



DOMSTOL
ADMINISTRASJONEN

DAs rapportserie 1/2009

MIDLERTIDIG FORFØYNING MOT FORVALTNINGSVEDTAK

Resultatet av en fordypning under en studiepermisjon
2008/2009

Av dommer Stein Eikvåg

INNHOLDSFORTEGNELSE

I. HVA ER MIDLERTIDIG FORFØYNING?.....	s. 3
II. DOM FOR KRAV SOM HAR SITT GRUNNLAG I FORVALTNINGSVEDTAK...s.	3
II.1. Innledende bemerkninger.....	s. 3
II.2. Domstolenes prøvingsrett.....	s. 4
II.3. Ugyldige forvaltningsvedtak og hvordan de angripes ved domstolene.....	s. 4
II.4. Domstolsbegrepet.....	s. 5
II.5. Når kan et krav som det kan gis dom for sikres med en midlertidig forføyning...s.	5
II.6. Andre vilkår for at det skal foreligge et krav som kan sikres med en midlertidig forføyning.....	s. 7
III. YTTERLIGERE AVGRENSNING AV DE KRAV SOM KAN SIKRES MED EN MIDLERTIDIG FORFØYNING NÅR DET ER PROSESSUELL ADGANG TIL Å FÅ DOM FOR KRAVET.....s.	8
III.1. Hvilke domstolskrav som i utgangspunktet kan sikres med en midlertidig forføyning.....	s. 8
III.2. Rettslig interesse og forholdet til sikringsgrunn.....	s. 8
III.3. Krav i forbindelse med forvaltningsvedtak som innskrenker rettigheter.....	s. 10
III.4. Krav i forbindelse med forvaltningsvedtak som gir eller utvider rettigheter.....	s. 11
III.5. Krav som må anses av en slik art at de ikke kan sikres med en midlertidig forføyning.....	s. 16
IV. PARTENE I EN SAK OM MIDLERTIDIG FORFØYNING I FORBINDELSE MED AT ET FORVALTNINGSVEDTAK SØKES GJORT UGYLDIG VED DOM.....s.	17
IV.1. Innledning.....	s. 17
IV.2. Nærmere om hvem som kan være saksøker i en sak om midlertidig forføyning for et krav med grunnlag i et ugyldig forvaltningsvedtak.....	s. 17
IV.3. Hvilket offentlig organ skal saksøkes.....	s. 18
IV.4. Kan det begjæres midlertidig forføyning mot et annet organ en det som hovedsøksmålet må rettes mot?.....	s. 18
IV.5. Kan andre en det organ som har fattet det omstridte vedtak gjøres til saksøkt?...s.	22
V. FOR HVILKEN DOMSTOL KAN DET BEGJÆRES MIDLERTIDIG FORFØYNING - STEDLIG OG SAKLIG KOMPETANSE.....s.	24
VI. SANNSYNLIGGJØRING AV KRAV.....s.	25
VI.1. Generelt.....	s. 25
VI.2. Behandlingen av kravet i utlendingssaker.....	s. 25
VI.3. Behandlingen av kravet i skjenkebevillingssaker.....	s. 27
VII. SIKRINGSGRUNN.....	s. 29
VII.1. Saker hvor et forvaltningsvedtak nekter å gi en rettighet.....	s. 29
VII.2. Saker hvor et forvaltningsvedtak innskrenker en rettighet – utlendingssaker og skjenkebevillingssaker.....	s. 30
VII.3. Den avsluttende interesseavveining.....	s. 32
VIII. HVA FORFØYNINGEN KAN GÅ UT PÅ.....s.	32

I. HVA ER MIDLERTIDIG FORFØYNING?

Når man går til domstolene for å få dom for et krav mot en annen, kan i praksis fullbyrdelse av kravet være umulig selv når det foreligger en rettskraftig avgjørelse som gir medhold i kravet. Et illustrerende eksempel er en person som har anlagt sak for få utlevert en bil og får medhold, men likevel ikke får sin bil tilbake fordi saksøkte har sørget for å tilintetgjøre den i mellomtiden, eller hageeieren som hugger ned et tre på naboens grunn som han vil ha bort selv om det verserer en tvist med naboen om treet skal få bli stående og naboen til slutt får medhold. For å unngå en slik situasjon kan kravet midlertidig sikres. Bestemmelsene om midlertidig sikring er nå tatt inn i tvistelovens sjuende del. Før tvisteloven trådte i kraft den 1. januar 2008, sto bestemmelsene om midlertidig sikring i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 14 og 15. Tvisteloven kapittel 32 inneholder de generelle bestemmelser om midlertidig sikring, og etter § 32-1 første ledd omfatter midlertidig sikring arrest og midlertidig forføyning. Etter tvisteloven § 32-1 annet ledd er det pengekrav som midlertidig sikres ved arrest. Krav som går ut på annet enn betaling av penger kan etter tvisteloven § 32-1 tredje ledd midlertidig sikres ved midlertidig forføyning. Det skal ikke gås nærmere inn på grensen mellom pengekrav og andre krav her. Særbestemmelsene for arrest, står i tvisteloven kapittel 33 mens særbestemmelsene for midlertidig forføyning står i tvisteloven kapittel 34.

Den som begjærer en midlertidig forføyning, må sannsynliggjøre at det krav som gjøres gjeldende, vil bli gitt medhold i den senere rettssak, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum som også bestemmer at i tillegg må det sannsynliggjøres at det foreligger en slik grunn som gjør at kravet må sikres. Dette kalles sikringsgrunn. Hva som er sikringsgrunn, fremgår av tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a og b. I og med at sikringsgrunn er et vilkår for å få medhold i en begjæring om midlertidig forføyning, behøver ikke domstolen som tar stilling til begjæringen, ta stilling til kravet som begjæres sikret dersom den uavhengig av vurderingen av kravet finner at sikringsgrunn ikke foreligger. Dette viser at når domstolen tar stilling til kravet, gjør den det bare prejudisielt. Derfor kan ikke en kjennelse om midlertidig forføyning erstatte en senere dom for kravet. På den annen side vil en kjennelse som avgjør en begjæring om midlertidig forføyning, kunne ha en så grundig og overbevisende behandling av kravet, at begge parter anser det unødvendig med ytterligere domstolsbehandling. Dette gjelder særlig dersom flere rettsinstanser etter bruk av anke har kommet til samme resultat.

Før en begjæring om midlertidig forføyning tas til følge må det etter tvisteloven § 34-1 annet ledd også foretas en interesseavveining mellom partene. Midlertidig forføyning kan ikke besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet.

Retten må etter tvisteloven § 34-3 annet ledd annet punktum fastsette en midlertidig forføyning som innebærer tiltak som så langt som mulig forhindrer at de forhold inntre som er sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a og b. Hvilke tiltak det er tale om, angis i generelle vendinger i tvisteloven § 34-3 første ledd som bestemmer hva en midlertidig forføyning kan gå ut på, nemlig at saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling, eller på at et formuesgode skal settes ut av saksøktes besittelse og tas under forvaring eller bestyrelse.

II. DOM FOR KRAV SOM HAR SITT GRUNNLAG I ET FORVALTNINGSVEDTAK

II.1. Innledende bemerkninger.

Emnet for den videre fremstilling er midlertidig forføyning til sikring av krav som man hevder å ha fordi man mener et forvaltningsvedtak er ugyldig. Da midlertidig forføyning i utgangspunktet bare kan brukes til sikring av krav som det kan gis dom for, reiser det seg en del særlige spørsmål når et forvaltningsvedtak er grunnlaget for kravet. Det gjelder for det første i hvilken grad domstolene har rett til å overprøve et forvaltningsvedtak, den såkalte domstolenes prøvingsrett, se II.2. I den forbindelse er det hensiktsmessig å gå litt inn på ugyldighet som er følgen av at domstolene ved prøving kommer til at forvaltningsvedtaket må settes til side og hvordan ugyldighet kan håndteres, se II.3. Videre må hva som menes med domstolsbehandling presiseres, se II.4. Det kan også være spørsmål om på hvilken stadium i forvaltningsprosessen det gis rett til å sikre et krav som det kan gis dom for med midlertidig forføyning, se II.5. Endelig kan det være andre prosessuelle vilkår for å reise søksmål som også har betydning for adgangen til å begjære midlertidig forføyning, se II.6.

II.2. Domstolenes prøvingsrett.

Bruk av midlertidig forføyning kan bare bli aktuelt i den grad gyldigheten av et forvaltningsvedtak kan prøves av domstolene. Slik prøvingsrett har domstolene. Den er hjemlet i uskreven forvaltningsrett skapt gjennom rettspraksis. Domstolene har imidlertid på bakgrunn av maktfordelingsprinsippet, begrenset sin prøvingsrett. Det som domstolene kan prøve er noe upresis sagt, de rettslige sider av et forvaltningsvedtak. Således kan domstolene prøve om det foreligger saksbehandlingsfeil, om vedtaket bygger på korrekt faktum, noe som ofte, men ikke alltid har med saksbehandlingen å gjøre, og om vedtaket bygger på korrekt tolkning og anvendelse av rettsregler. Rettsanvendelsen kan ut fra de bestemmelser som skal anvendes, ha elementer av skjønn, det såkalte rettsanvendelsesskjønnet. Dette må avgrenses mot de mer faglige vurderinger som skal ligge til grunn for et vedtak, som nettopp det forvaltningsorgan som skal treffe vedtaket, er ment å ha den nødvendige ekspertise på. Disse vurderingene ligger innenfor det som kalles forvaltningens frie skjønn og er unntatt fra domstolsprøving. Grensen mellom rettsanvendelsesskjønnet og forvaltningens frie skjønn er alt annet enn klar, noe som blant annet må ses på bakgrunn av de forskjelligartede bestemmelser som fins på mange ulike forvaltningsområder. Hvor langt domstolene har ansett at prøvingsretten går, kan som en følge av dette, variere for de forskjellige forvaltningsområder, og også bero på hensiktsmessighetsbetraktninger. Selv om man er innenfor forvaltningens frie skjønn, kan domstolene sette det til side dersom det er basert på utenforliggende hensyn eller usaklig forskjellsbehandling. Dessuten kan domstolene sette til side vedtak som fremstår som vilkårlige eller sterkt urimelige. Det vises til hvordan Høyesterett har formulert dette i Rt. 1995 s. 72 og Rt. 1995 s. 1427. I hvilken grad en domstol kan prøve gyldigheten av et forvaltningsvedtak beror til syvende og sist på en tolkning av de lovbestemmelser som hjemler det vedtak som er truffet. Dette kan i noen tilfelle gi domstolen en svært vid prøvingsrett mens i andre tilfeller gis det svært lite rom for prøvingsretten, se Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, 8. utgave (2006) s. 505-509.

II.3. Ugyldige forvaltningsvedtak og hvordan de angripes ved domstolene.

En domstolsprøving av et forvaltningsvedtak vil vanligvis være et resultat av et saksanlegg mot forvaltningsorganet som har truffet vedtaket fra en som ikke aksepterer dets innhold. Det krav som kan gjøres gjeldende overfor domstolen, vil således være basert på at forvaltningsvedtaket er ugyldig som følge av at det er beheftet med feil.

Det er ikke alltid det er nødvendig å gå til domstolene for å få kjent et forvaltningsvedtak ugyldig. Den feil som hefter ved vedtaket, kan være av en slik art at vedtaket må anses som en nullitet. Som eksempel kan nevnes at et vedtak kan være truffet av et forvaltningsorgan som

overhodet ikke har kompetanse til å treffe den type vedtak som det er tale om. Et vedtak som må anses som en nullitet, behøver ikke den som er berørt av vedtaket rette seg etter. Dersom forvaltningen ikke er enig i at vedtaket er en nullitet, kan den som ignorerer vedtaket risikere å bli trukket for retten fordi vedkommende ikke etterlever vedtaket, og da vil gyldigheten av vedtaket bli prøvet prejudisielt, se nærmere Eckhoff og Smith s. 498-500.

Når et vedtak er ugyldig uten å være en nullitet, kalles det angripelig og vil stå ved lag til det eventuelt er satt til side av domstolen. Enhver feil ved et forvaltningsvedtak, fører ikke nødvendigvis til ugyldighet. For saksbehandlingsfeil bestemmer forvaltningsloven § 41 at et vedtak er gyldig dersom det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Bestemmelsen skal ikke tolkes antitetisk. Det kan tenkes tilfelle hvor et vedtak ikke anses som ugyldig selv om det er grunn til å regne med at saksbehandlingsfeilen kan ha virket inn på vedtakets innhold. Det er på det rene at forvaltningsloven § 41 gir uttrykk for et prinsipp som også gjelder for andre feil ved et forvaltningsvedtak enn saksbehandlingsfeil, se Eckhoff og Smith s. 448-449.

II.4. Domstolsbegrepet.

Midlertidig forføyning er etter det som er sagt et instrument som bare kan brukes innenfor den virksomhet som er tillagt domstolene. Dette med domstoler må tas bokstavelig. Et forvaltningsorgan kan være tillagt myndigheten til å avgjøre tvister mellom parter som det på grunn av tvistenes mer rettslige preg, ville være like naturlig at domstolene hadde. Dette gir likevel ikke adgang til å sikre det krav som gjøres gjeldende med en midlertidig forføyning da det ikke er en domstol som skal ta stilling til kravet. Det vises her til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1993 s. 785. Saken gjaldt et tilfelle hvor en eneimportør av en type TV-spill nektet all leveranse til en forhandler fordi denne også importerte de samme spill direkte fra U.S.A. og samtidig solgte en adapter som gjorde at spillene kunne brukes i Norge. Forhandleren begjærte midlertidig forføyning for at importøren skulle få rettens pålegg om å foreta normale leveranser. Da avgjørelsen av om en slik forretningsnektelse var lovlig tillå Priserådet med enekompetanse etter den tidligere prislov § 23, medførte det at behandlingen av en slik tvist lå utenfor domstolenes kompetanseområde. Begjæringen om midlertidig forføyning ble derfor avvist. I konkurranseloven som trådte i kraft den 1.mai 2004 og som erstattet prisloven, er det for øvrig ingen bestemmelse som sier at en tvist av denne type skal løses av andre enn de ordinære domstoler.

II.5. Når kan et krav som det kan gis dom for sikres med en midlertidig forføyning.

Spørsmålet om det kan gis dom for et krav, har også et tidsmessig aspekt. Når kan det begjæres midlertidig forføyning under forvaltningens saksbehandling. Er dette avhengig av når det kan anlegges ordinær sak, eller er det i denne sammenheng en videre adgang til å begjære midlertidig forføyning? Avgjørelsen i Rt. 1986 s. 966 er illustrerende i så måte. Saken gjaldt en tvist mellom eierne av to naboeiendommer. På den ene eiendommen var det påbegynt utbygging av et boligfelt, og i den forbindelse ble det lagt ut en kloakkledning. Da eieren av naboeiendommen hadde fått svært lite tilfredsstillende kloakkforhold, ønsket han å få slutte seg til naboens kloakknett, og senere av samme grunn også dennes vannledning. Partene forhandlet, men kom ikke til enighet. Det skjedde så diverse irregulære tilkoplinger og frakoplinger. I en begjæring om midlertidig forføyning krevde naboen som ønsket tilkopling at han skulle få rett til det. Namsretten tok begjæringen til følge og ga en slik rett. Etter kjæremål kom lagmannsretten til det motsatte resultat ved ikke å ta begjæringen om midlertidig forføyning til følge. Saksøkeren påkjærte videre til Høyesteretts kjæremålsutvalg. I kjæremålet ble det blant annet gjort gjeldende at mulighet for en minnelig ordning ikke var til stede. Det var heller ikke tid til å søke om ekspropriasjonstillatelse med forhåndssamtykke

etter oreigningsloven § 25 da det uansett måtte påregnes én måneds behandlingstid hos fylkesmannen. Videre ble det hevdet det at det var feil av lagmannsretten å legge til grunn at det må foreligge et forvaltningsvedtak eller skjønn for at det skal kunne foreligge et krav slik at tvangfullbyrdelsesloven § 262 (nå: tvisteloven § 34-1) kan komme til anvendelse. Det ble i den forbindelse anført at det i henhold til rettspraksis var adgang til å foregripe fullbyrdelsen av et krav etter tvangfullbyrdelsesloven §262 nr. 2 (nå: tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b) når det ellers ville være fare for vesentlig skade eller ulempe. Flertallet i Høyesteretts kjæremålsutvalgs var enig med lagmannsretten på dette punkt og uttalte:

Flertallet finner ikke grunn til å ta standpunkt til om midlertidig forføyning i visse tilfelle kan gis selv om den rettstilstand som søkes etablert, etter loven forutsetter en administrativ tillatelse, eventuelt et skjønn. Forutsetningen for midlertidig forføyning i slike tilfelle må i alle fall være at det er klart både at tillatelse vil bli gitt, hvilke vilkår som vil bli stillet og at den som begjærer midlertidig forføyning vil oppfylle vilkårene.

Mindretallet i Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte:

Lagmannsretten har lagt til grunn for sin avgjørelse at det her ikke foreligger et krav i den forstand tvangfullbyrdelsesloven nytter dette uttrykk. Man kan etter lagmannsrettens oppfatning ikke tale om et krav i lovens forstand før det er fremkommet et vedtak fra et forvaltningsorgan eller et skjønn som innebærer en tillatelse.

Denne forståelsen av loven som i tilfeller som dette vil utelukke bruk av midlertidig forføyning som det synes å være et klart behov for, er etter min oppfatning ikke riktig.

Man kan ikke som lagmannsretten generelt si at det i saker av denne art overhodet ikke kan treffes beslutning om midlertidig forføyning. Det vesentlige etter tvangfullbyrdelseslovens § 262 nr. 2 er at det foreligger et omtvistet rettsforhold, og at de øvrige vilkår bestemmelsen krever oppfylt, er til stede. Dersom den som begjærer midlertidig forføyning da påviser at det er en rimelig sannsynlighet for at lovens betingelser er til stede for at det, ved en forvaltningsakt eller ved skjønn, gis en tillatelse, må retten kunne treffe beslutning om midlertidig forføyning.

Det som må kunne fastslås er at det ikke alltid er nødvendig at det foreligger et forvaltningsvedtak for det kan begjæres midlertidig forføyning. Det krav som gjøres gjeldende må selvsagt ha et grunnlag som gjør at det kan gis dom for det.

I Rt. 1995 s. 1789 og Rt. 1996 s. 1569 er det referert avgjørelser hvor begjæringer om midlertidig forføyning ble tatt under realitetsbehandling uten at det forelå noe forvaltningsvedtak. Begjæringene rettet seg mot anvendelsen av bestemte lovbestemmelser som det ble påstått innskrenket næringsdrivende rettigheter i strid med EØS-avtalen. Det ble påstått at lovbestemmelsene ikke skulle komme til anvendelse før det var rettskraftig avgjort om det forelå strid med EØS-avtalen. Ingen av begjæringene førte for øvrig frem.

Et forvaltningsvedtak vil kunne påklages etter forvaltningsloven § 28. I hvilken grad klageadgangen må være benyttet før det kan reises søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, er regulert i forvaltningsloven § 27 b hvor det bestemmes at det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, kan bestemme at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak eller krav om erstatning som følge av vedtaket ikke skal kunne reises uten

at vedkommende part har nyttet sin adgang til å klage over vedtaket, og at klagen er avgjort av den høyeste klageinstans som står åpen. Søksmål skal likevel i alle tilfelle kunne reises når det er gått 6 måneder fra klage første gang ble fremsatt, og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens avgjørelse ikke foreligger. Det vises til Eckhoff og Smith s. 509-510. Det betyr at i utgangspunktet vil adgangen til å reise søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak være uavhengig av om klageadgangen er benyttet.

Et spørsmål som reiser seg er om det er prosessuell adgang til å begjære midlertidig forføyning i de tilfelle hvor det i forvaltningsvedtaket er bestemt at søksmål om gyldigheten av det ikke kan reises før klageadgangen er utnyttet fullt ut uten at klagebehandlingen er avsluttet. Forutsetningen er selvsagt at ikke er andre forhold ved kravet som hindrer en begjæring om midlertidig forføyning. Rent umiddelbart skulle man tro at så lenge det ikke er adgang til søksmål, så er det heller ikke adgang til å begjære midlertidig forføyning. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 344 er det imidlertid uttalt:

Departementet anser det gjennomgående som ønskelig at klageretten er uttømt før det blir reist søksmål. Som oftest vil nok den private part gjøre dette i egen interesse, siden klageadgangen som utgangspunkt er gratis og i motsetning til saksanlegg for domstolene kan medføre en full overprøving av forvaltningsskjønnet. Departementet frykter imidlertid at en alminnelig og absolutt regel om dette kan bli for stivbent, og ser i motsetning til utvalget ikke vesentlige innvendinger mot at forvaltningsorganet, for den enkelte sak eller sakstype, setter krav om uttømming av klageretten før søksmål kan reises. Dette vil ikke være til hinder for at den private part begjærer midlertidig forføyning etter lovforslaget kapittel 34 mot iverksetting av førstinstansvedtaket. En ordning etter disse linjer – i tråd med tvistemålsloven § 437 første ledd – vil gi mulighet for å forta en konkret vurdering av om det bør sikres at klagemuligheten blir uttømt.

Ut fra dette og at det ikke er utelukket at det kan begjæres midlertidig forføyning før det foreligger noe formelt truffet forvaltningsvedtak, må konklusjonen bli at det kan begjæres midlertidig forføyning selv om forvaltningsvedtaket utelukker ordinært søksmål før alle klagemuligheter er uttømt.

II.6. Andre vilkår for at det skal foreligge et krav som kan sikres med midlertidig forføyning.

For å kunne sikre et krav med en midlertidig forføyning må det selvsagt heller ikke være andre prosessuelle hindre for å anlegge sak om kravet enn det som allerede er nevnt om begrensningene i domstolenes adgang til å prøve forvaltningsvedtaks gyldighet. Således må man ha den fornødne rettslige interesse i saksanlegget, noe som er fastslått av Høyesteretts kjæremålsutvalg i kjennelsen referert i Rt. 1998 s. 80, og den domstol som saken anlegges for i de tilfeller hvor det samtidig begjæres midlertidig forføyning, jf. tvisteloven § 32-4 tredje ledd, må være så vel saklig som stedlig kompetent. I Rt. 1996 s. 1051 er gjengitt et eksempel på manglende søksmålsinteresse. Som eksempel på tvist om både rettslig interesse og saklig kompetanse kan vises til Rt. 1989 s. 484.

III. YTTERLIGERE AVGRENSNING AV DE KRAV SOM KAN SIKRES MED EN MIDLERTIDIG FORFØYNING NÅR DET ER PROSESSUELL ADGANG TIL Å FÅ DOM FOR KRAVET

III.1. Hvilke domstolskrav som i utgangspunktet kan sikres ved midlertidig forføyning.

Det naturlige utgangspunkt for en videre fremstilling av midlertidig forføyning mot ugyldige forvaltningsvedtak er den i Rt. 1955 s. 953 refererte kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg hvor det var spørsmål om midlertidig forføyning kunne anvendes over forvaltningshandlinger som innebærer utøvelse av offentlig myndighet ut fra en fortolkning av den daværende tvangsfullbyrdelseslov § 262. Kjæremålsutvalget uttalte:

.....All den stund domstolene har adgang til å prøve forvaltningshandlingers rettsgyldighet, liksom den enkelte har rett til å unnlate å etterkomme ulovhjemlede forvaltningsbeslutninger (Castberg Forvaltningsrett 2. utg. side 71. Rt. 1949 side 797), finner man at de beste grunner taler for å anta at domstolene også er kompetente til ved midlertidig forføyning å hindre at en omtvistet forvaltningsbeslutning settes ut i livet hvor dette kan medføre vesentlig skade eller ulempe. På den annen side er det klart at midlertidig forføyning ikke kan brukes overfor en forvaltningsakt i tilfelle hvor domstolen ikke ville kunne sette den til side, enten fordi avgjørelsen etter sin art er unndratt fra domstolsprøvning, eller fordi angrepet på den rettes mot administrasjonens skjønnsmessige avgjørelser.

Etter denne avgjørelsen har det vært sikker rett at forvaltningsvirksomhet som utøvelse av offentlig myndighet ikke er til hinder for at midlertidig forføyning kan brukes i forbindelse med rettsaker om forvaltningsvedtaks gyldighet.

III.2. Rettslig interesse og forholdet til sikringsgrunn.

Selv om det kan gis dom for kravet og det i den forbindelse er tidsmessig adgang til å begjære midlertidig forføyning, er det ikke uten videre gitt at en begjæring midlertidig forføyning kan tas under realitetsbehandling. Det må også foreligge rettslig interesse i å begjære midlertidig forføyning, jf. Rt. 1989 s. 188. At den rettslig interesse for et ordinært søksmål foreligger, er i prinsippet ikke tilstrekkelig. I praksis vil imidlertid dette som oftest bety at også den rettslige interesse i å begjære midlertidig forføyning er til stede. Det må likevel foretas en separat vurdering av den rettslige interesse for begjæringen om midlertidig forføyning. Det kan her vises til avgjørelsen i Rt. 1986 s. 1173 hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg avviste et kjæremål fordi den kjærende part ikke hadde noen aktuell interesse i en midlertidig forføyning slik at det nødvendige grunnlag for en rettslig interesse dermed ikke var til stede.

Særlig i saker om skjenkebevilling kan det oppstå situasjoner hvor det blir spørsmål om rettslig interesse. Problemstillinger omkring alkoholloven § 1-10 har i så måte vært oppe i praksis. I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1991 s. 1198 fikk en restaurantbedrift ikke prøvd om de i henhold til alkoholloven § 1-10 kunne skjenke alkohol i tre måneder i forbindelse med at de hadde inngått en leieavtale til lokaler som de åpnet restaurant i og hvor den tidligere leietakers leiekontrakt nylig hadde opphørt. Denne leietakeren hadde skjenkebevilling. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at kjæremålet måtte avvises på grunn

av manglende rettslig interesse i henhold til prinsippet i tvistemålsloven § 54. De sa blant annet videre:

.....Utgangspunktet for 3 måneders fristen etter alkohollovens § 1-10 må i det foreliggende tilfelle være 23. april 1991, da Peelorg A/S Overtok lokalene i Nordregt. 23. Det vil si at den nevnte lovbestemmelse ikke lenger i noe tilfelle kan begrunne en skjenkerett i de overlatte lokaler. Det er ingen uenighet mellom partene om dette.

Staten v/Justisdepartementet har anført at hvis saken ikke tas under realitetsbehandling, vil det bety at det vil bli vanskelig å få prøvd tolknings spørsmål knyttet til alkohollovens § 1-10. Dette kan imidlertid etter utvalgets oppfatning ikke i seg selv begrunne en rettslig interesse ved behandlingen for Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Høyesteretts kjæremålsutvalg fant også at det manglet rettslig interesse i kjennelsen i Rt. 2004 s. 1756. Også i denne saken var tremånedersfristen i alkoholloven § 1-10 utløpt da kjæremålsutvalget hadde saken til behandling. De uttalte innledningsvis:

Høyesteretts kjæremålsutvalg er kommet til at kjæremålet hit må avvises på grunn av manglende rettslig interesse. Tremånedersfristen etter alkoholloven § 1-10 utløp 24. august 2004, og bestemmelsen begrunner ikke lenger skjenkerett i de overtatte lokaler. Skjenkebevilling ble for øvrig gitt 6. september 2004. Det er ikke uenighet mellom partene om dette.

I saken som er referert i Rt. 1998 s. 80 som også gjelder et spørsmål i tilknytning til alkoholloven § 1-10, avviste namsretten begjæringen om midlertidig forføyning. Lagmannsretten kom til at begjæringen måtte realitetsbehandles, men tok den ikke til følge. Høyesteretts kjæremålsutvalg var enig med lagmannsretten i at begjæringen måtte realitetsprøves.

Som det fremgår foran (I), er et vilkår for å ta en begjæring om midlertidig forføyning til følge at det foreligger en sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd. Dette er et materielt vilkår, men de vurderinger som gjøres for å avgjøre om det foreligger sikringsgrunn, er langt på vei de samme som gjøres dersom det er spørsmål om den fornødne rettslige interesse for å begjære midlertidig forføyning foreligger. På noen forvaltningsområder er det treffende å si at vurderingene er helt sammenfallende, mens på andre forvaltningsområder er så ikke tilfelle. Rettslig interesse er et prosessuelt vilkår. Hvorvidt en begjæring om midlertidig forføyning avslås på grunn av manglende rettslig interesse eller manglende sikringsgrunn, har ikke så stor betydning. Manglende rettslig interesse medfører at begjæringen skal avvises mens manglende sikringsgrunn medfører at begjæringen ikke skal tas til følge. Det vises her til Kyrre N. Isaksen: Utsatt iverksettelse av forvaltningsvedtak (Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 3/2006) s. 65 og 69-70. I saken som er referert i Rt. 2003 s. 223 ble det enighet i namsretten om i første omgang bare å ta stilling til forføyningens hensiktsmessighet, sikringsgrunn og interesseavveiningen. Så vel namsrett som lagmannsrett avgjorde likevel saken ved avvisning istedenfor ikke å ta begjæringen om midlertidig forføyning til følge. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom for øvrig til et annet resultat idet de fant at det forelå rettslig interesse, og saken ble fremmet for Oslo namsrett. Saken gjaldt noen fiskeforedlingsbedrifter som ved kontroll hadde fått underkjent opprinnelsesbevis for at den fisk som de hadde eksportert bare var norsk slik at den var tollmessig begunstiget. Da underkjennelsesvedtakene allerede var kjent innen EU, oppsto spørsmålet om den rettslige

interesse av en midlertidig forføyning som bare ville være bindene i Norge. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte blant annet:

Etter kjæremålsutvalgets vurdering kan det ikke være avgjørende for om West Fish AS har rettslig interesse i denne saken hvorvidt en midlertidig forføyning i Norge er bindende innenfor EU/EØS i den forstand at tollmyndighetene taper sin kompetanse til å se bort fra opprinnelsesbevisene. Det vises i denne sammenheng til at EF-domstolen i dom av 14. mai 1996 i saken Faroe Seafood m.fl. (sak C-153/94 og C-204/94) slo fast at engelske tollmyndigheter kunne overprøve gyldigheten av tolldeklarasjoner utstedt av myndighetene på Færøyene og ilegge toll, selv om de færøyske myndighetene fastholdt at opprinnelsesbeviset var riktig. Dette må også gjelde den motsatte vei ved at tollmyndighetene innen EU kan beslutte å utsette ileggelse av toll når eksportøren har oppnådd midlertidig forføyning i hjemlandet, mens tollmyndighetene fastholder sitt vedtak.

Hensynet til at en norsk eksportør ikke skal være uten mulighet for raskt å ivareta sine interesser, tilsier at vedkommende må ha adgang til å fremme sak om midlertidig forføyning selv om vedtaket allerede er oversendt EU. Da grunnvilkåret for midlertidig forføyning er at selskapet må sannsynliggjøre at det har et "krav", jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 15-6, vil i alle fall en midlertidig forføyning gi tollmyndighetene i importlandene foranledning til å vurdere om de skal avvente det endelige utfallet av den norske saken. Indirekte vil dette kunne ha såpass konsekvenser for West Fish AS at det må aksepteres at selskapet har rettslig interesse i også en begjæring om midlertidig forføyning.

Det man kan trekke ut av denne kjennelsen er at muligheten for å oppnå noe ved en midlertidig forføyning, uten at denne muligheten uten videre korresponderer med en rett til å oppnå noe, kan være tilstrekkelig til å etablere rettslig interesse. Det vises også til Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler: Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave, bind II, fjerde utgave s. 1164.

III.3. Krav i forbindelse med forvaltningsvedtak som innskrenker rettigheter.

Midlertidig forføyning begjæres som nevnt ovenfor (I) for å sikre et krav som man ønsker dom for. Når et forvaltningsvedtak angripes gjennom et søksmål, vil kravet normalt være at forvaltningsvedtaket kjennes ugyldig. For forvaltningsvedtak som går ut på at noen får en innskrenkning i sine rettigheter i forhold til tidligere, for eksempel gjennom et påbud eller et forbud, byr ikke dette på problemer. Tenkes forbudet eller påbudet uten virkning på grunn av ugyldighet, vil den opprinnelige tilstand bestå. Praktiske eksempler er asylsøkere som begjærer midlertidig forføyning for å få utsatt iverksettelsen av et vedtak som avslår en søknad om oppholdstillatelse, og en restauranteier som begjærer midlertidig forføyning for å få utsatt en vedtatt inndragning av skjenkebevilling inntil gyldigheten av inndragningsvedtaket er prøvet for domstolene. I disse tilfellene ønskes en forføyning som går ut på et forbud mot å iverksette forvaltningsvedtaket inntil gyldigheten av det er mer avklart. En annen måte å se dette på er at forføyningen skal gå ut på en utsettelse av iverksettelsen av forvaltningsvedtaket. Dette leder hen til forvaltningsloven § 42. Etter denne bestemmelses første ledd første punktum kan både det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket og den instans som det klages til, beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort. De samme organer kan i tillegg når en part eller en annen med rettslig klageinteresse akter å gå til søksmål eller har reist søksmål for å få prøvd vedtaket ved

domstol, utsette iverksettingen til det foreligger endelig dom. En anmodning om utsettelse skal etter forvaltningsloven § 42 første ledd tredje punktum avgjøres snarest mulig. Det vil i praksis si at en begjæring om midlertidig forføyning bare blir aktuell dersom en slik anmodning er avslått. Forvaltningsloven § 42 er ikke fortolket derhen at spørsmålet om utsettelse da er endelig avgjort med den følge at bruk av midlertidig forføyning for å få omgjort avslaget er utelukket. Det vises til Falkanger m.fl. s. 1017.

En sentral avgjørelse er kjennelsen i Rt. 1979 s. 1354 som gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning fra en utlending som var blitt nektet videre oppholdstillatelse. Det ble hevdet fra motpartens (Statens) side at midlertidig forføyning ikke kunne gis i denne type fremmedsaker da det ville innebære at domstolen ga en oppholdstillatelse for et begrenset tidsrom, noe den ikke har kompetanse til. Det ble vist til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1975 s. 1171 flg. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i den forbindelse:

Utvalget er ikke enig i dette. Riktignok kan domstolene ikke sette seg i administrasjonens sted etter fremmedloven og selv positivt gi oppholdstillatelse til Akram, sml. avgjørelsen i Rt. 1975 side 1171. Den sak Akram har anlagt mot staten, er imidlertid basert på at han med utgangspunkt i tidligere opphold i Norge mener å ha rett til fortsatt opphold i riket, og at det derfor ikke er adgang til å utvise ham. Begjæringen om midlertidig forføyning knytter seg direkte til søksmålet om gyldigheten av utvisningsvedtaket og den virkning en utvisning vil ha for Akram, som fremdeles oppholder seg i Norge. Når utvisningsvedtaket og den oppholdsnektelse som vedtaket bygger på, hevdes å være ugyldige, må det etter utvalgets mening sies å foreligge et ”krav” som – når lovens øvrige vilkår foreligger – kan sikres ved midlertidig forføyning etter tvangsloven § 262, jfr. §§ 268 og 248. I rettspraksis har man også lagt til grunn at domstolene har en slik kompetanse, se således forutsetningsvis utvalgets kjennelser i Rt. 1977 side 1336 og Rt. 1979 s. 366.

Poenget her er at dersom vedtaket om nektelse av oppholdstillatelse anses ugyldig, vil den som har søkt om oppholdstillatelse, ha rett til å få bli i landet inntil det foreligger en ny avgjørelse i saken. En ugyldiggjøring av vedtaket vil således få den umiddelbart ønskede følgen for utlendingen, og medhold i en begjæring om midlertidig forføyning gir ikke utlendingen noe vedkommende ikke hadde før forvaltningsvedtaket ble truffet, og da er det ingen grunn til å nekte adgangen til å begjære midlertidig forføyning da den rettslige interesse klart er til stede.

III.4. Krav i forbindelse med forvaltningsvedtak som gir eller utvider rettigheter.

Et forvaltningsvedtak kan også gå ut på at noen får sine rettigheter utvidet ved en tillatelse, fritakelse, dispensasjon e. l. Hvorvidt det er tale om et vedtak som innskrenker eller utvider en rettighet fremstår ikke alltid som like klart. Avgjørelsen i Rt. 1989 s. 201 omhandler et tilfelle hvor en kommune besluttet at alle skjenkebevillinger i kommunen skulle opphøre å gjelde fra en viss dato. Så skulle det gis skjenkebevillinger på nytt for tiden etterpå. Foruten et turisthotell i kommunen, skulle det gis én skjenkebevilling. Én av søkerne til denne ene skjenkebevillingen var en restaurantbedrift som hadde hatt skjenkebevilling inntil kommunen besluttet opphør. Bedriften fikk avslag på søknaden idet skjenkebevillingen ble gitt til en annen restaurantbedrift. Bedriften som fikk avslag, anla sak mot kommunen da den mente at den hadde vært utsatt en usaklig forskjellsbehandling og at vedtaket om å nekte dem skjenkebevilling fremsto som urimelig og tilfeldig. Samtidig ble det begjært midlertidig

forføyning med påstand om at bedriften skulle beholde den skjenkebevilling som gjaldt til opphørsdagen inntil hovedsøksmålet ble rettskraftig avgjort. Det ble i den forbindelse anført at et avslag på en fornyelsessøknad etter rettspraksis skulle behandles på samme måte som en inndragning. Dette synspunkt ble saksøkeren ikke hørt med.

En begjæring om midlertidig forføyning vil i tilfeller hvor det angrepne vedtak utvider rettigheter selvsagt bare være aktuell dersom en søknad om en eller annen rettighetsutvidelse blir avslått av forvaltningen. Virkningen av at et slikt vedtak er ugyldig, er ikke at søkeren får den omsøkte rettighet, men at søkeren har krav på at forvaltningen vurderer søknaden på nytt. Det vil da ikke alltid være gitt at søknaden innvilges. Selv om forvaltningen reparerer den feil som gjorde det opprinnelige vedtak ugyldig, kan søknaden fortsatt ligge slik an at forvaltningen ut fra sitt skjønn finner at den må avslås, men det kan tenkes tilfelle hvor forvaltningsvedtaket er så lovbundet at når feilen rettes opp, er det gitt at søknaden må innvilges. Da kan den domstol som prøver forvaltningsvedtakets gyldighet, gi dom for hva vedtaket skal gå ut på. Det vises til Eckhoff og Smith s. 502-504.

I den rettspraksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg som foreligger om begjæring om midlertidig forføyning mot denne type forvaltningsvedtak, er det ofte fokusert på hva som er kravet som begjæres sikret, og om kravet er av en slik art at det i det hele tatt kan være gjenstand for en midlertidig forføyning. Avgjørelsen i Rt. 1975 s. 1171 gjelder et tilfelle hvor en utleier ville leie ut et forretningslokale igjen etter at den forrige leietaker måtte innstille sin virksomhet. Forretningslokalet lå i et område hvor det gjaldt bestemmelser som regulerte hva lokalet kunne brukes til. Det lyktes ikke å få tak i en leietaker som drev en virksomhet innenfor reguleringsbestemmelsene. Derimot fikk man tak i en leietaker som drev en virksomhet i strid med disse bestemmelser. Utleieren søkte kommunen om dispensasjon fra de nevnte reguleringsbestemmelser slik at man kunne leie ut lokalene til den leietaker som man hadde på hånden og dermed unngå et leietap. Dispensasjonssøknaden ble avslått. Vedtaket ble påklaget, og utleieren begjærte dessuten midlertidig forføyning med påbud til kommunen om å tillate utleie av nevnte lokaler til leietakerkandidaten inntil sak om endring av reguleringsbestemmelsene, eventuelt dispensasjon, var endelig avgjort. Namsretten tok ikke begjæringen til følge. Utleieren påkjærte til lagmannsretten som stadfestet namsrettens avgjørelse. På dette tidspunkt var ennå ikke klagen over avslaget på dispensasjonssøknaden avgjort. Lagmannsretten uttalte:

Som nevnt av namsretten kan dispensasjon fra gjeldende regulering bare gis av vedkommende kommunale eller statlige forvaltningsorgan etter at klagen har vært behandlet etter de regler som gjelder for behandling av slike saker.

Vilkåret for anvendelse av tvangsfullbyrdelseslovens § 262 er etter bestemmelsens første ledd, innledningen, at det foreligger et krav som går ut på annet enn penger. For å sikre et slikt krav kan midlertidig forføyning foretas.

Spørsmålet blir da om det i nærværende sak foreligger et "krav" i relasjon til nevnte bestemmelse. Lagmannsretten kan ikke se at det er tilfelle. Hva de kjærende parter har krav på er at klagesaken undergis forsvarlig behandling av bygningsmyndighetene og at den blir behandlet med tilbørlig hurtighet. Det må etter lagmannsrettens syn være åpenbart at tvangsfullbyrdelseslovens § 262 ikke kan tolkes slik at krav av denne karakter faller inn under bestemmelsen. Dette må gjelde uansett om en part påstår å ha rettskrav på at en klagesak får et

bestemt utfall. Det er derfor for avgjørelsen av det foreliggende kjæremål irrelevant at det under den pågående administrative behandling av de kjærende parters klage oppstår en uheldig sidevirkning i form av tapte leieinntekter. Dette har utelukkende sammenheng med det rent faktiske forhold at det ikke har lyktes å leie bort lokalene til formål som oppfyller kriteriene i de gjeldende reguleringsbestemmelser og at det nødvendigvis vil ta noen tid å få en endelig avgjørelse av spørsmålet om dispensasjon. Det bemerkes forøvrig i den forbindelse at de kjærende parter – såvidt skjønnes – ikke hevder at klagesakens behandling har strukket seg utover det som må anses for normalt.

Etter videre kjæremål uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg:

Kjæremålsutvalget kan ikke se at lagmannsretten har tolket tvangsfullbyrdelseslovens § 262 uriktig når den legger til grunn at det i saken ikke gjøres gjeldende noe krav som er relevant i forhold til bestemmelsen. Kjæremålet må derfor forkastes.

Det er neppe noen uenighet om at kravet om at en verserende klagesak undergis forsvarlig behandling av forvaltningsorganet og at den blir behandlet med tilbørlig hurtighet ikke er et krav som kan sikres ved en midlertidig forføyning. Spørsmålet er imidlertid om det ikke ville vært mer treffende å anse kravet for å være at vedtaket om å nekte dispensasjon kjennes ugyldig. Dette kravet kan i prinsippet sikres ved en midlertidig forføyning, men følgen av en ugyldiggjøring ville være at søknaden om dispensasjon måtte behandles på nytt. All den tid det foregikk en klagebehandling som ingen hevdet hadde tatt for lang tid, ville saksøkeren ha lite å oppnå med en ugyldiggjøring. Det blir da nærmest et terminologisk spørsmål om man anser at kravet etter sin art ikke kan sikres ved midlertidig forføyning slik at begjæringen avvises, eller om begjæringen ikke tas til følge på grunn av at en midlertidig forføyning må anses unødvendig. I den forannevnte avgjørelsen i Rt. 1989 s. 201 var saksøkerens påstand i det ordinære søksmål at vedtaket om avslag på søknad om skjenkebevilling skulle kjennes ugyldig. Den samtidig innsendte begjæring om midlertidig forføyning ble i tråd med dette ansett for å gjelde et krav med dette innhold. En avgjørelse i Rt. 1989 s. 1152 gjaldt også en begjæring om midlertidig forføyning samtidig som det ble reist ordinært søksmål. Saken gjaldt en person som hadde søkt en vikarstilling i det offentlige. To andre personer ble ansatt som vikarer. Saksøkeren mente seg urettmessig forbigått. I stevningen var det nedlagt prinsippal påstand om at Staten skulle dømmes til å tilsette saksøkeren i en slik vikariatstilling som han hadde søkt. Subsidiært ble det påstått at vedtaket om å tilsette to andre personer i vikariatstilling skulle kjennes ugyldig. Byretten (nå: tingretten) avviste begjæringen om midlertidig forføyning, og lagmannsretten stadfestet denne avgjørelse. I forbindelse med kjæremålet til Høyesteretts kjæremålsutvalg anførte saksøkeren at det grunnleggende krav i saken var at ansettelsesvedtaket skulle kjennes ugyldig. Da dette krav kunne prøves av domstolene og saksøkeren hadde den fornødne rettslige interesse i å få prøvet kravet, var det ingen hjemmel for å avvise begjæringen om midlertidig forføyning. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte blant annet:

Utvalget er enig med lagmannsretten i at det ikke vil være adgang til å oppnå dom i samsvar med den kjærende parts prinsippale påstand i saken. Av dette følger etter utvalgets mening at det ikke foreligger noe krav som kan sikres ved midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelseslovens § 262, og at begjæringen for så vidt må avvises.

Utvalget uttaler også at:

I stevningen er det nedlagt subsidiær påstand om at ansettelsesvedtaket skal kjennes ugyldig. For så vidt denne påstanden fører fram vil ansettelsesvedtaket ikke stenge for at den kjærende part kan få stillingen. Det er for så vidt uten betydning å få det samme fastslått ved midlertidig forføyning. Utvalget kan ikke se at lagmannsretten bygger på noen uriktig tolking av tvangslovens § 262 når det kommer til at det ikke kan sees å være av ”rettslig eller praktisk betydning nå å få en midlertidig avgjørelse etter denne påstand forut for en eventuell rettslig prøvelse av ansettelsesvedtakene”.

De samme problemstillinger kom opp igjen i avgjørelsen i Rt. 1996 s. 342. Saken gjaldt en byggherre som ved byggemelding søkte kommunen om oppføring av et nytt forretnings- og kontorbygg på en eiendom. Mens byggemeldingen var til behandling i kommunen, ble det i kommunen fattet et vedtak om midlertidig bygge- og deleforbud for den aktuelle eiendom med henvisning til plan- og bygningsloven § 33 i påvente av en reguleringsavklaring. Byggherren begjærte midlertidig forføyning og gjorde gjeldende at vedtaket om bygge- og deleforbud var ugyldig og påsto en midlertidig forføyning som gikk ut på at kommunen skulle påbys å behandle søknaden om byggetillatelse uavhengig av det nevnte vedtak. Flertallet i Høyesteretts kjæremålsutvalg var enig med lagmannsretten i at verken et krav på byggetillatelse, krav på at et bygge- og deleforbud er ugyldig, eller krav på at byggesøknaden skal behandles på vanlig måte, kan sikres ved midlertidig forføyning. Det fastslås videre at: ”Forarbeidene til den nye tvangsfullbyrdelsesloven belyser ikke nærmere når vilkårene for midlertidig forføyning mot et forvaltningsvedtak foreligger. I Ot.prp.nr.65 (1990-91) side 260 heter det imidlertid i merknaden til kapitlet om tvangsfullbyrding av annet enn penger: ”Det følger av alminnelige grunnsetninger at det bare er krav av en art hvor domstolene kan gi pålegg om naturaloppfyllelse, som kan fullbyrdes etter kapitlet.””. Flertallet uttalte også:

At krav om byggetillatelse ikke kan sikres ved midlertidig forføyning, anses helt klart. Formelt er hovedkravet i denne saken i relasjon til tvangsfullbyrdelsesloven § 15-1 å få bygge- og delingsforbudet kjent ugyldig som ulovhjemlet. Søksmålet er formulert som et fastsetteses-søksmål. Bakgrunnen for søksmålet er at selskapet vil ha krav på å få sin byggesøknad behandlet på ordinær måte, dersom vedtaket kjennes ugyldig. Søksmålet kunne for så vidt vært formulert som et fullbyrdesessøksmål, gående ut på at kommunen pliktet å ta byggesøknaden under behandling, idet bygge- og deleforbudet måtte anses ugyldig. Dermed ville en stått overfor et krav der domstolene kunne gi pålegg om naturaloppfyllelse. Men det er vanskelig å tenke seg at det i en slik situasjon kunne være aktuelt med en midlertidig forføyning. Flertallet er enig med lagmannsretten i at et krav på behandling av en byggesøknad ikke faller inn under bestemmelsene i tvangsfullbyrdelsesloven § 15-1 og § 15-2, og finner støtte for dette syn Rt 1971 side 1172.

Flertallet kan ikke se at selskapet kan stå i en forskjellig stilling i relasjon til kravet om midlertidig forføyning, avhengig av hvordan søksmålet mot kommunen er formulert, når realiteten er den samme. Flertallet er således kommet til at det ikke er rom for noen midlertidig forføyning i denne saken.

Det kan tenkes tilfelle der det kan være grunn til å bruke midlertidig forføyning selv om domstolene ikke kan gi ”pålegg om naturaloppfyl-

lelse”, særlig der vedtaket griper inn i en bestående tilstand. Men når det gjelder å bruke midlertidig forføyning for å oppnå en tillatelse som det hører under forvaltningen å ta stilling til, må hovedregelen, slik flertallet ser det, være at slik forføyning ikke kan anvendes, og flertallet kan ikke se at det er grunn til å fravike dette i en sak som den foreliggende.

Mindretallet uttalte:

Mindretallet finner at lagmannsretten har lagt til grunn en feilaktig tolking av tvangsfullbyrdelsesloven §§ 15-1 og 15-2 når det gjelder disse bestemmelsers anvendelse på krav om at et forvaltningsrettslig forbud som det foreliggende må kjennes ugyldig.

Det ble i kjennelsen i Rt 1955 side 953 lagt til grunn i forhold til § 262 i den tidligere tvangsfullbyrdelseslov at midlertidig forføyning kunne brukes overfor forvaltningsakter i sin alminnelighet, bare med den begrensning at dette ikke gjaldt avgjørelser som domstolene ikke kunne tilsesette, enten fordi avgjørelsen etter sin art er unndratt fra domstolsprøving, eller fordi angrepet på den rettes mot administrasjonens skjønnsmessige avgjørelse. Dette er senere fulgt opp i rettspraksis. Den rettslige situasjon er i Falkanger m fl's kommentar til tvangsfullbyrdelsesloven (2 utg) II side 884-885 oppsummert slik at midlertidig forføyning kan anvendes overfor påbud og forbud som påstås ugyldige, men ikke når det gjelder krav på tillatelser og dispensasjoner som beror på et skjønn. Som nevnt av flertallet, er kriteriet om man kan få dom for kravet eller ikke.

Det er på det rene at den kjærende part kan reise søksmål mot kommunen med påstand om at bygge- og deleforbudet av 30 mai 1995 er ugyldig, og at et slikt søksmål ville måtte realitetsbehandles av domstolene. Mindretallet mener at det følger av dette at det i prinsippet må være adgang til å få midlertidig forføyning for at man skal se bort fra forbudet. Konsekvensen av en slik midlertidig forføyning vil bli den samme som av en dom om at forbudet er ugyldig, nemlig at en søknad om byggetillatelse vil måtte behandles på vanlig måte. Det følger av det som tidligere er sagt, at det ikke vil kunne treffes midlertidig forføyning for at byggetillatelse skal gis. Kjennelsen i Rt 1975 side 1171 som flertallet har vist til, fastslo at det ikke kunne gis midlertidig forføyning for et krav på dispensasjon fra reguleringsbestemmelsene om hva en eiendom kan brukes til. I denne forbindelse ble det uttalt at vedkommende parts krav på at hans klage undergis forsvarlig behandling og at den behandles med tilbørlig hurtighet, ikke falt inn under adgangen til midlertidig forføyning. Mindretallet er enig i dette, men er ikke villig til å trekke den konsekvens av uttalelsen at heller ikke kravet på å få erklært et påstått ulovlig forbud som ugyldig, kan være gjenstand for midlertidig forføyning, på tross av at kravet gir adgang til søksmål.

Den praktiske betydning av at en fastholder en prinsipiell adgang til å anvende midlertidig forføyning også i et tilfelle som det foreliggende, vil neppe bli stor på grunn av de strenge vilkår for å treffe bestemmelse om slik forføyning. Det tenkes da først og fremst på at kravet som utgangspunkt må sannsynliggjøres. Den som begjærer midlertidig forføyning, vil altså måtte sannsynliggjøre at han vil vinne en sak mot kommunen om lovligheten av forbudet. Hvis han virkelig er i stand til

dette, vil det på en annen side, slik mindretallet ser det, være betenkelig ut fra et rettsikkerhetssynspunkt å berøve ham adgangen til å gjøre bruk midlertidig forføyning.

Rettspraksis synes etter dette å ha latt spørsmålet om det er adgang til å begjære midlertidig forføyning for å sikre et krav om at et forvaltningsvedtak skal kjennes ugyldig, bero på en fortolkning av begrepet "krav" i bestemmelsene om midlertidig forføyning. Det forutsettes med andre ord at selv om den prosessuelle adgang til ordinært saksanlegg er til stede, er det ikke uten videre gitt at kravet etter sin art kan sikres med midlertidig forføyning. Kravet kan være av en slik art at det fremstår som unødvendig eller uaktuelt med en midlertidig forføyning. Resultatet blir da at begjæringen om midlertidig forføyning avvises. I de forannevnte avgjørelser er det sett på hva saksøkeren oppnår dersom det angrepne forvaltningsvedtak kjennes ugyldig. Når det er tale om vedtak som utvider en rettighet, vil domstolen på grunn av den begrensede prøvingsadgang som regel være avskåret fra å gi saksøkeren den rettighet som denne har søkt om. At det underliggende krav derfor ligger utenfor hva som kan sikres ved midlertidig forføyning, fastslår også mindretallet i avgjørelsen i Rt. 1996 s. 342. Derimot mener dette mindretall at man må forholde seg til at kravet er at det forbud som er nedlagt skal kjennes ugyldig, og dette kravet kan det gis dom for. Derfor må det også i prinsippet være adgang til å sikre kravet med midlertidig forføyning dersom vilkårene for det for øvrig er til stede. Dette må være det mest ryddige standpunktet, og det tiltres av Falkanger m.fl. s. 1020. Dersom det fremstår som unødvendig eller uaktuelt å sikre kravet med en midlertidig forføyning, til tross for at det kan gis dom for det, synes det således mest konsekvent å la dette bli avgjort ved bruk av de bestemmelser i tvisteloven som inneholder de materielle vilkår for å gi en midlertidig forføyning, jf. pkt. I. Det kan i den forbindelse vises til at tvisteloven § 34-1 første ledd både er en "kan"-bestemmelse og stiller krav om nødvendighet, samt til interesseavveiningen som skal foretas etter tvisteloven § 34-2 andre ledd. Avgjørelsene i Rt. 1989 s. 201 og Rt. 1998 s. 80 synes å være i tråd med dette.

III. 5. Krav som må anses av en slik art at de ikke kan sikres med en midlertidig forføyning.

Det er imidlertid tilfelle hvor det er naturlig å si at kravet ikke er av en slik art at det kan sikres ved en midlertidig forføyning. Et eksempel har i den forannevnte (III.1) avgjørelse i Rt. 1986 s. 1173 hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg avviste kjæremålet på grunn av manglende rettslig interesse. Kjæremålsutvalget fant det derfor ikke nødvendig å ta standpunkt til lagmannsrettens avgjørelsesgrunnlag – at domstolsbehandling helt var utelukket, men uttalte likevel:

Utvalget finner

imidlertid grunn til å peke på at det under enhver omstendighet må anses utelukket å anvende midlertidig forføyning for å hindre gjennomføring av nemndsvedtak som tillater svangerskapsavbrudd. Det gjelder meget knappe tidsfrister for gjennomføring av svangerskapsavbrudd, og en midlertidig forføyning som forbyr gjennomføring av et svangerskapsavbrudd, vil i praksis innebære at det overhodet ikke kan gjennomføres. Som påpekt av lagmannsretten, vil det ikke være mulig å gjennomføre et regulært søksmål frem til endelig dom i den knappe tid det her er spørsmål om. Det må uten videre være klart at det ikke med den forenklete rettergang som gjennomføres i saker om midlertidig forføyninger, bør treffes avgjørelser med en slik rekkevidde og av så vesentlig betydning for den kvinne som berøres. Dette ville også være helt i strid med intensjonene i lov om svangerskapsavbrudd.

IV. PARTENE I EN SAK OM MIDLERTIDIG FORFØYNING I FORBINDELSE MED AT ET FORVALTNINGSVEDTAK SØKES GJORT UGYLDIG VED DOM

IV.1. Innledning.

Når et forvaltningsvedtak angripes ved et søksmål, vil det vanligvis ikke by på problemer å fastslå hvem som er parter i tvisten. Saksøker vil være den som forvaltningsvedtaket direkte berører, for eksempel en utlending som har fått avslag på sin søknad om oppholdstillatelse eller en husbygger som har fått avslag på søknad om byggetillatelse. Saksøkt vil være det offentlige organ som har truffet vedtaket som angripes. Da et forvaltningsvedtak kan berøre andre enn den som det direkte gjelder, oppstår spørsmålet om hva som skal til for at disse andre kan opptre som saksøkere i en sak for domstolene hvor vedtaket angripes som ugyldig og eventuelt i en begjæring om midlertidig forføyning, se IV.2. Hvilket offentlige organ som skal saksøkes, trenger også en noe nærmere presisering, se IV.3. Det kan fremstå som mest hensiktsmessig å begjære midlertidig forføyning mot et annet offentlig organ enn det som er rett saksøkt i hovedsøksmålet. Spørsmålet er om det er adgang til det, se IV.4. Det kan også fremstå som hensiktsmessig å saksøke andre enn det organ som har fattet det omstridte vedtak. Spørsmålet er i hvilken grad det er adgang til det, se IV.5.

IV.2. Nærmere om hvem som kan være saksøker i en sak om midlertidig forføyning for et krav med grunnlag i et ugyldig forvaltningsvedtak.

I tvisteloven § 1-4 første ledd er foreninger og stiftelser gitt rett til å reise søksmål i eget navn om forhold som ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde, når vilkårene ellers i tvisteloven § 1-3 er oppfylt. Denne siste bestemmelsen er den generelle bestemmelse om rettslig interesse. Bestemmelsene i tvisteloven kapittel 1 gjelder for øvrig etter tvisteloven § 32-2 også i saker om midlertidig forføyning. Hvorvidt noen kan opptre som saksøker, blir derfor også et spørsmål om rettslig interesse. Med tvisteloven § 1-3 er det ikke ment å gjøre noen endring i den tidligere rettsstillingen når det gjelder kravet til rettslig interesse, jf. Falkanger m.fl. s. 1022. Derfor er rettspraksis fra tiden før tvistelovens ikrafttredelse relevant. I Rt. 2003 s. 833 er referert en kjennelse av Høyesterett som i medhold av høyesterettsloven § 6 annet ledd tok avgjørelse i saken. Høyesteretts flertall på 4 dommere kom til etter at både namsrett og lagmannsrett hadde avvist begjæringen om midlertidig forføyning, at Folkeaksjonen Stopp Regionfelt Østlandet kunne være saksøker i saken og begjære stans i anleggsarbeidene etter at Åmot kommune hadde gitt Forsvarsbygg både rammetillatelse og igangsettelsestillatelse for anleggsveier i området. Flertallet konkluderte med at: "SRØ ut fra det formål som er vist gjennom organisasjonens mangeårige virksomhet og dens representativitet, har en tilknytning til søksmålsstanden som gjør det rimelig å akseptere organisasjonen som søksmålsberettiget for ivaretagelse av miljø- og naturverninteressen". Mindretallet på én dommer mente at organisasjonen ikke hadde slik tilknytning til saken at den kunne være søksmålsberettiget. Både namsretten og lagmannsrettens kjennelse ble opphevet og saken ble henvist til namsretten for ny behandling. Også i den sak som er referert i Rt. 2003 s. 1630 tok Høyesterett avgjørelse i saken etter høyesterettsloven § 6 annet ledd. Her kom Høyesterett til at Norges Naturvernforbund ikke hadde den nødvendige rettslige interesse for å begjære midlertidig forføyning med krav om at en privat skogeier skulle pålegges å avstå fra hogst innenfor en nærmere avgrenset del av sin eiendom slik hovedkravet var utformet.

Om andre enn den som et vedtak i en byggesak gjelder kan opptre som saksøker, se nærmere nedenfor i IV.5.

IV.3. Hvilket offentlig organ skal saksøkes.

Tvisteloven § 1-5 inneholder en bestemmelse om at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Denne bestemmelsen endrer den rettsstilstand som ble fastslått i avgjørelsen i Rt. 1999 s. 496, se nærmere Tvisteloven med kommentarer bind I av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie s. 95. Dersom det er tale om et statlig organ, er det Staten som gjøres til saksøkt, men parten betegnes som Staten v/det aktuelle organ. Dersom det er et kommunalt vedtak som angripes, betegnes parten som kommunen v/Ordføreren, eller dersom vedtaket er truffet av et eget organ innen kommunen v/dette organ. For de tilfelle hvor det er tvil om det er et statlig eller kommunalt organ som har truffet vedtaket som angripes, vises til Tore Schei, m.fl. s. 95.

IV.4. Kan det begjæres midlertidig forføyning mot et annet organ enn det organ som hovedsøksmålet må rettes mot ?

Spørsmålet om det kan begjæres midlertidig forføyning mot andre organ enn det offentlige organ som etter tvisteloven § 1-5 må gjøres til saksøkt, har vært oppe i praksis. I Rt. 2005 s. 1089 omhandles et tilfelle hvor et transportselskap av kommunen ble pålagt å fjerne fyllmasse og gjenopprette et område til "sin opprinnelige stand". Det ble i samme vedtak fastsatt en tvangsmulkt løpende til "pålegget er etterkommet i sin helhet". Vedtaket ble påklaget til Fylkesmannen som stadfestet kommunens vedtak. Transportselskapet begjærte midlertidig forføyning mot kommunen med krav om at iverksettelse av pålegg om arbeider og av tvangsmulkt skulle utstå inntil tvisten om gyldigheten av pålegget med fastsettelse av tvangsmulkt var rettskraftig avgjort. Tingretten avviste begjæringen om midlertidig forføyning, og lagmannsretten stadfestet denne avgjørelsen etter kjæremål. Begrunnelsen for avvisningen av begjæringen var at et søksmål for å få kjent det aktuelle vedtak ugyldig, måtte rettes mot Staten som derfor også en begjæring om midlertidig forføyning i tilknytning til et slikt søksmål måtte rettes mot. Etter videre kjæremål stadfestet Høyesteretts kjæremålsutvalg de tidligere retters avgjørelser og uttalte:

Spørsmålet i saken er om Østfold Transportselskap likevel kan rette et krav om midlertidig forføyning mot kommunen for å hindre iverksettelse av vedtaket inntil gyldighetsspørsmålet er endelig avgjort. Utvalget er enig med de tidligere retter og finner det klart at også kravet om midlertidig forføyning knyttet til et slikt gyldighetssøksmål må rettes mot staten. De særlige bestemmelser i plan- og bygningsloven § 116a om tvangsmulkt, som er trukket frem i kjæremålet, kan ikke føre til noen annen løsning.

En tilsvarende sak er referert i Rt. 2007 s.538. Oslo bystyre hadde gjort vedtak om å endre reguleringsplan med reguleringsbestemmelser for området som går under navnet Husebyskogen slik at ca. 40 dekar av dette området ble omregulert fra friområde til byggeområde for ny amerikansk ambassade. Da Fylkesmannen hadde stadfestet dette vedtaket, anla flere organisasjoner sak mot Staten for å få kjent fylkesmannens vedtak ugyldig. Det ble også lagt ned påstand om at Oslo kommune ikke var berettiget til å legge den endrede reguleringsplan til grunn for sin utøvelse av myndighet etter plan- og bygningsloven. I tilknytning til denne påstand ble det begjært midlertidig forføyning med påstand om at Oslo kommune skulle forby å gi tillatelser etter plan- og bygningsloven til gjennomføring av den

endrede reguleringsplan inntil spørsmålet om reguleringsplanens gyldighet var rettskraftig avgjort. Tingretten fant ikke grunn til verken å avvise hovedsøksmål eller begjæring om midlertidig forføyning mot Oslo kommune. Etter kjæremål avviste lagmannsretten så vel søksmålet som begjæringen om midlertidig forføyning. Kjæremålsutvalgets flertall stilte spørsmålet ”om den omstendighet at gyldigheten av reguleringsvedtaket må rettes mot staten, er til hinder for at det blir anlagt søksmål mot kommunen om kommunens kompetanse til å treffe vedtak på grunnlag av den angrepne reguleringsplan”. Flertallet uttalte:

Kjæremålsutvalgets flertall er enig med Oslo kommune i at der-
som saksøkerne skulle få medhold overfor staten i at fylkesmannens vedtak om å stadfeste bystyrets reguleringsvedtak er ugyldig, må dommen - ut fra synspunktet om avledet rettskraft – også være bindende for kommunen. I samme utstrekning som kommunen ville ha vært bundet av et vedtak av fylkesmannen i en forvaltningsrettslig klagesak, må kommunen også være bundet av en dom i et søksmål mot staten om gyldigheten av fylkesmannens vedtak. Dette kan imidlertid etter flertallets oppfatning ikke være til hinder for at saksøkerne trekker kommunen inn i saken ved at kommunens kompetanse til å treffe vedtak på grunnlag av den reguleringsplan som er angrepet, blir særskilt fastslått. I et slikt søksmål vil spørsmålet om reguleringsplanens gyldighet være et prejudisielt rettsspørsmål. Flertallet finner ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt et søksmål om kommunens kompetanse til å treffe vedtak på grunnlag av en reguleringsplan som påstås å være ugyldig, kan anlegges uten at det skjer i tilknytning til et ugyldighetssøksmål mot staten. I alle fall når et slikt kompetansesøksmål mot kommunen blir anlagt i tilknytning til et ugyldighetssøksmål mot staten, kan de hensyn som begrunner regelen om at staten må saksøkes i søksmål om gyldigheten av vedtak hvor avgjørelsen i siste instans er truffet av et statlig organ, etter flertallets syn ikke begrunne at søksmålet mot kommunen må avvises.

De kjærende parter har som begrunnelse for å saksøke kommunen blant annet vist til at kommunen har tilkjennegitt at den ikke vil avvente behandlingen av en søknad om byggetillatelse til det foreligger en endelig dom mot staten. Dette forholdet tilsier etter flertallets oppfatning at de krav tvistemålsloven § 54 stiller til søksmålssituasjonen, er oppfylt. Selv om kommunen ville ha vært bundet av en dom mot staten, og søksmålet mot kommunen således ikke gir saksøkerne noen ytterligere rettigheter, kan flertallet ikke se at det er noe grunnlag for å avvise saken mot kommunen. Det vedtak fylkesmannen har truffet, danner grunnlag for kommunens myndighetsutøvelse etter plan- og bygningsloven. Søknader om byggetillatelse skal behandles av kommunen i første instans, og etter flertallets oppfatning må det være adgang til å få fastslått ved dom at kommunen ikke kan legge en reguleringsplan som finnes å være ugyldig, til grunn for sin myndighetsutøvelse etter plan- og bygningsloven. Den omstendighet at retten i et slikt kompetansesøksmål prejudisielt må ta stilling til gyldigheten av fylkesmannens reguleringsvedtak, gir etter flertallets syn ikke tilstrekkelig grunn til å avvise søksmålet mot kommunen.

Kjæremålsutvalgets flertall er på dette grunnlag kommet til at det kompetansesøksmål som saksøkerne har anlagt mot Oslo kommune, må fremmes.

Begjæringen om midlertidig forføyning knytter seg til kompe-

tansesøksmålet mot kommunen. I begjæringen om midlertidig forføyning danner kompetansespørsmålet hovedkravet. Når utvalgets flertall er kommet til at kompetansesøksmålet mot kommunen må fremmes, må etter flertallets syn også begjæringen om midlertidig forføyning fremmes.

Flertallet i Høyesteretts kjæremålsutvalg kommenterte også adgangen til å få utsatt iverksettelse etter forvaltningsloven § 42 som lagmannsretten fremhevet som et moment mot midlertidig forføyning. Flertallet uttalte:

Kjæremålsutvalgets flertall er enig med lagmannsretten i at fylkesmannen med hjemmel i forvaltningsloven § 42 kan treffe vedtak om utsatt iverksettelse som er bindende for kommunen. Da saksøkerne ikke har rettskrav på at det blir truffet beslutning om utsatt iverksettelse etter denne bestemmelse, vil imidlertid adgangen til å be fylkesmannen om utsatt iverksettelse ikke gi saksøkerne tilstrekkelig beskyttelse. Dersom hovedsøksmålet skulle ende med at reguleringsvedtaket blir kjent ugyldig, vil dommen ikke medføre at byggetillatelse som kommunen i mellomtiden måtte ha gitt, faller bort eller uten videre kan kjennes ugyldig. Ved vurderingen av om byggetillatelse som måtte være gitt, skal kjennes ugyldig, må det blant annet tas hensyn til tiltaks-haverens innrettelsesbehov. Saksøkerne har derfor et klart behov for å kunne håndheve sine interesser gjennom begjæring om midlertidig forføyning. Spørsmålet er hvilken myndighet begjæringen skal rettes mot. Skal begjæringen rettes mot staten, eller må den rettes mot kommunen, eller kan saksøkerne velge?

Den omstendighet at det er kommunen som i første instans avgjør søknader om byggetillatelse, tilsier at en begjæring om midlertidig forføyning om hvordan kompetansen til å gi byggetillatelse skal utøves, må rettes mot kommunen. Siden det omtvistede kompetansegrunnlag i denne saken, er en reguleringsplan som er blitt overprøvd av fylkesmannen, antar imidlertid utvalgets flertall at det ikke er noe i veien for at en slik begjæring om midlertidig forføyning som vi her står overfor, blir rettet mot staten – med den virkning at kommunen blir bundet av den forføyning som måtte bli besluttet. Men slik utvalgets flertall ser det, er det ikke tilstrekkelig grunn til å tvinge borgerne til å gå denne omvegen. Selv om det omtvistede kompetansegrunnlag er en reguleringsplan som er blitt overprøvd av fylkesmannen, må en midlertidig forføyning om hvordan kommunen skal utøve sin kompetanse etter reguleringsplanen, etter flertallets oppfatning kunne rettes mot kommunen.

Høyesteretts kjæremålsutvalg har i Rt. 2005 side 1089 lagt til grunn at dersom det i tilknytning til et søksmål om gyldigheten av et vedtak av fylkesmannen som har overprøvd et vedtak av et kommunalt organ, blir begjært midlertidig forføyning, må også begjæringen om midlertidig forføyning rettes mot staten. Spørsmålet i den saken var om et vedtak om tvangsmulkt som kommunen hadde truffet, kunne hindres iverksatt ved en midlertidig forføyning overfor kommunen inntil klage til fylkesmannen var avgjort. I motsetning til det som var tilfellet i saken i Rt. 2005 side 1089, er forholdet i vår sak at det vedtak av fylkesmannen som er angrepet, danner grunnlaget for kommunens fremtidige myndighetsutøvelse etter plan- og bygningsloven. Selv om staten må

saksøkes i søksmål om gyldigheten av fylkesmannens vedtak, må kommunen etter flertallets syn ved midlertidig forføyning kunne forbyes å innvilge tillatelser på grunnlag av det fylkesmannsvedtak som hevdes å være ugyldig.

Kjæremålsutvalgets flertall er etter dette kommet til at tingrettens beslutning om å fremme søksmålet og begjæringen om midlertidig forføyning mot Oslo kommune må stadfestes.

Mindretallet i kjæremålsutvalget kom til samme resultat som lagmannsretten og uttalte:

Som lagmannsretten har fremhevet, er det staten som er rett saksøkt i et søksmål om gyldigheten av et vedtak i klagesak truffet av fylkesmannen med full kompetanse. Kjæremålsutvalgets mindretall kan ikke se at det er noen grunn til å åpne for at også kommunen skal kunne saksøkes i disse tilfellene, bare ved at sak reises i form av et kompetansesøksmål. Lagmannsretten har som ledd i sin begrunnelse, fremhevet at påstanden i søksmålet mot Oslo kommune er ”nær knyttet til ugyldighetspåstanden i punkt 1”. Dette er svært forsiktig sagt. Kommunens kompetanse er som utgangspunkt klar og uomtvistet. Også i dette søksmålet er gyldigheten av fylkesmannens vedtak det eneste spørsmål retten må ta stilling til.

Det er fremhevet av kjæremålsutvalgets flertall at det forhold at et ugyldighetssøksmål må rettes mot den instans som har truffet vedtaket, ikke hindrer søksmål der retten prejudisielt må ta stilling til gyldighetsspørsmålet. Det er imidlertid en nokså selvsagt løsning og ikke et kontroversielt spørsmål. I motsatt fall ville også søksmål der partene har et klart behov for rettsavklaring av andre sider av et sakskompleks måtte avvises. I søksmålet mot Oslo kommune er det imidlertid slik at det nettopp er det prejudisielle spørsmål, og bare dette, som ønskes prøvet.

Det er etter mindretallets syn klart at saksøkerne ikke i hovedsaken har noe reelt behov for dom i forhold til Oslo kommune. Som også flertallet legger til grunn, vil den rettskraftige dom i saken mot staten, være bindende også for kommunen. Uavhengig av om Oslo kommune gjøres til saksøkt eller ikke, vil saken under enhver omstendighet ha funnet sin løsning simultant med og uavhengig av en eventuell dom i favør av de kjærende parter i forhold til Oslo kommune.

Det fremgår da også av kjæremålet at søksmålets egentlige rasjonale er å skulle åpne for en begjæring om midlertidig forføyning overfor kommunen. I hvert fall som utgangspunkt kan det etter mindretallets syn ikke være anledning til det sirkelresonnement som ligger til grunn for anførselen. Det er enighet om at det er et vilkår for å kunne fremme en begjæring om midlertidig forføyning at denne rettes mot en part som saksøkes i hovedsøksmålet og som saksøker vil ha rettslig interesse i å oppnå dom i forhold til. Kravet til rettslig interesse kan ikke erstattes med et behov for midlertidig forføyning. Mindretallet behøver ikke å ta stilling til om det prinsipale utgangspunkt kan opprettholdes om det ikke er noen alternativ måte å oppnå midlertidig forføyning. I den aktuelle konstellasjon er det avklart, jf. Rt. 2005 side 1089, at det er anledning til å gjøre staten til saksøkt også i forhold til et krav om midlertidig forføyning. Mindretallet kan ikke se at det er noe rettslig

grunnlag for den skepsis de kjærende parter gir uttrykk for i forhold til denne mulighet.

Mindretallet stemmer etter dette for at kjæremålet forkastes.

Etter denne avgjørelsen er det i hvert fall fastslått at en begjæring om midlertidig forføyning må rettes mot det offentlige organ som man kan gå til ordinær sak mot. I begge de refererte saker var det vedtak som ble angrepet, truffet av Fylkesmannen slik at det var Staten som kunne saksøkes, jf. tvisteloven § 1-5. For å kunne begjære midlertidig forføyning mot kommunen, noe som åpenbart var det mest hensiktsmessige, ble det i saken i Rt. 2007 s. 538 anlagt ordinært søksmål også mot kommunen. Dissensen i denne saken gikk på om det var anledning til et saksanlegg mot kommunen i tillegg til saksanlegget som måtte gjøres mot Staten som følge av at Fylkesmannen hadde behandlet en klage over kommunens vedtak. At det er tilfelle hvor den nødvendige rettslige interesse også er til stede for et søksmål mot kommunen, kan etter avgjørelsen i Rt. 2007 s. 538 ikke utelukkes.

IV.5. Kan andre enn det organ som har fattet det omstridte vedtak gjøres til saksøkt?

Spørsmålet om andre enn det organ som har truffet vedtaket kan gjøres til saksøkt kan komme opp slik som angis av Tore Schei m.fl. s. 65:

Offentlig myndighetsutøvelse kan angå to eller flere parter med motstridende interesser. A søker og får byggetillatelse som naboen B mener det ikke er grunnlag for å gi. A får i konkurranse med B en kommunal stilling. Hvis B vil gå til søksmål om vedtaket, skal søksmålet da rettes mot kommunen eller mot A, som fikk det han søkte om, eller mot både A og kommunen? Spørsmålet kan ikke besvares generelt – ut over at søksmålet må rettes mot den eller de parter som må gjøres til saksøkt for at en dom i saksøkers favør skal få reelle virkninger for ham.

For de tilfeller hvor den som har tapt konkurransen om å bli tilsatt i en offentlig stilling går til søksmål for å få kjent ansettelsesvedtaket ugyldig, vil det som regel være lite å oppnå ved også å gjøre den som har fått stillingen til saksøkt. Det må i hvert fall gjelde når det isolert sett intet er å utsette på den foretatte ansettelse, men den som vil ha kjent ansettelsesvedtaket ugyldig, mener seg forbigått som bedre kvalifisert. I den forbindelse kan det vises til forvaltningsloven § 3 annet ledd annet punktum som begrenser adgangen til å klage og omgjøre vedtak i ansettelsessaker. Hefter det derimot mangler ved ansettelsesvedtaket når det gjelder den person som er tilsatt, f. eks. at den tilsatte ikke har de lovpålagte eller forutsatte kvalifikasjoner for stillingen, kan det ikke utelukkes at det foreligger rettslig interesse for saksøkeren i også å gjøre den tilsatte til saksøkt. Vedkommende må da også kunne få en begjæring om midlertidig forføyning rettet mot seg. Det saksøkeren imidlertid vanligvis må gjøre i slike saker, er å søke erstatning av det offentlige på grunnlag av et ugyldig ansettelsesvedtak, og da blir det ikke tale om å begjære midlertidig forføyning.

I saker hvor det er gjort vedtak etter plan- og bygningslovgivningen, vil den som har fått et vedtak mot seg kunne angripe vedtaket på vanlig måte og i den forbindelse anlegge søksmål for å få kjent vedtaket ugyldig. Dette kan for eksempel gjelde en person som har fått avslag på en søknad om byggetillatelse. Dersom en byggetillatelse innvilges, kan andre enn den som har søkt om den ha innvendinger, for eksempel naboer som mener at det som er tillatt bygget ikke er i samsvar med regler som skal ivareta deres rettigheter. Slike regler has i plan- og bygningsloven og i bestemmelser som har hjemmel i denne lov. Når slike konflikter oppstår, og de ikke blir løst i minnelighet, er det vanlig at naboen begjærer midlertidig forføyning mot den som har fått byggetillatelse. Dette vil vanligvis være begrunnet med at det gjelder å få stoppet det byggverk som er tillatt bygget før byggeprosessen har kommet så langt at den i praksis ikke lar seg reversere. I disse sakene er det vanlig at saksøkeren påberoper seg så vel

nabolovens regler, særlig § 2, som bestemmelser innen bygningslovgivningen som også beskytter naboenes interesser. Det kan ha med fortetningsgrad, bygnings avstand til grense mot naboeiendom, høyde på bygning o.s.v. å gjøre. Det har vært hevdet at bestemmelser innen bygningslovgivningen ikke kan håndheves av private. Om dette er det uttalt i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 2003 s. 1630:

Den vanlige oppfatning i tidligere teori og praksis var at bare det offentlige kunne håndheve offentligrettslige regler, og at håndhevelsessøksmål fra private derfor måtte avvises. Denne oppfatningen er nå forlatt. Jeg viser til Rt. 1982 side 908, Rt. 1987 side 538, og Rt. 1992 side 1618. I Rt. 1987 side 538 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg blant annet:

”Søksmål med påstand om at den virksomhet som en person driver i henhold til offentlig tillatelse er ulovlig og kreves bragt til opphør, må kunne reises mot den person som driver den påstått lovstridige virksomhet, forutsatt at saksøkeren har den nødvendige tilknytning til saken. Utvalget tar med dette ikke stilling til om det kan tenkes tilfelle hvor spesielle forhold kan medføre at slikt søksmål ikke bør tillates reist.”

Utgangspunktet er altså at den som har rettslig interesse etter vanlige synspunkter, kan reise søksmål for å håndheve offentligrettslige regler,...

Dette synspunkt ble gjentatt i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 2007 s. 1144.

Ut fra det som her er sagt må også en nabo til en som har fått byggetillatelse kunne angripe vedtaket om byggetillatelse ved å gå til søksmål mot det organ som har fattet vedtaket om byggetillatelse for å få kjent vedtaket ugyldig så sant den nødvendige rettslige interesse foreligger. At en nabo istedenfor å gå denne veien, som oftest begjærer midlertidig forføyning mot den som har fått byggetillatelse eller lignende, har nok å gjøre med at det blir mer effektivt å få nedlagt et forbud direkte overfor den som har rett til å foreta en handling i henhold til en byggetillatelse enn å få retten til å pålegge det aktuelle offentlige organ å midlertidig trekke tilbake den gitte tillatelse fordi denne må anses ugyldig.

Det å saksøke en nabo fordi denne skal bygge i henhold til en byggetillatelse som man mener er gitt på grunnlag av et vedtak som er i strid med regler i bygningslovgivningen, uten å trekke det aktuelle offentlige organ inn i saken, har sine grenser. Det vises her til kjennelsen i Rt. 2000 s. 1195. I denne saken anla tre naboer søksmål mot et ektepar som hadde fått byggetillatelse for at denne skulle kjennes ugyldig. Subsidiært ble det påstått at de som hadde fått byggetillatelse skulle kjennes uberettiget til å oppføre tilbygg i henhold til byggetillatelsen. Kjæremålsutvalget uttalte blant annet:

Hvorvidt en sak om gyldigheten av et forvaltningsvedtak kan avgjøres ved fastsettellesdom i sak mellom private parter, er omtalt i juridisk teori, jf. Skoghøy: *Tvistemål* (1998), side 341 med henvisninger, og Schei: *Tvistemålsloven* (1998), 2. utgave, side 1144 flg. De konkluderer begge med at det ikke bør være adgang til dette.

Utvalget slutter seg til dette syn. Det ville føre til uklare rettsforhold og generelt være uheldig om gyldigheten av forvaltningsvedtak ble fastslått ved dom i sak der det offentlige ikke var part, slik at dommen ikke hadde rettskraftsvirkning i forhold til det offentlige. Utvalget er videre enig med lagmannsretten i at § 435 siste ledd kan anføres til støtte for

dette syn.

Saksøkernes subsidiære påstand går ut på at de saksøkte skal kjennes uberettiget til å oppføre tilbygget. Grunnlaget for dette er at byggetillatelsen hevdes å være ugyldig. Det er i rettspraksis lagt til grunn at det i tilfeller hvor et offentligrettslig forhold bare er av prejudisiell betydning for avgjørelsen, ikke er nødvendig å saksøke det offentlige, jf. Rt. 1985 side 743. I vår sak er imidlertid den subsidiære påstand så nært knyttet til gyldighetsspørsmålet at det ikke er naturlig å betrakte spørsmålet om gyldigheten som et prejudisielt forhold. Den subsidiære påstand er i realiteten bare en annen formulering av det saksøker ønsket å oppnå ved den prinsipale påstanden. Det kan ikke sees å være saklige hensyn som kan medføre at saksanlegget bør kunne fremmes i denne form. Det fremstår som en omgåelse.

Kjæremålsutvalget er etter dette kommet til at saken verken kan fremmes etter den prinsipale eller den subsidiære påstand uten at også kommunen er saksøkt.

På bakgrunn av rettspraksis kan det fastslås at parter i en sivil tvist kan trekke inn gyldigheten av et forvaltningsvedtak i tvisten uten å gjøre det offentlige organ som har truffet vedtaket til part. Det må imidlertid gjøres indirekte. I den sivile tvist kan de rettsregler som vedtaket bygger på, trekkes inn som begrunnelse for at saksøkte ikke har rett til å etterleve vedtaket. Derimot må ikke vedtaket påstås å være ugyldig. En påstand om et forbud eller påbud direkte knyttet til gyldigheten av vedtaket eller den tillatelse som følger av vedtaket bør også unngås slik at vedtaket ikke formelt blir angrepet. Dermed er det ikke behov for å gjøre det offentlige til part. En annen sak er at dersom saksøkeren i en tvist mellom to private parter vinner frem med sin begjæring om midlertidig forføyning på grunnlag av regler som er vurdert da for eksempel byggetillatelse ble gitt, er det vanskelig å tenke seg annet enn at dette får konsekvenser for byggetillatelsen.

V. FOR HVILKEN DOMSTOL KAN DET BEGJÆRES MIDLERTIDIG FORFØYNING - STEDLIG OG SAKLIG KOMPETANSE

Tvisteloven § 32-4 inneholder bestemmelsene om hvilken domstol som er kompetent ved begjæringer om midlertidig forføyning og arrest. En begjæring om midlertidig forføyning skal etter tvisteloven § 32-4 første ledd første punktum i utgangspunktet settes frem for tingretten i den krets der saksøkte har alminnelig verneting. Da det er Staten, en fylkeskommune eller en kommune som vil være saksøkt når det reises et søksmål for å få kjent et forvaltningsvedtak ugyldig, byr ikke dette på problemer i praksis. Etter tvisteloven § 4-4 fjerde ledd har Staten alminnelig verneting i Oslo mens fylkeskommuner og kommuner har alminnelig verneting der hovedadministrasjonen ligger.

Tvisteloven § 32-4 annet ledd bestemmer at midlertidig forføyning mot Staten eller fylkeskommuner også kan settes frem for saksøkerens alminnelige verneting. Dette vil være hensiktsmessig når det er tale om en saksøker og vitner som bor langt unna Oslo eller en fylkeskommunes hovedadministrasjon og det for eksempel også er ønskelig med befaringsder hvor saksøker bor.

At tingretten er den domstol som en begjæring skal settes frem for, gjelder etter tvisteloven § 32-4 tredje ledd ikke når hovedsaken står for lagmannsretten eller Høyesterett. Da skal

begjæringen om midlertidig forføyning settes frem for den domstol som saken verserer for. I Oslo er tingrettens oppgaver delt mellom Oslo tingrett og Oslo byfogdembete. Sistnevnte domstol behandler begjæringer om midlertidig forføyning med mindre det senest samtidig er reist søksmål om det kravet som søkes midlertidig sikret. Da er Oslo tingrett den domstol som begjæringen skal settes frem for i henhold til tvisteloven § 32-4 tredje ledd.

VI. SANNSYNLIGGJØRING AV KRAV

VI.1. Generelt

For at en realitetsbehandling av en begjæring om midlertidig forføyning skal føre til at begjæringen tas til følge, må etter tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum for det første det krav som det begjæres forføyning for sannsynliggjøres. I saker hvor det begjæres midlertidig forføyning i forbindelse med at det er reist eller skal reises søksmål mot et forvaltningsvedtak, vil det si at det må sannsynliggjøres at forvaltningsvedtaket er ugyldig. Om hva som nærmere ligger i at kravet må sannsynliggjøres, vises til Falkanger m.fl. s. 1167-69.

Generelt etterlater rettspraksis det inntrykk at en domstolsavgjørelse som går ut på at et forvaltningsvedtak er ugyldig, sitter langt inne. Dette har selvsagt som tidligere vist, noe med i hvilken grad domstolene kan prøve et forvaltningsvedtak (II.2), og noe med hva som kan oppnås ved å få kjent et forvaltningsvedtak ugyldig (III). Når gyldigheten prøves i forbindelse med en begjæring om midlertidig forføyning, vil Høyesteretts ankeutvalg ha begrenset prøvingsrett etter tvisteloven § 30-6. Denne bestemmelsen tilsvarer tvistemålsloven § 404 som begrenset Høyesteretts kjæremålsutvalgs rett til å prøve avgjørelser fra lagmannsretten. Denne begrensning i Høyesteretts ankeutvalgs prøvingsrett gjør at man ikke ut fra dets avgjørelser uten videre kan se om det anser forvaltningsvedtaket som en korrekt avgjørelse og således gir saksøkeren medhold i realiteten. For å få et klart inntrykk av Høyesteretts stillingstagning til forvaltningsvedtaks gyldighet, må man derfor se på Høyesteretts dommer.

VI.2. Behandlingen av kravet i utlendingssaker.

Vedtak i utlendingssaker kan for det første gjelde saker om asyl etter utlendingsloven § 17 hvor søkeren påberoper seg status som flyktning etter utlendingsloven § 16 eller flyktninglignende status etter utlendingsloven § 15 første ledd. I slike saker har domstolene full prøvingsrett. Om sannsynliggjøringen av kravet når det begjæres midlertidig forføyning i disse saker sier Høyesteretts kjæremålsutvalg blant annet i kjennelsen i Rt. 2001 s. 295:

Det fremgår av forarbeidende til loven – Ot.prp. nr 46 (1986-87) side 103 – at sannsynlighetskravet må variere etter hvor alvorlige konsekvensene av en uriktig avgjørelse vil være:

”Det er en særegenhet ved asylsaker og saker etter § 15 at de ofte vil måtte avgjøres på grunnlag av mangelfulle bevis. Opplysningene fra søkeren vil i praksis ofte være ukontrollerbare, og den bakgrunnsinformasjon som foreligger, kan være mangelfull og av usikker kvalitet. Det er her grunn til å understreke at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt for å gi utlendingen vern mot utsendelse. I denne forbindelse må konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse i asylsøkerens disfavør vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortøner seg, jo mindre skal til for å gi vedkommende beskyttelse.”

I nærværende sak har lagmannsretten konkludert med at A ikke har sannsynliggjort at han på grunn av sitt religiøse engasjement kan frykte

forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning. Dermed er kravet til opphold etter utlendingslovens § 15 første ledd første punktum ikke oppfylt.

Når det gjelder kravet om midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdsloven § 15-6, konstaterer lagmannsretten uten videre at vilkårene for slik forføyning ikke foreligger, så lenge vilkårene for opphold i Norge etter utlendingsloven ikke er oppfylt.

Utvalget kan ikke slutte seg til dette syn, og vil peke på at realiteten i kravet om midlertidig forføyning i det foreliggende tilfelle er hvorvidt en avgjørelse som nekter en person vern etter utlendingsloven § 15, skal iverksettes før det foreligger endelig dom. Utvalget antar at de eventuelle konsekvenser for utlendingen ved å måtte forlate riket i forhold til ulempe ved å avvente endelig avgjørelse, må inngå i vurderingen av dette spørsmål, jf. i denne forbindelse forarbeidenes fremhevelse av betydningen for beviskravet etter utlendingsloven § 15 av konsekvensene ved en eventuell uriktig avgjørelse i utlendingens disfavør. Det vises også til bestemmelsen i utlendingsloven § 40 første ledd om at forvaltningsvedtaket ikke kan iverksettes før det er blitt endelig med mindre utlendingsmyndigheten finner det åpenbart at vilkårene for vern etter § 15 ikke foreligger. Utvalget antar at kravet til sannsynliggjøring i tvangsfullbyrdsloven § 15-6 i slike saker må forstås og praktiseres på denne bakgrunn. Det betyr at hvis det foreligger rimelig tvil om avgjørelsen av hovedkravet, vil det neppe være grunnlag for å la avgjørelsen få foregriperet virkning.

Etter dette kan utvalget ikke se at lagmannsretten har bygget på en korrekt lovtolkning, og kjennelsen må oppheves.

Kjennelsen i Rt. 2003 s. 1216 viser et eksempel hvor en utlending som påberopte seg vern etter utlendingsloven § 15 ikke fikk medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning da det ikke ble funnet tvilsomt at bestemmelsen ikke kunne komme til anvendelse.

Dersom en utlending ikke finnes kvalifisert for vern etter utlendingsloven § 15 første ledd, skal vedtaksmyndigheten av eget tiltak vurdere om bestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd bør anvendes, slik at opphold gis på humanitært grunnlag. I dommen i Rt. 1997 s. 1784 er det på s. 1795 fastslått "at avgjørelsen av en søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag ligger innenfor forvaltningens frie skjønn og er i utgangspunktet unndratt domstolens prøvingsrett". Dette er senere fastslått i kjennelsen i Rt. 2003 s. 1287 og i dommen i Rt. 2008 s. 681.

I Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse av den 13. oktober 2008 (LB-2008-40393) ble en anke over tingrettens dom og kjennelse forkastet. Tingretten hadde kjent ugyldig et vedtak som nektet en utenlandsk kvinne med to barn oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 8 annet ledd fordi vedtaket ble funnet grovt urimelig, og tatt en samtidig begjæring om midlertidig forføyning til følge. Denne avgjørelsen representerer imidlertid et unntak fra det som rettspraksis ellers gir uttrykk for, nemlig at det er vanskelig å få medhold av en domstol i at et forvaltningsvedtak er ugyldig. Rettspraksis i utlendingsaker viser dette til fulle. Det er bare unntaksvis at en begjæring om midlertidig forføyning gis medhold i slike saker.

En utlending kan også bli utvist eller bortvist etter utlendingsloven § 29 eller § 30. Dommen i Rt. 2005 s. 229 som for øvrig er et annet eksempel på at en saksøker unntaksvis gis medhold, har en prinsipiell interesse i denne forbindelse idet det sies i avsnitt (34):

Etter utlendingsloven § 29 annet ledd første punktum (før loven-
dringen i 2004) er det videre et vilkår for utvisning at dette ikke ” i betrakt-
ning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et
uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familie-
medlemmene”. Utlendingsloven § 30 tredje ledd inneholder en like-
lydende bestemmelse, og i Rt. 2000 side 591 på side 599 uttaler annen-
voterende – for flertallet – at bestemmelsen gir anvisning på et rettsanven-
delsesskjønn, og at domstolene har full prøvelsesrett. Det samme må
gjelde for vurderingen etter § 29 annet ledd. Partene er enige i det.

Saken gjaldt en utlending som ved vedtak av Utlendingsnemnda ble utvist på grunnlag av forhold som nevnt i utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c. Etter en avveining i henhold til utlendingsloven § 29 annet ledd kom Høyesterett som lagmannsretten og tingretten til at utvisningsvedtaket var ugyldig. Dommen i Rt. 2005 s. 538 gjelder et tilsvarende tilfelle hvor Høyesterett med 3-2 avgjorde avveiningen etter utlendingsloven § 29 annet ledd i disfavør av den saksøkende utlending. I dommen i Rt. 1991 s. 586 gikk også avgjørelsen i disfavør av saksøkeren med 3-2. Her var det imidlertid spørsmål om saksøkeren kunne anses som flyktning i henhold til dagjeldende utlendingslov.

Etter utlendingsloven § 4 skal loven anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling. Særlig i de siste årene har bestemmelser i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og FN's barnekonvensjon blitt anført som grunnlag for at en nektelse av opphold i Norge er ugyldig. Dette gjelder særlig EMK art. 8 nr. 1 og 2 og barnekonvensjonen art. 3. Barnekonvensjonen ble inkorporert som norsk lov ved lov av den 21.mai 1999 nr. 30, og skal ifølge lovens § 3 ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Barnekonvensjonen art. 3 fastslår at hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn når domstoler, administrative myndigheter og lovgivende organer utøver sin virksomhet. EMK art. 8 nr. 1 gir enhver borger rett til respekt for sitt familieliv. I nr. 2 slås det fast at offentlig myndighet ikke kan gjøre inngrep i denne retten unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte andres rettigheter og friheter. Det er helt på det rene at de hensyn som disse konvensjonene sier at det skal legges vekt på, ikke er enerådende. Hensynene må veies opp mot de verdivalg og verdiprioriteringer som utlendingsloven med forskrifter hviler på, gjerne omtalt som innvandringspolitiske hensyn. Det vises her til Borgarting lagmannsretts dom i R.G. 2008 s. 137. I kjennelsen i Rt. 1993 s. 1591 er det på s. 1594 uttalt at ”Kjæremålsutvalget finner det klart at lagmannsretten ikke har feiltolket barnekonvensjonens artikkel 3 når den har lagt til grunn at myndighetene ikke er avskåret fra å andre momenter enn hensynet til barnets beste”. I kjennelsen i Rt. 1997 s. 112 er det fastslått at minimumsrettighetene i EMK art. 6 nr. 3, jf. art. 13 og 26, vil som hovedregel ikke gjelde i sivile saker. Det vises også til avgjørelsene i Rt. 1995 s. 72, Rt. 1996 s. 551, Rt. 1998 s.1795, Rt. 2000 s. 591 og Rt. 2007 s. 1573 hvor hensynene som taler for utvisning etter utlendingsloven § 30 blir veid mot de hensyn som ligger bak EMK art. 8, og avgjørelsen i Rt. 2003 s. 375 som veier hensynene som taler for utvisning mot de hensyn som ligger bak EMK art. 3 som går ut på at ingen må bli utsatt for

tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. I ingen av de nevnte saker fikk den saksøkende utlending medhold.

VI.3. Behandlingen av kravet i skjenkebevillingssaker.

Vedtak i forbindelse med skjenkebevillinger kommer fra tid til annen til prøving i domstolene. Disse sakene kan komme opp i to varianter. Den ene varianten er at en som har fått avslag på en søknad om skjenkebevilling, reiser søksmål for å få kjent avslaget ugyldig. Den andre varianten er at en skjenkebevilling blir inndratt permanent eller for en tidsbegrenset periode fordi vilkårene for å utøve skjenkebevillingen er brutt og innehaveren av skjenkebevillingen reiser søksmål for å få kjent inndragningsvedtaket ugyldig. De vurderinger som kommunen foretar i forbindelse med behandlingen av søknader om skjenkebevilling, er underlagt forvaltningens frie skjønn, og domstolene har derfor begrenset prøvingsrett i disse sakene. På denne bakgrunn vil ofte den anførselen som gjøres gjeldende mot et vedtak som nekter skjenkebevilling, være at det fra kommunens side er tatt utenforliggende hensyn. I en dom i Rt. 1963 s. 688 førte ikke denne anførsel frem. For øvrig førte heller ikke anførsler om at det forlås vilkårlighet, åpenbar urimelighet eller feil ved saksbehandlingen frem. I de dommer som har behandlet gyldigheten av å avslå en søknad om skjenkebevilling, har saksøkeren krevd erstatning fra kommunen som følge av ugyldig vedtak. I og med at det ofte vil det være tale om en tapt konkurranse med flere søkere om et visst antall ledige bevillinger, vil det ut fra de samme synspunktene som det er redegjort for i IV.5 om ansettelsessaker, være det mest hensiktsmessige å kreve erstatning av kommunen i slike tilfelle. I en dom i Rt. 1996 s. 78 fant Høyesterett med 3-2 at det ikke var tatt utenforliggende hensyn da saksøkeren fikk avslag på sin søknad om skjenkebevilling. Alle dommerne var for øvrig enige om at det ikke kunne bli tale om erstatning.

I en dom i Rt. 1985 s. 483 fant Høyesterett at det var begått saksbehandlingsfeil av kommunen i forbindelse med et avslag på søknad om skjenkebevilling. Saksøkeren ble likevel ikke tilkjent erstatning da Høyesterett antok at selv om saksbehandlingsfeilen ikke hadde blitt begått, ville søknaden likevel blitt avslått. Også i dommen i Rt. 1994 s. 60 kom Høyesterett til at det var begått saksbehandlingsfeil fra kommunens side, men i dette tilfelle ble erstatning tilkjent saksøkeren. Dommen i Rt. 1995 s. 781 viser et tilfelle hvor Høyesterett påviste saksbehandlingsfeil som følge av en uriktig lovforståelse hos kommunen da den avlo en søknad om skjenkebevilling. Rettsvillfarelsen ble sett som så unnskyldelig at saksøkeren ikke ble tilkjent erstatning. I Rt. 1996 s. 64 er det referert en dom hvor et kommunestyre medlem ble ansett som inhabil i forbindelse med en skjenkebevillingssak. Da feilen ikke ble ansett for å ha betydning for utfallet av skjenkebevillingssaken, ble vedtaket ikke ansett som ugyldig og erstatning ikke gitt.

Når kravet er erstatning, er det gitt at midlertidig forføyning ikke er aktuelt, jf. tvisteloven § 32-1. I saken referert i Rt. 1989 s. 201 anla saksøkeren sak med påstand både om at vedtaket skulle kjennes ugyldig, og at han skulle tilkjennes erstatning. Saksøkeren begjærte også midlertidig forføyning for å få beholde en tidligere skjenkebevilling inntil hovedsøksmålet var rettskraftig avgjort. Høyesteretts kjæremålsutvalg tok ikke begjæringen til følge idet det ikke ble ansett nødvendig med noen midlertidig forføyning for å sikre et krav som går ut på at kommunens vedtak om å nekte skjenkebevilling skal kjennes ugyldig.

Alkoholoven § 1-8 gir et kommunestyre hjemmel for å inndra en skjenkebevilling for resten av bevillingsperioden eller for et kortere tidsrom dersom innehaveren ikke overholder de plikter som skjenkebevillingen innebærer. Når en bevillingshaver vil ha kjent et inndragningsvedtak ugyldig, påberopes gjerne at vedtaket bygger på feil faktum. Bakgrunnen

for slike inndragninger er gjerne at kontrollører fra kommunen har besøkt skjenkestedet og observert at skjenking har foregått til personer under 18 år eller til berusede personer. Dermed utvikler saken seg til en tvist om hva som faktisk har foregått. I dommen i Rt. 1995 s. 781 som gjelder et slikt tilfelle, kom Høyesterett til at det ikke forelå slike mangler ved vedtaket at det måtte anses ugyldig, og det var da heller ikke noe grunnlag for erstatning. Vanligvis vil den som har fått inndratt sin skjenkebevilling og mener at vedtaket om dette er ugyldig, være raskt ute med en begjæring om midlertidig forføyning for å få utsatt iverksettelsen av det til gyldigheten er rettskraftig avgjort. En inndragning av skjenkebevilling vil ganske raskt ha svært merkbare økonomiske konsekvenser for saksøkeren. Dersom det ikke kommer en domstolsavgjørelse før inndragningsperioden er utløpt, er selvfølgelig en midlertidig forføyning uten interesse, og den eneste farbare vei vil være å kreve erstatning av kommunen.

I avgjørelsen i Rt. 1998 s. 80 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg følgende om kravet i et tilfelle som mer gikk på den rettslige bedømmelse av en faktisk situasjon:

Med hensyn til ovennevnte spørsmål viser kjæremålsutvalget til at da det nå har gått atskillig mer enn tre måneder siden bevillingen til den forrige bevillingshaveren, Yakub Tikir, opphørte 13 juni 1997 og fra 24 april 1997 da Gro Irene Thorstensens søknad om bevilling ble innlevert til kommunen, finner utvalget ikke grunn til å gå nærmere inn på innholdet av kontinuitetsprinsippet. Det er ikke påvist noe rettsgrunnlag for at man i en situasjon som den foreliggende, hvor en bevilling er inndratt og hvor søknaden fra en annen person ikke er avgjort, kan skjenke alkohol ut over den tremånedersfristen som følger av av alkoholloven § 1-10. Utstedelse av skjenkebevilling avgjøres av forvaltningen, og domstolene kan bare overprøve et eventuelt forvaltningsvedtak. Det er etter dette ikke sannsynliggjort noe krav som kan sikres ved midlertidig forføyning, jf Rt 1989 side 201.

VII. SIKRINGSGRUNN

VII.1. Saker hvor et forvaltningsvedtak nekter å gi en rettighet.

For at en begjæring om midlertidig forføyning skal gis medhold, må det etter tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum i tillegg til at kravet er sannsynliggjort, også være sannsynliggjort at det foreligger sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd. I saker hvor et forvaltningsvedtak angripes ved en begjæring om midlertidig forføyning, vil det vanskelig kunne tenkes sikringsgrunn dersom vedtaket gjelder avslag på en søknad om å bli tildelt en rettighet. Som vist ovenfor (III.4.), vil domstolene ofte avvise begjæringer om midlertidig forføyning i slike saker, eller klart finne at de materielle vilkår for midlertidig forføyning ikke er til stede. Dersom et forvaltningsvedtak av denne type skulle anses som ugyldig, ville konsekvensen være at forvaltningen måtte vurdere saken på nytt. I en slik situasjon vil det normalt ikke foreligge noen sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd. At det kan ta noe tid før spørsmålet om forvaltningsvedtakets gyldighet er rettskraftig avgjort, gir ikke uten videre grunnlag for en midlertidig forføyning. Dette må særlig gjelde dersom det er et vedtak som er underlagt forvaltningens frie skjønn. Likevel kan man ikke se bort i fra at dersom den feil som gjør vedtaket ugyldig, repareres, og følgen er at saksøkeren må tildeles den rettighet som det er søkt om, se nærmere over (III.4.), kan skaden og ulempen i henhold til tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b ved ikke å ha fått den omsøkte rettighet være så stor at det foreligger en sikringsgrunn. I et slikt tilfelle må forvaltningsorganet kunne pålegges å gi rettigheten innen en viss tid. Til illustrasjon kan vises saken i Rt. 2000 s. 1512. Et unntak som

også kunne tenkes var i de tilfelle hvor man har fått avslag på en søknad på en rettighet hvor man har vært i konkurranse med andre søkere. Dersom en dom for at avslaget var ugyldig skulle få den ønskede virkning, ville det opplagt være en fordel for saksøkeren at det saksøkte offentlige organ ble pålagt ikke å iverksette vedtaket i forhold til konkurrenten før gyldighetsspørsmålet var endelig avgjort, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a. Som vist ovenfor (IV.5.) vil imidlertid som regel den farbare vei være å søke erstatning hos det offentlige når denne type forvaltningsvedtak påstås ugyldig, og da er en midlertidig forføyning uaktuell.

VII.2. Saker hvor et forvaltningsvedtak innskrenker en rettighet – utlendingssaker og skjenkebevillingssaker.

I saker hvor et forvaltningsvedtak innskrenker eller fratrar en rettighet, er situasjonen en annen. Her vil tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b fremstå som svært relevant. Den som fratras en rettighet eller en posisjon som man mer eller mindre velbegrunnet har innrettet seg etter, vil kunne bli påført skade eller ulempe dersom forvaltningsvedtaket iverksettes. Dette kommer klart frem i saker hvor en skjenkebevilling er vedtatt inndratt. Det kan her vises til kjennelsen i Rt. 1998 s. 80 hvor det blant annet uttales:

Da skjenkebevillingen har stor økonomisk betydning for SES Design AS, er det ikke bestridt at det foreligger sikringsgrunn som nevnt i tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2. Spørsmålet er dermed om kravet er sannsynliggjort, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 15-6.

Det vil bare unntaksvis mangle sikringsgrunn for et skjenkested som har fått inndratt sin skjenkebevilling. Et opphold i skjenkingen av alkohol kan ganske fort bli økonomisk ruinerende for et skjenkested og i verste fall medføre konkurs. Det vises for øvrig også til Falkanger m.fl. s. 1018.

I utlendingssaker vil ikke alltid vurderingen av rettslig interesse og sikringsgrunn være sammenfallende. Etter kjennelsen i Rt. 1979 s. 1354 har det aldri vært stilt spørsmål ved at en utlending har den fornødne rettslige interesse i å begjære en midlertidig forføyning for å få utsatt iverksettelsen av et vedtak som går ut på nektelse av opphold i riket eller utvisning. Rettspraksis viser at dette ikke nødvendigvis er ensbetydende med at det også foreligger sikringsgrunn. I de saker hvor det er tale om asyl etter utlendingsloven § 17, jf. § 15 første ledd og § 16, vil imidlertid en vurdering som tilsier at asyl skal gis, også medføre at det foreligger sikringsgrunn. Den ovenfor nevnte (VI.2.) kjennelse i Rt. 2001 s. 295 bygger på et slikt resonnement.

Når det ikke er forholdene i det landet som en eventuell tilbakesending skal skje til, som i første rekke tilsier at utsending ikke bør skje, skal det mye til for at sikringsgrunn finnes å foreligge. Dette gjelder saker om vedtak om utvisning av en utlending etter utlendingsloven § 29 og § 30 og vedtak som nekter opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 8 annet ledd. Det er vanlig at utlendingen som begjærer midlertidig forføyning i disse sakene påberoper seg at det vil vanskeliggjøre muligheten for å få ført saken som er anlagt eller skal anlegges om gyldigheten av utlendingsmyndighetens vedtak, dersom han eller hun må forlate landet før saken kommer opp. I disse sakene kan både tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a og bokstav b være hjemmel for sikringsgrunn. I kjennelsen i Rt. 1979 s. 366 heter det:

Avgjørelsen av den sak som er reist ved Oslo byrett kan etter utvalgets syn ikke forspilles eller vanskeliggjøres i tilstrekkelig grad om den kjærende nå må forlate landet. Han har prosessfullmektig til

å ivareta sine interesser under prosessen, og vil kunne avgi partsforklaring enten ved amerikansk domstol eller ved norsk konsulrett. Hans transport til USA hvor han har søkt og fått innvilget visum, vil bæres av det offentlige, og dersom han skulle vinne frem med sitt søksmål vil det offentlige også måtte påta seg utgiftene ved hans tilbakekomst til Norge. Noen urimelig økonomisk belastning utsettes han således ikke for. På den annen side er det klart at effektivering av utvisningen vil medføre betydelige personlige ulemper for ham. Det ville imidlertid etter utvalgets mening hindre en effektiv utøvelse av offentlig myndighet på fremmedrettens område dersom et anlagt søksmål mot staten skulle føre til at en som var nektet oppholdstillatelse og pålagt å forlate landet skulle kunne utsette effektiveringen i den ikke ubetydelige tid det kan ta før det foreligger en rettskraftig avgjørelse, uten at det ble stillet noe krav til sannsynlighet for at søksmålet kunne føre frem.

Det som her er sagt har vært retningsgivende for senere rettspraksis, jf. kjennelsene i Rt. 2000 s. 1725 og Rt. 2003 s. 8. Et eksempel på at sikringsgrunn ble ansett å foreligge har i Borgarting lagmannsretts avgjørelse av den 13. oktober 2008 (LB-2008-40393). Her ble det lagt vekt på at "en uttransport vil påføre særlig C en vesentlig skade ved at han tas ut av det spesialtilpassede skoletilbud han nå har. Dersom partene på et senere tidspunkt innvilges oppholdstillatelse, vil et avbrudd medføre at han blir satt tilbake i vesentlig grad i forhold til de fremskritt han har vist i den nåværende skolesituasjon. Dette vil kunne få alvorlige skadevirkninger for Cs læring og sosiale fungering".

I kjennelsen i Rt. 1979 s. 366 var kjæremålsutvalget inne på spørsmålet om sikringsgrunnen kan være så sterk at det som nå er tvisteloven § 34-2 annet ledd kan komme til anvendelse slik at midlertidig forføyning kan gis selv om kravet ikke er sannsynliggjort. Om dette sies i kjennelsen i Rt. 1983 s. 1551:

Forutsetningen for å kunne anvende nevnte bestemmelse er at det er "fare ved opphold". Når dette vilkår er oppfylt må retten skjønne over om midlertidig forføyninger skal iverksettes selv om kravet ikke er sannsynliggjort. Ved dette skjønn må det legges vekt på de konsekvenser gjennomføringen av vedtakene har for saksøkeren. På den annen side må legges vekt på de interesser staten har i å kunne gjennomføre et vedtak som dette umiddelbart, og om sikkerhetsstillelse – her for saksomkostninger – representerer en adekvat og rimelig midlertidig løsning. Det må ha betydning for vurderingen at det er spørsmål å anvende en unntaksregel som først og fremst tar sikte på saker om formuesverdier. Det normale vilkår er at kravet sannsynliggjøres.

Lagmannsretten legger til grunn at § 248 annet ledd bare kan få begrenset anvendelse i utvisningssaken. Utvalget kan ikke se at dette er en uriktig rettsoppfatning.

Dette er fastslått i kjennelsen i Rt. 1997 s. 112 hvor det blant annet sies:

Lagmannsretten har ved fortolkningen av § 15-6 annet ledd lagt til grunn at det kreves en kvalifisert grad av fare, og at det er spørsmål om å anvende en unntaksregel som først og fremst tar sikte på saker om formuesverdier. Utvalget finner at dette gir uttrykk for en riktig forståelse

av bestemmelsen.

Som kjennelsen i Rt. 2001 s. 295 viser, er i saker som gjelder utlendingsloven § 15 første ledd første punktum, spørsmålet om faren for skade og ulempe for utlendingen med i selve vurderingen av i hvilken grad av sannsynliggjøring av kravet som er nødvendig etter tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum. Det er tilstrekkelig å vise at kravet er tvilsomt. Den særbehandling som kjennelsen gir anvisning på, stiller Falkanger m. fl. på s. 1168-69 seg tvilende til og stiller spørsmålet om ikke det også i disse tilfellene hadde vært korrekt eventuelt å anvende tvisteloven § 34-2 annet ledd.

VII.3. Den avsluttende interesseavveining.

Etter tvisteloven § 34-1 annet ledd skal det foretas en avsluttende interesseavveining dersom kravet og sikringsgrunn er sannsynliggjort. Dersom en slik interesseavveining finnes å gå i saksøktens favør uansett hvordan vurderingen av krav og sikringsgrunn faller ut, må en begjæring om midlertidig forføyning kunne forkastes uten at krav og sikringsgrunn vurderes nærmere.

I saker hvor det er begjært midlertidig forføyning i forbindelse med søksmål for å få kjent et forvaltningsvedtak ugyldig, skal det mye til for at interesseavveiningen skal gå i favør av det offentlige når først en borger eller en sammenslutning har blitt rammet av et ugyldig forvaltningsvedtak og sikringsgrunn finnes å foreligge. Likevel kan det tenkes situasjoner hvor interesseavveiningen må gå i favør av det offentlige. Det vil særlig gjelde hvor en midlertidig forføyning vil ramme en tredje part hardt eller ramme vitale samfunnsinteresser. Typisk eksempel vil være hvor flere har konkurrert om en rettighet. En utsettelse av iverksettelsen av ansettelsen av en lærer på en mindre skole kan ramme denne og dens elever hardt selv om den som tapte konkurransen om lærerjobben kan sannsynliggjøre krav og sikringsgrunn. Et eksempel er også hvor en som er utsatt for ekspropriasjon vinner frem med at vedtaket om ekspropriasjon er ugyldig og at det foreligger sikringsgrunn, men hvor eiendommen ekspropriasjonen gjelder utgjør en svært liten del av et areal som skal bebygges med en hardt tiltrengt motorvei, men hvor en midlertidig forføyning vil stoppe prosjektet i lang tid fremover med de kostnader som dette ville medføre.

VIII. HVA FORFØYNINGEN KAN GÅ UT PÅ

En midlertidig forføyning som skal sikre et krav om at et forvaltningsvedtak skal kjønnnes ugyldig av domstolene, vil gå ut på et forbud (unnlåte eller tåle en handling) eller påbud (foreta en handling), jf. tvisteloven § 34-3 første ledd. I saker hvor et forvaltningsvedtak går ut på å nekte tildeling av en rettighet, vil som nevnt under VII.1. det bare rent unntaksvis bli tale om at vilkårene for midlertidig forføyning er til stede. Om så skulle være tilfelle, må en midlertidig forføyning formes som et påbud til det offentlige organ som har nektet å gi en rettighet, om å tildele rettigheten inntil saken er mer rettslig avklart, for eksempel til den er rettskraftig avgjort.

Dersom forvaltningsvedtaket går ut på å innskrenke en rettighet, vil den saksøkende parts interesse vær å få utsatt iverksettelsen av vedtaket inntil en rettskraftig avgjørelse foreligger. Om formuleringen av forføyningen i disse tilfellene uttaler Tore Schei m.fl. bind II s. 1572-73:

Gjelder hovedkravet gyldigheten av et forvaltningsvedtak, kan forbud innebære at vedtaket

ikke kan gjennomføres inntil søksmål om dette er avgjort, se som eksempel Rt. 2003 side 460, der lagmannsretten hadde gitt forføyning for at "(s)taten v/Utlendingsnemda forbys å iverksette vedtak av 16.01.2002", der utlendingens søknad om asyl/opphold i riket var avslått. Den samme realiteten blir noen ganger uttrykt på en annen måte, se Rt. 2001 side 295, der det ble bedt om forføyning for at "(s)aksøker har krav på å få bli i Norge inntil rettskraftig dom foreligger i hovedsøksmålet". Det synes best i samsvar med § 34-3 første ledd om retten konkret beskriver hva forføyningen innebærer for saksøkte fremfor hvilken eventuell rett saksøker har. Det samme forføyningssinnhold som saksøkeren ba om i Rt. 2001 side 295, kunne da vært uttrykt som en plikt for saksøkte (utlendingsmyndighetene) til å tåle at utlendingen var i riket inntil dom forelå i søksmålet. Men noen større betydning har dette neppe, se Falkanger, Flock og Waaler side 1078 som likestiller det at saksøkte må tåle en handling med at saksøker gis en bestemt rett.

RETTSAVGJØRELSESREGISTER

Rt. 1955 s. 953	s. 8
Rt. 1963 s. 688	s. 28
Rt. 1975 s. 1171	s. 12
Rt. 1979 s. 366	s. 30, 31
Rt. 1979 s. 1354	s. 11, 30
Rt. 1983 s. 1551	s. 31
Rt. 1985 s. 483	s. 28
Rt. 1986 s. 966	s. 5
Rt. 1986 s. 1173	s. 8, 16
Rt. 1989 s. 188	s. 8
Rt. 1989 s. 201	s. 11, 13, 16, 28
Rt. 1989 s. 484	s. 7
Rt. 1989 s. 1152	s. 13
Rt. 1991 s. 586	s. 27
Rt. 1991 s. 1198	s. 8
Rt. 1993 s. 785	s. 5
Rt. 1993 s. 1591	s. 27
Rt. 1994 s. 60	s. 28
Rt. 1995 s. 72	s. 4, 27
Rt. 1995 s. 781	s. 28
Rt. 1995 s. 1427	s. 4
Rt. 1995 s. 1789	s. 6
Rt. 1996 s. 64	s. 28
Rt. 1996 s. 78	s. 28
Rt. 1996 s. 342	s. 14
Rt. 1996 s. 551	s. 27
Rt. 1996 s. 1051	s. 7
Rt. 1996 s. 1569	s. 6
Rt. 1997 s. 112	s. 27, 31
Rt. 1997 s. 1784	s. 26
Rt. 1998 s. 80	s. 7, 9, 16, 29, 30
Rt. 1998 s. 1795	s. 27
Rt. 1999 s. 496	s. 18
Rt. 2000 s. 591	s. 27
Rt. 2000 s. 1195	s. 23
Rt. 2000 s. 1512	s. 29
Rt. 2000 s. 1725	s. 31
Rt. 2001 s. 295	s. 25, 30, 31
Rt. 2003 s. 8	s. 31
Rt. 2003 s. 223	s. 9

Rt. 2003 s. 375	s. 27
Rt. 2003 s. 833	s. 17
Rt. 2003 s. 1216	s. 26
Rt. 2003 s. 1287	s. 26
Rt. 2003 s. 1630	s. 17, 23
Rt. 2004 s. 1756	s. 9
Rt. 2005 s. 229	s. 26
Rt. 2005 s. 538	s. 27
Rt. 2005 s. 1089	s. 18
Rt. 2007 s. 538	s. 18
Rt. 2007 s. 1144	s. 23
Rt. 2007 s. 1573	s. 27
Rt. 2008 s. 681	s. 26
R.G. 2008	s. 27
LB-2008-40393	s. 26, 31