagesaker på utlendingsfeltet. Tillit er nødvendig både av hensyn til velferden for den enkelte, og for at det skal være håp om at den eller dem et vedtak gjelder, skal etterleve vedtaket. Er tilliten til avgjørelsesorganet liten, kan det være mer nærliggende å ignorere avgjørelsene eller kreve dem endret, enn å innrette seg etter dem. Et slikt mønster er ressurskrevende både for den enkelte og for samfunnet. Videre er det viktig for de utlendingene som får en avgjørelse til gunst for seg, at allmennheten har tillit til at avgjørelsen er riktig. Manglende tillit kan gi et dårlig utgangspunkt for integreringsarbeid, og bidra til negative holdninger til innvandrere. Endelig er det nærliggende å anta at tilliten til klageorganet er av betydning også for tilliten til UDIs og politiets utførelse av oppgaver etter utlendingsloven.

Som nevnt har det over tid vært fremsatt kritikk mot saksbehandlingen i UNE fra advokater og organisasjoner som arbeider på utlendingsfeltet. Samtidig tyder undersøkelser om tiltro på at de alminnelige domstolene nyter stor tillit i allmennheten – større enn den tilliten som knytter seg til forvaltningen generelt og utlendingsforvaltningen spesielt. Dermed er det naturlig å spørre; vil den tilliten som i dag er knyttet til domstolene, «smitte over» på en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, og på den måten bidra til større tillit til behandlingen av utlendingssaker?

Fordi en domstol ikke vil kunne ha samme nærhet til politiske myndigheter og UDI som et forvaltningsorgan, er det nærliggende å anta at en domstol på dette området vil oppnå større tillit enn et forvaltningsorgan. Alene status som formell domstol er imidlertid trolig ikke nok til å sikre tillit i våre dager. Særlig fordi vi ikke har forvaltningsdomstoler på andre områder, og prosessen for en slik domstol for utlendingssaker av kapasitetsgrunner vil måtte være enklere og i større grad skriftlig enn behandlingen av tvistesaker for de alminnelige domstolene, er det usikkert hvorvidt man vil oppnå en slik positiv smitte-

⁸ Ot.prp. nr. 38 (1995–96) side 3.

effekt. Man kan heller ikke utelukke en smitteeffekt motsatt vei; at det å erstatte UNE med en forvaltningsdomstol kan bidra til å svekke tilliten til de alminnelige domstolene. Byggingen av tillit vil uansett ta tid, og være avhengig av at prosessen oppfattes som åpen og rettfærdig for dem som er part i saker for domstolen.

Som nevnt er dommerstillinger generelt ettertraktet blant norske jurister. En forvaltningsdomstol vil antakelig få et bedre grunnlag for rekruttering til dommerstillingene enn det som kan oppnås ved rekruttering til et forvaltningsorgan. Bedre rekruttering kan gi større tillit. Denne effekten kan således ses som et argument for å etablere en forvaltningsdomstol.

En ordning der klagesaker på utlendingsfeltet avgjøres av en forvaltningsdomstol, vil oppfylle kravene etter EMK artikkel 13 til en effektiv prøving av om en avgjørelse innebærer et menneskerettsbrudd. Om dagens ordning med klagesaksbehandling for UNE oppfyller disse kriteriene, er et mer åpent spørsmål.⁹ Generelt vil det kunne styrke tilliten til behandlingen av utlendingssakene om det er åpenbart at kravene etter nevnte bestemmelse oppfylles gjennom første overprøving.

33.5 Effektivitet

Ett særtrekk ved utlendingsfeltet sammenlignet med andre forvaltningsområder, er at antallet saker er meget stort. Med en stor saksmengde, er det av vesentlig betydning at den enkelte sak behandles effektivt. De ansatte i UNE er spesialister, i den forstand at de utelukkende arbeider med utlendingssaker. En forvaltningsdomstol vil ikke gi noen større grad av spesialisering – eller besparelse som følge av spesialisering – enn det som ligger i dagens system.

En betydelig del av de sakene som UNE behandler i dag, er anmodninger om omgjøring av tidligere vedtak fra nemnda. Det følger av konvensjonsbaserte forpliktelser at landet må ha en ordning for behandling av omgjøringsanmodninger, også om klagebehandlingen legges til en forvaltningsdomstol. En domstol vil kunne bidra til å styrke tilliten til klagebehandlingen, men neppe så mye at antallet omgjøringsanmodninger reduseres vesentlig. Med en forvaltningsdomstol vil det være naturlig at slike anmodninger behandles i UDI i første hånd, med adgang til klage til dom-

stolen. Dette kan avlaste domstolen sammenlignet med UNE, men vil kreve en styrking av UDI.

Hvis sakene skal behandles innenfor rammene av en partsprosess, vil ikke domstolen ha behov for et sekretariat av den dimensjonen som UNE har i dag. UDI vil imidlertid måtte styrkes for å kunne ivareta rollen som part for forvaltningsdomstolen. Videre kan det være behov for å utvide rammene for advokatbistand for at utlendingens prosessfullmektig skal kunne ivareta den private parts interesser i prosessen. Det er vanlig å anta at en partsprosess vil være mer ressurskrevende enn en behandling der avgjørelsesorganet er den aktive part og innhenter informasjon i egen regi.¹⁰ Samtidig vil innføring av en partsprosess være en bedre ramme for å sikre utlendingens rettssikkerhet enn dagens system. Rettssikkerhet krever ressurser, og det vil kreve innsats å avbøte de svakhetene som ligger i dagens system, uavhengig av om det skal skje gjennom en domstol eller innenfor rammene av UNE. Saksbehandlingstiden for UNE er kortere enn gjennomsnittlig saksbehandlingstid for sivile saker for de alminnelige domstolene. Skal en forvaltningsdomstol bli like effektiv som UNE, vil den ha behov for mer ressurser enn det UNE legger beslag på i dag.

I UNE kan en sak på nærmere angitte vilkår avgjøres enten i nemndmøte, av en nemndleder eller av sekretariatet. Andelen saker som behandles i nemndmøte er relativt liten, og de fleste sakene avgjøres enten av en nemndleder alene eller av sekretariatet på grunnlag av delegert myndighet. Delegering av avgjørelsesmyndighet kan bidra til at sakene behandles raskere. I en forvaltningsdomstol vil alle sakene måtte avgjøres av en dommer (eventuelt en dommerfullmektig dersom forvaltningsdomstolen skal ha slike). Systemet for avgjørelse av saken vil dermed være mindre fleksibelt. Dette kan redusere avgjørelsesorganets kapasitet til å treffe avgjørelser.

Utlendingsforvaltningen kjennetegnes videre av betydelige variasjoner i sakstilfanget, og av at prognosene for hvor mange saker som vil komme til behandling, kan være meget usikre. Det siste illustreres i UNEs årsrapport for 2015, der framtidssiktene beskrives slik:¹¹

«Migrasjonsbildet globalt, og særlig tilstrømmingen til Europa, byr på større usikkerhet enn på lenge. Prognosene for hva UNE kan påregne av klagesaker inn fra UDI, så vel

⁹ Jf. også kapittel 30.3 ovenfor.

¹⁰ Se sluttrapport 2003 Evaluering av Utlendingsnemnda fra RhKnoff, side 100 og NOU 2010: 12 punkt 14.4 side 102.

¹¹ Punkt V side 32.

beskyttelsessaker som oppholdssaker, er svært usikre. I en slik situasjon må alle medarbeidere i UNE være forberedt på at arbeidsmengden ved saksavviklingen og også annet arbeid, vil variere gjennom året, antagelig sterkere enn før. Vi må utvise stor fleksibilitet i ressursutnyttelse på tvers i virksomheten og sannsynligvis også i utlendingskjeden.»

I skriftlig innspill 22. august 2016 til utvalget har UNE påpekt blant annet:

«UNE har vist evne til å tilpasse seg endringer i saksinngang og sakenes innhold ved blant annen intern fleksibilitet og kjedesamarbeid. Et eksempel er de store ankomstene av asylsøkere over grensen fra Russland i fjor høst. UNE lånte her ut personell til Politiets Utlendingsenhet (PU) for å bistå med registrering av asylsøkere. Vi opprettet et internt prosjekt for å behandle Storskog-sakene så raskt og effektivt som mulig. Vi har lyktes i å holde saksbehandlingstiden på under tre uker i et flertall av disse sakene. Endelig har vi hatt tett kontakt i kjeden når det gjelder hvordan PU, UDI, og UNE kan bidra til at alle delene av saksflyten skal gå så lett som mulig.»

Som understreket flere steder i denne utredningen, må en domstol være uavhengig av forvaltningen. Det må være uavhengighet både i avgjørelsen av den enkelte sak og mer institusjonelt. Etter utvalgets vurdering vil det være utelukket at dommere eller annet personell i en forvaltningsdomstol «lånes ut» til utlendingsforvaltningen eller samarbeider så tett med denne som beskrevet av sitatet straks ovenfor. En domstols primære anliggende vil måtte være å komme frem til en rettsriktig avgjørelse i den enkelte sak, på grunnlag av en korrekt saksbehandling.

Også domstolene er del av en behandlingsskjede, og det forekommer at dommere har permisjon for å utføre en oppgave i forvaltningen. Som ledd i behandlingsskjeden er det rimelig at domstolene bidrar eksempelvis i arbeid for å legge til rette for effektiv kommunikasjon mellom domstolen og partene og øvrige aktører. Å anse det som en oppgave å «bidra til at alle delene av saksflyten går så lett som mulig» innenfor en kategori forvaltningssaker, vil imidlertid etter utvalgets syn ikke være forenlig med rollen for en domstol, fordi en slik rolleforståelse kan svekke tilliten til at domstolen vil avgjøre den enkelte sak i samsvar med rettsreglene, uavhengig av hvordan avgjørelsen virker inn på «saksflyten». Det ligger i dette at

en forvaltningsdomstol ikke vil kunne engasjeres i kjedesamarbeid i samme grad som synes å være tilfelle for UNE. Denne begrensningen er nødvendig for et godt domstolsvesen, men kan – i et snevert perspektiv – ses som en faktor som kan bidra til mindre effektivitet i behandlingen av utlendingssaker. I praksis kan den dessuten fungere som et hinder for rask overføring av kunnskap mellom dem som behandler utlendingssaker i første og annen hånd, til ugunst for både utlendingen og det offentlige. Videre vil det kunne innebære en mer omstendelig og tidkrevende prosess om det organ som skal avgjøre klagesakene, ikke selv kan hente informasjon fra DUF.

Dommere i en forvaltningsdomstol må være embetsmenn med samme stillingsvern som dommere i andre domstoler. Det vil ikke være i samsvar med idealet om uavhengige dommere om en betydelig del av dem engasjeres på midlertidig basis. På samme måte som dommerne ikke vil kunne settes til arbeidsoppgaver for UDI eller andre deler av utlendingsforvaltningen, vil heller ikke gruppen av dommere kunne utvides og reduseres i takt med sakstilgangen til domstolen like enkelte som andre ansatte. Så vidt utvalget kjenner til, har antallet nemndledere i UNE vært forholdsvis stabilt de siste årene. Dette kan tilsi at det heller ikke vil være så stort behov for å utvide eller redusere dommergruppen i en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. På den annen side sier antallet nemndledere i UNE kanskje ikke så mye om behovet for dommere i en forvaltningsdomstol, siden mange av UNEs saker avgjøres av sekretariatet på grunnlag av delegert myndighet. Med den utformingen av en forvaltningsdomstol som ligger i kapittel 32 ovenfor, er det nærliggende å anta at det først og fremst er UDI som vil ha behov for fleksibilitet i bemanningen.

Utvalget har beskrevet en modell for en forvaltningsdomstol som går ut på at behandlingen der erstatter både UNE og tingretten i dagens system. I prinsippet bør dette elementet kunne gi en effektiviseringsgevinst. Siden forholdsvis få saker bringes inn for tingretten i dag, vil imidlertid den økonomiske besparelsen på å ta sakene ut av tingretten, antakelig være ganske liten.

33.6 Politisk styring

Domstolene og forvaltningen er underlagt politisk styring gjennom lov, forskrift og budsjettvedtak. Det samme vil gjelde for en forvaltningsdomstol for utlendingssaker.

Det følger av Grunnloven § 95 at domstolene skal være uavhengige av den utøvende myndighet. Kjernen i domstolenes uavhengighet er at de ikke kan instrueres om innholdet i den dømmende virksomheten. For forvaltningsorganer er hovedregelen i norsk rett at de er underlagt overordnede organers instruksjonsmyndighet. Gjennom de siste tiårene har vi likevel fått mange forvaltningsorganer som skal utøve myndighet på uavhengig basis, og således ikke er underlagt instruksjonsmyndighet for andre forvaltningsorganer.¹²

Etter utlendingsloven § 77 første ledd avgjør UNE sine saker «som et uavhengig organ». Realiteten i dette er at UNE ikke kan instrueres om avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet kan imidlertid gi generelle instruksjoner om prioritering av saker, og etter en lovendring høsten 2015 også om lovtolkning og skjønnsutøvelse.¹³ I den proposisjonen som lå til grunn for nevnte lovendring, uttales det blant annet:¹⁴

«[D]et kan være behov for å iverksette tiltak på bakgrunn av hendelser i verden, eller fordi politikken i Norges nærområde og sammenlignbare land blir lagt om. Som følge av dette kan det oppstå behov for å gjennomføre tiltak som raskt kan endre praksis innenfor lovens rammer, og for å klargjøre aktuelle lovtolkningsspørsmål både når det gjelder behandlingen av saker om beskyttelse (asyl) og andre saker».

I proposisjonen uttales det også at utgangspunktet fortsatt skal være at politisk styring fortrinnsvis bør skje gjennom lov og forskrift, men at enkelte styringssignaler kan være mindre egnet for regulering i lov og forskrift. I drøftelsen av forslaget kom departementet til at hensynet til UNEs uavhengighet og legitimiteten ved klagebehandlingen ikke kunne være avgjørende i den aktuelle situasjonen, og at demokratihensyn taler for en tydeligere styring fra politiske myndigheter. Det er også vist til at raske avklaringer av praksis vil føre til større forutberegnelighet for den enkelte klager. I departementets høringsbrev 19. januar 2017 foreslås det å videreføre dagens regel.

Særlig ved å kunne instrueres fra departementet om skjønnsutøvelse og lovtolkning, er UNE i

prinsippet underlagt en annen, og mer inngående form for politisk styring enn det som etter Grunnloven vil kunne gjøres gjeldende overfor en domstol. Reelt sett er det dessuten ikke alltid et klart skille mellom generelle instruksjoner og instruksjoner for behandlingen av enkeltsaker.¹⁵ Etter utvalgets syn er det åpenbart at en forvaltningsdomstol for utlendingssaker ikke vil kunne underlegges generelle eller individuelle instruksjoner fra departementet for vurderingen av faktum eller jus, eller for skjønnsutøvelsen, i den dømmende virksomheten. Dersom det anses behov for å kunne gi slike instruksjoner overfor den instansen som skal behandle klager over vedtak fra UDI, er det således gitt at klagebehandlingen må ivaretas av et forvaltningsorgan.

Ved vurderingen av om en klagebehandling oppfyller retten etter EMK artikkel 13 til en effektiv overprøving av om det foreligger menneskerettsbrudd, er det av betydning at organet kan avgjøre sakene på uavhengig basis.¹⁶ I Prop. 16 L (2015–2016) er det lagt til grunn at adgangen til å påklage en avgjørelse til UNE og videre til domstolene, oppfyller dette kravet også om departementet kan gi generelle instruksjoner.¹⁷

Om det organet som behandler klagesaker på utlendingfeltet skal være undergitt instruksjonsmyndighet, er et politisk spørsmål. Utvalgets vesentligste anliggende om dette er å påpeke at dersom det etableres en forvaltningsdomstol, vil den måtte være uavhengig på linje med de øvrige domstolene. Dersom det hadde vært en stabil utvikling de siste årene i retning av å etablere uavhengighet i klagebehandlingen av utlendingssaker, kunne denne utviklingen tilsi at tiden er moden for en domstol. Etableringen av UNE i 2001 var et skritt i en slik retning. Senere er imidlertid behovet for politisk styring trukket frem flere ganger, og senest i forbindelse med nevnte lovendringer høsten 2015. Temaet er således mer preget av skiftende vurderinger enn av en stabil utvikling i én retning. Ønske fra politiske myndigheter om å kunne styre feltet vil kunne være et utfordrende utgangspunkt for en forvaltningsdomstol, og gi fare for et press mot denne. Politiske organers holdning fremover til spørsmålet om uavhengighet, vil ha betydning for om dette forvaltningsområdet vil egne seg for klagebehandling i en forvaltningsdomstol.

¹² Se kapittel 4.2 ovenfor.

¹³ Lov 20. november 2015 nr. 94. Om bakgrunnen for loven, se Prop. 16 L (2015–2016) og Lovvedtak 5 (2015–2016).

¹⁴ Prop. 16 L (2015–2016) kapittel 4.7.1.

¹⁵ Se også St.meld. nr. 21 (2003–2004) Styringsforhold på utlendingfeltet punkt. 4.3.2.2 om instruksjoner.

¹⁶ Se også kapittel 30.

¹⁷ Prop. 16 L (2015–2016) punkt 4.7.3.

33.7 Utvalgets konklusjon

33.7.1 Konklusjon

UNE behandler et bredt spekter av saker. De fleste av dem er relativt oversiktlige, og behandles skriftlig og summarisk med liten ressursinnsats. Andre saker er mer krevende, og kan reise kompliserte spørsmål, især knyttet til bevisvurderingen og rekkevidden av internasjonale konvensjoner. Noen av dem er av inngripende karakter, eller av stor velferdsmessig betydning for den eller dem saken gjelder. Det er således stort behov for rettssikkerhet knyttet til behandlingen av disse sakene. Samtidig er det behov for tillit til at utlendingsmyndighetene varetar sine kontrolloppgaver på en forsvarlig måte.

Domstoler anses som den mest rettssikre tvisteløsningsmekanismen vi har, og rettssikkerhetsbetraktninger kan tale for å omgjøre UNE til en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Oppfatninger av hvilken rettssikkerhet som er «god nok», er subjektivt betingede. Kjernen i rettssikkerhetsprinsippet er imidlertid at den enkelte skal kunne forutse sin rettsstilling, og at saker i størst mulig grad skal avgjøres materielt riktig, og behandles på samme måte som likeartede saker. Dette kan ivaretas også gjennom en administrativ klageordning. Etter utvalgets syn er ikke etablering av en forvaltningsdomstol det entydige svaret på utfordringene i utlendingsforvaltningen.

Vurderingen av om det bør etableres en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, må ta utgangspunkt i at en forvaltningsdomstol ikke vil være lik de alminnelige domstolene. I land som har forvaltningsdomstoler, utgjør disse både en egen organisasjonsform og en egen saksbehandlingsmåte. Der hvor forvaltningsdomstoler står for den ordinære klagebehandlingen, behandler de store mengder likeartede saker. Samtidig skiller de seg fra ordinær forvaltning ved at sakene behandles kontradiktorisk av et organ som er uavhengig av forvaltningen. Dermed kan saksbehandlingen legges opp som en partsprosess. Ved å behandle en stor mengde saker, skiller forvaltningsdomstolsprosessen seg likevel vesentlig fra den alminnelige sivilprosessen. Forvaltningsprosessen er ofte en enklere prosessform enn den alminnelige sivilprosessen, med mer preg av forvaltningsrettslig saksbehandling. Disse særtrekene legger føringer for de vurderingene som utvalget gjør av spørsmålet om det bør etableres en forvaltningsdomstol for utlendingssaker.

Målt i antall saker, er UNE – med ca. 10 000 klagesaker årlig – et organ med massesaksbe-

handling. Som enkeltorgan står UNE i en særstilling når det gjelder antall saker. Til sammenligning nevnes at Trygderetten mottar om lag 4 000 saker årlig, og at antall klager til Skatteklagenemndene er noe mindre. Saksmengden på utlendingsfeltet fordrer et system og en prosessordning som kan behandle et stort antall saker. En forvaltningsdomstol som erstatning for UNE ville måtte bli en stor domstol, både i antall saker og i antall dommere.

Utvalget har kommet til at det ikke kan anbefale å opprette en forvaltningsdomstol for utlendingssaker. Det er tre hovedgrunner til at utvalget trekker denne slutningen. Den første er at en slik endring medfører behov for en egen prosessordning tilpasset behandling av en stor mengde saker. Med en slik innretning, kan det bli vanskeligere å oppnå tillit til en slik domstol enn det er for de alminnelige domstolene. Den andre hovedgrunnen er det synet på behov for politisk styring som preger utlendingsfeltet. Etter utvalgets syn bør ikke en forvaltningsdomstol kunne styres på samme måte som departementet styrer UNE gjennom instruks, tildelingsbrev og styringsdialog. Den tredje grunnen er at de rettssikkerhetsmessige fordeler som opprettelsen av en forvaltningsdomstol vil innebære, etter utvalgets mening langt på vei vil kunne oppnås innenfor dagens organisering av UNE.

33.7.2 Betydningen av prosessen for en utlendingssak

En sentral innvending mot å innføre en egen særdomstol til behandling av klager på UDIs vedtak er at sakene – fordi det er så mange av dem – ikke vil kunne behandles på den grundige måten som vi normalt forbinder med domstolene. Av praktiske grunner vil det aller meste av saksbehandlingen måtte være skriftlig, og til dels betydelig mer summarisk enn tvistesaker for de alminnelige domstolene. Domstolenes tradisjon med stor grad av muntlighet, vil med andre ord ikke kunne realiseres innenfor en slik forvaltningsdomstol. Under disse omstendighetene vil det å etablere en domstol for disse sakene, kunne oppfattes som å utstyre avgjørelsesorganet med «falskt flagg». I ytterste konsekvens kan løsningen bidra til å svekke den generelle tilliten til de alminnelige domstolene.

I Norge har vi ingen egen prosessordning for domstolsbehandling av klager i forvaltningssaker. Selv overprøving av administrative tvangstiltak etter tvistelovens kapittel 36 skjer innenfor rammen av en saksbehandling som langt på vei følger

de alminnelige reglene i tvisteloven. Etablering av en forvaltningsdomstol forutsetter derfor innføring av en egen forvaltningsdomstolsprosess. Å lage en egen prosessordning tilpasset utlendingssakene, fremstår som lite hensiktsmessig, og prosessordningen vil lett kunne bli oppfattet som mindre legitim fordi den avviker fra behandlingen av alle andre sakstyper. Om man ønsker å innføre forvaltningsdomstoler i Norge, vil den naturlige veien være å lage en generell prosessform som er fleksibel nok til å passe som utgangspunkt for alle forvaltningsområder, over hele spekteret fra skattesaker og byggesaker til utlendingssaker (og slik at tilpasninger som følge av særpreg på enkelte områder kan ivaretas gjennom særlovgivning). Det å utrede en allmenn forvaltningsprosess for etablering av allmenne forvaltningsdomstoler, ligger utenfor dette utvalgets mandat. Utvalget understreker at behovet for en egen prosessordning er et tungtveiende argument imot å etablere en forvaltningsdomstol for utlendingssaker alene.

Videre er det ikke noe som tilsier at en forvaltningsdomstol vil kunne behandle sakene raskere enn det UNE gjør i dag, eller at systemet ellers ville kunne forenkles vesentlig ved å erstatte UNE med en forvaltningsdomstol. Fordi det følger av Grunnloven at Høyesterett dømmer i siste instans, vil adgangen til å anke en avgjørelse fra forvaltningsdomstolen ikke kunne begrenses til en egen utlendingssankedomstol, slik det er gjort i Sverige. Etablering av en forvaltningsdomstol vil heller ikke gi bedre forutsetninger for å håndtere svingninger i antall saker enn det som ligger i dagens system. Snarere gir dagens forvaltningssystem større mulighet til å foreta nødvendige endringer som følge av betydelige endringer i saksporteføljen. Effektivitetshensyn taler derfor heller ikke for en omlegging til en forvaltningsdomstol.

At man i Sverige har etablert egne migrationsdomstoler innenfor de allmenne forvaltningsdomstolene, kan i utgangspunktet synes som et argument for å opprette en lignende domstol i Norge. Det er imidlertid flere ulikheter mellom de to lands tradisjon og systemer som svekker relevansen av den svenske ordningen for norske forhold. En av de sentrale ulikhetene er at man i Sverige har hatt en organisk utvikling med utvikling av forvaltningsdomstoler og forvaltningsprosessen ved siden av sivilprosessen. En annen er den begrensede mulighet for domstolsprøving av forvaltningsvedtak som man har hatt i Sverige.

Det har vært anført at en forvaltningsdomstol vil styrke legitimiteten knyttet til klagebehandlingen. Norske domstoler får jevnt over svært gode

tilbakemeldinger i omdømme- og tillitsundersøkelser, og er blant de offentlige organer befolkningen har høyest tillit til. En forvaltningsdomstol for utlendingssaker vil kunne nyte godt av et slikt omdømme, og det vil kunne styrke tilliten til prosessen at den gjennomføres for en domstol. Som nevnt vil imidlertid en forvaltningsdomstol på dette området kreve en egen prosessordning som skiller seg fra både sivilprosessen og alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler. En slik nyskaping vil være en særegenhet, i utgangspunktet fremmed for de fleste. Ordningen vil kunne by på utfordringer, som i sin tur kan tenkes å slå tilbake på tilliten til domstolsbehandling generelt. Generelt bør vel hypotesen være at klageordningen får den legitimiteten som kvaliteten i saksbehandlingen tilsier, og at organets formelle status ikke er nok til å veie opp for eventuelle svakheter.

33.7.3 Betydningen av uavhengighet

Da UNE ble opprettet i 2001, var det et sentralt formål med tiltaket å styrke utlendingers rettssikkerhet. Institusjonen ble opprettet som et forvaltningsorgan, men med «domstolslignende» elementer, blant annet ved begrenset instruksjonsmyndighet for departementet. I utlendingsloven § 77 første ledd betegnes UNE som et «uavhengig organ», og det kan fortsatt ikke instrueres om avgjørelsen av enkeltsaker. Som beskrevet tidligere i utredningen, ble imidlertid departementets instruksjonsmyndighet overfor UNE utvidet høsten 2015, i kjølvannet av den store tilstrømmingen av asylsøkere den høsten, og den nye regelen er foreslått videreført. Tiltaket viser at ønsket om politisk styring og effektivitet står sterkt på utlendingfeltet. Vurderingen av om det bør etableres en forvaltningsdomstol til erstatning for UNE, kan ikke være påvirket av dette.

Etter utvalgets syn bør ikke en forvaltningsdomstol kunne styres på samme måte som departementet styrer UNE gjennom instruksjer, tildelingsbrev og styringsdialog. En forvaltningsdomstol bør nyte den samme uavhengighet som en alminnelig domstol. Overgang til en forvaltningsdomstol vil gi premisser for i hvilken grad (med hvilke virkemidler) departementet kan styre virksomheten, og være til hinder for den styringen som i dag ligger i departementets tildelingsbrev til UNE. Domstolens arbeid vil i større grad måtte reguleres ved lov, med tilhørende mindre fleksibilitet i møte med skiftende behov og politisk baserte prioriteringer. Elementer som partsprosess og større grad av muntlighet – som det i

utgangspunktet vil være naturlig å legge inn i prosessreglene for en domstol – vil gi en mer «bundet» ramme, og løpende arbeid med rutinejusteringer og effektivisering vil i praksis måtte styres av domstolen selv og Domstoladministrasjonen. Fordi en domstol må ha betydelig integritet for å kunne fylle sin rolle, blir den således mindre «bevegelig» i styringen på utlendingsfeltet. I dette ligger blant annet at det ikke vil være lett å innføre en domstolsmodell for klagebehandlingen på utlendingsfeltet uten også å legge om styringen på dette området.

Samtidig er rask saksbehandling og en effektiv prosess uansett nødvendig, også i et rettssikkerhetsperspektiv. Utvalgets inntrykk er at disse sidene ved rettssikkerheten for tiden vektlegges sterkere enn de gevinster som kan ligge i en prosess for domstolene. På den annen side vil det å omdanne UNE til en forvaltningsdomstol, kunne ses som en måte å begrense muligheten for politisk styring av dette området på for fremtiden.

33.7.4 Rettssikkerheten kan ivaretas innenfor en forvaltningsklagemodell

De innvendingene som har vært reist mot UNE, har i det vesentligste gått på mangel på kontradiksjon og muntlighet i saksbehandlingen. Det har vært anført at UNE legger vekt på faktum som parten ikke har hatt foranledning til å uttale seg om, at det mangler kontradiksjon rundt faktum som UNE trekker i tvil, og at det er en mangel at parter sjelden får forklare seg ved personlig fremmøte for nemnda, jf. kapittel 28.4 og kapittel 31.4 og 31.5.

Utvalget har ikke selv gjennomført noen evaluering av UNE, og har dermed ikke grunnlag for å ta stilling til i hvilken utstrekning denne kritikken er holdbar, eller hvorvidt saksbehandlingen i UNE tilfredsstillende lovens krav. Det er imidlertid et problem i seg selv at viktige samfunnsaktører som Advokatforeningen og mange organisasjoner mener at prosessformen for UNE ikke gir tilstrekkelig god behandling av sakene.

Utvalget oppfatter hovedelementene i den kritikken som har vært fremført slik:

- Manglende kontradiksjon: Flere organisasjoner påpeker at man ikke får tilsendt merknadene/saksfremlegget fra saksbehandler til nemndleder (forut for nemndmøte, eller forut for nemndleders avgjørelse).
- Det er anført at det ved flere tilfeller ikke har vært kontradiksjon knyttet til springende punkter i avgjørelsesgrunnlaget – UNE «skifter» vurderingstema, vektlegger andre forhold

enn det klager/UDI har vektlagt, eller bygger sin argumentasjon på landrapporter som klager ikke har sett mv. Kjernen er «nye avgjørende ting» klageren ikke har fått respondert på, innbragt i saken fra UNE og vektlagt av UNE uten at klager har fått mulighet til å kunne gi uttrykk for sitt syn.

- Manglende muntlighet: Det anmodes om flere nemndmøter og mer bruk av stornemndmøter for prinsipielle avklaringer, og påpekes at man kan ha mer «kirurgisk» tilpassede behandlingsmøter (på 1–2 timer).
- Man bør innføre full partsprosess: Det er tatt til orde for at det bør innføres en rendyrket partsprosess med de samme saksbehandlingsregler som for de alminnelige domstolene, herunder personlig fremmøte og muntlig behandling av sakene.

Utvalget konstaterer at sider ved den kritikken som har vært fremført, knytter seg til den prosessform som forvaltningsloven legger opp til. Prosessen etter forvaltningsloven skiller seg fra domstolsprosessen blant annet ved at den ikke bygger på et forhandlingsprinsipp, og ved at reglene om innsyn og fremleggelse av opplysninger for parten, er forskjellige. Utvalget mener at det kan styrke saksbehandlingen for UNE om man innfører endringer som kommer deler av kritikken i møte. For mange av de sakene UNE behandler vil det være bedre om saksbehandlingen legges mer opp i retning av en partsprosess. Etter utvalgets vurdering er det mulig å gjøre dette uten å omdanne UNE til en særdomstol. Gitt at man gjør slike endringer, mener utvalget at dette er en bedre løsning enn en særdomstolsløsning.

Det må være en sentral forutsetning at prosessen sikrer at partene har sett og fått kommentert det som andre, vitner og sakkyndige, har bragt inn i saken, og at avgjørelsen fra UNE ikke bygger på omstendigheter som parten ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Allerede i dag er det oppstilt krav til kontradiksjon i forvaltningsloven §§ 16-19. Etter utvalgets syn bør det gis en regel som forsterker dette kontradiksjonskravet for saksbehandlingen for UNE. En slik regel kan bygge på kontradiksjonsregelen i tvisteloven, se dens § 11-1 tredje ledd. Et forsterket krav til kontradiksjon kan innføres uavhengig av om man etablerer en domstol eller ivaretar klagebehandlingen innenfor det gjeldende forvaltningssystemet.

Videre bør det vurderes å innføre en regel som knesetter det sentrale elementet i forhand-

lingsprinsippet, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd. For det første vil det medføre at UNE kun kan avgjøre de krav som er reist i klagesaken. Dernest vil en slik regel sikre at de faktiske omstendigheter UNE legger til grunn for sin avgjørelse, i hovedsak må ligge innenfor det faktum som er påberopt eller fremhevet av UDI og klager. Denne regelen vil også kunne ses på som en forlengelse av det kontradiktoriske prinsipp.

På denne bakgrunn, og med utgangspunkt i nevnte bestemmelser i tvisteloven, mener utvalget at utlendingsloven bør få en bestemmelse med slikt innhold:

«Utlendingsnemnda kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag som utlendingen ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Avgjørelsen kan ikke gjelde andre krav enn de som klager har tatt opp, og de faktiske omstendigheter som avgjørelsen bygger på, må i hovedsak ligge innenfor det som er fremhevet i saken for UNE.»

I tillegg bør det vurderes å foreta en regelendring som medfører at innslaget av muntlighet ved behandlingen for UNE blir større. Utvalget viser til § 14 i den lovskissen for en utlendingsdomstol som kommer til uttrykk i kapittel 36. Tilpasset saksbehandlingen for UNE, vil bestemmelsen lyde:

«Dersom det er hensiktsmessig for avgjørelsen av saken, innkalles utlendingen til et møte (behandlingsmøte). Det samme gjelder dersom utlendingen krever det, og nemndleder anser at det er av vesentlig betydning for utlendingen å få uttale seg eller fremføre et bevis muntlig i saken.

Behandlingsmøtet bør begrenses til å gjelde den delen av saken som tilsier at møtet avholdes. Det kan begrenses til å gjelde fremføring av muntlige forklaringer eller å få utlendings syn på angitte forhold i saken.

Nemndleder skal orientere utlendingen om hvilke forhold møtet skal omhandle.»

Det fremgår av merknader til § 14 i lovskissen at terskelen for å avholde behandlingsmøte etter en slik bestemmelse skal være lav i saker om beskyttelse, utvisning og tilbakekall av tillatelse. Bestemmelsen vil kreve muntlighet i markert flere tilfeller enn det som praktiseres i dag. Det ligger i forslaget at spørsmålet om å avholde muntlig møte ikke skal være knyttet til om saken behandles i nemndmøte, som etter dagens regler

(utlendingsloven § 78) igjen er knyttet til om saken reiser vesentlige tvilsspørsmål. Forslaget vil kreve at det foretas en mer åpen vurdering av om saksbehandlingen skal inneholde innslag av muntlighet, der blant annet sakens betydning for klager skal tas i betraktning. Til gjengjeld skal det kunne holdes korte, muntlige møter som utelukkende tar opp de spørsmålene som begrunner muntlighet. Møtet skal videre kunne avholdes på ethvert stadium av saksbehandlingen, og ikke nødvendigvis være et avsluttende element.

Utvalget har også vurdert om man – for å oppnå nødvendige forbedringer – må innføre en «ren» partsprosess gjennom å endre UDIs status i sakene fra å være regulær førsteinstans til å bli formell part i saker for UNE. Utvalget anser ikke innføring av en partsprosess som en nødvendig forutsetning for at det skal være forsvarlig ikke å etablere en særdomstol. Utvalget er enig i at en rendyrket partsprosess, slik man kjenner den fra domstolene, ville kunne styrke partenes rettsikkerhet. Samtidig mener utvalget at en del av kritikken mot UNE på dette punkt har bygget på en unyansert oppfatning om hva en partsprosess på dette området ville innebære. Ett vesentlig element ved den partsprosess som gjennomføres for domstolene, er at grunnlaget for rettens avgjørelse normalt sett må bygge på det som fremkommer under den muntlige hovedforhandlingen, jf. tvisteloven § 11-1 første ledd. Dette er hovedforhandlingsprinsippet – og det bærer frem muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet. En innføring av partsprosess i forvaltningsbehandlingen, vil ikke bety at dette sentrale elementet inngår i forvaltningsprosessen. I massevedtaksbehandlingen for UNE vil saksbehandlingen nødvendigvis i det vesentligste være skriftlig, uansett om man velger en forvaltningsdomstol eller en administrativ prosess.

En endring av UDIs rolle ved å innføre en partsprosess, vil ikke ha stor praktisk betydning i flertallet av sakene, som er enkle og som behandles skriftlig og summarisk. Men prinsipielt sett vil UDIs rolle bli betydelig endret i en partsprosess, siden UDI da må fylle rollen som «saksøkt» og agere i saksforberedelsen ut fra dette ståstedet. Det er en annen rolle enn å motta klagen, vurdere om klagen tilsier at vedtaket endres, og sende saken videre til UNE med beskjed om at UDI opprettholder sitt vedtak. Dette vil gi administrative omkostninger tilknyttet UDI, uten at det i seg selv styrker rettsikkerheten i disse sakene.

I de kompliserte sakene vil en overgang til en partsrolle for UDI ha større betydning, både for UDI og klager, og for UNE. UNE vil måtte drive

«aktiv saksstyring» under saksforberedelsen, herunder sette frister, avgjøre andre spørsmål som måtte oppstå under saksforberedelsen, beramme og «skjære til» behandlingsmøter mv. UNE får i så fall en «dommerrolle», der det i første omgang er naturlig å overlate initiativet til partene. Men skal UNE beholde sin rolle som fullverdig kontrollør overfor UDI, må den også ha et selvstendig ansvar for sakens opplysning. En omforming av UDIs rolle til en partsrolle vil skape vanskelige spørsmål om forholdet mellom de to organenes utredningsplikt og kapasitet, og vil måtte medføre betydelige utredninger om hvor mye ressurser som samlet sett skal brukes på saksutredning, og hvordan disse bør fordeles mellom UDI og UNE. Utvalget vil ikke avvise at innføring av en formell partsprosess i behandlingen for UNE kan være den beste løsningen, men dette medfører en rekke spørsmål og konsekvenser knyttet til regelverk, administrasjon og kostnader, som utvalget ikke har kunnet utrede innenfor sitt mandat.

Som det fremgår av utvalgets gjennomgang av hva som kjennetegner en partsprosess (kapittel 32.7 ovenfor), er begrepet «partsprosess» reelt sett en betegnelse på en rekke sentrale prinsipper for innretningen av saksbehandlingen, typisk for domstolene. Utvalgets skisse ovenfor til endringer i reglene for UNE, kan kanskje betegnes som en slags «hybridpartsprosess». Man får ikke en formell partsprosess ved å gjøre disse endringene, men det vil innføre noen av de sentrale prinsippene i en partsprosess, og med dette legge grunnlag for større tillit og sterkere rettsikkerhet i prosessen for UNE. Det vil sikre at avgjørelser ikke blir truffet på et grunnlag som utlendingen ikke har hatt mulighet eller foranledning til å uttale seg om, og bedre enn i dag sikre at utlendingen får anledning til å møte den som skal avgjøre saken. Etter utvalgets vurdering er ikke den styrkingen av rettsikkerhet eller tillit som kan oppnås ved å erstatte UNE med en forvaltningsdomstol, stor nok til at den bør danne grunnlag for en så betydelig omlegging av dagens system.

Kapittel 34

Generelle merknader til utvalgets lovskisse

Som det fremgår av kapittel 33, anbefaler ikke utvalget at det opprettes en forvaltningsdomstol som erstatning for UNE. På bakgrunn av mandatet har utvalget likevel utarbeidet skisse til en lov om en forvaltningsdomstol for utlendingssaker, basert på de løsninger som er utviklet i kapittel 32. Skissen, som følger i kapittel 36 nedenfor, er ment å gi et inntrykk av hvordan domstolens virksomhet og saksbehandling kan reguleres.

Som nevnt mener utvalget at reguleringen av en eventuell forvaltningsdomstol bør komme til uttrykk i en egen lov. Loven bør beskrive både domstolens organisering og virkefelt, og saksbehandlingen i domstolen. For at det skal være tydelig at utlendingsdomstolen ikke vil være en del av utlendingsforvaltningen, mener utvalget at det ikke bør være aktuelt å ta reglene om utlendingsdomstolen inn i utlendingsloven.

Saksbehandlingen i en utlendingsdomstol vil måtte avvike forholdsvis mye fra tvistelovens alminnelige regler. Dermed anses det ikke hensiktsmessig å ta saksbehandlingsreglene for utlendingsdomstolen inn i tvisteloven. En del av tvistelovens regler kan imidlertid gjelde tilsvarende også for utlendingsdomstolen. I § 4 i utkastet til lov om utlendingsdomstol er det angitt hvilke regler dette særlig kan gjelde.

Kapittel 3-5 i lovskissen angir en behandlingsmåte for utlendingsdomstolens behandling av klager over vedtak fra UDI som avviker både fra forvaltningslovens regler om administrativ klagebe-

handling, og fra tvistelovens regler om rettslig prøving av forvaltningsvedtak. Behandlingsmåten vil utgjøre en egen forvaltningsdomstolsprosess.

Etter lovskissen skal utlendingsdomstolen ikke bare behandle klager over vedtak fra UDI, men også enkelte typer søksmål som i dag hører under de alminnelige domstolene, se lovskissen § 2 bokstav b til e. Prosessuelt og materielt er disse søksmålene ment å skulle behandles etter samme regler som i dag, se § 4 andre og tredje ledd. Den særskilte forvaltningsdomstolsprosessen skal med andre ord bare gjelde for utlendingsdomstolens behandling av klager over vedtak fra UDI (saker omfattet av § 2 bokstav a). Det vises til punkt 32.6 for drøftelsen av hvilke saker som bør høre under utlendingsdomstolen.

For ankebehandlingen av saker etter § 2 bokstav a angir lovskissen at lagmannsretten – i likhet med utlendingsdomstolen – skal behandle saken skriftlig, men med innslag av muntlighet når dette følger av § 14. For øvrig skal vanlige regler om anke gjelde.

I forslag til endring av domstolloven, er utlendingsdomstolen innarbeidet i lovens oppregning av særdomstoler (domstolloven § 2). Med et slikt lovvedtak, vil domstolloven gjelde også for utlendingsdomstolen.

Kapittel 36 angir videre en del konsekvensendringer i andre lover. Det kan være behov for flere lovendringer enn de som er angitt der.

Kapittel 35

Merknader til de enkelte paragrafene

35.1 Merknader til skisse til lov om utlendingsdomstolen

Til § 1:

Formålsbestemmelsen skal skape bevissthet rundt de sentrale hensyn ved utformingen og anvendelsen av loven. Den gir uttrykk for hva som ønskes oppnådd ved at sakene skal behandles av en forvaltningsdomstol, og for hvilke verdier som ønskes realisert i den enkelte sak. Utformingen av bestemmelsen er inspirert av formålsparagrafen i trygderettsloven.

Første ledd angir de overordnede formål, mens *andre ledd* angir sentrale virkemidler for å oppnå det resultatet som første ledd beskriver. Oppregningen av virkemidler i andre ledd kan tjene som bakgrunn for tolkningen av lovens øvrige bestemmelser om saksbehandlingen for utlendingsdomstolen.

Til § 2:

Bestemmelsen angir hvilke saker som hører under utlendingsdomstolen. Om bakgrunnen for bestemmelsen, vises til kapittel 32.6.

Bokstav a omfatter de sakene der UNE er klageinstans i dag, jf. utlendingsloven § 76 og statsborgerloven § 27. *Bokstav b–e* utvider det saklige virkeområdet for utlendingsdomstolen sammenlignet med UNEs rolle, ved at en del søksmål som i dag hører under de alminnelige domstolene, etter den nye loven skal høre under utlendingsdomstolen.

Etter *bokstav b* skal søksmål om gyldigheten av departementets vedtak etter utlendingsloven kapittel 14 behandles av utlendingsdomstolen istedenfor av tingretten. Forslaget gjør ingen endringer med hensyn til hvem som er klageinstans for UDIs vedtak i saker etter nevnte kapittel. Bortsett fra at søksmål skal høre under utlendingsdomstolen i første instans, angir ikke loven andre regler for domstolsbehandlingen av disse sakene enn det som ligger i dagens regler, jf. lovskissen § 4 andre ledd.

Bokstav c gjelder søksmål om gyldigheten av UDIs vedtak i tilfeller der direktoratet er klageinstans for vedtak truffet av politiet og utenriksstasjonene. Bestemmelsen innebærer ingen endringer hva gjelder klagerett eller klageinstans, bare at den alminnelige adgangen til å anlegge søksmål for tingretten om gyldigheten av disse vedtakene, erstattes av en adgang til å anlegge samme typen søksmål for utlendingsdomstolen. Det følger av lovskissen § 4 tredje ledd at utlendingsdomstolen skal behandle søksmålet etter tvistelovens regler, dvs. med hovedforhandling mv., ikke etter de særskilte reglene i lovskissen kapittel 3-5.

Til § 3:

Første ledd angir at den som skal reise klagesak eller søksmål for utlendingsdomstolen, må ha tilknytning til det saken gjelder for å ha rett til behandling av saken for utlendingsdomstolen. Innholdet i regelen er ment å være det samme som kravet til rettslig klageinteresse og rettslig søksmålsinteresse etter henholdsvis forvaltningsretten og alminnelig sivilprosess.

Det følger av *andre ledd* at sakene for utlendingsdomstolen behandles som en partsprosess. I dette ligger at ikke bare den som angriper et vedtak eller en behandlingsmåte, men også det organ hvis avgjørelse angripes, skal opptre som part for utlendingsdomstolen. Det vil derfor alltid være minst to parter i saker for utlendingsdomstolen. Dette vil være én av ulikhetene mellom behandlingen for utlendingsdomstolen og tradisjonell administrativ klagesaksbehandling. Det vises for øvrig til kapittel 32.7.

Også andre enn den en avgjørelse fra UDI direkte gjelder, kan være berørt av saken og reelt sett ha interesse i å få endret avgjørelsen, jf. også første ledd. I klagesaker etter § 2 bokstav a vil det imidlertid være forvirrende, og i praksis uhåndterlig (og kanskje også urimelig), om en sak skal kunne få ulikt utfall i relasjon til ulike berørte. *Tredje ledd* slår derfor fast at en klagesak må omfatte også den som vedtaket helt direkte gjelder.

Til § 4:

Bestemmelsen avklarer rekkevidden av tvisteloven og utlendingsloven for saksbehandlingen i utlendingsdomstolen. Den regulerer utelukkende prosessuelle spørsmål. For materielle spørsmål vil utlendingsdomstolen måtte vurdere sakene på grunnlag av utlendingsloven, statsborgerloven og annen lovgivning.

Bestemmelsens *første ledd* regulerer forholdet til tvisteloven ved utlendingsdomstolens behandling av saker etter § 2 bokstav a. Utlendingsdomstolloven kapittel 3 og 4 gir regler om behandlingen av disse sakene for utlendingsdomstolen. De gir anvisning på en annen – enklere – prosess enn tvistelovens alminnelige regler. Det helt sentrale avviket fra tvisteloven er at saksbehandlingen for utlendingsdomstolen i utgangspunktet skal være skriftlig (dvs. uten hovedforhandling etter tvisteloven kapittel 9).

Andre ledd regulerer forholdet til tvisteloven og prosessregler i utlendingsloven ved utlendingsdomstolens behandling av søksmål som nevnt i § 2 bokstav b. Bortsett fra at søksmålene skal behandles i utlendingsdomstolen istedenfor tingretten i første instans, er ikke lovsykkissen ment å innebære endringer i behandlingsmåten for disse sakene. I dette ligger blant annet at utlendingsdomstolen må avholde hovedforhandling mv. for disse sakene. For øvrige søksmål som etter § 2 hører under utlendingsdomstolen (bokstav c-e), følger det av *tredje ledd* at tvisteloven vil gjelde fullt ut på vanlig måte.

Til § 5:

For hovedtrekkene ved innretningen av utlendingsdomstolen vises til kapittel 32.1 til 32.4. Etter bestemmelsen skal det høre under Kongen å bestemme hvor utlendingsdomstolen skal være lokalisert. Det ligger i lovsykkissen at det skal være bare én domstol, med hele landet som stedlig virkeområde. Utlendingsdomstolen skal imidlertid kunne avholde fysiske møter andre steder enn der domstolen er lokalisert, og det kan avholdes fjernmøter etter nærmere regler fra Kongen. Hensyn til effektivitet og kostnader vil måtte stå sentralt for vurderingen av hvor et møte skal holdes.

Til § 6:

Bestemmelsen gir regler om ledelse for, og den interne organiseringen av, utlendingsdomstolen. Innholdet er ment å være i tråd med det som gjelder for øvrige domstoler. Som det fremgår av

kapittel 32.5 og forslag til endring av domstoloven, skal dommerne ved utlendingsdomstolen utnevnes på grunnlag av samme prosedyre som andre dommere, og også ellers ha samme rettslige status og uavhengighet som dem. Også spørsmål om inhabilitet vil reguleres av domstoloven.

Til § 7:

Det vises til kapittel 32.7.7. Bestemmelsens *første ledd* gir regler for etableringen av et utvalg av meddommere til utlendingsdomstolen. Det ligger i bestemmelsen at Domstoladministrasjonen – på bakgrunn av nærmere regler fra Kongen – skal være det utførende ledd med hensyn til å innhente forslag til kandidater til utvalget.

Etter *andre ledd* må den enkelte meddommer til utlendingsdomstolen oppfylle de samme krav til skikkethet mv. som gjelder for å kunne inngå i utvalgene av meddommere til de alminnelige domstolene. Til forskjell fra de krav som stilles til nemndmedlemmer i UNE, kreves det ikke at meddommere må være norske statsborgere. Også for meddommere reguleres spørsmål om inhabilitet av domstoloven.

Til § 8:

Det følger av bestemmelsens *første ledd* at saker for utlendingsdomstolen som hovedregel skal behandles med én fagdommer. Etter *andre ledd* vil domstolen i noen tilfeller kunne settes med forsterket rett, ved at en sak pådømmes med tre fagdommere. Adgangen er særlig ment for tilfeller der en sak reiser prinsipielle spørsmål, og en domstolsavgjørelse kan tenkes å avklare lignede spørsmål også i andre eller fremtidige saker. Særlig fordi utlendingsdomstolen vil være en særdomstol, og dommerne der forutsetningsvis vil ha bred erfaring med denne typen saker, vil det kunne gi en grundig og avklarende behandling om saker av prinsipiell karakter settes med forsterket rett. Det er likevel en premiss for regelen at utlendingsdomstolen bare unntaksvis skal settes med forsterket rett.

Tredje ledd regulerer i hvilke tilfeller retten skal settes med meddommere fra det utvalget som er beskrevet i § 7. Angivelsen av i hvilke tilfeller utlendingsdomstolen skal settes med meddommere, tilsvarer beskrivelsen i dagens regler av i hvilke tilfeller saker for UNE skal behandles i nemndmøte. I prinsippet oppstiller bestemmelsen ingen avhengighet mellom reglene om forsterket rett i andre ledd og deltakelse fra meddommere etter tredje ledd, utover å slå fast at dersom det

skal delta meddommere i en sak med forsterket rett, skal det være fire meddommere (istedenfor normalt to). Retten vil etter all sannsynlighet settes med meddommere i langt flere tilfeller enn den settes som forsterket rett. Videre oppstiller lovskissen ingen avhengighet mellom deltakelse fra meddommere og avholdelse av behandlingsmøte (§ 14). På dette punktet avviker regelen fra dagens regler for behandlingen i UNE. Det vil kunne være aktuelt med behandlingsmøte også i andre tilfeller enn der retten skal settes med meddommere.

Til § 9:

Klagefristen etter *første ledd* er den samme som «normalfristen» i forvaltningssaker, jf. forvaltningsloven § 29. Fristen skal beregnes etter reglene i domstolloven kapittel 8. UDI skal kunne forlenge fristen eller gi oppreisning for fristoversittelse når forholdene i saken tilsier det, jf. *andre ledd*. I hvilken grad parten kan lastes for oversittelsen, og hvor lang fristoversittelse det er tale om, er blant det som kan være av betydning for vurderingen.

Til § 10:

Første ledd angir hvem en klage til utlendingsdomstolen skal fremsettes for. Bestemmelsen avklarer at klage ikke skal fremsettes overfor utlendingsdomstolen, men overfor enten UDI, en utenriksstasjon eller politiet. Regelen avviker fra ordningen med saksanlegg for tingretten, der stevning innleveres til den domstolen som skal behandle saken. Begrunnelsen for ordningen i første ledd er at utlendingsforvaltningen uansett må vurdere saken i lys av klagen, og at denne prosessen kan komme raskere i gang dersom forvaltningen mottar klagen direkte fra klager.

Selv om vedtaket er truffet av UDI, vil klager kunne velge å innlevere overfor utenriksstasjon eller politiet. Begrunnelsen for dette er dels at det skal være praktisk enkelt for klager å fremsette en klage, og dels at det vil kunne avlaste UDI at også andre instanser kan ta imot. Klagen skal kunne fremsettes muntlig, jf. forutsetningsvis *første ledd andre punktum*. I så fall skal den instans som mottar klagen, være behjelpelig med å sette den opp skriftlig. Den må også sende klagen videre til UDI.

Første ledd tredje punktum oppstiller enkelte krav til innholdet i en klage. Kravene tilsvarer langt på vei forvaltningslovens krav til klage over forvaltningsvedtak. De er mindre omfattende enn

tvistelovens krav til en stevning. Hvis noe mangler, skal den instans som mottar klagen, gjøre oppmerksom på dette, og sette en frist for å tilføye det som mangler, jf. *tredje ledd*. UDI kan sette slik frist også om klagen ble innlevert til en utenriksstasjon eller politiet.

For øvrig vises til kapittel 32.7.

Til § 11:

Første ledd gir regler for UDIs behandling av klagen før oversendelse av saken til utlendingsdomstolen. Reglene tilsvarer vedtaksinstansens forbedring av en klagesak etter forvaltningsloven.

Andre ledd begrenser UDIs og utlendingsdomstolens adgang til å behandle flere saker – eksempelvis for en hel familie – samlet. Bestemmelsen kommer til anvendelse i tilfeller der det fremkommer noe som tilsier at det kan foreligge faktiske opplysninger knyttet til én eller bare noen av partene som av velferdsgrunner ikke bør gjøres kjent for andre parter. De aktuelle opplysningene kan eksempelvis gjelde seksuelle overgrep. Ved å behandle sakene separat, kan avgjørelser og eventuelle andre skriftlige dokumenter utformes uten begrensninger av hensyn til behov for konfidensialitet overfor andre enn den saken gjelder. Det vises for øvrig til kapittel 32.7.

Til § 12:

Etter lovskissen skal det fortsatt høre under UDI å vurdere utsatt iverksetting av vedtak etter utlendingsloven § 90 og forvaltningsloven § 42. I tilfeller der UDI har avslått en slik begjæring, følger det av *første punktum* at utlendingsdomstolen etter klage kan overprøve beslutningen om dette. Utlendingsdomstolens kompetanse til å innvilge utsatt iverksetting reguleres i bestemmelsens *andre punktum*. For innholdet i retten til et effektivt rettsmiddel, vises til kapittel 30.

Til § 13:

Bestemmelsen angir sentrale trekk ved utlendingsdomstolens behandling av den enkelte sak. Det følger av *første ledd* at prosessen for domstolen skal ledes av en dommer, og at saksbehandlingen skal være skriftlig utover det som følger av § 14 om avholdelse av behandlingsmøte.

Andre til fjerde ledd beskriver rettens ansvar for å påse at saken blir tilstrekkelig opplyst, at irrelevante forhold ikke bringes inn, og at barn som berøres av saken, får anledning til å gi uttrykk for sitt syn. Ansvaret for å opplyse saken

ligger primært hos partene, men retten må veilede partene og etterspørre informasjon som antas å kunne være av betydning for avgjørelsen av saken. Om nødvendig for opplysningen av saken, skal den også oppnevne sakkyndig. I praksis kan oppnevning av sakkyndig være aktuelt eksempelvis for å belyse forholdene i et gitt land, eller for å belyse helsemessige forhold eller forhold av betydning for å vurdere en persons identitet. Partene skal varsles før oppnevning, og bør gis anledning til å uttale seg om mandat og valg av sakkyndig. Partene vil også kunne føre egne sakkyndige som bevis. Med dette ansvaret for å våke over sakens opplysning, ligner utlendingsdomstolens ansvar mye på de alminnelige domstolens ansvar ved behandling av saker uten fri rådighet.

Hvordan barn som ønsker det, skal gi uttrykk for sitt syn, må bero på forholdene i den enkelte sak. Det vises til kapittel 9 om behov for utredning av hvorledes domstolene bør ivareta plikten til å høre barn.

Femte ledd beskriver partenes rett til innsyn i sakens dokumenter og opplysninger, og rettens ansvar for å sørge for at partene får anledning til å uttale seg om det som er fremlagt, før den avgjør saken.

For øvrig vises til kapittel 32.7.

Til § 14

Ved at utlendingsdomstolen skal behandle saken skriftlig, skal det ikke avholdes muntlig hovedforhandling som i de alminnelige domstolene. Derimot angir § 14 at det i en del tilfeller skal avholdes ett eller flere behandlingsmøter. Begrepet «behandlingsmøte» er benyttet blant annet for å få frem at et slikt møte kan finne sted på ulike stadier under saksbehandlingen, og således ikke trenger være et avsluttende element i prosessen. Bestemmelsen stiller krav om at det under visse omstendigheter skal avholdes behandlingsmøte, men innebærer ikke noe forbud mot at det avholdes møte i flere tilfeller enn der den krever det. Om begrunnelsen for muntlighet, vises til kapittel 32.7.

Etter *første ledd første punktum* skal det innkalles til behandlingsmøte dersom det kan være hensiktsmessig for avgjørelsen av saken. Videre skal det etter *første ledd andre punktum* avholdes behandlingsmøte dersom noen av partene krever det, og retten anser det som vesentlig for parten å få uttale seg muntlig eller få fremføre et bevis muntlig. Slik bestemmelsen er formulert, vil det i stor grad bero på rettens skjønn om det må avhol-

des behandlingsmøte. Retten skal imidlertid ikke stå fritt ved utøvelsen av dette skjønn. Selv om utlendings- og statsborgersaker ikke omfattes av virkeområdet til EMK artikkel 6, skal retten legge til grunn de krav til muntlighet som er utviklet i tilknytning til retten til en rettfærdig rettergang. Ved vurderingen må det blant annet tas i betraktning hva saken gjelder, i praksis særlig hvilken betydning utfallet kan få for den private part. I saker om beskyttelse, utvisning og tilbakekall av oppholdstillatelse, skal terskelen for å innkalle til behandlingsmøte være lav. Ettersom forholdene i en sak kan endre seg underveis i prosessen, og behandlingsmøte kan avholdes på et hvilket som helst stadium før avgjørelsen er truffet, vil det heller ikke være utelukket at spørsmålet må vurderes flere ganger i et saksforløp.

Behandlingsmøter etter § 14 bør «skreddersys» for de temaene i saken som behovet for muntlighet knytter seg til, jf. *andre ledd*, og vil i mange tilfeller kunne avvikles på langt kortere tid enn en hel dag. Innholdet i møtet kan typisk være at den private part gir sin forklaring om de sentrale temaene i saken, eller at noen av partene fører et vitne. Det vil være vesentlig for et effektivt møte at retten på forhånd har avklart overfor partene hva møtet skal omfatte, jf. *tredje ledd*.

I motsetning til for dagens nemndmøter i UNE, skal behandlingsmøtene i utlendingsdomstolen i utgangspunktet være offentlige, jf. *fjerde ledd*. I noen tilfeller vil det imidlertid foreligge forhold som tilsier at møtet holdes for lukkede dører. Eksempelvis kan dette være tilfelle i saker om beskyttelse der det kan innebære en risiko for utlendingen selv eller dennes familie i hjemlandet om opplysninger i saken blir kjent for utenforstående. Videre kan personvern hensyn tilsi lukkede dører. Etter § 14 fjerde ledd vil retten ha en forholdsvis vid adgang til å bestemme at et behandlingsmøte skal foregå for lukkede dører. Det vises for øvrig til kapittel 32.7.10.

Til § 15:

Bestemmelsen slår for det første fast at det er det som er fremlagt for retten, og som partene har hatt anledning til å uttale seg om, som skal danne grunnlag for avgjørelsen av saken, jf. *første ledd*. Regelen gir uttrykk for sentrale elementer i forhandlingsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet, jf. også tvisteloven §§ 11-2 første ledd og 11-1 tredje ledd.

Andre ledd angir rammene for utlendingsdomstolens prøving av saken. Blant annet for å oppfylle kravet til et effektivt rettsmiddel, kan utlen-

dingsdomstolen prøve alle sider av saken. Rettens kompetanse er således mer omfattende enn det som er hovedregelen ved de alminnelige domstolens prøving av forvaltningsvedtak, og ligner den som gjelder ved domstolsprøving av administrative tvangsvedtak etter tvisteloven kapittel 36. Når retten mener at den mangler grunnlag for å avgjøre realiteten i saken, kan den – istedenfor å avsi dom om realiteten – oppheve vedtaket fra UDI og sende saken tilbake for ny behandling der.

Tredje ledd innebærer en begrensning i utlendingsdomstolens kompetanse, ved at den som hovedregel ikke kan avgjøre saken med et dårligere utfall for private parter enn det som lå i det vedtaket som er bragt inn for domstolen. Regelen innebærer at det å innlevere klage til utlendingsdomstolen, i de fleste tilfeller ikke medfører risiko for et enda svakere utfall for den private part. Regelen er imidlertid ikke unntaksfri. Fremfor å konkludere med et materielt svakere resultat for utlendingen, kan det formodentlig i noen tilfeller være mer nærliggende å sende saken tilbake til UDI for ny behandling der.

Til § 16:

Bestemmelsens *første ledd* angir hvilken form retten skal benytte for sin avsluttende avgjørelse av saken, og hvilke elementer en dom må inneholde. Det følger av *andre ledd* at dommen kan gjøres mer summarisk i saker der retten finner det åpenbart at klagen ikke kan føre frem, ved at den da ikke trenger gå detaljert inn på en vurdering av de konkrete forholdene i saken.

Av praktiske grunner må dommen, når den innebærer en plikt til å forlate landet, blant annet angi en utreisefrist, jf. *første ledd bokstav e*. Det følger av bestemmelsen at fristen skal fastsettes på grunnlag av utlendingsloven § 90.

Det vil være naturlig å definere utlendingsdomstoloven som en «rettsstellov», jf. offentliglova § 2, og utlendingsdomstolens behandling av saker etter utlendingsloven og statsborgerloven som «gjeremål ... etter rettsstellovene». I så fall vil den dømmende virksomheten ved utlendingsdomstolen falle utenfor virkeområdet for offentliglova. § 16 *tredje ledd* regulerer spørsmålet om allmennhetens rett til innsyn i avgjørelser fra utlendingsdomstolen.

Til § 17:

Første ledd i bestemmelsen angir de sentrale virkningene av en avgjørelse fra utlendingsdomstolen. Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 21

om fullbyrding av avgjørelser som pålegger noen å forlate landet.

Andre ledd regulerer retten til å få vurdert en sak som er avgjort i utlendingsdomstolen, på ny. Det vises til kapittel 32.7. Det følger av § 17 at utlendingen kan innlevere en anmodning om ny vurdering dersom det foreligger nye faktiske opplysninger i saken, eller nye bevis om faktum som ble anført for utlendingsdomstolen. Det siste alternativet forutsetter at det ikke er anledning til å fremlegge bevisene i en anke over avgjørelsen fra utlendingsdomstolen. Rene «omkamper», i form av anførsler om at utlendingsdomstolen har vurdert saken feil, kan danne grunnlag for anke over avgjørelse fra utlendingsdomstolen, men ikke for en anmodning om omgjøring etter § 17 andre ledd.

Det følger av bestemmelsens *tredje ledd* at anmodning om omgjøring av en avgjørelse fra utlendingsdomstolen skal fremsettes for, og behandles av, UDI. Avslag på anmodningen kan påklages til utlendingsdomstolen, som skal behandle klagesaken på samme måte som andre klagesaker. Det følger av tredje ledd at UDI skal avslå en omgjøringsanmodning som ikke tas til følge, uavhengig av om begrunnelsen for avslaget er at anmodningen faller utenfor andre ledd eller at det nye som er fremført, ikke gir grunnlag for endring. Bestemmelsen skiller med andre ord ikke mellom avvisning og avslag på dette punktet. Tredje ledd fjerde punktum åpner for å stille de samme formkrav til omgjøringsanmodninger og krav til kjent oppholdssted som følger av dagens regelverk. Manglende oppfyllelse av disse kravene kan medføre avvisning.

Til § 18:

Det følger av bestemmelsen at lagmannsretten i det lagsognet der utlendingsdomstolen er lokalisert, er ankedomstol for avgjørelser fra utlendingsdomstolen. Det vises til kapittel 32.3. Som det fremgår av § 5, hører det under Kongen å bestemme hvor utlendingsdomstolen skal ha sitt sete. § 18 gir ikke rett til ankebehandling i den enkelte sak ut over det som følger av andre bestemmelser.

Til § 19:

På samme måte som utlendingsdomstolen i hovedsak skal behandle sakene etter § 2 bokstav a skriftlig, skal saksbehandlingen i hovedsak være skriftlig ved ankebehandling i lagmannsretten (med eventuelle muntlige innslag i form av behandlings-

møter), jf. *første ledd første punktum*. For øvrig skal lagmannsretten behandle ankesakene etter tvisteloven, etter de samme prinsipper som ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak, jf. *første ledd andre punktum*. Det ligger i § 15 andre ledd og § 19 første ledd andre punktum at utlendingsdomstolen og lagmannsretten vil ha svært forskjellige mandater i disse sakene. Lagmannsrettens funksjon vil være begrenset til å prøve lovligheten av avgjørelsen fra utlendingsdomstolen.

Til § 20:

Etter *første ledd første punktum* skal staten bære egne kostnader ved utlendingsdomstolens behandling av saker etter § 2 bokstav a og b. I dette ligger at den private part ikke skal pålegges å dekke statens kostnader i anledning saken. Kostnader som den private part selv pådrar, eksempelvis ved selv å engasjere en sakkyndig, kan ikke kreves dekket etter bestemmelsen. Spørsmålet om rett til fri rettshjelp for private parter, reguleres i utlendingsloven § 92 første og andre ledd.

Ved anke over avgjørelse fra utlendingsdomstolen i sak etter § 2 bokstav a og b, og ved domstolenes (alle instansers) behandling av søksmål som nevnt i § 2 bokstav c-e, følger det av § 20 *første ledd andre punktum* at det er tvistelovens regler om dekning av saksomkostninger som kommer til anvendelse.

For at utlendingsdomstolen skal kunne oppfylle kravene etter EMK artikkel 13 til et effektivt rettsmiddel, må den være tilgjengelig, både rettslig og faktisk. Konvensjonsbestemmelsen krever ikke at det må være kostnadsfritt å klage til domstolen. Siden det ikke er gebyr for klage til UNE, angir § 20 *andre ledd* samme regel for utlendingsdomstolen.

Til § 21:

Etter § 16 skal en dom fra utlendingsdomstolen som innebærer en plikt til å forlate landet, angi en utreisefrist. På samme måte som det følger av utlendingsloven § 90 at politiet kan håndheve den utreisefristen som utlendingsforvaltningen har satt, følger det av § 21 at politiet kan håndheve utreisefrist fastsatt av utlendingsdomstolen. Ved anke over avgjørelse fra utlendingsdomstolen, følger det av § 19 andre ledd at ankedomstolen kan beslutte utsatt iverksetting.

Til § 22:

Bestemmelsen supplerer domstollovens regler om forkyning. Den angir at en part som ikke har fullmektig, skal få avgjørelsen forkynt av politiet dersom vedkommende oppholder seg i Norge. Dette for å sikre at parten får forkynt avgjørelsen på en slik måte at han eller hun kan forstå innholdet og virkningene av avgjørelsen, eksempelvis ved bruk av tolk. Når særlige forhold tilsier det, kan forkyning skje ved politiet selv om utlendingen har en fullmektig. Eksempel på et slikt forhold, kan være at det foreligger noe som tilsier at det vil være en sikkerhetsrisiko knyttet til å formidle avgjørelsen til utlendingen.

35.2 Merknader til endringer i domstolloven

Til § 2 første ledd:

Ved å innarbeide utlendingsdomstolen i domstollovens liste over særdomstoler, vil domstolloven gjelde også for denne domstolen. Domstolloven vil gjelde med de særregler som fremgår av utlendingsdomstolloven.

Til øvrige endringer i domstolloven:

Endringene innebærer at dommere ved utlendingsdomstolen må oppfylle de samme kvalifikasjoner som dommere ved tingrettene, at de skal være embetsmenn, og at de skal rekrutteres på grunnlag av innstilling fra Innstillingsrådet etter samme regler som dommere til andre domstoler. Dommere ved utlendingsdomstolen inkluderes dessuten i virkeområdet for reglene om dommers sidegjøremål.

Videre ligger det i endringen i § 55 a at Innstillingsrådet, ved behandling av saker som gjelder utnevning av dommere til utlendingsdomstolen, skal settes med en dommer fra utlendingsdomstolen til erstatning for en dommer fra de alminnelige domstolene. På samme måte følger det av endringen i § 235 at Tilsynsrådet for dommere, ved behandling av saker som gjelder en dommer ved utlendingsdomstolen, skal settes med en dommer fra utlendingsdomstolen til erstatning for en dommer fra de alminnelige domstolene.

35.3 Merknader til endringer i utlendingsloven

Endringene består i at UNE elimineres som del av den forvaltningen som skal gjennomføre utlendingsloven. De bestemmelsene som gjelder UNEs organisering og saksbehandling, oppheves. Loven om utlendingsdomstolen erstatter disse reglene.

Endringene i § 92 første og andre ledd gir rett til fri sakførsel ved behandling i saker i utlendingsdomstolen i samme utstrekning som det er rett til fritt rettsråd ved behandling av saker for UNE.

35.4 Merknader til endringer i statsborgerloven

Endringene består i at UNE elimineres som del av den forvaltningen som skal gjennomføre statsborgerloven. Reglene om UNEs behandling av slike saker oppheves. Utlendingsdomstolens rolle i statsborgerskapssaker reguleres av utlendingsdomstoloven, se dens § 2 bokstav a.

35.5 Endring i introduksjonsloven

Endringen går ut på at UNE er fjernet fra opplysningen i § 25 første ledd andre punktum av instanser som kan utlevere opplysninger til nasjonale personregistre omfattet av første punktum i bestemmelsen.

Kapittel 36

Skisse til lov om utlendingsdomstolen. Øvrige lovendringer

36.1 Lov om utlendingsdomstolen (utlendingsdomstoloven)

Kapittel 1 Formål og virkeområde

§ 1 Lovens formål

Loven skal legge til rette for en betryggende, rask og tillitskapende behandling av klage over vedtak etter utlendingsloven og statsborgerloven, av en uavhengig og upartisk utlendingsdomstol.

For å oppnå behandling i samsvar med første ledd, skal utlendingsdomstolen

- påse at bevisførselen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag,
- påse at partene får innsyn hverandres argumenter og bevis, og anledning til å imøtegå disse,
- gi partene nødvendig veiledning,
- foreta en selvstendig og reell vurdering av avgjørelsesgrunnlaget, og
- begrunne viktige avgjørelser, og
- tilpasse saksbehandlingen slik at den står i rimelig forhold til sakens betydning.

§ 2 Utlendingsdomstolens saklige virkeområde

Følgende hører under utlendingsdomstolen:

- klage over vedtak etter utlendingsloven og statsborgerloven truffet av Utlendingsdirektoratet i første instans,
- søksmål om gyldigheten av vedtak fra departementet etter utlendingsloven kapittel 14,
- søksmål om gyldigheten av Utlendingsdirektoratets vedtak i klagesak etter utlendingsloven,
- søksmål med krav om erstatning som følge av behandlingen av en sak etter utlendingsloven eller statsborgerloven,
- søksmål med krav om dom for at behandlingen av en sak etter utlendingsloven eller statsborgerloven har medført en krenkelse av forpliktelse etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter.

§ 3 Klage- og søksmålsrett. Parter for utlendingsdomstolen

Klage eller søksmål som nevnt i § 2 kan bringes inn for utlendingsdomstolen av den saken gjelder, og av andre som kan påvise at de har et reelt behov for å få prøvd saken.

Den som har innlevert klage eller søksmål som nevnt i § 2, er part i saken for utlendingsdomstolen. Staten ved Utlendingsdirektoratet er motpart, likevel slik at staten ved departementet er motpart i søksmål etter § 2 bokstav b.

Fremsettes klage av en annen enn den person vedtaket gjelder, skal også den som vedtaket gjelder, anses som part i saken.

§ 4 Forholdet til tvisteloven og utlendingsloven ved behandling i utlendingsdomstolen

Ved utlendingsdomstolens behandling av saker etter § 2 bokstav a gjelder tvisteloven kapittel 2, 3 og 15, og §§ 13-4, 16-2 og 16-3, og §§ 19-8 til 19-10 dersom ikke annet følger av denne loven. Tvisteloven kapittel 21 til 28 gjelder så langt de passer.

Søksmål etter § 2 bokstav b behandles etter reglene i utlendingsloven kapittel 14, men slik at utlendingsdomstolen trer istedenfor tingretten.

Søksmål etter § 2 bokstav c-e behandles etter reglene i tvisteloven, men slik at utlendingsdomstolen trer istedenfor tingretten.

Kapittel 2 Utlendingsdomstolens organisasjon mv.

§ 5 Utlendingsdomstolens lokalisering

Utlendingsdomstolen skal ha sitt sete der Kongen beslutter. Etter beslutning av utlendingsdomstolens leder kan domstolen holde møte andre steder i landet enn der domstolen har sitt sete. Kongen kan gi regler om avholdelse av fjernmøter for domstolen.

§ 6 Utlendingsdomstolens leder og dommere

Utlendingsdomstolen skal ha en leder og så mange dommere som til enhver tid er bestemt. Det kan også utnevnes en nestleder. Har lederen og nestlederen forfall, skal den eldste av de andre dommerne gjøre tjeneste, så lenge ingen annen er oppnevnt. Dersom særlige forhold gjør det påkrevet, kan Kongen beskikke dommere til utlendingsdomstolen for inntil to år om gangen.

Utlendingsdomstolens leder fordeler sakene mellom dommerne, og treffer avgjørelser som ikke gjelder de enkelte sakene, når ikke annet er bestemt. Hvis saksmengden gjør det påkrevet, kan Domstoladministrasjonen bestemme at utlendingsdomstolen skal inndeles i avdelinger. I så fall utnevnes en dommer som leder for hver avdeling.

§ 7 Utvalg av meddommere

Utlendingsdomstolen skal ha et utvalg av meddommere, som oppnevnes av Kongen i statsråd. Oppnevning skjer for fire år, med mulighet til gjenoppnevning én gang. Domstoladministrasjonen inviterer departementer og ideelle organisasjoner til å foreslå kandidater til utvalget. Kongen gir forskrifter med nærmere regler om etableringen av utvalget.

Medlem til utvalget etter første ledd må oppfylle kravene etter domstolloven §§ 70-72. Vervet som meddommer er frivillig og personlig. Dersom et medlem av utvalget ikke oppfyller kravene etter dette ledd, skal Domstoladministrasjonen slette vedkommende fra utvalget.

§ 8 Rettens sammensetning i den enkelte sak

Retten settes med én fagdommer, hvis ikke annet er bestemt.

Utlendingsdomstolens leder kan beslutte at retten skal settes med tre fagdommere dersom særlige forhold i saken eller forhold av betydning utenfor den aktuelle saken, tilsier det. En fagdommer skal utpekes som administrator.

I saker som byr på tvil om forhold som kan være av avgjørende betydning for utfallet av saken, skal utlendingsdomstolen settes med to meddommere fra utvalget etter § 7. Dersom saken skal behandles med tre fagdommere, jf. andre ledd, og meddommere skal delta, skal antallet meddommere være fire.

Kapittel 3 Klage til utlendingsdomstolen. Forberedelse av saken

§ 9 Klagefrist

Fristen for å bringe et vedtak inn for utlendingsdomstolen er tre uker fra det tidspunkt skriftlig underretning om vedtaket, og om adgangen til å bringe dette inn for utlendingsdomstolen, kom frem til vedkommende.

Utlendingsdirektoratet kan etter begjæring forlenge klagefristen eller gi oppreisning for oversittelse av denne dersom særlige grunner taler for det.

§ 10 Klage

Klage etter § 2 skal fremsettes for Utlendingsdirektoratet, utenriksstasjon eller politiet. Dersom klagen er muntlig, skal den instans som mottar klagen, sette den opp skriftlig. Klagen skal:

- være undertegnet av klageren eller dennes fullmektig, eller være autentisert som fastsatt i forskrift eller i medhold av forskrift,
- nevne det vedtaket som det klages over, og når vedtaket ble kjent for klageren. Hvis vedtaket ikke beskriver klagers tilknytning til saken, bør klagen også gi opplysninger om dette,
- nevne den endring som ønskes i det vedtaket klagen gjelder.

Klagen bør også gi en begrunnelse for den endringen som ønskes.

Mangler det noe i klagen, setter Utlendingsdirektoratet eller den instans som mottar klagen, en kort frist for å tilføye det som mangler.

§ 11 Forberedelse av klagesaken

Utlendingsdirektoratet skal foreta de undersøkelser klagen gir grunn til. Direktoratet kan oppheve eller endre vedtaket dersom det finner klagen begrunnet. Dersom vilkårene for å behandle klagen ikke foreligger, skal Utlendingsdirektoratet avvise saken. Avvisningen kan påklages til utlendingsdomstolen.

Ved mottak av klager som omfatter flere personer, og der det foreligger opplysninger som tilsier at informasjon tilknyttet den ene av disse ikke bør gjøres kjent for de øvrige personene, skal Utlendingsdirektoratet behandle sakene hver for seg. Det samme gjelder for utlendingsdomstolen.

Blir det ikke truffet avgjørelse som nevnt i første ledd, skal sakens dokumenter sendes utlendingsdomstolen så snart saken er tilrettelagt. Klager og eventuelle andre parter skal orienteres om

oversendelsen ved kopi av direktoratets brev til domstolen med vurderingen av klagen.

§ 12 Utsatt iverksetting

Beslutning fra Utlendingsdirektoratet om ikke å gi utsatt iverksetting i en klagesak, kan bringes inn for utlendingsdomstolen så lenge domstolen ikke har avgjort saken. Utlendingsdomstolen kan beslutte utsatt iverksetting av vedtaket når dette er nødvendig for å sikre en effektiv rett til klagebehandling.

Kapittel 4 Saksbehandlingen i utlendingsdomstolen

§ 13 Utlendingsdomstolens behandling av saken

Saken skal tildeles en dommer straks den er kommet inn til utlendingsdomstolen. Saksbehandlingen for domstolen er skriftlig ut over det som følger av § 14.

Retten skal oppfordre partene til fremlegge opplysninger og bevis av betydning for saken, og påse at saken er så godt opplyst som mulig før avgjørelse treffes. Retten kan pålegge partene å fremlegge bevis, og den kan oppnevne sakkyn-dige. Partene skal i så fall varsles om oppnevningen.

Retten skal påpeke utydeligheter og ufullstendigheter, og for øvrig gi partene veiledning. Den skal avvise forhold som ikke vedrører saken, og overflødige utredninger.

Retten skal påse at barn som er berørt av saken får mulighet til å gi uttrykk for sitt syn i den grad de er i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken gjelder. Barns syn skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og modenhet.

Partene har rett til innsyn i de dokumenter og opplysninger som legges frem for retten i saken. Før saken avgjøres, skal partene gis anledning til å uttale seg om det som er fremlagt. Dette gjelder likevel ikke om retten mener at saken kan avgjøres straks etter at den er innkommet til domstolen, på grunnlag av sakens dokumenter. I slike tilfeller skal partene varsles og gis en kort frist til uttalelse.

§ 14 Behandlingsmøte

Dersom det er hensiktsmessig for avgjørelsen av saken, innkalles partene til et møte (behandlingsmøte). Det samme gjelder dersom en av partene krever det, og retten anser at det er av vesentlig betydning for parten å få uttale seg eller fremføre et bevis muntlig i saken.

Behandlingsmøtet bør begrenses til å gjelde den delen av saken som tilsier at møtet avholdes. Det kan begrenses til å gjelde fremføring av muntlige forklaringer eller å få partenes syn på angitte forhold i saken. Vitner og sakkyndige gir sin forklaring i behandlingsmøte etter reglene i tvisteloven.

Retten innkaller partene og andre til behandlingsmøte, og orienterer dem om hvilke forhold møtet skal omhandle.

Behandlingsmøter er offentlige. Retten kan beslutte lukkede dører dersom det er nødvendig av hensyn til en privat part, eller andre særlige grunner tilsier det.

§ 15 Utlendingsdomstolens kompetanse

Retten avgjør saken på grunnlag av det som er fremlagt, og som partene har hatt anledning til å uttale seg om. Dersom retten finner at vilkårene for å behandle klagen ikke er oppfylt, skal den avvise saken.

Tas klagen under behandling, kan retten prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de påstandsgrunnlag som partene kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av dem. Når særlige grunner taler for det, kan retten oppheve vedtaket og sende saken tilbake til Utlendingsdirektoratet for ny behandling der istedenfor å avgjøre realiteten i saken.

Retten kan ikke avgjøre saken til ugunst for private parter i saken sammenlignet med innholdet i det påklagede vedtaket, med mindre disses interesser finnes å måtte vike for hensynet til andre tungtveiende interesser.

§ 16 Utlendingsdomstolens avgjørelse av saken

Avvisning eller heving av saken, og oppheving av vedtak etter § 15 andre ledd tredje punktum, skjer ved kjennelse som begrunnes. For øvrig avgjør retten saken ved dom. En dom skal inneholde:

- a) en beskrivelse av hva saken gjelder,
- b) en redegjørelse for sakens bakgrunn og faktum,
- c) en gjengivelse av partenes påstand og begrunnelse,
- d) en redegjørelse for rettens vurdering av saken, herunder for bevisvurderingen og rettsanvendelsen så langt det er nødvendig for å forklare avgjørelsen,
- e) en domsslutning som tar stilling til partenes påstand. I tilfeller der dommen innebærer en

plikt til å forlate landet, skal domsslutningen også angi en utreisefrist i samsvar med utlendingsloven § 90.

Dersom retten finner det åpenbart at klagen ikke kan føre frem, trenger ikke redegjørelsen etter første ledd bokstav d gå inn på de konkrete forholdene i saken.

Utlendingsdomstolens avgjørelser kan bare gjengis offentlig i anonymisert form. De kan unntas fra innsyn når særskilte forhold tilsier det.

§ 17 Virkninger av avgjørelse fra utlendingsdomstolen. Anmodning om endring

En avgjørelse fra utlendingsdomstolen er bindende for partene med de unntak som følger av reglene om anke og av bestemmelsen her. Utlendingsdirektoratet skal avvise en ny klage over vedtak som er behandlet i utlendingsdomstolen.

Dersom det fremkommer nye faktiske opplysninger eller nye bevis om de faktiske forholdene i en sak som er behandlet i utlendingsdomstolen, kan en part be om at avgjørelsen fra utlendingsdomstolen endres. Dette gjelder ikke i tilfeller der det fremlegges nye bevis om faktiske omstendigheter som ble anført også under domstolens behandling av saken, og det fortsatt er anledning til å fremlegge bevisene i en ankesak.

Anmodning om endring av avgjørelse fra utlendingsdomstolen fremsettes skriftlig for Utlendingsdirektoratet. Direktoratet skal avslå anmodninger som ikke oppfyller vilkårene etter andre ledd. En avgjørelse fra Utlendingsdirektoratet om at det ikke er grunnlag for endring, kan bringes inn for utlendingsdomstolen. Kongen kan gi forskrift med krav til innholdet i anmodninger etter andre ledd, og om avvisning av anmodningen dersom kravene ikke er oppfylt, eller utledingen ikke har kjent oppholdssted.

§ 12 gjelder tilsvarende.

Kapittel 5 Anke

§ 18 Anke over avgjørelse fra utlendingsdomstolen

Avgjørelser fra utlendingsdomstolen kan ankes til lagmannsretten i det lagsognet der utlendingsdomstolen har sitt sete.

§ 19 Ankebehandlingen

§ 13 første ledd andre punktum og § 14 gjelder tilsvarende for lagmannsrettens behandling av

anke i sak som nevnt i § 2 bokstav a. For øvrig behandles anke over avgjørelser fra utlendingsdomstolen etter tvisteloven, og slik at alminnelige regler om domstolsprøving av forvaltningsvedtak gjelder tilsvarende for lagmannsrettens prøving av avgjørelse fra utlendingsdomstolen.

Lagmannsretten kan beslutte å utsette virkningen av en dom fra utlendingsdomstolen som pålegger en utlending å forlate riket, inntil ankesaken er behandlet.

Kapittel 6 Forskjellige bestemmelser

§ 20 Sakskostnader mv.

Staten bærer egne kostnader ved utlendingsdomstolens behandling av saker som nevnt i § 2 bokstav a og b. For ankebehandling, og for behandling av søksmål som nevnt i § 2 bokstav c-e, gjelder tvistelovens regler om dekning av sakskostnader.

Utlendingsdomstolens behandling av saker etter § 2 bokstav a og b er gebyrfri.

§ 21 Fullbyrdelse

En avgjørelse fra utlendingsdomstolen som pålegger en utlending å forlate riket, kan håndheves av politiet etter reglene i utlendingsloven § 90.

§ 22 Forkynning

Dersom en part ikke er representert ved fullmektig, eller særlige forhold tilsier det, kan avgjørelse fra utlendingsdomstolen forkynnes gjennom politiet dersom parten oppholder seg i Norge. For øvrig gjelder domstollovens regler om forkynning.

36.2 Endringer i andre lover

I lov 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven) gjøres følgende endringer:

§ 2 første ledd skal lyde:

Særdomstoler er:

1. jordskifterettene;
2. *utlendingsdomstolen*;
3. de overordentlige domstoler, som nedsettes etter § 29;
4. konsulrettene i utlandet;
5. Riksretten.

§ 54 andre ledd skal lyde:

Lagdommere, tingrettsdommere og dommere i *utlendingsdomstolen* må ha fylt 25 år og ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap. Jordskiftedommere og jordskiftelagdommere må ha fylt 25 år og ha jordskiftefaglig utdanning på mastergradsnivå med fagkrets fastsatt etter jordskiftelova § 2-4.

§ 55 første og andre ledd skal lyde:

Dommere til Høyesterett, lagmannsrettene, tingrettene, *utlendingsdomstolen* og jordskifterettene utnevnes som embetsmenn av Kongen etter Grunnloven § 21.

Til dommere bør utnevnes personer som tilfredsstillende høye krav til faglige kvalifikasjoner og personlige egenskaper. Dommere til Høyesterett, lagmannsrettene, tingrettene og *utlendingsdomstolen* bør rekrutteres blant jurister med forskjellig yrkesbakgrunn.

§ 55 a første ledd skal lyde:

Innstillingsrådet for dommere skal avgi innstilling i forbindelse med dommerutnevning og foreta enkelte konstitusjoner etter nærmere bestemmelser i §§ 55 e og 55 f. Innstillingsrådet skal bestå av tre dommere fra Høyesterett, lagmannsrettene eller tingrettene, en advokat, en jurist ansatt i det offentlige og to medlemmer som ikke er jurister. Når Innstillingsrådet behandler saker som gjelder utnevning eller konstitusjon av jordskiftelagdommere og jordskiftedommere, deltar en jordskiftelagdommer eller en jordskiftedommer og en jordskifte kandidat i stedet for henholdsvis en dommer og juristen ansatt i det offentlige. Når Innstillingsrådet behandler saker som gjelder utnevning eller konstitusjon av dommere til *utlendingsdomstolen*, deltar en dommer fra *utlendingsdomstolen* i stedet for en dommer fra de alminnelige domstolene. Kongen oppnevner medlemmene av Innstillingsrådet med personlige varamedlemmer, og fastsetter hvilket medlem som skal være leder for Innstillingsrådet.

§ 55 b andre ledd skal lyde:

Innstillingsrådet innhenter de opplysninger som er nødvendige, for å gi innstilling. Til dommere i tingretten, i lagmannsretten, i *utlendingsdomstolen* og i jordskifteretten gir domstollederen skriftlig uttalelse.

§ 121 b skal lyde:

En dommer i Høyesterett, lagmannsrettene, tingrettene, *utlendingsdomstolen* og jordskifterettene kan ikke utøve rettshjelp til stadighet eller mot vederlag.

§ 121 c første ledd skal lyde:

En dommer i Høyesterett, lagmannsrettene, tingrettene, *utlendingsdomstolen* og jordskifterettene må søke om godkjenning for sidegjøremål

1. som kan medføre at dommeren mer enn leilighetsvis kan bli inhabil
2. som kan medføre at arbeidet i dommerstillingen hemmes eller sinkes
3. i kollegiale forvaltningsorganer hvor det er sannsynlig at avgjørelsen kan bli brakt inn for domstolene til overprøving
4. i privat eller offentlig næringsvirksomhet
5. om gransking
6. i private tvisteløsningsnemnder og
7. som medlem i voldgiftsrett

§ 121 e første ledd skal lyde:

Sidegjøremål for dommere i Høyesterett, lagmannsrettene, tingrettene, *utlendingsdomstolen* og jordskifterettene skal registreres. Det samme gjelder opplysning om siste stilling før utnevningen eller tilsetningen som dommer.

§ 163 a andre ledd skal lyde:

Følgende myndigheter foretar forkyning postalt etter reglene i denne bestemmelse: De alminnelige domstoler, jordskifterettene, *utlendingsdomstolen*, forbrukertvistutvalget, parkeringsklagenemnda, fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker, påtalemyndigheten, namsmenn, lensmenn, namsfogder, politistasjoner med sivile rettspleieoppgaver og fylkesmenn.

§ 235 første ledd skal lyde:

Tilsynsutvalget for dommere behandler klager og vurderer disiplinærtiltak mot dommere. Tilsynsutvalget skal bestå av to dommere fra Høyesterett, lagmannsrettene eller tingrettene, en advokat og to medlemmer som representanter for allmennheten. Når Tilsynsutvalget behandler saker som gjelder en jordskiftelagdommer eller en jordskiftedommer, deltar en jordskiftelagdommer eller jordskiftedommer i stedet for en dommer. Når Tilsynsrådet behandler saker som gjelder en

dommer i utlendingsdomstolen, deltar en dommer fra utlendingsdomstolen i stedet for en dommer fra de alminnelige domstolene. Kongen oppnevner medlemmene av Tilsynsutvalget med personlige varamedlemmer, og fastsetter hvilket medlem som skal være leder for Tilsynsutvalget.

§ 236 første ledd skal lyde:

Tilsynsutvalget kan treffe vedtak om disiplinærtiltak når en dommer i Høyesterett, lagmannsretten, tingretten, jordskifteretten *eller utlendingsdomstolen* forsettlig eller uaktsomt overtrer de plikter som stillingen medfører, eller for øvrig opptrer i strid med god dommerskikk.

I lov 15. mai 2008 nr. 35 (utlendingsloven) gjøres følgende endringer:

§ 75 andre ledd første punktum skal lyde:

Loven gjennomføres av Kongen, *departementet, Utlendingsdirektoratet*, politiet og andre offentlige myndigheter.

§ 76 første ledd skal lyde:

Vedtak etter loven truffet av politiet, utenriksstasjoner eller andre forvaltningsorganet, kan påklages til Utlendingsdirektoratet. Vedtak etter loven truffet av Utlendingsdirektoratet i første instans kan påklages til *utlendingsdomstolen etter reglene i utlendingsdomstoloven.*

§ 76 tredje til femte ledd oppheves.

§ 77 oppheves.

§ 78 oppheves.

§ 79 oppheves.

§ 92 første og andre ledd skal lyde:

I saker om bortvisning, utvisning, tilbakekall av tillatelse eller tilbakekall av oppholdsdokument, jf. § 120, har utlendingen rett til fritt rettsråd uten behovsprøving. Det gjelder likevel ikke i utvisningssaker i henhold til §§ 66 første ledd bokstav b og c, 67 første ledd bokstav a, b og c, 68 første ledd bokstav a og b og 122. *Ved klage har utlendingen tilsvarende rett til fri sakførsel ved behandlingen i utlendingsdomstolen.*

En utlending som søker oppholdstillatelse etter § 28, eller påberoper seg vernet mot utsendelse etter § 73, har rett til *fri sakførsel* uten behovsprøving ved negativt vedtak fattet av Utlendingsdirektoratet. Dette gjelder likevel ikke der utlendingen klager over bare å ha fått oppholdstillatelse etter § 38. Ved søknader fra enslige mindreårige asylsøkere eller hvor utelukkelse etter § 31 kan bli utfallet, gis det fritt rettsråd uten behovsprøving i forbindelse med saksbehandlingen i Utlendingsdirektoratet.

§ 92 tredje ledd oppheves.

§ 132 andre ledd skal lyde:

Vedtak som er truffet med begrunnelse i grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn etter reglene i kapittelet her, må bringes inn for *utlendingsdomstolen* innen én måned fra det tidspunkt underretningen om vedtaket er kommet frem til parten.

I lov 10. juni 2005 nr. 51 (statsborgerloven) gjøres følgende endringer:

§ 2 første ledd skal lyde:

Loven gjennomføres av Kongen, *denpartementet, Utlendingsdirektoratet*, politiet og norske utenriksstasjoner.

§ 27 tredje til åttende ledd oppheves.

§ 28 første ledd skal lyde:

Departementet kan ikke instruere om avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet kan instruere om prioritering av saker.

Lov 4. juli 2003 nr. 80 (introduksjonsloven)

§ 25 første ledd skal lyde:

Det kan opprettes nasjonale personregistre for behandling av opplysninger som er nødvendige for gjennomføring, oppfølging og evaluering av introduksjonsprogram, opplæring i norsk og samfunnskunnskap, norskopplæring for asylsøkere, bosetting av innvandrere og tilhørende tilskudd. Nødvendige opplysninger til disse formålene kan utleveres fra *Utlendingsdirektoratet, Det sentrale folkeregisteret, Integrerings- og mangfoldsdirektoratet, barne-, ungdoms- og familieetaten, Vox, kommunene, omsorgssentrene og mottak.* Avgi-

verne pålegges å utlevere de opplysninger som departementet bestemmer, og opplysningene skal gis uten hinder av lovbestemt taushetsplikt.

Behandlingen av opplysninger skal skje i tråd med personopplysningsloven og være kjent for den registrerte.

Del VI
Hurtigspor for visse typer straffesaker

Kapittel 37

Innledning

Etter mandatets punkt 4.2 skal utvalget «identifisere sakstyper innenfor straffesakskjeden hvor det anses formålstjenlig med et eget hurtigspor». Utvalget skal særlig vurdere «om det er sakstyper der hurtigere behandling enn i dag vil kunne forhindre at personer kan unndra seg straffeansvar eller vil kunne medvirke til en bedre samlet ressursutnyttelse.» Hurtigspor skal eventuelt etableres innenfor den etablerte domstolstruktur, og ikke gjennom egne domstoler. Mandatet angir også at utvalget skal «peke på hvilke muligheter og praktiske utfordringer som aktualiseres ved opprettelsen av hurtigspor». Videre bes utvalget ta i betraktning straffeprosessutvalgets arbeid med ny straffeprosesslov, hvor et formål er en mer effektiv straffesaksbehandling.

Temaet hurtigspor eller hurtigbehandling av straffesaker er tatt opp i ulike sammenhenger de siste årene. I april 2015 sendte Justis- og beredskapsdepartementet på høring planer om å etablere et prøveprosjekt i Oslo for raskere gjennomføring av straffesaker. Høringsnotatet inneholdt forslag til regelendringer som etter departementets syn ville legge til rette for at en siktet som er pågrepet, skal få sin sak pådømt innen de frister som følger av Grunnloven § 94 og straffeprosessloven §§ 170 a og 183. Prosjektet skulle omfatte saker med et klart og oversiktlig bevisbilde hvor det foreligger unndragelsesfare. Tanken var at en sak skal kunne pådømmes innenfor de frister som gjelder for å holde en person pågrepet, at dommen skal kunne fullbyrdes umiddelbart, og at det skal kunne treffes vedtak om utvisning (etter utlendingsloven) som kan effektueres når soningen er ferdig. Bakgrunnen for forslaget om et prøveprosjekt, var en økning i kriminalitet begått av utenlandske statsborgere uten tilknytning til Norge, og at mange hovedforhandlinger blir utsatt eller avlyst fordi det ikke lykkes å stevne siktede, at siktede ikke møter til hovedforhandling, og utfordringer med å få en dom forkynt.

Høringsnotatet fra 2015 nevner følgende forutsetninger for å kunne gjennomføre hovedforhand-

ling i Oslo tingrett innen den korte tiden som står til rådighet:

- saken må være ferdig etterforsket
- siktelse/tiltale må være tatt ut
- saken må være berammet
- siktede/tiltalte må være lovlig innkalt til rettsmøte, og ha fått tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar
- vitne(r) må være innkalt til hovedforhandling
- eventuelle meddommere må være trukket og innkalt
- tiltalte må ha fått oppnevnt forsvarer når vilkårene for dette er oppfylt, og fritt forsvarervalg ivaretatt
- ved domfellelse kan det – som følge av unndragelsesfare – være aktuelt med fortsatt fengseling i påvente av ankebehandlingen

Departementet vurderte det slik at disse forutsetningene i hovedsak kan oppfylles innenfor gjeldende regelverk, men at det på noen punkter vil være nødvendig med lovendringer. Ettersom tiltalte etter straffeprosessloven har krav på tre dagers varsel til hovedforhandling, ble det foreslått tatt inn i loven at varslingsfristene for innkalling kan fravikes når dette er ubetenkelig. Videre ble det ansett nødvendig å endre domstolloven § 159 a om forkynnelse, slik at tid og sted for domsavsigelse kan forkynnes for siktede samtidig med innkalling til hovedforhandling.

Departementet antok at behandling i hurtigspor først og fremst vil være hensiktsmessig der den pågrepne er uten fast arbeid og bopel, og heller ikke har tilknytning til riket. Ettersom sakene forutsetningsvis må ha et enkelt og oversiktlig bevisbilde, ble saker der siktede er tatt på fersk gjerning eller pågripes med ulovlige gjenstander på seg, og dessuten saker om straff for brudd på innreiseforbud, nevnt som eksempler på slike som kan være aktuelle for hurtigspor. Det påpekte samtidig at det må foretas en konkret vurdering av om en sak er egnet for behandling i hurtigspor. Det ble ikke foreslått en nærmere presisering i regelverket av hvilke sakstyper som kan tenkes

omfattet, og heller ikke fiksert en bestemt øvre strafferamme.

I statsbudsjettet for 2016 ble det avsatt midler til et toårig prøveprosjekt i Oslo tingrett for hurtigbehandling av straffesaker med et klart og oversiktlig bevisbilde. Prøveprosjektet ble satt i gang 1. september 2016, og skal evalueres.

I Prop. 117 L (2015–2016) foreslo departementet enkelte lovendringer som innebærer at tid og sted for forkynnelse av straffedom skal kunne forkynnes for den siktede sammen med tiltalen og bevisoppgaven, og samtidig med innkallingen til hovedforhandling eller ankeforhandling. Forslagene er vedtatt, og trådte i kraft 1. januar 2017. I proposisjonen er det redegjort for at hurtigbehandlingsprosjektet i Oslo er justert sammenlignet med det forslaget til hurtigspor som var på høring våren 2015, ved at det ikke lenger legges opp til at saker der det bare er aktuelt med forelegg eller betinget fengsel, skal domstolsbehandles før siktede løslates.¹ Videre uttaler proposisjonen følgende om forholdet mellom de ulike arbeidene:

«Lovendringsforslagene i denne proposisjonen er et supplerende tiltak til prosjektet for også å bidra til hurtigbehandling av saker hvor siktede må løslates før hovedforhandling. På den måten kan det også oppnås en rettskraftig dom i de mindre alvorlige sakene der siktede ikke møter til domstolsbehandling eller forkynnelse av dom. Også i saker der siktede unndrar seg fra ankeforhandlingen etter en ubetinget dom i tingretten vil det kunne oppnås rettskraftige dommer i større grad enn tidligere. Forslaget til lovendringer gjelder imidlertid generelt, og kan benyttes i alle saker hvor forholdene ligger til rette for det.

Hurtigbehandlingsprosjektet som sådan vil i sin justerte form bli gjennomført innenfor gjeldende regelverk. For øvrig inngår det i særdomstolsutvalgets mandat å identifisere saks typer innenfor straffesakskjeden, hvor hurtigere saksbehandling kan forhindre at personer unndrar seg straffeansvar eller kan medvirke til bedre samlet ressursutnyttelse. Videre skal straffeprosessutvalget i henhold til mandatet foreslå endringer som bedre møter dagens utfordringer, og som samtidig legger til rette for at også de mindre og enkle straffesakene avvikles på en rettssikker og effektiv måte.»

¹ Prop. 117 L (2015–2016) kapittel 2.1.

Kapittel 38

Straffeprosessutvalgets vurdering vedrørende ulike spor for rettens behandling av straffesaker

Straffeprosessutvalget fremla sin utredning ved NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*. Etter mandatet skulle utvalget vurdere en hensiktsmessig regulering av hele straffeprosessretten, og slik at utvalgets forslag skulle utarbeides på grunnlag av en overordnet målsetting om en rettssikker, effektiv og tillitvekkende rettergangsmåte for straffesaker. Utvalget skulle blant annet «vurdere endringer i dagens prosessordning som bedre legger til rette for mer aktiv dommerstyring og derved en mer effektiv og konsentrert prosess», men spesielt for de store og kompliserte straffesakene.¹

Utvalgets forslag til ny straffeprosesslov inneholder blant annet følgende bestemmelse:

«§ 30-1 *Rettens saksstyring og veiledning*

Retten skal styre saken for å oppnå en forsvarelig, konsentrert og effektiv behandling samt gi partene veiledning for å bidra til en riktig avgjørelse. Saksstyringen og veiledningen skal ikke skje på en måte som kan være egnet til å svekke tilliten til rettens uavhengighet eller objektivitet.

Retten kan oppfordre partene til å bidra med slike avklaringer som saken gir grunn til, fastsette frister for partenes innlegg og treffe nødvendige avgjørelser om behandlingen.»

I utredningens kapittel 18 om tingrettens behandling av straffekravet, drøfter straffeprosessutvalget blant annet om det under forberedelsen til hovedforhandling bør være ulike spor for små og store saker. Utvalget viser i den sammenheng blant annet til at det, gjennom reglene om småkravsprosess, finnes et slikt skille i tvisteloven, og at reglene om pådømmelse ved tilståelsesdom er et system for forenklet pådømmelse (men som krever en uforbeholden tilståelse). Straffeprosessutvalget viser videre til prøveprosjektet i Oslo

tingrett og særdomstolsutvalgets mandat hva gjelder hurtigspor for straffesaker, og uttaler:²

«Straffeprosessutvalget foreslår å videreføre ordningen med pådømmelse ved tilståelsesdom med enkelte endringer, jf. punkt 18.3. Benyttes denne behandlingsformen, vil det i alminnelighet ikke være behov for annen saksforberedelse enn den som kan skje uformelt.

Slik utvalget vurderer det, er det vanskelig å finne egnede kriterier for ytterligere sporvalg. Selv om behovet for mer utførlig saksforberedelse som utgangspunkt er ulikt i små og større straffesaker, kan det etter omstendighetene melde seg et slikt behov i de aller fleste sakstyper. En kunne løse dette ved å åpne for at retten etter en vurdering i det enkelte tilfelle gis adgang til å overføre en sak fra ett prosessuelt spor til et annet, men mye av gevinsten ved en modell bygget på sporvalg ville i så fall gå tapt.

Utvalget er på denne bakgrunn kommet til at reglene om saksforberedelse bør gjelde generelt, uavhengig av sakens art og størrelse. Reglene i utkastet gir anvisning på en grunnleggende fremgangsmåte som skal benyttes i alle saker, jf. §§ 34-1 til 34-6. Reglene er imidlertid fleksible og åpner for at mindre saker kan behandles med en helt begrenset saksforberedelse. Muligheten for hurtigbehandling av enkelte saker er således ivaretatt. Samtidig gis retten adgang til å benytte ulike virkemidler for avklaringer og planlegging mv. ut fra behovet i den enkelte sak, jf. utkastet §§ 34-7 til 34-12. ...»

Også reglene om rettens behandling av straffekravet skal etter forslaget til ny straffeprosesslov som utgangspunkt være felles for alle saker, men slik at ordningen med tilståelsesdom videreføres med noen endringer (som dom etter forenklet behand-

¹ Punkt 3 i mandatet for straffeprosessutvalget, gjengitt i utredningens kapittel 2.2.

² NOU 2016: 24 *Ny straffeprosesslov*, kapittel 18.1.2.

ling).³ Den vesentligste endringen sammenlignet med dagens regler om tilståelsesdom, er at det etter lovforslaget ikke skal være et vilkår for pådømmelse etter forenklet behandling at mistenkte har samtykket til denne behandlingsmåten. Sammenholdt med ordningen med bruk av straf-

fetilsagn og tilståelsesrabatt, og dessuten andre elementer i forslaget til ny straffeprosesslov, mener straffeprosessutvalget at forslaget til nye regler kan gi grunnlag for at flere saker behandles på forenklet måte.⁴

³ Ordningen med forenklet behandling er regulert i kapittel 36 i straffeprosessutvalgets forslag til ny straffeprosesslov.

⁴ NOU 2016: 24 kapittel 18.3.1.

Kapittel 39

Utvalgets vurderinger

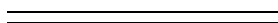
Utvalget registrerer at departementets arbeid med hurtigspor er justert sammenlignet med det som lå i høringen våren 2015, og at det nå synes mer aktuelt å utvikle effektivitetsfremmende rutiner innenfor det alminnelige regelverket fremfor å utarbeide egne prosessregler for noen saker. Med også straffeprosessutvalgets vurdering av at det ikke er hensiktsmessig å utvikle flere «spor», anser utvalget at premissene for den delen av mandatet som gjelder hurtigspor i domstolene for enkelte typer straffesaker, er endret sammenlignet med da mandatet ble gitt i mai 2015.

I likhet med straffeprosessutvalget, mener dette utvalget at det er vanskelig å finne egnede kriterier for sporvalg ut over det som ligger i reglene om tilståelsessaker. Hvilke straffebud en sak gjelder, vil ikke være det eneste kriterium for vurdering av hva domstolsbehandlingen bør bestå i. Et spørsmål om valg av spor, vil måtte vurderes

konkret for den enkelte sak. En liste over aktuelle saker utarbeidet på generelt grunnlag, vil således ha begrenset verdi.

Etter mandatet skal det særlig vurderes om det kan pekes på sakstyper der hurtigere behandling enn i dag vil kunne forhindre at personer kan unndra seg straffeansvar. I departementets høringsbrev våren 2015 er det vist til risikoen for unndragelse fra personer som ikke har fast bosted eller tilknytning til riket. Med sistnevnte innfallsvinkel blir utgangspunktet for vurderingen snarere å identifisere kjennetegn ved mistenkte enn kjennetegn ved det (antatte) straffbare forholdet.

Hvor veien bør gå videre for å utvikle en effektiv straffesaksbehandling, kan avhenge blant annet av de erfaringene som opparbeides gjennom prøveprosjektet i Oslo tingrett og oppfølgingen av forslaget til ny straffeprosesslov. For utvalget er det naturlig å henvise til disse prosessene.



Norges offentlige utredninger

2016

Arbeids- og sosialdepartementet:

NOU 2016: 1 Arbeidstidsutvalget
NOU 2016: 6 Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2016
NOU 2016: 13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet

Barne- og likestillingsdepartementet:

NOU 2016: 16 Ny barnevernslov
NOU 2016: 17 På lik linje

Finansdepartementet:

NOU 2016: 2 Endringer i verdipapirhandelloven
– flagging og periodisk rapportering
NOU 2016: 3 Ved et vendepunkt: Fra ressursøkonomi
til kunnskapsøkonomi
NOU 2016: 5 Omgåelsesregel i skatteretten
NOU 2016: 11 Regnskapslovens bestemmelser om
årsberetning mv.
NOU 2016: 15 Lønnsdannelsen i lys av nye
økonomiske utviklingstrekk
NOU 2016: 20 Aksjeandelen i Statens pensjonsfond
utland
NOU 2016: 23 Innskuddsgaranti og krisehåndtering
i banksektoren
NOU 2016: 27 Ny lovgivning om tiltak mot hvitvasking
og terrorfinansiering II

Forsvarsdepartementet:

NOU 2016: 8 En god alliert – Norge i Afghanistan
2001–2014
NOU 2016: 19 Samhandling for sikkerhet

Helse- og omsorgsdepartementet:

NOU 2016: 25 Organisering og styring av
spesialisthelsetjenesten

Justis- og beredskapsdepartementet:

NOU 2016: 9 Rettferdig og forutsigbar
– voldsskadeerstatning
NOU 2016: 10 Evaluering av garantireglene
i bustadoppføringslova
NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Kommunal- og moderniseringsdepartementet:

NOU 2016: 4 Ny kommunelov
NOU 2016: 18 Hjertespråket

Kulturdepartementet:

NOU 2016: 12 Ideell opprydding

Kunnskapsdepartementet:

NOU 2016: 7 Norge i omstilling – karriereveiledning
for individ og samfunn
NOU 2016: 14 Mer å hente

Nærings- og fiskeridepartementet:

NOU 2016: 21 Stiftelsesloven
NOU 2016: 22 Aksjelovgivning for økt verdiskaping
NOU 2016: 26 Et fremtidsrettet kvotesystem

Utenriksdepartementet:

NOU 2016: 8 En god alliert – Norge i Afghanistan
2001–2014

Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon

Internett: www.publikasjoner.dep.no

E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no

Telefon: 22 24 00 00

Privat sektor:

Internett: www.fagbokforlaget.no/offpub

E-post: offpub@fagbokforlaget.no

Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Trykk: 07 Xpress AS – 03/2017