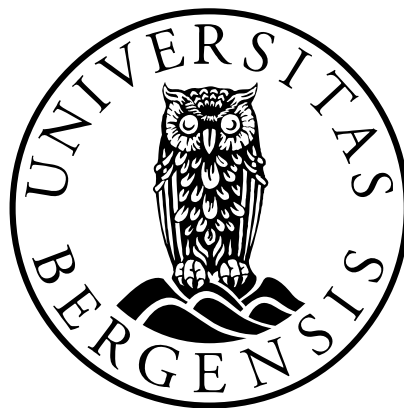


Skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse
ved krav om fastsettelsesdom for at et
forvaltningsvedtak, eller effektueringen av
vedtaket, er i strid med EMK

Kandidatnummer: 205

Antall ord:

12 960



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Oppgavens tema, aktualitet og avgrensninger.....	3
1.2 Struktur.....	5
2 Metode	7
2.1 Innledning.....	7
2.2 Prejudikatslæren – om fravikelse av høyesterettspraksis	7
2.2.1 Innledning.....	7
2.2.2 En høyesterettsdoms prejudikatsvirkninger	8
2.2.3 Fravikelse av prejudikater	9
2.3 Forholdet mellom EMD-avgjørelser og høyesterettspraksis.....	9
2.4 Subsidiaritetsprinsippet og den EMK-rettslige skjønnsmarginen	10
3 Begreper, regler og hensyn	12
3.1 Skillet mellom vedtak og faktiske handlinger.....	12
3.2 Omgjøringsinstituttet som alternativ til domstolsbehandling av nye faktiske omstendigheter	13
3.2.1 Innledning.....	13
3.2.2 Begrunnelsen for at omgjøringsinstituttet medfører at domstolene ikke behøver å foreta en nåtidsvurdering i gyldighetssakene	14
3.3 EMK-rettslige krav.....	15
3.3.1 Krever EMK art. 13 at norske domstoler prøver EMK-krenkelser gjennom et fastsettelsessøksmål?	15
3.3.2 Krever EMK art. 13 at norske domstoler, og ikke forvaltningen, vurderer nye, EMK-relevante omstendigheter?.....	16
3.3.3 Krever EMK art. 1 at domstolene i enkelte tilfeller vurderer nye faktiske omstendigheter for å hindre brudd på materielle EMK-rettigheter?	18
4 Kan et fastsettelsessøksmål for EMK-brudd fremmes etter tvisteloven § 1-3?.....	20
4.1.1 Innledning.....	20
4.1.2 Er et fastsettelsessøksmål med krav om EMK-brudd et “rettskrav” etter tvisteloven § 1-3?	20

4.1.3	Tilknytningsvilkåret i saker som aktualiserer EMK-brudd.....	21
4.1.4	Aktualitetsvilkåret ved EMK-brudd.....	22
5	Skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse for ulike typer fastsettelsessøksmål.....	27
5.1	Innledning.....	27
5.2	Fastsettelsesdom for at en gjennomført effektuering et vedtak er i strid med EMK	27
5.2.1	Innledning.....	27
5.2.2	Rettstilstanden etter plenumsdommen Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)	28
5.2.3	Er det EMK-rettslig nødvendig at domstolen foretar en vurdering av faktiske omstendigheter på effektueringstidspunktet?.....	30
5.2.4	Effektueringstidspunktet som skjæringstidspunkt og forholdet til Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I)	31
5.3	Fastsettelsesdom for at en fremtidig, mulig effektuering av et vedtak er i strid med EMK.....	32
5.3.1	Innledning.....	32
5.3.2	Har et krav om at en mulig, fremtidig effektuering av et forvaltningsvedtak er i strid med EMK, tilstrekkelig aktualitet etter tvisteloven § 1-3?	33
5.3.3	Utgangspunkter	33
5.3.4	Vil en omgjøringsbegjæring, med etterfølgende domstolskontroll, være mer hensiktsmessig enn et fastsettelsessøksmål om at en fremtidig effektuering er rettstridig?.....	34
5.4	Skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse når det kreves fastsettelsesdom for at et vedtak er i strid med EMK	38
5.4.1	Innledning.....	38
5.4.2	Aktualitetsvilkåret for denne typen søksmål	38
5.4.3	Rettstilstanden etter Rt. 2015 s. 93 (Maria)	39
5.4.4	Krever EMK at norske domstoler legger domstidspunktet til grunn?	42
5.4.5	Domstidspunktet som skjæringstidspunkt og forholdet til omgjøringsinstituttet	43
5.4.6	Oppsummert	44
6	Avslutning	45
	Litteraturliste.....	47

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema, aktualitet og avgrensninger

Oppgavens tema er hvilket skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse domstolen skal legge til grunn når det kreves fastsettelsesdom for at et forvaltningsvedtak, eller effektueringen av vedtaket, er i strid med EMK.

Dommerens avgjørelse av et krav beror på hvilke faktiske forhold domstolen har en plikt eller anledning til å ta hensyn til. Hvilket faktum dommeren har anledning til å ta hensyn til i sine avgjørelser får derfor avgjørende betydning for sakens resultat.

Innenfor de grenser som preklusjonsreglene setter står dommeren normalt fritt til å legge vekt på både rettsfakta¹ og bevisfakta² påberopt av partene frem til saken tas opp til doms.

Dette gjelder imidlertid ikke i ugyldighetssøksmål. I avgjørelsen av ugyldighetssøksmål kan dommeren kun ta hensyn til rettsfakta slik de forelå på vedtakstidspunktet, samt bevisfakta som kaster lys over rettsfakta på vedtakstidspunktet.³

Konsekvensen av denne regelen er at domstolene ikke kan legge vekt på nye eller endrede omstendigheter fra vedtak til dom. Dette gjelder selv om de nye eller endrede omstendighetene ville ført til et annet resultat om de forelå da vedtaket ble truffet.

Det oppstår i denne sammenhengen et spørsmål om begrensningen til prøvingen av faktum på vedtakstidspunktet også gjelder for fastsettelsessøksmål om at *vedtaket*, eller *effektueringen* av vedtaket er, eller vil være, rettstridig. Aktuell høyesterettspraksis og litteratur som omhandler denne problemstillingen knytter seg i stor grad nettopp til EMK-brudd. Dette er naturlig av to grunner.

¹ Med «rettsfakta» menes nye faktiske forhold som direkte og umiddelbart har rettslige følger, jf. NOU 2001:32 B, s. 703.

² Med «bevisfakta» menes bevis som godtgjør rettsfakta, jf. *Ibid.*

³ Se for eksempel førsvoterendes votum i Rt. 2012 s. 1985, avs. 50.

For det første inntreffer problemstillingen særlig i utlendingssaker, hvor det kan gå lang tid fra vedtak til dom, og hvor nye eller endrede faktiske omstendigheter kan medføre at saken endrer karakter fra vedtaks- til domstidspunktet. Disse sakene har svært ofte en EMK-rettslig side.⁴

Det er for eksempel ikke upraktisk at en utlending som er barnløs på vedtakstidspunktet, får ett eller flere barn i perioden mellom et utsendelsesvedtak fattes og en mulig prøving for domstolen. Vurderingen av om EMK art. 8 om retten til familieliv er krenket, vil nødvendigvis måtte bli svært ulik om vurderingen foretas etter faktum på vedtakstidspunktet da utlendingen var barnløs, eller på et senere tidspunkt når utlendingen har fått barn.

Tilsvarende kan det tenkes at hjemlandet til en utvist utlending vurderes som trygt på tidspunktet utvisningsvedtaket ble fattet. I etterkant får utlendingen en dom mot seg i hjemlandet som tilsier at det er en reell fare for at han utsettes for tortur eller dødsstraff. Dersom faktum på vedtakstidspunktet legges til grunn vil en domstol vanskelig komme til at det foreligger en krenkelse av EMK art. 2 eller 3. Dersom det derimot kan tas hensyn til den senere dommen vil domstolens resultat raskt bli et annet.

For det andre har Høyesterett fastslått at et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK er et «rettskrav» etter tvl. § 1-3, og kan prøves forutsatt at de øvrige søksmålsvilkår er oppfylt.⁵ Det er uklart om tilsvarende på generelt grunnlag gjelder andre menneskerettighetskonvensjoner, brudd på Grunnloven, eller særlovgivningen.⁶

Som følge av denne særstillingen har jeg valgt å avgrense oppgaven til nettopp fastsettelsessøksmål med krav om EMK-brudd. Dette gjør det mulig å gå ned i dybden innenfor et tema hvor fastsettelsessøksmål er særlig praktisk, og hvor det foreligger relevant rettskildemateriale for videre drøftelser.

Avgrensningen betyr ikke at funnene er irrelevante for tidspunktet for faktumbedømmelse for andre menneskerettighetsbrudd eller andre fastsettelsessøksmål. Tvert imot er nok mye av argumentasjonen i oppgaven relevant også for andre typer søksmål. Det er imidlertid viktig å

⁴ Det er nok også et poeng at det er mange slike saker, og at sakene derfor ofte kommer opp i domstolen.

⁵ Se mer utfyllende om dette i punkt 4.

⁶ Se Skoghøy (2017), s. 406-407.

være bevisst på at ulike rettsområder kan preges av ulike regler og hensyn, og tidspunktet for faktumsbedømmelse kan slå annerledes ut for henholdsvis fastsettelsessøksmål med krav om EMK-brudd og andre fastsettelsessøksmål.

1.2 Struktur

Jeg vil i oppgaven trekke mange slutninger fra høyesterettspraksis. Slutningene vil trekkes fra alt fra *ratio decidendi* i plenumsdommer med omfattende begrunnelser, til knapt begrunnede *obiter dicta* i dommer avsagt i avdeling. Dette aktualiserer en bruk av prejudikatslæren.

Jeg finner det derfor hensiktsmessig å utpensle nærmere retningslinjer for hvilken vekt ulike uttalelser fra Høyesterett bør tillegges i løsningen av aktuelle rettsspørsmål, og om uttalelsene kan fravikes av andre domstoler. Dette vil gjøres i punkt 2.2.

Siden oppgaven omhandler fastsettelsessøksmål ved *EMK-brudd* oppstår det også et spørsmål om hvilken vekt norske rettsanvendere skal tillegge uttalelser fra EMD, og hvordan slutninger fra EMD-praksis skal anvendes i norsk rett. Jeg vil derfor redegjøre for forholdet mellom EMD-praksis og høyesterettspraksis i punkt 2.3. I punkt 2.4 vil jeg knytte noen kommentarer til om norske domstoler skal ta hensyn til den EMK-rettslige skjønnsmarginen i sine avgjørelser.

Jeg vil også argumentere for at spørsmålet om skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse kan måtte vurderes annerledes dersom det er en *faktisk handling*, og ikke *selve vedtaket* som angripes rettslig. Jeg ønsker derfor å knytte noen kommentarer til forskjellen mellom vedtak og faktiske handlinger i punkt 3.1.

I punkt 3.2 vil jeg redegjøre for om forvaltningen har en plikt til å vurdere nye faktiske omstendigheter gjennom omgjøringsinstituttet, og om dette medfører at det er unødvendig at *domstolen* vurderer nye faktiske omstendigheter. Jeg vil deretter, i punkt 3.3, redegjøre for om EMK krever at norske domstoler prøver fastsettelsessøksmål for EMK-brudd, og om EMK krever at et slikt søksmål prøves ut fra et bestemt skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse.

Det har over lengre tid foregått en juridisk diskusjon om det er prosessuell adgang til å kreve fastsettelsesdom for EMK-brudd etter tvisteloven § 1-3. Jeg vil redegjøre for dette i punkt 4. I

denne delen vil jeg også redegjøre for hvorfor saksøker kan ha behov for å fremme et fastsettelsessøksmål i stedet for et ugyldighets- eller et erstatningssøksmål.⁷

I punkt 5 vil jeg gå konkret til verks, og redegjøre for hvilket skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse norske domstoler må legge til grunn for følgende tre krav:

1. Det kreves fastsettelsesdom for at en *gjennomført effektuering* er i strid med EMK.
2. Det kreves fastsettelsesdom for at en hypotetisk, *fremtidig effektuering* av vedtaket vil være i strid med EMK.
3. Det kreves fastsettelsesdom for at *selve vedtaket* er i strid med EMK.

Avslutningsvis vil jeg i punkt 6 komme med noen rettspolitiske betraktninger om hvorfor rettstilstanden er som den er, og om dette er en *god løsning*.

⁷ Se nærmere om dette i punkt 4.1.4.

2 Metode

2.1 Innledning

Fremstillingen i oppgaven er i stor grad basert på norsk prosess- og forvaltningsrett, og jeg vil foreta en analyse og innbyrdes vekting av uttalelser i forarbeider, høyesterettspraksis og grunnleggende forvaltningsrettslige hensyn. Dette vil naturlig nok foretas etter alminnelig juridisk metode.

Opgaven innbyr imidlertid til flere metodiske problemstillinger som krever nærmere redegjørelse. Utstrakt bruk av høyesterettspraksis gjør det hensiktsmessig å redegjøre for prejudikatslæren. Oppgaven reiser også spørsmål om forholdet mellom høyesterettspraksis og EMD-praksis som bør kommenteres nærmere.

2.2 Prejudikatslæren – om fravikelse av høyesterettspraksis

2.2.1 Innledning

Den grunnleggende oppfatningen blant norske rettsanvendere er at Høyesteretts prejudikater er tilnærmet bindende for alle andre enn Høyesterett selv. Det forekommer praktisk talt aldri at en underordnet domstol eller et forvaltningsorgan bevisst fraviker en høyesterettsdom som anses som et prejudikat.⁸

En slik fravikelse krever at det må kunne regnes med at Høyesterett selv ville fraveket prejudikatet dersom spørsmålet kom opp for Høyesterett.⁹ Dersom spørsmålet derimot er tvilsomt, bør rettsanvederen holde fast ved det gamle og overlate til Høyesterett å fravike prejudikatet.

⁸ Eckhoff/Helgesen (2001), s. 160.

⁹ Eckhoff/Helgesen (2001), s. 161.

Høyesterett viser selv stor respekt for tidligere praksis, men det forekommer at avgjørelser fravikes eller tolkes så snevert at kursen i realiteten endres.¹⁰ At Høyesterett bryter med tidligere praksis kan være problematisk ut fra hensynet til forutberegnelighet, og et slikt brudd bør derfor helst skje ved at Høyesterett settes i storkammer eller plenum slik at avgjørelsen og dens virkninger blir best mulig opplyst.¹¹

Både høyesterettsdommere og andre dommere må derfor drøfte om det foreligger en høyesterettsavgjørelse med prejudikatsvirkninger for rettsspørsmålet som søkes løst.

Dersom dette spørsmålet besvares bekreftende må det foretas en drøftelse om prejudikatet kan fravikes. Det blir et spørsmål om prejudikatets vekt for det nye rettsspørsmålet. Jeg vil i det følgende redegjøre for en høyesterettsavgjørelses prejudikatsvirkninger, og når prejudikater kan fravikes

2.2.2 En høyesterettsdoms prejudikatsvirkninger

Det er ikke alltid like klart hvilke prejudikatsvirkninger en høyesterettsavgjørelse har. Den tradisjonelle oppfatningen er at avgjørelsen er et prejudikat for den rettsoppfatning som har vært nødvendig for å begrunne resultatet, det såkalte *anførte ratio decidendi*.¹²

I praksis ser man imidlertid også at også at en høyesterettsavgjørelse kan ha prejudikatsvirkninger utover det anførte ratio decidendi.

Avgjørelsen kan anses som et uttrykk for en generell rettssetning, uten at den generelle rettssetningen fremgår direkte av domspremissene. Det blir da den generelle rettssetningen, eller det *konstruerte ratio decidendi*, som har prejudikatsvirkninger.¹³

Avgjørelsen kan også ha prejudikatsvirkninger i en senere sak som reiser likeartede spørsmål, uten at verken det anførte eller konstruerte ratio decidendi kan anvendes i den senere saken. Tanken er at to saker av tilstrekkelig lik karakter bør behandles mest mulig likt.¹⁴

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Se domstolloven § 5 (4).

¹² Eckhoff/Helgesen (2001), s. 165

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

Obiter dicta, dvs. uttalelser som ikke har vært nødvendige for resultatet, kan tillegges en viss vekt i løsningen av senere saker, men har ikke prejudikatsvirkninger.¹⁵

2.2.3 Fravikelse av prejudikater

Bindende prejudikater fremmer likhet og sikrer forutberegnelighet ved at rettsregler dannes og at like tilfeller behandles likt.¹⁶ Desto sterkere forutberegnelighets- og likebehandlingshensyn taler for å følge prejudikatet, desto sterkere motstridende hensyn kreves for å fravike det.

Hensyn som kan tale for å fravike prejudikatet vil typisk være at det har skjedd en rettsutvikling eller samfunnsutvikling, som medfører at prejudikatet ikke står seg, eller at viktige momenter ble oversett eller vurdert feil når avgjørelsen som danner prejudikatet ble avsagt.¹⁷

Det kan oppstilles en rekke momenter som kan gi veiledning for vurderingen av et prejudikats vekt. Samtlige momenter har sin begrunnelse i nettopp forutberegnelighet og likebehandling. Momentene bør være godt kjent, og jeg nøyer meg derfor med en summarisk gjengivelse. Jo flere dommere som har vært med i domsavsigelsen, desto mer betenkelig er det å fravike dommen. Det er mindre betenkelig å fravike en dom avsagt under dissens, særlig hvis det er tale om sterk dissens.

Videre skal det mer til for å fravike en nyere dom som har stått seg en stund, sammenlignet med enn en helt fersk dom eller en gammel dom. Det skal også mer til for å fravike flere dommer som går i samme retning enn én enkeltstående dom.¹⁸

2.3 Forholdet mellom EMD-avgjørelser og høyesterettspraksis

EMK er inkorporert i norsk rett, og gitt forrang overfor andre norske lovregler ved motstrid, jf. menneskerettighetsloven § 3.

¹⁵ Eckhoff/Helgesen (2001), s. 172.

¹⁶ *Op.cit.*, s. 182.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Op.cit.*, s. 183-184.

Høyesterett har i flere avgjørelser understreket hvilke grunnleggende tolkningsprinsipper som gjelder for anvendelsen av forrangsbestemmelsen. Høyesterett skal foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen, men skal benytte seg av EMDs metode, og må forholde seg til EMDs avgjørelser.¹⁹

Dersom en nyere EMD-dom står i motstrid med tidligere høyesterettspraksis, bør en domstol som vurderer de to rettskildefaktorene mot hverandre lande på en løsning som gir EMD-dommen gjennomslag.²⁰ Dette synes også forutsatt av Høyesterett, som aldri eksplisitt har fraveket en EMD-avgjørelse.²¹

Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor Høyesterett treffer en avgjørelse i strid med tidligere EMD-praksis uten at Høyesterett eksplisitt fraviker avgjørelsen. Dersom avgjørelsen er avsagt på uriktig og/eller mangelfullt grunnlag ved at den ikke anerkjenner motstriden med en tidligere EMD-avgjørelse, vil det kunne være forsvarlig å fravike den.²²

2.4 Subsidiaritetsprinsippet og den EMK-rettslige skjønnsmarginen

Subsidiaritetsprinsippet fastslår at det er nasjonalstatenes myndigheter som har hovedansvaret for gjennomføringen og håndhevingen av EMK. EMD skal kun gripe inn dersom det er nødvendig for å oppnå EMK-rettighetenes formål.²³ Siden EMD skal ha en subsidiær rolle, må EMD i en viss utstrekning respektere nasjonale myndigheters rettslige og politiske avveininger.²⁴ EMD tilstår derfor nasjonalstatene en viss skjønnsmargin når domstolen prøver nasjonalstatens vurderinger i en aktuell sak.²⁵

Det oppstår i denne sammenhengen et spørsmål om også norske domstoler skal anvende skjønnsmarginen når domstolen tar stilling til EMK-rettslige spørsmål. EMD har besvart dette

¹⁹ Se blant annet plenumsdommen Rt. 2005 s. 833, avs. 45.

²⁰ Se Innst.O.nr. 51 (1998-99), s. 6 som krever at norsk rettspraksis «i størst mulig grad» samsvarer med internasjonal tolkningspraksis, samt Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 71 som fastslår at norske rettskildefaktorer står tilbake for nyere EMD-praksis.

²¹ Se Skoghøy (2018), s. 121.

²² Se Arnesen/Stenvik (2015), s. 112.

²³ Settem (2016), s. 121-122.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Graden av skjønnsmargin vil variere ut fra krenkelsens art og om vurderingene som må gjennomføres er konkrete og skjønsmessige, jf. *op.cit.*, s. 132-133.

spørsmålet benektende. Nasjonalstatene skal ikke ta hensyn til skjønnsmarginen i sine avgjørelser.²⁶

Det er ikke helt opplagt at Høyesterett har fulgt EMDs praksis. I plenumsdommen Rt. 2013 s. 1345 (Rederiskatt) støtter Skoghøy seg til uttalelsene i et mindretallsvotum.²⁷ Han fikk støtte fra to dommere, og ingen andre dommere så grunn til å utfordre standpunktet. Uttalelsen har derfor en viss rettskildemessig vekt. Etterfølgende praksis gir imidlertid ikke noe svar på om uttalelsen har festet seg.²⁸

I lys av Høyesteretts bruk av EMDs metode og deres respekt for avgjørelser i EMD, må det nok legges til grunn at et flertall i Høyesterett ville fulgt rettssetningen fra *A and others* om domstolen måtte ta eksplisitt stilling til spørsmålet.²⁹ Det må derfor legges til grunn at norske domstoler *ikke* skal anvende den EMK-rettslige skjønnsmarginen når den avgjør EMK-rettslige spørsmål.

²⁶ EMDs dom av 19. februar 2009, *A and others v. the United Kingdom*, avs. 182. Borvik (2011) hevder at uttalelsen kun gjelder skjønnsmarginen i bestemmelsen om derogasjon i EMK art. 15, jf. s. 594. EMD uttaler seg imidlertid om «the doctrine of margin of appreciation». Dette tilsier etter mitt syn klart at EMD uttaler seg om skjønnsmarginen generelt. I denne retning, Andenæs/Bjørge (2011), s. 259 og Skoghøy (2012), s. 172-174.

²⁷ Se dommen, avs. 257.

²⁸ I HR-2016-389-A (Stortingspensjon) var det ikke nødvendig å gå nærmere inn på problemstillingen, jf. s. 125. Det kan tale for at Høyesterett ikke anser svaret som opplagt. Det er også eksempler på at Høyesterett i sine vurderinger viser til statenes skjønnsmargin når domstolen tar stilling til EMK-rettslige spørsmål. Se for eksempel HR-2017-2428-A, avs. 102 og HR-2016-2591-A, avs. 69. Det er imidlertid uklart hvilken betydning henvisningen til skjønnsmarginen har hatt for Høyesteretts vurderinger og resultat.

3 Begreper, regler og hensyn

3.1 Skillet mellom vedtak og faktiske handlinger

Jeg vil i avhendingen bruke begrepene «vedtak» og «faktiske handlinger». Jeg finner det derfor hensiktsmessig å kort redegjøre for hva som ligger i begrepene, og forskjellen mellom de ulike konstruksjonene.

Et vedtak er, etter forvaltningsloven § 2 a), en avgjørelse truffet under utøving av offentlig myndighet som er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer.

Det er tale om en myndighetsutøvelse som fastsetter, presiserer, bekrefter, endrer eller opphever en rettslig tilstand eller et element i denne gjennom en normfastsettelse. Siktemålet er å etablere eller endre en *rettslig* tilstand.³⁰

En faktisk handling tar derimot sikte på å etablere eller endre en *faktisk* tilstand.³¹ Et vedtak vil ofte ligge til grunn for en faktisk handling, siden det endelige målet med et vedtak gjerne er å påvirke faktiske forhold. Dersom vedtaket ikke følges opp frivillig av den vedtaket retter seg mot, kan det være nødvendig for forvaltningen å gjennomføre vedtaket med en faktisk håndhevelse.³²

Et utvisningsvedtak er et vedtak siden det endrer den utvistes rettslige status og rettigheter etter utlendingslovgivningen. Dersom utlendingen ikke etterlever vedtaket vil utlendingen kunne uttransporteres ved tvang. Uttransporteringen blir da en effektivering av vedtaket, dvs. en faktisk handling.

En borger som er misfornøyd med et vedtak vil gjerne kreve at det blir kjent ugyldig som følge av at det foreligger påståtte feil ved vedtaket. Dersom vedtaket blir kjent ugyldig, vil det

³⁰ Graver (2015), s. 190 og 365.

³¹ *Op.cit.*, s. 365.

³² *Ibid.*

heller ikke kunne effektueres.³³ Et ugyldighetssøksmål vil derfor ofte være et *preventivt* søksmål, hvor formålet er å hindre myndighetene i å gjennomføre en faktisk handling.

Når vedtaket derimot er effektuert, har vedtaket fått faktiske og følbare konsekvenser for parten. Parten kan da ha et ønske om å angripe rettmessigheten av en eventuell effektuering. Dette kan for eksempel gjøres gjennom et erstatningssøksmål og/eller et fastsettelsessøksmål hvor rettmessigheten av handlingen bestrides. Siktemålet med et slikt søksmål blir da normalt å *reparere* den faktiske handlingens negative effekt.

Om det er *vedtaket* eller den *faktiske handlingen* som bestrides vil naturlig nok kunne ha stor betydning for hvilket skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse domstolen skal legge til grunn i sin avgjørelse. Dette skyldes at *effektueringen* av et vedtak alltid vil skje noe tid etter at vedtaket ble truffet, og at nye omstendigheter kan inntreffe i perioden mellom truffet vedtak og effektuering.

3.2 Omgjøringsinstituttet som alternativ til domstolsbehandling av nye faktiske omstendigheter

3.2.1 Innledning

Høyesterett tok i plenumsdommen Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) stilling til om en domstol som vurderer et vedtaks gyldighet, skal foreta vurderingen ut fra foreliggende faktum på *vedtakstidspunktet* eller *domstidspunktet*.

Flertallet (dissens 14-5) mente vurderingen måtte foretas ut fra faktum på *vedtakstidspunktet*, også i et tilfelle hvor den påståtte ugyldighetsgrunnen er at vedtaket strider mot EMK.³⁴ Den bærende begrunnelsen for flertallets resultat, er at parten i et forvaltningsvedtak uansett vil kunne få nye faktiske omstendigheter tilfredsstillende vurdert gjennom omgjøringsinstituttet.

Denne begrunnelsen vil kunne slå til også når det er krevd fastsettelsesdom for at vedtaket, eller effektueringen av dette, strider mot EMK. Jeg vil bruke hensynet aktivt i drøftelsen i

³³ Se for eksempel Backer (2016), s. 214.

³⁴ Se førstvoterendes votum, avs. 98.

punkt 5. Jeg anser det derfor hensiktsmessig å redegjøre for hvorfor Høyesterett mener omgjøringsinstituttet avdemper behovet for at *domstolene* prøver nye faktiske omstendigheter.

3.2.2 Begrunnelsen for at omgjøringsinstituttet medfører at domstolene ikke behøver å foreta en nåtidsvurdering i *gyldighetssakene*

Høyesterett fremholder at vurderingen av nye omstendigheters innhold, om de er korrekte, og presedensvirkningen av et eventuelt vedtak, er oppgaver av forvaltningsmessig karakter. Dette medfører at hensynet til betryggende saksbehandling tilsier at det er forvaltningens oppgave å vurdere nye omstendigheter gjennom omgjøringsinstituttet, og at domstolene bør nøye seg med en etterfølgende kontroll.³⁵

Det fremholdes videre det at det er lite «*ytterligere rettsikkerhet som oppnås*» ved at domstolene, og ikke forvaltningen vurderer nye faktiske omstendigheter.³⁶ Begrunnelsen for dette er todelt.

For det første kan ikke domstolene avsi realitetsdom, men må sende vedtaket tilbake til forvaltningen for en ny avgjørelse.

For det andre har forvaltningen uansett en plikt til å vurdere omgjøring når nye EMK-rettslig relevante faktiske omstendigheter påberopes.³⁷ Forvaltningens omgjøringsvedtak, eller en nektelse av å vurdere omgjøring, kan uansett prøves av domstolene.³⁸ Ved påståtte EMK-brudd må et slikt vedtak eller nektelse prøves fullt ut, siden domstolen har full prøvingskompetanse i EMK-saker.³⁹

³⁵ *Op.cit.*, avs. 94-95.

³⁶ *Op.cit.*, avs. 96.

³⁷ Dette følger av myndighetenes plikt til å sikre borgernes EMK-rettigheter etter EMK art. 1, og borgernes rett til et effektivt rettsmiddel etter EMK art. 13, jf. *Op.cit.*, avs. 88-90.

³⁸ *Op.cit.*, avs. 90, Rt. 2007 s. 667, avs. 26-30 og Rt. 2012 s. 681, avs. 29-31. Hvor *effektiv* dette vernet er kan diskuteres, se særlig punkt 5.3.4.

³⁹ Graver (2015), s. 244.

3.3 EMK-rettslige krav

3.3.1 Krever EMK art. 13 at norske domstoler prøver EMK-krenkelser gjennom et fastsettelsessøksmål?

EMK krever at borgerne har et effektivt rettsmiddel for å håndheve sine rettigheter overfor nasjonale myndigheter etter EMK art. 13. Konvensjonen stiller imidlertid ikke konkrete krav til hvilket rettsmiddel borgerne har tilgjengelig. En ren administrativ prøving kan være tilstrekkelig, så fremt organet behandler klagen på en adekvat måte.⁴⁰ Organet må i så fall ha kompetanse til å treffe rettslig bindende avgjørelser, og ha den nødvendige uavhengighet til det organ som er ansvarlig for den påståtte krenkelse.⁴¹

EMK art. 13 stiller dermed ikke et absolutt krav om *norske domstoler* behandler spørsmål om konvensjonsstrid. Dette skulle tilsi at norske domstoler verken er EMK-rettslig forpliktet til å akseptere fastsettelsessøksmål for EMK-brudd, eller er forpliktet til å legge et bestemt skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse til grunn.

En slik løsning blir imidlertid for unyansert. EMK art. 13 krever at borgerne får en effektiv prøving i den enkelte sak.⁴² Nasjonale domstoler vil som regel, i større grad enn administrative organer, ha den nødvendige uavhengighet og kompetanse til å sikre dette. EMD har også selv uttalt at domstolsbehandling etter omstendighetene kan være det eneste effektive rettsmiddelet.⁴³

Et system med full nasjonal domstolsprøving sikrer dermed at EMK art. 13 så langt som mulig oppfylles i den enkelte sak. Dette er også forutsatt i det norske systemet. Domstolene prøver forvaltningsvedtaks gyldighet opp mot EMK fullt ut. Dette til tross for at det ikke alltid

⁴⁰ Se for eksempel EMDs dom av 30. oktober 1991, *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, avs. 122. Dette er også forutsatt av tvistemålsutvalget, jf. NOU 2001: 32 A, s. 161.

⁴¹ Se EMDs dom av 25. mars 1983, *Silver and Others v. the United Kingdom*, avs. 115-116. Slik det norske forvaltningssystemet er organisert, er det antatt at kravene normalt vil være tilfredsstillende ved at klagen behandles av et overordnet forvaltningsorgan, jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005), s. 153.

⁴² Se EMDs dom av 13. desember 2001, *Metropolitan church of Bessarabia and others v. Moldova*, avs. 137-140. EMD konstaterte at artikkel 13 var krenket, selv om krenkelsen kunne prøves, og var prøvd for nasjonale domstoler. Krenkelsen skyldes at den aktuelle domstolen ikke hadde foretatt en tilfredsstillende prøving av klagerens argumenter. Se også Kjølbro (2017), s. 1132.

⁴³ Aall (2015), s. 84.

er nødvendig med domstolsprøving når et overordnet forvaltningsorgan har overprøvd det opprinnelige vedtaket gjennom en klage.

EMK art. 13 stiller ingen krav til at søksmålet behandles i en bestemt *type* søksmål. Prøvingsretten vil være effektiv dersom domstolen foretar en tilfredsstillende vurdering av spørsmålet ved å ta prejudisiell stilling til det, for eksempel i et gyldighets- eller erstatningssøksmål. Et fastsettelsessøksmål vil dermed sjelden være en EMK-rettslig nødvendighet. Dette med mindre en prejudisiell prøving ikke gir en effektiv prøving av krenkelsen.⁴⁴

3.3.2 Krever EMK art. 13 at norske domstoler, og ikke forvaltningen, vurderer nye, EMK-relevante omstendigheter?

Utgangspunktet her bør være klart nok. Når EMK art. 13 ikke på generelt grunnlag krever at norske domstoler behandler konvensjonsstrid, kreves det heller ikke på generelt grunnlag at domstolene behandler nye faktiske omstendigheter. En domstolsbehandling kan imidlertid være nødvendig i enkelte tilfeller. Dette skyldes at EMD ikke foretar en prøving av vedtak og saksbehandling i en forvaltningsprosess. Det avgjørende for EMD er hvilke faktiske konsekvenser et effektivt vedtak *har fått* for borgeren, eller hvilke konsekvenser det *vil få* dersom det effektivt utføres.⁴⁵

Dette medfører at EMD foretar sin prøving på *effektiveringstidspunktet* når vedtaket er effektivt, og på *domstidspunktet* når vedtaket ikke er effektivt. Norske myndigheter må derfor sørge for at nye faktiske omstendigheter blir vurdert før vedtaket effektivt utføres.⁴⁶

Høyesterett ser i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) ut til å forutsette at den norske forvaltningen i form av sin fagkunnskap og plikt til å omgjøre et vedtak på *generelt grunnlag* har de nødvendige virkemidlene som kreves for å sikre at nye relevante EMK-fakta blir

⁴⁴ Se NOU 2001: 32 A, s. 161. Det kan for eksempel tenkes at krenkelsen består i en faktisk handling, og at vedtaket som resulterte i handlingen er opphevet. Parten kan heller ikke påvise et økonomisk tap, eller at forvaltningen har opptrådt grovt uaktsomt etter skl. § 3-5 slik at vilkårene for oppreisningserstatning er oppfylt. Parten vil ikke kunne kreve et opphevet vedtak ugyldig, og vil heller ikke kunne kreve erstatning pga. manglende oppfyllelse av tapsvilkåret. Et fastsettelsessøksmål kan i et slikt tilfelle være den eneste muligheten for å fastslå krenkelse.

⁴⁵ Se EMDs dom av 22. mars 2007, *Maslov v. Austria*, avs. 93.

⁴⁶ Se EMDs dom av 20. september 2011, *A.A. v. the United Kingdom*, avs. 67.

vurdert i tråd med retningslinjene fra EMD.⁴⁷ Etter Høyesteretts syn er det derfor ikke EMK-rettslig nødvendig at norske domstoler foretar en vurdering av fakta oppstått etter vedtakstidspunktet.

Selv om dommen omhandlet skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse ved ugyldighet, uttaler Høyesterett seg generelt om hvilke krav EMK stiller til norske domstolers faktumsbedømmelse. Rettssetningen fra dommen står derfor som et prejudikat også for fastsettelsessøksmålenes vedkommende.

Høyesteretts syn fremstår noe unyansert. Forvaltningens fagkunnskap, samt omgjøringsinstituttet, vil nok i *alminnelighet* føre til at nye faktiske omstendigheter blir vurdert på en måte som tilfredsstillende EMKs krav. Forvaltningen er imidlertid ikke ufeilbarlig, og det er ikke gitt at forvaltningen vil vurdere nye EMK-relevante omstendigheter på en tilfredsstillende måte i *alle saker*.

Dersom forvaltningen svikter, og effektuerer et vedtak, uten at verken forvaltningen eller domstolen har vurdert nye faktiske omstendigheter vil det foreligge en krenkelse av EMK art. 13. Dersom forvaltningen forholder seg passive, må domstolen som siste nasjonale prøvingsinstans kunne gripe inn.

Dette medfører at domstolen etter omstendighetene kan ha en plikt til å foreta en vurdering ut fra domstidspunktet dersom domstolen ser at en slik vurdering er nødvendig for å *hindre* krenkelse av EMK art. 13 når vedtaket ikke er effektuert. Videre kan en vurdering av nye faktiske omstendigheter på effektuertidspunktet være nødvendig for å *reparere* krenkelsen av EMK art. 13 når vedtaket er effektuert.

En slik løsning utfordrer plenumsdommen Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), hvor EMK art. 13-spørsmålet er gjenstand for en grundig drøftelse. Til tross for en viss dissens, står dommen som et sterkt prejudikat for at Høyesterett anser det EMK-rettslig unødvendig at domstolene foretar en nåtidsvurdering. Det kan ikke påvises noen retts- eller samfunnsutvikling

⁴⁷ Se dommen, avs. 83-90, og avs. 93.

som taler for å fravike prejudikatet. Det er derfor neppe anledning til å *fravike* rettsoppfatningen fra plenumsdommen fra andre enn Høyesterett i plenum.⁴⁸

Dommen behøver imidlertid ikke tolkes slik at en domstolsvurdering *aldri* er nødvendig. Høyesterett hadde ingen grunn til å mistenke at forvaltningen ville svikte i sin plikt til å vurdere nye omstendigheter. UNE gav tvert imot uttrykk for at de anså seg forpliktet til å vurdere en omgjøringsbegjæring fra saksøker, og at de var i gang med å verifisere sikkerhetssituasjonen i saksøkers hjemland.⁴⁹

Det bør derfor være mulig å gjøre snevre unntak fra den generelle rettssetningen i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) når en domstolsvurdering av nye faktiske omstendigheter er nødvendig for å sikre at nye omstendigheter blir vurdert i tråd med EMK art. 13.

3.3.3 Krever EMK art. 1 at domstolene i enkelte tilfeller vurderer nye faktiske omstendigheter for å hindre brudd på materielle EMK-rettigheter?

Spørsmålet er ikke i et slikt tilfelle om domstolen er forpliktet til å sørge for at nye faktiske omstendigheter *blir vurdert*, men å sørge for at vurderingen blir *materielt riktig* etter for eksempel EMK art. 3 eller EMK art. 8.

En slik løsning kan ha gode grunner for seg. Det synes lite tilfredsstillende at en domstol som finner det opplagt at det vil være EMK-stridig å gjennomføre en fremtidig effektivering, skal måtte vente på forvaltningens avgjørelse, og i verste fall, vente på at vedtaket effektiveres i strid med EMK.

Allikevel er det et poeng at domstolen aldri kan vite med sikkerhet hva forvaltningen vil foreta seg i tidsrommet mellom domstolens avgjørelse og en planlagt effektivering. Det vil derfor sjelden kunne fastslås at en domstolsvurdering er *nødvendig* for å sikre et EMK-rettslig riktig resultat *før* forvaltningen har fått muligheten til å vurdere saken.

⁴⁸ Se nærmere om dette i punkt 2.2.3.

⁴⁹ Se avs. 91 i dommen.

At domstolene i enkelte tilfeller kan være EMK-rettslig forpliktet til å foreta en nåtidsvurdering for å sikre et materielt riktig resultat, ble ikke drøftet i plenumsdommen Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I). Det er derfor ikke utelukket å oppstille et unntak også i denne typen tilfeller. For å ikke uthule prejudikatet bør en slik unntaksregel anvendes med den største varsomhet, og kun i helt åpenbare tilfeller.

4 Kan et fastsettelsessøksmål for EMK-brudd fremmes etter tvisteloven § 1-3?

4.1.1 Innledning

Det har vært stor uenighet om denne typen fastsettelsessøksmål tilfredsstiller kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålsituasjon etter tvisteloven § 1-3. Jeg vil redegjøre for dette spørsmålet i det følgende.

4.1.2 Er et fastsettelsessøksmål med krav om EMK-brudd et “rettskrav” etter tvisteloven § 1-3?

Et rettskrav etter tvl. § 1-3, første ledd, er etter forarbeidenes definisjon et krav som er underbygd av rettsregler.⁵⁰ Det er selvsagt ikke tvil om at EMKs artikler er rettsregler. Spørsmålet er om et krav om *fastsettelsesdom* for EMK-brudd har det nødvendige grunnlaget i én eller flere rettsregler.

Spørsmålet om et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd er et «rettskrav» drøftes flere ganger i både Tvistemålsutvalgets utredning og odelstingsproposisjonen.

Tvistemålsutvalget fastslo i tilknytning til tvl. § 1-3 i utredningen at et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK er et rettskrav.⁵¹

Utredningen er imidlertid ikke helt entydig, og i tilknytning til en vurdering om det bør innføres særlige regler for fastsettelsessøksmål ved EMK-brudd fastslår utvalget at et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd «vil [...] kunne utgjøre et rettskrav» (min kursivering).⁵² Uttalelsen er dermed mer avdempet enn den refererte uttalelsen i avsnittet over.

Departementet synes å støtte seg til sistnevnte uttalelse fra utredningen, og foretar en relativisering av rettskrav-begrepet. Det fastslås i odelstingsproposisjonen at et krav om

⁵⁰ Ot.prp.nr.51 (2003-2004) s. 364.

⁵¹ NOU 2001:32 B, s. 652.

⁵² NOU 2001:32 A, s. 201.

særskilt dom for at et forhold er rettstridig fordi det foreligger brudd på EMK utgjør et rettskrav etter tvisteloven «når konvensjonsmessigheten ikke kan bli prøvd på en annen måte».⁵³

Departementet synes dermed å mene at denne typen fastsettelsessøksmål kun er et «rettskrav» dersom den påståtte konvensjonskrenkelsen ikke kan gjøres til gjenstand for en prejudisiell prøving i et annet søksmål, typisk et ugyldighets- eller erstatningssøksmål.

Det er vanskelig å harmonisere disse forarbeidsuttalelsene. I tråd med alminnelig rettskildelære må nok departementets løsning anses som et uttrykk for lovgiverviljen, men det er allikevel grunn til å være kritisk til departementets uttalelse. Hvorvidt det er mulig å prøve konvensjonsmessigheten på en annen måte fremstår mer som et spørsmål om søksmålet har tilstrekkelig aktualitet, enn om kravet er et «rettskrav».⁵⁴

Når temaet avspises med én setning uten nærmere redegjørelse, og uten at motstriden med utredningen kommenteres, bør man være forsiktig med å legge for stor vekt på uttalelsene.

Dette synes også å være Høyesteretts syn, som i flere avgjørelser har lagt til grunn at et fastsettelsessøksmål for EMK-brudd er et «rettskrav» etter tvl. § 1-3 (1).⁵⁵ Praksisen er entydig, og har derfor sterke prejudikatsvirkninger.⁵⁶ Det må dermed legges til grunn at et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd er et «rettskrav».

4.1.3 Tilknytningsvilkåret i saker som aktualiserer EMK-brudd

At saksøkeren må ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålsgjenstanden innebærer ifølge forarbeidene at saksøkeren må påvise en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor den aktuelle saksøkte.⁵⁷ Verken forarbeidene eller rettspraksis gir holdepunkter for at tilknytningskravet må forstås annerledes i en sak hvor det kreves fastsettelsesdom for EMK-brudd.

⁵³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005), s. 365.

⁵⁴ Se nærmere om dette i punkt 4.1.4.

⁵⁵ Se for eksempel Rt. 2015 s. 93 (Maria), avs. 42, og Rt. 2015 s. 921, avs. 82.

⁵⁶ Se punkt 2.2. Praksisen har imidlertid vært kritisert for å vise liten respekt for lovgiverviljen, se Backer (2015), s. 214, og Robberstad (2016), s. 50, og s. 59-60.

⁵⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005), s. 365-366.

I offentligrettslige forhold vil den vedtaket eller myndighetsutøvelsen retter seg mot, ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålet ved spørsmål om vedtakets eller myndighetsutøvelsens gyldighet eller rettmessighet.⁵⁸

Myndighetsutøvelse som aktualiserer EMK-brudd er i alminnelighet av en så personlig art at utgangspunktet må være at den myndighetsutøvelsen retter seg mot bør kunne angripe det.⁵⁹

Det kan imidlertid også tenkes at saksøkeren pretenderer at *saksøkerens* EMK-rettigheter er krenket som følge av myndighetsutøvelse rettet direkte mot andre enn saksøker. I et slikt tilfelle kan søksmålet ha tilstrekkelig tilknytning for saksøker. Dette var for eksempel tilfellet i Rt. 2015 s. 93 (Maria), hvor den utvistes datter gjorde gjeldende at utvisningen av moren krenket datterens rett til familieliv etter EMK art. 8.⁶⁰

4.1.4 Aktualitetsvilkåret ved EMK-brudd

At kravet må ha tilstrekkelig aktualitet for saksøker innebærer at søksmålet må fremmes dersom det foreligger et rettslig spørsmål eller reell rettsuvisshet saksøkeren har en aktuell interesse i å få avgjort. Det avgjørende er ifølge forarbeidene hvilke rettsvirkninger en dom i saksøkers favør vil få.⁶¹

Kravet kan ha aktualitet selv om søksmålet omhandler et fremtidig forhold.⁶² Det er dermed ikke noe prinsipielt i veien for å kreve dom for at en *fremtidig* myndighetsutøvelse i form av effektueringen av et vedtak, vil være i strid med EMK. I et slikt tilfelle oppstår det imidlertid et spørsmål om en omgjøringsprosess er et mer hensiktsmessig virkemiddel enn et fastsettelsessøksmål. Jeg vil drøfte dette inngående i punkt 5.3.

Som nevnt i punkt 4.1.2, fremholdt departementet at vurderingen av om et fastsettelsessøksmål for EMK-brudd er et «rettskrav», beror på om konvensjonsmessigheten kan prøves på en annen måte. Høyesterett har imidlertid ikke behandlet denne

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Se Rt. 1995 s. 139, s. 142.

⁶⁰ Se avs. 39 i dommen.

⁶¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005), s. 365-366.

⁶² *Ibid.*

problemstillingen som et spørsmål om kravet er et rettskrav etter tvl. § 1-3 (1), men som et spørsmål om aktualitetsvilkåret i tvl. § 1-3 (2) er oppfylt.⁶³

Dommene går imot departementets oppfatning om at kravet kun skal fremmes dersom det ikke kan prøves prejudisielt i en annen type søksmål, og fastslår at kravet til rettslig interesse normalt vil være oppfylt dersom kravet om fastsettelsesdom danner rettsgrunnlag for et annet krav, typisk ugyldighet og/eller erstatning.⁶⁴ Dette begrunnes i to forhold: ankereglene og rettskraftreglene.

Hensynet til ankereglene som begrunnelse for at et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd normalt har tilstrekkelig aktualitet

Dersom EMK-bruddet fastslås i et fastsettelsessøksmål kan selve EMK-bruddet påankes særskilt. Dersom det derimot prejudisielt tas stilling til EMK-bruddet i et erstatningssøksmål eller et ugyldighetssøksmål er det erstatningskravet eller ugyldighetskravet som må påankes.⁶⁵

Dersom den private parten eller Staten får medhold i domsresultatet, men er misfornøyd med rettens vurdering av det prejudisielle EMK-spørsmålet, kan ikke parten som fikk medhold i resultatet anke over at EMK-vurderingen gikk i partens disfavør, jf. tvl. § 29-8, jf. § 30-3.⁶⁶ Dette kan være til hinder for at EMK-bruddet prøves effektivt gjennom flere instanser. Dette kan belyses med to eksempler.

I det første eksempelet har en utlending som kom til Norge som femåring, og har bodd i landet i over 20 år, fått et utvisningsvedtak mot seg. Både hans foreldre og søsken har fått oppholdstillatelse, og han har selv giftet seg og fått to barn. Utlendingen går deretter til ugyldighetssøksmål mot Staten. Det anføres at utsendelse vil være i strid med EMK art. 8 og at saksbehandlingen er mangelfull. Vedtaket blir deretter kjent ugyldig under henvisning til mangelfull saksbehandling, mens retten prejudisielt avviser at vedtaket det strider mot EMK art. 8.

⁶³ Se Rt. 2015 s. 93 (Maria), avs. 41 og HR-2016-2178-U, avs. 16-20.

⁶⁴ Se HR-2016-2178-U, avs. 20.

⁶⁵ *Op.cit.* avs. 18.

⁶⁶ Se for eksempel Rt. 2015 s. 573 (Cermaq), avs. 17-23, og Skoghøy (2017), s. 1141.

Utlendingen har fått medhold i resultatet og er avskåret fra å anke. Dette gjelder selv om utlendingen er overbevist om at EMK art. 8 er krenket, og vet at resultatet av dommen vil bli at utlendingsmyndighetene treffer et nytt vedtak med samme innhold, men med tilfredsstillende saksbehandling.

Staten, som ikke ønsker overprøving av påstått EMK-brudd, vil heller ikke anke. Dette skyldes at en saksbehandlingsfeil er langt mindre belastende enn ugyldighet som følge av menneskerettighetsbrudd, og at vedtaket uansett vil få samme innhold ved en ny behandling.

I det andre eksempelet påstår en utsendt utlending at det var overveiende sannsynlig at han ville bli utsatt for tortur ved retur til hjemlandet, og at utsendelsen derfor krenket EMK art. 3. Han blir torturert kort tid etter ankomst, og reiser erstatningssøksmål mot Staten. Domstolen finner det bevist at utsendelsen krenket EMK art. 3, men finner det ikke bevist at utlendingen har lidt et økonomisk tap eller at utlendingsmyndighetene har opptrådt grovt uaktsomt slik at utlendingen har krav på oppreisningserstatning.⁶⁷ Staten frifinnes, samtidig som det konstateres at EMK art. 8 er brutt.

Staten har vunnet saken og er avskåret fra å anke. Dette til tross for at erstatningssummen er mindre viktig for Staten, og at det er konstateringen av EMK-brudd som ville unngås. Parten sitter derimot i en stilling hvor han er fornøyd med konstateringen av EMK-brudd, men skuffet over å ikke bli tilkjent erstatning, samtidig som han har blitt pådratt et sakskostnadsansvar som kan dobles ved en eventuell anke.

I begge eksemplene havner viktige EMK-spørsmål i bakgrunnen fordi spørsmålet prøves prejudisielt, samtidig som misfornøyde parter som egentlig var mest opptatte av EMK-spørsmålet, er avskåret fra å anke over dette. Dette kan vanskelig anses som en tilfredsstillende løsning.

⁶⁷ Grov uaktsomhet er en forutsetning for oppreisningserstatning etter skadeerstatningsloven § 3-5.

Hensynet til rettskraftreglene som begrunnelse for at et krav om fastsettelsesdom for EMK-brudd normalt har tilstrekkelig aktualitet

Det andre argumentet som taler mot å avvise et fastsettelsessøksmål, under henvisning til at kravet kunne vært prøvd prejudisielt, er hensynet til rettskraftreglene. Som alminnelig regel er det kun de krav som er tvistegjenstand, og som retten har tatt stilling til i domsslutningen, som er rettskraftig avgjort etter tvl. § 19-15.

Prejudisielle rettsforhold som har betydning for avgjørelsen uten å være tvistegjenstand har ikke materiell rettskraft.⁶⁸ Dersom EMK-bruddet aktualiserer flere krav, kan ulike instanser som behandler kravene komme frem til ulike løsninger på om EMK er brutt, uten at dette er problematisk ut fra rettskraftreglene.

En saksøker som får medhold i et ugyldighetssøksmål på grunnlag av EMK-brudd risikerer dermed at en annen rettsinstans kommer frem til at EMK ikke er brutt i et eventuelt erstatningssøksmål. Dette selv om ugyldighetssøksmålet er rettskraftig avgjort. At grunnlaget for et krav behandles to ganger, og med ulikt resultat, kan både være ineffektivt og lite rettsavklarende.

Ved en fastsettelsesdom for EMK-brudd vil derimot EMK-bruddet være tvistegjenstand og komme til uttrykk i domsslutningen. En rettskraftig fastsettelsesdom for EMK-brudd vil dermed måtte legges uprøvd til grunn i et ugyldighets- og erstatningssøksmål hvor EMK-bruddet utgjør ugyldighetsgrunn og/eller ansvarsgrunnlag.⁶⁹ Dette er grunnen til at Høyesterett i HR-2016-2178-U avs. 19 fastslår at hensynet til effektiv rettsavklaring tilsier at det må tillates særskilt fastsettelsesdom for rettskrav som utgjør prejudisielle rettsforhold for andre krav som er fremsatt i saken.⁷⁰

Rettskraftreglenes argumentasjonskraft er imidlertid ikke begrenset til tilfeller hvor det er reist flere krav om samme sak. Tilsvarende bør gjelde også hvor det kun er reist et selvstendig fastsettelsessøksmål. Grunnen til dette er todelt.

⁶⁸ Se NOU 2001: 32 A, s. 381-382.

⁶⁹ Se tvl. § 19-15, annet ledd.

⁷⁰ Se i samme retning HR-2016-1650-U, avs. 18, som riktignok ikke gjaldt EMK-brudd.

For det første er det alltid en hypotetisk mulighet for at det *vil* kunne reises flere krav i samme sak dersom saksøker får medhold i fastsettelsessøksmålet. Dersom partenes interesse i et potensielt ugyldighetsøksmål og/eller erstatningssøksmål, er spørsmålet om myndighetene har brutt EMK, kan det være prosessøkonomisk gunstig å behandle EMK-bruddet selvstendig først. Dette er både mindre belastende for et ressurspresset rettssystem og mindre økonomisk belastende for partene.

For det andre er det ved menneskerettighetskrenkelses mulig at saksøker ikke er motivert av søksmål om ugyldighet og erstatning. Det synes da unødvendig å skulle måtte gå til søksmål hvor det saksøker søker å oppnå ikke blir rettskraftig avgjort, og bruke tid og ressurser på rettslige spørsmål saksøker ikke er opptatt av.

5 Skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse for ulike typer fastsettelsessøksmål

5.1 Innledning

Jeg vil i det følgende analysere hvilket skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse domstolene skal legge til grunn for de tre ulike typene fastsettelsessøksmål adressert i punkt 1.2:

1. Det kreves fastsettelsessøksmål for at en *gjennomført effektivering* av et forvaltningsvedtak er i strid med EMK.
2. Det kreves fastsettelsessøksmål for at en *fremtidig effektivering* av vedtaket er i strid med EMK.
3. Det kreves fastsettelsessøksmål for at *selve vedtaket* er i strid med EMK.

5.2 Fastsettelsesdom for at en *gjennomført effektivering* et vedtak er i strid med EMK

5.2.1 Innledning

Problemstillingen er aktuell når det underliggende vedtaket er effektuert, enten ved at det etterleves frivillig eller at det håndheves ved tvang.

En familie får for eksempel et utsendelsesvedtak mot seg. Fra det tidspunkt familien frivillig forlater landet eller sendes ut ved hjelp av tvangsapparatet er vedtaket effektuert. Spørsmålet er hvilket skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse som skal legges til grunn når det rettes krav om at effektiveringen strider mot EMK.

5.2.2 Rettstilstanden etter plenumsdommen Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II)

Saksforholdet

Dommen, som ble avsagt samme dag som Rt. 2012. s. 1985 (Lengeværende barn I), omhandlet en utsendt familie fra Bosnia-Herzegovina som over tid hadde oppholdt seg ulovlig i Norge, og hadde fått avslag på sine søknader om opphold på humanitært grunnlag. Familien krevde vedtaket ugyldig, og fastsettelsesdom for at *utsendelsen* var i strid med EMK art. 8.

Dommen opprettholder naturlig nok rettssetningen fra Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), om at det kun er faktiske omstendigheter inntrådt før vedtakstidspunktet som er relevante for ugyldighetssøksmålet.⁷¹

Det interessante i dommen er Høyesteretts vurdering av fastsettelsessøksmålet for brudd på EMK art. 8. Det var enighet om at det var prosessuell adgang til å gi en slik dom, men fastsettelsessøksmålet førte ikke frem (dissens 14-5).

Høyesterett om skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse

Førstvoterende Matningsdal, som uttalte seg på vegne av flertallet på 11 dommere, uttaler ikke eksplisitt hvilket skjæringstidspunkt han legger til grunn for sin vurdering.

Argumentasjonen går imidlertid utelukkende på om *utsendelsen* krenker EMK art. 8 på grunn av barnas tilknytning til Norge.⁷²

Det som taler sterkest for at utsendelsestidspunktet ble lagt til grunn er følgende uttalelse i avs. 67:

«Innledningsvis nevner jeg at det på bakgrunn av de ankende parters prosedyre for Høyesterett er uklart om de har anført at også vedtaket 15. desember 2010 er i strid med EMK artikkel 8. Ettersom jeg er kommet til at utsendelsen av C - som i tid ligger etter vedtaket - klart ikke krenker artikkel 8, har det ikke vært grunn til å gå nærmere

⁷¹ Se avs. 37 i dommen.

⁷² *Op.cit.*, avs. 67, 69, 83 og 89.

inn på dette. Det forutgående vedtaket kan ikke være konvensjonsstridig så lenge den etterfølgende utsendelsen ikke krenker artikkel 8.»

Poenget er, at når utsendelsen, vurdert i lys av det faktum som forelå på utsendelsestidspunktet, ikke krenker EMK art. 8, kan heller ikke et vedtak hvor dette nye faktumet ikke var vurdert, være konvensjonsstridig. Barnas tilknytning til Norge var jo utvilsomt sterkere ved utsendelsen 26. mars 2012 enn ved vedtaket avsagt 15. desember 2010.

Uttalelsen taler klart for at førstvoterende bevisst legger vedtakstidspunktet til grunn for faktumsbedømmelsen for *ugyldighetssøksmålet*, mens *utsendelsestidspunktet* legges til grunn for fastsettelsessøksmålet for EMK-brudd.

De to mindretallsfraksjonene er mer eksplisitte i sin tilnærming til hvilket skjæringstidspunkt domstolen skal legge til grunn. Annenvoterene, dommer Bårdsen, som fikk støtte av fire dommere, uttaler at et av barnas tilknytning til Norge «må antas å ha utviklet seg etter siste vedtak» på en slik måte at man må «anse utsendelsen som et inngrep i hennes rett til privatliv». ⁷³ Bårdsen er dermed klar på at det var adgang til å ta hensyn til faktiske omstendigheter slik de forelå på utsendelsestidspunktet.

Dommer Matheson, som fikk støtte av to dommere, uttaler helt eksplisitt at fastsettelsessøksmålet «må foretas ut fra situasjonen på utsendelsestidspunktet». ⁷⁴

Når de tre votaene leses i sammenheng fremstår det klart at Høyesterett foretok en vurdering av faktiske omstendigheter på utsendelsestidspunktet. ⁷⁵

Dommen er avsagt i plenum, og til tross for at flertallet ikke er like eksplisitte i sin tilnærming til hvilket skjæringstidspunkt som må legges til grunn, fremstår det klart at samtlige dommere foretok en vurdering av faktiske omstendigheter på *effektueringstidspunktet*. Dommen har følgelig sterke prejudikatsvirkninger. ⁷⁶

⁷³ *Op.cit.*, avs. 136.

⁷⁴ *Op.cit.*, avs. 143.

⁷⁵ Se også Hæreid (2013), s. 343.

⁷⁶ Se nærmere om dette i punkt 2.2.

5.2.3 Er det EMK-rettslig nødvendig at *domstolen* foretar en vurdering av faktiske omstendigheter på effektueringstidspunktet?

Dersom et forvaltningsvedtak er effektuert uten at nye faktiske omstendigheter er vurdert, vil det foreligge en krenkelse av EMK art. 13, og en mulig krenkelse av borgerens materielle EMK-rettigheter.⁷⁷ Disse krenkelsene må repareres på et nasjonalt nivå.

Som vist i punkt 3.3 kan det ikke på generelt grunnlag fastslås at det er EMK-rettslig nødvendig at *domstolene* reparerer krenkelsen gjennom en dom. Det vil imidlertid kunne være nødvendig i den enkelte sak.

For det første, må det for *domstolen* fremstå lite tillitsvekkende at vedtaket er effektuert uten at forvaltningen har foretatt en ny vurdering. Risikoen er i et slikt tilfelle stor for at saken går til EMD uten en nasjonal vurdering av nye faktiske omstendigheter. Det norske systemet vil i så fall gi borgeren et teoretisk og illusorisk nasjonalt vern, siden borgeren i strid med EMK art. 13 må gå til EMD for å få håndhevet sine rettigheter.⁷⁸

For det andre vil den store risikoen for at forvaltningen ikke vil foreta en vurdering av nye faktiske omstendigheter også medføre at den *materielle* EMK-vurderingen blir mangelfull. En domstolsbehandling kan derfor være nødvendig for å sikre borgerens EMK-rettigheter og oppfylle *domstolenes* sikreplikt etter EMK art. 1.

For å sikre borgernes kjernerettigheter bør nok *domstolene* være mer progressive jo mer alvorlig inngrepet er. Aall er inne på en slik tankegang, og mener på generelt grunnlag at det er «klart at *domstolene* må velge en nåtidsvurdering» når det er spørsmål om vern om liv etter EMK art. 2 og vern mot umenneskelig behandling etter EMK art. 3.⁷⁹ Så langt er det neppe

⁷⁷ Se nærmere om dette i punkt 3.3.

⁷⁸ Se Bårdsens mindretallsvotum i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), avs. 178. Bårdsen går nok imidlertid for langt når han mener at *domstolene* bør foreta en nåtidsvurdering i *alle saker*. Bårdsen ser ut til å bygge på en misoppfatning om at EMK art. 13 krever at *domstolene* alltid foretar en nåtidsvurdering.

⁷⁹ Aall (2013), s. 788.

mulig å tolke EMD-praksis.⁸⁰ Det er allikevel et poeng at alvorlige inngrep aktualiserer en tettere prøving fra EMD. Dette øker for EMK-brudd, og skjerper domstolenes sikreplikt.⁸¹

Det er lite ved Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II) som tyder på at det var EMK-rettslig *nødvendig* å foreta en vurdering ut fra forholdene på effektueringstidspunktet. Det er riktignok antydninger til at UNE ikke vurderte nye faktiske omstendigheter helt frem til utsendelsen⁸², slik EMK art. 1 og 13 krever, men dette var ikke et tema for Høyesterett og dermed heller ikke av betydning for resultatet.

Videre er det heller ikke noe som tyder på at vedtakets inngripende karakter var grunnen til at Høyesterett la effektueringstidspunktet til grunn. Det var tvert imot tale om en type vedtak som EMD selv anser som mindre inngripende.⁸³

At Høyesterett i enkelte saker går noe lengre enn hva som er EMK-rettslig nødvendig er selvsagt ikke negativt. En grundigere prøving styrker private parters rettssikkerhet, og minker også sjansen for at Norge blir dømt for brudd på sine EMK-rettslige forpliktelser.

5.2.4 Effektueringstidspunktet som skjæringstidspunkt og forholdet til Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I)

Det er forholdsvis uproblematisk å harmonisere rettssetningen med de hensyn som begrunnet at *vedtakstidspunktet* var avgjørende i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I).

Vurderingstemaet er om effektueringen, og dermed en *faktisk handling*, er i strid med EMK.⁸⁴ Tilknytningen til vedtaket og de argumenter som talte for at vedtakstidspunktet ble lagt til grunn i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) blir derfor ikke utfordret, og det må legges til

⁸⁰ Se punkt 3.3. Aall synes også å støtte seg til at domstolene må foreta en nåtidsvurdering av denne typen krenkelser etter intern rett etter regelen i utlendingsloven § 73, se Aall (2013), s. 788. Etter Rt. 2014 s. 247 må det imidlertid legges til grunn at utlendingsmyndighetene må treffe vedtak før domstolene kan vurdere spørsmålet. Vurderingen må derfor foretas på *vedtakstidspunktet*.

⁸¹ Norske domstoler skal i utgangspunktet ikke ta hensyn til skjønnsmarginen i sine vurderinger, se punkt 2.4.. Som en del av dommerens intuitive vurdering av risikoen for å pådra Norge EMK-brudd, er det nok allikevel vanskelig for en dommer å se bort fra den.

⁸² Se avs. 129 i dommen.

⁸³ Se EMDs dom av 4. desember 2012, *Butt. v. Norway*, avs. 79, om at utsendelse av personer som oppholder seg ulovlig i riket kun vil være en krenkelse av retten til privatliv etter EMK art. 8 i «exceptional circumstances».

⁸⁴ Se nærmere om skillet mellom vedtak og faktiske handlinger i punkt 3.1.

grunn at dette er helt bevisst av de samme dommerne som behandlet Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II) i plenum samme dag.

Dette medfører at hensynet til arbeidsfordeling mellom domstolen og forvaltningen, og argumentet om at forvaltningen gjennom omgjøringsinstituttet har ansvaret for å ta hensyn til nye omstendigheter, heller ikke legges under nevneverdig press.⁸⁵

Når vedtaket effektueres har forvaltningen på mange måter «brukt opp sin sjanse» til å treffe et materielt riktig vedtak. Når dette er tilfellet må domstolen kunne rette opp i forvaltningens manglende og/eller feilaktige faktumsbedømmelse ut fra hensynet til partens rettsikkerhet og hensynet til et materielt riktig resultat.

5.3 Fastsettelsesdom for at en *fremtidig, mulig* effektivering av et vedtak er i strid med EMK

5.3.1 Innledning

I motsetning til fastsettelsessøksmålet i punkt 5.2, er det ikke tale om et scenario hvor vedtaket er effektuert, men at en part ønsker å hindre at det blir effektuert ved å påstå at en *mulig effektivering* vil være i strid med EMK.

Dersom et slikt søksmål fremmes etter tvl. § 1-3 er det vanskelig å komme utenom at *domstidspunktet* må være avgjørende for domstolens vurdering. Dette følger klart av kravets utforming. Spørsmålet er om en hypotetisk *faktisk handling* vil være i strid med EMK, ikke om *vedtaket* i seg selv er i strid med EMK.

Det oppstår imidlertid et spørsmål om et slikt søksmål i det hele tatt kan fremmes, og i så fall i hvilke tilfeller det kan fremmes. Dette er et spørsmål om kravet har tilstrekkelig *aktualitet*.

⁸⁵ Se nærmere om omgjøring i punkt 3.2.

5.3.2 Har et krav om at en *mulig, fremtidig effektuering* av et forvaltningsvedtak er i strid med EMK, tilstrekkelig aktualitet etter tvisteloven § 1-3?

5.3.3 Utgangspunkter

For å besvare dette spørsmålet må det tas stilling til hvilke rettsvirkninger en dom i saksøkers favør vil få.⁸⁶ Det må med andre ord klargjøres hva saksøker ønsker å oppnå med søksmålet.⁸⁷ Dersom denne klargjøringen tilsier at saken kan prøves for domstolene i en hensiktsmessig form, og på en måte som gjør at domstolene får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, bør søksmålet fremmes.⁸⁸

Dersom saksøkers formål med søksmålet er å hindre at det effektueres på bakgrunn av faktum som forelå på *vedtakstidspunktet*, bør saksøker enten reise et gyldighetssøksmål eller et fastsettelsessøksmål for at *vedtaket* er i strid med EMK.⁸⁹ Dersom formålet derimot er å hindre at vedtaket effektueres på grunnlag av fakta inntruffet etter *vedtakstidspunktet*, vil ikke et gyldighetssøksmål være effektivt.

Det er i rettspraksis flere eksempler på at Høyesterett har akseptert fastsettelsessøksmål med krav om at en myndighetsutøvelse er rettstridig, før det foreligger endelig vedtak. At vedtakskompetansen enda ikke er benyttet kan i seg selv tilsi at kravet har tilstrekkelig aktualitet, siden et gyldighetssøksmål ikke kan anlegges.⁹⁰ Behovet for rettslig avklaring står nok særlig sterkt når det er en påregnelig fare for at forvaltningen vil treffe et inngrep vedtak.⁹¹

Synspunktet har utvilsomt stor overføringsverdi til spørsmålet om et fastsettelsessøksmål om en mulig, fremtidig effektuering av et vedtak vil være i strid med EMK, har tilstrekkelig

⁸⁶ Se punkt 4.1.4

⁸⁷ Se NOU 2001: 32 A, s. 191

⁸⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005), s. 137, og for eksempel Rt. 2015 s. 1096, avs. 9

⁸⁹ Et vedtak som er ugyldig fordi det strider mot EMK vil være en nullitet, og kan uansett ikke effektueres, jf. Backer (2015), s. 214. Dersom parten er mest opptatt av å få konstatert bruddet med de rettskraft- og ankevirksomheter dette gir, vil et fastsettelsessøksmål for at *vedtaket* er i strid med EMK være mest hensiktsmessig, se punkt 5.4.2.

⁹⁰ Se Rt. 2008 s. 873, avs. 23.

⁹¹ Se Rt. 1998 s. 300 (Hansa/Aass), hvor det var en reell fare for at forvaltningen ville treffe et inngrep vedtak. Det kunne ikke kreves at saksøkerne måtte avvende reaksjonene. De hadde derfor et behov for rettslig avklaring, jf. s. 304 i dommen.

aktualitet. Det vil normalt være tale om svært inngripende vedtak. Dette kan tilsi at det er unødvendig at saksøker skal måtte vente på et eventuelt omgjøringsvedtak fra domstolene.

Det er allikevel et poeng at saksøker, ved EMK-relevante vedtak, har omgjøringsinstituttet å henvende seg til. Spørsmålet er om det er mer hensiktsmessig at saksøker begjærer omgjøring, med muligheten for domstolsprøving, enn at saksøker krever fastsettelsesdom for at det vil være EMK-stridig å effektivere vedtaket.

5.3.4 Vil en omgjøringsbegjæring, med etterfølgende domstolskontroll, være mer hensiktsmessig enn et fastsettelsessøksmål om at en fremtidig effektivisering er rettstridig?

Innledning

Som nevnt i punkt 3.2 og 3.3 forutsetter Høyesterett i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), at det i utgangspunktet er *forvaltningen* som skal vurdere nye faktiske omstendigheter gjennom omgjøringsinstituttet i gyldighetsaker.

Selv om denne typen fastsettelsessøksmål går ut på å hindre en *faktisk handling* (effektivering), og ikke angriper selve vedtaket, har prejudikatet sterk gjennomslagskraft også for denne typen søksmål. Det skyldes at det alltid foreligger en mulighet for at forvaltningen vil omgjøre vedtaket frem til det effektiviseres.

Høyesterett har som nevnt forutsatt, i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), at forvaltningen er bedre egnet til domstolene å vurdere nye faktiske omstendigheter, og at heller ikke rettssikkerhetshensyn, eller hensynet til etterlevelse av EMK taler i motsatt retning. Det skulle tale for at parten bør begjære omgjøring for å sikre at nye faktiske omstendigheter blir vurdert opp mot EMK. Det er imidlertid mulig å være kritisk til en slik løsning. Jeg vil begrunne dette i det følgende.

Forvaltningen er ikke alltid bedre egnet enn domstolen til å vurdere nye faktiske omstendigheter

Forvaltningens særlige fagkunnskap og politiske funksjon er selve begrunnelsen for at domstolene ikke avsier realitetsavgjørelse, men nøyer seg med en etterfølgende kontroll.⁹²

⁹² Se Rt. 2001 s. 995 (Bådsvik), s. 1002.

Dette er også begrunnelsen for at vurderinger av faglig og/eller politisk karakter ofte vil være gjenstand for lavere prøvingsintensitet fra domstolene, enten ved at vurderingen er underlagt forvaltningens frie skjønn, eller at domstolene viser tilbakeholdenhet i prøvingen.⁹³

Vurderinger av særlig faglig og/eller politisk karakter bør nok derfor i alminnelighet prøves av forvaltningen først. Fra et EMK-rettslig perspektiv kan dette for eksempel være vurderinger hvor innvandringspolitiske hensyn kommer særlig på spissen, eller hvor det er tale om landfaglige vurderinger.⁹⁴

På den annen side er det vel ingen grunn til at vurderinger av utpreget *rettslig karakter* vurderes av forvaltningen, og ikke domstolene.⁹⁵ Det er for eksempel vanskelig å se for seg at forvaltningen vil foreta en bedre vurdering enn domstolene, av om et barns økte tilknytning til Norge i tiden mellom vedtak og dom, medfører at en utsendelse vil krenke EMK art. 8.

Rettsikkerhetshensyn kan tale for at spørsmålet i enkelte tilfeller bør behandles av domstolen

Selv i gyldighetssakene kan domstolene i enkelte tilfeller fravike utgangspunktet om at domstolene driver en *etterfølgende kontroll* av forvaltningsvedtak. Dersom det vil være unødig formalisme å sende saken tilbake til ny behandling, eller forvaltningsorganet ikke innretter seg lojalt etter en domstolsavgjørelse, kan domstolen avsi realitetsdom.⁹⁶

Unntaket kan tenkes å få anvendelse ved EMK-relevante rettsspørsmål. Det synes for eksempel lite tilfredsstillende at en domstol som finner det klart at nye omstendigheter tilsier en høy risiko for at en utvist utlending vil bli utsatt for tortur ved retur til hjemlandet, skal måtte sette sin lit til at forvaltningen omgjør vedtaket, og ikke utviser utlendingen.

⁹³ Innjord (2015), s. 623.

⁹⁴ Landfaglige vurderinger ble brukt som begrunnelse for en tilbakeholden prøving i annenvoterendes votum, dommer Bergsjø, i plenumsdommen Rt. 2015 s. 1388, jf. avs. 247. Dette var flertallet i Høyesterett enige i, jf. fjerdevoterendes votum, dommer Øie, avs. 305. Det kan nok allikevel stilles spørsmål til om en dommer som får forelagt seg landfaglige rapporter og vitneforklaringer er mindre skikket til å foreta en materielt riktig vurdering enn forvaltningen.

⁹⁵ Rettslige vurderinger er i kjernen av domstolenes virkeområde. Domstolen utviser derfor ikke tilbakeholdenhet ved slike vurderinger, jf. for eksempel Vangsnæs (2014), s. 141-142.

⁹⁶ Se Rt. 2001 (Bådsvik), s. 995, s. 1004.

Siden torturforbudet i EMK art. 3 er absolutt,⁹⁷ vil ikke et slikt vedtak kunne effektueres. Å avvente forvaltningens vurdering av omstendigheter som etter domstolens syn klart medfører at utlendingen ikke kan utvises, vil være unødig formalisme. I et slikt tilfelle burde domstolen kunne skjære gjennom ut fra nødvendigheten til å foreta en nåtidsvurdering.

Det er heller ikke nødvendigvis en rettssikkerhetsgaranti at en omgjøringsnektelse kan prøves for domstolene. Verken en forvaltningsklage eller et søksmål for domstolene har oppsettende virkning.⁹⁸ Et vedtak kan dermed effektueres selv om det verserer en klage- og/eller domstolsprosess, med de merkbare negative konsekvenser dette kan påføre parten.⁹⁹

EMK art. 13 og EMK art. 1 kan tale for at domstolen bør behandle spørsmålet

En domstol som synes overbevist om at et vedtak vil effektueres uten at forvaltningen vurderer nye faktiske omstendigheter, eller uten at forvaltningen behandler dem på en materielt riktig måte, vil vanskelig kunne sies å oppfylle sin sikreplikt etter EMK art. 1. I et slikt tilfelle vil domstolens passivitet medføre at borgerens rettigheter etter EMK art. 13 og/eller en materiell EMK-artikkel, blir krenket. I et slikt tilfelle vil et fastsettelsessøksmål som lar domstolen vurdere nye faktiske omstendigheter være det eneste effektive rettsmiddelet tilgjengelig.¹⁰⁰

Det er vanskelig å se for seg praktiske tilfeller hvor en slik vurdering blir nødvendig. Det må i så fall kreves at forvaltningen i saksgangen har utvist en åpenbar liten velvilje til å ivareta borgerens EMK-rettigheter, og at det foreligger sikre holdepunkter for at faktum ikke vil forandre seg nevneverdig frem til effektueringen.

Det er nok i alminnelighet liten grunn til å vise forvaltningen så lite tillit, men det er uansett et teoretisk poeng som bør løftes frem. En løsning hvor domstolene kan korrigere åpenbare feil som medfører stor risiko for at Norge dømmes i EMD vil kunne virke

⁹⁷ Se for eksempel EMDs dom av 15. november 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, avs. 79-80.

⁹⁸ NOU 2001: 32 A, s. 504-506.

⁹⁹ Domstolen kan riktignok treffe en avgjørelse om oppsettende virkning gjennom en midlertidig forføyning etter tvisteloven § 34-1, jf. § 34-2. Se for eksempel Oslo byfogdembetets kjennelse, TOB YF-2016-180586. Saksøker må i så fall sannsynliggjøre at omgjøringsnektelsen var ugrunnet. Det er nok diskutabelt om dette i praksis gir et reelt vern.

¹⁰⁰ Se nærmere i punkt 3.3.

disiplinerende ved at forvaltningen får en sterk oppfordring til å sikre menneskerettighetene. Dette vil på sikt redusere behovet for domstolskontroll.¹⁰¹

Konklusjoner

Som vist, kan det ikke hevdes at forvaltningen på generelt grunnlag er bedre egnet enn domstolene til å vurdere nye faktiske omstendigheter. Rettssikkerhetshensyn taler også for at domstolene, og ikke forvaltningen, vurderer nye faktiske omstendigheter. Et fastsettelsessøksmål for at en fremtidig effektuering av et vedtak er i strid med EMK, kan derfor gi en mer hensiktsmessig prøving enn en omgjøringsprosess med etterfølgende domstolskontroll.

Det er allikevel vanskelig å komme utenom at Høyesterett i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) kom til motsatt resultat. Både hensynet til forvaltningens særlige kunnskap og rettssikkerhetshensyn ble grundig drøftet, og løftet frem, og det er vanskelig å se at det skal være mulig å fravike denne oppfatningen av andre enn Høyesterett i plenum.¹⁰²

En annen løsning ville satt rasjonale fra plenumsdommen til side, og ført til en uønsket rettstilstand hvor saksøkere nøyer seg med å fremme denne typen fastsettelsessøksmål fremfor gyldighetssøksmål for å få med mer faktum i en domstolsbehandling.¹⁰³

Dersom en domstolsbehandling av nye faktiske omstendigheter gjennom et fastsettelsessøksmål fremstår EMK-rettslig nødvendig, kan det riktignok være mulig å oppstille unntak, uten å utfordre prejudikatet for mye.¹⁰⁴ Et slikt unntak er nok imidlertid som vist heller av teoretisk, enn praktisk interesse.

I forlengelsen av dette er det et poeng at domstolene også kan drive med en viss oppdragelse uten å *fravike* plenumsdommen. Det er ingenting i veien for at en domstol som utviser skepsis

¹⁰¹ Se Aall (2013), s. 791.

¹⁰² Hæreid (2012), s. 467 forutsetter tilsynelatende at det alltid skal kunne foretas en nåtidsvurdering ved søksmål om at en tenkt effektuering av vedtaket vil være i strid med EMK. Problemstillingen drøftes imidlertid ikke grundig, og synspunktet ble fremmet før plenumsdommen Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I). Vurderingen må nok derfor bli en annen etter prejudikatet.

¹⁰³ Se Skoghøys mindretallsvotum i Rt. 2012 s. 1985, avs. 231, hvor han riktignok argumenterer for at domstidspunktet bør være avgjørende i *gyldighets sakene*.

¹⁰⁴ Se punkt 3.3.2 og punkt 3.3.3.

til at forvaltningen vil oppfylle EMK-rettslige krav kommer med et obiter dictum om at det forventes at nye faktiske omstendigheter vurderes i tråd med konvensjonen.¹⁰⁵

5.4 Skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse når det kreves fastsettelsesdom for at et vedtak er i strid med EMK

5.4.1 Innledning

I dette scenarioet er ikke spørsmålet om en *gjennomført effektivering* av vedtaket vil være i strid med EMK, men om selve *vedtaket* er i strid med EMK.

Høyesterett tok stilling til spørsmålet i Rt. 2015 s. 93 (Maria). Dommen vil naturlig nok få en sentral plass i fremstillingen. Jeg vil også vurdere om Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) krever at norske domstoler legger et bestemt skjæringstidspunkt til grunn for denne typen fastsettelsessøksmål, og om en nåtidsvurdering er nødvendig for å overholde Norges EMK-rettslige forpliktelser.

5.4.2 Aktualitetsvilkåret for denne typen søksmål

Søksmålet i Rt. 2015 s. 93 (Maria) ble fremmet, og ble åpenbart vurdert å ha tilstrekkelig aktualitet. Det er nok et riktig resultat, men det er mulig å være kritisk til begrunnelsen. Søksmålet ble fremmet fordi en dom i saksøkers favør ville medføre at det ville være rettstridig å effektivere vedtaket.¹⁰⁶

Et ugyldig vedtak vil imidlertid uansett være en nullitet, og kan ikke effektiveres. At det vil være rettstridig å effektivere vedtaket kan derfor ikke begrunne at aktualitetsvilkåret var oppfylt.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Et slikt obiter dictum vil naturligvis ikke være bindende for forvaltningen. Domstolene bør nok også utvise forsiktighet med å gjøre dette for ofte. Det er jo i utgangspunktet forvaltningen som skal avgjøre saken først.

¹⁰⁶ Se dommen, avs. 42.

¹⁰⁷ Se Backer (2015), s. 214. Robberstad (2016), s. 60 er også kritisk.

En oppfyllelse av aktualitetsvilkåret burde dermed heller vært begrunnet i at anke- og rettskraftreglene i alminnelighet taler for at et slikt søksmål fremmes.¹⁰⁸

5.4.3 Rettstilstanden etter Rt. 2015 s. 93 (Maria)

Saksforholdet

En kenyansk kvinne ble besluttet utvist av UNE, og fikk samtidig avslag på søknad om oppholdstillatelse for gjenforening med sin datter på fem år. Kvinnen gikk til sak mot Staten, med krav om at de to vedtakene både var ugyldige og var i strid med EMK art. 8 og EMK protokoll nr. 4 art. 3. Kravet gikk altså ut på at selve *vedtaket* var i strid med EMK art. 8.

Høyesterett gav henne medhold i ugyldighetssøksmålet, og i fastsettelsessøksmålet etter EMK art. 8, mens det ikke var grunnlag for å konstatere brudd på EMK protokoll 4, art. 3.

Høyesterett om skjæringstidspunktet for faktumsbedømmelse

Førstvoterende Bårdsen uttaler seg på vegne av en enstemmig Høyesterett når han i dommens avs. 83 uttaler at «Ved håndhevelsessøksmål er det situasjonen når saken tas opp til doms som er avgjørende, jf. plenumsdommen Rt. 2012 s. 2039 avs. 65.»

Søksmålet kategoriseres altså som et «*håndhevelsessøksmål*», og nettopp søksmålstypen ser ut til å være en bærende begrunnelse for utsagnet om at saken må avgjøres ut fra faktiske omstendigheter slik de foreligger på domstidspunktet.

Han finner tilsynelatende støtte for sitt syn i Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II), hvor Høyesterett, som vist i punkt 5.2.2, slo fast at et fastsettelsessøksmål som går ut på at *effektueringen* av et vedtak er i strid med EMK må avgjøres på bakgrunn av faktum på *utsendelsestidspunktet*.

¹⁰⁸ Se punkt 4.1.4.

Samtidig må det også poengteres at Bårdsen henviste til sin ugyldighetsvurdering når han fastslo at fastsettelsessøksmålet førte frem.¹⁰⁹ Denne ble i tråd med Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) foretatt ut fra faktum på vedtakstidspunktet.¹¹⁰

Dommens rettskildemessige vekt

Både ugyldighetssøksmålet og fastsettelsessøksmålet ble avgjort på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet. Bårdsens presisering av skjæringstidspunkt var derfor ikke nødvendig for resultatet. Utsagnet bør derfor vurderes som et *obiter dictum*.

Maria-dommen bør følgelig ikke anses som et bindende prejudikat for en regel om at et søksmål med krav om at et *vedtak* strider mot EMK skal avgjøres på grunnlag av faktum på domstidspunktet. Selv om et *obiter dictum* skal tillegges en viss vekt i senere saker, er det forholdsvis uproblematisk å komme til en annen løsning, særlig dersom Høyesterett overså momenter av betydning i sin avgjørelse.¹¹¹

Dommen er knapt begrunnet, utover at standpunktet har støtte i Rt. 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II), og henvisningen til at håndhevelsessøksmål må avgjøres på domstidspunktet.

Standpunktet har åpenbart ikke støtte i Rt 2012 s. 2039 (Lengeværende barn II), hvor Høyesterett avgjorde saken ut fra forholdene på *effektiveringstidspunktet*. Spørsmålet er om søksmålet var et «håndhevelsessøksmål», og derfor skulle avgjøres ut fra forholdene på domstidspunktet.

Forarbeidene gir ingen grundig redegjørelse for hva et håndhevelsessøksmål er, utover at det er et søksmål som «går ut på å få håndhevet offentligrettslige regler overfor private rettssubjekter eller offentlige organer».¹¹²

¹⁰⁹ Se avs. 84 i dommen.

¹¹⁰ *Op.cit.*, avs. 43.

¹¹¹ Se nærmere om dette i punkt 2.2.

¹¹² NOU 2001:32 A, s. 187-188.

Rent umiddelbart passer det tilsynelatende godt å kategorisere et fastsettelsessøksmål for EMK-brudd som et «håndhevelsessøksmål». EMK regulerer forholdet mellom private rettssubjekter og det offentlige, og er derfor per definisjon et offentligrettslig regelverk.¹¹³

At et krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK er et «håndhevelsessøksmål» er heller ikke en ny konstruksjon. Dommer Skoghøy benyttet seg av samme begrepsbruk i sitt mindretallsvotum i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I).¹¹⁴ Skoghøys standpunkt, som fikk eksplisitt støtte av dommer Falkanger, ble ikke kommentert av de øvrige dommere. Kategoriseringen har følgelig en viss rettskildemessig dekning.

Det kan imidlertid synes som at både Bårdsen, på vegne av flertallet i Rt. 2015 s. 93 (Maria), og Skoghøy i sitt mindretallsvotum i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), overser konteksten de nevnte forarbeidsuttalelsene er skrevet i.

Forarbeidsuttalelsene ble avgitt i forbindelse med Tvistelovutvalgets utredning av kravet til «tilknytning» i tvl § 1-3, nærmere bestemt når en privat part kan gå til søksmål mot det offentlige eller andre private parter med påstand om brudd på offentligrettslige regler, uten at saksøker formelt er part i en underliggende forvaltningssak.¹¹⁵

Det er kun to eksempler på at Høyesterett før Maria-saken har tatt stilling til såkalte «håndhevelsessøksmål». Begge sakene omhandlet privatpersoners rett til å stanse en annen privatpersons virksomhet med påstand om at virksomheten var i strid med offentligrettslige regler.

I Rt. 2003 s. 1630 var spørsmålet om Norges Naturvernforbund hadde rettslig interesse i å pålegge en skogeier å avstå fra hogst i et naturområde med påstand om at denne var i strid med skogbruksloven § 16. I Rt. 2007 s. 1144 var spørsmålet om saksøker hadde rettslig interesse i å stanse en nabos bygningsarbeider som var påstått i strid med en stoppordre i medhold av plan- og bygningslovens regler.

Et «håndhevelsessøksmål» synes dermed å være et søksmål fra en tredjeperson som skal slå fast om en offentligrettslig plikt som består, skal gjennomføres.¹¹⁶ Dette er noe annet enn et

¹¹³ Røsnes (2014), s. 183.

¹¹⁴ Se dommen avs. 217-218, 229-232, og 249.

¹¹⁵ NOU 2001:32 A, s. 187-188. Slik er det også behandlet i litteraturen, se Aasland (2015), s. 463-464.

¹¹⁶ Se Kinander (2016), s. 152.

fastsettelsessøksmål som gjelder om en plikt består eller ikke består, om det foreligger en krenkelse eller ikke, eller om noe gjelder eller ikke gjelder.¹¹⁷

Spørsmålet i Maria-saken var om et vedtak krenket EMK, ikke om en offentligrettslig bestående plikt skulle gjennomføres. Det kan dermed vanskelig sies å være tale om et «håndhevelsessøksmål», men et typisk fastsettelsessøksmål. Dette medfører at begrunnelsen for å legge domstidspunktet til grunn som skjæringstidspunkt for faktumsbedømmelse mangler den rettskildemessige dekning i forarbeidene om forutsatt.

Dette medfører i seg selv ikke at Høyesteretts konklusjon er gal. Også fastsettelsessøksmål kan etter omstendighetene måtte avgjøres etter faktum på domstidspunktet. Poenget er at domstidspunktet som skjæringstidspunkt ikke kan begrunnes i reglene for «håndhevelsessøksmål», men må begrunnes på en annen måte. I Maria-saken synes hovedbegrunnelsen for domstidspunktet som skjæringstidspunkt å være nettopp i kategoriseringen som «håndhevelsessøksmål» - en kategorisering som mangler rettskildemessig dekning.

5.4.4 Krever EMK at norske domstoler legger domstidspunktet til grunn?

Det kan vanskelig argumenteres for at det er EMK-rettslig nødvendig at norske domstoler legger domstidspunktet til grunn for denne typen søksmål. Dersom vedtaket er effektivt vil saksøker kunne angripe effektiviteten ut fra forholdene på effektivitetstidspunktet.¹¹⁸

Dersom vedtaket ikke er effektivt anses omgjøringsinstituttet som en tilstrekkelig EMK-rettslig garanti, samtidig som det nok kan kreves fastsettelsesdom for at en effektivitet vil være i strid med EMK i de mest alvorlige tilfeller.¹¹⁹

Saksøker har derfor andre muligheter for å håndheve sine EMK-rettigheter i domstolsapparatet når forvaltningen svikter, eller har sviktet i å ivareta saksøkers EMK-rettigheter. Dette er tilstrekkelig til at både sikrepikten etter EMK art. 1 og kravet til et effektivt rettsmiddel etter EMK art. 13 er tilfredsstillt.

¹¹⁷ *Ibid.* og Holdø/Stabell (2015), s. 253-255.

¹¹⁸ Se punkt 5.2.

¹¹⁹ Se punkt 5.3.

I forlengelsen av dette kan det selvsagt hevdes at domstolen, i likhet med når den vurderer søksmål om at en fremtidig effektuering vil være i strid med EMK, må legge domstidspunktet til grunn i tilfeller hvor dette åpenbart er nødvendig for å hindre en effektuering i strid med EMK.¹²⁰

Det er allikevel et poeng at saksøker i et slikt nødvendighetstilfelle har *muligheten* til å reise et fastsettelsessøksmål med krav om at det vil være i strid med EMK å effektuere vedtaket, med det resultat at saken vurderes etter faktiske omstendigheter på domstidspunktet. At parten har valgt å angripe vedtaket, og ikke effektueringen av det, kan ikke medføre at domstolen plikter å legge en nåtidsvurdering til grunn.¹²¹

5.4.5 Domstidspunktet som skjæringstidspunkt og forholdet til omgjøringsinstituttet

I motsetning til søksmål som gjelder spørsmål om *effektueringen*, og dermed en *faktisk handling*, er i strid med EMK, er det i et slikt tilfelle tale om å angripe *vedtaket* EMK-rettslig. Dette fremstår som en omgåelse av Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), og de hensyn dommen bygger på.

En prøving av *vedtakets* konvensjonsmessighet ut fra domstidspunktet innebærer i realiteten at domstolen setter seg i forvaltningens sted, og tar hensyn til faktum forvaltningen ikke har hatt mulighet til å vurdere. Dette tilsidesetter prinsippene om at domstolene fører etterfølgende kontroll og at nye faktiske omstendigheter først skal vurderes av forvaltningen gjennom omgjøringsinstituttet.¹²²

En motsatt løsning vil også ha uønskede retts tekniske konsekvenser. Det synes umiddelbart uheldig at domstolene er henvist til *vedtakstidspunktet* hvis den vurderer EMK-spørsmålet som et prejudisielt forhold i ugyldighetssøksmålet, mens den kan vurdere faktum frem til

¹²⁰ Se punkt 5.3.4.

¹²¹ Domstolen kan etter omstendighetene ha en plikt til å gi saksøker veiledning om utformingen av kravet ved uklarheter om hvilke rettsvirkninger parten ønsker, jf. Schei (2013), s. 424. Dette medfører at retten kan en plikt til å sørge for klargjøring om hvorvidt parten ønsker å få fastslått EMK-brudd i et fastsettelsessøksmål på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet, med siktemålet å sikre seg de rettskraft- og ankevirksomheter en slik dom gir, eller om siktemålet er å hindre at et vedtak effektueres på grunnlag av nye omstendigheter. Dersom siktemålet er sistnevnte, bør nok parten kunne få veiledning til å rette kravet slik at det omhandler *effektueringen* av vedtaket, og ikke selve vedtaket.

¹²² I samme retning, Holdø/Stabell (2015), s. 255-256, og Kinander (2016), s. 153-154.

domstidspunktet hvis det er reist fastsettelsessøksmål for at det samme vedtaket er i strid med EMK.

I saker hvor det er reist krav om både ugyldighet og fastsettelsessøksmål for at vedtaket er i strid med EMK risikerer man dermed en rettsstilstand hvor *vedtaket* blir funnet gyldig siden det var i tråd med EMK på vedtakstidspunktet, mens *vedtaket* samtidig blir kjent i strid med EMK på grunn av nye faktiske omstendigheter på domstidspunktet. Dette fremstår villedende, og er egnet til å skape uklarhet.¹²³

5.4.6 Oppsummert

Maria-dommen, som fastslår at en fastsettelsesdom om at et forvaltningsvedtak er i strid med EMK skal vurderes ut fra faktum på *domstidspunktet*, bygger på et svakt rettskildemessig grunnlag, samtidig som den står i et problematisk forhold til plenumsdommen Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), og de grunnleggende forvaltningsrettslige hensyn plenumsdommen bygger på.

Når den også går lengre enn hva som synes nødvendig etter EMK bør domstolene falle tilbake på *vedtakstidspunktet* som skjæringstidspunkt for denne typen søksmål.

¹²³ Se Skoghøys mindretallsvotum i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), avs. 230. Skoghøy bruker det riktignok som et argument for at et parallelt gyldighets- og fastsettelsessøksmål må behandles ut fra faktum på domstidspunktet.

6 Avslutning

Flertallets og mindretallets fundamentalt ulike oppfatninger av rettskildebildet i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), og resonnementet i Rt. 2015 s. 93 (Maria), er ikke bare interessant fra et rent materielt perspektiv. Rettskildebruken gir uttrykk for en svært ulik grad av tillit til henholdsvis domstolene og forvaltningen som garantist for borgernes rettsikkerhet.

Der flertallet i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I) utviser stor tillit til at omgjøringsystemet fungerer som forutsatt, uttaler Skoghøy i sitt mindretallsvotum at det trolig skal mye til for at forvaltningen omgjør et vedtak når det verserer et søksmål om saken. Dette begrunnes med at det fremstår realistisk at forvaltningen går i forsvarsposisjon, blant annet ut fra risikoen for å pådra seg et sakskostnadsansvar.¹²⁴ Uttalelsen viser ikke forvaltningssystemet mye tillit.

Bårdsen er noe mer avdempet i sitt mindretallsvotum, men forutsetter klart at domstolen er bedre egnet enn omgjøringsinstituttet til å sikre menneskerettighetene.¹²⁵ Der flertallet er mest opptatt av at omgjøringsinstituttet gir partene et *tilstrekkelig* vern, er Bårdsen opptatt av hva som gir det *beste* vernet.¹²⁶

Tanken om at domstolene gir borgerne et mye bedre vern enn forvaltningen, kan forklare Bårdsens obiter dictum i Rt. 2015 s. 93 (Maria). Uten en adgang til fastsettelsessøksmål som vurderes ut fra faktum på *domstidspunktet*, vil ikke domstolene kunne prøve nye faktiske omstendigheter før vedtaket er effektuert. Det kan vanskelig sies å gi borgerne et *best mulig* vern.¹²⁷

Det er vanskelig å ikke ha respekt for synet om at domstolene, på grunn av sin uavhengighet, gir borgerne det beste vernet.¹²⁸ Jeg hadde nok derfor ikke reagert nevneverdig om hensynet

¹²⁴ Se avs. 246 i dommen.

¹²⁵ *Op.cit.*, avs. 177-178.

¹²⁶ At Bårdsen og Skoghøy forfektet dette synet i plenumsdommen var lite kontroversielt. Begge var i flertallet i Rt. 2012 s. 667, som foranlediget Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I). I Rt. 2012 s. 667 kom flertallet frem til at *domstidspunktet* måtte være avgjørende ved gyldighetssøksmål.

¹²⁷ Kinander (2016), s. 150-153 legger til grunn at Bårdsen helt bevisst, og nærmest planmessig, utfordrer plenumsdommen i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I). Det er etter mitt syn å legge for mye i et obiter dictum, særlig når Bårdsens syn rent umiddelbart kan synes å ha en viss dekning i Skoghøys mindretallsvotum i plenumsdommen, se punkt 5.4.3. Det bør vel også antas at de øvrige dommerne i Rt. 2015 s. 93 (Maria), ville slått ned på en slik åpenbar aktivisme.

¹²⁸ Dette synes også forutsatt av EMD, se punkt 3.3.

hadde fått gjennomslag i Rt. 2012 s. 1985 (Lengeværende barn I), med de konsekvenser det også ville fått for fastsettelsessøksmålene.¹²⁹

På den annen side er det mulig å trekke frem et annet underkommunisert hensyn som trekker i motsatt retning: effektivitetshensyn. UNE behandler alene ca. 15 000 klage- og omgjøringssaker i året.¹³⁰ Saksmengden til dette ene forvaltningsorganet tilsvarer omtrent det antallet alminnelige tvistesaker norske tingretter behandler årlig.¹³¹

Det er selvsagt vanskelig å slå fast hvor mange av UNEs og andre forvaltningsorganers vedtak som ville blitt behandlet i domstolene dersom domstolene kunne vurdere nye faktiske omstendigheter. Det kan allikevel ikke være tvilsomt at et domstolssystem som allerede opplever et stort sakstrykk, ville blitt ytterligere presset.

Med dette i mente kan det nok være levelig at systemet ikke gir borgerne det *beste* vernet, men gir borgerne et vern som tilsynelatende er *godt nok*. Med mindre det fremover viser seg at systemet ikke fungerer som forutsatt, er jeg derfor tilbøyelig til å mene at dagens system ikke bare har en god rettslig begrunnelse, men også har den beste rettspolitiske begrunnelsen.

¹²⁹ At synspunktene fikk støtte av to andre dommere i Rt. 2012 s. 667, ytterligere to dommere i Rt. 2012 s. 1985, og totalt fire dommere i Rt. 2015 s. 93 (Maria), tilsier vel også at synspunktene må ha *noe* for seg.

¹³⁰ Statistikk hentet fra UNEs nettsider.

¹³¹ Statistikk hentet fra Domstolsadministrasjonens nettsider.

Litteraturliste

Lover og konvensjoner

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 13. juni 1969 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 17. juni 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 15. mai 2008 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 3 September 1953

Forarbeider

Innst.O.nr.51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

NOU 2001: 32 A Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2001: 32 B Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Ot.prp.nr.3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp.nr.51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Høyesterettspraksis

Rt. 1995 s. 139, Norges Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse

Rt. 1998 s. 300, Norges Høyesteretts kjæremålsutvalg - Kjennelse

Rt. 2001 s. 995, Norges Høyesterett - Kjennelse

Rt. 2003 s. 1630, Norges Høyesterett - Kjennelse

Rt. 2005 s. 833, Norges Høyesterett – Dom (Plenum)

Rt. 2007 s. 667, Norges Høyesterett - Dom

Rt. 2007 s. 1144, Norges Høyesteretts kjæremålsutvalg - Kjennelse

Rt. 2008 s. 873, Norges kjæremålsutvalg – Kjennelse

Rt. 2012 s. 667, Norges Høyesterett – Dom

Rt. 2012 s. 681, Norges Høyesterett - Kjennelse

Rt. 2012 s. 1985, Norges Høyesterett – Dom (Plenum)

Rt. 2012 s. 2039, Norges Høyesterett – Dom (Plenum)

Rt. 2013 s. 588, Norges Høyesterett – Dom

Rt. 2013 s. 1345, Norges Høyesterett – Dom (Plenum)

Rt. 2014 s. 247, Norges Høyesteretts ankeutvalg - Kjennelse

Rt. 2015 s. 93, Norges Høyesterett - Dom og kjennelse.

Rt. 2015 s. 573, Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse

Rt. 2015 s. 921, Norges Høyesterett – Dom

Rt. 2015 s. 1096 – Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse

Rt. 2015 s. 1388 – Norges Høyesterett – Dom (Plenum)

HR-2016-389-A – Norges Høyesterett - Dom

HR-2016-1650-U, Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse

HR-2016-2178-U, Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse

HR-2016-2591-A, Norges Høyesterett - Dom

HR-2017-2428-A – Norges Høyesterett – Dom

Underrettspraksis

TOBYF-2016-180586, Oslo byfogdembete – Kjennelse

Praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Case of *A and others v. the United Kingdom*, application no. 3455/05, 19 February 2009

Case of *A.A. v the United Kingdom*, application no. 8000/08, 20 September 2011

Case of *Butt v. Norway*, application no. 47017/09, 4 December 2012

Case of *Chahal v. the United Kingdom*, application no. 22414/93, 15 November 1996

Case of *Maslov v. Austria*, application no. 1638/03, 22 March 2007

Case of *Metropolitan church of Bessarabia and others v. Moldova*, application no. 45701/99,
13 December 2001

Case of *Silver and Others v. the United Kingdom*, application nos. 5947/72, 6205/73,
7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25 March 1983

Case of *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, application nos. 13163/87, 13164/87,
13165/87, 13447/87, 13448/87, 30 October 1991

Bøker

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave (Oslo 2015)

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess* (Oslo 2016)

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

Graver, Hans Petter., *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave (Oslo 2015)

Kjølbrot, John Fridrik, *Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4.
utgave (København, 2017)

Røsnes, August E., *Arealadministrasjon* (Oslo 2014)

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Resuch og Toril M. Øie,
Tvisteloven, kommentarutgave, bind I (Oslo, 2013)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave (Tromsø 2017)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse* (Tromsø 2018)

Juridiske artikler

Andenæs, Mads og Eirik Bjørge, "Norske domstoler og utviklingen av menneskerettighetene", *Jussens Venner*, 2011 s. 251-286

Aall, Jørgen., "Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998 s. 1-181

Aall, Jørgen, "Domstolskontroll med forvaltningen – noen utviklingslinjer på området for menneskerettighetene", *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013 s. 779-791,

Aasland, Gunnar, "Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett", *LOV SANNHET RETT – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 446-477

Borvik, Bjørnar, "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy", *Lov og Rett* 2011 s. 575-595

Holdø, Håvard. H. og Tolle Stabell., "Faktumtidspunktet ved «håndhevelsessøksmål» – omkamp om plenumsdommen i Rt-2012-1985?", *Lov og Rett*, 2015 s. 250-257

Hæreid, Gunnar O., "Tidspunkt for faktumvurderinga ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak – rettsstilstanden før mai 2012", *Lov og Rett* 2012 s. 451-472

Hæreid, Gunnar O., "Tidspunkt for faktumvurderinga – rettsstilstanden etter desember 2012" *Lov og Rett*, 2013 s. 337-344

Innjord, Frode, "Høyesterett og prøving av forvaltningsvedtak – hovedlinjer og utviklingstrekk", *LOV SANNHET RETT – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s.

617-649

Kinander, Morten, "Fra tilbakeholdenhet til aktivisme: Nyere utviklingslinjer i forholdet mellom rett og politikk i Høyesterett", *Lov og Rett*, 2016 s. 141-164

Robberstad, Anne, "Viljen til å skape lov og Grunnlov", *Lov og Rett*, 2016 s. 49-64

Settem, Ola Johan, "Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten", *Jussens Venner*, 2016 s. 119-141

Skoghøy, Jens Edvin A., "Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett*, 2012 s. 170-181

Vangsnes, Jørgen, "Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2014 s. 131-205

Internettsider

Domstolsadministrasjonen (2017). *Årsrapport 2017* [Internett]. Tilgjengelig fra <https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/nokkeltall2017/>

Utlendingsnemda (2018). *Statistikk* [Internett]. Tilgjengelig fra <https://www.une.no/statistikk/>