

Juhlajulkaisu
Pekka Vihervuori
1950 – 25/8 – 2020

Toimituskunta

Kari Kuusiniemi

Outi Suviranta

Veli-Pekka Viljanen

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. 09 6120 300

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat
Muotokuva julkaistaan taidemaalari Pasi Tammen ja
korkeimman hallinto-oikeuden luvalla

Kannen suunnittelu: Elina Malmi
Taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa
Taitto: Taittopalvelu Yliveto Oy

ISSN-L 0356-7222

ISSN 0356-7222 (painettu)

ISSN 2954-2863 (verkkojulkaisu)

ISBN 978-951-855-383-3

ISBN 978-951-855-702-2 (PDF)

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2020

Toril Marie Øie – Magnus Matningsdal

Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge

Innledning

Under Norges Høyesteretts besøk i Högsta forvaltningsdomstolen i 2009 fikk vi et godt innblikk i den finske domstolsordningen ved at forvaltningssakene – på samme måte som i Sverige – behandles i egne forvaltningsdomstoler. Gjennom mange hyggelige samvær med Pekka Vihervuori i de nordiske presidentmøtene og i seminarer i regi av ACA-Europe, har vi fått ytterligere kunnskap om den finske ordningen.

Domstolsordningen i Danmark, Island og Norge er annerledes, ved at de alminnelige domstolene også behandler forvaltningssakene. For Norges vedkommende avspeiles det i Grunnloven § 88 første ledd første punktum, som fastsetter at «Høyesterett dømmer i siste instans», og som innebærer at Norge har én øverste domstol. Rett nok fastsetter første ledd andre punktum at «[d]og kan innskrenkninger i adgangen til å få Høyesteretts avgjørelse bestemmes ved lov». Denne bestemmelsen åpner for å gjøre mindre innskrenkninger i Høyesteretts kompetanse, men det ville være grunnlovsstridig å unnta hele forvaltningsområdet.¹

Grunnlovsbestemmelsen ville derimot ikke være til hinder for at man i første- og andreinstans hadde opprettet særskilte forvaltningsdomstoler forutsatt at avgjørelse i siste instans kunne overprøves av Høyesterett. Men det er altså ikke tilfellet.

Etableringen av domstolskontroll med forvaltningen

Ved freden i Kiel 14. januar 1814 ble den mer enn 400 år lange unionen mellom Danmark og Norge avsluttet ved at kong Fredrik 6. avstod Norge til kongen av Sverige. Det norske folket motsatte seg denne løsningen, og våren 1814 møtte folkevalgte til en grunnlovsfor-

¹ I Norsk Retstidende (Rt.) 1980 s. 52 uttaler Høyesterett at «[g]ode grunner kan tale for at det ikke vil være i samsvar med grunnloven § 88 å avskjære enhver anke til Høyesterett i store grupper av saker, for eksempel saker om det offentliges erstatningsansvar ved ekspropriasjon eller andre reguleringer, saker om kjøp og forsikring eller saker om eiendomsforbehold og pant» (s. 58).

samling på Eidsvoll noen mil nord for Oslo, hvor de utarbeidet en norsk grunnlov som ble vedtatt 17. mai 1814. Sverige aksepterte ikke denne løsningen, og etter en kort krig på ettersommeren 1814 måtte Norge kapitulere.² Fra høsten 1814 gikk Norge inn i en personalunion med Sverige, som varte til 1905. Den 4. november 1814 ble det med sikte på den forestående unionen foretatt noen mindre justeringer i Grunnloven, som i § 1 fortsatt presiserte at Norge var et «frit, selvstændigt og uafhængeligt Rige».

Før unionsoppløsningen var den dansknorske Høyesterett i København øverste domstol i Norge. Som en naturlig konsekvens av unionsoppløsningen måtte det etableres en egen norsk Høyesterett – noe som ble fastsatt i Grunnloven § 88. Etableringen av Høyesterett startet omtrent umiddelbart etter vedtakelsen av Grunnloven, og allerede i statsråd 27. september 1814 ble de første dommerne oppnevnt. Forhandlingene i første sak ble gjennomført 30. juni 1815, som vi regner som Høyesteretts grunnleggingsdag.

Ved utarbeidningen av Grunnloven forelå det flere utkast. Et sentralt utkast var det Adler-Falsenske grunnlovskastet. Den ene forfatteren av dette utkastet, Christian Magnus Falsen, var på den tiden sorenskriver, det vil si dommer, i nærheten av Oslo, og han ble Høyesteretts andre justitiarius (1827–1830). I 1818 utgav han boken «Norges Grundlov: gennemgaaet i Spøragsmaal og Svar». På s. 149 kommer han inn på domstolenes innflytelse i det fremtidige Norge:

«Gjelder nu dette om National-Repræsentationen, om Nationens lovgivende Forsamling, hvorledes vil man da kunne kalde de Embedsmænd, som ikke have andet at gjøre end at anvende Lovens Bud paa de enkelte forekommende Tilfælde, en Magt? National-Repræsentationen besidder dog een af Magtens Bestanddele, nemlig Villie, men Domstolene have ingen av dem. Lovene ere deres Villie, regjeringen deres Kraft. Selv ere de Intet, uden det Organ eller Redskab, hvorigjennem Lovens Villie i forekommende Tilfælde kundgjøres Folket.»

Til dette pessimistiske utsagnet er det interessant å merke seg at samme år, altså i 1818, slo Høyesterett fast domstolenes kompetanse til å overprøve forvaltningsvedtak:

Etter innføringen av eneveldet i 1660 hadde det vært ansett som selvmotsigende og i strid med styreformens idé at domstolene med Kongen som øverste dommer kunne prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak. Denne læren ble tilsidesatt i saken om stortingsmann, overkrigskommissær Sebbelows ligningsklage. Sakens bakgrunn var at det var foretatt utpanting – utmåtning – hos ham for skyldig skatt, og saken gjaldt gyldigheten av den underliggende ligningen. Under dissens 4-3 kom Høyesterett til at domstolene kunne overprøve ligningen, og opphevet utpantingen. På den tiden ble ikke Høyesteretts begrunnelse gjort offentlig kjent, men voteringsprotokollen viser at flertallet la vekt på borgernes behov for rettsbeskyttelse

² Krigen ble avsluttet med Mossekonvensjonen av 15. august 1814.

overfor det offentlige. Når man ser hen til den store betydningen som forvaltningsvedtak har for den enkelte i dag, traff Høyesterett godt med kjernen i sin begrunnelse.

Noen tiår senere etablerte Høyesterett også læren om at domstolene kan prøve lovers grunnlovsmessighet. Det er noe uklart nøyaktig når det skjedde,³ men etter justitiarius Lassons votum 1. november 1866 var det i alle fall ikke tvilsomt at domstolene har denne kompetansen. Ved grunnlovbeslutning 1. juni 2015 ble domstolenes «rett og plikt til å prøve at lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven» uttrykkelig tatt inn i Grunnloven § 89. Ved denne bestemmelsen ble altså ikke bare domstolskontrollen med lovgivningen gitt grunnlovsbeskyttelse, men også kontrollen med enkeltvedtak og forskrifter i den utstrekning det kan være spørsmål om grunnlovsstrid.

Ved ny grunnlovsbeslutning 14. mai 2020 ble § 89 endret. Bestemmelsen fastsetter nå at domstolenes rett og plikt omfatter å prøve «om det strider mot Grunnloven å anvende en lovbestemmelse, og om det strider mot Grunnloven eller landets lover å anvende beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet». Det fremgår av Innst. 258 S (2019-2020) at for domstolskontrollen med lovgivningen var formålet å presisere at kontrollen skal rette seg mot «lovens anvendelse i den enkelte sak», og ikke lovens generelle grunnlovsmessighet. Og for kontrollen med forvaltningsavgjørelser var formålet at bestemmelsen også «omfatter forvaltningens binding til loven, altså legalitetskontroll», og å presisere at den ikke er begrenset til beslutninger av «statens» myndigheter.

I de mellomliggende 200 år har prøvingen blitt utviklet både på overordnet nivå og detaljnivå, og domstolene, med Høyesterett i spissen har gradvis utvidet kontrollen. Det vil føre for langt i denne artikkelen å gå detaljert inn på denne utviklingen, men vi kommer senere tilbake til noen eksempler fra nyere tid.⁴ Og i Rt. 2001 s. 995 uttaler Høyesterett at «[d]omstolskontrollen med forvaltningen har utviklet seg gjennom meget langvarig domstolpraksis, og er i dag sikker sedvanerett, dels av konstitusjonell karakter» (s. 1000).

I denne artikkelen skal vi gi en oversikt over hvordan overprøvingen av forvaltningsvedtak foregår i Norge. Da klagebehandling i forvaltningen utgjør en sentral del av det norske systemet, gir vi først en generell oversikt over denne ordningen.

³ Se bl.a. Slagstad i Nytt norsk tidsskrift, 1989 s. 333–355.

⁴ I Jussens Venner 2009 s. 254–263 har advokatene Nisja og Reusch, den gang ved regjeringsadvokatembetet, i artikkelen «Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer» gjennomgått utviklingen i Høyesteretts praksis i senere år. I intimasjonen skriver de: «Det har vært hevdet at utviklingen går i retning av stadig mer vidtgående prøving. Nyere praksis bekrefter imidlertid at hovedtrekkene ligger relativt fast.»

Klagebehandling i forvaltningen

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 28 første ledd fastsetter at «[e]nkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen)». I lovens § 2 første ledd bokstav b defineres enkeltvedtak som «et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer».

Om klageinstansens kompetanse fastsetter lovens § 34 andre ledd at den kan prøve «alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham». Klageinstansen kan dermed prøve alle sider av saken, også den rent skjønnsmessige vurderingen av hva et vedtak bør gå ut på.⁵ Paragraf 34 andre ledd tredje punktum oppstiller imidlertid en prinsipielt sett viktig begrensning for tilfeller hvor et statlig organ overprøver et vedtak av en fylkeskommune eller en kommune. Organet skal da «legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn».⁶

Forvaltningsloven § 36 første ledd inneholder videre en prinsipielt sett viktig regel om at «[n]år et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det».

Utgangspunktet og hovedregelen er, som det fremgår av § 28, at vedtaket overprøves av nærmest overordnede organ. På praktisk viktige områder er det imidlertid opprettet særskilte klageorganer:

Det praktisk sett viktigste organet er *Utlendingsnemnda*. Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 75 andre ledd første punktum fastsetter at «[l]oven gjennomføres av Kongen, departementet, Utlendingsnemnda, Utlendingsdirektoratet, politiet og andre offentlige myndigheter». De viktigste organene i vår sammenheng er Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE). Utlendingsdirektoratet treffer de praktisk sett viktige vedtakene om asyl, adgang til opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket og om familieinnvandring – utlendingsloven kapittel 4-6. For disse vedtakene og andre vedtak av Utlendings-

⁵ Det kan imidlertid forekomme at det følger av den loven som regulerer de materielle vilkår for vedtaket, at klageorganet ikke kan legge vekt på opplysninger som ikke var forelagt vedtaksorganet. Et eksempel på det finner man i Rt. 2013 s. 1187.

⁶ Denne begrensningen er begrunnet i Europarådets charter 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre artikkel 2, som fastsetter at prinsippet om lokalt selvstyre «shall be recognized in domestic legislation, and where practicable in the constitution».

dingsdirektoratet i første instans er Utlendingsnemnda klageinstans, jf. lovens § 76 første ledd andre punktum.

Utlendingsnemnda ledes av en direktør som må oppfylle kravene til å være dommer. Den har dessuten en rekke nemndledere som også må oppfylle kravene til å være dommer, jf. lovens § 77 andre og tredje ledd. I tillegg følger det av § 77 fjerde ledd at det skal opprettes et utvalg av nemndsmedlemmer. I den enkelte saken skal det normalt delta én nemndleder og to nemndsmedlemmer. I viktige saker kan nemnda settes med tre nemndledere og fire nemndsmedlemmer. Dersom saken omvendt ikke byr på tvil, kan den avgjøres av en nemndleder alene, jf. lovens § 78. De aller fleste sakene avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling. Utlendingsnemnda avgjør sakene som et «uavhengig organ», jf. § 77 første ledd.

Med den betydelige tilstrømningen av asylsøkere spiller disse organene en svært viktig rolle. I 2017 behandlet Utlendingsnemnda 14 414 saker, mens antallet som følge av redusert tilstrømning i 2018 var 9690 saker. Av disse sakene ble det i de samme årene gjennomført henholdsvis ca. 475 og 300 nemndsmøter med personlig frammøte. Dessuten gjennomføres det i enkelte saker under saksforberedelsen en muntlig partssamtale uten at saken deretter behandles i nemndsmøte. Betydningen for domstolene av denne klageordningen viser seg ved at Oslo tingrett, som etter utlendingsloven § 79 tredje ledd er vernet i disse sakene, de siste årene har mottatt 120 til 150 saker i året. Av disse sakene ankes dommen til lagmannsretten i 50 til 60 saker. Om ankesaker som behandles av Høyesterett vises det til avsnitt 10.

Et annet praktisk viktig område er saker om *skatt* og *merverdiavgift*. Klageordningen for disse vedtakene reguleres nå av lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven). Lovens § 2-1 fastsetter at «[s]kattekontoret, Skattedirektoratet, Skatteklagenemnda og sekretariatet for Skatteklagenemnda er myndigheter for formues- og inntektskatt, Jan Mayen-skatt, artistskatt, arbeidsgiveravgift, finansskatt på lønn og merverdiavgift». For petroleumsskatt er myndighetene Oljeskattekontoret og Klagenemnda for petroleumsskatt, jf. § 2-2.

For saker etter § 2-1 er Skatteklagenemnda klageorgan, mens Klagenemnda for petroleumsskatt er klageorgan for petroleumsskatt. Nemndsmedlemmene oppnevnes av departementet, jf. § 2-8 første ledd. For å sikre klagenemndenes uavhengighet fastsetter § 2-9 første ledd at departementet, Skattedirektoratet, skattekontoret eller Oljeskattekontoret verken generelt eller i enkeltsaker kan instruere disse klagenemndene. Det samme gjelder for forholdet til sekretariatet for Skatteklagenemnda, jf. § 2-9 tredje ledd. I 2017 og 2018 behandlet Skatteklagenemnda henholdsvis 3077 og 2614 saker. For Klagenemnda for petroleumsskatt er de tilsvarende tallene 8 og 6. De sistnevnte sakene gjelder av naturlige grunner normalt svært høye beløp.

Det fremgår av Skatteetatens årsrapport for 2018 at det i 2017 og 2018 ble mottatt henholdsvis 35 og 31 saksanlegg mot vedtak truffet av Skatteklagenemnda. Det er også adgang

til å anlegge sak mot et ligningsvedtak uten forutgående klage, men vi har fått opplyst at det skjer veldig sjelden. Basert på undersøkelser i Lovdata synes bare én sak om petroleums-skatt å ha blitt brakt inn for domstolene i den samme perioden.

I tillegg til disse klageorganene er det opprettet en rekke ytterligere klagenemnder for overprøving av forvaltningsvedtak. I NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov s. 368–369 opplyses det at det i 2014 var opprettet 50 forskjellige klagenemnder som behandler klage over forvaltningsvedtak.⁷ Om begrunnelsen for opprettelsen av slike klagenemnder uttales det i innstillingen s. 367–368:

«Begrunnelsen varierer, og ofte ligger flere grunner bak. Det kan være et ønske om å sikre en faginnsikt som et overordnet forvaltningsorgan ikke vil ha, eller en større uavhengighet for klageinstansen med avstand til de ordinære forvaltningsorganene. Begge deler kan hevdes å gi en mer betryggende klageordning som styrker tilliten til klagebehandlingen. I noen tilfeller har et ønske om en viss interesserepresentasjon ved avgjørelsen av klager spilt inn.

En viktig begrunnelse for noen klagenemnder er å avlaste eller spare overordnede organer (eller domstolene) for arbeid, enten på grunn av saksmengden, eller fordi klagesakene kan reise spørsmål som det ordinære forvaltningsapparat – f.eks. et departement – ikke har særlige forutsetninger for å vurdere.»

Forvaltningsorganer som har betydelige likhetstrekk med ordinær domstolsprøving

Selv om Norge ikke har egne forvaltningsdomstoler, har vi likevel viktige organ som formelt sett er et forvaltningsorgan, men som likevel har betydelige likhetstrekk med en domstol.

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker er opprettet med hjemmel i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) kapittel 7. Fylkesnemndas sentrale oppgave er å treffe vedtak om omsorgsovertakelse av barn etter begjæring fra barnevernet i den enkelte kommune, og i tillegg å ta avgjørelser som står i nær tilknytning til slike vedtak. Fylkesnemnda treffer altså vedtak i første instans, og den er dermed ikke noe klageorgan. Vi finner det likevel naturlig også å omtale fylkesnemnda i denne sammenheng.

I den enkelte saken ledes forhandlingen av en person som oppfyller kravene til dommer - nemndlederen. Vedkommende er altså jurist. Nemnda består i tillegg til nemndlederen

⁷ Som eksempel kan nevnes Klagenemnden for industrielle rettigheter som i henhold til lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter § 26 behandler klager over avgjørelser truffet av Patentstyret, Konkurransklagenemnda som i henhold til lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger § 20 a behandler klager over vedtak truffet av Konkurransetilsynet og Personvernemnda som i henhold til lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger § 22 behandler klager over avgjørelser truffet av Datatilsynet.

av ett fagkyndig medlem, ofte en psykolog, samt en person fra et utvalg av personer som er valgt av kommunestyret, jf. barnevernloven § 7-5. Det gjennomføres et møte som har betydelige likhetstrekk med en ordinær hovedforhandling for tingretten, jf. lovens § 7-3, og det utarbeides grundige begrunnelser for vedtaket. Fylkesnemnda er et uavhengig organ og kan ikke instrueres i enkeltsaker.

Fylkesnemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) kapittel 36. Det forholdsmessige antallet saker som bringes inn for tingretten, er relativt høyt. I 2018 traff fylkesnemnda, med unntak for akuttvedtak, 2001 vedtak. Samme år ble det begjært rettslig overprøving av 1035 vedtak ved tingrettene. Fylkesnemnda er et uavhengig organ og kan ikke instrueres fra noe hold. Det er derfor en begrenset ankeadgang til lagmannsretten, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd, og dermed i neste omgang til Høyesterett. De siste årene har 300–350 tingrettsdommer blitt anket til lagmannsrettene, men på grunn av den nevnte begrensningen blir de fleste sakene nektet fremmet. En ikke ubetydelig andel av disse ankenektelsene blir anket til Høyesterett. I perioden 2016–2018 har Høyesterett dessuten i avdeling i alt behandlet fire barnevernssaker.

EMD har i storkammerdom 10. september 2019 i saken *Strand Lobben and others v. Norway* (application no. 37283/13) i en sak om omsorgsovertakelse med tvangsadopsjon konkludert med at Norge i den saken hadde krenket EMK artikkel 8 om retten til privatliv (dissens 13-4). Siden har EMD avsagt flere kammeravgjørelser hvor det er konstatert krenkelse. Som en konsekvens av Strand Lobben dommen overførte Høyesterett fire⁸ barnevernssaker til behandling i storkammer med 11 dommere. Avgjørelser i sakene forelå i mars 2020. I kjølvannet av disse sakene er ytterligere barnevernssaker henvist til behandling i Høyesterett i avdeling med fem dommere.

Trygderetten er et annet praktisk viktig tvisteløsningsorgan som også formelt sett er et forvaltningsorgan. Dette organet reguleres i lov 16. desember 1966 om anke til Trygderetten (trygderettsloven). I lovens § 1 første ledd er det lovfestet at Trygderetten er et «uavhengig og upartisk» organ som skal behandle trygde- og pensjonstvister anlagt av en borger. Det er ikke adgang til å bringe disse sakene inn for retten før de er behandlet av Trygderetten, jf. lovens § 26 andre ledd.

Saksbehandlingen i Trygderetten har betydelige likhetstrekk med domstolsbehandling, men i motsetning til fylkesnemnda avgjøres de fleste sakene på grunnlag av skriftlig behandling. I 2018 avgjorde Trygderetten 4146 saker. Disse avgjørelsene kan bringes direkte inn for lagmannsretten, jf. trygderettsloven § 26 første ledd, og eventuelt ankes til Høyesterett. På Trygderettens hjemmesider er det opplyst at ca. to prosent av vedtakene blir brakt

⁸ Reelt sett tre, idet to saker gjelder samme barn hvor moren har anket over omsorgsovertakelsen og faren over samværet.

inn for domstolene for overprøving – noe som samsvarer godt med Domstoladministrasjonens statistikk som viser at lagmannsrettene årlig mottar ca. 100 saker av denne karakter. Dette viser at de fleste sakene om offentlig trygd og pensjon blir endelig avgjort av et uavhengig forvaltningsorgan.

Behandlingen av forvaltningssaker i domstolene – generelt

Klagebehandling i forvaltningen er langt billigere enn å anlegge søksmål for domstolene. Som vi allerede har nevnt, har dessuten klageinstansen normalt full kompetanse til å prøve alle sider av saken – herunder den rent skjønnsmessige vurderingen av om en tillatelse eller et pålegg skal gis. Klageinstansen har dermed gjennomgående mer omfattende kompetanse enn domstolene – noe vi kommer tilbake til i avsnitt 6 flg. Og for det tredje er de praktisk sett viktige klageorganene Trygderetten, Skatteklagenemnda og Klagenemnda for petroleumsskatt sikret full uavhengighet. Det samme gjelder i realiteten også for Utlendingsnemnda. Videre har disse klagenemndene medlemmer med spesialinnsikt i de faktiske og rettslige spørsmål som de blir forelagt. Som eksempel kan nevnes at i saker hvor det er tvist om hvorvidt det er grunnlag for uførepensjon, vil saken bli avgjort av en nemndleder som er jurist og med medisinsk kyndige medlemmer, jf. trygderettsloven § 3 andre ledd.

Disse forhold innebærer at klagebehandlingen gjennomgående er svært betryggende slik at de fleste klagerne aksepterer avgjørelsen i klageinstansen og ikke bringer saken inn for retten. Og selv om det følger av forvaltningsloven § 27 b at forutgående klagebehandling ikke er noe vilkår for å anlegge søksmål om vedtakets gyldighet, er nok de samme forhold også årsaken til at de aller fleste vedtakene påklages før de eventuelt i neste omgang bringes inn for retten. Som følge av denne holdningen i den norske befolkningen er det vårt inntrykk at det ikke er ofte forvaltningsorganet med hjemmel i forvaltningsloven § 27 b pålegger en part å benytte klageretten før det anlegges et eventuelt søksmål.

Hovedregelen er at søksmål om forvaltningsvedtak generelt sett kan bringes inn for samtlige norske tingretter. Et praktisk viktig unntak følger, som nevnt, av utlendingsloven § 79 tredje ledd som fastsetter at søksmål om vedtak av utlendingsforvaltningen må anlegges for Oslo tingrett. Videre følger det av lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven) § 63 at søksmål om de fleste patenttvister må anlegges for Oslo tingrett. Da disse sakene dessuten normalt krever spesialinnsikt i patentfaglige spørsmål, er det bare et mindre antall av dommerne i Oslo tingrett som behandler dem. Ut over de sistnevnte sakene hvor Oslo tingrett er tvungent vernet, praktiseres det utelukkende en beskjeden spesialisering blant dommerne ved behandlingen av sakene. Samtidig er det viktig å understreke at sakene som hovedregel undergis muntlig behandling i tingretten, hvor partene får anledning til å forklare seg og føre bevis, samtidig som deres prosessfullmektiger i et muntlig foredrag får

anledning til å fremsette de faktiske og rettslige anførslene som gjøres gjeldende, jf. tvisteloven § 9-9 første ledd.

Den som anlegger en sak for norske domstoler, må som hovedregel betale rettsgebyr. Rettsgebyret fra og med 1. januar 2020 er 1172 kroner, og for saksanlegg ved tingretten betales det fem ganger rettsgebyret, jf. lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr § 8 – altså 5860 kroner, det vil si i overkant av 575 Euro. For saker som tillates fremmet for lagmannsrett og Høyesterett, betales det 24 ganger rettsgebyret – altså 28 128 kroner, det vil si i overkant av 2800 Euro. Dersom hovedforhandlingen varer mer enn én dag, noe som ikke er uvanlig, øker gebyret. Eksempelvis vil tillegget i samtlige instanser utgjøre 12 ganger rettsgebyret dersom hovedforhandlingen varer i fem dager.

Etter rettsgebyrloven § 10 er en rekke sakstyper unntatt fra gebyrplikt. Av særlig interesse for forvaltningssakene er at trygde- og pensjonsrettssakene og saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren – herunder barnevernsakene, er unntatt. Utlendingssakene – typisk saker om avslag på asyl eller opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket – er derimot ikke unntatt. For utlendingssakene er det utelukkende gjort et beskjedent unntak for enkelte saker som berører grunnleggende nasjonale interesser. Skatte- og avgiftssakene er heller ikke unntatt.

Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven) regulerer partens mulighet til fri sakførsel – nærmere bestemt at staten særlig dekker salær til prosessfullmektigen samt et eventuelt rettsgebyr. Av særlig interesse er at det etter rettshjelploven § 16 første ledd innvilges fri sakførsel uten behovsprøving for den som et tvangstiltak retter seg mot i saker om overprøving av administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren, herunder særlig barnevernsakene. For saker som ikke omfattes av § 16 første ledd, kan det etter § 16 tredje ledd innvilges fri sakførsel dersom parten har en inntekt og formue under bestemte grenser fastsatt av departementet, og saken «objektivt sett berører søker i særlig sterk grad». For enslige søkere er inntektsgrensen i 2020 en bruttoinntekt på 246 000 kroner og formuesgrensen 100 000 kroner, mens den for ektepar og andre som lever sammen er en samlet bruttoinntekt på 369 000 kroner og en samlet formue på 100 000 kroner. Med inntektsforholdene i Norge i dag har de fleste parter i en forvaltningssak som ikke omfattes av § 16 første ledd, for høy inntekt til å oppnå fri sakførsel. Etter § 16 fjerde ledd er det imidlertid en beskjeden adgang til å dispensere fra disse grensene. Det bør imidlertid nevnes at dersom en forvaltningssak er henvist til behandling i Høyesterett, har Høyesterett etter rettshjelploven § 18 en relativt vid kompetanse til å innvilge fri sakførsel uavhengig av inntekts- og formuesgrenser for den private parten.

Denne gjennomgangen viser at det er knyttet en ikke ubetydelig økonomisk risiko til å anlegge en forvaltningssak i Norge dersom den ikke fører fram, og den ikke omfattes av ordningen med fri sakførsel i rettshjelploven § 16, idet man da må dekke egne utgifter til prosessfullmektig mv. som ofte utgjør store beløp. I denne sammenheng kan det nevnes at

selv om saker om overprøving av vedtak i Trygderetten er gebyrfri, omfattes de ikke av regelen om fri sakførsel uten behovsprøving i § 16 første ledd. De fleste partene i disse sakene risikerer dermed at de ikke blir innvilget fri sakførsel i saker som kan være temmelig kompliserte, og hvor det ofte vil være nødvendig å engasjere betydelig medisinsk sakkyndighet – noe som selvsagt øker de samlede utgiftene.

I tillegg er utgangspunktet at den tapende parten må dekke motpartens sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Fra dette utgangspunktet oppstiller imidlertid § 20-2 tredje ledd noen praktisk viktige unntak. Av særlig interesse for forvaltningssakene er tredje ledd bokstav c, som fastsetter at det kan gjøres unntak fra plikten til å dekke motpartens sakskostnader dersom «saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom tilsier slikt fritak». Som eksempel på anvendelse av denne unntaksregelen kan det vises til Rt. 2009 s. 619, hvor Høyesteretts ankeutvalg uttaler at «[d]en aktuelle saken gjelder et saksfelt – trygderett – som ifølge forarbeidene må anses å tilhøre bestemmelsens kjerneområde» (avsnitt 16). Da lagmannsretten ikke i tilstrekkelig grad hadde vurdert dette spørsmålet, ble sakskostnadsavgjørelsen som påla den private parten å betale staten kr 75 000 i sakskostnader opphevet.

Domstolenes kompetanse til å prøve forvaltningsvedtak – generelt

Som vi allerede har understreket, har klageinstansen som hovedregel kompetanse til å prøve alle sider av saken – herunder også de rent skjønnsmessige spørsmål den reiser. Domstolenes kompetanse er derimot ikke like omfattende. Dette skyldes blant annet at enkelte vedtak som forvaltningen treffer, i større eller mindre grad inneholder politiske og faglige elementer som det ikke er naturlig at domstolene overprøver. Det er f.eks. ikke naturlig at domstolene overprøver i hvilken utstrekning det skal gis tillatelse til skjenking av alkohol i en kommune.

På denne bakgrunn opererer vi i Norge med en grunnleggende sontring mellom saker som er undergitt *forvaltningens frie skjønn* og saker om *lovbundne vedtak*. Vi behandler dem i henholdsvis avsnitt 7 og 8.

Domstolenes kompetanse i saker med fritt skjønn

For mange forvaltningsavgjørelser følger det av hjemmelsloven at det er overlatt til forvaltningsorganets konkrete skjønn å avgjøre om en tillatelse skal gis – eventuelt om en eller flere personer skal pålegges en konkret plikt. Som ett blant mange eksempler kan det vises til

lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk mv., som i § 1-4 a fastsetter at «[s]alg, skjenking og tilvirkning av alkoholholdige drikker kan bare skje på grunnlag av bevilling etter denne lov». For salg og skjenking av alkohol følger det av lovens § 1-7 at slik tillatelse som hovedregel gis ved kommunal bevilling. Det konkrete skjønnet kan domstolene ikke prøve.

Dette innebærer imidlertid ikke at vedtaket er totalt unndratt domstolenes prøvingsrett. I henhold til fast praksis kan det gjøres gjeldende flere ugyldighetsgrunner mot slike vedtak. Og da tenker vi ikke på saker om skjenkebevillinger spesielt, men på saker generelt som er undergitt fritt skjønn.

For det første kan det anføres at vedtaket lider av *saksbehandlingsfeil*. Denne ugyldighetsgrunnen kan omfatte mange forskjellige omstendigheter – eksempelvis inhabilitet, at saken ikke er tilstrekkelig utredet⁹ eller at forvaltningen har brutt det kontradiktoriske prinsipp. I noen saker påberopes det at vedtaket ikke er tilstrekkelig begrunnet. Den mest kjente høyesterettsdommen om dette spørsmålet er Rt. 1981 s. 745 – Isene – hvor Høyesterett kjente et vedtak om bruk av statens forkjøpsrett ugyldig. Høyesterett stilte her krav til begrunnelsen som gikk langt ut over de krav som fulgte av ordlyden i forvaltningsloven § 25. I den sammenheng uttaler førstvoterende¹⁰ (s. 748):

«Jeg finner det klart at jordloven må forstås slik at det ikke kan gripes inn med forkjøpsrett med mindre det må anses rimelig klart at man ved inngrepet oppnår et resultat som er bedre vurdert ut fra lovens formålsbestemmelse enn resultatet av det salg som det er spørsmål om å gripe inn i. Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn. Ikke minst må dette gjelde når resultatet av vedtaket fremtrer som så lite rimelig som tilfellet er her. I denne sak etterlater departementets avgjørelse tvil om alle relevante forhold har vært overveiet, selv om de har vært kjent.»

I Rt. 2000 s. 1056 er denne avgjørelsen utdypet i en ny sak om bruk av statens forkjøpsrett, hvor førstvoterende understreker at kravet avhenger av hvor inngripende vedtaket er, og at «[h]vor detaljerte krav som skal stilles, må etter min mening bero på vedtakets karakter» (s. 1063).

⁹ En i sin tid svært mye omtalt sak var da USA ville bygge ny ambassade utenfor Oslo sentrum, og hvor det nye bygget ville berøre deler av et populært turområde. Forut for omreguleringen hadde ikke Oslo kommune gjennomført pliktig konsekvensutredning. Høyesterett kom likevel til at denne feilen ikke hadde slik betydning at det måtte føre til ugyldighet, jf. Rt. 2009 s. 661.

¹⁰ I Norges Høyesterett har vi personlige vota. Etter at saken er tatt opp til doms, utpeker rettsformannen hvem av dommerne som skal skrive utkast til dom. Dersom de fire øvrige dommerne tiltrer dette votumet, uttaler annevoterende at «Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende», mens de tre øvrige dommerne sier «Likeså».

For saksbehandlingsfeil fastsetter forvaltningsloven § 41 at vedtaket likevel er gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets gyldighet». I Rt. 2009 s. 661 om manglende konsekvensutredning ved omregulering uttaler førstvoterende at i dette «ligger ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning. Det er tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet» (avsnitt 71). Vurderingstemaet presiseres deretter nærmere i avsnitt 72 hvor det heter:

«Vurderingen beror på de konkrete forhold i saken, herunder hvilke feil som er begått og vedtakets karakter. Der saksbehandlingsfeilen har ledet til mangelfullt eller uriktig avgjørelsesgrunnlag på et punkt av betydning for vedtaket, eller feilen på annen måte innebærer tilsidesettelse av grunnleggende fordringer til forsvarlig behandling, skal det gjennomgående nokså lite til.»

Dette har Høyesterett gjentatt i HR-2017-2247-A avsnitt 95, som også gjaldt manglende konsekvensutredning.

Nær beslektet med saksbehandlingsfeil er at vedtaket bygger på *feil faktum*. Dette kan skyldes mangelfull utredning – herunder brudd på det kontradiktoriske prinsipp, men kan selvsagt også skyldes at forvaltningsorganet har mottatt uriktige faktiske opplysninger av betydning for vedtaket – eventuelt har misforstått de opplysningene som ble gitt.

En tredje aktuell feil er *manglende lovhjemmel*. Nær beslektet med denne feilen er at vedtaket er truffet av *feil organ*.

I tillegg til disse feilene kan det også være aktuelt å påberope at det har skjedd *myndighetsmisbruk* som har vært brukt som en samlebetegnelse for at en part har blitt utsatt for *usaklig forskjellsbehandling*, at det er tatt *utenforliggende hensyn*, at vedtaket er *vilkårlig* eller at det er *klart urimelig*.

For så vidt gjelder tilfeller hvor det anføres *usaklig forskjellsbehandling*, bør det for det første understrekes at forvaltningen selvsagt kan foreta en omlegging av praksis uten at det kan påberopes som ugyldighetsgrunn. Ut over dette må det sondres mellom to typetilfeller: Dersom vedtaket favoriserer en enkelt person, men ikke er til skade for andre parter i saken, skal det nok mye til for at det vil bli kjent ugyldig. Det er altså når ugyldighet vil være til gunst for parten fordi vedkommende har blitt behandlet dårligere enn andre at spørsmålet blir aktuelt. Et illustrerende eksempel finner man i Rt. 1956 s. 29:

Denne saken gjaldt krav om erstatning fra en kvinne som hadde fått avslag på søknad om drosjebevilling begrunnet med at hun hadde søkt for sent. De andre som hadde søkt etter fristens utløp, hadde derimot fått søknaden innvilget. Byretten kom til at hun hadde blitt utsatt for usaklig forskjellsbehandling når hun ikke hadde fått forklare hvorfor hun hadde søkt etter fristens utløp, og kjente vedtaket ugyldig. For Høyesterett var spørsmålet utelukkende om hun hadde krav på erstatning som følge av den forskjellsbehandlingen hun var utsatt for. Dette kravet ble tatt til følge.

Forutsetningen for at retten skal kunne legge til grunn at det har skjedd en usaklig forskjellsbehandling, er at den «blir gitt nødvendig kunnskap om andre avgjørelser av sammenliknbare saker», jf. Rt. 2009 s. 1374 avsnitt 50. I den sammenheng kan det selvsagt ikke påberopes at man har blitt utsatt for usaklig forskjellsbehandling fordi ytelsene er bedre i nabokommunen.

Ugyldighetsgrunnen *utenforliggende hensyn* tar sikte på tilfeller hvor vedtaket bygger på momenter som loven ikke gir anledning til å legge vekt på. En mye omtalt dom fra før andre verdenskrig er Rt. 1933 s. 548 – Raadhushospitsdommen.

I denne saken hadde Oslo formannskap med 11 mot 10 stemmer nektet en hotelleier fornyelse av skjenkebevillingen. Da retten fant at i alle fall én av flertallet hadde begrunnet sitt standpunkt i et ønske om å støtte fagforeningen som hotellet var i konflikt med, kom Høyesterett til at vedtaket var «lovstridig», og hotelleieren var berettiget til erstatning for det tapet som var lidt.

Vi har også eksempler på at vedtak har blitt kjent ugyldig fordi de var *sterkt urimelig*. Den mest kjente avgjørelsen er Rt. 1951 s. 19 – Mortvedtdommen.

I denne saken hadde fire drosjeeiere som ved det tyske overfallet på Norge 9. april 1940 hadde drosjebevilling, etter krigen blitt nektet å drive drosjetrafikk fordi de under krigen hadde vært passive medlemmer av det norske nazistpartiet. Høyesterett kom til at det i og for seg var adgang til å legge vekt på søkerens unasjonale holdning under krigen, men reagerte mot at en så beskjedne bistand til fienden skulle medføre tap av retten til å utøve deres yrke. Førstvoterende oppsummerte sin vurdering slik (s. 23–24): «Slik som de konkrete forhold her lå an, kunne det ikke være grunn til å avslå søknadene om nye bevillinger. Det står for meg som et åpenbart støtende resultat at de fire eldre drosjeeiere skulle være utelukket fra sitt gamle yrke på grunn av passivt medlemskap i N.S. når de hadde betalt sine bøter og endog fått sine rettigheter igjen. Tross den adgang som domstolene etter vår rett har til å kontrollere forvaltningsorganenes utøvelse av 'det frie skjønn' er begrenset ... er det etter min mening så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning at Samferdselsdepartementets avgjørelse av 21. oktober 1950 må anses rettsstridig og derfor erklæres ugyldig.»

Frihagen: Forvaltningsrett, Bind III, fjerde utgave, 1992 uttaler på s. 265 at senere praksis «kan tyde på at Høyesterett vil vise større tilbakeholdenhet med å sette vedtak til side med direkte henvisning til at vedtaket er urimelig». Dette illustreres av to avgjørelser noen år senere: I Rt. 1997 s. 374 uttaler førstvoterende (s. 382–383) at det skal «meget til før en forvaltningsavgjørelse kan underkjennes med den begrunnelse at den er *kvalifisert urimelig*» (uthevet her). Og i Rt. 1997 s. 1784 gjentar førstvoterende at det skal «svært mye til» (s. 1795) for at et forvaltningsvedtak skal kunne tilsidesettes på dette grunnlag.¹¹

¹¹ I Rt. 2008 s. 560 avsnitt 48 brukes vilkåret «kvalifisert urimelig», i Rt. 2009 s. 1374 avsnitt 54 og Rt. 2013 s. 449

De avgjørelsene som er omtalt foran om myndighetsmisbruk, er av eldre dato, men de nevnte ugyldighetsgrunnene kan fortsatt være aktuelle i enkeltsaker. Etter vår oppfatning er det imidlertid i dag et langt høyere bevissthetsnivå i norsk forvaltning om hvilke hensyn det kan legges vekt på. Dette illustreres av at vi ikke er kjent med at Høyesterett de siste 15 årene har kjent et forvaltningsvedtak ugyldig på dette grunnlaget.¹² Rimelighetssensuren kommer i dag primært til uttrykk gjennom de krav som stilles til begrunnelsen for vedtaket ved at kravet avhenger av hvor inngripende vedtaket er, jf. Rt. 1981 s. 745 og Rt. 2000 s. 1056 som er omtalt foran.

Til illustrasjon kan det nevnes at i NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov er det om utøving av forvaltningsskjønn som ny § 40 foreslått at «[f]orvaltningsorganet skal ikke legge vekt på utenforliggende hensyn. Forvaltningsskjønnet skal ikke være vilkårlig eller innebære usaklig forskjellsbehandling». I de særlige motivene til bestemmelsen uttales det på s. 598:

«Lovfestingen er ikke ment å innebære noen realitetsendringer. Det siste elementet i den tradisjonelle læren om myndighetsmisbruk – at et vedtak blir ugyldig hvis det er grovt urimelig – har ikke vært brukt av domstolene til å sette vedtak til side på mange år, selv om muligheten har vært nevnt i domspremissene. Det skiller seg derfor fra de andre elementene som er tatt opp i utk. § 40, og er av den grunn utelatt fra bestemmelsen.»

Overprøving av lovbundne vedtak

Lovbundne forvaltningsvedtak er vedtak hvor parten har krav på en tillatelse, ytelse mv. dersom lovens vilkår er oppfylt – eventuelt at vedkommende kan pålegges en plikt. Ved slike vedtak har domstolene full prøvingsrett og kan prøve alle sider av saken.

Denne kompetansen innebærer at domstolene ikke bare kan prøve den generelle lovtolkningen, men også subsumsjonen. I en sak om uføretrygd etter lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd kapittel 10 kan altså domstolene ved overprøving av Trygderettens avgjørelse ikke bare prøve det rettslige innholdet i vilkåret om at «evnen til å utføre inntektsgivende arbeid (inntektsevnen)» må være «varig nedsatt med minst halvparten», lovens § 12-7, men også om vedkommende faktisk er i en slik tilstand.

avsnitt 68 «grovt urimelighet» og i Rt. 2011 s. 111 avsnitt 72 «sterkt urimelig». Disse formuleringene innebærer ingen realitetsforskjell, men viser at terskelen for ugyldighet på dette grunnlaget er høy.

¹² Det må likevel nevnes at i Rt. 2015 s. 795 kom Høyesteretts flertall – tre dommere – til at en kommune ikke hadde hjemmel for å avkreve Hurtigruten, som året rundt trafikkerer strekningen fra Bergen til Kirkenes, passasjerlederlag for bruk av havnevesenets havneanlegg. Flertallet begrunnet sitt standpunkt med at det ikke var adgang til å avkreve slikt vederlag når skipene ankret opp utenfor havnen, men én av dommerne, rettsformannen, uttalte at «myndighetsmisbrukslæren ikke bare gjelder ved myndighetsutøvelse, men også når offentlige organer utøver forretningsvirksomhet eller på annen måte opptrer med hjemmel i privatautonomien» (avsnitt 73). Etter hans vurdering kunne kravet dermed også kjennes ugyldig begrunnet i usaklig forskjellsbehandling, idet cruise-skip som heller ikke anvendte noe kaianlegg, ble behandlet på en annen måte (avsnitt 84).

I praksis er det særlig når loven bruker skjønnsmessige kriterier at det kan oppstå spørsmål om hvor langt domstolene kan eller bør gå i overprøvingen av det konkrete forvaltningsskjønnet. Dette skyldes ikke minst at norske domstoler ikke praktiserer samme spesialisering blant dommerne som tilfellet kan være i en forvaltningsdomstol. Vedtaket kan dessuten være truffet av et forvaltningsorgan som har bred erfaring fra og ekspertise på det aktuelle forvaltningsområdet. I tingrettene og lagmannsrettene kan man rett nok supplere retten med fagkyndige meddommere, jf. tvisteloven §§ 9-12 og 29-17, men denne muligheten står ikke åpen for Høyesterett, som må nøye seg med å oppnevne sakkyndige. Til tross for disse mulighetene kan domstolene ha noe begrensede faktiske muligheter til å overprøve de skjønnsmessige vurderingene som er foretatt i forvaltningen.

Avgjørelsen i Rt. 1995 s. 427 er illustrerende for hvordan Høyesterett forholder seg til dette spørsmålet. Saken gjaldt spørsmål om fredning av to vann med omgivelser som naturreservat. Etter dagjeldende lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern § 8 var lovens vilkår at det var tale om «urørt, eller tilnærmet urørt natur eller utgjør spesiell naturtype og som har særskilt vitenskapelig eller pedagogisk betydning eller som skiller seg ut ved sin egenart». Tvisten gjaldt konkret om man stod overfor en «spesiell naturtype». I denne saken anførte staten at domstolenes kompetanse var begrenset til å prøve lovtolkningen og ikke subsumsjonen. Til denne anførselen uttaler førstvoterende (s. 1433):

«Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel må de særskilt begrunnes. I det foreliggende tilfelle måtte begrunnelsen i tilfelle søkes i de skjønnsmessige formuleringer i naturvernloven § 8. Jeg kan imidlertid ikke se at disse formuleringer er slik at de i seg selv skulle indikere at det her ikke skal være domstolsprøvelse av den konkrete rettsanvendelse.»

Annenvoterende kom derimot til at Høyesterett ikke kunne prøve subsumsjonen i relasjon til det aktuelle begrepet (s. 1435). Dette fikk tredjevoterende til å uttale følgende (s. 1436):

«Ved vurderingen av spørsmålet om i hvilken utstrekning forvaltningens avgjørelser etter naturvernloven § 8 kan overprøves av domstolene, bør utgangspunktet etter mitt syn tas i lovens ordlyd. Slik § 8 første punktum er utformet, kan jeg ikke se at det er holdepunkter for å forstå bestemmelsen slik at den bare angir retningslinjer for forvaltningens skjønn. Den må, slik jeg ser det, leses slik at det som angis er vilkår for at et område *kan* gjøres til gjenstand for et fredningsvedtak. Om de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet.»

Dette utsagnet fikk tilslutning fra fjerde- og femtevoterende. Høyesteretts flertall oppstilte dermed som kriterium at det kreves «sikre» holdepunkter for at domstolene ikke skal kunne prøve subsumsjonen.

I Rt. 2004 s. 1092 kom Høyesterett tilbake til denne avgjørelsen. Spørsmålet var blant annet i hvilken utstrekning domstolene kunne overprøve forvaltningens vurderinger i en fredningssak. Under henvisning til den dagjeldende lov 9. juni 1978 nr. 49 om reindrift § 11 hadde staten fredet et areal innenfor et reinbeitedistrikt for beiting med rein. Fredningen var begrunnet i at reinen til stadighet kom inn på dyrket mark – noe som hadde ført til vedvarende konflikter mellom reindriften og landbruket. Det avgjørende kriteriet etter lovens § 11 andre ledd var om «særlige hensyn» tilsa fredningen. Om domstolenes overprøving av dette vilkåret uttaler førstvoterende (avsnitt 70):

«I utgangspunktet vil den nærmere vurderingen av om 'særlige hensyn' foreligger, være et skjønn som domstolene bør være tilbakeholdne med å overprøve, jf. blant annet Rt. 1995 side 1427. Vedtaket vil i stor grad måtte bygge på en avveining av reindriftsfaglige og landbruksfaglige hensyn, basert på lokalkunnskap og konkrete observasjoner. Et sentralt spørsmål vil her være hvilke virkemidler som konkret er mest egnet til å oppnå målet – å redusere konflikten – vurdert opp mot ulempene som påføres de berørte. Dette er avveininger domstolene normalt vil være lite egnet til å foreta.»

Selv om det i Rt. 1995 s. 427 ble krevd «sikre» holdepunkter for at den konkrete subsumsjonen ikke skal kunne prøves, kom altså Høyesterett her til – naturlig nok – at i en sak hvor det måtte foretas en interesseavveining mellom to yrkesgrupper, hadde forvaltningen de klart beste forutsetningene for på forsvarlig måte å foreta denne avveiningen.

I tillegg til de to typetilfellene som vi her har nevnt, kan det i praksis oppstå ulike typesituasjoner hvor intensiteten i overprøvingen vil måtte variere. Av plasshensyn begrenser vi oss til å gi ett ytterligere eksempel:

I Rt. 1975 s. 603 kom Høyesterett til at domstolene har full prøvingsrett i saker som gjelder Patentstyrets patentavslag, og dermed også kan prøve den skønnsmessige vurderingen i den sammenheng. Samtidig understreker førstvoterende at «det er all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med» (s. 606).¹³

Ett område må nevnes særskilt: Praktisk viktige vedtak berører Norges folkerettslige forpliktelser – ikke minst internasjonale konvensjoner om menneskerettighetene. Et viktig område er *utvisningssakene*. Her har spørsmålet vært i hvilken utstrekning domstolene kan

¹³ Dette standpunktet er gjentatt i Rt. 2008 s. 1555 avsnitt 40.

overprøve forvaltningens skjønnsmessige vurderinger. Den dagjeldende lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her ga i §§ 29 første ledd bokstav b og 30 andre ledd bokstav b hjemmel for å utvise utlendinger som var ilagt straff for straffbare handlinger av en viss alvorlighetsgrad. Etter begge bestemmelsene skulle det ikke treffes slik beslutning «dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmer». I Rt. 1995 s. 72 kom det opp spørsmål om i hvilken utstrekning domstolene kunne prøve denne vurderingen. Etter å ha gjennomgått lovens forarbeider, hvor man rett nok ikke direkte hadde drøftet domstolenes prøvingsrett i denne relasjon, konkluderte førstvoterende (s. 79):

«Jeg kan etter dette ikke se at det er belegg for noen annen tolking av utlendingslovens § 30 tredje ledd enn at det konkrete skjønn ved anvendelsen av bestemmelsen tilligger departementet, og må respekteres av domstolene.»

Domstolenes kompetanse var altså begrenset i samsvar med hva som gjelder for vedtak undergitt fritt skjønn, jf. foran under avsnitt 7.

Dette standpunktet ble fraveket tre år senere i Rt. 1998 s. 1795. I denne avgjørelsen påpeker førstvoterende at Høyesterett etter avgjørelsen i 1995 hadde avsagt dommer som forutsatte at den aktuelle rettsanvendelsen kunne prøves. Deretter oppsummerer han sitt standpunkt slik (s. 1803):

«Etter min oppfatning taler de beste grunner for å anse den forholdsmessighetsvurdering som utlendingslovens § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd gir anvisning på, som et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. Den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter disse bestemmelsene, er av typisk rettslig karakter, ... De grunner som taler mot overprøving av forvaltningsskjønn, gjør seg derfor ikke gjeldende her.»

I 2000 brakte staten dette spørsmålet på ny inn for Høyesterett, men i Rt. 2000 s. 591 fastholdt Høyesterett standpunktet. I denne saken anførte staten videre at domstolene i alle fall måtte vise tilbakeholdenhet ved overprøvingen av forvaltningens konkrete skjønn tilsvarende den skjønnsmarginen som EMD tilstår statene. Dette førte heller ikke fram, idet førstvoterende uttalte (s. 596):

«Verken lovens ord eller forarbeidene gir holdepunkter for en slik begrensning i prøvelsesadgangen, og jeg kan heller ikke se at den kan begrunnes i andre forhold. Det dreier seg som nevnt om vurderinger av typisk rettslig karakter i forbindelse med vedtak som innebærer meget tyngende inngrep overfor utlendingen og hans familie. Det

kan etter min oppfatning ikke anses som en tilstrekkelig begrunnelse for å begrense prøvelsesadgangen at utlendingsmyndighetenes praksis er forankret i kriminal- og utlendingspolitiske overveielser. En annen sak er at praksis kan være en relevant omstendighet i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen, også fordi likhetssyn vil kunne spille en rolle ved avgjørelsen. Men noen større tilbakeholdenhet ved prøving av forholdsmessigheten ved inngrep kan jeg ikke se at det er grunnlag for å utvise.»

Dette standpunktet har Høyesterett fulgt opp i en rekke senere saker om utvisning på tilsvarende grunnlag.¹⁴

Noen ytterligere spørsmål

Kan man påberope faktum som ikke er prøvd av forvaltningsorganet?

Ved klagebehandlingen kan klageinstansen med svært begrensede unntak også prøve faktiske opplysninger og materiale som ikke var prøvd av underinstansen. Dette er også hovedregelen ved overprøving i domstolene. For *skatte-* og *avgiftssaker* har imidlertid Høyesterett oppstilt visse begrensninger:

Saken inntatt i Rt. 1988 s. 539 gjaldt spørsmål om en norsk sjømann fortsatt hadde skatteplikt til Norge etter å ha meldt flytting til USA. Ligningskontoret hadde henvendt seg til ham på den adressen som han hadde oppgitt, men fikk ikke svar. Det ble deretter truffet et ligningsvedtak, hvor det ble lagt til grunn at han fortsatt var skattepliktig til Norge. Vedtaket var oversendt ham vedlagt kopi av det tidligere brevet. Det ble dessuten gitt en utførlig orientering om skattereglene og de opplysningene som han måtte fremskaffe dersom han ikke skulle måtte betale skatt til Norge. Ligningskontoret fikk likevel ingen henvendelse fra ham. Spørsmålet var om han i en slik situasjon ved den rettslige prøvingen kunne legge fram nye opplysninger som etter hans vurdering viste at vedtaket var ugyldig. Førstvoterende oppsummerte sitt syn slik (s. 545):

«Også ved avgjørelser av om lovbestemte vilkår for skatteplikt, rett til fradrag m.v. er til stede, må hovedregelen være at skattyteren er avskåret fra ved prøving av vedtakene å påberope seg nye faktiske opplysninger. Om unntak må gjøres, f.eks. når skattyteren ikke hadde praktisk mulighet for å fremlegge opplysningene under ligningsbehandlingen eller hvor han av andre grunner ikke er noe vesentlig å bebreide for at han ikke la frem opplysningene tidligere, tar jeg ikke stilling til.»

¹⁴ Jf. Rt. 2005 s. 229, Rt. 2005 s. 238, Rt. 2007 s. 667, Rt. 2009 s. 534, Rt. 2009 s. 546, Rt. 2009 s. 705, Rt. 2009 s. 1432, Rt. 2011 s. 948 og Rt. 2015 s. 93. Ved utvisning med hjemmel i utlendingsloven § 126 begrunnet i grunnleggende nasjonale interesser» mv. vil derimot domstolene måtte vise en viss tilbakeholdenhet ved prøvingen, jf. Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 50 flg.

Samme spørsmål kom deretter opp i Rt. 1995 s. 1768 i en sak om merverdiavgift, og med samme førstvoterende som i forrige sak – senere justitiarius Schei. Her uttaler han (s. 1772):

«Hovedsynspunktet må etter min mening være: I avgiftsforvaltningen – på samme måte som i ligningsforvaltningen – må myndighetene kunne basere sine avgjørelser på de opplysninger som fremgår av den avgiftspliktiges oppgaver og opplysninger ellers. Den avgiftspliktige må bære risikoen for et feilaktig faktum om han ikke gir opplysninger han er pliktig til å gi eller har en oppfordring til å komme med, eller gir uriktige opplysninger. Den avgiftspliktiges opplysningsplikt er for øvrig vidtgående, se merverdiavgiftsloven § 46. Det kan i spesielle tilfelle måtte gjøres unntak fra ovennevnte hovedregler om den avgiftspliktiges risiko for uriktig eller ufullstendig faktum, hvor avgiftsmyndighetene har en særlig grunn til å stille spørsmål ved riktigheten og fullstendigheten av de opplysningene man har.

Vedrørende den risiko for uriktig eller ufullstendig faktum som er lagt på den avgiftspliktige, er det grunn til å peke på at saksbehandlingsreglene gir den avgiftspliktige rett til å bli gjort kjent med hva avgiftsmyndighetene vil bygge på, og til å uttale seg. Et avgiftsvedtak kan påklages, og den avgiftspliktige kan da også i klageomgangen komme med innsigelser mot det faktum som er lagt til grunn og komme med nye faktiske opplysninger og supplere sin bevisførsel.

Konsekvensen av at den avgiftspliktige har risikoen for faktum som ligger til grunn for avgiftsvedtaket, innebærer at han ikke kan få underkjent vedtaket ved under domstolsprøvingen å fremskaffe nytt faktisk materiale, sml. Rt 1988 side 539.»

Denne praksis har blitt videreført i Høyesteretts senere praksis.¹⁵ I Rt. 2001 s. 1265 er plikten nærmere utdypet (s. 1279–1280), men det ville føre for langt å gå nærmere inn på den. Det kan likevel nevnes at Skoghøy i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2002 s. 109–137 på bakgrunn av de avgjørelsene som til da forelå, og etter å ha presentert utgangspunktet, uttaler (s. 133–134):

«Såfremt det ikke er tale om en opplysning eller bevis som ligningsmyndighetene med hjemmel i ligningsloven § 4-8 *spesifikt har bedt skattyteren fremlegge*, eller som skattyteren på annet grunnlag hadde *særlig oppfordring til å påberope under ligningsbehandlingen*, må det imidlertid være en forutsetning for at skattyteren skal kunne bli avskåret fra å påberope nye opplysninger for domstolene, at den nye opplysningen må anses som et *nytt faktisk grunnlag* for skattyterens påstand. Hvis ikke skattyteren er blitt bedt om eller har hatt særlig oppfordring til å fremlegge en bestemt opplysning eller et bestemt bevis, kan det ikke være noe i veien for at skattyteren under domstolsbehandlingen av ligningen påberoper opplysninger eller bevis som *utdyper, supplerer eller underbygger tidligere anførsler*.»

¹⁵ Jf. Rt. 1999 s. 1087 (s. 1097), Rt. 2000 s. 2014 (s. 2020), Rt. 2001 s. 1265 (s. 1279–1280) og Rt. 2002 s. 509 – plenum (s. 523–524). Se også Rt. 2015 s. 652 hvor den merverdiavgiftspliktige ved klagebehandlingen hadde oversendt en bunke fakturaer på 40 centimeter uten nærmere gjennomgang. Førstvoterende uttaler at «[e]tter mitt syn er det klart at avgiftsmyndigheten her ikke hadde noen plikt til å gå inn i et omfattende materiale som Telenor ikke engang hadde forsøkt å tilrettelegge for avgiftsmyndigheten» (avsnitt 63).

Det må dessuten nevnes at i Rt. 2014 s. 760 kom Høyesterett til at skattyteren har adgang til å påberope seg nye rettslige anførsler for domstolene knyttet til opplysninger som har vært fremlagt for ligningsmyndighetene, så lenge den underliggende privatrettslige disposisjonen er den samme som ble vurdert der.

Kan domstolene legge vekt på faktum som har inntrådt etter at vedtaket ble truffet?

Et prinsipielt sett viktig spørsmål er om domstolene ved prøvingen av forvaltningsvedtaket også kan legge vekt på faktiske omstendigheter som har inntrådt etter at vedtaket ble truffet. Dersom det er adgang til det, innebærer det at domstolene prøver faktumet i første instans uten at det har vært undergitt noen forvaltningsmessig vurdering.

På ett praktisk viktig område er det sikker rett at domstolene både har rett og plikt til også å prøve betydningen av nye faktiske omstendigheter. Dette gjelder saker som omfattes av tvisteloven kapittel 36 om «administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren» - det vil primært si barnevernsaker og saker om tvungent psykisk helsevern. For disse sakene følger det av tvisteloven § 36-5 tredje ledd at innenfor rammene av vedkommende lov skal retten prøve «alle sider av saken». I Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 501 uttaler departementet at dette innebærer at «[d]e alminnelige grenser for rettens prøving av forvaltningsvedtak gjelder ikke her». Dette innebærer blant annet at avgjørelsen skal bygge på de faktiske forhold slik de er når saken tas opp til doms.¹⁶ Det samme gjelder for øvrig også for Trygderetten som behandler tvister om trygde- og pensjonsytelser, og som formelt sett er et forvaltningsorgan.¹⁷

I plenumssaken i Rt. 2012 s. 1985 ble det anført at det samme måtte gjelde saker etter utlendingsloven. Det sentrale spørsmålet var forholdet til FN's barnekonvensjon ved overprøving av Utlendingsnemndas vedtak om avslag på søknad om asyl og opphold i Norge når familien på vedtakstidspunktet hadde bodd i Norge i lang tid. Kort tid forut for denne plenumssaken hadde Høyesteretts flertall (fire dommere) i Rt. 2012 s. 667 konkludert med at domstolene også kunne legge vekt på faktum som hadde inntrådt etter at vedtaket ble truffet. To av disse dommerne begrenset denne kompetansen til utlendingsrettens område.

Dette standpunktet ble fraveket i plenumsdommen senere samme år. Etter en omfattende drøftelse (avsnitt 47-80) oppsummerer førstvoterende sitt standpunkt slik om det generelle utgangspunktet (avsnitt 81):

«Oppsummeringsvis viser kildene at det generelle utgangspunktet frem til Rt. 2012 side 667 har vært at vedtakstidspunktets faktum har blitt lagt til grunn for domstole-

¹⁶ Jf. Rt. 2004 s. 999 avsnitt 45, Rt. 2005 s. 624 avsnitt 29 og HR-2016-2262-A avsnitt 53.

¹⁷ Jf. Rt. 2008 s. 688.

nes prøving av vedtakets gyldighet, men at det som utgangspunkt er adgang til å fremlegge nye bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet. Jeg kan ikke slutte meg til tredjevoterende i Rt. 2012 side 667 avsnitt 56 når han uttaler at rettspraksis om vårt spørsmål er ubegrunnet og preget av 'usikkerhet og mangel på avklaring'. Etter mitt syn er rettskildebildet for så vidt gjelder den generelle problemstillingen klart, og jeg kan ikke se at det er fremført grunner som tilsier at løsningen – selv ved en plenumsbehandling – bør fravikes.»

Førstvoterende drøfter deretter om Norges menneskerettslige forpliktelser tilsa at domstolene på visse områder likevel skal bygge på de faktiske forholdene på domstidspunktet. I avsnitt 98 konkluderer hun slik:

«Mitt syn er at hovedregelen har de beste grunner for seg også når det er påberopt brudd på Norges menneskerettslige forpliktelser. På denne bakgrunn finner jeg ikke grunnlag for å fravike det utgangspunktet som har fulgt av praksis frem til avgjørelsen i Rt. 2012 side 667. Konklusjonen er dermed at domstolenes prøving av et forvaltningsvedtaks gyldighet også i saker som berører menneskerettigheter, herunder utlendingssakene, må knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet.»

Dette standpunktet fikk tilslutning av 13 dommere, mens fem dommere voterte for en videre prøvingsrett – to av dem for at dette måtte gjelde ved prøving av forvaltningsvedtak generelt.

Flertallsstandpunktet i Rt. 2012 s. 1985 ble også lagt til grunn i den andre plenumsdommen om tilsvarende spørsmål som ble avsagt samme dag, jf. Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 39. Det er videreført i neste plenumsdom i en langt på veg tilsvarende utlendingssak, jf. Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 68-70.

Høyesteretts standpunkt i disse sakene kunne synes problematisk i forhold til at EMD foretar en *nåtidsvurdering*. Om denne problemstillingen uttaler imidlertid førstvoterende i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 96:

«Det er for øvrig tvilsomt hvor mye som kan vinnes tidsmessig ved at domstolene bygger på en nåtidsvurdering. Hovedregelen er at domstolen ikke avsier realitetsdom, men nøyer seg med å kjenne vedtaket ugyldig, jf. Rt. 2001 side 995. Saken må altså uansett tilbake til ny behandling i forvaltningen. I denne sammenheng vil jeg også understreke at en eventuell dom på ugyldighet basert på påberopte nye omstendigheter, bare innebærer at forvaltningen får en plikt til å vurdere saken på nytt. Men Utlendingsnemnda har, som allerede påpekt, uansett en plikt til å vurdere omgjøring når det påberopes nye rettsfakta. Det er dermed vanskelig å se hvilken ytterligere rettssikkerhet som oppnås ved at domstolene først fastslår at de nye omstendighetene kan være relevante og dermed kjenner vedtaket ugyldig.»

Må domstolene nøye seg med å kjenne vedtaket ugyldig, eller kan de også treffes nytt vedtak i saken?

I Rt. 1951 s. 19, som vi har omtalt i avsnitt 7, lød domsslutningen punkt 1 og 2 slik:

- «1. Samferdselsdepartementets beslutning av 21. oktober 1950 i ankesak vedkommende A, B, C og D kjennes ugyldig.
2. Samferdselsdepartementet tilpliktet å utstede drosjeeierbevillinger til A, B, C og D.»

To av dommerne, som også stemte for ugyldighet, kom til at det ikke var adgang til å avsi en slik dom. Denne dommen har aktualisert spørsmålet om domstolene har kompetanse til å treffe nytt vedtak i saken.

I de påfølgende tiårene var det en viss diskusjon og usikkerhet med hensyn til om domstolene kunne avsi dom hvor man gikk lenger enn å kjenne et vedtak ugyldig. Som eksempel kan det vises til Frihagen: Forvaltningsrett III, fjerde utgave, 1992 som på s. 214 uttaler at «[o]ppfatningen er at domstolene *i alminnelighet* må nøye seg med å kjenne et avslag på en søknad ugyldig, slik at de ikke selv direkte innvilger søknaden» (uthevet her). Han utelukket altså ikke helt muligheten for at det kunne avsies en slik dom.

Spørsmålet kom opp i Rt. 2001 s. 995 hvor en person som hadde fått uførepensjon basert på 50 % arbeidsudyktighet, krevde at det ble avsagt dom om at han skulle tilkjennes uførepensjon med 100 %. Innvilgelse av uførepensjon er et fullt ut lovbundet vedtak hvor domstolene har full prøvingsrett. I denne saken konkluderte Høyesterett med at det ikke er grunnlag for en slik generell regel, og at en slik rett heller ikke kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 1. Førstvoterende tok imidlertid en liten reservasjon, idet han ikke ville «utelukke at domstolene bør ha adgang til å gi realitetsdom i særlige tilfeller, for eksempel der noe annet vil være unødig formalisme eller hvis et forvaltningsorgan mot formodning ikke innretter seg lojalt etter en domstolsavgjørelse» (s. 1004).

Denne dommen ble fulgt opp i senere praksis, og den ble stadfestet i plenumsdommen i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 96, som er sitert avslutningsvis i avsnitt 9.2. Når Høyesterett har inntatt dette standpunktet i relasjon til lovbundne vedtak, ligger det i sakens natur at det samme gjelder for vedtak som er undergitt fritt skjønn.

Fra denne regelen gjelder det et praktisk viktig unntak for saker som behandles etter tvisteloven kapittel 36 om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren – nærmere bestemt primært barnevernsaker og saker om tvungent psykisk helsevern. Disse sakene står av rettssikkerhetsmessige grunner i en særstilling – noe som blant annet kommer til uttrykk ved at domstolene skal bygge på faktum på domstidspunktet, jf. foran i avsnitt 9.2. Som fremhevet i Ot.prp. nr. 40 (1967–68) s. 11–12 henger dette sammen med at domstolenes rolle i disse sakene er forskjøvet i forhold til forvaltningen. I disse sakene nøyer altså domstolene seg ikke med å kjenne vedtaket ugyldig, men treffer realitetsavgjørelse.

Noen statistiske opplysninger

Norske tingretter har de siste årene årlig mottatt ca. 15 000 sivile saker til behandling. Dette antallet inkluderer også forvaltningssakene. De tallene som vi har oppgitt foran for praktisk viktige områder, må suppleres med andre saker fra forvaltningsområdet. Det har imidlertid ikke vært mulig å hente ut fra saksbehandlingssystemet hvor mange saker det er tale om. Vi ville imidlertid bli overrasket om det er tale om mer enn en fjerdedel av det totale antallet sivile saker.

Når det så gjelder forvaltningssaker i Høyesterett, kan det nevnes at den sakstypen som dominerer er saker om skatt og avgift. I perioden 2016–2019 behandlet Høyesterett i avdeling totalt 35 saker – altså i gjennomsnitt i underkant av 10 hvert år. Deretter kommer utlendingsrett med totalt 11 saker, barnevern med 6 saker, trygdesaker med 6 saker, ekspropriasjonsrett med 3 saker, vergemålssaker, miljø saker, saker om tvungen psykisk helsevern og saker om tvungen avliving av hund med 2 saker hver. For saker om helse- og omsorg, pensjon, plan- og regulering samt offentlige anskaffelser har vi i denne perioden hatt én sak av hver sakstype. I tillegg er 3 saker registrert å gjelde forvaltningsrett for øvrig. Det bør også nevnes at Høyesterett i denne perioden behandlet 7 saker om same- og reindriftsrett. Noen av dem inneholdt spørsmål av forvaltningsrettslig karakter. Det gjennomsnittlige totale antallet sivile saker i denne perioden er 64 saker. Andelen forvaltningssaker av de sivile sakene har altså i denne perioden vært ca. 30 prosent.

Siden tusenårsskiftet har et relativt stort antall forvaltningssaker vært behandlet i plenum eller i storkammer med 11 dommere. I denne perioden har Høyesterett behandlet fem skattesaker i plenum. Tre av dem gjaldt ulike spørsmål ved illeggelse av tilleggsskatt,¹⁸ mens to av dem gjaldt tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97.¹⁹ En ytterligere sak om tilleggsskatt har vært behandlet i storkammer.²⁰ Videre har tre utlendingssaker vært behandlet i plenum, og hvor det sentrale spørsmålet har vært hvilken betydning det skal tillegges i saker om oppholdstillatelse begrunnet i sterke menneskelige hensyn at utlendingen har barn som har oppholdt seg mange år i Norge.²¹ Videre er det i plenum behandlet to ytterligere saker som det ville føre for langt å gå inn på.²² Det kan også nevnes at Høyesterett har behandlet to saker hvor det har vært spørsmål om statlig erstatningsansvar som følge av manglende etterlevelse av Norges forpliktelser etter EMK.²³

¹⁸ Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 497 og Rt. 2002 s. 509.

¹⁹ Rt. 2006 s. 293 og Rt. 2010 s. 143.

²⁰ Rt. 2008 s. 1409.

²¹ Rt. 2012 s. 1985, Rt. 2012 s. 2039 og Rt. 2015 s. 1388.

²² Rt. 2010 s. 535 og Rt. 2013 s. 1345.

²³ Rt. 2005 s. 1365 (plenum) og HR-2016-2195-S (storkammer).