



NORGES HØYESTERETT

Den 2. mai 2012 avsa Høyesterett dom i

HR-2012-00920-A, (sak nr. 2012/38), sivil sak, anke over dom,

A

B

C v/verge

(advokat Sigurd Knudtzon – til prøve)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/ass. regjeringsadvokat Tolle Stabell)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder Utlendingsnemndas avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag, jf. utlendingsloven § 38. Spørsmålet er om domstolene ved sin prøving av vedtakets gyldighet har adgang til å bygge på faktiske forhold som er kommet til etter at vedtaket ble truffet, der dette i tilfelle kan medføre en endring til gunst for søkerne.
- (2) A kom fra Sri Lanka til Norge i oktober 2007, sammen med ektefellen B og den da snart sju år gamle datteren C. Alle tre søkte om asyl, basert på As aktivitet i Sri Lanka for den politiske fløyen i *Liberation Tigers of Tamil Eelam* (LTTE).
- (3) Utlendingsdirektoratet (UDI) av slo søknaden 19. november 2007. Avslaget ble opprettholdt av Utlendingsnemnda (UNE) ved vedtak 6. april 2010. Det ble lagt til grunn at vilkårene for å bli ansett som flyktning etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a ikke forelå. UNE fant at den generelle sikkerhets- og menneskerettighetssituasjonen i Vanni-regionen, som søkerne kom fra, for tiden var så usikker at § 28 første ledd

bokstav b ville være til hinder for retur dit. Søkerne kunne imidlertid henvises til internflukt til Colombo, jf. § 28 femte ledd. De ble ikke innvilget opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38.

- (4) Sønnen i familien, D, hadde – knapt ni år gammel – kommet alene til Norge allerede i februar 2006. Han fikk innvilget opphold i oktober samme år. Oppholdstillatelsen ble imidlertid trukket tilbake i september 2009, under henvisning til foreldrenes ankomst til Norge. Sønnens klage til UNE ble tatt til følge ved vedtak 6. april 2010, ettersom tilbakekall av oppholdstillatelsen representerte et uforholdsmessig tiltak. UNE viste til at gutten hadde bodd i Norge i fire år, hadde opparbeidet sosial og kulturell tilknytning til Norge, hadde gått på norsk skole, snakket flytende norsk, var etablert med venner og fritidsaktiviteter, og hadde sterk tilknytning til sin tante og onkel som var hans fosterforeldre i Norge. Vedtaket i klagesaken ble truffet samtidig – og var koordinert – med vedtaket i klagesakene for de øvrige tre familiemedlemmene. UNE la i begge vedtakene til grunn at det ikke var noe til hinder for at D kunne bli med resten av familien tilbake til Sri Lanka, og at det ikke innebar en krenkelse av retten til familieliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 å nekte den øvrige familien opphold i Norge.
- (5) A, B og C reiste søksmål om gyldigheten av UNEs avslag på deres søknader om asyl og opphold på humanitært grunnlag, og krevde også dom for at vedtaket innebar en krenkelse av deres rett til familieliv etter EMK artikkel 8. Det ble dessuten begjært midlertidig forføyning for utsatt utsendelse.
- (6) Ved Oslo tingretts dom og kjennelse – uriktig benevnt kun dom – 4. februar 2011 ble staten frifunnet i søksmålet og i begjæringen om midlertidig forføyning. Begge avgjørelser ble anket. Ved Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 14. november 2011 ble ankene forkastet.
- (7) A, B og C har anket over lagmannsrettens dom for så vidt gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Etter at lagmannsretten hadde behandlet saken ble D 8. desember 2011 tildelt norsk statsborgerskap etter de særlige regler for mindreårige i statsborgerskapsloven § 7 første ledd, jf. § 11. I tilknytning til anken er det gjort gjeldende at domstolene må ta hensyn til denne nye situasjonen ved sin prøving av vedtakets gyldighet. Det er vist til at D nå har tapt sitt statsborgerskap i Sri Lanka, slik at man ved prøvingen av vedtaket for den øvrige familie ikke lenger kan legge til grunn at han står fritt til å være med dem tilbake til Sri Lanka.
- (8) Høyesteretts ankeutvalg traff 23. januar 2012 beslutning om å henvide til behandling spørsmålet om det ved den rettslige prøvingen kan trekkes inn forhold som er kommet til etter at vedtak om å nekte opphold på humanitært grunnlag ble truffet. Jeg gjengir for sammenhengens skyld henvisningsbeslutningen i sin helhet:

”A, B og C v/verge har erklært anke over Borgarting lagmannsretts dom 14. november 2011 i sak nr. 11-064941ASD-BORG/03 mot staten v/Utlendingsnemnda.

Høyesteretts ankeutvalg bemerker at lagmannsrettens dom i det vesentlige fremstår som grundig og forsvarlig, og tyngden i avgjørelsen ligger på konkret bevisbedømmelse og konkrete vurderinger. Så langt anken gjelder slik konkret bedømmelse, er det ikke grunn til å gi samtykke til at den fremmes, jf. tvisteloven § 30-4.

Lagmannsretten har i flere sammenhenger – særlig ved vurderingen av om Utlendingsnemndas vedtak er grovt urimelig og om det foreligger krenkelser av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 eller FNs barnekonvensjon artikkel 9 – lagt til grunn at det står sønnen D fritt å reise tilbake til Sri Lanka sammen med sine foreldre og sin søster. D har nå fått norsk statsborgerskap og er etter det opplyste ikke lenger borger av Sri Lanka. Dette reiser spørsmål om de vurderinger lagmannsretten har foretatt av Ds mulighet til sammen med resten av familien å reise til Sri Lanka og bosette seg der, kan opprettholdes.

Høyesteretts ankeutvalg finner at spørsmålet om det forhold at D nå er norsk statsborger og har mistet sitt statsborgerskap i Sri Lanka kan trekkes inn ved prøvingen av gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak i saken, bør tillates fremmet. Ut over dette finner utvalget ikke at det er grunn til å gi samtykke til å fremme anken.

Dersom Høyesterett kommer til at de nye opplysningene om statsborgerforholdene kan trekkes inn i gyldighetsvurderingen, antar utvalget at lagmannsrettens dom vil måtte oppheves, jf. tvisteloven § 30-14. Lagmannsretten vil i tilfelle måtte foreta en fornyet prøving av gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak hvor de nye opplysningene trekkes inn i vurderingen.

SLUTNING :

Anken tillates fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om det forhold at sønnen D nå er norsk statsborger og har mistet sitt statsborgerskap i Sri Lanka kan trekkes inn ved prøvingen av gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak.

For øvrig tillates anken ikke fremmet.”

- (9) UNE besluttet 26. januar 2012 – under henvisning til at deler av saken var fremmet til behandling i Høyesterett – utsatt iverksettelse.
- (10) De ankende parter, A, B og C, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (11) Søknadene om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag må vurderes i lys av den aktuelle situasjonen for D, især det forhold at han nå har ervervet norsk statsborgerskap og samtidig mistet sitt statsborgerskap i Sri Lanka. Domstolene har i utlendingssaker gjerne bygget prøvingen på det grunnlaget forvaltningen selv hadde da vedtaket ble truffet. Men bildet er ikke entydig, og rettsområdet er i utvikling. Det er helt sentralt at EMK artikkel 8 og FNs barnekonvensjon artiklene 3, 8 og 9 forutsetter en nåtidsvurdering. Hensynet til en effektiv og lojal nasjonal gjennomføring av konvensjonsrettighetene tilsier at norske domstoler anlegger det samme perspektivet. Også prosess tekniske og prosess økonomiske argumenter taler for at nye forhold trekkes inn i grunnlaget for den rettslige prøvingen. Når saken står for domstolene, er det ikke tilstrekkelig at en endret situasjon eventuelt kan vurderes i forbindelse med en anmodning til UNE om omgjøring.
- (12) A, B og C har lagt ned slik påstand:
- ”1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. Det forhold at sønnen D nå er norsk statsborger og har mistet sitt statsborgerskap i Sri Lanka kan trekkes inn ved prøvingen av gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak av 6. april 2010 i sak som omhandler A, DUF 2007 164810 09 – 001, B, DUF 2007 164811 03 – 001 og C, DUF 2007 164812 08 – 001, alle borgere av Sri Lanka.

3. **Det offentlige tilkjennes saksomkostninger ved sakens behandling i Høyesterett.”**

- (13) Ankemotparten, *staten ved Utlendingsnemnda*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (14) Den omstendighet at D etter at vedtaket for den øvrige familie ble truffet har ervervet norsk statsborgerskap og mistet sitt statsborgerskap i Sri Lanka, kan etter sedvanen og Høyesteretts praksis ikke trekkes inn ved den rettslige prøvingen, jf. blant annet Rt. 2003 side 460 avnitt 14 og Rt. 2007 side 1815 avsnitt 32–35. Denne rammen har gode reelle grunner for seg, og må ses i lys av at domstolene ikke selv treffer vedtak på utlendingsrettens område, men foretar en legalitetskontroll – prøver gyldigheten – av forvaltningens vedtak. Av samme grunn er domstolenes prøving begrenset når det gjelder den skjønnsutøvelsen et vedtak bygger på. Nye omstendigheter må vurderes av UNE etter anmodning om omgjøring, eller av UNEs eget tiltak. Det kan ikke av EMK artikkel 8 eller FNs barnekonvensjon artiklene 3, 8 eller 9 utledes krav om en annen løsning.
- (15) Staten har lagt ned slik påstand:
- ”Anken forkastes.”**
- (16) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (17) Spørsmålet i saken – slik den er skåret til ved ankeutvalgets henvisningsbeslutning – er om domstolene ved sin prøving av gyldigheten av et vedtak som avslår søknad om opphold i Norge på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38, har adgang til å bygge på faktiske forhold som er kommet til etter at vedtaket ble truffet, der dette i tilfelle kan medføre en endring til gunst for en søker. Konkret gjelder anken på dette punktet den omstendighet at sønnen i familien, D, ervervet norsk statsborgerskap og tapte sitt statsborgerskap i Sri Lanka, etter at UNE avsto den øvrige families søknader om opphold. Jeg understreker at det ikke er et tema for Høyesterett nå hvilken betydning det kan få for vedtakets gyldighet at de endrete statsborgerforhold eventuelt trekkes inn.
- (18) Ved den rettslige prøvingen av forvaltningsvedtak er det i Norge vanlig å ta utgangspunkt i situasjonen på vedtakstidspunktet, og begrense vurderingen til de omstendigheter som forelå da. Begrunnelsen ligger helst i måten vårt system for slik prøving også ellers er innrettet, hvor det sentrale er at domstolene fører kontroll med vedtaks *gyldighet*. I hvert fall rent formelt, og i snevrere forstand, forutsetter betegnelsen ”ugyldighet” at vedtaket var beheftet med feil allerede da det ble truffet.
- (19) Det nærmere grunnlaget for, eller rekkevidden av, denne tilnærmingen er likevel – så vidt jeg har kunnet se – i liten grad analysert eller drøftet. Og det er på det rene at utgangspunktet om at prøvingen skjer ut fra forholdene på vedtakstidspunktet, ikke står i veien for å bygge på *nye bevis* som viser at det faktiske grunnlaget for vedtaket var uriktig. Skal domstolene kunne vurdere holdbarheten av det faktiske grunnlaget for et forvaltningsvedtak, ligger det i sakens natur at domstolene også må ta hensyn til bevismateriale som er kommet frem etter at avgjørelsen ble truffet, jf. Rt. 1960 side 1374 og Rt. 2007 side 1815 avsnitt 33.
- (20) I den grad Høyesteretts egen praksis berører spørsmålet om man ved prøvingen også kan trekke inn *nye faktiske forhold*, er det i form av helt korte, og gjennomgående ubegrunnede, påpekninger. Jeg viser til Rt. 2003 side 460 avsnitt 14, Rt. 2007 side 1815

avsnitt 33, Rt. 2009 side 1374 avsnitt 40, HR-2009-2278-U og HR-2011-1694-U. I enkelte nyere avgjørelser har Høyesterett også uttrykt seg mer forbeholdent med hensyn til ikke å skulle kunne trekke inn endrete forhold, jf. Rt. 2009 side 851 avsnitt 47–48, Rt. 2011 side 750 avsnitt 10 og Rt. 2011 side 948 avsnitt 62.

- (21) Etter mitt syn kan man i hvert fall ikke ut fra de mer alminnelige systembetraktninger som jeg nettopp har nevnt, og den foreliggende rettspraksis, trekke den konklusjon at domstolene generelt er avskåret fra å bygge prøvingen av forvaltningsvedtak også på omstendigheter som er kommet til etter at vedtaket ble truffet. Noe egentlig systembrudd vil en slik prøving for øvrig ikke være: Finner domstolene at vedtaket ikke kan opprettholdes, vil virkningen i de aller fleste tilfeller være begrenset til at vedtaket kjennes ugyldig – det avses normalt ikke dom for realiteten i det underliggende kravet, jf. Rt. 1951 side 19, Rt. 2001 side 995 på side 1000–1005 og Rt. 2009 side 170 avsnitt 39–51. Det blir opp til forvaltningen å treffe nytt vedtak i saken, i lys av domstolens avgjørelse.
- (22) Slik vår sak har vært prosedert og ellers ligger an, går jeg likevel ikke nærmere inn på grunnlaget for, eller rekkevidden av, de mer alminnelige utgangspunktene for domstolskontroll med forvaltningsvedtak. Rammene for den rettslige prøvingen må – etter mitt syn – uansett tilpasses forholdene på det enkelte forvaltningsområde og det aktuelle vedtakets karakter.
- (23) Spørsmålet vår sak reiser er om domstolene helt er avskåret fra å vurdere om forhold som er kommet til etter at UNE traff sine vedtak om ikke å innvilge opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38, medfører at vedtaket – om det opprettholdes og danner grunnlag for utsendelse – representerer en krenkelse av EMK artikkel 8 og FNs barnekonvensjon artiklene 3, 8 og 9. Til dette vil jeg si:
- (24) EMK artikkel 8 beskytter retten til familieliv. For så vidt gjelder *barns* rett til familieliv, må bestemmelsen ses i sammenheng med FNs barnekonvensjon artikkel 3, hvorefter ”the best interests of the child shall be a primary consideration”. Jeg viser til storkammerdom fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) 6. juli 2010 i saken *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* avsnitt 135. I avsnitt 139 i denne dommen understreker EMD at den i så måte ”must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature”. Det fremheves videre i avsnitt 141 at EMD i denne forbindelse ”is competent to ascertain whether the domestic courts ... secured the guarantees set forth in Article 8 of the Convention, particularly taking into account the child’s best interests”.
- (25) Det følger – i hvert fall forutsetningsvis – av dom 28. juni 2011 i saken *Nunez v. Norway* avsnitt 84 og dom 14. februar 2012 i saken *Antwi and others v. Norway* avsnitt 94–96, at det avgjørende – når saken prøves ved EMD – er en *nåtidsvurdering*. Dette perspektivet fremgår også klart av storkammerdommen 23. juni 2008 i saken *Maslov v. Austria*. Den innklagede stat gjorde her gjeldende – blant annet under henvisning til artikkel 35 (1) i konvensjonen – at EMD ved sin klagebehandling ikke kunne ta hensyn til en utviklingen som hadde funnet sted etter at det endelige nasjonale utvisningsvedtaket var truffet. Til dette sa EMD blant annet:

”In this connection the Court would point out that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion, not that of the final expulsion

order. *Mutatis mutandis*, this would also appear to be the approach followed by the European Court of Justice which stated in its *Orfanopoulos and Oliveri* judgment that Article 3 of Directive 64/221 precludes a national practice whereby the national courts may not take into consideration, in reviewing the lawfulness of the expulsion of a national of another Member State, factual matters which occurred after the final decision of the competent authorities (see paragraph 43 above). Consequently, in such cases it is for the State to organise its system in such a way as to be able to take account of new developments.”

- (26) Jeg viser også til dom 20. september 2011 i sak *A.A. v. the United Kingdom*, hvor EMD i avsnitt 67 fremhever blant annet følgende:

”The Court recalls that according to its established case-law under Article 3 of the Convention, the existence of a risk faced by an applicant in the country to which he is to be expelled is assessed by reference to the facts which were known or ought to have been known at the time of the expulsion; in cases where the applicant has not yet been deported, the risk is assessed at the time of the proceedings before the Court ... The Court sees no reason to take a different approach to the assessment of the proportionality of a deportation under Article 8 of the Convention and points out in this regard that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant’s actual expulsion and not of the final expulsion order (see *Maslov*, cited above, § 93). Any other approach would render the protection of the Convention theoretical and illusory by allowing Contracting States to expel applicants months, even years, after a final order had been made notwithstanding the fact that such expulsion would be disproportionate having regard to subsequent developments.”

- (27) Den omstendighet at EMD prøver sakens menneskerettslige sider ut fra situasjonen når klagen behandles der, taler for at også norske domstoler må basere sin prøving på forholdene slik de er når saken prøves. Jeg viser her til EMK artikkel 13 om *retten til et effektivt nasjonalt rettsmiddel* for den som med rimelighet kan påstå at hans konvensjonsrettigheter krenkes, og til statens grunnleggende *plikt til å respektere og sikre* rettighetene etter konvensjonen, jf. artikkel 1. Ut fra konvensjonens system, og dens forutsetninger om samvirke mellom nasjonale domstoler og EMD, er det – etter mitt syn – lite tilfredsstillende dersom den nasjonale domstolsprøvingen har en snevrere horisont, eller er mindre inngående, enn en eventuell etterfølgende prøving ved EMD. Konvensjonens prinsipp om *subsidiaritet* tilsier at norske domstoler i hvert fall har den prøvingskompetanse som må til for å sikre at det ikke blir nødvendig å klage til EMD for å oppnå den rettsbeskyttelse som konvensjonen fastsetter. Jeg viser på dette punktet til Høyesteretts storkammerdom i Rt. 2010 side 1170 avsnitt 82 og 85.
- (28) Staten har gjort gjeldende at behovet for å fange opp ny utvikling fullt ut ivaretas ved at endrete forhold kan gi grunnlag for å anmode utlendingsmyndighetene om *omgjøring* – eventuelt av at utlendingsmyndighetene kan omgjøre vedtaket av eget tiltak. Jeg er ikke enig i dette. Det er uklart hvor langt det i dag foreligger plikt til å vurdere omgjøring i saker hvor det ikke gjøres gjeldende beskyttelsesbehov etter utlendingsloven § 28, jf. §§ 73 og 90. Jeg viser til NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingsaker side 108, hvor det blant annet heter:

”Utlendingsnemnda (UNE) har full adgang til å omgjøre sine tidligere vedtak så lenge dette skjer til utlendingens fordel, jf. forvaltningsloven § 35. Det er heller ingen begrensninger i hvor mange omgjøringsbegjæringer fra hver enkelt klager nemnda kan behandle.

UNE har imidlertid som hovedregel ingen plikt til å foreta en ny vurdering av utlendingens sak. Unntak gjelder for vurderinger av returvernet. Ingen kan sendes

tilbake til områder der han eller hun kan bli utsatt for forfølgelse eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dette vernet følger av Norges internasjonale forpliktelser i EMK artikkel 3 og FNs flyktningkonvensjon artikkel 33 og er lovfestet i utlendingsloven § 73.”

- (29) Det er mulig at det som her sies er for kategorisk, og at hovedregelen om at utlendingsmyndighetene ikke plikter å foreta en ny vurdering har flere unntak. Men den ordning staten har tatt til orde for fremstår likevel samlet sett som lite avklart og mindre betryggende, i hvert fall sammenlignet med en ordning hvor nye forhold kan trekkes inn allerede ved den rettslige prøvingen. Man legger da også bedre til rette for at rettens avgjørelse blir *materielt riktig*, og for å oppnå målet om å ”ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter”, jf. tvisteloven § 1-1.
- (30) Min begrunnelse for at domstolene ved den rettslige prøvingen av vedtak som nekter opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38, kan ta hensyn også til endrete forhold til gunst for en søker, tar – som det vil ha fremgått – *utgangspunkt* i hensynet til Norges menneskerettslige forpliktelser. Men *konsekvensen* er nødvendigvis noe mer vidtrekkende: Kompetansen til å bygge også på endrete forhold kan ikke bare foreligge så langt det nye er menneskerettslig relevant; et slikt vilkår ville ikke være gjennomførbart i praksis. Kompetansen må – antar jeg – omfatte enhver sak for domstolene hvor det er spørsmål om å prøve utlendingsmyndighetenes vedtak om å nekte opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38, og gjelde også nye omstendigheter som *ikke* nødvendigvis aktualiserer menneskerettslige tema. I disse sakene skal altså domstolene ved sin prøving uansett bygge på en *nåtidsvurdering*. Mye taler for at det samme må gjelde andre vedtak i utlendingsaker.
- (31) Lagmannsrettens dom må etter dette oppheves. I tråd med ankeutvalgets henvisningsbeslutning har Høyesterett ikke vurdert om de endrete statsborgerforholdene for D får betydning for vedtaket om å nekte den øvrige familie opphold på humanitært grunnlag. Opphevelsen innebærer at det endrete statsborgerforholdet nå inngår ved en fornyet rettslig prøving for lagmannsretten, og at det er lagmannsretten som tar stilling til hvilken betydning dette får for spørsmålet om vedtaket kan opprettholdes. Punkt 2 i de ankende parter påstand er da unødvendig.
- (32) De ankende parter er innvilget fri sakførsel for Høyesterett. Det følger imidlertid av blant annet Rt. 1999 side 901 og Rt. 2011 side 304 at der en part har fri sakførsel, og motparten er et departement eller annen etat som blir finansiert over statsbudsjettet, skal den som har fri sakførsel, ikke kreve sakskostnader til det offentlige. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes derfor ikke.
- (33) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.
- (34) Dommer **Kallerud**: Jeg har kommet til et annet resultat enn førstvoterende. Etter mitt syn er det ikke adgang til å trekke inn det forhold at D i desember 2011 fikk norsk

statsborgerskap, og dermed etter det opplyste ikke lenger er borger av Sri Lanka, ved domstolsprøvingen av det vedtak UNE traff i april 2010.

- (35) Det avgjørende for mitt standpunkt er først og fremst at jeg forstår den foreliggende praksis fra Høyesterett slik at den nokså entydig legger til grunn at domstolene i alminnelighet prøver forvaltningsvedtak på grunnlag av faktum slik det forelå på vedtakstidspunktet. Vår sak gir etter mitt syn ikke foranledning til å endre dette.
- (36) Jeg tar utgangspunkt i Rt. 2001 side 995 hvor spørsmålet var om domstolene kan avsi dom for realiteten i det underliggende kravet. Det uttales her at "[d]omstolenes oppgave bør være å foreta en etterfølgende kontroll med hvorvidt vedtaket formelt og materielt er korrekt". Dette prinsipielle standpunkt er – slik jeg ser det – fulgt opp i senere praksis.
- (37) I Rt. 2003 side 460 uttales det således at det er faktum slik det forelå på vedtakstidspunktet som skal legges til grunn ved prøvingen, og at dette "... er utslag av en begrensning som ut fra rettspraksis må oppstilles for domstolenes kontroll med forvaltningens skjønsmessige avgjørelser".
- (38) Av særlig interesse er etter mitt syn Rt. 2007 side 1815, hvor det i avsnitt 32–34 uttales:
- "(32) Det er eit grunnleggjande spørsmål i saka kva faktum som skal leggjast til grunn. Lagmannsretten uttala om dette:
'Argumentasjonsmønsteret i disse sakene tilsier at Høyesterett på grunnlag av en selvstendig bevisbedømmelse prøver om lovens vilkår for den aktuelle trygdeytelse er oppfylt, uten at det trekkes noe avgjørende skille mellom opplysninger som forelå for Trygderetten og opplysninger som kan sies å være nye. ... Det følger av dette at man ikke fra den omstendighet at domstolene opphever Trygderettens kjennelse, kan utlede at avgjørelsen nødvendigvis var uriktig i den stilling saken ble presentert for Trygderetten.'**
- (33) Eg er ikkje einig i det lagmannsretten her har gitt uttrykk for. Etter mitt syn må utgangspunktet for prøving av om vedtak i trygdesaker er gyldige, vere faktum slik det låg føre for det aktuelle organet på vedtakstidspunktet. Dette er også det alminnelege utgangspunktet i forvaltningsretten, jf. her også avgjerd frå Høgsteretts kjæremålsutval innteken i Rt. 2003 side 460. Det kan godt seiast at dette nettopp er ein følgje av at domstolane skal stå for kontroll av forvaltningsvedtak.**
- (34) Etter rettspraksis er det likevel eit visst høve til å kome med bevis som kastar lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet."**
- (39) Førstvoterendes angivelse i avsnitt 45 i dommen av hvilke nye opplysninger han ser bort fra ved sin vurdering av vedtakets gyldighet er illustrerende for hvordan de generelle prinsippene anvendes i praksis.
- (40) Jeg oppfatter det slik at det syn som ble lagt til grunn i de to avgjørelsene jeg har nevnt, ble bekreftet i Rt. 2009 side 851 avsnitt 48, i Rt. 2009 side 1374 avsnitt 40 og – mer indirekte – i Rt. 2008 side 688 avsnitt 31. Også avgjørelsene fra ankeutvalget i HR 2009–2278–U og HR–2011–1694–U støtter dette. Jeg legger mindre vekt på at det i Rt. 2011 side 948 ikke ble tatt stilling til om det i den aktuelle saken var adgang til å legge vekt på tilleggsopplysninger.
- (41) I Rt 1960 side 1374 uttales at domstolene ved prøvingen av forvaltningsavgjørelser skal ta hensyn til materiale som er kommet frem etter at den angrepne avgjørelsen ble truffet. Det

fremgår imidlertid av dommen at det under den rettslige behandlingen av ugyldighetsspørsmålet ble klarlagt at forvaltningen i det aktuelle tilfellet hadde bygget sin avgjørelse på et sviktende faktum som følge av feil saksbehandling. Etter mitt syn er det nærliggende å forstå dommen slik at det dreide seg om bevis som kastet lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet.

- (42) Den praksis jeg har gjort rede for antar jeg er forankret i det grunnsyn at domstolenes prøving av forvaltningsvedtak hos oss er en retrospektiv legalitetskontroll, hvor det sentrale er om det foreligger slike feil ved det vedtak som er til prøvelse at det fører til ugyldighet, jf. siste setning i avsnitt 33 i Rt. 2007 side 1815 som jeg har sitert tidligere. For meg er det vanskelig å se at en helt ny omstendighet oppstått etter at vedtaket er truffet – her endring av statsborgerrettslig status – skulle kunne endre det opprinnelige vedtakets gyldighet.
- (43) Jeg går så over til om våre konvensjonsforpliktelser tilsier at vi må, eller bør, endre den ordning som etter mitt syn fremgår av den rettspraksis jeg har gjennomgått.
- (44) Jeg slutter meg til det førstvoterende uttaler om de foreliggende internasjonale rettskilder, herunder det han sier om barnekonvensjonens bestemmelser, og at prøvingen i EMD skjer ut fra en nåtidsvurdering, se avsnitt 24–26 i hans votum. Det er således på det rene at norske myndigheter – for å sikre at det ikke begås brudd på våre internasjonale forpliktelser – i visse situasjoner er forpliktet til å vurdere opplysninger eller omstendigheter som er kommet til etter at vedtaket er truffet. Men jeg trekker en annen konsekvens av dette enn ham.
- (45) For meg står det sentralt at det er opp til statene selv hvordan de vil innrette seg for å unngå konvensjonsbrudd, herunder sørge for at det foretas en nåtidsvurdering hvor det er nødvendig. For så vidt gjelder barnekonvensjonen viser jeg til artikkel 4 som generelt legger plikter på ”partene”, uten å angi hvilke nasjonale organer som skal sørge for dette. For forpliktelsene etter EMK nøyer jeg meg med å vise til det førstvoterende siterer fra Maslov-dommen om at ”... it is for the State to organise its system in such a way as to be able to take account of new developments”. Det kan altså ikke utledes noen plikt verken av barnekonvensjonen eller EMK for statene til å organisere seg slik at det er de nasjonale *domstolene* som må vurdere påberopte nye bevis.
- (46) Etter min oppfatning er det imidlertid ikke tvilsomt at norske myndigheter i vårt tilfelle har plikt til å vurdere om den nye opplysning om statsborgerforholdet gir grunnlag for omgjøring av det tidligere vedtak. Jeg oppfatter for øvrig statens anførsler slik at dette aksepteres.
- (47) Jeg er enig med førstvoterende i at omfanget av utlendingsmyndighetenes plikt til å vurdere omgjøring kan være noe uklart. Jeg går ikke nærmere inn på dette. For meg er det tilstrekkelig å slå fast at det følger av konvensjonsforpliktelsene at UNE i alle fall i vår sak har plikt til å vurdere om den nye omstendighet gir grunnlag for omgjøring av det tidligere vedtak. Om en eventuell rettslig prøving av en nektelse av omgjøring viser jeg til Høyesteretts avgjørelse i dag i sak 2011/2038.
- (48) Jeg føyer til at jeg oppfatter førstvoterende slik at heller ikke han mener at domstolene selv må stå for den nødvendige nåtidsvurderingen om konvensjonsbrudd skal unngås, men at dette er den ordning som alt i alt best ivaretar hensynet til å respektere og sikre

menneskerettighetene i norsk rett. Etter mitt syn er det vanskelig å ha en sikker mening om hva som etter en totalvurdering av de mange hensyn som gjør seg gjeldende er den mest hensiktsmessige ordning her. Men for mitt resultat er det ikke nødvendig å foreta en slik avveining. Det avgjørende for meg er at det ikke i vår sak er fremkommet noe som har en slik tyngde at det tilsier endring av den ordning som etter mitt syn er etablert for domstolskontrollen med forvaltningsvedtak.

- (49) Jeg er etter dette kommet til at anken bør forkastes.
- (50) Dommer **Skoghøy**: På samme måte som førstvoterende, dommer Bårdsen, er jeg kommet til at det forhold at B og As sønn, D, har fått norsk statsborgerskap og mistet sitt statsborgerskap i Sri Lanka, kan trekkes inn ved prøvingen av Utlendingsnemndas vedtak 6. april 2010. Jeg finner det imidlertid ikke nødvendig å begrunne dette i at disse omstendighetene har menneskerettslig relevans, da domstolsprøving av forvaltningsvedtak hvis det ikke finnes særlig hjemmel for annet, etter min oppfatning må skje på grunnlag av det faktum som foreligger på det tidspunkt saken tas opp til doms.
- (51) Som begrunnelse for at det ved domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak ikke kan tas hensyn til rettsstiftende kjensgjerninger som er inntrådt etter at forvaltningsvedtaket ble truffet, har staten først og fremst vist til at tvistegjenstanden ved prøving av forvaltningsvedtak ikke er det underliggende krav, men det vedtak forvaltningen har truffet, og at domstolene ved prøvingen av dette som hovedregel bare utfører en legalitetskontroll. Konstruksjonen om at tvistegjenstanden ved prøvingen av forvaltningsvedtak ikke er det underliggende krav, men vedtaket, er imidlertid forholdsvis ny i norsk forvaltningsrett. Jeg kan uansett ikke se at det av denne konstruksjonen kan trekkes slutninger om hvilket faktum som skal legges til grunn for domstolsprøvingen.
- (52) Den alminnelige oppfatning i norsk forvaltningsrettslig teori før Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2001 side 995 var at domstolene i tilfeller hvor et vedtak som bygde på et lovbundet skjønn, var beheftet med en ugyldighetsgrunn, kunne avsi dom for hva det nye vedtaket skulle gå ut på (realitetsdom), se Arvid Frihagen, Forvaltningsrett, Bind III, 4. utgave, Bergen 1992, side 214 og Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave, 2. opplag, Oslo 1999, side 639. Denne oppfatningen bygde på det syn at tvistegjenstanden i slike saker er det krav vedtaket gjelder. Ved kjennelse i Rt. 2001 side 995 kom imidlertid Høyesterett til at domstolene som hovedregel ikke kan avsi realitetsdom, men må nøye seg med å kjenne vedtaket ugyldig. Denne dommen er fulgt opp i senere praksis, se Jens Edvin A. Skoghøy, Tvisteløsning, Oslo 2010, side 349–350. Løsningen er begrunnet i en hensiktsmessig arbeidsdeling mellom domstolene og forvaltningen og bygger på det syn at tvistegjenstanden ved prøving av forvaltningsvedtak er vedtaket, og ikke det krav vedtaket gjelder.
- (53) Hvorvidt tvistegjenstanden er kravet eller vedtaket, får blant annet konsekvenser for rettskraftsvirkningen av en dom. Dersom tvistegjenstanden er kravet, er det bare endringer i rettsfakta som knytter seg til dette, som kan danne grunnlag for nytt søksmål. Hvis tvistegjenstanden er vedtaket, er det ikke bare materielle rettsfaktaendringer som kan danne grunnlag for nytt søksmål, men også vedtak som vurderer eller avslår begjæring om omgjøring, jf. Rt. 2007 side 1 avsnitt 36. Derimot kan jeg ikke se at det endrede syn på hva som utgjør tvistegjenstanden, kan ha noen betydning for hvilket faktum som skal legges til grunn ved prøvingen. I den utstrekning det endrede syn på hva som utgjør

tvistegjenstanden, skulle tillegges betydning, går den heller i retning av en utvidet adgang for domstolene til å prøve faktum. Når domstolene ikke kan bestemme hva det nye vedtaket skal gå ut på, men må nøye seg med å kjenne det tidligere vedtaket ugyldig, må saken behandles på nytt av forvaltningen, og ved sin nye behandling vil forvaltningen få anledning til å gjøre seg opp en selvstendig oppfatning om betydningen av de nye omstendighetene.

- (54) På bakgrunn av at tvistegjenstanden ved prøving av forvaltningsvedtak etter Rt. 2001 side 995 er blitt ansett å være vedtaket, er det i Rt. 2007 side 1815 avsnitt 33 uttalt at prøvingen må skje på grunnlag av det ”faktum slik det låg føre for det aktuelle organet på vedtakstidspunktet”. I dommen er det – under henvisning til en ubegrunnet uttalelse i kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2003 side 460 – lagt til grunn at dette er ”det alminnelige utgangspunkt i forvaltningsretten”. Samtidig blir det uttalt at det ”likevel [er] eit visst høve til å kome med bevis som kastar lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet” (avsnitt 34). Denne oppfatningen står imidlertid i skarp kontrast til uttalelse i Rt. 1960 side 1374. I denne dommen fant Høyesterett det ”klart” at domstolene ”kan – og må – ta hensyn også til materiale som er kommet frem etterat den angrepne forvaltningsavgjørelse ble truffet”. Hvorvidt dette bare gjelder utfyllende opplysninger om hvordan faktum forholdt seg på vedtakstidspunktet, eller om det også gjelder etterfølgende rettsfakta, blir ikke problematisert. Verken kjæremålsutvalgets kjennelse fra 2003 eller Høyesteretts dom fra 2007 bygger på noen nærmere overveielser, og ingen av avgjørelsene nevner dommen fra 1960.
- (55) Etter dommen i Rt. 2007 side 1815 er spørsmålet om hvorvidt domstolene kan bygge på etterfølgende faktum, blitt reist i Rt. 2009 side 851, Rt. 2009 side 1374 og Rt. 2011 side 948. I Rt. 2009 side 851 avsnitt 48 valgte Høyesterett – noe nølende – å holde seg til den rettsoppfatning som var kommet til uttrykk i Rt. 2007 side 1815, mens det i Rt. 2009 side 1374 avsnitt 40 uten noen drøftelse kort er ”tilføyd” at ”vurderingen av avgjørelsene skal skje ut fra de opplysninger og den situasjon som forelå på avgjørelsestidspunktet”. Denne rettsoppfatningen kan likevel ikke anses som festnet. I Rt. 2011 side 948 avsnitt 62 fant Høyesterett således grunn til uttrykkelig ikke ”å ta stilling til om og i tilfelle under hvilke omstendigheter Høyesterett ved legalitetskontrollen vil ha anledning til å ta hensyn til slike tilleggsopplysninger”.
- (56) Siden den praksis som foreligger om hvorvidt det ved domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak kan tas hensyn til omstendigheter som er inntrådt eller blitt kjent etter at vedtaket ble truffet, ikke bygger på noen nærmere rettskilleanalyse, men er ubegrunnet og preget av usikkerhet og mangel på avklaring, må Høyesterett etter min mening kunne bygge på den regel som har de beste grunner for seg.
- (57) Det er en grunnleggende målsetning for all sivilisert rettergang å legge til rette for at saken blir opplyst på en slik måte at flest mulig av de avgjørelser som blir truffet, er materielt riktige, jf. tvisteloven § 1-1. Dette gjelder ikke minst ved domstolskontrollen med forvaltningen.
- (58) Staten har til forsvar for at retten skal se bort fra etterfølgende omstendigheter, vist til forvaltningens adgang etter forvaltningsloven § 35 til å omgjøre forvaltningsvedtak. Det å henvise borgerne til å be om omgjøring vil imidlertid ikke gi noen fullgod løsning. Det er sikker rett at forvaltningen dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, ikke har plikt til å vurdere omgjøring. Dette gjelder også innenfor utlendingsforvaltningen, se

NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingssaker, side 108. Så lenge det pågår søksmål om gyldigheten av forvaltningens vedtak, må det også antas at forvaltningen ofte vil være lite villig til å omgjøre vedtaket. For at borgerne skal sikres en reell rett til å få vurdert saken ut fra det faktum som foreligger på domstidspunktet, må de gis adgang til å bringe nye faktiske omstendigheter inn i søksmålet. I tillegg kommer prosessøkonomiske hensyn: Dersom forvaltningen avslår å vurdere eller nekter omgjøring, kan det anlegges søksmål om gyldigheten av dette vedtaket. Man vil da lett komme i den situasjon at det før eller kort tid etter at den første saken er avsluttet, blir anlagt nytt søksmål om samme eller tilnærmet samme materielle tema.

- (59) Danmark har en tilsvarende ordning som oss for prøving av forvaltningsvedtak, og etter dansk rett kan det ved prøvingen av forvaltningsvedtak ikke bare fremlegges nye opplysninger om rettsfakta som forelå på vedtakstidspunktet. Dersom det ikke er særlig hjemmel for annet, er det også adgang til å påberope senere inntrådte rettsfakta, se Bent Christensen, *Forvaltningsret. Prøvelse*, 2. utgave, København 1994, side 37–40 og Hans Gammeltoft-Hansen mfl., *Forvaltningsret*, 2. utgave, København 2002, side 815–816. Christensen uttaler (op.cit. side 37–38):

”Udgangspunktet er, at der ikke kræves identitet mellem det processtof, der var grundlag for forvaltningsakten, og processtoffet hos domstolen. Der er altså fri adgang for nova.

Dette gælder ubetinget for så vidt angår sagens oplysning. Karakteristisk for prøvelsessager er som nævnt, at de oplysninger, som domstolen har til rådighed, oftest er langt mere omfattende end dem, der forelå for forvaltningen, da den traf sin afgørelse.

Der er heller ingen begrænsninger for så vidt angår *mellomkommende fakta*. Prøvelsen er ikke en prøvelse af, om forvaltningen på det for den foreliggende grundlag har handlet korrekt. Prøvelsen går ud på at fastslå, om forvaltningen efter den retstilstand, der forelå ved forvaltningsaktens udstedelse, på grundlag af de nu foreliggende oplysninger var i orden.

Dette er dog kun en hovedregel. Påstanden kan føre til, at domstolen skal tage stilling til, om en forvaltningsakt var lovlig under de omstændigheder, der forelå da den blev utstedt. Sager om lovligheden af tvangsindlæggelse af sindssyge drejer sig således om, hvorvidt tvangsindlæggelsen, da den skete, var korrekt. I en sådan situation kan der naturligvis ikke tages hensyn til, hvad der måtte være sket siden.”

- (60) Gammeltoft-Hansen mfl., op.cit. side 815–816 uttrykker seg noe kortere, men innholdsmessig identisk.
- (61) Jeg kan ikke se at det skal være noen grunn til at spørsmålet skal løses annerledes hos oss.
- (62) Staten har til støtte for sitt syn også vist til de begrensninger som etter rettspraksis gjelder for adgangen til å fremlegge for domstolene nye opplysninger i skatte- og merverdiavgiftssaker. Dette synspunktet beror imidlertid på en klar misforståelse. Det sier seg selv at det i skatte- og merverdiavgiftssaker ikke kan tas hensyn til begivenheter som er inntrådt etter inntektsåret eller vedkommende merverdiavgiftstermin. Den rettspraksis som foreligger, begrenser adgangen til å berope nye bevis eller rettsfakta som var inntrådt innenfor inntektsåret eller avgiftsterminen og er begrunnet i den særlige oppgaveplikt som skatte- og merverdiavgiftspliktige har, se nærmere Skoghøy, op.cit. side 761–762.

- (63) Førstvoterende har med utgangspunkt i Norges menneskerettslige forpliktelser kommet til at domstolsprøving av vedtak om å nekte opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38 må bygge på en nåtidsvurdering, og at mye taler for at det samme må gjelde andre vedtak i utlendingssaker. De menneskerettslige forpliktelser vi har, er imidlertid ikke begrenset til utlendingssaker, og jeg har vanskelig for å se at det er grunnlag for å stille slike saker i en særstilling. Også i andre saker må spørsmål om menneskerettsbrudd normalt avgjøres ut fra forholdene på det tidspunkt vedtaket blir gjennomført.
- (64) Som førstvoterende påpeker, vil det heller ikke være praktisk gjennomførbart å skille mellom ulike rettsgrunnlag. Faktiske omstendigheter som har menneskerettslig relevans, vil ofte også være relevante etter andre rettsregler. Dersom det skal skilles mellom faktum som er menneskerettsrelevant og faktum som ikke er det, vil det lede til at retten må legge til grunn ett faktum ved avgjørelsen av menneskerettsanførsler og et annet faktum ved avgjørelsen av andre anførsler. Det fremstår som en lite tiltalende løsning.
- (65) Et søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak har ikke karakter av noen teoretisk øvelse, men er en tvist om et reelt rettskrav – ofte av inngripende karakter eller av stor økonomisk eller velferdsmessig betydning for borgerne. Borgerne bør i en rettsstat som alminnelig regel ha krav på at tvister med myndighetene blir avgjort av domstolene på grunnlag av et korrekt og fullstendig faktum.
- (66) Jeg finner det på denne bakgrunn klart at det under domstolsprøving av forvaltningsvedtak – såfremt det ikke finnes særlig hjemmel for annet – må være adgang til å påberope nye bevis og supplerende opplysninger om rettsfakta som var inntrådt da vedtaket ble truffet. Adgangen til å fremlegge nytt faktisk materiale bør imidlertid ikke stoppe med dette. Dersom det etter at forvaltningsvedtaket ble truffet, er inntrådt nye rettslig relevante faktiske omstendigheter, og det ikke er spørsmål om å avgjøre rettsstillingen på et gitt tidspunkt, bør også disse omstendighetene inngå i domstolenes avgjørelsesgrunnlag. Skillet mellom rettsfakta og bevisfakta kan være nokså subtilt, og jeg kan vanskelig se at det er noen rasjonell grunn til å la dette skillet være avgjørende for hva som kan påberopes av nytt faktum. Målsetningen må være å legge til rette for at domstolene skal kunne treffe flest mulig materielt riktige avgjørelser. For å oppnå et materielt riktig resultat må avgjørelse treffes på grunnlag av det rettslig relevante faktum som foreligger når saken blir opptatt til doms. Det bør derfor – på samme måte som i Danmark – såfremt det ikke finnes særlig hjemmel for annet, ved prøving av forvaltningsvedtak også være adgang til å påberope etterfølgende rettsfakta.
- (67) Dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med tredjevoterende, dommer Skoghøy.
- (68) Dommer **Gjølstad:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bårdsen.
- (69) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: