

Sensorveiledning til praktikumsoppgave i forvaltningsrett – JUR2000/JUS2211 høsten 2012

Innledning

Praktikumsoppgaven i **oppgave I** involverer både miljørettslige og alminnelige forvaltningsrettslige spørsmål. For at studentene skal prøves i alle sider av faget, er det i **oppgave II** gitt en kort teorioppgave om velferdsrettslige spørsmål. Som angitt til slutt i oppgaven er beregnet tidsbruk ca. 5 timer på oppgave I og 1 time på oppgave II. Dette bør gjenspeiles i vektingen av de to delene ved karakterfastsettingen.

Litteratur

Alle spørsmålene i oppgaven er omtalt i hovedlitteraturen. I veiledningen her er det vist til:

- Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (9. utg. 2010)
- Graver, Alminnelig forvaltningsrett (3. utg. 2007)
- Bugge, Lærebok i miljøforvaltningsrett (3. utg. 2011)
- Backer, Innføring i naturressurs- og miljørett (5. utg. 2012)
- Kjønsstad/Syse, Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang (5. utg. 2012)

Oppgave I

I faktumbeskrivelsen før de tre første spørsmålene er det nevnt en del forhold som det ikke er nødvendig å drøfte, f.eks. reglene om konsekvensutredninger, reglene om søknadsbehandlingen i energiloven § 2-1 og spørsmål om rettslig klageinteresse for miljøorganisasjoner. Det er greit å kort nevne eventuelle problemstillinger knyttet til dette, men lite skjønnsomt å drøfte det utførlig. F.eks. kan det være greit å kort slå fast at NFN, som en landsdekkende miljøorganisasjon med flere tusen medlemmer, vil ha rettslig klageinteresse (se Bugge s. 168–169). Det er likevel ikke nødvendig å trekke for mer utførlige drøftelser av perifere tema, med mindre de inneholder feil.

Spørsmål 1

Spørsmål 1 er nærmest et kontrollspørsmål som ikke bør by på særlige problemer. Det kan besvares kort, men det er ingen grunn til å trekke for en mer utførlig besvarelse (hvis den er riktig).

I energiloven § 2-2 første ledd heter det at «Vedtak etter denne lov fattes av departementet». Men departementet har delegert «all myndighet» etter energiloven til NVE. Dette er ikke til hinder for at departementet selv fatter enkeltavgjørelser etter energiloven. Delegering innebærer ikke *avgivelse* av myndighet, men *tildeling* av kompetanse til å fatte vedtak i medhold av en myndighet som organet selv har og beholder etter delegeringen. (Se Eckhoff/Smith s. 180–181.)

Det er altså liten tvil om at departementet hadde kompetanse til å behandle søknaden og gi konsesjon. Det hefter derfor ingen *materielle eller personelle* feil ved vedtaket (i Gravers terminologi: ingen *hjemmelsmangel*). Kandidater som bommer på dette viser manglende forståelse for sentrale forvaltningsrettslige forhold, og det bør det gis trekk for.

Spørsmål 2

Kravene til begrunnelsens innhold i forvaltningsloven (fvl.) § 25 er nevnt i faktum, men det er ikke lagt opp til at denne bestemmelsen skal drøftes. Antakelig vil de fleste være oppmerksom på regelen i naturmangfoldloven (nmfl.) § 7:

«Prinsippene i §§ 8 til 12 skal legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet, herunder når et forvaltningsorgan tildeler tilskudd, og ved forvaltning av fast eiendom. Vurderingen etter første punktum skal fremgå av beslutningen.»

Regelen gjelder for «all utøving av offentlig myndighet», dvs. ved siden av og i tillegg til de alminnelige saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven. Regelen stiller krav om at vurderingen av visse retningslinjer skal «fremgå av beslutningen», og departementet kan derfor ikke høres med at begrunnelsen er tilstrekkelig bare fordi den oppfyller kravene i fvfl. § 25.

For å få full uttelling på oppgaven kan man imidlertid ikke stoppe med det. Det bør også sies noe om hvilken betydning den samlede økosystembelastningen og føre var-prinsippet har i denne konkrete saken, det vil si i hvilken grad det var relevant å ta disse retningslinjene i betraktning ved behandling av konsesjonssøknaden. Dette har betydning for om det var en saksbehandlingsfeil at dette ikke var nevnt i begrunnelsen, og hvor alvorlig denne feilen var.

Prinsippet om vurdering av den samlede økosystembelastningen er fastsatt i nmfl. § 10:

«En påvirkning av et økosystem skal vurderes ut fra den samlede belastning som økosystemet er eller vil bli utsatt for.»

Det er fint om det kort sies noe om hva som ligger i bestemmelsen (se Bugge s. 230–231 og Backer s. 71–72). I faktum står det at kraftlinjen vil gå gjennom to hyttefelt og et stort øvingsfelt for forsvaret. Det foreligger altså andre naturinngrep i de områdene kraftlinjen skal gå igjennom. Det vil derfor være relevant å vurdere hvilken økosystembelastning kraftlinjen og hyttefeltet eller øvingsfeltet *samlet sett* vil føre til. Faktum gir få holdepunkter for en inngående drøftelse av dette, men det er nokså klart at et stort øvingsfelt for forsvaret og en kraftlinje av «betydelige dimensjoner» til sammen vil innebære betydelige naturinngrep. At dette ikke er omtalt i begrunnelsen, er derfor en ganske alvorlig feil ved vedtaket.

Føre var-prinsippet er nedfelt i nmfl. § 9. Det har en «defensiv» og en «offensiv» side (se Bugge s. 136–137 og Backer s. 67 flg.). Her er det den «defensive» siden som er aktuell. Det er fint om det innledningsvis sies noe om hva som ligger i føre var-prinsippet. I faktum står det at kraftlinjen skal gå gjennom et viktig beiteområde for en villreinstamme. Når det skal gjøres omfattende naturinngrep i et slikt område, vil føre var-prinsippet tilsi strenge krav til saksutredningen og at konsesjonsmyndigheten må være sikker på at inngrepet ikke vil føre til uopprettelig skade på beiteområdet eller reinstammen. Føre var-prinsippet er altså høyst relevant, både for saksbehandlingen og innholdet av den avgjørelsen som ble fattet. At departementets vurdering av prinsippets betydning ikke er omtalt i begrunnelsen er derfor også en feil ved vedtaket.

Spørsmål 3

Forvaltningsloven § 41 vil her ikke komme direkte til anvendelse (se nedenfor). Mange vil nok likevel ta utgangspunkt i § 41, og det må være greit som et generelt utgangspunkt for drøftelsen. Det er i så fall fint om det sies litt generelt om forståelsen av bestemmelsen, f.eks. at den er en *gyldighetsregel*, ikke en *ugyldighetsregel*, slik at dersom bestemmelsen *ikke* kommer direkte til anvendelse, beror spørsmålet om ugyldighet på ulovfestede prinsipper om dette. (Se Eckhoff/Smith s. 489 og s. 496 flg.) Det bør trekkes dersom kandidaten trår feil når det gjelder dette.

Opgaven spør om «eventuelle feil» har konsekvenser for vedtakets gyldighet. Både materielle, personelle og prosessuelle feil kan være relevante. Under spørsmål 1 ble det konstatert at vedtaket ikke lider av materielle eller personelle feil (hjemmelsmangel). Dette er såpass klart at det vil være lite skjønnsomt med en lengre subsidiær drøftelse under forutsetning av at departementet ikke hadde kompetanse til å behandle søknaden.

Det er likevel liten grunn til å trekke noe særlig for dette hvis drøftelsen for øvrig ikke inneholder feil. En slik drøftelse kan *ikke* bygges direkte på fvl. § 41, som bare gjelder ved brudd på regler om «behandlingsmåten». Hjemmelsmangel vil som det klare utgangspunkt føre til ugyldighet. Men i dette tilfellet er det et direkte *overordnet* organ som har fattet vedtaket. Selv om det legges til grunn at det var en feil at departementet behandlet saken, og ikke NVE, er det derfor liten grunn til å konstatere ugyldighet. (Se Eckhoff/Smith s. 487 flg.).

Heller ikke når det gjelder de *prosessuelle feilene* konstatert under spørsmål 2 er fvl. § 41 direkte anvendelig: Bestemmelsen gjelder bare ved brudd på saksbehandlingsregler i eller i medhold av «denne lov» (forvaltningsloven). Her er det bare konstatert brudd på regler i naturmangfoldloven. Men bestemmelsen kan anvendes *analogisk* ved på brudd på andre saksbehandlingsregler (jf. Graver s. 597–598). Eventuelt kan *prinsippet* som bestemmelsen gir uttrykk for, brukes som utgangspunkt for drøftelsen. Det er mulig dette er en spissfindighet for mange, så det bør ikke trekkes for mye dersom kandidaten uten nærmere kommentarer anvender fvl. § 41 direkte.

Feil ved begrunnelsen vil som regel ikke ha betydning for innholdet av vedtaket. Men mangler ved begrunnelsen kan indikere materielle eller prosessuelle feil, eller i hvert fall gjøre det vanskelig å bedømme hvorvidt slike feil er begått. Det bør her vises til Rt. 1981 s. 745 Isene, som er inntatt i domssamlingen (eller andre dommer om det samme, se Eckhoff/ Smith s. 491). Sitatet i første avsnitt på s. 748 i Isene-dommen gir et godt utgangspunkt for drøftelsen:

«Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn. Ikke minst må dette gjelde når resultatet av vedtaket umiddelbart fremtrer som så lite rimelig som tilfellet er her. [...] Disse mangler ved begrunnelsen kan tyde på en svikt ved selve avgjørelsen. Vedtakets viktighet for Isene og hans behov for å verne vesentlige interesser tilsier etter min mening at den reelle mulighet som her foreligger for at departementets mangelfulle begrunnelse kan ha hatt betydning for vedtakets innhold, må føre til at vedtaket kjennes ugyldig. Vedtaket gjør det ikke mulig å avgjøre om departementet har lagt en riktig rettsoppfatning til grunn.»

Det kan hevdes at vurderingen av den samlede økosystembelastningen hadde sentral betydning for om det burde gis konsesjon til kraftlinjen. Også føre var-prinsippet var relevant og kunne hatt betydning for skjønnsutøvelsen. Det var som nevnt en stor svakhet at disse hensynene ikke var nevnt i begrunnelsen. Vedtaket hadde dessuten stor betydning for mange, og var omstridt. Disse momentene kan tale for å anse vedtaket som ugyldig, i tråd med resonnementet i Isene-dommen. En god drøftelse av ugyldighetsspørsmålet ut fra momenter som nevnt bør gi god uttelling.

Spørsmål 4

I pbl. § 1-3 annet ledd er det fastsatt at «For anlegg for overføring eller omforming av elektrisk energi som nevnt i energiloven § 3-1 tredje ledd gjelder bare kapittel 2 og 14». Regelen omfatter kraftlinjer, og innebærer at det ikke var nødvendig for Vindkraft å søke om dispensasjon fra reguleringsplanen. Slik sett var kommunens reguleringsplanendring strengt tatt unødvendig. Det er positivt om kandidatene ser dette. Men i oppgaven er det stilt fire uttrykkelige spørsmål om reguleringsplanendringen. Disse skal besvares, eventuelt subsidiært. Oppgaven kan altså ikke sies å være tilfredsstillende besvart dersom kandidaten bare slår fast at reguleringsplanendring var unødvendig og ikke besvarer spørsmål 4 til 7. En slik besvarelse må gis et vesentlig trekk. Men ettersom konklusjonen ikke er uriktig, bør det antakelig ikke gi grunnlag for stryk (forutsatt at resten av oppgaven er besvart tilfredsstillende). På den annen side bør de som *ikke* ser eller behandler pbl. § 1-3 ikke gis noe trekk, ettersom oppgaven legger opp til drøftelse av kommunens reguleringsplanendring.

For øvrig innbyr ikke faktum til nærmere drøftelse av annet enn det som tas opp i spørsmålene. Det er f.eks. ikke lagt opp til drøftelse av adgangen til dispensasjon etter plan- og bygningsloven kapittel 19. Drøftelser av dette gir derfor liten uttelling, og trekk hvis de inneholder feil.

Plan- og bygningsloven (pbl.) § 12-14 annet ledd gir kommunestyret adgang til å «delegere myndigheten til å treffe vedtak om mindre endringer i reguleringsplan ...». Det fremgår av faktum at denne myndigheten er delegert til planutvalget. Spørsmålet er om justeringen av grensene for reguleringsplanen er en «mindre endring». Hvis ikke, går endringen ut over det kommunestyret har adgang til å delegere, og planutvalget vil i så fall ikke ha kompetanse til å vedta endringen.

Bestemmelsen er omtalt i Backer s. 218 flg. og Bugge s. 203–204, der det er gitt uttrykk for at endringer som får «vesentlig betydning for andre private eller allmenne interesser – herunder natur- og friluftsinnteresser», ikke kan anses som «mindre». Visse retningslinjer for tolkningen er også gitt i forarbeidene (Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 238). Det er imidlertid ikke oppstilt noen klare grenser for endringsadgangen etter § 12-14 annet ledd. Spørsmålet må derfor løses ut fra en helhetlig vurdering av om den aktuelle endringen kan anses som «mindre» og bør kunne gjennomføres uten at kommunestyret vedtar ny reguleringsplan.

Arealmessig, sett i forhold til det totale planområdet, kan kanskje endringen oppfattes som «mindre». Men de fleste andre momenter trekker i motsatt retning. Det var tale om å endre grensene for reguleringsplanområdet (ikke bare justere grensene mellom formål i planområdet), noe som i seg selv er en betydelig endring. Endringen ville innebære et større naturinngrep i et friluftsområde. Det at det var stor motstand mot endringen tilsier at den burde vært behandlet av kommunestyret. Samlet sett fremstår endringen som relativt betydelig. Planutvalget hadde derfor neppe kompetanse etter § 12-14 annet ledd til å justere grensen på reguleringsplanområdet. Men som ellers er det viktigste ikke hva resultat blir, men at kandidaten får til en god drøftelse.

Spørsmål 5

Etter pbl. § 12-14 tredje ledd skal bl.a. «eierne og festerne av eiendommer som direkte berøres av vedtaket» gis anledning til å uttale seg før vedtaket fattes. Kandidatene bør se at det ikke er eierne personlig, men *eiendommene* som må være «direkte berørt» for at eierne skal ha krav på å få uttale seg. Det er ikke gitt nærmere retningslinjer for forståelsen av dette uttrykket verken i forarbeidene eller teorien, så spørsmålet må løses ut fra en tolkning av ordlyden og reelle hensyn.

Det fremgår av faktum at Peders eiendom ikke lå i planområdet, men nært inntil. Peders eiendom vil altså ikke bli «direkte berørt» rent fysisk. Men eiendommen vil bli berørt ved at de estetiske omgivelsene endres, og dette kan ha stor betydning både for tomteprisen og for bruksverdien av hytta. Det er ikke gitt hva konklusjonen blir her, men det spiller liten rolle hvis kandidatene ser hovedpoenget og får til en god drøftelse. Dersom Peders eiendom ble «direkte berørt», var det en saksbehandlingsfeil at han ikke ble varslet og fikk anledning til å uttale seg.

Kandidatene bør imidlertid ikke stoppe der. Oppgaven spør også om det var en feil at Peder ikke ble «forhåndsvarslet». Dette er et hint om at fvl. § 16 om forhåndsvarsling også kan være relevant. Dette bør eventuelt drøftes subsidiært hvis kandidaten har konkludert med at Peder skulle vært varslet etter plan- og bygningsloven. For å avgjøre dette må det først vurderes om pbl. § 12-14 tredje ledd er *uttømmende*, eller om den kan suppleres av fvl. § 16. I § 12-14 tredje ledd siste punktum er det vist til § 1-9, og i pbl. § 1-9 første ledd heter det: «Forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven.» Men dette løser egentlig ikke spørsmålet om

§ 12-14 tredje ledd er uttømmende når det gjelder forhåndsvarsling ved «mindre» planendringer. Det må avgjøres ved en bredere vurdering av reglens virkeområde og reelle hensyn.

På den ene side kan det at det er gitt en «særlig bestemmelse» om varsling av berørte parter ved «mindre» reguleringsplanendringer, tilsi at bestemmelsen må anses uttømmende. På den annen side gjelder forhåndsvarslingsregelen i fvl. § 16 for alle «parter», og det kan omfatte andre enn de som eier eller fester eiendommer som «direkte berøres». Hensynet til slike parters mulighet for å ivareta sine interesser i saken trekker klart i retning av at forvaltningsloven må kunne supplere plan- og bygningsloven på dette punktet. (Dette er også lagt til grunn i teorien, jf. Pedersen m.fl., Plan- og bygningsrett, del I (2010) s. 295.) Denne delen av oppgaven er en test på om kandidatene ser sammenhengen mellom de to regelsettene, og forstår koblingen i pbl. § 1-9. De som får noe ut av en drøftelse av dette, bør gis god uttelling for det.

Etter fvl. § 16 skal alle «parter» forhåndsvarsles og gis anledning til å uttale seg før vedtak fattes. Begrepet «part» er definert i § 2 første ledd bokstav e som den «en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Her er det altså sakens betydning for Peder *personlig* som er relevant, ikke bare om saken direkte berører tomten hans. Det er antatt at naboer kan være parter i en sak hvis saken får faktiske konsekvenser for dem av et visst omfang (se Eckhoff/Smith s. 284 og Graver s. 415–416). Det kan dessuten argumenteres for at partsbegrepet bør være særlig vidt i miljø saker, ut fra en betraktning om at noen må kunne opptre på «naturens vegne» og ivareta allmenne interesser i saken (se Backer s. 142 og Bugge s. 147). I dette tilfellet vil planendringen og kraftlinjen få estetiske og økonomiske konsekvenser for Peder. Faktum sier ikke noe om hvor omfattende konsekvenser det er tale om. Etter en helhetsvurdering virker det nærliggende å akseptere at Peder er part i saken. I så fall hadde han krav på forhåndsvarsel etter fvl. § 16.

Spørsmål 6

Spørsmålet legger opp til at ugyldighetsspørsmålet vurderes ut fra eventuelle feil både under spørsmål 4 og 5. Dersom kandidaten har konkludert med at det *ikke* ble begått feil under ett eller begge spørsmålene, bør dette drøftes subsidiært.

Det er nokså åpenbart at planutvalgets manglende kompetanse til å fatte vedtaket må føre til ugyldighet. Planendringen hadde ikke riktig hjemmel og ble fattet av feil organ, dvs. at det er tale om både *materielle* og *personelle* feil. Det er da neppe rom for en vurdering av om feilene hadde betydning for vedtakets innhold, slik som etter fvl. § 41 (se Eckhoff/Smith s. 485 flg. og Graver s. 589 flg.). De som griper feil her bør gis et betydelig trekk.

Manglende varsling etter pbl. § 14-12 tredje ledd eller fvl. § 16 er en *saksbehandlingsfeil*. Som nevnt under spørsmål 3 gjelder fvl. § 41 strengt tatt bare ved brudd på bestemmelser i forvaltningsloven, men det bør ikke gis trekk dersom også feilen etter pbl. drøftes på grunnlag av fvl. § 41. (Alternativt kan den feilen drøftes på ulovfestet grunnlag, men etter samme prinsipper som i fvl. § 41.) Ettersom det bare ville vært aktuelt med varsling etter én av de to bestemmelsene, er det greit om følgen av de to feilene vurderes samlet. Ettersom Peder er misfornøyd med vedtaket, skal det ikke ses bort fra at en uttalelse fra ham kunne hatt betydning for vedtakets innhold. En slik feil vil som regel føre til ugyldighet (se Eckhoff/Smith s. 490 og Graver s. 600).

Spørsmål 7

I motsetning til de andre ugyldighetsspørsmålene er det her ikke angitt noen grunnlag for ugyldighetspåstanden. Men ettersom det ikke er gitt noen særskilte opplysninger om behandlingen av vilkåret, er det først og fremst det materielle grunnlaget for vilkåret det er aktuelt å ta opp.

Det bør først drøftes om det overhodet er anledning til å stille et tyngende vilkår i tilknytning til planendringen. Etter den ulovfestede vilkårs læren er det en viss adgang til å stille tyngende vilkår til begunstigende vedtak som beror på forvaltningens skjønn. Vindkraft søkte egentlig om dispensasjon etter pbl. kapittel 19. Det fremgår uttrykkelig av § 19-2 første ledd at det kan stilles vilkår for en dispensasjon. Men det var *gunstigere* for Vindkraft at saken ble behandlet som en reguleringsplanendring, en avgjørelse som også beror på kommunens skjønn. Det er da nokså klart at det må være adgang til å stille vilkår overfor Vindkraft i tilknytning til planendringen. Dette var oppe i Rt. 2003 s. 764 Sykkelvei (inntatt i domssamlingen), som gjaldt bestemmelsen om «mindre vesentlige endringer» i den gamle pbl. § 28-1 nr. 2. Høyesterett la til grunn (i avsnitt 61):

«Det fremgår ikke [...] i § 28-1 nr. 2 at det kan settes vilkår for vedtak om endring i reguleringsplan. Men det er alminnelig akseptert at en slik adgang følger av at endringsvedtaket innebærer utøvelse av et forvaltningsmessig skjønn.»

Det neste spørsmålet er om vilkåret ligger innenfor rammen av vilkårsadgangen i det konkrete tilfellet. Rammene for vilkårsadgangen er formulert på forskjellige måter i teori og rettspraksis, men det kan antakelig oppstilles tre kriterier: at vilkåret ligger *innenfor rammen av de hensyn* plan- og bygningsloven skal ivareta (jf. Sykkelvei-dommen avsnitt 60), at det har *saklig sammenheng* med reguleringsplanendringen og at det ikke er *uforholdsmessig tyngende* for Vindkraft (se Eckhoff/Smith s. 436–437 og Graver s. 295–296).

Det første kriteriet er antakelig oppfylt i dette tilfellet. Formålet med vilkåret var å bøte på ulempene ved planendringen ved å opprette et annet friluftsområde, og det må ligge innenfor de formål plan- og bygningsloven skal ivareta. Også det siste kriteriet er antakelig oppfylt: Sett i forhold til det Vindkraft oppnår ved planendringen vil opparbeidelse av et nytt friluftsområde neppe være uforholdsmessig tyngende rent økonomisk. Det er mer tvilsomt om vilkåret har saklig sammenheng med planendringen. Rent tematisk er det en sammenheng, men vilkåret angår et annet geografisk område enn planområdet. Dette ligger nok helt i yttergrensen av vilkårsadgangen (se drøftelsen av tilsvarende vilkår i forurensningstillatelser i Backer s. 329). Et moment som kan tilsi at vilkåret likevel må anses gyldig, er at det var til Vindkrafts *fordel* at saken ble behandlet som en «mindre endring». Dette var også oppe i Sykkelvei-dommen, der det ble uttalt (avsnitt 71):

«Slik jeg ser det, må det nemlig være avgjørende for gyldigheten av vilkåret for gang- og sykkelvei at valg av fremgangsmåte i vår sak – dispensasjon og endring etter § 28-1 nr. 2 i stedet for ny reguleringsplan – skjedde med samtykke av, og i betydelig grad av hensyn til, Løvenskiold.»

Dersom kandidaten kommer til at vilkåret ikke har saklig sammenheng med planendringen, eller at et av de andre kriteriene ikke er oppfylt, kan det kort konstateres at vilkåret lider av en innholdsmangel og derfor må anses ugyldig. Selv om vilkårs læren er et relativt sentralt tema i pensum, er dette et ganske vanskelig spørsmål. Kandidater som får til en god drøftelse av momentene nevnt ovenfor, må gis god uttelling for det.

Oppsummering – oppgave I

Ovenfor er det redegjort for de fleste relevante problemstillinger under de forskjellige spørsmålene. Det kan ikke kreves at alle problemstillingene må være behandlet for å få beste karakter. Det viktigste er at kandidatene ser hovedpoengene i oppgavene, får frem sentrale momenter i drøftelsene og evner å skille mellom enkle problemstillinger og de som krever mer omfattende drøftelser. Noen spørsmål vil telle mer enn andre. Særlig spørsmål 1 kan besvares relativt kort, mens spørsmål 4, 5 og 7, krever mer omfattende drøftelser og bør derfor telle mer. Og hele oppgave I skal altså telle 5/6 ved den samlede karakterfastsettelsen.

Oppgave II

Spørsmål 1

Spørsmålet er ment å teste studentenes forståelse for reglene og de hensyn som ligger bak dem, slik at teorioppgaven ikke bare blir en prøve i å gjengi reglens innhold. Reglene om tvungent psykisk helsevern er omtalt i Kjønstad/Syse kapittel 10.6, som er hovedlitteratur.

Oppgaven spør om «hovedhensynene» bak reglene om tvungent psykisk helsevern. Dette – og det at det bare er beregnet én time til hele teorioppgaven – indikerer at det ikke er nødvendig å nevne alle tenkelige hensyn eller drøfte hvert hensyn inngående. Hensynene bak reglene i psykisk helsevernloven (phvl.) kapittel 3 er ikke eksplisitt omtalt i hovedlitteraturen (det er omtalt i Kjønstad/Syse kapittel 10.2 og 10.4, men dette er ikke hovedlitteratur). Men kandidatene bør kunne resonnerer seg frem til de mest sentrale hensynene. I hvert fall disse hensynene kan nevnes:

- *Individets selvbestemmelsesrett.* Et grunnleggende hensyn mot bruk av tvang. Selvbestemmelsesretten kan bare krenkes hvis det er absolutt nødvendig av andre hensyn.
- *Personlig integritet.* Respekt for personers fysiske og psykiske integritet, og uttrykte vilje.
- *Rettsikkerhet.* Stiller krav til en forsvarlig prosess i tvangssaker, herunder krav til forsvarlig utredning, rett for pasienten til å uttale seg, rett til overprøving av vedtaket osv.
- *Vern av personer som ikke kan ivareta seg selv.* Kan tale for tvang for å kunne beskytte personer mot overgrep eller gi grunnleggende omsorg og helsehjelp.
- *Vern av den enkelte mot seg selv.* Kan tale for tvang mot de som kan skade seg selv eller handle mot egne interesser.
- *Vern av samfunnet mot utagerende personer.* Kan tale for tvang mot voldelige eller ustabile personer av hensyn til andre.
- *Medisinsk forsvarlighet.* Stiller krav til de medisinske vurderingene som grunnlag for avgjørelsen, og krav til behandlingen. Kan tale for tvang for å sikre forsvarlig behandling.

Som nevnt er det tilfredsstillende om kandidatene nevner de mest sentrale hensynene og kort hva de går ut på. En nærmere omtale av hva de enkelte hensynene innebærer kan tas under spørsmål 2.

Spørsmål 2

Oppgaven ber kandidatene redegjøre «kort» for vilkårene for tvungent psykisk helsevern «i lys av hensynene» omtalt i spørsmål 1. *Hovedpoenget* med oppgaven er altså ikke å prøve kandidatene i detaljkunnskaper om lovens vilkår, men om de forstår hvorfor reglene er som de er. Men det bes også om en redegjørelse, så det bør sies litt om innholdet av de enkelte vilkårene. Lovteksten i phvl. § 3-3 første ledd bør gi kandidatene et godt utgangspunkt for dette. Bestemmelsen er omtalt i Kjønstad/Syse s. 507–515. Her skal bare nevnes noen hovedpunkter.

Det følger av innledningen til punkttoppstillingen i § 3-3 første ledd at de seks punktene er *kumulative vilkår*, dvs. at alle må være oppfylt for at det kan fattes tvangsvedtak.

1. «Frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt ...»

- Tvang skal ikke brukes hvis tilfredsstillende behandling eller vern kan oppnås ved frivillighet. Utslag av «det minste inngreps prinsipp» eller proporsjonalitetsprinsippet. Regelen kan begrunnes i hensynet til selvbestemmelsesrett og personlig integritet.

2. «Pasienten skal undersøkes av to leger ...»

- Skal være størst mulig sikkerhet om faktagrunnlaget for et tvangsvedtak. Kan begrunnes i hensynet til pasientens rettsikkerhet og medisinsk forsvarlig grunnlag for avgjørelsen.

3. «Pasienten har en *alvorlig sinnslidelse* og etablering av tvungent psykisk helsevern er *nødvendig* for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen enten»
 - «Alvorlig sinnslidelse» er grunnvilkåret for etablering av tvungent psykisk helsevern. Det bør redegjøres kort for hva som ligger i dette (se Kjørstad/Syse s. 507). Begrepet drøftes i Rt. 2001 s. 1481 Psykisk helsevern II (inntatt i domssamlingen), der det bl.a. heter at det kan være oppfylt «selv om vedkommende er symptomfri som følge av medisinering».
 - I tillegg til grunnvilkåret må minst ett av to tilleggsvilkår være oppfylt:
 - a. «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert [osv.]»
 - o «Behandlingskriteriet». Kan begrunnes i hensyn til vern av personer som ikke kan ivareta seg selv og hensyn til medisinsk forsvarlig behandling.
 - b. «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse»
 - o «Farekriteriet». Kan begrunnes i hensyn til vern av den enkelte mot seg selv og vern av samfunnet mot utagerende personer.
 - o Dette kriteriet er drøftet i Psykisk helsevern II-dommen, der det bl.a. ble slått fast at det ikke ligger noen *tidsbegrensning* i «nærliggende», men at dette skal forstås som at faren må være «reell og kvalifisert».
 - Begge kriteriene oppstiller *streng*e vilkår; «vesentlig bedring», «stor sannsynlighet» osv. Dette indikerer at det langt fra er kurant å fatte tvangsvedtak. Det at vilkårene er så strenge kan begrunnes i hensyn til personlig integritet, selvbestemmelsesrett og rettssikkerhet.
4. «Institusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling ...»
 - Kan begrunnes i hensynet til medisinsk forsvarlig behandling.
5. «Pasienten er gitt anledning til å uttale seg ...»
 - Et viktig ledd i ivaretagelsen av pasientens *rettssikkerhet*.
6. «... kan tvungent psykisk helsevern bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende ... skal legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre ...»
 - Selv om de fem øvrige vilkårene er oppfylt, skal det altså gjøres en *helhetsvurdering* om tvang er det beste for pasienten. Også dette kan begrunnes i hensyn til den enkeltes selvbestemmelsesrett, integritet og rettssikkerhet.
 - Betydningen av helhetsvurderingen *svettes* dersom «han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse», men den skal foretas også i de tilfellene, jf. Rt. 2001 s. 1481 Psykisk helsevern II.

Oslo, 21. desember 2012

Kyrre Grimstad