

**Retten til en domstol etter EMK artikkel 6 nr. 1.**

**Hvor langt rekker kravet til domstolens  
jurisdiksjon i saker vedrørende forvaltningens  
frie skjønn?**

Kandidatnummer: 166230

Til sammen 12963 ord

Veileder: Marius Emberland

<b>1. INNLEDNING</b>	<b>3</b>
<b>1.1 PRESISERING OG AVGRENSNING AV PROBLEMSTILLING</b>	<b>3</b>
<b>1.2 METODE</b>	<b>4</b>
1.2.1 FORHOLDET MELLOM EMK OG NORSK RETT	4
1.2.2 KORT OM DEN FOLKERETTLIGE METODE, OG SÆRLIG OM BRUK AV PRAKSIS FRA EMD	5
<b>1.3 BEGREPET FRITT FORVALTNINGSSKJØNN I DEN ALMINNELIGE FORVALTNINGSRETT</b>	<b>7</b>
1.3.1 INNSKRETNINGER I "DET FRIE" FORVALTNINGSSKJØNN	8
1.3.2 HENSYN FOR OG IMOT BRUK AV FORVALTNINGSSKJØNN I LOVGIVNINGEN	8
<b>2. HVILKE FORVALTNINGSVEDTAK RAMMES AV ARTIKKEL 6 NR. 1?</b>	<b>11</b>
<b>2.1 HVILKE FORVALTNINGSVEDTAK GJELDER EN "RIGHT"?</b>	<b>11</b>
<b>2.2 HVILKE VEDTAK ER "CIVIL"?</b>	<b>12</b>
<b>2.3 HVILKE TVISTER MOT DET OFFENTLIGE ER "DISPUTES"?</b>	<b>14</b>
<b>3. KRAVET TIL FULL JURISDIKSJON I FORVALTNINGSSAKER; KONVENSJONSTEKSTEN</b>	<b>15</b>
<b>4. HENSYNET TIL EFFEKTIVITET</b>	<b>16</b>
<b>5. JURIDISK LITTERATUR</b>	<b>16</b>
<b>6. PRAKSIS FRA EMD</b>	<b>17</b>
<b>6.1 KORT OM "ACCESS TO COURT" OG "FULL JURISDICTION"</b>	<b>17</b>
<b>6.2 HVA ANKEN GÅR UT PÅ</b>	<b>20</b>
6.2.1 INNLEDNING	20
6.2.2 ANKEN GJELDER VEDTAKETS RIMELIGHET	20
6.2.3 ANKEN GJELDER SAKENS FAKTUM	22
<b>6.3 SPØRSMÅLET OM HVILKET FORVALTNINGSOMRÅDE EN BEFINNER SEG PÅ</b>	<b>23</b>
<b>6.4 HVORDAN VEDTAKET BLE BEHANDLET</b>	<b>27</b>
6.4.1 TO ALMINNELIG AKSEPTERTE FREMGANGSMÅTER OG EN TREDJE MELLOMLØSNING	27
6.4.2 HVILKE RETTSSIKKERHETSGARANTIER MÅ STILLES FOR Å LEMPE OVERPRØVINGEN AV SKJØNNET?	28
<b>6.5 HVILKE ANDRE MOMENTER ENN DISSE TRE KAN TILLEGGES VEKT?</b>	<b>29</b>
<b>7. SAMMENFATNING</b>	<b>31</b>
<b>7.1 BAKGRUNN FOR SPØRSMÅLET OM JURISDIKSJON</b>	<b>31</b>
<b>7.2 DEN KONKRETE VURDERINGEN AV HVOR LANGT KRAVET TIL DOMSTOLENS JURISDIKSJON STREKKER SEG</b>	<b>32</b>
<b>8. REFERANSELISTE</b>	<b>34</b>

## 1. Innledning

Det følger av Den Europeiske Menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (heretter EMK) artikkel 6 nr. 1 at

” [i]n the determination of his civil rights and obligations [...] everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”

Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) har utviklet en lære om retten til en domstol.<sup>1</sup> I retten til en domstol ligger først og fremst et krav om det ikke må foreligge større hindre for domstolsprøvingen, det må være en access to court. Et av kravene i access to court er at domstolen må ha ”full jurisdiction” over den saken som skal behandles. Spørsmålet for denne oppgaven er hvor lang kravet til jurisdiksjon rekker i saker som gjelder forvaltningens frie skjønn.

I oppgavens innledning vil jeg presisere denne problemstillingen og gi en kort oversikt over den metoden som blir anvendt. Jeg kommer også til å forklare hva som menes med fritt forvaltningsskjønn. Grunnen til at jeg gjennomgår begrepet fritt forvaltningsskjønn, er at en utfordring gjennom arbeidet med oppgaven har vært å identifisere hvilke saker fra EMD som faktisk omhandler forvaltningens frie skjønn. Til sist i denne innledningen vil jeg også gjennomgå hvilke hensyn som taler for og imot å bruke fritt forvaltningsskjønn i lovgivningen. Dette gjør jeg fordi disse hensynene utgjør en sentral del av oppgavens hoveddel.

### *1.1 Presisering og avgrensning av problemstilling*

En sentral presisering er at jeg i denne oppgaven kun behandler vedtak som beror på fritt forvaltningsskjønn slik det er definert i norsk rett. Her ligger også en utfordring. EMD skiller sjelden begrepet ”skjønn” fra spørsmål om faktum og juss. I de fleste av sakene jeg behandler bruker EMD uttrykket ”facts” både om rene bevisvurderinger og diskresjonære vurderinger. Som et eksempel vises til *Tsfayo*<sup>2</sup>. Her det fremgår at forvaltningsorganet

“was deciding a simple question of fact, namely whether there was “good cause” for the applicant's delay in making a claim”<sup>3</sup>

Vurderingen av om klageren hadde “god grunn” var altså et spørsmål om ”fact”. I norsk rett ville vi beskrevet dette som et skjønnsmessig vilkår (enten lovbundet eller diskresjonært) fremfor et

---

<sup>1</sup> Se punkt 6.1

<sup>2</sup> *Tsfayo mot Storbritannia*. Se for øvrig punkt 6.3 der dommen gjennomgås

<sup>3</sup> Nederst på side 13 i dommen

spørsmål om bevis. Jeg har funnet tilsvarende språkbruk i flere dommer, se for eksempel om Bryan<sup>4</sup> i punkt 6.3. I tilfeller som dette vil jeg søke å beskrive det uttrykket EMD bruker for å beskrive lovhjemmelen, og legge til grunn min egen forståelse av om hjemmelen er diskresjonær eller ikke, uten nærmere drøftelse. Jeg kan selvsagt ikke vurdere om ulike lovhjemler faktisk er diskresjonære etter den nasjonale rett.

Oppgaven har også større avgrensninger. Av EMK artikkel 6 nr. 1 fremgår det at domstolsprøvingen må utføres av en "*independent and impartial tribunal*". Dersom forvaltningens eget klageorgan oppfyller disse vilkårene, så kreves ikke domstolsprøving. Et interessant spørsmål er derfor hvilke norske forvaltningsorganer som kan sies i seg selv å oppfylle kravene til et tribunal. Selv om spørsmålet er både interessant og relevant, så blir en utredning om dette åpenbart for omfattende for denne oppgaven.

Det er for øvrig viktig å poengtere at denne oppgaven heller ikke drøfter de *generelle* vilkårene for at et forvaltningsorgan skal kunne kalle seg et "tribunal". I alle sakene som behandles i oppgavens hoveddel har EMD først kommet til at ingen av de organer som har behandlet saken i forvaltningsapparatet tilfredsstiller kravene til et "tribunal". Jeg kommer derimot ikke til å gå nærmere inn i disse drøftelsene.

Utenfor temaet faller også vurderinger av om det er *hensiktsmessig* å la domstolene prøve forvaltningsskjønn. De hensyn som her gjør seg gjeldende vil komme inn som momenter i hoveddelen, men jeg foretar ingen nærmere de lege ferenda -vurdering av hvor langt domstolens jurisdiksjon *bør* strekkes etter artikkel 6 nr. 1. I den grad oppgaven innehar de lege ferenda - vurderinger, vil disse knyttes til hvorvidt EMDs anførte argumentasjon kunne vært mer treffende.

En annen viktig avgrensning er at jeg ikke behandler spørsmålet om den alminnelige forvaltningsrett, herunder myndighetsmisbrukslæren, er i samsvar med kravet til jurisdiksjon i artikkel 6 nr. 1. Videre behandles ikke spørsmålet om de nasjonale domstolene plikter å fatte et nytt realitetsvedtak.<sup>5</sup> Til sist nevnes ytterligere en begrensning i at enkelte dommer fra den Europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) finnes kun på fransk.<sup>6</sup>

## 1.2 Metode

Her vil jeg kort si litt om forholdet mellom EMK og norsk rett, og om den metode som vil bli anvendt videre i oppgaven.

### 1.2.1 Forholdet mellom EMK og norsk rett

Tradisjonelt sett har man sett på folkeretten som et eget rettssystem, som er adskilt fra det interne rettssystemet. Folkeretten skulle derfor kun gis rettsvirkninger i den grad lovgiver hadde gjort

---

<sup>4</sup> Bryan mot Storbritannia

<sup>5</sup> Høyesterett har lagt til grunn at dette ikke er tilfellet i Rt. 2001 side 995

<sup>6</sup> Dette har kun vært en håndfull dommer

traktatene til norsk rett.<sup>7</sup> Ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nummer 30 ble dette endret for enkelte konvensjoner. Menneskerettsloven § 3 fastslår da at lovens konvensjoner

”skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”.

Etter sin ordlyd er denne bestemmelsen klar. De inntatte konvensjonene er ikke bare gjort til norsk rett, men de skal også gå foran den norske regelen ved eventuell motstrid. Høyesterett har lagt til grunn at motstriden mellom den norske regel og den folkerettslige ikke trenger å være særskilt klar, det er tilstrekkelig at det etter normal rettskildebruk foreligger motstrid.<sup>8</sup> I denne oppgaven behandles ikke spørsmålet om EMK artikkel 6 nr 1 går lenger enn de norske forvaltningsrettslige regler, så denne problemstillingen er derfor ikke aktuell her.

At loven skal gå foran bestemmelser i ”annen lovgivning” må etter sin ordlyd innebære både eldre og nyere lovgivning. Etter lex posterior prinsippet, og for så vidt også lex superior, er det problematisk at lovgiver anno 1999 binder lovgiver anno 2010. Jeg går ikke inn i denne problemstillingen her. I denne sammenheng må det være tilstrekkelig å konstatere at lovgiver har vedtatt at menneskerettsloven skal gå foran annen lovgivning ved eventuell motstrid, og at det er slik loven også forstås både i praksis, lovens forarbeider og i den juridiske teori.<sup>9</sup>

Til sist må det presiseres at det kun er EMK og tre av FNs konvensjoner<sup>10</sup> som er inntatt i loven. For andre konvensjoner, slik som for eksempel kvinnekonvensjonen, vil disse kun ha forrang der denne forrangen er vedtatt av lovgiver.<sup>11</sup>

### *1.2.2 Kort om den folkerettslige metode, og særlig om bruk av praksis fra EMD*

Det følger av Wienkonvensjonen<sup>12</sup> artikkel 31 at konvensjonstekster slik som EMK skal tolkes

”in accordance with the ordinary meaning”

Rettsanvenderen skal altså ta utgangspunkt i tekstens ordlyd slik den fremstår etter en naturlig forståelse. Dette i utgangspunktet kan sammenlignes med den norske rettskildelære. En viktig presisering fra dette utgangspunktet er at EMD har lagt til grunn at konvensjonens begreper er autonome<sup>13</sup>. At begrepene er autonome innebærer at hvordan de blir forstått i den nasjonale rett ikke er avgjørende. Det blir da avgjørende hvordan EMD har tolket konvensjonsteksten. At begrepene skal tolkes autonomt begrunnes først og fremst i intern sammenheng og konsekvens. En

---

<sup>7</sup> Dette kan skje på tre måter. For det første kan lovgiver henvise til menneskerettighetene i en norsk regel (inkorporering). En annen metode er å formulere lovteksten i samsvar med den menneskerettslige regel (transformasjon). Den tredje metoden, og den meste vanlige, er at lovgiver konstaterer at det ikke foreligger motstrid mellom regelsettene (passiv transformasjon). Se Møse, side 171.

<sup>8</sup> Se plenumsdommen om tilleggsatt, inntatt i Rt. 1999 side 961

<sup>9</sup> Aall drøfter spørsmålet på side 81

<sup>10</sup> ØSK, SP og barnekonvensjonen. Se menneskerettsloven § 2

<sup>11</sup> Kvinnekonvensjonen er for eksempel inntatt i likestillingsloven, men har kun forrang innad denne loven slik at forrangen ikke gjelder der den strider mot for eksempel arbeidsmiljøloven

<sup>12</sup> Wienkonvensjonen av 23. mai 1969

<sup>13</sup> Se f. eks. avsnitt 88 i König mot Tyskland

annen viktig årsak er at statene ikke skal kunne omgå reglene ved å vise til internrettslige tolkninger av et bestemt begrep. I denne oppgaven er det verdt å merke seg at det er særlig anvendelsesvilkårene i punkt 2 som tolkes ulikt i de forskjellige stater.

Et annet tolkingsmoment er at uttrykkene i EMK skal tolkes systematisk. EMD har i blant annet Lithgow<sup>14</sup> lagt til grunn at konvensjonsbegrepene bør forstås likt der samme begrep opptre flere steder i konvensjonen. Videre fremgår det av Wienkonvensjonens artikkel 31 annet ledd at ved siden av ordlyden skal hensyn også tas til uttrykkets kontekst, herunder forord, tillegg, og øvrige tilleggsavtaler som er vedtatt i forbindelse med konvensjonen. Det er da naturlig at vurderinger av uttrykkets kontekst ofte sammenblandes med en vurdering av formålet med teksten.<sup>15</sup>

Formålsbetraktninger er også en relevant rettskilde. At konvensjonen skal tolkes effektivt kan lese blant annet ut fra konvensjonens fortale der fremgår at

” [...] this Declaration aims at securing the universal and effective recognition [...] of the Rights therein declared [...].<sup>16</sup>

Generelt har EMD presisert at konvensjonen har som formål å være praktisk og effektiv slik at tolkninger som gjør rettighetene mer illusoriske bør tolkes bort. EMD uttaler for eksempel i Christine Goodman<sup>17</sup> at

” [i]t is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory”.<sup>18</sup>

Rettsanvenderen må derfor behandle konvensjonen som et levende instrument som stadig utvikles, og i tråd med samfunnsutviklingen vi ellers finner i Europarådets medlemsstater. For denne oppgaven vil det for eksempel være av særlig relevans at utviklingen av velferdsstaten har medført langt større kontakt mellom borgerne og forvaltningen.<sup>19</sup> Fra mange hold har EMD måttet tåle kritikk for at rettighetene stadig synes å utvides. Bak denne kritikken ligger et annet viktig formål; hensynet til folkesuverenitet.<sup>20</sup>

Av Wienkonvensjonens artikkel 32 fremkommer det videre at forarbeider kun skal brukes som en subsidiær rettskilde. Forarbeider brukes enten når ordlyden er vag eller når den språklige forståelsen fører til en åpenbart absurd eller urimelig løsning. Jacobs and White beskriver forarbeider til konvensjoner som ”notoriously unreliable as general guide to treaty interpretation”<sup>21</sup> og skal kun brukes ”as a guide to the general intentions of the Parties”. Forarbeider kommer ikke til å bli brukt i

---

<sup>14</sup> Lithgow mot Storbritania

<sup>15</sup> Se blant annet Jacobs and White, nederst på side 45

<sup>16</sup> Se og Kjølbro på side 20

<sup>17</sup> Christine Goodman mot Storbritannia

<sup>18</sup> Avsnitt 74

<sup>19</sup> Betydningen av denne utviklingen kommer jeg nærmere inn på under punkt 6.3

<sup>20</sup> Se punkt 6.5

<sup>21</sup> Side 40

denne oppgaven utover i en generell utredning om historien bak uttrykket "civil rights and obligations".<sup>22</sup>

Juridisk teori kan brukes som et hjelpemiddel for tanken. Spørsmålet om jurisdiksjon i forvaltningssaker imidlertid svært lite omskrevet i litteraturen. I den mest omfattende av bøkene jeg har brukt<sup>23</sup> er spørsmålet kun drøftet over én side.<sup>24</sup> Av denne grunn blir litteraturen lite brukt. EMK er for øvrig formelt vedtatt i sin franske og engelske versjon. Det er da kun disse versjonene som skal tillegges vekt.<sup>2526</sup>

Ved tolking av EMK vil selvsagt praksis fra EMD ha stor betydning. Høyesterett har i denne forbindelse uttalt at norske domstoler må respektere EMDs uttalelser<sup>27</sup> og at EMDs praksis har en stor rettskildemessig vekt. Her vises til uttalelse om at.<sup>28</sup> Selv om det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen, så har Høyesterett også uttalt at norske domstoler må ha anledning til å vektlegge de verdiprioriteringer som ligger til grunn for den norske rettsoppfatningen.<sup>29</sup> Et visst spillerom må derfor norske verdigrunnlag gis vekt ved tolkingen av dommer fra EMD.<sup>30</sup>

EMD har et uttalt mål om å være effektiv og konkret, jamfør blant annet Christine Goodman.<sup>31</sup> Praksisen må da tolkes i tråd med dette. Jeg kommer derfor til å gjennomgå enkeltdommer, og forsøke å sette dem inn i et system som kan gi oversikt over hvordan domstolen går frem. Jeg kommer derimot ikke til å anvende praksis som grunnlag for mer generelle normer. Til det er dommene i for stor grad konkret begrunnet.

### 1.3 Begrepet fritt forvaltningsskjønn i den alminnelige forvaltningsrett

At en avgjørelse treffes på bakgrunn av skjønn betyr at den treffes på grunnlag av de vurderinger rettsanvenderen foretar. Skjønnen kan være enten lovbundet eller fritt. Med lovbundet skjønn menes skjønnsmessige subsumsjoner som i sin helhet kan overprøves av domstolene. Når lovgiver vedtar at en bestemmelse skal bero på fritt skjønn skal den endelige subsumsjonen derimot ligge hos forvaltningen. I dette ligger da at domstolene i utgangspunktet ikke kan overprøve det frie forvaltningsskjønnet.<sup>32</sup> Forvaltningens *tolkning* av lover kan domstolene alltid overprøve.

Domstolene skal etter tvisteloven<sup>33</sup> § 36-5 tredje ledd prøve alle sider av saken *innenfor vedkommende lov*. Hvorvidt en skjønnsmessig bestemmelse er fritt eller lovbundet må vurderes

---

<sup>22</sup> Punkt 6

<sup>23</sup> Van Dijk

<sup>24</sup> Side 561

<sup>25</sup> Wienkonvensjonen artikkel 33

<sup>26</sup> Jeg har holdt meg til den engelske versjonen. Problemstillingen har kun vært aktuell under vilkåret "contestation" som utelukkende finnes i den franske teksten

<sup>27</sup> Se Rt. 2000 side 996, nederst på side 1007

<sup>28</sup> Se avsnitt 171 i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008 s. 1409

<sup>29</sup> Rt. 2005 s. 833

<sup>30</sup> Dette momentet er særlig relevant i punkt 6.5

<sup>31</sup> Christine Goodman mot Storbritannia. Avsnitt 74

<sup>32</sup> Skillet finnes allerede i en dom fra 1906 side 316 som gjaldt avskjedigelse av en lærerinne

<sup>33</sup> Lov nummer 90 fra 2005

konkret ut fra den enkelte bestemmelse. Det finnes rikholdig rettspraksis knyttet til hvilke bestemmelser som skal gi uttrykk for fritt eller lovbundet skjønn, uten at jeg går nærmere inn på dette her. Mer relevant er imidlertid å forstå hensynene som ligger bak domstolenes reservasjon mot å prøve alle sider av forvaltningens skjønnsutøvelse.

### *1.3.1 Innskrenkninger i "det frie" forvaltningsskjønn*

Å hevde at forvaltningsskjønnet er helt fritt blir ikke riktig. I den alminnelige forvaltningsrett finnes ulovfestede krav til forvaltningsskjønnet. Et av disse er læren om myndighetsoverskridelse, eller "myndighetsmisbrukslæren".<sup>34</sup> Læren om myndighetsoverskridelse er utviklet gjennom rettspraksis og innebærer først og fremst at saksbehandleren ikke kan legge vekt på utenforliggende hensyn. Skal det fattes vedtak om skjenkeløve, så er det for eksempel lite relevant at søkeren ikke sikrer gode arbeidsforhold til sine ansatte.<sup>35</sup> Videre kreves det at vedtaket ikke bygger på usaklig forskjellsbehandling. Om kommunen for eksempel skal fastsette en avgift for avfallshåndtering, så må eventuell forskjellsbehandling mellom borgerne kunne grunngis.<sup>36</sup> Og til sist oppstilles krav om at vedtaket ikke er grovt urimelig for den private part. Et eksempel kan her være en høyesterettsdom der flere drosjeeiere ble nektet drosjelisens på bakgrunn av at de flere år tidligere hadde vært passive medlemmer av NS.<sup>37</sup> Et slikt vedtak ga etter Høyesteretts syn et "åpenbart støtende resultat".<sup>38</sup> Dette siste kravet har også blitt oppstilt som at vedtaket må konkret begrunnes.<sup>39</sup> På den måten kan man sikre at forvaltningen tar hensyn til rimelighet uten uttrykkelig å overprøve forvaltningens rimelighetsvurderinger.

Som denne oppgaven viser finner vi tilsvarende skranke i flere av Europarådets medlemsstater. At denne rettsoppfatningen går igjen i flere stater får igjen betydning for rekkevidden av kravet til domstolens jurisdiksjon. Se punkt 7.1.

Ved siden av myndighetsoverskridelseslæren har Høyesterett oppstilt en annen særlig skranke mot forvaltningens frie skjønn. Innen helse- og sosialretten er det fastslått at det må finnes en universell minstestandard av ytelse innen helse- og sosialretten. Et eksempel fra rettspraksis er krav om utvidet hjemmehjelp overfor en sterkt pleietrengende bruker.<sup>40</sup> Denne minstestandarden er imidlertid ment å være nettopp en minstestandard, og ikke en generell rimelighetsensur.

### *1.3.2 Hensyn for og imot bruk av forvaltningsskjønn i lovgivningen*

---

<sup>34</sup> Uttrykket "myndighetsmisbruk" kan være noe misvisende da uttrykket "misbruk" leder tanken hen på utnyttelse av stilling. Som oftest vil være tale om mer eller mindre ubevisst overskridelse av kompetanse.

<sup>35</sup> Rådhusospitset. Rt. 1933 side 546

<sup>36</sup> Sauda kommune. Rt. 1974 side 149

<sup>37</sup> Se 1951.19

<sup>38</sup> Nederst på side 23 i dommen

<sup>39</sup> Isene. Rt 1981 side 775

<sup>40</sup> Rt. 1990 side 874



Jeg har valgt å bruke relativt stor plass på hensyn for og imot bruk av forvaltningsskjønn. Dette gjør jeg både fordi disse hensynene anvendes av EMD, men også fordi nasjonale hensyn er særlig relevant etter skjønns læren.<sup>41</sup>

Som nevnt innebærer fritt forvaltningsskjønn at lovgiver har gitt forvaltningen kompetanse til å avgjøre saker med endelig virkning. Årsaken til at lovgiver gir forvaltningen en slik kompetanse er først og fremst hensynet til maktfordeling mellom de utøvende og dømmende makter. Dersom domstolen skal overprøve alle sider av forvaltningens vurderinger, så må domstolen nødvendigvis også måtte fatte politiske beslutninger. Hensynet til maktfordeling gjør derfor at forvaltningsorganer som i stor grad styres av politiske retningslinjer ofte tillegges fritt forvaltningsskjønn.

Bruk av forvaltningsskjønn i lovgivningen er også begrunnet i hensynet til lokalt selvstyre. En kan for eksempel tenke seg at Lilleviks innbyggere ved demokratiske valg har valgt et kristenkonservativt kommunestyre. Det blir da åpenbart problematisk om spørsmålet om skjenkeløyver i Lillevik Sentrum skal overprøves av domstolene, som i siste instans er plassert i Oslo. I slike saker vil derfor hensynet til lokalt selvstyre tilsa at kommunen tillegges noe skjønn.

En annen grunn til å gi forvaltningen fritt skjønn er at forvaltningen ofte innehar særlig fagkompetanse, eller lokalkunnskap, som domstolene ikke har. Det er for eksempel sannsynlig at fylkesmennene i Hordaland og Nordland har særlig fagkunnskap om utmarka i deres fylkeskommuner, som tilsier at disse bør tillegges skjønn i spørsmål om riving av ulovlig oppførte eiendommer i strandsonen. Det kan da argumenteres for at domstolene ikke bør overprøve denne særlige fagkompetansen.

Et siste argument for å gi forvaltningen fritt skjønn er de prosessøkonomiske hensyn. Forvaltningsvedtak er utstyrt med en rekke klageordninger og ombudordninger. Om den private part i tillegg skal ha en full domstolsprøving av saken, så kan prosessøkonomiske hensyn gjøre seg gjeldende. Dette må i hvert fall gjelde saker av mindre omfang.

Samtidig finnes det også sterke grunner *mot* bruk av forvaltningsskjønn i lovgivningen. Det innlysende hovedargumentet er hensynet til borgernes rettsikkerhet. Den private part får flere rettsikkerhetsgarantier ved en full domstolsprøving enn ved begrenset prøving. Ved domstolsbehandling har man en muntlig hovedforhandling, noe som gir en bevismessig mer betryggende behandling enn en skriftlig klagesaksbehandling. En muntlig hovedforhandling (med full kontradiksjon) kan også *oppleves* som mer betryggende for den private part.

Rettsikkerhetshensyn gjør seg særlig gjeldende i vedtak om tvang. Derfor har lovgiver i blant annet barneverntjenesteloven<sup>42</sup> § 7-24 jamfør § 4-12 gitt domstolene adgang til å prøve alle sider av vedtaket.

Hensynet til rettsikkerhet forsterkes ved at dommeren er utenforstående jurist. Dette gjør seg særlig gjeldende overfor forvaltningsorganer som er spesialiserte. I slike organer kan det oppstå en egen kultur som legger stor vekt på effektivitet, noe som fort kan føre til at den private part opplever at

---

<sup>41</sup> Punkt 6.5

<sup>42</sup> Lov nummer 100 av 1992

vedtaket ikke er tilstrekkelig vurdert. En full domstolsprøving kan i slike tilfeller gjøre saksbehandlingen mer inngående, samtidig som forvaltningsorganet oppfordres til å gjøre et grundig arbeid.

Som nevnt er hensynet til grensen mellom politikk og juss en av hovedårsakene til at lovgiver gir forvaltningen fritt skjønn. Domstolene er imidlertid godt egnet til å foreta vurderinger som er mer moralske enn politiske. Slike vurderinger domstolene er godt vant med både fra privatretten og strafferetten. Men grensen mellom de moralske og de politiske vurderinger er selvsagt glidende. I denne gråsonen finnes uttrykk som "sterke menneskelige hensyn" i utlendingsloven av 1988.<sup>43</sup> Å ta stilling til hvilke forhold som utgjør "sterke menneskelige hensyn" krever at rettsanvenderen vektlegger både moralske hensyn og innvandringspolitiske retningslinjer, noe som gjorde at dette spørsmålet har vært oppe for Høyesterett.<sup>44</sup>

Et annet godt eksempel er spørsmålet om svært lave sosialstønadsnivåer ned mot kroner 4000 per måned krenker kravet til en universell minstestandard. Her står man i gråsonen mellom politikk og moral. Eksempelet er hentet fra en kommune som nettopp har tradisjon for å være politisk konservativ, og der en domstolsprøving av stønadsnivået unektelig vil gripe inn i kommunens politiske frihet<sup>45</sup>. Samtidig er et tungtveiende argument at domstolene er godt kjent med rimelighetsvurderinger og herunder betraktninger om hvor lav økonomisk støtte som kan gis uten å krenke grunnleggende rettsoppfatninger om likeverd.

Til sist nevnes at argumentet om at forvaltningen sitter med en særlig fagkunnskap normalt svekkes ved at domstolene kan innkalle vitner for å belyse de fagtekniske spørsmål. Salhusbroen<sup>46</sup> er et godt eksempel på at Høyesterett måtte tilegne seg til dels svært avansert kunnskap om brokonstruksjoner for å kunne avgjøre en privatrettslig tvist.

---

<sup>43</sup> Lov nummer 64 av 1988

<sup>44</sup> Se Rt. 2003 side 1287

<sup>45</sup> Eksempelet er hentet fra Ålesund kommune som har fått kritikk fra organisasjonen Fattig-Norge for å ha svært lave sosialstønadssatser. Artikkelen finnes blant annet på [www.dagsavisen.no/innenriks/article333568.ece](http://www.dagsavisen.no/innenriks/article333568.ece)

<sup>46</sup> Inntatt i Rt. 1999 på side 922

## 2. Hvilke forvaltningsvedtak rammes av artikkel 6 nr. 1?

Hoveddelen av denne oppgaven omhandler i hvilken grad domstolene må ta stilling til skjønsmessige spørsmål for å ha "full jurisdiction" over saken. Som jeg kommer til er EMDs praksis på dette området, etter min mening, trolig et utslag av at EMD stadig har utvidet anvendelsesområdet til artikkel 6 nr 1. For å vise bakgrunnen for kravet til jurisdiksjon vil jeg derfor gjennomgå anvendelsesområdet for artikkel 6 nr 1 hva gjelder ulike forvaltningsvedtak.

I artikkel 6 finner vi tre anvendelsesvilkår. Fremfor å tolke disse anvendelsesvilkårene helhetlig, så kan man behandle vilkårene "right", "civil" og "contestation" separat. Dette er hensiktsmessig både fordi EMD selv velger å separere vilkårene, men også fordi separat behandling tydeliggjør de hvorfor enkelte saker faller utenfor artikkel 6 nr 1.

Først er det imidlertid hensiktsmessig å si noe om hva som var *utgangspunktet* da EMK ble forfattet. Van Dijk m.fl. gir en kort beskrivelse av forhistorien til uttrykket "civil rights and obligations". Her<sup>47</sup> står det at den engelske teksten i utgangspunktet skulle lyde "rights and obligations in the suit of law". Tidlige forsøk på å begrense ordlyden i artikkel 6 nr. 1 til kun privatrettslige spørsmål ble forkastet, og at det var tydelig at man kun ønsket å avgrense de sivile sakene mot straffesakene i annet ledd.<sup>48</sup>

Om en ser i Travaux Preparatoires<sup>49</sup> ser en at den engelske teksten i utgangspunktet skulle lyde "rights in a suit of law". Denne teksten ble imidlertid endret til "civil rights and obligations" den 3. november 1950, altså dagen før konvensjonen ble vedtatt. Endringen ble beskrevet som en ren språklig endring, for å gi bedre harmoni med den franske teksten "de caractère civil". Det ble ikke nevnt at det her skulle være tale om en materiell endring, og det er derfor nærliggende å anta at konvensjonsforfatterne neppe engang så for seg spørsmålet om forvaltningsvedtak skulle omfattes av artikkel 6 nr. 1.

Det må derfor legges til grunn at man i utgangspunktet kun ønsket å avgrense uttrykket mot de strafferettslige spørsmål, samtidig som forvaltningssaker heller ikke var i forfatterens siktemål. Etter mitt syn foreligger derfor ikke et utgangspunkt for om forvaltningssaker historisk sett var ment å omfattes av artikkel 6 nr 1.

En ting som er sikkert er imidlertid at EMD tolker disse anvendelsesvilkårene autonomt. Dette innebærer at det er EMD som utvikler forståelsen av begrepet, ikke nasjonalstatene.<sup>50</sup>

### 2.1 Hvilke forvaltningsvedtak gjelder en "right"?

I dagligtalen brukes uttrykket "rights" om krav som *skal* innvilges dersom de lovbundne vilkår er oppfylt. Dersom vilkårene er oppfylt, så er motparten forpliktet til å handle i tråd med kravet. En slik

---

<sup>47</sup> Side 514 til 516

<sup>48</sup> De uttalelsene Van Dijk mfl. viser til har jeg ikke klart å finne, verken på bibliotek eller internett.

<sup>49</sup> Dokument CDH 68 (3) side 37

<sup>50</sup> Se f. eks Feldbrugge mot Nederland, avsnitt 12

forståelse av rettighetsbegrepet ekskluderer delvis diskresjonære avgjørelser, slik som for eksempel at kommunen "kan" gi dispensasjon fra plan- og bygningsloven dersom de lovbundne vilkår er oppfylt.<sup>51</sup> Også rene ex gratia ytelser uten lovbundne vilkår, slik som tilbud om billighetserstatning, vil da falle utenfor ordlyden i artikkel 6 nr. 1.<sup>52</sup> Ordlyden trekker derfor i retning av at artikkel 6 nr. 1 kun gjelder lovfestede rettigheter som må innvilges dersom lovbundne vilkår er oppfylt.

Praksis fra EMD er mer nyansert. Mendelsaken<sup>53</sup> gjaldt tilbaketrekking av et tilbud som igjen ga rett til arbeidsledighetstrygd. Hjemmelen berodde på rent "kan-skjønn"<sup>54</sup>. EMD uttalte her at

"a "right" within the meaning of Article 6 § 1 must be related to certain tangible criteria".<sup>55</sup>

"Kan"-skjønn var i utgangspunktet ikke et "tangible" uttrykk, og vedtaket om innvilgelse falt derfor i utgangspunktet utenfor artikkel 6 nr. 1. Når EMD likevel kom til at artikkel 6 nr. 1 var anvendelig,<sup>56</sup> så var fordi det her var tale om *tilbaketrekking* av en allerede innvilget ytelse. Ved tilbaketrekking av en innvilget ytelse vil "tilbaketrekkingsvedtaket" knyttes til faktiske omstendigheter (her at klageren hadde stort fravær fra obligatoriske møter). Slike konkrete omstendigheter er noe en domstol er godt egnet til å vurdere.<sup>57</sup> Utover disse dommene knyttet til tilbaketrekking av ytelser finnes det liten rettspraksis knyttet til "rights"-begrepet. Uttrykket "obligations" er verken vagt eller flertydig, og er sjelden omtvistet for EMD.<sup>58</sup>

## 2.2 Hvilke vedtak er "civil"?

Uttrykket "civil" er etter sin ordlyd svært vagt, og kan etter sin ordlyd forstås både som en avgrensning mot straffesakene i annet ledd og som en avgrensning mot offentligrettslige saker generelt<sup>59</sup>. For det tredje kan uttrykket "civil" også lede tanken hen på det sivile liv, i motsetning til militære anliggender. Det må imidlertid anses åpenbart at denne siste forståelsen ikke kan stemme. Uttrykket er imidlertid så vagt at det, etter mitt syn, sier lite om hvilken av de to første tolkningene som skal tillegges avgjørende vekt.

Ut fra EMDs praksis ser vi at om avgjørelsen får økonomiske virkninger for den private part vil dette normalt trekke i retning av at rettigheten er sivil. En sentral dom her er *König*<sup>60</sup> som gjaldt tilbaketrekking av godkjenning til å drive en klinikk og lisens til å arbeide som lege. EMD kom, under

---

<sup>51</sup> Se den tidligere plan- og bygningslov § 7 (1)

<sup>52</sup> Det finnes enkelte utredninger, om for eksempel billighetserstatning overfor tyskerbarna, se St. meld. nr. 44 (2003-2004). Disse presiserer imidlertid at ingen har krav på billighetserstatning

<sup>53</sup> Mendel mot Sverige

<sup>54</sup> Uttrykket brukt av EMD er "may" jmfør side 9 i dommen

<sup>55</sup> Avsnitt 45

<sup>56</sup> Dommen er enstemmig

<sup>57</sup> Tilsvarende ble også lagt til grunn i *Pudas v. Sverige*<sup>57</sup> der det var en drosjelisens som ble trukket tilbake

<sup>58</sup> Eneste sak jeg har funnet er *Shouten and Meldrum mot Nederland* der det i et obiter dictum neves at skatteplikt ikke omfattes

<sup>59</sup> Se for eksempel definisjonen av privatrett i jusleksikon på side 228 "sivilrett, del av rettsreglene som dreier seg om forholdet borgerne imellom. [...]. Motsatt → offentlig rett

<sup>60</sup> König mot Tyskland

dissens<sup>61</sup> til at artikkel 6 nr. 1 var anvendelig på de to vedtakene. EMD påpekte at det her er tale om en privat klinikk som er drevet ut fra ønske om profitt. Også det faktum at legene selv inngår kontrakter med sine kunder taler for at det å få inndrevet retten til å drive klinikken, og lisensen til å arbeide som lege, er av sivil karakter. Tilsvarende er lag til grunn hva gjelder tilbaketrekking av drosjeløyve<sup>62</sup>. Også plan- og bygningssaker er omfattet ut fra en betraktning om at slike vedtak får betydning for verdien av boligen til den private part<sup>63</sup>. Til og med straffegjennomføringsaker kan omfattes.<sup>64</sup>

Et unntak fra det økonomiske utgangspunkt er skattesaker, som anses å være en del av den offentligrettslige "kjerne"<sup>65</sup>. Det samme gjelder spørsmål knyttet til deltagelse i det politiske liv, slik som tvister knyttet til valgbarhet til politiske organer<sup>66</sup>.

Forvaltningsvedtak som også regulerer det privatrettslige forhold mellom privatpersoner skal normalt også være omfattet. Et eksempel på dette er Ringeisen.<sup>67</sup> Denne saken gjaldt en offentlig godkjenning av et tomtekjøp. Ved siden av å regulere det offentligrettslige spørsmålet fikk vedtaket også betydning i forholdet mellom kjøper og selger av tomten.<sup>68</sup> Tilsvarende argumentasjon kan vi også følge i *Jurisc and collegium mehrerau*<sup>69</sup> der et vedtak om arbeidstillatelse i sin forlengelse regulerte forholdet mellom klageren og hans arbeidsgiver.

Et annet relevant moment er om vedtaket griper inn i familielivet.<sup>70</sup> Samtidig har EMD i *Maaouia* lagt til grunn at dette momentet ikke innebærer at vedtak om utvisning av en utlending er omfattet.<sup>71</sup>

Til sist nevnes at EMD i flere saker har kommet til at vedtak om sosiale ytelser og uførepensjon må omfattes av artikkel 6(1)<sup>72</sup>. Bak disse konklusjonene argumenteres det for at disse ytelsene bygger på en "samfunnskontrakt", et begrep som er hentet fra den politiske filosofien. I stedet for å betale for private forsikringsordninger så har man en tilsvarende "kontrakt" med staten der borgerne avgir litt av sin økonomiske frihet til fordel for dekning av grunnleggende sosiale og helsemessige behov. Krav om sosiale ytelser blir derfor sivile i sin natur.<sup>73</sup>

Det er verdt å merke seg at EMD har vært mer rettsutviklende i denne vurderingen sammenlignet med de to andre vilkårene. Denne observasjonen er gjort blant annet av Kjølbros<sup>74</sup>.

---

<sup>61</sup> På 15-1 og 14-2

<sup>62</sup> *Pudas mot Sverige*

<sup>63</sup> Se *Ortenberg mot Østerrike*

<sup>64</sup> *Enea mot Italia*. Dommen er konkret begrunnet og retten uttaler seg ikke generelt om fengselsaker

<sup>65</sup> Se blant annet *Ferrazzini mot Italia*

<sup>66</sup> *Pierre Bloch mot Frankrike*

<sup>67</sup> *Ringeisen mot Østerrike*

<sup>68</sup> Se side 36, under annen kolonne.

<sup>69</sup> *Jurisc and collegium mehrerau mot Østerrike*

<sup>70</sup> *H mot Storbritannia*

<sup>71</sup> *Maaouia mot Frankrike*. Når spørsmål om utvisning blir regulert av 7 TP artikkel 1, så må denne uttømmende regulere utlendingsmyndighetenes saksbehandling i slike saker.

<sup>72</sup> Den første saken er *Feldbrugge mot Nederland*

<sup>73</sup> Etter min mening er det underlig å bruke Lockes 400 år gamle filosofi fremfor å uttrykkelig vektlegge at EMD skal ha en dynamisk funksjon, og at man ut fra sosiale hensyn derfor burde utvide anvendelsesområdet

<sup>74</sup> Side 256, øverst på siden

### 2.3 Hvilke tvister mot det offentlige er "disputes"?

Det tredje anvendelsesvilkåret i artikkel 6 finnes strengt tatt ikke i den engelske teksten, men er tolket ut fra den franske teksten. I den franske versjonen av EMK<sup>75</sup> fremgår det at rettssaken må omhandle en "contestation", altså en dispuTT eller strid. Dette innebærer blant annet at tvisten må være reell og seriøs.<sup>76</sup> Videre innebærer dette at utfallet av rettssaken må være direkte avgjørende for rettigheten; det er ikke tilstrekkelig at rettssaken kan få en viss betydning for den omtvistede rettigheten. Dette vilkåret kan sammenlignes med kravene til rettskrav og aktualitet i tvistelovens<sup>77</sup> § 1-3. Omfanget av begrepet påvirkes for øvrig ikke av om vedtaket er skjønnspreget eller ikke.

Når jeg i resten av oppgaven tar for meg kravet til domstolens jurisdiksjon, så er det viktig å huske at det finnes en kjerne av offentligrettslige vedtak som overhodet ikke er omfattet av artikkel 6 nr 1 slik disse ikke rammes av spørsmålet om jurisdiksjon.

Samtidig kan EMDs praksis knyttet til anvendelsesområdet få betydning for rekkevidden av kravet til domstolens jurisdiksjon. Jeg kommer nærmere inn på dette i sammenfatningen under punkt 7.1.

---

<sup>75</sup> Det er som nevnt innledningsvis kun den franske og engelsk teksten som er offisielle. De øvrige versjonene er språklige oversettelser som ikke skal tillegges rettskildemessig vekt

<sup>76</sup> Se blant annet Zander mot Sverige

<sup>77</sup> Lov om mekling og rettergang i sivile tvister

### 3. Kravet til full jurisdiksjon i forvaltningssaker; konvensjonsteksten.

EMK artikkel 6 (1) sier at

” [i]n the determination of his civil rights and obligations [...] everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”

En naturlig forståelse av uttrykket ”determination” innebærer at tvisten må bli avgjort av tribunalet. Ettersom det ikke fremgår noen begrensning i domstolens plikt til å foreta en ”determination”, vil ordlyden tale for at domstolen plikter å avgjøre tvisten i sin helhet, herunder også overprøve de skjønnsmessige vurderinger. Samtidig vet vi at bruken av fritt skjønn i lovgivningen ikke er et særnorsk fenomen. Diskresjonært skjønn er en generell nødvendighet for å opprettholde skillet mellom politikk og juss som må antas å finnes i alle Europarådets medlemsstater. Det må derfor anses åpenbart at ordlyden ikke kan tillegges avgjørende vekt.

Til støtte for dette synet kan man vise til at konvensjonsforfatterne ikke tok uttrykkelig stilling til spørsmålet om forvaltningsvedtak overhodet skulle omfattes av artikkel 6 nr. 1.<sup>78</sup> I dette lyset er det da mest nærliggende å anta at ordlyden ”determination” heller ikke utformet med sikte på forvaltningsrettslige tvister.

---

<sup>78</sup> Se punkt 2

#### 4. Hensynet til effektivitet

Som nevnt innledningsvis skal konvensjonsteksten tolkes effektivt. Da blir det viktig at statene ikke skal kunne iverksette lovtekniske hindre, for å unngå å oppfylle sine konvensjonsforpliktelser. Van Dijk mfl. plasserer derfor kravet til jurisdiksjon under et punkt som kalles "requirement of effectiveness".<sup>79</sup> En slik systemforståelse er logisk: Rettighetene i artikkel 6 (1) blir lite verdt dersom statene kan unngå problemstillingen ved å tilby domstoler som ikke har jurisdiksjon over saken. Kravet til at konvensjonsteksten skal leses effektivt krever derfor at borgerne må ha tilgang til en domstol og at denne domstolen må ha full jurisdiksjon til å dømme over saken.

Men kravet til effektivitet kan i denne sammenheng kan også ivaretas ved at forvaltningens eget klageorgan tilfredsstillt kravene til et "tribunal" i artikkel 6 (1). Effektivitetshensyn sier ikke noe om hvorvidt domstolene *bør* overprøve forvaltningsskjønnet fordi formålet bak artikkel 6 (1) er å sikre tilgang til en forsvarlig overprøving av tvister, ikke å sikre at det er en *domstol* som sikrer denne retten.

Som jeg kommer til under punkt 6.3 og 6.4 vil mange av sakene for EMD nettopp gjelde spørsmål om det er nødvendig for domstolene å overprøve forvaltningsskjønn der forvaltningens eget klageorgan har betryggende rettsikkerhetsgarantier. En må da spørre seg om hensynet til effektivitet også kan ivaretas på andre måter enn at de alminnelige domstolene overprøver det frie forvaltningsskjønnet. I og med at effektivitetshensyn utgjør en sentral del av punkt 6, så behandles ikke disse nærmere her.

#### 5. Juridisk litteratur

---

<sup>79</sup> Side 560



I litteraturen er spørsmålet om jurisdiksjon knapt omtalt. Det blir imidlertid berørt av Van Dijk mfl. og Kjølbro.<sup>80</sup> Van Dijk skriver at

“[f]or the right of access to be effective it is not sufficient that the court has jurisdiction to judge on the merits of the case, the court must have full jurisdiction. This means that the court must have competence to judge both on the facts and on the law as a basis for its “determination”.<sup>81</sup>

Her må det altså legges til grunn et utgangspunkt om at domstolen må ha jurisdiksjon over hele saken for at den skal kunne foreta en “determination” av tvisten. Men det erkjennes at det her er gjort store unntak:

“However [...] it is a common feature that the courts take a somewhat reserved position in reviewing the establishment of the facts by the administration [...] the Court has regard to such aspects as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which the procedure according to which that decision was arrived at, and the contents of the dispute. Especially if the subject-matter concerns a specialized areas of the law and the facts have been established in the course of a quasi-judicial procedure governed by the safeguards required by article 6, a restricted jurisdiction to the re-examine the facts will be acceptable”

Her bemerkes at uttrykket “facts” rommer også de skjønnsmessige avgjørelser. Se punkt 1.1 om Tsfayo-saken der uttrykket “good cause” innebar et spørsmål om “facts”.

Det sentrale er at full jurisdiksjon sjelden kan oppnås over “the facts”. Når Van Dijk henviser til EMDs praksis oppstår imidlertid spørsmålet om hvor EMD hjemler disse unntakene. Før jeg går inn på de tre momentene som er listet opp av EMD (og som vi her finner igjen hos Van Dijk mfl.), vil jeg derfor si litt om hjemmelen for unntak fra kravet om full jurisdiksjon, slik vi finner den i praksisen fra EMD.

## 6. Praksis fra EMD

### *6.1 Kort om “access to court” og “full jurisdiction”*

---

<sup>80</sup> Den siste synes å utelukkende basere seg på den første

<sup>81</sup> Se side 561

Retten til en domstol følger ikke eksplisitt av artikkel 6 (1), men av rettspraksis utviklet av EMD. Bakgrunnen for denne utviklingen finner vi i blant annet Golder-saken.<sup>82</sup> I denne dommen uttalte EMD at de prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 6 nr. 1 ville stå ubrukelige dersom det ikke var mulig å bringe tvisten inn for domstolene. Retten til en domstol har flere aspekter der access to court er et av disse<sup>83</sup>. Kravet til full jurisdiksjon er herunder en del av kravet om access to court.<sup>84</sup> Kravet finner vi for øvrig i flere dommer. Her kan en for eksempel vise til Kingsley der EMD uttaler at forvaltningsvedtak må være:

”subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1”<sup>85</sup>

Når det gjelder ”access to court” har EMD presisert at denne retten skal være effektiv, og ikke illusorisk. Større rettsgebyrer kan for eksempel som innebære at saksøkeren ikke har en reell adgang til domstolen og kan således krenke retten til en domstol.<sup>86</sup> En annen side av ”access to court” er at saken må behandles innen rimelig tid, slik at tvistes spørsmålet blir avgjort når tvisten er reell. Dersom det for eksempel er tale om midlertidige inngrep i den personlige frihet, så må saken behandles særlig raskt fordi krenkelsen ellers ofte har opphørt når spørsmålet skal avgjøres.<sup>87</sup>

EMD aksepterer selvsagt at man har prosessuelle begrensninger mot søksmål som av ulike grunner er åpenbart uegnet for domstolsbehandling.<sup>88</sup> Dette gjelder krav som ”rettslig interesse”<sup>89</sup> og at tvistegenstander av økonomisk verdi må overstige et minstebeløp<sup>90</sup>. Selvsagt er også avgrensninger mot sjikanøse søksmål også godtatt av EMD som et forholdsmessig inngrep.<sup>91</sup> Det sentrale er at de seriøse søksmål ikke blir avskåret av praktiske eller økonomiske hindre.

I denne oppgaven er det spørsmålet om hva domstolene må overprøve, domstolens jurisdiksjon, som behandles. For at tilgangen til en domstol skal bli effektiv må domstolen også kunne behandle alle sider av saken. I motsatt fall vil det heller ikke foreligge en endelig ”determination” av tvistes spørsmålet etter artikkel 6 (1).

Men retten til en domstol med full jurisdiksjon er ikke absolutt. Statene er gitt en skjønnsmargin til selv å vurdere hvilke spørsmål som bør avgjøres av domstolene. Statene kan derfor begrense domstolens jurisdiksjon så lenge kjernen i den omtvistede rettighet ikke forringes, begrensningen

---

<sup>82</sup> Golder mot Storbritannia

<sup>83</sup> Denne plasseringen av ”access to court” under ”right to court” finnes blant annet i Mendelsaken mot Sverige avsnitt 73

<sup>84</sup> Dette følger implisitt av EMDs dommer ved at spørsmålet om jurisdiksjon plasseres under overskrifter om ”access to court”. Se for eksempel side 9 i Zumtobel mot Østerrike

<sup>85</sup> Kingsley mot Storbritannia. Avsnitt 51

<sup>86</sup> Se blant annet Kreuz mot Polen

<sup>87</sup> Se blant annet Musumeci mot Italia

<sup>88</sup> Se for eksempel Aall side 346

<sup>89</sup> Se f. eks Obermeier mot Østerrike

<sup>90</sup> Se Roseiro Bento mot Portugal

<sup>91</sup> Se H mot Storbritannia

tjener et anerkjent formål, og det er et proporsjonalt forhold mellom inngrepets skadevirkninger og behovet for et inngrep.<sup>92</sup>

I de fleste sakene jeg har sett har EMD vært mindre bundet av hjemmelen. Et godt eksempel der EMD uttrykkelig hjemler vurderingen i skjønnslæren er *Tinnelly and sons*.<sup>93</sup> Denne saken gjaldt vedtak om å tildele et privat firma rivingskontrakt på et kraftverk. På grunn av sikkerhetssituasjonen i Nord-Irland fikk ikke de nasjonale domstolene tilgang til saksdokumentene, og fikk derfor ikke overprøvd sakens faktum. EMD kom til at staten kunne ha strukket seg lenger for å fremlegge i det minste *deler* av dokumentasjonen, og at et såpass stort inngrep i domstolens jurisdiksjon derfor ikke var forholdsmessig. Dette er en av få saker der EMD uttrykkelig knytter spørsmålet om jurisdiksjon til læren om statenes skjønnsmargin.

En generell uttalelse om *rekkevidden* av kravet til jurisdiksjon finner vi i ISKCON-saken<sup>94</sup> der kommisjonen uttalte at

"It is not the role of Article 6 (Art. 6) of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities on questions of expediency and where the courts do not refuse to examine any of the points raised: Article 6 (Art. 6) gives a right to a court that has "full jurisdiction"<sup>95</sup>

Poenget er altså at domstolene ikke nødvendigvis trenger å erstatte vedtakets rimelighetsvurderinger ("expediency") med sine egne. I flere saker har EMD derimot sett behovet for at visse spørsmål må fattes administrativt og uten overprøving. Dette må da være akseptabelt i lys av statenes skjønnsmargin. I Bryan-dommen<sup>96</sup> uttaler EMD at det er

*"necessary to have regard to matters such as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at, and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal."*

Her finner vi de tre momentene Van Dijk m.fl. listet opp: Spørsmålet om hvilket forvaltningsområde en befinner seg på, hvordan saken ble behandlet i forvaltningen, og hva anken går ut på.<sup>97</sup> Videre ser vi at EMD tar forbehold om at disse momentene kun er "such as". Andre momenter enn disse tre kan altså være relevante.

Før vi går videre er det viktig å huske at den private part til en viss grad også kan gi avkall på sine konvensjonsrettigheter gjennom samtykke. Denne problemstillingen er mindre aktuell her, og blir heller ikke behandlet.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> Jeg har av plasshensyn valgt ikke å gjennomgå skjønnslæren generelt, men forutsette den som kjent En god fremstilling finnes i Aall på sidene 125 til 132

<sup>93</sup> *Tinnelly & sons and others* og *McElduff and others mot Storbritannia*

<sup>94</sup> ISKCON mot Storbritannia

<sup>95</sup> Nederst i avsnitt 4

<sup>96</sup> Avsnitt 45 i *Bryan mot Storbritannia*

<sup>97</sup> Se punkt 4

<sup>98</sup> Spørsmålet om avkall på rettigheter etter artikkel 6 nr. 1 er kort behandlet hos Aall på side 345

I det følgende vil jeg gjennomgå EMDs praksis knyttet til disse tre momentene, og deretter vurdere hva som kan ligge i "such as"; altså hvilke øvrige momenter som kan være relevante å vurdere når en tar stilling til rekkevidden av kravet til domstolens jurisdiksjon.

## 6.2 Hva anken går ut på

### 6.2.1 Innledning

Momentet om "hva tvisten gjelder" behandles først fordi dette punktet angir hvilke sider av et forvaltningsvedtak som domstolene *generelt sett* bør overprøve. EMD har uttalt at den nasjonale domstolen må ta stilling til partenes

"submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or in ascertaining various facts".<sup>99</sup>

Domstolene må altså vurdere ankespørsmålene punkt for punkt, uten å frasi seg jurisdiksjon til forvaltningen. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt.

En særlig utfordring i denne delen har vært at EMD kun tar stilling til enkeltsaker, og sjelden uttaler seg generelt. Utfordringen her er derfor å se dommene i sammenheng, og se om det finnes noen retningslinjer for hvor fritt eller begrenset domstolenes overprøving av forvaltningsskjønnet kan være. Jeg har valgt å inndele ankegrunnene i to deler; spørsmål om vedtakets rimelighet og spørsmål knyttet til forvaltningens vurderinger av faktum.

### 6.2.2 Anken gjelder vedtakets rimelighet

EMD aksepterer selvsagt tilfeller der de nasjonale domstolene kan erstatte forvaltningens vurdering av rimelighet med sin egen. Et eksempel på dette er Zumtobel.<sup>100</sup> Saken gjaldt et vedtak om ekspropriasjon av klagerens eiendom. Ved domstolsprøvingen måtte den administrative domstolen vurdere om det fantes andre valg av landområder som var mer "suitable"<sup>101</sup> for ekspropriasjon, ut ifra trafikale, miljømessige og økonomiske hensyn. Når domstolene selv kunne velge den løsningen som fremsto som mest "suitable", ga dette domstolene er svært vid jurisdiksjon over saken. Slike rene rimelighetssensurer må åpenbart gi domstolen "full jurisdiction" over saken.

Mer tvilsomt blir det når domstolens prøving av vedtakets rimelighet er begrenset til en vurdering av om vedtaket er i samsvar med lovens formål. I Obermeier<sup>102</sup> hadde klageren blitt suspendert fra sitt arbeid. Ettersom klageren var delvis ufør, måtte suspensjonen godkjennes av offentlige myndigheter

---

<sup>99</sup> Se Zumtobel mot Østerrike, på side 10; avsnitt 32

<sup>100</sup> Zumtobel mot Østerrike

<sup>101</sup> Avsnitt 31 på side 10 i dommen

<sup>102</sup> Obermeier mot Østerrike

for lovlig å kunne iverksettes.<sup>103</sup> Forvaltningsorganet måtte blant annet ta stilling til om slik godkjenning *burde gis*<sup>104</sup>. I denne vurderingen kunne de nasjonale domstolene

”only determine whether the discretion enjoyed by the administrative authorities has been used in a manner compatible with the object and purpose of the law. This means, in the final result, that the decision taken by the administrative authorities, which declares the dismissal of a disabled person to be socially justified, remains in the majority of cases, including the present one, without any effective review exercised by the courts. In disputes concerning civil rights, such a limited review cannot be considered to be an effective judicial review [...]”.<sup>105</sup>

Det er altså ikke tilstrekkelig at domstolene kun vurderer om vedtaket er i samsvar med loven og dens motiver. Av den grunn var klagerens ”access to court” krenket.<sup>106</sup> En overprøving av sakens rimelighet som begrenses til ren formålsrevisjon blir altså for begrenset.

Det er imidlertid ikke til å unngå at det kan være problematisk om domstolene må ta stilling til spørsmål om et konkret vedtak anses rimelig eller ikke. Slike vurderinger vil som nevnt i punkt 1.3.2 ofte kreve at domstolene anvender politiske vurderinger.

For å unngå en slik rettsliggjøring av politiske spørsmål kan en mulig løsning være at domstolene forsikrer seg om at hensyn til rimelighet *rent faktisk* er blitt tatt. Domstolen kan for eksempel vurdere om forvaltningen har krenket prosessuelle krav som skal sikre rimelighet. Om forvaltningen har en domstolslignende behandling, så må en logisk følge være at kravet til domstolens overprøving kan lempes tilsvarende. Da ser vi at domstolene kan unngå å overprøve fritt forvaltningsskjønn, og problemet med rettsliggjøring av politikken, ved å vurdere om forvaltningen har opptrådt på bakgrunn av tilfredsstillende prosessuelle garantier.

Et eksempel på en slik praksis finner vi i Potocka-saken<sup>107</sup>. Sakens faktum var at klagerens slekt var fratatt landområder under den tyske okkupasjonen i andre verdenskrig. Klagerne ønsket å få tilbake slektens områder, og søkte derfor den polske staten om evig bruksrett til området. Søknaden ble imidlertid avslått. Et av ankespørsmålene for domstolen var om hensynet til rimelighet var tilstrekkelig ivaretatt. EMD nevner innledningsvis at domstolene i utgangspunktet bare kunne overprøve vedtakets lovmessighet. Men videre presiseres det at

“[t]he court was also empowered to set aside a decision wholly or in part if it was established that procedural requirements of fairness had not been met in the proceedings which had led to its adoption.”<sup>108</sup>

Disse prosessuelle kravene skulle altså sikre at forvaltningen faktisk hadde vurdert i hvor hardt vedtaket ville ramme klagerne. I sin tur kan dette også anses som en form for rimelighetssensur: Når

---

<sup>103</sup> Vedtaksorganet “Disabled Persons Board” og klageorganet “the Provincial Governor”

<sup>104</sup> Det var i denne vurderingen det lå en ren ”discretionary power”. Se øverst på side 18

<sup>105</sup> Avsnitt 70

<sup>106</sup> Dommen er enstemmig

<sup>107</sup> Potocka mot Polen

<sup>108</sup> Avsnitt 55

domstolen må ta stilling til hvorvidt "procedural requirements of fairness" er fulgt, vil domstolen herunder også måtte ta stilling til om forvaltningen vektlagt alle relevante momenter. Og i en slik vurdering vil domstolene også måtte ta stilling til om vedtaket synes å inneha et visst minimum av rimelighet. Når domstolen prøver slike prosessuelle krav kan dermed risikoen for myndighetsoverskridelse og –misbruk reduseres.

Argumentasjonen i Potocka kan for øvrig minne om drøftelsen i Isene.<sup>109</sup> I denne saken hadde saksøkeren kjøpt en landbrukstomt med statlig forkjøpsrett. Selv om saksøkerens tidligere eiendom ikke alene kunne gi ham eksistensgrunnlag, så valgte staten å gjøre forkjøpsretten gjeldende med de konsekvenser dette fikk for saksøkeren. Jorden ble derfor gitt som tilleggsjord til tilgrensende bruk. Høyesterett vurderte ikke om vedtaket var sterkt urimelig.<sup>110</sup> I stedet vurderte man om begrunnelsen etterlot tvil om alle relevante hensyn hadde vært overveid.

En enstemmig Høyesterett presiserte at det her var tale om et svært inngripende vedtak som fikk alvorlige konsekvenser for saksøkeren, og at begrunnelsen i vedtaket ikke viste at disse sidene av saken var vurdert tilstrekkelig. Her unnlot Høyesterett å ta stilling til spørsmål om rimelighet, men vurderte i stedet om begrunnelsen etterlot tvil om en slik vurdering var foretatt. Dette er etter mitt syn samme argumentasjon som EMD fører i Potocka-saken. En slik indirekte rimelighetssensur kan virke tilslørende. Samtidig er det viktig å huske at domstolene nødig ønsker å overtre grensen mellom juss og politikk. Det er ikke domstolenes rolle å avgjøre om den utøvende makt opptrer rimelig eller hensiktsmessig. Da blir det mindre problematisk å vurdere om prosessuelle garantier har vært tilstrekkelig betryggende.

Det er for øvrig verdt å merke seg at prosessuelle garantier får betydning også i de to øvrige momentene som behandles nedenfor.

### *6.2.3 Anken gjelder sakens faktum*

Domstolene har god erfaring fra vurderinger av faktum, og er ofte godt egnet til å foreta slike vurderinger. Samtidig vil spørsmål om faktum i offentligrettslige tvister ofte også ha et element av faglig skjønn. Det blir da mer problematisk om domstolen skal overprøve et faglig sett krevende spørsmål. I Stefan<sup>111</sup> gjaldt vedtaket en fagvurdering av klagerens mentale tilstand. Disse vurderingene var gjort av et medisinsk råd og på et så faglig avansert område at man ikke kunne forvente full domstolsprøving.<sup>112</sup> Her aksepterte kommisjonen at de nasjonale domstolene ikke overprøvde det faglige skjønnet.

Kommisjonen henviste også til Bryan-saken<sup>113</sup> som nevnes under punkt 3.3.2. Her ser vi at spørsmål om ankegrunner knyttet til faktum glir over i momentet om hvilket forvaltningsområde en befinner seg på.

---

<sup>109</sup> Rt. 1981 s. 775

<sup>110</sup> Et av vilkårene i myndighetsmisbrukslæren, se blant annet om Mortvedtdommen under punkt 1.3.1

<sup>111</sup> Stefan mot Storbritannia

<sup>112</sup> Redegjørelse nederst under "THE LAW" rett før punkt 2

<sup>113</sup> Bryan mot Storbritannia

For øvrig kan det stilles spørsmål ved om dette momentet er tilstrekkelig godt begrunnet. Som nevnt innledningsvis under punkt 1.1.2 vil domstolene ofte innhente særlig fagkyndige vitner ved vurderinger av sakens faktum. En kan nok stille spørsmål ved om hensynet til fagkunnskap også understøttes av prosessøkonomiske hensyn, uten at dette utgjør en del av dommens anførte begrunnelse.

EMD har imidlertid lagt til grunn at domstolene må overprøve avanserte vurderinger. I *Terra Woningen*<sup>114</sup> var grunnlaget for tvisten at klagerens utleietomt var sterkt forurenset. Klageren hadde fått et vedtak mot seg om at grunnforholdene tilsa at det var helseskadelig å bo i blokken, og at husleien overfor leietakerne derfor måtte reduseres kraftig. EMD kom til at de nasjonale domstolene måtte overprøve dette faktiske spørsmålet.<sup>115</sup> Avsnittet i dommen er ikke nærmere begrunnet, men tanken må her være at "sterkt forurenset" i større grad er en rettslig standard enn en fagmessig skjønnsvurdering, og at domstolene derfor er mer egnede til å overprøve spørsmålet.

En annen sak er at domstolene i tilstrekkelig grad må ha tilgang til sakens dokumenter. I *Tinnelly and Sons*<sup>116</sup> gjaldt vedtaket tildeling av anbud knyttet til riving av et eldre elektrisitetsverk. Grunnet de særlige sikkerhetshensynene som gjorde seg gjeldende i Nord-Irland fikk ikke domstolen tilgang til alle dokumentene i saken. Her trekker EMD frem at

" [t]his situation cannot be said to be conducive to public confidence in the administration of justice"<sup>117</sup>

Når domstolen ikke kunne ta stilling til om vedtaket er vurdert tilstrekkelig fra forvaltningens side, ville dette altså bidra til å svekke borgernes tillit til rettssystemet. EMD var enstemmig på dette punktet, og kom til at artikkel 6 nr. 1 var krenket. Dette er imidlertid en ekstrem sak. Selv om jeg ikke har funnet lignende saker, vil det vanskelig kunne krenke artikkel 6 nr. 1 om forvaltningen unndrar enkelte dokumenter fra domstolsbehandlingen, såfremt domstolen fortsatt kan ta stilling til om vedtaket har vært tilstrekkelig vurdert.

Dette kan for øvrig sammenlignes med en rekke norske saker vedrørende bruk av såkalte "hemmelige beviser" i den opphevede tvistemålsloven § 204 første alternativ.<sup>118</sup> I en sak uttalte Høyesterett at retten må kunne vektlegge slike bevis der bevisene er innhentet med rettens samtykke.<sup>119</sup> I slike tilfeller må hensyn til riktes sikkerhet tilsa at man oppretter andre særlige rettssikkerhetsgarantier som sikrer en forsvarlig bevisvurdering.

### *6.3 Spørsmålet om hvilket forvaltningsområde en befinner seg på*

---

<sup>114</sup> *Terra Woningen mot Nederland*

<sup>115</sup> Avsnitt 53

<sup>116</sup> *Tinnelly and sons and others and Mc Elduffs and others mot Storbritannia*

<sup>117</sup> Avsnitt 78 på side 31 i dommen

<sup>118</sup> Se for eksempel Rt. 2007 s. 1573 (mulla Krekar)

<sup>119</sup> Rt. 1987 s. 612

Neste moment i vurderingen er sakens "subject matter". Altså hva saken gjelder, herunder hvilket forvaltningsområde en befinner seg på. På spesialiserte fagområder kan det kreves bruk av faglig skjønn, og det kreves kjennskap til organets tidligere praksis og de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende i slike saker. På slike spesialiserte områder er det da mest naturlig at de som kjenner fagområdet tillegges et visst skjønn. Samtidig er det her en overgang til faglig skjønn, og vurderingen minner om den vi så i Stefan<sup>120</sup> som nevnt ovenfor i punkt 3.2.3.

Den første dommen som tok opp dette momentet var Bryan<sup>121</sup>. I denne saken eide klageren en landbrukstomt der han oppførte to bygninger. Klageren hadde imidlertid ikke søkt om byggetillatelse i forkant av byggeprosessen, og forvaltningen måtte da ta stilling til om bygningene likevel skulle godkjennes slik de stod eller om de måtte rives. Et vilkår for å la bygningene bli stående var at de var oppført hovedsakelig til landbruksformål og ikke til boligformål. Myndighetene kom til at byggene fremstod som boligeiendommer, og det ble derfor vedtatt at begge bygningene måtte rives.

Klageren var prinsipielt uenig i myndighetenes "findings of fact"<sup>122</sup>. Han mente at bygningene var oppført i den hensikt at de skulle brukes til landbruksformål, og ikke som private boliger. Tvisten ble av klageren aldri brakt opp for domstolene fordi domstolene ikke kunne overprøve det skjønnsmessige spørsmålet av om husene syntes å være oppført til det ene eller andre formål.

Et sentralt moment for vurderingen var at byplanlegging krever et faglig skjønn. EMD kom enstemmig til at artikkel 6 nr. 1 ikke var krenket og uttalte blant annet at

*"[s]uch an approach by an appeal tribunal on questions of fact can reasonably be expected in specialized areas of the law such as the one at issue [...] Indeed, in the instant case, the subject-matter of the contested decision by the inspector was a typical example of the exercise of discretionary judgment in the regulation of citizens' conduct in the sphere of town and country planning."*<sup>123</sup>

I siste setning sier EMD uttrykkelig at byggesaker krever utøvelse av diskresjon. I slike "specialized areas of law" vil ofte de lokale myndighetene ha en større fagkunnskap og lokalkunnskap enn domstolene.

Tilsvarende argument finner vi også i Wickramsinghe<sup>124</sup>. Denne saken gjaldt en disiplinæavgjørelse knyttet til klagerens egnethet til å utøve legeyrket. Kommisjonen la til grunn at slike avgjørelser krever utstrakt bruk av medisinskfaglig skjønn, og at det derfor ikke krenket kravet til jurisdiksjon av fagkomiteens skjønn ikke ble overprøvd av domstolen.

---

<sup>120</sup> Stefan mot Storbritannia

<sup>121</sup> Bryan mot Storbritannia

<sup>122</sup> Uttrykket "fact" kan i utgangspunktet kan lede tanken hen på vurderinger av det faktiske bevisgrunnlag. Hvilket formål bygninger synes å være oppført til er imidlertid et skjønsspørsmål, og ettersom det her var tale om en "discretionary judgement", legges det til grunn at vedtaket bygget på utøvelse av fritt skjønn

<sup>123</sup> Avsnitt 47 (nederst)

<sup>124</sup> Wickramsinghe mot Storbritannia. Kommisjonsavgjørelse



Dette er for øvrig det samme hensynet som ble nevnt i punkt 3.2.1.3 om saker der anken gjelder sakens faktum. Det er interessant å merke seg at det ikke er hensynet til skillet mellom juss og politikk som står sentralt i noen av disse vurderingene, men de faglige. Dette punktet er interessant fordi EMD (som vi ser) gjennomgående forholder seg til hensynet til fagkunnskap, fremfor å også anerkjenne at enkelte spørsmål krever utstrakt bruk av politiske hensyn. Hvorfor EMD ikke uttrykkelig nevner skillet mellom politikk og juss som del av den anførte *ratio decidendi* er usikkert. For meg virker inndelingen kan være uheldig da den ikke nødvendigvis passer like godt på tilfeller som er faglig sett enkle, men som krever utstrakt bruk av politisk hensyn. Her vises til argumentasjonen i *Kingsley*.<sup>125</sup> I *Kingsley* gjaldt vedtaket tilbaketrekking av en personlig lisens til å forvalte kasinoer. Grunnlaget for vedtaket var at det krevdes en "fit and proper person" til å drive et kasino. Og kasinorådet mente da at klageren ikke passet en slik beskrivelse<sup>126</sup> Den nasjonale domstolen kunne da ikke overprøve spørsmålet om klageren faktisk var en "fit and proper person" eller ikke da dette var tillagt forvaltningens frie skjønn. EMD kom enstemmig til at artikkel 6 (1) var krenket, men hensynet til at man her befant seg på et "specialized area of law" var et av momentene som trakk i motsatt retning. Her uttales det at forvaltningsorgan fikk ekspertrådgivning av fagpersoner innen spillvirksomhet og at:

" [...]the present case concerns the regulation of the gaming industry, which, due to the nature of the industry, calls for particular monitoring.[...] The subject matter of the decision appealed against was thus a classic exercise of administrative discretion".<sup>127</sup>

Her argumenteres det for at regulering kasinovirksomhet krever særlig kunnskap om spillindustrien. Samtidig var den konkrete problemstillingen om klageren var en "fit and proper person". Vurdering av personers egnethet til å utøve et yrke krever, generelt sett, ikke utstrakt bruk av faglig skjønn. Her kan man for øvrig sammenligne med den norske Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1906 s. 316. Denne saken gjaldt spørsmålet om en lærer var "usikket" til å utøve sitt virke, og Høyesterett kom til at spørsmålet berodde på lovbundet skjønn. Selv om dommen har begrenset vekt, som del av hensynet til statenes skjønnsmargin, så viser det at vurderinger av personlige egenskaper ikke er særlig faglige, og derfor bør være underlagt domstolsprøving. Om man skal skille den norske saken fra kasinosaken, så må det være at forvaltningen i kasinosaken vurderte om klageren *burde* drive et kasino. En vurdering av hva slags mennesker som er egnet til å drive spillvirksomhet kan for en stor del avhenge av om man har et konservativt politisk styre som ønsker streng regulering av spillvirksomhet, eller om det politiske styret er mer liberalt. Det kan derfor virke konstruert å bruke argumentet om faglig skjønn når det, etter mitt syn, er hensynet til maktskillet som i realiteten er avgjørende.

En annen side av dette momentet er at vurderinger som *ikke* er utpreget faglige, må domstolene kunne ta stilling til. I *Tsfayo*<sup>128</sup> gjaldt saken et vedtak om bostøtte. Klageren, som var utenlandsk statsborger, hadde unnlatt å fornye en søknad om bostøtte fordi hun ikke var klar over at søknaden måtte fornyes jevnlig. Årsaken til dette var at klageren hadde språkvansker og derfor ikke hadde forstått det opprinnelige vedtaket som ga klar beskjed om at søknaden måtte fornyes. Spørsmålet for

---

<sup>125</sup> *Kingsley mot Storbritania*

<sup>126</sup> Avsnitt 12

<sup>127</sup> Avsnitt 53

<sup>128</sup> *Tsfayo mot Storbritannia*

vedtaksorganet var da om klageren hadde "good cause" for å vente med å gjøre kravet om bostøtte gjeldende. EMD uttalte her at:

"In *Bryan* [...] the issues to be determined required a measure of professional knowledge or experience and the exercise of administrative discretion pursuant to wider policy aims. In contrast, in the instant case, the HBRB was deciding a simple question of fact, namely whether there was "good cause" for the applicant's delay in making a claim."

Innledningsvis legger jeg til grunn at uttrykket "good cause" er diskresjonært, selv om dette ikke er drøftet i avgjørelsen.<sup>129</sup>

EMD sier her uttrykkelig at hvorvidt klageren hadde en god begrunnelse for sin unnløstelse var et enkelt spørsmål som ikke krevde utstrakt bruk av fagkunnskap. Det var da ikke nevneverdig behov for å innskrenke domstolens jurisdiksjon. Et inngrep i domstolens jurisdiksjon ble av den grunn ikke ansett å være forholdsmessig. EMD kom derfor enstemmig til at artikkel 6 (1) var krenket ved at domstolen ikke hadde overprøvd om klageren hadde "good cause"

Denne avgjørelsen er etter mitt syn sammenlignbar med *Kingsley*-saken. Hvorvidt klageren i *Kingsley*-saken var en "fit and proper" person er isolert sett en vurdering som ikke krever særlig fagkunnskap. Om man skal skille sakene må det være fordi bakgrunnen for vurderingen i *Kingsley*-saken var om klageren var "fit and proper" til å drive et kasino. Man kan da argumentere for at vurderingen av om noen er egnet til å drive et kasino forutsetter kjennskap til kasinobransjen og hvilke egenskaper som kreves for å drive et kasino.

Et annet moment kan være at *Tsfayo*-saken ble avgjort seks år senere. I lys av at EMD skal være rettsutviklende, kan den stadige utviklingen av velferdsstaten tilsi at EMD også utvider området for domstolsprøving.

Et annet moment som kan tenkes å hatt innvirkning er at ettersom *Tsfayo*-saken gjaldt overprøving av et sosialt krav fra en antatt ressurs svak person (en kvinne med språkvansker), så kan det tenkes at sosiale hensyn også har trukket i retning av at saken burde overprøves, uten at dette fremgår direkte av den anførte argumentasjonen.

Det er etter mitt syn ikke lett å vite hvorfor "fit and proper" i kasinoavgjørelsen skal være mer fagpreget enn "good cause" i *Tsfayo*. Det blir noe spekulativt å forutsette hvilke hensyn som kan ha ligger bak avgjørelsene. Om en skal trekke noe ut av de to dommene, så må det være at dommene er lite samstemte, men at de anfører å legge vekt på om spørsmålet krever bruk av faglig kunnskap og skjønn.

---

<sup>129</sup> Se for øvrig punkt 1.1 om utfordringen ved å avgjøre om et nasjonalt vilkår er skjønsmessig eller ikke

Et annet spørsmål er hvorfor EMD kun vektlegger fagkunnskap i dette momentet om hvilket forvaltningsområde en befinner seg på. Hensynet til skillet mellom politikk og juss er hos oss ansett som det sterkeste argumentet for å akseptere begrenset domstolsprøving av skjønnsmessige avgjørelser. Her vises til innledningens punkt 3.2.1.3. Hvorfor rettsliggjøring ikke nevnes her som et relevant moment for begrenset prøving er usikkert. Det som i hvert fall er klart er at det finnes få dommer på området, og det er derfor ikke utenkelig at dette momentet før eller siden berøres av EMD.

#### 6.4 Hvordan vedtaket ble behandlet

##### 6.4.1 To alminnelig aksepterte fremgangsmåter og en tredje mellomløsning

Det siste momentet EMD uttrykkelig legger vekt på, er hvordan forvaltningen, det vil si både vedtaksorgan og klageorgan, har behandlet vedtaket.

Artikkel 6 (1) krever at saken blir avgjort av en uavhengig og upartisk domstol. I forvaltningssaker kan dette i utgangspunktet skje på to måter. Her vises til *Albert and Le Compte*<sup>130</sup> der det fremgår at

” [...]the Convention calls at least for one of the two following systems: either the jurisdictional organs themselves comply with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1), or they do not so comply but are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 para. 1 (art. 6-1).”<sup>131</sup>

I forvaltningssaker kan altså kravet til jurisdiksjon oppfylles enten ved at forvaltningen stiller med et eget klageorgan som tilfredsstillende kravene til et tribunal etter artikkel 6 nr. 1, eller ved at vedtaket overprøves av en domstol med full jurisdiksjon over saken.

Dette er imidlertid kun et utgangspunkt. EMD har også åpnet for en tredje løsning. Som nevnt må begrensninger i retten til en domstol stå i et rimelig forhold til inngrepets styrke. Dette uttales også som at “the very essence” av artikkel 6 nr. 1 må ivaretas. I denne forholdsmessighetsvurderingen er det særlig relevant å ta hensyn til inngrepets styrke, altså hvor hardt inngrepet vil ramme borgerne. Dersom vedtaksorganet *i all hovedsak* tilfredsstillende kravene til et tribunal, så vil det være forholdsmessig at domstolen lar *deler* av skjønnet stå uprøvd. Inngrepet i retten til en domstol med full jurisdiksjon blir mindre fordi man allerede har hatt en domstols*lignende* overprøving av vedtaket. For å forstå begrunnelsen bak dette momentet er det viktig å huske at formålet bak artikkel 6 nr. 1 er sikre saksøkere de rettssikkerhetsgarantier som kreves av et “tribunal” jamfør også punkt 3.1.1. Hvem som sikrer disse garantiene er av underordnet betydning.

Den første dommen som tok opp dette momentet var *Bryan-saken*<sup>132,133</sup>. I denne saken kunne de nasjonale domstolene ikke overprøve spørsmålet om to oppførte hus ble ansett å være bygget til boligformål eller landbruksformål. Domstolene kunne overprøve vedtakets lovmessighet, og om de

<sup>130</sup> *Albert and Le Compte mot Belgia*

<sup>131</sup> Avsnitt 29 i plenumsavgjørelsen

<sup>132</sup> *Bryan mot Storbritannia*

<sup>133</sup> Se for øvrig punkt 3.3.2

prosessuelle regler var fulgt. I tillegg skulle domstolene prøve om vedtaket var fattet på bakgrunn av irrelevante hensyn, om relevante hensyn var utelatt og om det faktiske grunnlaget var uriktig eller irrasjonelt. I vurderingen av om denne begrensede prøvingen av forvaltningsskjønnet var akseptabel la EMD vekt på at vedtaksorganet hadde flere rettssikkerhetsgarantier, slik som:

*“the duty incumbent on each inspector to exercise independent judgment; the requirement that inspectors must not be subject to any improper influence; the stated mission of the Inspectorate to uphold the principles of openness, fairness and impartiality [...]. Further, any alleged shortcoming in relation to these safeguards could have been subject to review by the High Court”*<sup>134</sup>

Når vedtaksorganet hadde slike rettssikkerhetsgarantier, så var det akseptabelt at domstolene ikke la til grunn til egen vurdering av om hvorvidt husene synes å være bygd til det ene eller andre formål.<sup>135</sup>

Dette kan for øvrig sees som en hensiktsmessig løsning. Først og fremst vil en slik mellomløsning være langt rimeligere enn å bygge ut klageorganer som tilfredsstillt kravene til et tribunal. Denne løsningen vil også være mer hensiktsmessig enn å overlate større deler av skjønnet til domstolene. Dette fordi vi vet at langt de færreste forvaltningssaker ender i domstolene. Når få saker overhodet havner i rettsapparatet sier det seg selv at det er mer betryggende for den private part å få en ”god behandling” av forvaltningen, enn å måtte henvises til en tidkrevende, og ofte kostbar, rettsprosess.

#### 6.4.2 Hvilke rettssikkerhetsgarantier må stilles for å lempe overprøvingen av skjønnet?

Som nevnt ovenfor under punkt 3.3.3.2 var forvaltningsorganet i Bryan preget av uavhengighet og uhildethet, og hadde en uttalt målsetning om åpenhet og rimelighet. Disse egenskapene tilsa samlet sett at domstolene derfor kunne lempe prøvingen av skjønnet.

I Wickramsinghe<sup>136</sup> var sakens kjerne at vedtaksorganet ikke hadde gitt en begrunnelse for vedtaket. Og spørsmålet for kommisjonen var om en manglende begrunnelse fra forvaltningens side innebar at rettssikkerhetsgarantiene ikke var gode nok for en begrenset domstolsprøving; altså om denne bristen tilsa at tribunalet<sup>137</sup> burde overprøve alle sider av saken. Kommisjonen la til grunn av begrunnelse normalt har stor betydning, men aksepterte likevel en begrenset domstolsprøving fordi:

*“[...] the applicant was furnished with a full transcript of the three day hearing before the Conduct Committee, and it must have been apparent that, as the Privy Council later held, the Committee had accepted the evidence of the health care assistant and rejected that of the applicant”*<sup>138</sup>

Det måtte altså være åpenbart at begrunnelsen var å finne i et sentralt vitnemål, og når utskrift fra høringen ble oversendt klageren, så var det fullt ut forsvarlig å unnlate en ytterligere begrunnelse for vedtaket. Ordningen var derfor ”god nok” for en begrenset prøving.

---

<sup>134</sup> Avsnitt 46

<sup>135</sup> Avsnitt 44 jamfør 47

<sup>136</sup> Wickramsinghe mot Storbritannia

<sup>137</sup> Her tilfredstilte forvaltningsorganet ”the privy council” kravene til et tribunal

<sup>138</sup> Avgjørelsen (fra kommisjonen) har ikke noterte avsnitt. Vurderingen finnes under ”THE LAW”

Et annet poeng er at dersom klagen omhandler forvaltningsorganets rettsikkerhetsgarantier, så kan ikke forvaltningen anvende disse garantiene som begrunnelse for en begrenset domstolsprøving av nettopp dette spørsmålet. Dette er lagt til grunn i Kingsley<sup>139</sup>. Der gjaldt vedtaket tilbakekalling av et personlig løyve til å drive kasinoer. Klageren hadde anført at "The Gaming Board" var "bias", altså forutinntatt. Som nevnt ovenfor kom EMD i en sum til at domstolen ikke hadde hatt full jurisdiksjon, og EMD uttalte da at når en av ankegrunnene nettopp gikk ut på at vedtaksorganet var forutinntatt, så ville ikke hensynet til de anførte rettsikkerhetsgarantier veie like tungt.

### 6.5 Hvilke andre momenter enn disse tre kan tillegges vekt?

I de dommene som her er gjennomgått har EMD forholdt seg strengt til de tre nevnte momentene. Men som nevnt ovenfor nederst i punkt 3.2 gjentar EMD i flere av dommene at de tre momentene som er nevnt her kun er "such as"<sup>140</sup>, og at det derfor også kan være andre hensyn som trekker i den ene eller andre retningen.

Et relevant moment er selvsagt hensynet til universalitet. I Bryan<sup>141</sup> vektlegges det at

*"is not infrequently the case in relation to administrative-law appeals in the Council of Europe member States"*<sup>142</sup>

Normalt brukes hensynet til universalitet til å underbygge at statens inngrep i en rettighet er uvanlig og derfor anses som uforholdsmessig. Her sier man derimot at en slik praksis er svært vanlig i statene og at dette tilsier at inngrepet lettere blir forholdsmessig. Hensynet til universalitet har imidlertid begrenset rekkevidde da medlemsstatene har svært ulike måter å håndtere prøving av skjønn på. I mange av statene har man egne forvaltningsdomstoler som overprøver skjønnet, mens vi i enkelte land fortsatt lar forvaltningssaker gå for de ordinære domstolene. Det må være klart at universalitet derfor har begrenset betydning for spørsmålet om rekkevidden av domstolens jurisdiksjon. Samtidig er det verdt å merke seg at der hvor det faktisk finnes universalitet, slik som i plan- og bygningsretten, vil denne likheten tre desto klarere frem. Utover hensynet til universalitet har jeg ikke funnet en eneste sak der EMD anvender andre hensyn enn de som er nevnt her.

Ut fra skjønns læren må imidlertid de nasjonale rettsoppfatninger også anvendes som relevante hensyn. Etter norsk rett står hensynet til skillet mellom dømmende og utøvende makt sterkt, og vil tale for at domstolene ikke avgjør skjønnsmessige spørsmål på områder som i all hovedsak styres av politiske føringer. Som nevnt under punkt 1.3.2 må man også etter norsk rett skille mellom de rene politiske avgjørelser og avgjørelser som i større grad er preget av moral, et område domstolene er bedre egnet til å overprøve. I punkt 1.3.2 trakk jeg også frem hensynet til lokalt selvstyre som et relevant moment etter norsk rett.

---

<sup>139</sup> Kingsley mot Storbritannia

<sup>140</sup> Avsnitt 45 i Bryan mot Storbritannia

<sup>141</sup> Bryan mot Storbritannia

<sup>142</sup> Avsnitt 44

I motsatt retning trekker rettssikkerhetshensynene. Selv om disse hensynene også er sentrale for EMD kan de i større grad gjøre seg gjeldende hos oss, da vi på flere områder har mindre forvaltningsorganer enn de større statene, som ofte også har egne forvaltningsdomstoler.

Disse "materielle"<sup>143</sup> argumentene anvendes som nevnt ikke av EMD. Når de likevel nevnes i denne sammenheng, så må det være ut fra en tankegang om at norske hensyn blir relevante som en del av skjønnslæren. Samtidig er det viktig å merke seg at skjønnslæren først kommer inn når forvaltningsorganet *til en viss grad* har tilfredsstillt garantiene etter artikkel 6 nr1.<sup>144</sup> Dersom forvaltningen overhodet ikke innehar disse garantiene, vil ikke skjønnslæren kunne lempe kravet til jurisdiksjon. For norsk retts vedkommende er det verdt å merke seg at vi har få domstolslignende forvaltningsorganer. Se for eksempel nettsiden [domstol.no](http://domstol.no) som angir syv ulike organer som "domstolslignende".<sup>145</sup> Norske rettsoppfatninger kan derfor få mindre betydning i vurderingen av domstolens jurisdiksjon fordi våre forvaltningsorganer ikke er domstolslignende.

---

<sup>143</sup> Uttrykket "materielle" anvendes her som motstykke til de prosessuelle argumentene som føres av EMD

<sup>144</sup> Dette må følge av at prosessuelle hensyn er brukt under alle tre momentene som EMD anvender

<sup>145</sup> [http://www.domstol.no/DAtemplates/Article\\_\\_\\_\\_3065.aspx?epslanguage=NO](http://www.domstol.no/DAtemplates/Article____3065.aspx?epslanguage=NO). Nettsiden er ikke ment å angi hvilke forvaltningsorganer som er domstolslignende etter EMK og brukes kun som et eksempel

## 7. Sammenfatning

Jeg har valgt å lage en sammenfatning de lege lata av oppgaven fremfor en avslutning de lege ferenda. Dette gjør jeg fordi jeg har jobbet med et tynt rettskildebilde og fordi praksis fra EMD er såpass konkret begrunnet. Selv om jeg underveis har forsøkt å trekke overordnede linjer, ser jeg det likevel naturlig å oppsummere hovedpunktene her. Samtidig vil jeg si litt om hvilken betydning EMDs praksis knyttet til anvendelsesområdet kan ha fått for praksisen knyttet til spørsmålet om jurisdiksjon.

### *7.1 Bakgrunn for spørsmålet om jurisdiksjon*

Spørsmålet om rekkevidden av domstolens jurisdiksjon i skjønnsmessige saker er todelt. Først må man ta stilling til om det konkrete forvaltningsvedtak rammes av artikkel 6 nr. 1, og deretter må man vurdere om domstolens jurisdiksjon kan sies å ha gitt en "access to a court with full jurisdiction".

Her er det viktig å huske at mange vedtak ikke omfattes av artikkel 6 nr. 1 og at de av den grunn ikke krever noen form for domstolsprøving etter denne hjemmelen. Det er vanskelig å fastslå hvilke vedtak som omfattes av artikkel 6 nr. 1 både fordi anvendelsesvilkårene er vage, men også fordi EMD stadig utvider anvendelsesområdet. Først og fremst må vedtaket gjelde en rettighet eller plikt. Pliktbegrepet er ikke særlig vagt, og jeg har heller ikke funnet saker der dette eksplisitt behandles. EMD har slått fast at hjemmelen for vedtaket må være "tangible", slik at rene "kan"-vurderinger normalt faller utenfor artikkelens anvendelsesområde. Videre kreves det også at vedtaket har en sivil karakter. Her finnes en rikholdig praksis fra EMD der vurderingen grovt sett innebærer en vekting av sakens offentligrettslige og privatrettslige aspekter.<sup>146</sup>

Momenter som kan få relevans er blant annet om vedtaket gir økonomiske virkninger for den private part, om vedtaket ved siden av å regulere et offentligrettslig spørsmål også regulerer det juridiske forholdet mellom private, om vedtaket griper inn i familielivet, og om det er tale om rettigheter som bygger på en konstruert "samfunnskontrakt". Eksempler fra EMD på vedtak som anses sivile er saker etter plan- og bygningsretten, saker om arbeidsløyver og drosjeløyver, samværsrett, samt saker innen helse- og sosialretten. Utenfor faller en, stadig mindre, kjerne av offentligrettslige saker, slik som skattesaker og spørsmål om valgbarhet. Utvisningssaker faller også utenfor, men dette begrunnes i at de reguleres uttømmende av syvende tilleggsprotokoll artikkel 1

Til sist må tvisten være seriøs og reell for å rammes av artikkel 6 nr. 1, noe som følger av den franske tekstens uttrykk "contestation". Dette vilkåret kan sammenlignes med de norske kravene til rettskrav og aktualitet.

Det må kunne konkluderes med at svært mange offentligrettslige vedtak er omfattet av kravene i artikkel 6 nr. 1, og at det er særlig spørsmålet om hvilke vedtak som er "civil" som ser ut til å utvides av EMD.

---

<sup>146</sup> Se Kjølbros side 255, nederst på siden

Det andre spørsmålet er hvor langt kravet til jurisdiksjon må stilles når det gjelder spørsmål om forvaltningens frie skjønn. Kravet til domstolsprøving kan logisk sett oppfylles på to måter. For det første kan man opprette egne forvaltningsdomstoler som overprøver vedtaket i sin helhet. Det andre alternativet er å la de ordinære domstolene i større grad overprøve forvaltningsskjønnet.

Når EMD i stor grad har akseptert begrenset prøving av forvaltningsskjønn, så er det i en situasjon mellom de to ovennevnte ytterpunktene. I tilfeller der forvaltningen har noenlunde betryggende rettssikkerhetsgarantier, kan domstolene lempe prøvingen av skjønnet tilsvarende. Dette blir da en mellomløsning mellom å plassere hele skjønnet hos enten forvaltning eller domstol.

Selv om utgangspunktet etter EMDs lære om "access to a court with full jurisdiction" er at domstolen må ha full jurisdiksjon over saken, så vil det i praksis være omvendt; i de aller fleste tilfeller aksepterer EMD at domstolene fortar en begrenset prøving av forvaltningens frie skjønn. En slik mellomløsning kan også være hensiktsmessig fordi borgerne sikres en god behandling hos forvaltningen, fremfor å måtte henvises til en tidkrevende og ofte kostbar prosess i rettsapparatet.

Årsaken til denne aksepten er trolig at formålet med artikkel 6 nr. 1 er å oppnå materielt sett "gode" og gjennomtenkte vedtak gjennom visse grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Det er derimot ikke i seg selv en målsetning at det må være *domstolene* som avgjør hva som er "godt" eller hensiktsmessig. Det er da tilstrekkelig at domstolene prøver om forvaltningens rettssikkerhetsgarantier har vært tilfredsstillende. Når domstolen kontrollerer disse garantiene, minsker derfor behovet for domstolsprøving tilsvarende. Det er da av underordnet betydning *hvem* som avgjør de skjønnsmessige spørsmål.

En annen mulig årsak er selvsagt det åpenbare behovet for begrenset domstolsprøving. Da konvensjonsteksten ble utformet hadde forfatterne ikke drøftet hvorvidt forvaltningsvedtak skulle rammes av artikkel 6 nr 1.<sup>147</sup> Og tidligere ble skjønnsmessige saker i større grad ansett for å være offentligrettslige fremfor "civil". Utviklingen hos EMD har imidlertid vært klar; man har i stadig økende grad ønsket at også skjønnsmessige forvaltningsvedtak skal omfattes av artikkel 6 nr 1. Og ettersom stadig flere skjønnsmessige saker faller innefor anvendelsesområdet, oppstår et økende behov for å lempe kravet til "full jurisdiction". Hvorvidt det faktisk foreligger en slik sammenheng mellom anvendelsesområdet og spørsmålet om jurisdiksjon er det derimot vanskelig å si noe sikkert om.

## *7.2 Den konkrete vurderingen av hvor langt kravet til domstolens jurisdiksjon strekker seg*

I vurderingen av om domstolens jurisdiksjon har vært tilstrekkelig, har EMD trukket frem tre momenter som får særlig betydning.

Det første momentet er hva anken går ut på. Domstolene må som utgangspunkt vurdere anken punkt for punkt, uten å frasi seg jurisdiksjon til forvaltningen. Når det gjelder ankegrunner knyttet til vedtakets rimelighet er det generelt sett ikke tilstrekkelig at domstolene kun kan prøve om vedtaket

---

<sup>147</sup> Se nederst i punkt 2



er i tråd med lovens formål. På den andre siden trenger ikke domstolen erstatte forvaltningens rimelighetsvurderinger med sine egne. Det er vredt å merke seg at rimelighetsvurderinger i stor grad kan unngås ved at domstolene vurderer om de rettssikkerhetsgarantier som skal sikre at forvaltningen opptrer på en rimelig måte, er ivaretatt. I slike tilfeller vil behovet for overprøving av åpenbare grunner være mindre. Når det gjelder ankegrunner knyttet til vurderinger av faktum er det verdt å merke seg at EMD skiller mellom faglig avanserte vurderinger, og mer juridiske vurderinger.

Det andre momentet er hvilket forvaltningsområde en befinner seg på. Hensynet til universalitet tilsier at dersom et forvaltningsområde generelt sett i europarådets medlemsstater er underlagt stor grad av fritt skjønn, så vil ikke borgerne ha en berettiget forventning om at skjønnnet skal overprøves i slike saker. Innskrenkninger i retten til en domstol blir derfor lettere forholdsmessig. Motstykket til slike faglige spørsmål vil være enklere spørsmål som domstolene er mer egnet til å overprøve.

Til sist vektlegges måten vedtaket ble behandlet på i forvaltningen. EMD aksepterer i stor grad begrenset domstolsprøving av vedtak fra "kvasi-judisielle" forvaltningsorganer. Her får det også betydning om saken er faglig sett komplisert eller om det er tale om enklere vilkår som avgjøres like godt av en dommer som av en fagperson.

Om en ser på disse tre momentene ser en at det ikke fokuseres på hensyn for og imot domstolsprøving av forvaltningsskjønn, slik som er nevnt i punkt 1.3.2. Derimot stilles det spørsmål ved om rettssikkerhetsgarantiene etter artikkel 6 nr. 1 blir ivaretatt på en tilstrekkelig god måte og om spørsmålet krever særlig fagkunnskap. Det avgjørende er altså ikke om forvaltningen *bør* prøve skjønnnet, men om den ordningen som følges ivaretar de individuelle rettighetene etter artikkel 6 nr. 1. En slik fremgangsmåte er lojal mot motivene bak artikkel 6 nr. 1. Det er det viktig å huske at konvensjonsforfatterne ikke ser ut til å ha vurdert spørsmålet om domstolens jurisdiksjon i forvaltningssaker. Der blir derfor mest lojalt å fokusere på om de konkrete rettighetene i artikkel 6 blir ivaretatt.

Samtidig kan dette føre til at argumentasjonen også blir mindre logisk. Dersom sosiale forhold fikk betydning i *Tsfayo-saken*<sup>148</sup>, eller maktfordelingshensyn fikk betydning i *Kingsley-saken*<sup>149</sup>, så var disse argumentene ikke en del av dommenes anførte ratio decidendi. Hvorvidt EMD faktisk legger vekt på slike hensyn kan man selvsagt ikke si noe sikkert om, men det er iøynefallende at uttrykket "fit and proper person" i *Kingsley* skulle kreve utstrakt bruk av fagkunnskap, mens "good cause" i *Tsfayo* var et enkelt spørsmål som domstolene burde overprøve. Etter mitt syn blir det derfor mest naturlig å innfortolke en bruk av sosiale hensyn i *Tsfayo*.

---

<sup>148</sup> *Tsfayo mot Storbritannia*

<sup>149</sup> *Kingsley mot Storbritannia*

## 8. Referanseliste

### Lover og konvensjoner

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90  
Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr. 68  
Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100  
Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969  
Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30  
FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 (ØSK)  
FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP)  
FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen)  
FNs Konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner av 18. desember 1979 (kvinnekonvensjonen)  
Plan- og bygningslov av 14. juni 1986 nr. 77

### Forarbeider

Stortingsmelding44 2003-2004, erstatningsordning for krigsbarn og erstatningsordninger for romanifolk/tatere og eldre utdanningsskadelidende samer og kvener

### Artikler

Kjell Herskedal, Fattige i Norge har 46 kroner dagen til mat, Innlegg hentet fra Dagsavisen 3. februar 2008. Finnes på: [www.dagsavisen.no/innenriks/article333568.ece](http://www.dagsavisen.no/innenriks/article333568.ece)  
Smith, Carsten: Bør menneskerettighetene styrkes i vår Grunnlov? I: Jussens Venner. 2006, s. 235 flg. 59 s

### Litteratur

Jacobs and White – Francis G. Jacobs og Robin C.A. White *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 4. utgave 2006  
Kjølbros – Jon Fredrik Kjølbros *Den Europæiske menneskerettighedskonvention* –for praktikere, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 1 utgave 2005  
Van Dijk m.fl. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Redigert av Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak, Intersentia – Antwerpen 2006  
Møse- Menneskerettigheter, Cappelen Akademisk Forlag, 1. utgave 2002  
Aall – Jørgen Aall *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget 2. utgave 2004  
Jusleksikon, Jon Gisle, kunnskapsforlaget, 2. utgave 2002.

### Avgjørelser Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Tsfayo mot Storbritannia, klagenummer 60860/00, ikke publisert  
Bryan mot Storbritannia, klagenummer 19178/91, inntatt i Series A 335A fra 1995  
König mot Tyskland, klagenummer 6232/73 inntatt i Series A nummer 27 fra 197  
Lithgow mot Storbritannia, klagene 9006/80, 9262/81, 9263/8, 9265/81, 9266/81, 9313/81 og 9405/81, inntatt i Series A nummer 102 fra 1986

Christine Goodwin mot Storbritannia, klagenummer 28957/95, inntatt i R-2002-VI  
Feldbrugge mot Nederland, klagenummer 8562/79, inntatt i Series A 89 fra 1986  
Mendel mot Sverige, klagenummer 28426/06, ikke publisert  
Pudas mot Sverige, klagenummer 10426/83 inntatt i Series A 125 for 1987  
Shouten and Meldrum mot Nederland, klagenumre 19005/91 og 19006/91, inntatt i Series A304 fra 1994  
König mot Tyskland, klagenummer 6232/73 inntatt i Series A 27 fra 1978  
Ortenberg mot Østerrike, klagenummer 12884/87, inntatt i Series A 295 B fra 1994  
Enea mot Italia, klagenummer74912/01, ikke publisert  
Ferrazini mot Italia, klagenummer 44759/98, inntatt i Reports 2001-VII  
Pierre Bloch mot Frankrike, klagenummer 24194/94, inntatt i Reports 1997-VI  
Ringelsen mot Østerrike, klagenummer 2614/65, inntatt i Series A 13 fra 1971  
Jurisic and collegium mehrerau mot Østerrike, klagenummer 62539/00, ikke publisert  
H mot Storbritannia klagenummer 9580/81, inntatt i Series A A120 1987  
Maaouia mot Frankrike, klagenummer 39652/98, inntatt i Reports 2000-X  
Zander mot Sverige, klagenummer 14282/88, inntatt i Series A279-B 1993  
Terra Woningten mot Nederland, klage nummer 20641/9, inntatt i Reports 1996-VI  
Tinnelly & sons and others og McElduff and others mot Storbritannia, klagenumre 20390/92 og 21322/92, inntatt i Reports 1998-IV  
Golder mot Storbritannia, klagenummer 4451/70, inntatt i Series A nummer 18 fra 1975  
Gillow mot Storbritannia klagenummer 9063/80, inntatt i Series A nummer 109 fra 1986  
Obermeier mot Østerrike, klagenummer 11761/85, inntatt i Series A nummer 179 fra 1990  
Roseiro Bento mot Portugal, klagenummer 29288/02, ikke publisert  
H mot Storbritannia klagenummer 11559/85, ikke publisert  
Kingsley mot Storbritannia, klagenummer 35605/97, ikke publisert  
Kreuz mot Polen klage nummer 28249/95, inntatt i Reports 2001-VI  
Musumeci mot Italia, klage nummer 33695/96, ikke publisert  
Albert and Le Compte mot Belgia, klagenumre 7299/75/ 7496/76, inntatt i Series A nummer 58 fra 1983  
Potocka mot Polen, klagenummer 33776/96, inntatt i Reports 2001-X  
Zumtobel mot Østerrike, klagenummer 12235/86, inntatt i Series A 268-A fra 1993  
Schmautzer mot Østerrike, klagenummer 15523/89, inntatt i Series A328-A  
Potocka mot Polen Klage nummer 33776/96, inntatt i Reports 2001-X

#### Avgjørelser av Den europeiske menneskerettighetskommissjon

Stefan mot Storbritannia, klage nummer 29419/95, ikke publisert  
Wickramasinghe mot Storbritannia Klage nummer 31503/96, ikke publisert  
ISKCON mot Storbritannia, klage nummer 20490/92, ikke publisert

#### Avgjørelser norske

Rt. 1906 s. 316  
Rt. 1933 s. 546 (Rådhusospits)  
Rt. 1974 s. 149 (Saudadommen)  
Rt. 1951 s. 19  
Rt. 1981 s. 775 (Isenedommen)

Rt-1987-612 (beviskontroll)  
Rt. 1990 s. 874  
Rt. 2003 s. 1287  
Rt. 1999 på side 922  
Rt. 2001 side 995  
Rt. 2000 side 996  
Rt. 2008-1409  
Rt. 2005 s. 833  
Rt. 1999 side 961 (Plenumsdom om tilleggsskatt)  
Rt. 1951 side 19 (Mortvedt)  
Rt. 1906 side 316 (læreravskjedigelse)