

Norges Høyesterett - HR-2012-2398-P - Rt-2012-1985

Instans	Norges Høyesterett - Dom.
Dato	2012-12-21
Publisert	HR-2012-2398-P - Rt-2012-1985
Stikkord	(Lengeværende barn I) Forvaltningsrett. Utlendingsrett. Asyl. Barn. Domstolsprøving.
Sammendrag	<p>I sak om gyldigheten av Utlendingsnemndas avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie med barn, som på vedtakstidspunktet hadde bodd her i lang tid, kom Høyesteretts flertall etter en omfattende gjennomgang av teori, lovforarbeider og rettspraksis til at prøvingen av forvaltningsvedtak generelt skal skje på grunnlag av det faktum som forelå på vedtakstidspunktet. Norges menneskerettslige forpliktelser gir ikke grunnlag for noen annen løsning, heller ikke i utlendingssaker. Forpliktelsen til en effektiv prøvingsrett etter EMK artikkel 13 er ivaretatt ved det systemet vi har i Norge i dag. Utlendingsnemnda, som er å anse som en domstol etter EMKs system, plikter å behandle omgjøringsbegjæringer begrunnet med nye omstendigheter, og nektelser av omgjøring kan også prøves for domstolene. Utlendingsloven § 38 tredje ledd, hvorefter barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker om opphold på grunnlag av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, når slike saker berører barn, skal forstås slik at hensynet til barnets beste skal veie tungt. Dette er i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 3. Det skal legges vekt på tilknytning som er opparbeidet mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet. Innvandringsregulerende hensyn, jf. utlendingsloven § 38 fjerde ledd, herunder avledete konsekvenser av et vedtak og hensynet til respekten for lovens øvrige regler, kan imidlertid være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste. Hensynet til barnet kan allikevel etter omstendighetene være så tungtveiende at det slår gjennom uansett hvilke mothensyn som måtte foreligge. Utlendingsloven § 38 første ledd åpner ikke for domstolskontroll med forvaltningens anvendelse av vilkårene «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket». I saker etter utlendingsloven § 38 tredje ledd må det fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er forsvarlig vurdert og avveid mot motstående hensyn, og tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Om vedtaket tilfredsstillende disse kravene, kan prøves av domstolene. Den konkrete interesseavveiningen kan ikke prøves. En konkret gjennomgang av Utlendingsnemndas vedtak viste at hensynet til barnet var forsvarlig vurdert og at det ikke var feil ved vedtaket som medførte ugyldighet. Plenumsavgjørelse. Dissens 14-5.</p>
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2010-183706 - Borgarting lagmannsrett LB-2011-86996 - Høyesterett HR-2012-2398-P, (sak nr. 2012/688), sivil sak, anke over dom.
Parter	D, E, F, G (advokat Arild Humlen), Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS) (partshjelper) (advokat Jan Fougner) mot Staten ved Utlendingsnemnda (Ass. regjeringsadvokat Tolle Stabell). Rettslig medhjelper: (Regjeringsadvokaten v/advokat Kine E. Steinsvik).
Forfatter	Webster, Bull, Tjomsland, Matningsdal, Utgård, Stabel, Øie, Tønder, Endresen, Indreberg, Matheson, Normann, Noer, Kallerud. Dissens: Bårdsen, Skoghøy,

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder gyldigheten av et avslag på søknad om asyl og opphold i Norge for en iransk familie med barn som på vedtakstidspunktet hadde bodd her i lang tid. Saken reiser spørsmål om domstolene ved prøvingen skal bygge på de faktiske forholdene på vedtaks- eller domstidspunktet. Videre reiser den spørsmål om forståelsen av det særlige vernet for barn i utlendingsloven § 38 tredje ledd, herunder domstolenes kompetanse ved prøvingen.
- (2) D og E giftet seg i Iran i 2002. Sønnen F ble født i 2003. I november/desember 2004 reiste familien fra Iran. E kom til Norge sammen med sønnen og søkte asyl i desember 2004. Som asylgrunn oppga hun at familien ble forfulgt i Iran på grunn av sin tro. Da hun ankom landet, fremviste hun et falsk pass, men oppga at hun hadde identitetsdokumenter i Iran, og at hun hadde bedt sin familie om å ettersende dem.
- (3) Ektefellen D kom til Norge fra Tyskland den 9. mai 2005 og søkte asyl. I søknaden oppga han at hans ektefelle tilhørte religionen jarestani - også kalt ahl-e haqq, og at han hadde konvertert til denne troen i 2004. Han anga at jarestani ikke var godkjent av iranske myndigheter. Hans slekt er shiamuslimer, og familien var sterkt imot ekteskapet med E på grunn av hennes religion. I asylintervjuet opplyste han at han i 2004 arbeidet i revolusjonsgarden. Da det ble kjent at han hadde konvertert, måtte han slutte i jobben, og ekteparet forlot bostedet. D ankom Norge uten pass eller andre identitetsdokumenter utover vitnemål fra skoler i Iran.
- (4) Utlendingsdirektoratet avsto søknaden fra E og sønnen F i vedtak 21. juni 2005. Direktoratet fant at E ikke kunne anses som flyktning da det ikke var tilstrekkelig godtgjort at hun ville bli utsatt for forfølgelse ved retur til hjemlandet. Etter en konkret helhetsvurdering fant direktoratet at det heller ikke forelå sterke menneskelige hensyn som kunne begrunne opphold på humanitært grunnlag. Også Ds asylsøknad ble avslått. Direktoratet fant det lite sannsynlig at han hadde konvertert til jarestani samtidig som han arbeidet i revolusjonsgarden. Heller ikke D ble innvilget opphold på humanitært grunnlag.
- (5) Familien klaget på vedtakene. De viste blant annet til at sønnen F i mai 2005 hadde testet positivt på en tuberkuloseprøve, og at han var tatt under behandling. Han var smittet enten rett før han kom til Norge eller under oppholdet i asylmottaket. Utlendingsdirektoratet samtykket i utsatt iverksettelse inntil klagen var endelig avgjort, men fant ikke grunnlag for å omgjøre sitt tidligere vedtak i saken. I vedtak 8. februar 2006 tok Utlendingsnemnda ikke klagen til følge, men ga utsatt utreisefrist til behandlingen av F var antatt slutført 20. mars 2006.
- (6) Den 8. mars 2006 begjærte familien omgjøring av vedtaket og søkte om utsatt iverksettelse av utreisen. Det ble gitt utsatt iverksettelse inntil omgjøringsbegjæringen var avgjort. I juli 2006 ble omgjøringsbegjæringen delvis tatt til følge for så vidt som familien ble gitt midlertidig tillatelse til opphold i landet i ett år regnet fra vedtaksdatoen. Begrunnelsen var at F hadde fått påvist tuberkuløs meningitt. Nemndas begrunnelse på dette punktet er som følger:

«Nemnda vil videre bemerke at etter nemndas kunnskap er helsetilbudet i Iran godt utbygget, og det vil kunne gis behandling for tuberkulose. Imidlertid er det etter nemndas vurdering til Fs beste at han får gjennomført den behandlingen han har påbegynt her i Norge. F kjenner de leger som behandler ham, og han har vist gode tegn til bedring. Nemnda kan ikke se bort fra at en retur til Iran vil kunne medføre at behandlingen av tuberkulose ikke vil kunne gjennomføres på en tilstrekkelig god måte. I denne sammenhengen har nemnda sett hen til at Fs foreldre ved en tidligere anledning har unnlatt å møte opp til behandling og således har vist manglende vilje til å gjennomføre behandling. Etter nemndas vurdering kan det ikke ses bort fra at en retur til Iran før behandlingen er avsluttet vil medføre ytterligere avbrudd av behandlingen av Fs sykdom. Ut fra hensynet til barnets beste i det konkrete tilfellet er det derfor etter nemndas vurdering mest hensiktsmessig å gi en midlertidig tillatelse slik at F kan få avsluttet den behandlingen som er påbegynt.

Nemnda vil bemerke at nemndas praksis i lignende saker tilsier at slik midlertidig tillatelse ikke innvilges. Imidlertid har nemnda sett hen til de spesielle omstendigheter i den konkrete saken, og kommet til det resultat at en midlertidig tillatelse bør innvilges.

...

Tillatelsen er midlertidig. Tillatelsen kan ikke fornyes og danner ikke grunnlag for familiegjeforening eller bosettingstillatelse jf. utlendingsforskriftens § 21 syvende ledd, første og annet punktum.»

- (7) Datteren G ble født 0.0.2007.
- (8) Etter dette har familien søkt om omgjøring av avslagene fire ganger, siste gang 30. april 2009. Også denne begjæringen ble avslått av Utlendingsnemnda ved vedtak 9. juli 2009. Familien har fra 11. oktober 2007 hatt plikt til å forlate landet. De har ikke fremlagt identitetsdokumenter eller skaffet reisedokumenter. Den iranske ambassaden i Oslo utsteder ikke reisedokumenter til sine borgere med mindre de frivillig ønsker å returnere til Iran. Ettersom familien ikke har samarbeidet, har det ikke vært mulig å returnere dem.
- (9) Høsten 2010 igangsatte Utlendingsnemnda et praksisavklaringsprosjekt. Bakgrunnen var at nemnda mente praksis i saker med barn som hadde vært lenge i Norge, hadde beveget seg i en strengere retning, og at den ikke var helt konsistent. Rundt 40 saker ble tatt til behandling. Av disse ble cirka en tredjedel av vedtakene omgjort etter fornyet vurdering.
- (10) Familien D/ E tok 16. november 2010 ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at Utlendingsnemndas vedtak av 7. september 2009 er ugyldig.
- (11) Et varsel om søksmål skal etter Utlendingsnemndas interne retningslinjer anses som en anmodning om omgjøring. Saken ble behandlet på nytt i nemnda, som 29. november 2010 besluttet ikke å omgjøre sine tidligere vedtak. Nemndas behandling var i utgangspunktet begrenset til å vurdere spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag etter den nye utlendingsloven § 38. Det ble imidlertid presisert at det ikke var grunnlag for asyl. Verken den generelle sikkerhetssituasjonen i Iran eller individuelle omstendigheter tilsa at vilkårene for å få asyl var oppfylt. Ved behandlingen av spørsmålet om opphold på humanitært grunnlag ble forholdet til barna særlig vurdert, jf. lovens § 38 tredje ledd jf. forskriften § 8-5. Det er opplyst i skranken i Høyesterett at saken inngikk i praksisavklaringsprosjektet. Fs sak tilhørte altså de to tredjedelene av sakene i prosjektet som ikke ble omgjort. Det er vedtaket 29. november 2010 som er gjenstand for domstolens prøving.
- (12) Oslo tingrett avsa 7. mars 2011 dom hvor familien ikke fikk medhold. Dommen har slik domsslutning:
 - «1. Staten ved Utlendingsnemnda frifinnes.
 2. D og E dømmes til innen 2 - to - uker å betale sakens omkostninger med 62 125 - sekstitotusenett hundreogtjuefem - kroner til staten ved Utlendingsnemnda.»
- (13) D og E anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Borgarting lagmannsrett avsa 6. februar 2012 dom (LB-2011-86996) med slik domsslutning:
 - «1. Anken forkastes.
 2. D og E dømmes en for begge og begge for en til å betale staten ved Utlendingsnemnda sakens omkostninger for lagmannsretten med 62 500 - sekstitotusenfemhundre - kroner. Oppfyllelsesfristen er to uker fra forkynnelsen av denne dom.»
- (14) D og E har anket lagmannsrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse til Høyesterett. I anken fremholder de blant annet at familiens frykt for forfølgelse har økt som følge av at det i februar 2012 ble gjort en endring i iransk straffelov. De anfører at det ble innført obligatorisk dødsstraff for de som er frafalne fra den offisielle religionen, og at dette innebærer en stor risiko for D.
- (15) Den 3. august 2012 besluttet Høyesteretts ankeutvalg å fremme deler av anken med følgende

begrensning:

«Høyesteretts ankeutvalg finner at anken bør tillates fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om det ved prøving av gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak kan legges vekt på faktiske forhold som er kommet til etter nemndas siste vedtak, jf. Rt-2012-667. Ankeutvalget finner videre at anken bør tillates fremmet for så vidt gjelder anførselene om opphold etter utlendingsloven § 38 begrunnet med barnas tilknytning til Norge, men slik at anførselen om usaklig forskjellsbehandling ikke tillates fremmet.»

- (16) For øvrig ble anken nektet fremmet.
- (17) Justitiarius besluttet 8. august 2012 at saken skulle avgjøres i plenum, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd siste setning og § 6 annet ledd. Den har vært behandlet sammen med sak 2012/1042 (HR-2012-2399-P), som reiser tilsvarende spørsmål.
- (18) Norsk Organisasjon for Asylsøkere - NOAS - har erklært partshjelp til fordel for de ankende parter. Ved ankeutvalgets kjennelse 10. oktober 2012 ble partshjelpen tillatt.
- (19) De ankende parter - *D, E, F og G* - har i hovedsak anført:
- (20) Sønnen F har et rettskrav på opphold i Norge etter utlendingsloven § 38 første ledd, jf. tredje ledd, jf. utlendingsforskriften § 8-5. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og F har en sterk interesse i å få bli i Norge. Denne interessen kan ikke nedprioriteres under henvisning til allmennpreventive innvandringsregulerende hensyn.
- (21) I saker om oppholdstillatelse for barn kan domstolene fullt ut prøve vurderingen etter utlendingsloven § 38. Bestemmelsen må tolkes i tråd med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. FNs barnekomités generelle kommentarer nr. 6 (GC-2005-6-CRC) viser at bare hensyn som er basert på rettigheter, kan gå foran hensynet til barnets beste. Det er dermed feil rettsanvendelse når generelle innvandringsregulerende hensyn har gått foran hensynet til F. Kravet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, er en rettslig norm som domstolene må prøve fullt ut.
- (22) Selv om det legges til grunn at det er en begrensning i domstolenes prøvingsadgang, er beslutningen uansett ugyldig fordi hensynet til Fs beste er uforsvarlig vurdert og avveid. Utlendingsnemnda har lagt avgjørende vekt på hensyn som regjeringen har understreket skal ha mindre vekt i avveiningen mot såkalte «lengbeoende barns» sterke interesser i å få bli i landet. Dette innebærer at avveiningen er uforsvarlig. Uansett har Utlendingsnemnda ikke vurdert Fs beste på en riktig måte. Vurderingen av barnets beste er dermed i strid med barnekonvensjonen artikkel 3.
- (23) Etter forarbeidene skal også tilknytning som et barn opparbeider mens det er ulovlig i landet, tillegges vekt ved vurderingen etter § 38. Det er selvmotsigende når Utlendingsnemnda samtidig tillegger det ulovlige oppholdet vekt som et innvandringsregulerende hensyn. Barnet kan ikke bebreides for foreldrenes valg.
- (24) Det anføres at domstolene ved gyldighetskontrollen av Utlendingsnemndas avgjørelser også kan bygge på forhold som har oppstått etter at avgjørelsen ble truffet. Selv om rettskildebildet ikke er entydig, er det både i forarbeidene, i rettspraksis og i teorien holdepunkter for at domstolene kan legge faktum på domstidspunktet til grunn for gyldighetsprøvingen. I visse tilfeller følger det direkte av loven at domstidspunktet er utgangspunktet. Men også ellers tilsier både domstolenes rolle og tvistelovens formål at man legger en nåtidsbedømmelse til grunn. I tillegg tilsier prosessøkonomiske hensyn at domstolen bør ta stilling til nytt faktum som måtte ha oppstått etter forvaltningsbehandlingen av saken. Forvaltningen har ingen plikt til å vurdere omgjøring, og behandlingen av en eventuell omgjøringsbegjæring kan ta lang tid.
- (25) Også hensynet til at Norge skal ivareta sine internasjonale menneskerettslige forpliktelser, tilsier at

faktum vurderes på domstidspunktet. Den europeiske menneskerettsdomstolen - EMD - foretar en nåtidsvurdering, og norske domstoler bør ut fra subsidiaritetsprinsippet gjøre det samme.

- (26) For asylsøkere er utgangspunktet at «flyktning er noe man er, og ikke en status man erverver gjennom vedtak», jf. Rt-2012-139 avsnitt 52. Vedtak om å innvilge asyl er et strengt lovbundet vedtak hvor innvandringsregulerende hensyn ikke har noen plass. Asylfeltet ligger derfor godt til rette for faktumvurdering på domstidspunktet. Dette tilsier at domstolene i slike saker vurderer situasjonen som den er på doms- og ikke på vedtakstidspunktet. Da domstolene ikke avsier dom for realitet, innebærer dette at et vedtak som blir funnet ugyldig, må tilbake til forvaltningen. Det vil dermed uansett være forvaltningen som får siste ord om hva vedtaket skal gå ut på.
- (27) Dette medfører at lagmannsrettens dom må oppheves, og at lagmannsretten må foreta en ny vurdering hvor den også tar i betraktning den nylig vedtatte endringen i iransk straffelov hvoretter de som er frafalne fra den offisielle religionen, skal dømmes til døden.
- (28) De ankende parter har nedlagt følgende påstand:
- «Prinsipalt
 1. Utlendingsnemndas beslutning av 29.11.2010 om ikke å omgjøre tidligere avslag på søknad om asyl og opphold på humanitært grunnlag, er ugyldig.
 2. Sakskostnader for tingretten og lagmannsretten tilkjennes.
 - Subsidiært
 1. Lagmannsrettens dom av 06.02.2012 oppheves.»
- (29) Partshjelperen - *Norsk Organisasjon for Asylsøkere* - har i hovedsak sluttet seg til de ankende parters anførsler og har særlig fremhevet:
- (30) Statens standpunkt innebærer at tilknytning til Norge aldri alene vil kunne begrunne opphold etter utlendingsloven § 38. Dette er klart i strid med barnets beste-prinsippet, fordi tilknytningen i disse sakene i praksis alltid vil bero på ulovlig opphold.
- (31) Generelle innvandringsregulerende hensyn kan ikke gå foran hensynet til barnets beste; bare hensyn som er basert på rettigheter kan gis forrang. Dette må gjelde generelt og ikke bare for barn som er alene i utlandet - som FNs barnekomité's generelle kommentarer nr. 6 (GC-2005-6-CRC) adresserer direkte. Når utlendingsloven § 38 krever at hensynet til barnets beste skal være et «grunnleggende hensyn», må dette gis et reelt innhold. Det stilles særlig krav til vurderingen av forholdsmessighet. Denne vurderingen kan domstolene prøve, og kravene er ikke oppfylt i Utlendingsnemndas vedtak om ikke å gi F oppholdstillatelse. Dette medfører at vedtaket er ugyldig.
- (32) For spørsmålet om hvilket faktum som skal legges til grunn ved prøvingen av et vedtaks gyldighet, anføres det at det er et særlig behov for «nåtidskontroll» på utlendingsområdet. Konsekvensene av feil avgjørelse kan være uopprettelige. Forvaltningen har ikke plikt til å vurdere nye forhold, og forvaltningen har dårlig kapasitet til å prøve nye omstendigheter fordi utlendingsmyndighetene er belastet med mange saker.
- (33) Normalt vil en historisk kontroll være tilstrekkelig, men det er ingen grunnlovsmessige hindre eller prejudikater som står i veien for at domstolene prøver gyldigheten av et vedtak ut fra faktum på domstidspunktet. Høyesterett har i praksis hatt en pragmatisk tilnærming ut fra behovet i den enkelte saken.
- (34) Uansett bør det legges til grunn en «nåtidsvurdering» ved domstolenes kontroll med menneskerettigheter. Behovet for «nåtidsvurdering» er like stort i utlendingssaker som for eksempel i tvangsinnleggelsessaker som behandles etter tvisteloven kapittel 36. Det må også ha vekt at EMD foretar en nåtidsvurdering.

- (35) Partshjelperen har nedlagt slik påstand:
«1. Utlendingsnemndas beslutning av 29. november 2010 er ugyldig (uforbindtlig).
2. Subsidiært: Lagmannsrettens dom oppheves.
3. Staten dekker NOAS' sakskostnader for Høyesterett.»
- (36) Ankemotparten - *staten v/Utlendingsnemnda* - har i det vesentlige anført:
- (37) Utlendingsloven § 38 er et sentralt virkemiddel for å regulere innvandringen til Norge. Satt på spissen er spørsmålet om det er utlendingsforvaltningen eller domstolene som skal håndheve innvandringspolitikken. Ordlyden, forarbeidene til utlendingsloven § 38 og rettspraksis forutsetter begrenset prøving også i saker som berører barn. Videre tilsier reelle hensyn begrenset prøving. Terskelen for opphold på humanitært grunnlag berører klare politiske avveininger på et område hvor loven forutsetter politisk styring.
- (38) Det følger av lovens ordlyd - og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 - at barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». Ordlyden medfører ikke at hensynet til barnet må være det eneste eller det avgjørende hensynet. Det er heller ikke grunnlag for at bare rettighetsbaserte mothensyn kan tas i betraktning. Det er FNs barnekomité's uttalelser i generelle kommentarer nr. 5 (GC-2003-5-CRC) som er relevante for vår sak, ikke nr. 6 som de ankende parter har vist til. Verken forarbeidene til barnekonvensjonen eller utlendingsloven tilsier en annen forståelse av ordlyden. Også rettspraksis bygger på den forståelse som kan utledes av ordlyden.
- (39) Hensynet til F er tilstrekkelig vektlagt i Utlendingsnemndas vedtak og forsvarlig vurdert og avveid mot øvrige hensyn. Vedtaket kan ikke settes til side som ugyldig.
- (40) For spørsmålet om hvilket faktum domstolene skal bygge på ved domstolsprøvingen, anføres at det ikke er grunn til å fravike rekken av klare høyesterettsavgjørelser som fastslår at domstolene ikke tar i betraktning omstendigheter som er inntrådt etter siste forvaltningsbeslutning i saken, med mindre det er særlig hjemmel for det.
- (41) En generell fravikelse av denne praksis for alle forvaltningsområder vil representere et ubegrunnet brudd med det grunnleggende prinsippet om at domstolenes prøving av gyldigheten av forvaltningsvedtak skjer ved etterfølgende kontroll. Konsekvensen av at domstolene prøver nytt faktum vil være at domstolene forhåndsbinder myndighetsutøvelse som etter lovgivningen tilligger forvaltningen. Spørsmålet berører dessuten ikke bare forholdet mellom den utøvende og den dømmende makt, men også forholdet mellom den dømmende og den lovgivende makt.
- (42) Heller ikke våre menneskerettslige forpliktelser eller det forhold at EMD foretar en «nåtidsvurdering» tilsier en omlegging av den praksis som har vært fulgt til nå for utlendingssakene. Det er ikke grunnlag for å oppstille en annen regel for disse sakene enn for andre forvaltningssaker.
- (43) Interne regler og fast praksis innebærer at Utlendingsnemnda behandler begjæringer om omgjøring, også når disse er begrunnet med omstendigheter som har kommet til etter siste behandling. Utlendingsnemnda har en rettslig plikt til å vurdere omgjøringsbegjæringer - i alle fall når det hevdes at vedtaket ellers vil innebære brudd på menneskerettigheter. I asylsaker følger dette direkte av utlendingsloven § 73 jf. § 90 siste ledd. Dette innebærer at de nye forholdene D har påberopt, vil bli behandlet på nytt i forvaltningen. Det er dermed ikke behov for at domstolen prøver spørsmålet i første hånd. En eventuell ny omgjøringsnektelse kan også bringes inn for domstolene. Det er derfor ikke noe reelt behov for å fravike praksis.
- (44) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:
«Anken forkastes.»

- (45) **Jeg er kommet til** at anken må forkastes.
- (46) Det som skal avgjøres i saken, er om vedtaket om ikke å gi D, E og deres to barn opphold i Norge, er ugyldig. Jeg ser først på spørsmålet om hvilket faktum som skal legges til grunn for prøvingen. Deretter går jeg over til forståelsen av utlendingsloven § 38, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, og vurderer i denne sammenheng hvilket omfang domstolskontrollen skal ha. Til sist vurderer jeg om Utlendingsnemndas vedtak i saken oppfyller de kravene som kan utledes av reglene.
- (47) *Skal vedtaks- eller domstidspunktets faktum legges til grunn ved prøvingen av vedtakets gyldighet?*
- (48) Spørsmålet er om domstolene ved prøvingen av vedtakets gyldighet har rett og plikt til å ta i betraktning faktum som har kommet til etter at forvaltningen fattet sitt vedtak.
- (49) Denne saken aktualiserer to forskjellige former for nytt faktum. For det første går tiden mens saken behandles. Familien - og særlig barna - vil knytte sterkere bånd til Norge. Den gradvis sterkere tilknytningen kan medføre at interesseavveiningen blir en annen enn på vedtakstidspunktet. For det andre har D påberopt at det i februar 2012 ble vedtatt en endring i den iranske straffeloven som innebærer obligatorisk dødsstraff for frafalne fra den offisielle religionen. Dette påberopte nye faktumet vil, hvis det er riktig, kunne gi rett til asyl etter utlendingsloven § 28. Spørsmålet er altså om domstolene ved gyldighetsprøvingen skal ta hensyn til de nye påberopte faktiske forholdene, eller om familien først må be om omgjøring slik at det blir en forvaltningsbehandling av spørsmålene før domstolene eventuelt tar stilling til dem.
- (50) Jeg nevner innledningsvis at det tradisjonelt skilles mellom nye rettsfakta og nye bevisfakta. Nye rettsfakta er nye faktiske forhold som direkte og umiddelbart har rettslige følger, mens nye bevisfakta er nye bevis som godtgjør rettsfakta, jf. NOU 2001:32B Rett på sak bind B side 703. Nye bevisfakta som kaster lys over forholdene på vedtakstidspunktet, er det i utgangspunktet adgang til å påberope seg, jf. Rt-2007-1815 avsnitt 34. Spørsmålet er om det også er adgang til å påberope nytt rettsfaktum for domstolene, altså nytt rettsstiftende faktum som har oppstått etter forvaltningsvedtaket, og som derfor ikke har vært vurdert av forvaltningen. I enkelte tilfeller kan det nok by på problemer å skille mellom hva som er nytt rettsfaktum og hva som er nytt bevisfaktum. Virkningen av den påberopte lovendringen om obligatorisk dødsstraff for frafalne er utvilsomt et nytt rettsfaktum - et nytt grunnlag for kravet om å få asyl i Norge. Også ytterligere tidsforløp vil kunne være nytt rettsfaktum. Spørsmålet er om disse nye forholdene som forvaltningen ikke har vurdert, kan tas i betraktning når domstolene vurderer gyldigheten av omgjøringsnektelsen.
- (51) Problemstillingen er nylig behandlet av Høyesterett i dommen i Rt-2012-667. Saken gjaldt gyldigheten av et avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag fra en srilankisk familie. Etter at lagmannsretten hadde avsagt dom i saken, fikk familiens mindreårige sønn norsk statsborgerskap. Spørsmålet var om dette etterfølgende forholdet skulle trekkes inn ved gyldighetsprøvingen. Høyesterett delte seg i tre fraksjoner. To dommere - med tredjevoterende som talsmann - kom til at faktum på domstidspunktet skulle legges til grunn ved prøvingen, og at dette måtte gjelde generelt for alle forvaltningsvedtak med mindre det var særskilt holdepunkt for det motsatte. To dommere - med førstvoterende som talsmann - kom til at domstolene normalt prøver forvaltningsvedtak med utgangspunkt i faktum på vedtakstidspunktet, men at man på utlendingsrettens område måtte legge domstidspunktets faktum til grunn. Dette ble særlig begrunnet i Norges menneskerettslige forpliktelser. En dommer - annenvoterende - kom til at det fulgte av rettspraksis at domstolene prøver forvaltningsvedtak på grunnlag av det faktum som forelå på vedtakstidspunktet, og fant ikke grunn til å fravike dette standpunktet for utlendingsaker.
- (52) Det er de tre forskjellige standpunktene i Sri Lanka-saken som er bakgrunnen for at det ble besluttet plenumsbehandling i den foreliggende saken. Jeg finner derfor - uavhengig av den nylig avsagte dommen - å måtte foreta en fornyet vurdering av problemstillingen.
- (53) Selve prøvingsretten har konstitusjonelt grunnlag. De nærmere grensene må trekkes opp i praksis, og

det er verken konstitusjonelle eller folkerettslige skranker for hvordan ordningen på dette punktet skal være. Hvilken kompetanse domstolene har, beror derfor i utgangspunktet på en tolking av de enkelte lovbestemmelsene. I noen tilfeller gir loven - direkte eller indirekte - tilstrekkelige holdepunkter til å løse spørsmålet. For visse forvaltningsvedtak er det lovbestemt at domstolene skal vurdere situasjonen på domstidspunktet. Dette gjelder blant annet saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren som omfattes av tvisteloven kapittel 36. Etter lovens § 36-5 tredje ledd skal retten prøve alle sider av saken. Det er ikke tvilsomt at dette innebærer at domstolene må prøve saken slik den står på domstidspunktet. I andre tilfeller er det klart at prøvingen må knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet. En yrkesutøver som ikke får lisens fordi vedkommende ikke er kvalifisert, kan for eksempel ikke få kjent et slikt vedtak ugyldig ved å vise til at han senere har kvalifisert seg. Spørsmålet blir hva som skal være utgangspunktet når loven ikke gir noe svar. Jeg behandler først problemstillingen generelt og ser deretter på om saker som berører spørsmål knyttet til menneskerettigheter, står i en særlig stilling.

- (54) Domstolenes kontroll med gyldigheten av forvaltningens vedtak bygger på domstolskapt rett. Rettspraksis er derfor et sentralt utgangspunkt ved vurderingen.
- (55) Frem til midten av 1900-tallet var det omdiskutert i teorien om domstolene i det hele tatt kunne kjenne et forvaltningsvedtak ugyldig i et tilfelle der skjønnet bygget på uriktig faktum. Morgenstjerne, Norsk forfatningsret, 1927, Bind II, side 83 la til grunn at når domstolene hadde kompetanse til å prøve «administrative dekreters retmæssighet», var det kun «denne side - den retslige» som var underkastet prøving, og ikke dets «øvrige sider, særlig forsaavidt som det fremtræder som resultat av en skjønnsmessig avgjørelse». Skeie, Den Norske Civilproces, 1929, Bind I, side 93 uttalte derimot at «et administrativt dekret» blir ulovlig, både når «det bygger på feilagtig grunnlag», og når det er anvendt «en uriktig retsnorm». Castberg, Innledning til forvaltningsretten, 1955, side 201 la i likhet med Morgenstjerne til grunn at «(s)om alminnelig regel kan man likeledes gå ut fra at det ikke berører forvaltningsaktens gyldighet om den er avgitt ut fra en villfarelse med hensyn til den faktiske situasjon». Castberg viste til at det «i høy grad [ville] skade forvaltningens effektivitet om en lovlig forvaltningsakt skulle kunne underkjennes av domstolene med den begrunnelse at den var avgitt ut fra en feilaktig faktisk forutsetning». Forvaltningskomiteens innstilling, som ble avgitt i 1958, bygger imidlertid på at domstolene kan prøve faktum. På side 371 fremheves det at «det er vår retts stilling at domstolene kan prøve det faktum avgjørelsen bygger på og vurdere de bevis som foreligger fullt ut og på helt fritt grunnlag. Dette gjelder også det faktiske grunnlag for forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser».
- (56) Når problemstillingen i vår sak ikke er behandlet i teori eller rettspraksis før tusenårsskiftet, er det en nærliggende forklaring at mange fant det selvsagt at en etterkontroll av forvaltningsvedtak skal skje på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet. I alle fall er det - som jeg skal vise - svært få holdepunkter i rettskildene for en annen løsning.
- (57) Den eneste rettsavgjørelsen som kan hevdes å trekke i motsatt retning, er avgjørelsen i Rt-1949-564. Den gjaldt gyldigheten av vedtak om ekspropriasjon av kontorlokaler til Statistisk Sentralbyrå. Høyesterett uttalte at man fant det «ganske klart at den ankende part ikke har påvist noe som kan danne grunnlag for å sette Finansdepartementets avgjørelse til side, hverken når det gjelder det faktiske forhold som avgjørelsen bygger på, eller når det gjelder selve vurderingen ...». Deretter ble det tilføyd:
- «Det jeg her har sagt, er etter min mening fullt tilstrekkelig til at anken ikke kan føre frem. Men hertil kommer at det Statistiske Sentralbyrå under sakens gang av statsmyndighetene er pålagt nye oppgaver som medfører ytterligere utvidelser. For budsjetterminen 1949-50 er det således etter det opplyste bevilget gasjer til i alt ca. 390 funksjonærer, ordinære og ekstraordinære. Jeg er ikke enig med den ankende part når han hevder at det i denne sak ikke er anledning til å ta hensyn til dette siste moment.»
- (58) Uttalelsen om de etterfølgende forhold er en klar «obiter»-bemerkning, i den forstand at den ikke var nødvendig for utfallet av saken. De nye faktiske opplysningene var for øvrig bekreftende tilleggsopplysninger til det som var lagt til grunn på vedtakstidspunktet.

- (59) I Forvaltningskomiteens innstilling er dommen og spørsmålet om domstolskontrollen skal knytte seg til faktum på vedtaks- eller domstidspunktet, utelukkende kommentert i en fotnote på side 378:
- «Det kan spørres om domstolene i en forvaltningssak kan legge til grunn det faktiske forhold som består på den tid dommen avsies, eller om det må treffe sin avgjørelse på grunnlag av forholdet da forvaltningsvedtaket ble truffet. I en dom i Rt-1949-564 flg., jfr. særlig side 566, har man bygget på den første løsning. Saken gjaldt ekspropriasjon av kontorlokaler til Statistisk sentralbyrå. Under sakens gang hadde Statistisk sentralbyrå fått nye oppgaver og trengte av den grunn ytterligere kontorplass. Dette nye forhold anså retten seg ikke avskåret fra å ta i betraktning.
- Det syn som er lagt til grunn i dommen, synes å være i samsvar med nyere avgjørelser av den tyske forbundsforvaltningsdomstol. Jfr. Verwaltungsarchiv 1957 s. 170 ff.»
- (60) Spørsmålet ble ikke drøftet under det videre lovarbeidet.
- (61) Verken avgjørelsen i Rt-1949-564 eller spørsmålet som ble stilt i den siterte fotnoten, synes å ha satt spor etter seg i etterfølgende praksis og teori. I Rt-1960-1374 er det riktignok en uttalelse - som ble fremhevet av tredjevoterende i Rt-2012-667 - om at «materiale som er kommet frem etter at den angrepne forvaltningsavgjørelse ble truffet», skulle tas i betraktning. Men leser man dommen i sammenheng, er det klart at det er nye bevisfakta for omstendighetene på vedtakstidspunktet det henvises til.
- (62) I tiden frem til tusenårsskiftet foreligger det - så vidt det er brakt på det rene - ikke avgjørelser av betydning for vårt spørsmål. I Rt-2001-995 tok Høyesterett på prinsipielt grunnlag stilling til om domstolen, når den finner et vedtak ugyldig, kan avsi dom for realiteten, eller om den må nøye seg med å erklære vedtaket ugyldig og deretter overlate til forvaltningen å treffe vedtak. Avgjørelsen angår ikke vårt spørsmål direkte, men begrunnelsen har likevel interesse. Saken gjaldt gyldigheten av en trygderettskjennelse hvor det var tale om et lovbundet vedtak - altså et tilfelle hvor parten hadde krav på ytelsen dersom lovens vilkår var oppfylt. Etter en gjennomgang av praksis gir førstvoterende uttrykk for at domstolene ikke har adgang til å gi dom for realiteten med mindre det er kommet til uttrykk i loven. Det vises til forskjellen mellom dagjeldende tvistemålslov kapittel 30 og kapittel 33. Kapittel 30 gjaldt søksmål om «lovmessigheten» av forvaltningsvedtak i sin alminnelighet, jf. § 435 nr. 1. Det heter i dommen:
- «Bruken av ordet «lovmessigheten» trekker klart i retning av en legalitetskontroll og er iallfall ikke noe argument for kompetanse til å treffe ny realitetsavgjørelse.»
- (63) Deretter understrekes det at ved overprøving etter kapittel 33, som gjaldt søksmål om administrative vedtak om frihetstap og andre tvangsinngrep, skulle domstolen derimot prøve alle sider av saken, jf. § 482. Det sies i dommen:
- «Dette er å forstå slik at domstolen i utgangpunktet kan sies å ha samme kompetanse som forvaltningsorganet, for eksempel til å treffe beslutning om samværsrettens omfang i sak om fratakelse av foreldrerett eller vedta utskrivning fra tvungen psykisk helsevern. Tilsvarende gjelder avgjørelser om løslatelse fra sikring. Saker om tvangsinngrep er imidlertid svært atypiske som forvaltningssaker, og ligger etter sin art på grensen mot dømmende virksomhet. I disse sakene skal domstolen videre treffe det vedtak som fremstår som det riktige på avgjørelsestidspunktet, jf. som eksempel Rt-1991-973. Domstolens oppgave er altså klart forskjøvet i forhold til den vanlige kontroll med forvaltningen, noe som først og fremst er begrunnet i de særlige rettsikkerhetsmessige hensyn som her gjør seg gjeldende» (uthevet her).
- (64) Henvisningen til at domstolen i disse sakene skal treffe det vedtak som fremstår som det riktige på avgjørelsestidspunktet, viser at dette anses som et unntak fra den hovedregelen som ellers gjelder; nemlig at faktum på vedtakstidspunktet legges til grunn. Det samme synes å være forutsetningen når det under gjennomgangen av reelle hensyn vises til at «[d]omstolenes oppgave bør være å foreta en etterfølgende kontroll med hvorvidt vedtaket formelt og materielt er korrekt». Domstolen skal altså

etterprøve forvaltningens vurderinger. Det må klart forutsette at det er vedtaket med det faktum som forelå på vedtakstidspunktet, som skal prøves.

- (65) At domstolene ikke skal avsi dom for realitet, har fått tilslutning av Tvistemålsutvalget, jr. NOU 2001:32A Rett på sak bind A side 195, og av departementet, jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 146. Det har også blitt fulgt opp i rettspraksis, se som eksempel Rt-2009-170.
- (66) Rt-2003-460 er den første avgjørelsen som direkte tar stilling til vårt spørsmål. Saken gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning i en utlendingssak hvor det var gitt avslag på søknad om oppholdstillatelse. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at den ikke bare skulle vurdere om det var sannsynliggjort at vedtaket på vedtakstidspunktet var ugyldig, men at det ved prøvingen også måtte tas i betraktning nye omstendigheter. Til dette bemerket Høyesteretts kjæremålsutvalg at tingretten i hovedsaken måtte begrense prøvingen til forhold som forelå da vedtaket ble truffet i januar 2002, og at etterfølgende omstendigheter ikke kunne trekkes inn. Det konkluderes med at «[n]år lagmannsretten kom til at det også kan tas hensyn til etterfølgende omstendigheter, har den lagt vekt på forhold som den i denne saken var avskåret å legge vekt på».
- (67) Avgjørelsen ble fulgt opp i Rt-2007-1815. Saken gjaldt gyldigheten av en kjennelse fra Trygderetten om avslag på krav om uførepensjon. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at Trygderettens kjennelse skulle prøves uten at det ble trukket «noe avgjørende skille mellom opplysninger som forelå for Trygderetten og opplysninger som kan sies å være nye». Til dette bemerker Høyesterett i avsnitt 33 og 34:
- «Eg er ikkje einig i det lagmannsretten her har gitt uttrykk for. Etter mitt syn må utgangspunktet for prøving av om vedtak i trygdesaker er gyldige, vere faktum slik det låg føre for det aktuelle organet på vedtakstidspunktet. Dette er også det alminnelege utgangspunktet i forvaltningsretten, jf. her også avgjerd frå Høgsteretts kjæremålsutval innteken i Rt-2003-460. Det kan godt seiast at dette nettopp er ein følgje av at domstolane skal stå for kontroll av forvaltningsvedtak.
- Etter rettspraksis er det likevel eit visst høve til å kome med bevis som kastar lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet.»
- (68) I avsnitt 45 trekkes konsekvensene av dette standpunktet ved at det ble sett bort fra opplysninger om at søkeren etter Trygderettens vedtak hadde gjennomgått behandling for alkoholmisbruk og hadde hatt opphold ved en psykiatrisk institusjon.
- (69) Dommen gir uttrykk for et klart standpunkt til spørsmålet og bygger på det samme bærende argumentet som i Rt-2001-995, nemlig at domstolen står for en etterfølgende kontroll. Begrunnelsen er kort, men prinsipiell og i tråd med tidligere rettspraksis. Jeg anser den som et klart prejudikat for at domstolskontrollen skal knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet.
- (70) Dette standpunktet er også fulgt opp i Rt-2009-1374. Saken gjaldt overprøving av Utlendingsnemndas vedtak om ikke å gi oppholds- og arbeidstillatelse på humanitært grunnlag. I avsnitt 40 presiseres det at «vurderingen av avgjørelsene skal skje ut fra de opplysninger og den situasjon som forelå på avgjørelsestidspunktet». Deretter drøftes det i avsnitt 53 en del faktiske forhold, hvorav noen som tilsynelatende hadde kommet til under domstolsbehandlingen. Blant annet vises det til at det «ikke [var] gitt noen opplysninger, verken på tidspunktet for de ulike forvaltningsavgjørelser eller senere under domstolsbehandlingen» om familiens situasjon i Iran. Formuleringen viser etter min mening til opplysninger som kaster lys over forholdene på vedtakstidspunktet. En annen forståelse er vanskelig å forene med den generelle uttalelsen om at vurderingen skulle skje ut fra «de opplysninger og den situasjon som forelå på avgjørelsestidspunktet».
- (71) Standpunktet om at det er vedtakstidspunktets faktum som skal vurderes er også lagt til grunn i ankeutvalgets avgjørelse om bevisfremleggelse 12. september 2011 i HR-2011-1694-U avsnitt 5.
- (72) Det finnes imidlertid enkelte høyesterettsavgjørelser som lar det stå åpent om det er vedtaks- eller

domstidspunktets faktum som skal legges til grunn. De ankende parter har anført at dette indikerer at rettstilstanden er uavklart. Etter min mening viser imidlertid gjennomgangen til nå at rettstilstanden er avklart, og disse avgjørelsene endrer ikke dette utgangspunktet. Jeg skal likevel se kort på dem.

- (73) I Rt-2009-851 fant Høyesterett at et vedtak hvor en skilt, kasteløs indisk kvinne ikke fikk fornyet sin arbeids- og oppholdstillatelse i Norge, var ugyldig. Partene var uenige om hvilket tidspunkt som skulle legges til grunn for faktumvurderingen. Det ble argumentert med at EMD legger en «nåtidsvurdering» til grunn, og at norske domstoler bør gjøre det samme. Spørsmålet kom imidlertid ikke på spissen i den aktuelle saken, og Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta stilling til betydningen av praksisen fra EMD. Men når førstvoterende i avsnitt 48 uttaler at han holder seg «i det følgende til den rettsoppfatning som er kommet til uttrykk i Rt-2007-1815 avsnitt 33», må dette forstås som en tilslutning til at utgangspunktet er at domstolskontrollen skal bygge på faktum på vedtakstidspunktet. Det er altså ikke grunnlag for å forstå avgjørelsen slik at den holder det generelle utgangspunktet i norsk rett åpent.
- (74) I Rt-2011-750 avsnitt 9 fastholdt ankeutvalget det standpunktet som blant annet kom til uttrykk i Rt-2003-460 og Rt-2007-1815:
- «Ankeutvalget bemerker innledningsvis at Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt-2003-460 i en sak om gyldigheten av avslag på søknad om oppholdstillatelse i avsnitt 14 uttaler at tingretten måtte 'begrense prøvingen til forhold som forelå da vedtaket ble truffet'. I Rt-2007-1815 har Høyesterett i en sak om uførepensjon videreført dette standpunktet, men i avsnitt 34 uttaler førstvoterende at det likevel er 'eit visst høve til å kome med bevis som kastar lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet'. Etter ankeutvalgets vurdering oppfyller ikke noen av de aktuelle bilagene dette vilkåret, idet de gjelder barnas senere situasjon. De kan derfor ikke fremlegges under henvisning til den presiseringen som er gjort i Rt-2007-1815.»
- (75) I avsnitt 10 ble det deretter holdt åpent om hensynet til praksis fra EMD kunne tilsi motsatt løsning. Saken skulle behandles av Høyesterett i avdeling, og utvalget mente spørsmålet måtte avklares i ankesaken. Avgjørelsen er med andre ord i første rekke en stadfestelse av rettssetningen i de tidligere avgjørelsene.
- (76) Heller ikke da saken kom til behandling i avdeling, ble det tatt stilling til om det var adgang til å fremlegge tilleggsopplysninger, jf. Rt-2011-948 avsnitt 62:
- «Det er for Høyesterett fremlagt ytterligere materiale til belysning av hvordan den aktuelle situasjonen har påvirket guttenes adferd, men jeg kan ikke se at de nye opplysninger stiller saken i et nytt lys, og finner da ikke grunn til å ta stilling til om og i tilfelle under hvilke omstendigheter Høyesterett ved legalitetskontrollen vil ha anledning til å ta hensyn til slike tilleggsopplysninger.»
- (77) Bevistemaet - hvordan guttens adferd hadde blitt påvirket - tilsier at det var holdbarheten av forvaltningens prognoser som var temaet. Og for prognoser er kravet at de må være forsvarlige på det tidspunktet de foretas, jf. blant annet Rt-1982-241, Altasaken. På side 266 er det understreket at dersom prognosen var forsvarlig, «vil det også vanskelig bli tale om å anse utbyggingsvedtaket ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap skulle gjøre det mulig å oppstille bedre prognoser». Tilsvarende må gjelde i saker på utlendingsrettens område. Formuleringen i Rt-2011-948 avsnitt 62 kan uansett ikke tas til inntekt for at det grunnleggende standpunktet i rettspraksis om at det er faktum på vedtakstidspunktet som prøves, holdes åpent.
- (78) Det foreligger også enkelte høyesterettsavgjørelser som gjelder vedtak om utvisning hvor det kan synes som om faktum har vært vurdert ut i fra forholdene på domstidspunktet. Jeg viser til Rt-2005-229, Rt-2008-560 og Rt-2009-534. I Rt-2009-534 avsnitt 56 er det for eksempel - under spørsmålet om utvisning vil være uforholdsmessig - uttalt at «[s]lik saken nå står, må det legges til grunn at barna blir boende i Norge hos faren ...». Ingen av avgjørelsene drøfter imidlertid om prøvingen av vedtak

skal skje ut i fra forholdene på vedtaks- eller domstidspunktet. Jeg kan derfor ikke se at disse avgjørelsene kan tillegges særlig vekt sett opp mot de klare avgjørelsene som jeg har gjennomgått.

- (79) Jeg mener at høyesterettspraksis gir et klart bilde av at domstolskontrollen knytter seg til faktum på vedtakstidspunktet, med mindre det motsatte følger av en naturlig tolkning av loven.
- (80) Under saken har det vært fremlagt en oversikt over andre lands rett. En rekke land har forvaltningsdomstoler som har en annen rolle enn norske domstoler. Løsningen man har valgt i disse landene gir derfor liten veiledning for oss. Danmark har det systemet som antakelig ligger nærmest det norske, og som derfor kan være av interesse. Der åpner man i større grad enn i Norge for å legge vekt på nye rettsfakta. Bildet er imidlertid ikke entydig, og på utlendingsrettens område - som vår sak gjelder - har man en utvikling i motsatt retning. I det hele er det mitt syn at utenlandsk rett gir liten veiledning for løsningen av vårt spørsmål.
- (81) Oppsummeringsvis viser kildene at det generelle utgangspunktet frem til Rt-2012-667 har vært at vedtakstidspunktets faktum har blitt lagt til grunn for domstolens prøving av vedtakets gyldighet, men at det som utgangspunkt er adgang til å fremlegge nye bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet. Jeg kan ikke slutte meg til tredjevoterende i Rt-2012-667 avsnitt 56 når han uttaler at rettspraksis om vårt spørsmål er ubegrunnet og preget av «usikkerhet og mangel på avklaring». Etter mitt syn er rettskildebildet for så vidt gjelder den generelle problemstillingen klart, og jeg kan ikke se at det er fremført grunner som tilsier at løsningen - selv ved en plenumsbehandling - bør fravikes.
- (82) *Tilsier Norges menneskerettslige forpliktelser at domstolene på visse områder likevel skal bygge på de faktiske forholdene på domstidspunktet?*
- (83) Førstvoterende i Rt-2012-667 mener at man ut fra Norges menneskerettslige forpliktelser - og da særlig EMK - må bygge på en «nåtidsvurdering» i utlendingssaker. Innledningsvis vil jeg understreke at verken FNs barnekonvensjon eller EMK krever at *domstolene* må foreta en «nåtidsvurdering» ved prøvingen av forvaltningsvedtak.
- (84) EMK artikkel 13 fastsetter at «[e]nhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet ...». Det er opp til den enkelte stat hvordan den vil organisere prøvingen på en betryggende måte, jf. EMDs storkammeravgjørelse i saken Kudla mot Polen (EMD-1996-30210) 26. oktober 2000 avsnitt 157:
- «The 'effectiveness' of a 'remedy' within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Nor does the 'authority' referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so ...»
- (85) Jeg viser også til storkammeravgjørelsen i saken Kuric med flere mot Slovenia (EMD-2006-26828-2) 26. juni 2012 avsnitt 369 hvor det blant annet heter:
- «As the Court has held on many occasions, Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an 'arguable complaint' under the Convention and to grant appropriate relief ...»
- (86) Videre følger det av praksis fra EMD at prøvingsretten må være innrettet på en slik måte at den også omfatter nye forhold. Jeg viser til storkammerdommen 23. juni 2008 i saken Maslov mot Østerrike (EMD-2003-1638), hvor det i avsnitt 93 heter:

«In this connection the Court would point out that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion, not that of the final expulsion order. ... Consequently, in such cases it is for the State to organise its system in such a way as to be able to take account of new developments.»

- (87) Avgjørelsene viser samlet at selv om nye omstendigheter som påberopes må prøves før en person sendes ut av landet, kreves det ikke at det er domstolene som må gjøre det.
- (88) Det er ikke omstridt at Utlendingsnemndas behandling oppfyller de krav som stilles om en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet, slik disse kravene er oppstilt i EMDs praksis. Utlendingsnemnda er å anse som en domstol etter EMKs system, og nemndas vedtak bygger på en «nåtidsvurdering». Utlendingsmyndighetene har dessuten plikt til å behandle nye forhold som blir påberopt. Når det anføres at utlendingen vil bli utsatt for forfølgelse ved retur, følger dette av utlendingsloven § 73, som forutsetter at en utlending ikke kan sendes til et område hvor vedkommende vil komme i en situasjon som gir rett til asyl. Av § 90 siste ledd fremgår det videre at politiet må forelegge eventuelle nye forhold som utlendingen påberoper, og som kan gi grunnlag for asyl, for utlendingsmyndighetene før uttransportering kan skje. Men også utover asylsakene er det klart at Utlendingsnemnda har plikt til å realitetsbehandle en begjæring om omgjøring dersom det er reell risiko for menneskerettsbrudd. Dette følger av statens plikt til å forhindre krenkelse av våre menneskerettslige forpliktelser.
- (89) At det i disse tilfellene er plikt til å behandle omgjøringsbegjæringer, følger også av Utlendingsnemndas interne retningslinjer 22. november 2011. Punkt 1.5 bestemmer at en anmodning om omgjøring skal realitetsbehandles med mindre den skal avvises. En anmodning kan bare avvises i tre tilfeller: Der det fremsettes nye opplysninger som skal behandles som en ny asylsak i første instans, der utlendingen har forlatt landet og saken må starte med en ny søknad, og der anmodningen lider av bestemte angitte formfeil. I de to førstnevnte tilfellene behandles altså saken på ny av Utlendingsdirektoratet med klageadgang til Utlendingsnemnda, og i de sistnevnte tilfellene skal det likevel alltid vurderes om det er plikt til å endre det tidligere vedtaket. Anmodningen skal i så fall realitetsbehandles til tross for avvisningsgrunnen, jf. retningslinjenes punkt 1.2 annet ledd.
- (90) For fullstendighetens skyld nevner jeg også at gyldigheten av en beslutning om å nekte omgjøring kan prøves for domstolene, jf. Rt-2012-681.
- (91) I skranken for Høyesterett er det opplyst at D har fremsatt en omgjøringsbegjæring på bakgrunn av de påberopte nye lovreglene i Iran. Det er åpenbart at Utlendingsnemnda både ut fra utlendingsloven § 28, jf. § 73 og § 90, og ut fra plikten til å forhindre brudd på Norges menneskerettslige forpliktelser, må behandle denne omgjøringsbegjæringen. Nemndas prosessfullmektig har gitt uttrykk for at nemnda er enig i dette, og det er opplyst at forvaltningen er i gang med å verifisere opplysningene om situasjonen i Iran.
- (92) Dette medfører at konvensjonsforpliktelsen om en effektiv prøvingsrett er ivaretatt ved det systemet vi har i Norge i dag. Spørsmålet er derfor bare om reelle hensyn tilsier at man for saker som berører menneskerettigheter likevel bør fravike den tradisjonelle linjen om at det er vedtakstidspunktets faktum som prøves.
- (93) Det er særlig to forhold som har vært fremhevet: EMD foretar en nåtidsvurdering, jf. blant annet storkammerdommen 23. juni 2008 i saken Maslov mot Østerrike (EMD-2003-1638), og norske domstoler bør ikke ha dårligere mulighet enn EMD til å forhindre menneskerettsbrudd. Dernest er det anført at subsidiaritetsprinsippet - altså prinsippet om at «[o]rdningen med klage til håndhevsorganene er subsidiær og skal gi beskyttelse dersom statene ikke sikrer individenes konvensjonsbeskyttede rettigheter», jf. storkammeravgjørelsen i Rt-2010-1170 avsnitt 82 - tilsier at domstolene i Norge legger en «nåtidsvurdering» til grunn.
- (94) Men de samme hensynene som begrunner hovedregelen om at domstolskontrollen skal baseres på

faktum på vedtakstidspunktet, gjør seg også gjeldende når det er spørsmål om et vedtak krenker våre menneskerettslige forpliktelser. Dersom det påberopes et nytt faktum mens saken står for domstolene, må det avklares om det som anføres er riktig, hva det nye i så fall nærmere går ut på, hvilken relevans det har for saken som er til behandling og presedensvirkningen av et vedtak i den ene eller andre retning. Dette er oppgaver som i utgangspunktet er av forvaltningsmessig karakter jf. også Rt-2001-995 på side 1002.

- (95) Hensynet til en betryggende saksbehandling tilsier derfor at forvaltningen først behandler nytt faktum, og at domstolenes kontroll er etterfølgende. Dette innebærer at det nye forholdet blir behandlet på samme måte som for parter som ikke har angrepet forvaltningsvedtaket rettslig.
- (96) Det er for øvrig tvilsomt hvor mye som kan vinnes tidsmessig ved at domstolene bygger på en nåtidsvurdering. Hovedregelen er at domstolen ikke avsier realitetsdom, men nøyer seg med å kjenne vedtaket ugyldig, jf. Rt-2001-995. Saken må altså uansett tilbake til ny behandling i forvaltningen. I denne sammenheng vil jeg også understreke at en eventuell dom på ugyldighet basert på påberopte nye omstendigheter, bare innebærer at forvaltningen får en plikt til å vurdere saken på nytt. Men Utlendingsnemnda har, som allerede påpekt, uansett en plikt til å vurdere omgjøring når det påberopes nye rettsfakta. Det er dermed vanskelig å se hvilken ytterligere rettssikkerhet som oppnås ved at domstolene først fastslår at de nye omstendighetene kan være relevante og dermed kjenner vedtaket ugyldig.
- (97) Førstvoterende i Rt-2012-667 synes å mene at konsekvensen av en praksisomlegging kan begrenses til utlendingssakene. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at resonnetet som leder frem til hans resultat, kan begrenses til utlendingsområdet. Argumentene vil ha tilsvarende gyldighet i alle saker hvor menneskerettigheter påberopes. Konsekvensen av standpunktet blir dermed uoversiktlig.
- (98) Mitt syn er at hovedregelen har de beste grunner for seg også når det er påberopt brudd på Norges menneskerettslige forpliktelser. På denne bakgrunn finner jeg ikke grunnlag for å fravike det utgangspunktet som har fulgt av praksis frem til avgjørelsen i Rt-2012-667. Konklusjonen er dermed at domstolenes prøving av et forvaltningsvedtaks gyldighet også i saker som berører menneskerettigheter, herunder utlendingssakene, må knytte seg til faktum på vedtakstidspunktet.
- (99) For den foreliggende saken innebærer det at D ikke kan få behandlet den påberopte lovendringen i Iran som del av den foreliggende saken, men i stedet må få spørsmålet prøvd av forvaltningen - hvilket han allerede har anmodet om. I tillegg medfører standpunktet at domstolen for barnas del skal vurdere gyldigheten av vedtaket utfra den tilknytningen de hadde til Norge på vedtakstidspunktet, ikke den tilknytningen de har i dag.
- (100) *Utlendingsloven § 38 sammenholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 - herunder rammene for domstolsprøvingen*
- (101) Utlendingsloven § 38 regulerer adgangen til å gi utlendinger opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket - kort omtalt som opphold på humanitært grunnlag. Bestemmelsen lyder:
- «Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket. For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om
- a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,
 - b) det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,
 - c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller
 - d) utlendingen har vært offer for menneskehandel.

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.

Når det er tvil om utlendingens identitet, når behovet er midlertidig, eller når andre særlige grunner tilsier det, kan det fastsettes at

- a) tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse,
- b) tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for oppholdstillatelse etter lovens kapittel 6 for utlendingens familiemedlemmer,
- c) tillatelsen ikke skal kunne fornyes, eller
- d) at tillatelsens varighet skal være kortere enn ett år.

Kongen kan fastsette nærmere regler i forskrift.»

- (102) Første ledd oppstiller regelen om når det kan gis opphold på humanitært grunnlag, mens andre til femte ledd angir enkelte skjønnsmomenter som vil være relevante ved vurderingen. Etter ordlyden «skal» enkelte av skjønnsmomentene tillegges vekt, mens andre momenter har forvaltningen frihet til å velge å vektlegge. Det er særlig hensynene i tredje og fjerde ledd som er sentrale i vår sak. Av tredje ledd følger det at hensynet til barns beste «skal» tillegges vekt som et «grunnleggende hensyn», mens det av fjerde ledd fremgår at det «kan» legges vekt på innvandringsregulerende hensyn.
- (103) Bestemmelsen i tredje ledd suppleres av utlendingsforskriften § 8-5, som bestemmer at:
«Ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38, skal barnas tilknytning til riket tillegges særlig vekt.»
- (104) Både lovens § 38 tredje ledd og forskriften § 8-5 implementerer FNs barnekonvensjon artikkel 3 nr. 1, hvor det heter:
«Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»
- (105) Barnekonvensjonen er også generelt inkorporert som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. loven § 3. Dette følger også av utlendingsloven § 3.
- (106) Paragraf 38 første ledd viderefører den tidligere utlendingsloven § 8 annet ledd. Bestemmelsen er noe utbygget ved at de mest praktiske hensyn som kan vektlegges er inntatt i loven. Disse endringene har imidlertid ikke medført noen materielle forskjeller mellom den nye og den gamle loven.
- (107) Det følger av utlendingsloven § 75 første ledd at Stortinget skal godkjenne hovedprinsippene for reguleringen av innvandringen. Bestemmelsen ble foreslått sløyfet i den nye utlendingsloven, men departementet mente den burde beholdes slik at det ikke skulle oppstå tvil om Stortingets innflytelse over innvandringsreguleringen, jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 45. Stortinget sluttet seg til dette, jf. Innst.O.nr.42 (2007-2008) side 8.
- (108) Utgangspunktet er altså at det innenfor rammene av Norges internasjonale forpliktelser, er et politisk spørsmål hvor mange som skal gis opphold i landet på humanitært grunnlag. Terskelen avgjøres ut fra politiske avveininger, jf. for eksempel NOU 2004:20 Ny utlendingslov side 264, og den har betydning

for den samlede innvandringen, jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 152. Der fremheves det også at det er behov for å samordne norsk praksis med praksis i de andre europeiske landene fordi «en egen norsk politikk på dette området sannsynligvis ville overvelde mottakskapasiteten helt og snart måtte reverseres».

- (109) Utlendingslovens formål er å «gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser», jf. § 1. Lovens § 38 er et viktig virkemiddel i denne sammenheng - både for å ivareta de innvandringsregulerende hensynene og våre internasjonale forpliktelser, som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Bestemmelsen åpner også for å ivareta en annen uttrykt målsetting, nemlig at «Norge skal føre en human, solidarisk og rettssikker innvandrings- og flyktningspolitikk», jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 152. Det fremheves at det er viktig at det tas særlig hensyn til grupper som er spesielt sårbare, som barn og personer som har vært utsatt for alvorlige overgrep.
- (110) Generelt er rettsområdet preget av vanskelige avveininger av utpreget politisk karakter. Dette gjelder ikke minst for de to sentrale motstående hensynene i vår sak, nemlig hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. Begge hensynene er gitt bred omtale i forarbeidene, som klart viser hvor vanskelig det er å avveie hensynet til det enkelte barnet mot innvandringsregulerende hensyn. Jeg vil i det følgende ta for meg de sentrale forarbeidene og se nærmere på forutsetningene som er lagt til grunn for denne avveiningen.
- (111) *Hensynet til barnets beste* er i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 159, i tråd med barnekonvensjonen artikkel 3, fremhevet som et grunnleggende hensyn. Det pekes videre på at hva som er til barnets beste, ikke alltid er entydig:
- «Prinsippet om barnets beste gjelder for alle barn i alle sammenhenger, og begrepet vil derfor ikke kunne ha et entydig innhold. I vurderingen av barnets beste vil en kunne møte en rekke dilemmaer. Det kan ikke generelt legges til grunn at det alltid vil være til barnets beste om barnet (og familien) innvilges opphold i Norge. Selv om velferds- og sikkerhetssituasjonen er betydelig bedre i Norge enn i de aller fleste landene det kommer asylsøkere fra, trenger ikke det å bety at det er til barnets beste å få bli. Det er også tydelige verdier knyttet til å vokse opp et sted hvor røttene, nettverkene og tilhørigheten er sterk.
- ...
- I mange tilfeller er det likevel klart at det vil være til barnets beste dersom barnet og eventuelt familien får oppholdstillatelse. Dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Vekten av hensynet til barnets beste må derfor bli en skjønnsvurdering basert på ulike forhold som for eksempel barnets alder, barnets integrering gjennom opphold i Norge så som ved skolegang mv, omsorgssituasjonen ved retur, den sosiale og menneskerettslige situasjonen for øvrig ved retur osv.»
- (112) På side 166 peker departementet på det særlig uheldige i at familier lever i en uavklart situasjon, og at barnet ikke kan bebreides for situasjonen:
- «I forhold til barnefamilier er det spesielt uheldig dersom det går lang tid uten en avklaring. Særlig i de tilfeller hvor foreldrene ikke makter å takle situasjonen med langvarig usikkerhet omkring familiens fremtid, vil barna kunne bli sterkt skadelidende. Her er det viktig å understreke at barna selv er uskyldige i den aktuelle livssituasjonen. Det er foreldrene som må ta ansvar for at familien har søkt asyl og deretter ikke returnert etter et endelig avslag selv om frivillig retur er mulig.»
- (113) Barnet skal altså ikke «straffes» for den situasjonen foreldrene har brakt det i. Men, som jeg skal komme tilbake til, betyr det likevel ikke at innvandringsregulerende hensyn ikke *kan* bli avgjørende når man vurderer om lengeværende barn og deres familier skal få oppholdstillatelse.
- (114) Hensynet til barnets beste kan heller ikke ses isolert i forhold til det enkelte barn. Et vedtak som er til gunst for ett barn, kan føre til at andre barn blir utnyttet av foreldre som har et sterkt ønske om å sikre

familien oppholdstillatelse, jf. proposisjonen side 160:

«Selv om hensynet til barna i den konkrete saken kan tale for at det bør innvilges oppholdstillatelse, tilsier allmennpreventive hensyn i slike saker at tillatelse nektes. Dersom man ikke fører en restriktiv praksis i disse tilfellene kan det få negative konsekvenser for andre barn ved at det påvirker foreldre i andre saker til å handle på samme måte.»

- (115) Ved vurderingen av om det skal gis oppholdstillatelse etter § 38, kan det altså legges vekt på hvilken konsekvens vedtaket vil kunne få for andre barn.
- (116) For så vidt gjelder *innvandringsregulerende hensyn*, er utgangspunktet i proposisjonen side 152 at:
«når vi er utenfor rammen for Norges internasjonale forpliktelser og spørsmålet ikke lenger gjelder beskyttelse mot framtidig fare, er det nødvendig å foreta en avveining i forhold til innvandringsregulerende hensyn. Som også Utlendingslovutvalget har fremhevet i sin utredning, er det ingen farbar vei å innvilge oppholdstillatelse til vesentlig flere av dem som lykkes i å ta seg til Norge enn det vi gjør i dag. For det første ville det ikke være et virksomt tiltak for å løse problemene i de deler av verden som asylsøkere reiser fra. Det sentrale virkemiddel for norske myndigheters innsats i forhold til vanskeligstilte befolkningsgrupper i den tredje verden, er bistandspolitikken.»
- (117) En del innvandringsregulerende hensyn er listet opp i § 38 fjerde ledd. Etter bokstav a kan det legges vekt på mulige konsekvenser for omfanget av søknader på lignende grunnlag. Dette innebærer at vekten av innvandringsregulerende hensyn vil kunne variere, jf. proposisjonen side 153 hvor det sies:
«Departementet mener for øvrig at den foreslåtte bestemmelsen vil gi mulighet til å føre en fleksibel praksis beroende på i hvilken grad innvandringsregulerende hensyn gjør seg gjeldende. Det er i denne sammenheng viktig med sterk bevissthet rundt avveining mellom sterke menneskelige hensyn og innvandringsregulerende hensyn. Dersom en innvilgelse ikke vil gi potensielt økt tilstrømning av betydning eller få særlige konsekvenser for andre saker som venter på avgjørelse, kan det være rom for i større grad å innvilge enn der de innvandringsregulerende hensyn gjør seg sterkt gjeldende.»
- (118) De avledede konsekvensene av et vedtak vil altså være sentral for hvilken vekt de innvandringsregulerende hensyn skal tillegges. Dette må ses i sammenheng med likhetsprinsippet i norsk forvaltning. Når det innvilges oppholdstillatelse i ett tilfelle, medfører det at det må innvilges oppholdstillatelse i andre tilsvarende tilfeller. Det heter om dette i proposisjonen side 154:
«Departementet vil understreke at det først og fremst er konsekvenser som kan knyttes til terskelen for innvilgelse og avslag, blant annet grunnet likebehandlingsprinsipper, som kan være av innvandringsregulerende betydning.»
- (119) Dette innebærer at jo mindre konsekvenser en innvilgelse av en oppholdstillatelse får for andre saker, jo større rom vil det være for å legge vekt på individuelle hensyn. Hensynet til barnets beste vil derfor lettere kunne bli avgjørende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn der det er spesielle forhold knyttet til barnet, enn der barnet er i en normalsituasjon som ikke atskiller seg fra det som gjelder for barn flest som søker om opphold.
- (120) Et annet innvandringsregulerende hensyn som er fremhevet i § 38 fjerde ledd bokstav d, er hensynet til respekten for lovens øvrige regler. I denne sammenhengen skiller proposisjonen mellom personer som samarbeider om retur etter å ha fått et endelig avslag på søknad om oppholdstillatelse, og personer som ikke gjør det. Går det lang tid uten at hjemreise oppnås til tross for at utlendingen selv gjør det som er mulig for å kunne returnere, gir utlendingsforskriften § 8-7 en åpning for oppholdstillatelse. For de som ikke samarbeider, heter det på side 166:
«Utgangspunktet som må fastholdes er at personer som har fått endelig avslag på en søknad om opphold, plikter å forlate landet innen den utreisefristen utlendingsmyndighetene fastsetter. Brudd på plikten til å forlate riket innebærer et brudd på utlendingslovens bestemmelser som kan medføre både straff og utvisning. Det vil

sende motstridende signaler dersom man opererer med faste ordninger for at oppholdstillatelse likevel skal kunne gis i denne typen saker. Det vil også kunne oppleves som svært urettferdig i forhold til dem som overholder plikten til å forlate riket.

Dersom man åpner for formalisert oppholdstillatelse til personer som ikke medvirker til egen retur, vil dette både kunne være en pull-faktor som øker tilstrømmingen til landet og et incentiv for flere til ikke å samarbeide om egen retur. Potensialet er i denne sammenheng betydelig, fordi det allerede i dag er mange som ikke vil reise frivillig selv om dette er mulig, og det er dertil store problemer i forhold til å gjennomføre tvangsmessige returer til for eksempel Somalia og Irak.»

- (121) Som det framgår av det siterte, gir departementet en klar advarsel mot at det opereres med «faste ordninger for at oppholdstillatelse likevel skal kunne gis» for de som bryter plikten til å forlate riket. Det advares videre mot at «man åpner for formalisert oppholdstillatelse til personer som ikke medvirker til egen retur.» I proposisjonen påpekes at en slik regel, som innebærer at hvis man «holder ut» lenge nok så vil oppholdstillatelse bli innvilget, har klare negative konsekvenser. I tillegg til at en slik regel vil virke til å øke tilstrømmingen til landet og motvirke samarbeid om retur, uttales videre at det ut fra et kontrollperspektiv ikke er gunstig å ha et større antall personer uten oppholdsstatus i landet.
- (122) Det grunnleggende skillet mellom de som samarbeider om retur og de som ikke gjør det, fikk tilslutning fra stortingsflertallet. Det heter om dette i Innst.O.nr.42 (2007-2008) side 26-27:
- «Når det gjelder lengeværende, støtter komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, at det må skilles klart mellom de som samarbeider om retur etter et endelig avslag, og de som ikke samarbeider. Flertallet er enig i at det i forhold til den førstnevnte gruppen bør gis særskilte forskriftsregler om mulighet til oppholdstillatelse, mens det i forhold til den sistnevnte gruppen fastholdes et utgangspunkt om at tillatelse ikke skal gis.»
- (123) For så vidt gjelder *avveiningen av hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn*, er det naturlig å starte med å se på forarbeidene til utlendingsforskriften § 8-5. Den 5. april 2006 ble det i Stortinget fremmet et privat lovforslag - et såkalt Dokument 8 forslag - om tiltak for barn som hadde bodd lenge i asylmottak (Dok.nr.8:69 (2005-2006)). Forslaget innebar at barnefamilier som hadde vært i mottak mer enn tre år, skulle få sine saker behandlet på nytt med en sterk presumsjon for at det skulle gis oppholdstillatelse. I brev 31. mai 2006 fra arbeids- og inkluderingsministeren ble forslaget møtt med innvendinger:
- «Regjeringen er innstilt på å finne løsninger for å hindre at barn og barnefamilier blir værende svært lenge i asylmottak etter å ha søkt asyl.
- ...
- For den gruppen som har fått et endelig avslag, er det viktig å understreke at utgangspunktet må være at alle er forpliktet til å respektere det vedtaket som er fattet, og det bør forventes at de som har fått sin søknad avslått selv tar initiativ til å reise tilbake til hjemlandet.
- ...
- Jeg kan på denne bakgrunn ikke støtte den løsning som er foreslått av representantene Tørresdal og Lilletun. En slik løsning vil signalisere at dersom barnefamilier 'holder ut' lenge nok, vil man til slutt få oppholdstillatelse. Dette vil igjen medføre en fare for at foreldrene bruker barna som et virkemiddel for å få oppholdstillatelse.
- Det er regjeringens politikk at det ved vurderingen av sterke menneskelige hensyn skal foretas en selvstendig behandling basert på barnas situasjon, der det kan gis opphold dersom barna har opparbeidet sterk tilknytning til riket som følge av lang botid. Kravet til botid kan ikke fastlegges absolutt, men det må ligge til grunn at barn ofte vil opparbeide slik tilknytning raskere enn voksne.»
- (124) Brevet avslutter med en rekke forslag til tiltak for å avhjelpe situasjonen. Dokument 8 forslaget fikk ikke tilslutning i Stortinget. Regjeringens forslag ble sendt på høring 1. november 2006. Blant annet

ble det foreslått ny § 21 b i utlendingsforskriften, som nå er videreført i dagens § 8-5. Uttalelsene i forarbeidene til § 21 b må dermed anses relevante for forståelsen av § 8-5. I høringsbrevet gjøres det klart at man for barn ville forlate den tidligere rettstilstanden der tilknytning som var opparbeidet etter endelig avslag, ikke ble tillagt vekt. Hensynet til barnet skulle i utgangspunktet tillegges særlig vekt uavhengig av hvordan foreldrene hadde opptrådt i oppholdsperioden. Det ble likevel presisert at foreldrenes manglende samarbeid kunne tale mot at oppholdstillatelse ble gitt. Avgjørelsen måtte bero på en konkret vurdering. Utkastet til ny § 21 b skulle bare regulere vektleggingen av barns tilknytning til riket, og sa «ikke noe om hvorvidt det skal gis tillatelse eller ikke». Videre understrekes det at «det fortsatt vil være slik at asylsøkere og andre som får endelig avslag på sin søknad, skal innrette seg etter avslaget og forlate Norge av eget tiltak».

- (125) De ankende parter anfører at ettersom barns tilknytning som er opparbeidet under ulovlig opphold, skal tillegges vekt, kan det ulovlige oppholdet ikke trekkes inn som et innvandringsregulerende hensyn som taler mot at opphold skal gis. Forarbeidene viser at denne argumentasjonen er ikke holdbar. Den ytterligere tilknytningen et barn opparbeider under ulovlig opphold kan bli utslagsgivende i avveiningen mot innvandringsregulerende hensyn. Men lovgiver har forutsatt at ulovlig opphold også kan hensyntas. Det er ikke lagt opp til en fast ordning, hvor oppholdstillatelsen skal gis etter en bestemt periode til tross for ulovlig opphold. Det skal bero på en konkret vurdering og avveining om tillatelse skal gis.
- (126) Synspunktene fra høringsbrevet ble fulgt opp i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 160:
«Departementet presiserer at den nærmere avveining mellom hensynet til barnets beste og innvandringsregulerende hensyn, må foretas konkret i hver enkelt sak. Det ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste. Departementet vil imidlertid understreke viktigheten av at forvaltningen foretar en grundig vurdering av alle sider ved barnets situasjon som kan ha betydning for saken, og at de vurderinger som er foretatt fremkommer tydelig av vedtaket ...».
- (127) Departementet presiserer at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 ikke gir noe direktiv for hvordan den enkelte saken må avgjøres, og understreker på side 160 at det er rom for at motstående hensyn kan bli avgjørende:
«Etter at forvaltningen har tatt hensynet til barnets beste i betraktning i den enkelte sak, gir ikke barnekonvensjonen artikkel 3 noe absolutt direktiv for hvordan den enkelte sak skal avgjøres. Motstående hensyn, som for eksempel hensynet til en kontrollert og regulert innvandring, vil derfor i utgangspunktet kunne tillegges like stor eller endog større vekt»(uthevet her).
- (128) Hensynet til barna kan imidlertid medføre at det på et tidspunkt innvilges oppholdstillatelse, jf. proposisjonen side 166:
«Hensynet til barna kan imidlertid tilsi at det på et tidspunkt bør skje en formalisering av oppholdet. Det vises i denne forbindelse til den forskriftsendring som ble foretatt 1. juni 2007 som innebærer at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av om tillatelse skal gis i medhold av utlendingsloven § 8 annet ledd.»
- (129) Avslutningsvis på samme side gis så følgende oppsummering:
«Når de ulike hensyn som her gjør seg gjeldende veies mot hverandre, mener departementet fortsatt at det er nødvendig å fastholde en restriktiv politikk i forhold til dem som ikke samarbeider om retur. Departementet foreslår derfor ikke at det gis noen nærmere forskriftsregler om tillatelse til utlendinger som ikke samarbeider om retur. Forvaltningen vil imidlertid ikke være forhindret fra å gi tillatelser etter bestemmelsen i lovforslaget § 38 første ledd i konkrete tilfeller hvor det er spesielle hensyn som gjør seg gjeldende.»
- (130) Ved komitébehandlingen i Stortinget støttet flertallet det synet som hadde kommet til uttrykk i

proposisjonen, jf. Innst.O.nr.42 (2007-2008) side 26. Et flertall bemerket at jo større betydning avgjørelsen har for barnets situasjon, desto mer skal det til for å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn. Et annet flertall understreket at i visse sammenhenger vil hensynet til barnets beste være så tungtveiende at det ikke vil være adgang til å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn.

- (131) Den 8. juni 2012 fremla Justis- og beredskapsdepartementet Meld.St.27 (2011-2012) Barn på flukt. Hovedinntrykket av meldingen er at regjeringen slutter seg til dagens regelverk og mener at dagens praksis bør videreføres, men med noen nyanser. Det uttales at forvaltningens praksis har vært «i grenseland» for det som har vært lovgiverens intensjon på noen områder. I forarbeidene til utlendingsloven er det understreket at det vesentlige skillet går mellom personer som samarbeider om retur til hjemlandet og de som ikke samarbeider. I meldingen forutsettes det en ytterligere differensiering, hvor de som ikke samarbeider, skal vurderes forskjellig avhengig av hvor aktiv motstand de gjør. Situasjonen i vår sak, hvor familien ikke har bidratt med å skaffe utreisedokumenter, slik at de er ureturnerbare, er ikke kommentert i meldingen.
- (132) Stortingsmeldingen og komitémerknadene må forstås i lys av de innvandringsregulerende hensyns politiske karakter, jf. utlendingsloven § 1. For så vidt gjelder sondringen mellom dem som gjør aktiv og passiv motstand, oppfatter jeg dette som retningslinjer for hvordan fremtidig forvaltningspraksis forventes å være.
- (133) De ankende parter og partshjelperen har gjort gjeldende at det å identifisere barnet med foreldrenes brudd på utlendingslovgivningen er det samme som å «straffe» barna for noe foreldrene har gjort. Dette er en feil tilnærming. Når barna ikke kan bedømmes isolert fra foreldrenes ulovlige opphold, har det sammenheng med at barn i så fall lett vil kunne bli brukt som «middel» fra foreldrenes side for å oppnå oppholdstillatelse ved å la være å følge opp plikten til å forlate landet, med de uheldige følger det kan få for andre barn. Jeg viser til min redegjørelse for behandling av dette tema i Ot.prp.nr.75 (2006-2007). Denne betraktningen er for øvrig akseptert av Den europeiske menneskerettighetsdomstol i sak 47017/09 (EMDN-2009-47017), Butt mot Norge, hva angår forholdet til EMK artikkel 8, jf. avsnitt 79.
- (134) Samlet sett viser forarbeidene - og etterarbeidet i Meld. St. 27 (2011-2012) - at hensynet til barnets beste skal veie tungt. Det skal legges vekt på tilknytning som er opparbeidet også mens barnet har hatt ulovlig opphold i landet. Hensynet til barnets beste kan imidlertid avveies mot eventuelle motstridende interesser. Innvandringsregulerende hensyn kan være så tungtveiende at de må gå foran hensynet til barnets beste, jf. det tidligere sitatet fra Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 160. Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.
- (135) De ankende parter har anført at barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 stiller krav som går utover det som kan utledes av § 38, forskriften § 8-5 og forarbeidene. Det er jeg ikke enig i. Ordlyden i artikkel 3 nr. 1 viser at hensynet til barnet skal være et grunnleggende hensyn, men det er ikke det eneste og heller ikke alltid det avgjørende hensynet, jf. Rt-2009-1261 avsnitt 31 og Rt-2010-1313 avsnitt 13. Som det fremgår av redegjørelsen i Rt-2009-1261 avsnitt 32, ble formuleringen valgt nettopp fordi det også skulle være rom for andre tungtveiende interesser. Av forarbeidene til konvensjonen, Second reading (1988-1989), punkt 121 - som altså er fra tiden like før vedtakelsen av konvensjonen - fremgår det at det var enighet om den forståelsen som har vært lagt til grunn i norsk rett:
- «With regard to the revised text ... a number of delegations questioned whether the best interest of the child should be the primary consideration in all actions. It was generally noted that there were situations in which the competing interests, inter alia, of justice and of the society at large should be of at least equal, if not greater, importance than the interests of the child.»
- (136) FNs barnekomité avgir generelle kommentarer - «General Comment» - om forståelsen av

barnekonvensjonen. Om bakgrunnen og den rettskildemessige betydningen av disse kommentarene viser jeg til Rt-2009-1261 avsnittene 35 til 44. Generelle kommentarer nr. 5 (GC-2003-5-CRC) omhandler tiltak for å gjennomføre barnekonvensjonen. I punkt 12 fremheves det at det er nødvendig å utvikle et barnerettighetsperspektiv i statsforvaltningen, blant de folkevalgte og i domstolene for å få til en effektiv gjennomføring av konvensjonen. Og i tilknytning til artikkel 3 nr. 1 fremheves det at «[e]thvert organ og enhver institusjon innenfor den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt skal anvende prinsippet om barns beste gjennom en systematisk vurdering av hvordan barns rettigheter og interesser blir eller vil bli berørt av deres beslutninger og handlinger - av for eksempel en foreslått eller eksisterende lov eller politikk eller administrativ handling eller domstolsavgjørelse ...». Etter mitt skjønn er de krav som stilles i utlendingsloven § 38 til å vurdere hensynet til barnets beste, i godt samsvar med disse synspunktene fra barnekomiteen.

- (137) De ankende parter og partshjelperen har imidlertid vist til at generelle kommentarer nr. 6 (GC-2005-6-CRC) krever at hensyn som skal gå foran hensynet til barns beste, må være rettighetsbaserte. Kommentaren omhandler behandlingen av enslige barn og enslige barn med følgepersoner utenfor deres opprinnelige hjemland, og gjelder ikke situasjonen i vår sak, hvor barna er i følge med sine foreldre. Det er imidlertid anført at de samme hensyn gjør seg gjeldende, og at kommentaren derfor må legges til grunn også her. Dette er jeg ikke enig i. Generelle kommentarer nr. 6 adresserer en problemstilling der barn er i en særlig sårbar situasjon som er vesensforskjellig fra tilfeller hvor barnet er sammen med sine foreldre. I barnekonvensjonen er det en grunnleggende forutsetning at foreldrene har det primære ansvaret for sine barn, jf. artikkel 18, og at barn har det best sammen med sine foreldre. Jeg viser til Sandberg mfl., Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge, 2. utgave 2012 side 294. Etter å ha drøftet enslige mindreåriges situasjon og betydningen av Rt-2009-1261, skriver hun:

«I de tilfeller der barnet er kommet til Norge med familien, må vurderingen bli en annen, fordi utgangspunktet er at barnet kommer til å være sammen med familien, uansett hva som blir utfallet av saken. Barnekomiteens generelle kommentar nr. 6 gjelder bare enslige mindreårige, og det kan neppe utelukkes at innvandringspolitiske hensyn kan bli utslagsgivende for om hele familien får opphold her. På den annen side kan man ikke la slike hensyn generelt gå foran hensynet til barnets beste. Også slike hensyn må vurderes konkret.»

- (138) Jeg slutter meg til dette. Det er ikke grunnlag for å gi generelle kommentarer nr. 6 anvendelse utenfor sitt område.
- (139) For helhetens skyld nevner jeg at heller ikke barnekomiteens merknader til Norges rapport for 2010 kan lede til et annet resultat. I disse merknadene synes komiteen å mene at prinsippet om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, ikke er gjennomført fullt ut på alle områder i Norge, og utlendingssakene nevnes som et eksempel, se merknader 29. januar 2010 punkt 22. I punkt 52 j) anbefaler komiteen at man skal «sørge for at det alltid blir tatt grunnleggende hensyn til barnets beste og barnets tilknytning til Norge når det skal tas en avgjørelse om et barns framtid». Denne anbefalingen går etter mitt syn ikke lengre enn det som klart følger av utlendingsloven § 38 slik den må forstås ut fra forarbeider og praksis. Det er ikke grunnlag for å si at uttalelsen må forstås slik at innvandringsregulerende hensyn alltid må stå tilbake for hensynet til barnets beste.
- (140) *Rammene for domstolsprøvingen*
- (141) Jeg ser først på domstolenes prøving av vedtak etter § 38 generelt og deretter på prøving av vedtak som berører barn spesielt, jf. § 38 tredje ledd.
- (142) Domstolenes prøvingskompetanse beror i utgangspunktet på en tolkning av den enkelte lovbestemmelse. Utlendingsloven § 38 første ledd er en «kan»-bestemmelse. Den gir myndighetene adgang til å innvilge opphold på humanitært grunnlag når det foreligger sterke menneskelige hensyn. Men mindre noe annet følger av Norges internasjonale forpliktelser, har ingen rett til opphold i Norge på grunnlag av bestemmelsen. Ordlyden viser altså at skjønnsutøvelsen er såkalt «fritt skjønn». I slike

saker kan domstolene prøve forvaltningens rettsanvendelse, herunder forholdet til våre menneskerettslige forpliktelser. Videre prøves saksbehandlingen og om vedtaket bygger på riktig faktum. Men det konkrete skjønnet prøves ikke utover en kontroll av om skjønnet er tilstrekkelig bredt og saklig, og at resultatet ikke fremstår som åpenbart urimelig, jf. Rt-2012-1025 avsnitt 68.

- (143) At det har vært hensikten at det her skal være fritt skjønn, fremgår klart av forarbeidene. I NOU 2004:20 Ny utlendingslov fremheves det på side 264 at bestemmelsen i § 38 angir et vidt rom for skjønn, og at terskelen ved rimelighetsvurderingen i første rekke er et politisk spørsmål. Dette er også lagt til grunn i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 16, og på side 160 bemerkes det at «det er de ordinære rammer og prinsipp for domstolenes prøvelsesrett som kommer til anvendelse hva gjelder innholdet av utlendingsmyndighetenes frie skjønn i henhold til denne bestemmelsen».
- (144) Tilsvarende følger av høyesterettspraksis. Utlendingsloven § 38 første ledd viderefører, som nevnt, den tidligere utlendingsloven § 8 annet ledd. For denne bestemmelsen har Høyesterett fastslått at den «ikke kan forstås slik at andre ledd åpner for domstolskontroll med forvaltningens anvendelse av vilkårene 'sterke menneskelige hensyn' eller utlendingens 'særlige tilknytning til riket'», jf. Rt-2008-681 avsnitt 46. Det samme må gjelde for forståelsen av § 38 første ledd.
- (145) Spørsmålet blir så om prøvingen blir en annen for vedtak som berører barn, jf. § 38 tredje ledd og forskriften § 8-5. Innledningsvis er det grunn til å fremheve at innenfor Norges folkerettslige forpliktelser og de rammene loven setter for domstolsprøvingen, er det også overfor barn et politisk spørsmål hvor grensen for å gi opphold på humanitært grunnlag skal gå.
- (146) Ordlyden i § 38 tredje ledd - og i forskriften § 8-5 - viser imidlertid at forvaltningens skjønnsutøvelse ikke er like fri når det gjelder vedtak som berører barn, som den ellers vil være etter § 38. Det kreves at barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, og at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt. Spørsmålet om hensynet til barnas beste og forankringen i barnekonvensjonen tilsier en utvidet prøvingskompetanse, ble behandlet i Rt-2009-1261 avsnitt 75 til 77. Der konkluderes det i avsnitt 77 med at «[d]omstolenes oppgave blir ... å kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet 'barnets beste' på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn».
- (147) Denne avgjørelsen gjaldt riktignok den tidligere utlendingsloven § 8 annet ledd, men jeg mener at en tilsvarende begrensning må gjelde for domstolenes prøving etter utlendingsloven § 38 tredje ledd, jf. forskriften § 8-5.
- (148) Partshjelperen har gjort gjeldende at domstolene i saker etter utlendingsloven § 38 kan prøve vedtakets forholdsmessighet. Det er til støtte for dette vist til Innst.O.nr.42 (2007-2008) side 26, om «at jo større betydning avgjørelsen har for barnets situasjon, desto mer skal til for å legge vekt på innvandringsregulerende hensyn». Uttalelsen gir en retningslinje for det skjønn utlendingsmyndighetene skal foreta ved avveiningen mellom barnets beste og innvandringsregulerende hensyn. Den åpner ikke for at domstolene skal kunne prøve skjønnet ut over det som kan utledes av ordlyden.
- (149) Oppsummeringsvis betyr dette at domstolene fullt ut kan prøve om forvaltningen har tolket loven riktig. At hensynet til barnets beste, herunder barnets tilknytning til Norge, må være forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn, innebærer at det må fremgå av vedtaket at hensynet til barnets beste er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn. Domstolene kan ikke prøve den konkrete interesseavveiningen.
- (150) Det har vært innvendt at domstolene ikke kan kontrollere at hensynet til barnet er tillagt vekt som et grunnleggende hensyn uten å prøve selve skjønnet. Dette er jeg ikke enig i. Domstolene må kunne foreta sin kontroll ut fra den begrunnelsen som er gitt i vedtaket. Jeg viser til utlendingsforskriften § 17-1a, som fastsetter at vedtak som berører barn som hovedregel skal begrunnes slik at det

fremkommer hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt. En slik begrunnelse vil være tilstrekkelig for den kontrollen domstolen skal foreta.

- (151) Med dette som bakgrunn går jeg over til å vurdere gyldigheten av det aktuelle vedtaket.
- (152) *Vurderingen av vedtaket 29. november 2010*
- (153) Innledningsvis presiserer jeg at det bare er spørsmålet om gyldigheten av avslaget på begjæring om omgjøring som følge av barnas tilknytning til Norge, som skal vurderes. Asylspørsmålet er endelig avgjort ved lagmannsretts dom, og de nye forholdene som er påberopt, må vurderes av forvaltningen i forbindelse med omgjøringsbegjæringen som er fremsatt. Det er barnas tilknytning til riket på vedtakstidspunktet som skal legges til grunn, det vil si tilknytningen 29. november 2010.
- (154) Nemnda starter drøftelsen av opphold på humanitært grunnlag med å gjøre rede for innholdet i § 38 generelt og tredje ledd spesielt. Det tas utgangspunkt i lovens ordlyd og fremheves at avgjørelsen vil bero på en totalvurdering. Nemnda peker på at i saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn, og at dette innebærer at barn kan få opphold selv om tillatelse ikke ville blitt gitt til en voksen på samme grunnlag. Deretter presiseres det at hensynet til barnet er et sentralt hensyn, men at det også overfor barn kan legges vekt på innvandringsregulerende hensyn. Det vises videre til forskriften § 8-5 om at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt ved vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn. Dette utdypes ytterligere:
- «Det fremgår av vedlegg 8 til rundskriv om ikrafttredelse av ny utlendingslov, A-63/09 (A-2009-63), at barnas tilknytning til riket skal vurderes på bakgrunn av en rekke momenter, herunder oppholdstid, alder, barnehage/skole, fritidsaktiviteter, kjennskap til norsk språk og om situasjonen for øvrig tilsier at barnet er særlig knyttet til det norske samfunnet. Både lovlig og ulovlig opphold skal telle med, men hva som utgjør lang oppholdstid må vurderes individuelt og vil kunne variere fra sak til sak. Det fremgår videre at kravet til oppholdstid ikke kan fastsettes absolutt, men at en oppholdstid på under tre år i utgangspunktet ikke vil være tilstrekkelig. Det skal foretas en vurdering av om en tillatelse kan gis dersom sterke menneskelige hensyn foreligger, og innvandrings- og allmennpreventive hensyn kan tilsi at en tillatelse ikke gis. Det må foretas en konkret vurdering av barnets tilknytning, og hvilke momenter som taler henholdsvis for og i mot at det gis tillatelse.»
- (155) Utfra det jeg tidligere har sagt om forståelsen av § 38, er dette uttrykk for riktig tolkning av bestemmelsen.
- (156) For datteren G, som var drøye tre og et halvt år på vedtakstidspunktet, fant nemnda at hun ikke hadde slik tilknytning til Norge at det ga grunnlag for oppholdstillatelse. Det vises til at hun er svært ung, og at selv om hun er født i Norge og har bodd her hele livet, følger det av praksis at et opphold av denne varighet for et så ungt barn alene ikke vil være tilstrekkelig til å få opphold på bakgrunn av tilknytning til Norge. Hennes tilknytning vil primært være til foreldrene og den nære familien. Etter mitt syn viser denne begrunnelsen at hensynet til G er forsvarlig vurdert i tråd med loven og forarbeidenes anvisninger.
- (157) For så vidt gjelder sønnen F, legges det til grunn at han har tilknytning som kan danne grunnlag for opphold:
- «F, som nå er ca. 7 år og 7 måneder, har vært i Norge i snart 6 år. Etter det nemnda kjenner til har han gått i barnehage og på skole siden skolepliktig alder. Han er godt integrert i lokalsamfunnet, har mange venner, deltar i fritidsaktiviteter og behersker norsk godt.
- På denne bakgrunn mener nemnda at F i utgangspunktet oppfyller betingelsene i lov og forskrift og den praksis som har utviklet seg i forhold til barns oppholdstid og tilknytning som tilsier at det kan gis opphold etter utlendingsloven § 38 første ledd jf. tredje ledd jf.

- (158) De ankende parter har vist til at det følger av barnekonvensjonen artikkel 12 at F skulle vært hørt, og at dette er en feil ved saksbehandlingen. Utlendingsnemnda må forstås slik at det vil være til Fs beste å få bli i landet, og jeg kan ikke se at dette utgangspunktet eller vedtakets innhold ville blitt et annet om F hadde blitt hørt. Jeg tilføyer at barnets interesser har vært ivaretatt av familiens advokat.
- (159) Nemnda går så over til å behandle de innvandringsregulerende hensynene:
«Det fremgår av høringsbrevet fra AID 01.11.2006 og rundskriv A-25/2007 (AI-2007-25) at ulovlig opphold og foreldrenes manglende samarbeid om å muliggjøre retur, avklare identitet mv. er innvandringsregulerende hensyn som taler mot å gi tillatelse på bakgrunn av barns tilknytning opparbeidet etter endelig vedtak, og at det vil bero på en helhetlig vurdering om tillatelse skal gis.»
- (160) Deretter går nemnda gjennom familiens lovlige og ulovlige opphold i Norge. I denne gjennomgangen er det lagt til grunn at det ulovlige oppholdet har vært én måned lengre enn det faktisk har vært. På vedtakstidspunktet hadde familien hatt cirka tre år og en måned ulovlig opphold i Norge. Den ene månedens unøyaktighet kan ikke ha hatt betydning for vedtakets innhold.
- (161) Nemnda uttaler videre:
«Det bemerkes også i denne sammenheng at klagerne tidligere, etter endelig avslag, har fått innvilget midlertidig tillatelse for å kunne gjennomføre nødvendig helsebehandling for F. Det var en klar forutsetning for denne tillatelsen at den ikke dannet grunnlag for fornyelse, og at plikten til å forlate riket ville gjeninntre når tillatelsen utløp. Saken har derfor visse likhetstrekk med eksempelvis studietillatelsesaker og andre saker hvor det gis tidsbegrensede oppholdstillatelser for et konkret formål, hvor forutsetningen er at man skal forlate riket ved tillatelsens utløp.
Klagerne har ikke overholdt plikten til å forlate riket frivillig i de periodene denne plikten har bestått. Etter nemndas vurdering har de også begått et grovt tillitsbrudd ved at de etter først å ha fått avslag fikk en midlertidig tillatelse ene og alene i den hensikt at F skulle få gjennomført behandling for sin sykdom og bli frisk nok til å kunne returnere til hjemlandet, ikke returnerte hjem. Heller ikke har de medvirket til retur, ettersom de ikke har fremlagt ID- eller reisedokumenter som kunne fasilisert en slik løsning.»
- (162) Omgjøringsbegjæringen var på dette punktet begrunnet i behovet for å få fullført behandlingen i Norge. F fikk en behandling han kunne ha fått i hjemlandet. Han hadde derfor ikke krav på å få opphold i Norge. Om smitten ble påført i Norge er i denne sammenhengen uten rettslig betydning. Når det likevel ble gitt midlertidig oppholdstillatelse, så nemnda hen til at foreldrene tidligere hadde vist manglende vilje til å gjennomføre behandlingen. Det ligger som en klar forutsetning i vedtaket at familien skulle forlate landet ved utløpet av perioden. Det er derfor riktig når det i vedtaket anføres at saken har visse likhetstrekk med studietillatelser og andre saker hvor det gis tidsbegrensede oppholdstillatelse for et konkret formål. Etter mitt syn må karakteristikken tillitsbrudd kunne forsvares. En annen sak er at uttrykket «grovt tillitsbrudd» kan fremstå som en for streng betegnelse, når familien sammenlignes med andre som har utreiseplikt og som unnlater å forlate landet selv om det hadde vært mulig.
- (163) Vedtakets gjennomgang av de innvandringsregulerende hensynene viser imidlertid at denne noe strenge karakteristikken ikke har vært avgjørende for utfallet. Som det heter:
«Etter nemndas syn kommer innvandringsregulerende hensyn sterkt inn som vurderingsmoment i en sak som dette, og bør etter nemndas vurdering være til hinder for å innvilge en tillatelse i denne saken. Det vises til det som er uttalt omkring dette ovenfor. Klagerne har dessuten overtrådt utlendingslovens regler om plikt til å forlate landet etter endelig avslag. Vilkårene for å utvise klagerne etter lovens § 66 bokstav a er derfor oppfylt. Hensynet til respekten for lovens øvrige regler tilsier derfor at tillatelse ikke bør gis, jf. lovens § 38 fjerde ledd bokstav d. Også hensynet til mulige konsekvenser for

omfanget av søknader på liknende grunnlag kommer inn i saker som denne, jf. lovens § 38 fjerde ledd bokstav a.

På grunn av innvandringsregulerende hensyn har en enstemmig nemnd kommet til at en tillatelse ikke bør innvilges. Nemnda mener at i en sak som denne må innvandringsregulerende hensyn veie tyngre enn og gå foran hensynet til barns tilknytning til riket.»

- (164) Deretter konstaterer nemnda at hensynet til F ikke med særlig tyngde taler mot en slik løsning:
«Heller ikke barnas tilknytning sett i sammenheng med barnas situasjon for øvrig tilsier etter nemndas vurdering at det foreligger sterke menneskelige hensyn etter lovens § 38 første jf. annet ledd. Det vises til at barna vil returnere til hjemlandet sammen med sine foreldre. Og det er ikke opplysninger i saken som tilsier at foreldrene ikke vil være i stand til å gi dem tilstrekkelig og nødvendig omsorg. I hjemlandet har de også, i henhold til det som er opplyst, familienettverk. Nemnda legger til grunn at disse vil kunne gi nødvendig støtte og hjelp. Det er ved vurdering lagt til grunn at det for barn er en lavere terskel for oppholdstillatelse enn for voksne.»
- (165) Som det fremgår av vedtaket er det når det gjelder de innvandringsregulerende hensyn, vist til lovens § 38 fjerde ledd bokstav a - «mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag» - og bokstav d - «hensynet til respekten for lovens øvrige regler». Dette er sentrale innvandringspolitiske hensyn som har en saklig forankring i sakens fakta. Jeg viser til det jeg tidligere har uttalt om disse vurderingsmomentene. Endelig viser jeg til at forvaltningen også har foretatt en forsvarlighetskontroll av å sende barna til Iran. Jeg kan ikke se at det er mangler ved skjønnet som må føre til ugyldighet. Jeg kan heller ikke se at avgjørelsen bygger på en uriktig fortolkning av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Vedtakets begrunnelse viser etter mitt syn at hensynet til F er forsvarlig vurdert innenfor de rammene loven og Norges internasjonale forpliktelser oppstiller. Jeg kan etter dette ikke se at det er feil ved vedtaket som medfører at det er ugyldig.
- (166) Anken må etter dette forkastes.
- (167) Jeg stemmer for denne
- dom:*
- Anken forkastes.*
- (168) Dommer **Bårdsen**: Jeg har et annet syn enn førstvoterende på sakens hovedspørsmål. UNEs beslutning 29. november 2010 om ikke å etterkomme omgjøringsanmodningen fra familien D, er etter min vurdering ugyldig.
- (169) Jeg ser først på om domstolene ved sin prøving har adgang til å bygge på faktiske forhold som er kommet til etter at vedtaket ble truffet. I denne saken er det særlig spørsmål om det kan få betydning for gyldigheten av avslaget på asyl at Iran i februar 2012 - etter det som er gjort gjeldende i anken - skal ha innført obligatorisk dødsstraff for muslimer som forlater sin religion. Det er også spørsmål om en forsterket tilknytning til Norge i de drøyt to årene som har gått siden UNE traff sitt siste vedtak, kan ha betydning for bedømmelsen av vedtaket om å nekte oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38. Som det etter hvert vil fremgå, har imidlertid dette valget av bedømmelsestidspunkt ikke betydning for mitt syn på gyldighetsspørsmålet.
- (170) Jeg slutter meg til det førstvoterende har sagt om den alminnelige ordning ved rettslig prøving av administrative vedtak. Det vil imidlertid være områder der særlige hensyn tilsier at den rettslige prøvingen skjer ut fra en nåtidsvurdering. I Rt-2012-667 avsnitt 30 fremholdt jeg at dette er tilfellet for vedtak om å nekte opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38. Og jeg antok at gode grunner talte for en tilsvarende løsning i andre utlendingssaker - herunder saker om asyl.

- (171) Spørsmålet om en datids- eller nåtidsbedømmelse er blitt atskillig bedre belyst nå i plenumssaken enn i saken som er referert i Rt-2012-667. Min konklusjon er imidlertid at den løsningen jeg der gjorde meg til talsmann for, bør opprettholdes.
- (172) I mitt votum tok jeg utgangspunkt i at EMD bygger på en nåtidsvurdering ved sin behandling av klager med påstand om krenkelse av blant annet EMK artikkel 3 og 8 i forbindelse med utvisning og utsendelse. Dommen 4. desember 2012 i *Butt mot Norge* (EMD-2009-47017) avsnitt 52 gir en helt fersk illustrasjon, når EMD der understreker at dens oppgave «is to assess whether the applicant's deportation, if implemented, would be compatible with the Convention». Behovet for en slik prøving ved menneskerettighetsdomstolen følger nærmest av situasjonen og disse rettighetenes karakter: Det ville kunne lede til uopprettelige skader og rettsfornektelse dersom domstolen valgte å se bort fra konvensjonsrettslig relevant faktum, med den begrunnelse at dette faktum var inntrådt etter at siste nasjonale vedtak var truffet, jf. dom 20. september 2011 i *A. A. mot Storbritannia* (EMD-2008-8000) avsnitt 67.
- (173) I dom 23. juni 2008 i *Maslov mot Østerrike* (EMD-2003-1638) avsnitt 93 understreket EMD at konvensjonsstatene må organisere beslutningssystemene i utlendingssaker «as to be able to take account of new developments». Menneskerettighetsdomstolen viste i denne forbindelse til EU-domstolens dom i de forente sakene *Orfanopoulos og Olivieri* (C-482/01 og C-493/01), hvor det ble konstatert at Rådets direktiv 64/221/EØF artikkel 3 var «til hinder for en national praksis, hvorefter en medlemsstats domstole, når de etterprøver, om udvisningen af en statsborger fra en anden medlemsstat er lovlige eller ej, ikke er forpligtet til at tage hensyn til faktiske omstændigheder, der er intrådt efter de kompetente myndigheders seneste afgørelse».
- (174) Jeg legger til grunn at det i utlendingssaker ikke gjelder noe generelt konvensjonsrettslig krav om domstolsbehandling, eller om at domstolene foretar en oppdatert vurdering av det faktiske grunnlaget for vedtak i forbindelse med en gyldighetsprøving. Det avgjørende er om det nasjonale beslutningssystemet sett under ett gir sikkerhet for at det faktiske grunnlaget for vedtaket er oppdatert på effektueringstiden. Jeg tenker da ikke bare på at det kan ha kommet til helt nye rettsfakta. Alene det forhold at tiden har gått, kan også vise seg relevant for den samlede bedømmelsen, for eksempel der det er spørsmål om det foreligger sterk tilknytning til riket.
- (175) Det normale vil være at en etterfølgende utvikling foranlediger en ny søknad, en anmodning om omgjøring av tidligere vedtak eller at utlendingsmyndighetene tar opp saken på eget initiativ. Jeg viser her til UNEs interne retningslinjer om behandling av anmodninger om omgjøring 22. november 2011, hvor det i punkt 1.1 blir sagt at «UNE har plikt til å besvare, men ikke nødvendigvis realitetsbehandle, anmodninger om omgjøring av egne vedtak». I punkt 1.5 sies det at omgjøringsanmodninger som hovedregel skal realitetsbehandles. Det heter videre i samme punkt at dersom det «anlegges søksmål mot UNE i sak hvor det er innkommet en ubesvart omgjøringsanmodning, skal anmodningen så vidt mulig realitetsbehandles og besvares før rettssaken».
- (176) Retningslinjene sett under ett gir inntrykk av at UNE legger stor vekt på en effektiv og rettssikker behandling av omgjøringsbegjæringer. Men det er usikkert i hvilken utstrekning disse retningslinjene gir utlendingen rett til å kreve at UNE vurderer omgjøring. Det har inntil i dag også vært uklart hvor langt det på annet grunnlag foreligger plikt for utlendingsmyndighetene til å vurdere omgjøring i saker der det ikke gjøres gjeldende beskyttelsesbehov etter utlendingsloven § 28, jf. § 73 og § 90. Jeg viser til NOU 2010:12 side 108 og til første-, andre- og tredjevoterendes påpekning av dette i Rt-2012-667, henholdsvis avsnitt 28, 47 og 58.
- (177) Førstvoterende har lagt til grunn at utlendingsmyndighetene har plikt til å realitetsbehandle en anmodning om omgjøring «dersom det er en reell risiko for menneskerettsbrudd». Jeg støtter en slik plikt, og anser førstvoterendes klargjøring som et bidrag til styrket rettssikkerhet som vil avdempet behovet for å kunne gjøre nye forhold gjeldende for domstolene. Men det er etter mitt syn likevel ikke til å komme forbi at en nåtidsbedømmelse ved domstolene er den løsning som best ivaretar hensynet til at sluttresultatet i utlendingssaker er forenlige med Norges internasjonale forpliktelser. Jeg viser her

til tvisteloven § 1-1, som blant annet fremhever at et formål med loven er å «ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter».

- (178) Min hovedbegrunnelse for at domstolene i utlendingssaker bør bygge på en nåtidsvurdering fremgår av Rt-2012-667 avsnitt 27, hvor det heter:
- «Den omstendighet at EMD prøver sakens menneskerettslige sider ut fra situasjonen når klagen behandles der, taler for at også norske domstoler må basere sin prøving på forholdene slik de er når saken prøves. Jeg viser her til EMK artikkel 13 om *retten til et effektivt nasjonalt rettsmiddel* for den som med rimelighet kan påstå at hans konvensjonsrettigheter krenkes, og til statens grunnleggende *plikt til å respektere og sikre* rettighetene etter konvensjonen, jf. artikkel 1. Ut fra konvensjonens system, og dens forutsetninger om samvirke mellom nasjonale domstoler og EMD, er det - etter mitt syn - lite tilfredsstillende dersom den nasjonale domstolsprøvingen har en snevrere horisont, eller er mindre inngående, enn en eventuell etterfølgende prøving ved EMD. Konvensjonens prinsipp om *subsidiaritet* tilsier at norske domstoler i hvert fall har den prøvingskompetanse som må til for å sikre at det ikke blir nødvendig å klage til EMD for å oppnå den rettsbeskyttelse som konvensjonen fastsetter. Jeg viser på dette punktet til Høyesteretts storkammerdom i Rt-2010-1170 avsnitt 82 og 85.»
- (179) Dette er fremdeles mitt syn.
- (180) Jeg føyer til at bestemmelsen om plikt til uttømming av nasjonale rettsmidler etter EMK artikkel 35 nr. 1 før en klage kan realitetsbehandles ved EMD, ikke rimeligvis kan forstås slik at utlendingen, etter å ha fått sin sak avgjort i UNE og deretter prøvd i inntil tre rettsinstanser, må be utlendingsmyndighetene om å vurdere omgjøring og siden også anlegge nytt ugyldighetssøksmål og eventuelt anke.
- (181) Min begrunnelse for at domstolene ved den rettslige prøvingen i utlendingssaker kan bygge på nye forhold, tar altså utgangspunkt i hensynet til gjennomføringen av Norges menneskerettslige forpliktelser, og sammenhengen med den internasjonale håndhevingen. Men som jeg peker på i mitt votum i Rt-2012-667 avsnitt 30, blir konsekvensen nødvendigvis noe mer vidtrekkende: Kompetansen til å bygge også på endrete forhold kan ikke bare foreligge så langt det nye er av betydning for den menneskerettslige bedømmelsen. Dette ville medføre at prøvingen av ett og samme vedtak dels skulle skje ut fra en datidsvurdering og dels ut fra en nåtidsvurdering - avhengig av om det aktuelle faktum var menneskerettslig relevant. En slik deling er realistisk sett ugjennomførbar i praksis. Og man ville kunne oppleve det paradoks at et vedtak som ble funnet å være konvensjonsstridig, likevel måtte anses som gyldig og ha rettsvirkninger. Dersom domstolene må begrense seg til å prøve vedtaket ut fra forholdene på vedtakstidspunktet, kan en lignende tvetydighet oppstå der utlendingen anlegger både ugyldighetssøksmål og krever særskilt dom for at vedtaket, eller gjennomføringen av det, er konvensjonsstridig. Et slikt selvstendig konvensjonsbruddsøksmål må avgjøres ut fra en nåtidsvurdering, eventuelt ut fra situasjonen da utsendelsen fant sted. Jeg viser til sak 2012/1042 (HR-2012-2399-P), som voteres senere i dag.
- (182) Dersom domstolene etter en nåtidsbedømmelse kommer til at nye forhold, når disse ses i sammenheng med det opprinnelige grunnlaget, er av en slik karakter at det er en realistisk mulighet for at vedtaket kan bli et annet, skal vedtaket etter mitt syn kjennes ugyldig. Utlendingsmyndighetene vil i tilfelle ha plikt til å vurdere saken på nytt, og til å treffe ny avgjørelse på et oppdatert og selvstendig grunnlag. Spørsmålet om domstolene i disse sakene skal basere seg på en nåtids- eller datidsvurdering, er slik sett i realiteten et spørsmål om domstolene skal kunne pålegge UNE å vurdere omgjøring på grunn av nye forhold. Det er på det rene at domstolene har kompetanse til å avsi dom for dette dersom det reises eget søksmål mot UNEs beslutning om ikke å ville vurdere omgjøring på grunn av forhold oppstått i tiden mellom vedtaket og avslaget på omgjøringsanmodningen, jf. Rt-2012-681 avsnitt 31. Jeg har vanskelig for å forstå hvorfor domstolene ikke skal ha den samme kompetansen der spørsmålet om plikt til å vurdere omgjøring oppstår i forbindelse med en gyldighetskontroll av vedtaket.

- (183) Lagmannsretten har ved sin gyldighetsprøving tatt utgangspunkt i en datidsvurdering. Isolert sett er det derfor grunnlag for å oppheve lagmannsrettens dom. Når jeg likevel ikke går inn for dette, er det fordi jeg mener at beslutningen om ikke å omgjøre avslaget på søknaden om opphold på humanitært grunnlag er ugyldig. Og jeg går nå over til gyldighetsspørsmålet.
- (184) Jeg skal først redegjøre for min forståelse av de rettsregler som da står i sentrum og sammenhengen mellom dem.
- (185) Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 slår fast at det som best tjener barnets interesser, skal («shall») være et («a») grunnleggende hensyn («primary consideration») ved alle beslutninger som angår barnet. Utlendingsloven § 38 tredje ledd sier at i saker som berører barn, «skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Bestemmelsen bidrar til gjennomføringen av artikkel 3 nr. 1 i barnekonvensjonen, og tolkes og anvendes i tråd med denne. Utlendingsforskriften § 8-5 slår fast at ved vurderingen av om opphold skal innvilges, «skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt». Dette er en konkretisering av normen i utlendingsloven § 38 tredje ledd, jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1.
- (186) Jeg tar utgangspunkt i den forståelsen av artikkel 3 nr. 1 som kommer til uttrykk i Rt-2010-1313 avsnitt 13:
- «Av bestemmelsen følger det, slik jeg ser det, en plikt til ... å avklare hva som er barnets interesser og hvordan disse kan ivaretas, og til å trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget. Hva som best tjener barnets interesse er imidlertid ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensynet. Formuleringen i artikkel 3 nr. 1 om at hensynet til det som best tjener barnets interesser skal være 'a primary consideration' ble valgt nettopp for å understreke dette, jf. Rt-2009-1261 avsnitt 31-32. Men bestemmelsen forutsetter at det legges stor vekt på det som best tjener barnet, ved avveiningen mot andre interesser.»
- (187) Det er altså ikke slik at hensynet til barnets beste har absolutt prioritet. Men dette er heller ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering. Avveiningsnormen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 går ut på at det som alt i alt best tjener barnets interesser, skal løftes spesielt frem og stå i forgrunnen; det skal være «primary». Imidlertid kan legitime og tungtveiende interesser - gode og sterke argumenter - altså åpne for andre løsninger enn den som er den beste for barnet. Kjernen i denne avveiningsnormen er slik sett et krav om *saklighet og forholdsmessighet* ved tilsidesettelse av barns interesser.
- (188) Jeg anser det som klart at innvandringsregulerende hensyn er saklige. Dette er også forutsatt i utlendingsloven § 38 fjerde ledd, som nettopp sier at det «kan ... legges vekt på» slike hensyn. Loven nevner spesielt kontroll- og håndhevelsesshensyn, de samfunnsmessige konsekvensene av en bestemt praksis og betydningen for omfanget av andre søknader på lignende grunnlag.
- (189) I Rt-2009-1261 avsnitt 62 trekker førstvoterende særlig frem de «innvandringspolitiske hensyn som ikke er helt generelle, men som nettopp er basert på et ønske om å beskytte andre barn mot å komme i samme situasjon». Jeg er enig i at slike hensyn har mer gjennomslag enn alminnelige håndhevings- og kontrollhensyn. Men vekten vil kunne variere, blant annet avhengig av alternativene. Jeg har festet meg ved følgende fra Meld.St.27 (2011-2012) side 56:
- «For å sikre at barn ikke blir værende uforholdsmessig lenge i Norge uten oppholdstillatelse, er det avgjørende at asylsøknader blir behandlet raskt, og at de som får endelig avslag enten reiser hjem frivillig eller blir uttransportert snarest mulig etter avslag. Regjeringen mener dette må være hovedfokuset i det videre arbeidet med lengeværende barn.»
- (190) Avveiningsnormen i artikkel 3 nr. 1 tilsier at barnets interesser vanskelig kan settes *helt* til side ut fra innvandringsregulerende hensyn. For eksempel kan utsendelse ikke skje med mindre omsorgen for

barnet vil bli tilfredsstillende ivaretatt også etter utsendelsen, jf. Barnekomitéens *General Comment* nr. 6 (2005) avsnitt 85 (GC-2005-6-CRC), for så vidt gjelder enslige barn. I Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 160, peker departementet mer generelt på at det «ville innebære en krenkelse av konvensjonen å legge avgjørende vekt på innvandringsregulerende hensyn dersom dette ikke er forsvarlig ut fra hensynet til barnets beste». Det samme er sagt i Meld.St.27 (2011-2012) side 11.

- (191) Hensynet til den løsning som *best* tjener barnets interesser settes imidlertid ikke ut av spill ved at det konstateres at utsendelse vil være forsvarlig i den forstand at barnet ikke risikerer noen uakseptabel risiko for overlast eller omsorgssvikt ved utsendelsen. Også i slike situasjoner må det å velge bort den løsning som best tjener barnets interesser, forankres i relevante og tilstrekkelig tungtveiende hensyn. Dette blir ikke minst aktuelt ettersom tiden går og barnet blant annet gjennom språk, kultur, personlige og sosiale bånd og egen identitet integreres i oppholdslandet. Man vil kunne komme til et punkt hvor hensynet til selve denne tilknytningen tilsier at oppholdstillatelse innvilges, selv om utsendelse isolert sett ville være forsvarlig. EMDs dom 4. desember 2012 i *Butt mot Norge* (EMD-2009-47017) avsnitt 76 illustrerer denne tenkningen i tilknytning til EMK artikkel 8 nr. 1.
- (192) Ikke sjelden får barn vanskeligheter på grunn av foreldrenes ukloke, uforsvarlige eller ulovlige valg. I utlendingssaker er det for eksempel en åpenbar risiko for at foreldrene skyver barna foran seg, i håp om å oppnå en gunstigere posisjon også for egen del. Problemstillingene omkring de såkalte «ankerbarn» er i så måte særlig illustrerende.
- (193) Barnekonvensjonens utgangspunkt er barnets selvstendige rettsposisjon. Det er derfor ikke uproblematisk å foreta en alminnelig identifikasjon mellom barna og foreldrene, i den forstand at foreldrenes forsømmelser med hensyn til utreise i seg selv skulle være til hinder for at barna gis oppholdstillatelse etter lang botid i Norge.
- (194) Ønsket om å fjerne det incitament til trenering av utreisen som ligger i at også ulovlig oppholdstid regnes med, kan imidlertid - som jeg allerede har vært inne på - trekkes inn. Men det skal likevel en del til før dette hensynet kan være en avgjørende innvending, dersom barnets tilknytning først er så sterk at den isolert sett begrunner oppholdstillatelse. EMDs dom 4. desember 2012 i *Butt mot Norge* er illustrerende for Menneskerettighetsdomstolens tilnærming til den parallelle problemstillingen under EMK artikkel 8 nr. 2, se særlig avsnitt 79-86. Domstolen aksepterte lagmannsrettens utgangspunkt om at sterke innvandringsregulerende hensyn «would in principle militate in favour of identifying children with the conduct of their parents». Men det ble pekt på at «the need to identify children with the conduct of their parents could not always be a decisive factor». Ut fra søskenparet Butts sterke tilknytning til Norge, fant EMD at det var «questionable whether general immigration policy considerations would carry sufficient weight to regard the refusal of residence 'necessary in a democratic society'», og at forholdene i saken «militate strongly against identifying the applicants' conduct with that of their mother».
- (195) Jeg viser også til UNEs praksisnotat fra 2009 om betydningen av lang oppholdstid i Norge, hvor det i punkt 7.1.1, i tilknytning til det såkalte «berobarn-prosjektet», blant annet uttales:
«Som hovedregel ble ... innvandringspolitiske hensyn tillagt liten vekt i de berostilte sakene. Det ble lagt til grunn at ulovlig opphold isolert sett taler i mot at tillatelse gis, men at dette ikke kan tillegges avgjørende vekt når det er den totale oppholdstiden som skal ligge til grunn for vurderingen av barnets tilknytning. Det ble videre vist til at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist er innvandringspolitiske hensyn som er felles for flertallet av sakene som ble berostilt, samt at barn ikke kan lastes for at foreldrene har valgt å ikke innrette seg etter endelige vedtak som innebærer en plikt til å forlate riket.»
- (196) UNEs praksis har nok ellers variert, men det er for mitt formål ikke grunn til å gå nærmere inn i detaljene her. Det har derimot interesse å se hvilken forståelse regjeringen og Stortinget har - og hele tiden har hatt - av det regelverket som ligger til grunn for UNEs praksis, især da knyttet til den sentrale avveiningen mellom hensynet til barnets beste og ulike innvandringsregulerende hensyn. I Meld.St.27 (2011-2012) side 56 fremhever departementet at «oppholdstid som asylsøker og

oppholdstid etter endelig avslag teller med». På samme side i denne meldingen understreker regjeringen dessuten følgende:

«Som tidligere beskrevet kan den senere tids praksis i UNE tyde på at det i en del saker legges mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som ble forutsatt da regelverket ble vedtatt, samtidig som praksis fremstår som lite entydig.

...

Det er særlig når det gjelder vurderingen av oversittet utreisefrist og ulovlig opphold Regjeringen mener at deler av praksis befinner seg i et grenseland for hva som var formålet med bestemmelsen.»

- (197) Regjeringen fremhever deretter spesielt at oversittet utreisefrist og ulovlig opphold er å betrakte «som mindre tungtveiende innvandringsregulerende hensyn».
- (198) Stortingets kommunal- og forvaltningskomite ga sin tilslutning til regjeringens forståelse av reglene, og oppsummerte på følgende måte i Innst.57 S (2012-2013):
- «Komiteen er enig i regjeringens oppfatning om at seinere tids praksis i UNE tyder på at det i en del saker legges mer vekt på innvandringsregulerende hensyn enn hva som var forutsatt da regelverket ble vedtatt, samtidig som praksis framstår som lite entydig. Komiteen har merket seg at regjeringen vil bidra til at færre barn blir lenge i en uavklart situasjon, gjennom ulike tiltak. Ett av tiltakene er en klargjøring av utlendingsforskriften § 8-5, der barnets alder og samlede oppholdstid i landet står sentralt. Det skal legges vekt at på barn i skolepliktig alder antas å ha en sterkere tilknytning til landet enn yngre barn, om barnet har gått i barnehage/skole, snakker norsk, deltar i fritidsaktiviteter, har venner og for øvrig har en særlig tilknytning til det norske samfunnet. En annen viktig presisering er at både oppholdstid som asylsøker og oppholdstid etter endelig avslag skal telle med. *Komiteens flertall*, alle unntatt medlemmet fra Kristelig Folkeparti, viser dessuten til regjeringens presisering av at hensynet til barnet på et tidspunkt vil måtte gå foran innvandringspolitiske hensyn, og videre at ulovlig opphold og oversittet utreisefrist i seg selv skal tillegges mindre vekt enn aktiv motarbeidelse av retur, bruk av falsk identitet, aktiv unndragelse av retur, manglende melding til politiet om skifte av bolig og brudd på straffeloven. Det presiseres samtidig at det å unnlate å melde fra om skifte av bolig, er mindre alvorlig enn å gå i skjul, og at det ved konsekvenser av brudd på straffeloven samtidig må legges vekt på forholdets karakter. *Flertallet* støtter en slik presisering av innholdet i forskriften § 8-5.»
- (199) Etter mitt syn er det som her sies, i tråd med avveiningsnormen i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. For den saken som er til avgjørelse for Høyesterett nå, har det den særlige interesse at den løsning som best tjener barnet, vanskelig kan velges bort under henvisning til at barnets tilknytning til Norge er etablert ved ulovlig opphold og fordi foreldrene har forholdt seg passive og ikke har medvirket til utreise.
- (200) Før jeg ser nærmere på det vedtaket saken gjelder, skal jeg si noe om prøvingskompetansen.
- (201) Domstolene har i saker om gyldigheten av administrative vedtak vanligvis kompetanse til å prøve om det faktiske grunnlaget for vedtaket er riktig, om forvaltningens rettsanvendelse er korrekt, og om saksbehandlingen har vært i tråd med lovfestete og ulovfestete krav. Der vedtaket beror på et skjønn som ikke er rettsanvendelse - såkalt fritt skjønn - er prøvingen av selve skjønnnet begrenset til spørsmålet om det foreligger myndighetsbruk, og om skjønnnet er utøvet i samsvar med inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner.
- (202) Høyesterett slo i Rt-2008-681 avsnitt 46 fast at vurderingen etter dagjeldende utlendingslov § 8 andre ledd av om «sterke menneskelige hensyn» eller en utlendings «særlige tilknytning til riket» tilsa at det ble innvilget oppholdstillatelse, hørte under det frie forvaltningsskjønnet. Det samme vil være situasjonen etter den gjeldende § 38 første ledd, som bestemmer at oppholdstillatelse «kan» gis.

- (203) For saker som berører barn, bestemmer - som nevnt - utlendingsloven § 38 tredje ledd at hensynet til barnets beste «skal» være et «grunnleggende hensyn», jf. barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Og i utlendingsforskriften § 8-5 er det bestemt at ved vurderingen «skal barns tilknytning til riket tillegges særlig vekt». Den omstendighet at hensynet til barnets interesser på denne måten er løftet særskilt frem, og den forankring dette har i barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, tilsier en utvidet domstolsprøving med selve skjønnet. Jeg viser til Rt-2009-1261 avsnitt 76 og 77. Høyesterett peker her på at domstolene skal kontrollere at forvaltningen har hatt en riktig forståelse av begrepet «barnets beste». Dette er i tråd med det alminnelige utgangspunktet om at domstolene skal prøve om forvaltningen har tolket den aktuelle hjemmelsloven riktig. For så vidt gjelder den skjønsmessige avveiningen - «kan-skjønnet» etter utlendingsloven § 38 første ledd - fremholder førstvoterende i saken fra 2009 at domstolene skal prøve om hensynet til barnets beste er «forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn». Prøvingen er altså ikke begrenset til om det vil være forsvarlig å sende barnet ut av landet. Her viser jeg til utlendingsforskriften § 17-1 a, som bestemmer at det som hovedregel skal fremgå av vedtak som berører barn «hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vektlagt». Dette omfatter ikke bare en prøving av om utlendingsmyndighetene har lagt vekt på usaklige eller ulovlige hensyn. Det kan også undersøkes om hensynet til barnets interesser er tilfredsstillende avklart og er løftet frem og gitt den plass og vekt i avveiningen som følger av at dette skal være «et grunnleggende hensyn». Førstvoterende i Rt-2009-1261 understreker i sin oppsummering i avsnitt 77 at den «konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen», «hører ... under forvaltningens frie skjønn». Jeg er enig i avgrensningen, og legger den til grunn.
- (204) Ved bedømmelsen av gyldigheten av UNEs beslutning 29. november 2010, har jeg spesielt festet meg ved Fs situasjon, og konsentrerer meg derfor om ham.
- (205) På vedtakstidspunktet var F sju år og sju måneder. Han hadde bodd i Norge i nesten seks år. Av UNEs vedtak fremgår at F har gått i barnehage og siden på skole, at han er integrert i lokalsamfunnet, har mange venner, deltar i fritidsaktiviteter og behersker norsk. UNE la videre til grunn at F «i utgangspunktet oppfyller betingelsene i lov og forskrift og den praksis som har utviklet seg i forhold til barns oppholdstid og tilknytning som tilsier at det kan gis opphold». Det er rimelig å forstå UNEs vedtak slik at den løsning som alt i alt er den beste for F, er at han får bli i Norge.
- (206) Avslaget er - slik jeg forstår vedtaket - begrunnet særlig i to forhold.
- (207) For det første viser UNE til at deler av oppholdsperioden - omkring tre år - har vært ulovlig, og nemnda karakteriserer dette som en «grov overtredelse av utlendingsloven, som etter praksis vil danne grunnlag for utvisning». UNE fremholder for det andre at deler av det lovlige oppholdet var basert på en midlertidig tillatelse som var gitt for å kunne gjennomføre behandling av Fs tuberkulose, og derfor hadde «visse likhetstrekk med eksempelvis studietillatelsesaker og andre saker hvor det gis tidsbegrensede tillatelser for et konkret formål, hvor forutsetningen er at man skal forlate riket ved tillatelsens utløp». Det heter deretter:
- «Klagerne har ikke overholdt plikten til å forlate riket frivillig i de perioder denne plikten har bestått. Etter nemndas vurdering har de også begått et grovt tillitsbrudd ved at de etter først å ha fått avslag fikk en midlertidig tillatelse ene og alene i den hensikt at F skulle få gjennomført behandling for sin sykdom og bli frisk nok til å kunne returnere til hjemlandet, ikke returnerte hjem. Heller ikke har de medvirket til retur, ettersom de ikke har framlagt ID- eller reisedokumenter som kunne fasilisert en slik løsning. Etter nemndas syn kommer innvandringsregulerende hensyn sterkt inn som vurderingsmoment i en sak som dette, og bør etter nemndas vurdering være til hinder for å innvilge tillatelse i denne saken.»
- (208) Det er etter mitt syn ikke riktig å tillegge det selvstendig vekt at manglende utreise eventuelt er en «grov overtredelse av utlendingsloven» som kan gi grunnlag for utvisning av foreldrene. En slik selvstendig vektlegging av selve lovovertrædelsen, er uforenlig med forutsetningen om at også botid

etter endelig avslag skal telle med. Det kan rett og slett ikke være slik at jo sterkere tilknytningen er, desto tynge blir de innvandringsregulerende hensyn som taler mot at oppholdstillatelsen innvilges - at den økte tilknytningen nærmest «nuller ut». Jeg viser til det jeg tidligere har sagt om disse spørsmålene.

- (209) Etter mitt syn har UNE også grepet det feil an når nemnda sammenligner den midlertidige oppholdstillatelsen for å behandle F for tuberkulose, med «studietillatelsesaker og andre saker hvor det gis tidsbegrensede tillatelser for et konkret formål». Det fremgår av UNEs vedtak 19. juli 2006 at F pådro seg tuberkulose i Norge eller under reisen til Norge, og at sykdommen ikke var årsaken til at F og hans foreldre kom hit. Det fremgår videre:
- «Nemnda vil bemerke at tuberkulose er en potensielt livstruende sykdom. Internasjonale retningslinjer og anbefalinger pålegger nasjonale myndigheter å starte behandling og følge opp pasienten med tanke på å forhindre utbrudd av sykdommen og utvikling av resistente bakterier. Tuberkulose er definert som en allmennfarlig sykdom, og behandling av tuberkulose reguleres i Norge av smittevernloven av 1994. Lovens formål er blant annet å hindre utbrudd av smittsomme sykdommer og hindre at slike sykdommer føres ut av Norge.
- Nemnda vil videre bemerke at etter nemndas kunnskap er helsetilbudet i Iran godt utbygget, og det vil kunne gis behandling for tuberkulose. Imidlertid er det etter nemndas vurdering til Fs beste at han får gjennomført den behandling han har påbegynt her i Norge. F kjenner de leger som behandler ham, og han har vist gode tegn til bedring. Nemnda kan ikke se bort fra at en retur til Iran vil kunne medføre at behandlingen av tuberkulosen ikke vil kunne gjennomføres på en tilstrekkelig god måte. I denne sammenhengen har nemnda sett hen til at Fs foreldre ved en tidligere anledning har unnlatt å møte opp til behandling og således vist manglende vilje til å gjennomføre behandlingen. Etter nemndas vurdering kan det ikke ses bort fra at en retur til Iran før behandlingen er avsluttet vil medføre ytterligere avbrudd i behandlingen av Fs sykdom.»
- (210) Situasjonen var altså den at F måtte behandles, og at behandlingen - slik UNE selv vurderte forholdene - burde skje i Norge. Ettersom det var en nærliggende mulighet for at sykdommen var pådratt i Norge, hadde norske myndigheter et særlig ansvar for å håndtere sykdommen og smittefare. Det er da ikke grunnlag for å se bort fra, eller legge mindre vekt på, denne oppholdstiden. Å karakterisere foreldrenes fortsatte opphold etter avsluttet behandling som et «grovt tillitsbrudd» er lite treffende. Det videre oppholdet var ikke lovlig, men kommer slik sett ikke i noen annen stilling enn de øvrige perioder med ulovlig opphold.
- (211) Vi står tilbake med at perioder av oppholdet i Norge har vært ulovlig, og at foreldrene ikke har medvirket til frivillig utreise. Ulovlig opphold og manglende medvirkning kan vektlegges. Men som jeg pekte på i min redegjørelse for barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, og gjennomføringen av den i lov og forskrift, kan disse forhold vanskelig være utslagsgivende der barnets sterke tilknytning til Norge tilsier at det bør bli her. Det er etter mitt syn nærliggende at UNEs avveining hadde fått et annet utfall med et slikt utgangspunkt. Begrunnelsen i vedtaket skaper i hvert fall betydelig tvil knyttet til om hensynet til Fs beste har blitt behandlet som så grunnleggende som barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 krever - om dette har vært forsvarlig vurdert og avveid. Vedtaket er dermed ugyldig.
- (212) Min konklusjon på dette punktet er uavhengig av hvilket standpunkt man måtte ha til spørsmålet om en datids- eller nåtidsvurdering. Men det sier seg selv at Fs ytterligere tilknytning til riket gjennom de drøyt to årene som har gått etter UNEs vedtak, innebærer at hensynet til ham må forventes å ha enda større vekt nå enn da saken sist stod for UNE.
- (213) Jeg har oppfattet de ankende parter slik at de gjør gjeldende at UNEs beslutning er ugyldig også fordi den er i strid med EMK artikkel 8. Det er her den sammenheng at EMD ved tolkningen og anvendelsen av artikkel 8 trekker inn barnekonvensjonen artikkel 3, jf. blant annet dom 28. juni 2011 i *Nunez mot Norge* (EMD-2009-55597) avsnitt 84. Ettersom jeg allerede har konkludert med at vedtaket er ugyldig, går jeg ikke nærmere inn på de spørsmål saken reiser under EMK.

- (214) Jeg skal ta stilling til det sakskostnadskrav som NOAS har fremsatt, ut fra mitt syn på løsningen av de krav som er sakens tvistegjenstand. Da jeg er i mindretall, går jeg ikke dypt inn i dette. Men jeg finner grunn til å knytte en bemerkning til at staten har motsatt seg at NOAS tilkjennes sakskostnader fordi advokat Fougner har påtatt seg oppdraget *pro bono*. Staten anfører at NOAS da ikke hatt utgifter til saken, og derfor ikke kan kreve sakskostnader.
- (215) Jeg er ikke enig med staten. Formålet med å påta seg et prosessoppdrag *pro bono* er å tilgodese den part man tar oppdraget for, ikke motparten. Utgangspunktet må derfor være at der søksmålet eller anken fører frem og det skal tilkjennes sakskostnader, så vil prosessfullmektigen - så langt dette danner grunnlag for et sakskostnadsansvar for den tapende part - kunne beregne vanlig salær.
- (216) Dommer **Skoghøy**: Jeg er kommet til samme resultat som annenvoterende, dommer Bårdsen. På samme måte som han mener jeg at gyldigheten av UNEs vedtak om å nekte asyl og opphold på humanitært grunnlag må vurderes ut fra det faktum som foreligger ved domstolsbehandlingen av saken, men i motsetning til han mener jeg at dette ikke bare gjelder ved prøving av vedtak i utlendingssaker. Etter mitt syn må hovedregelen ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak være at prøvingen skal skje på grunnlag av det faktum som foreligger på det tidspunkt saken blir tatt opp til doms. Dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, må domstolene således ikke bare ta hensyn til nye opplysninger om faktum på vedtakstidspunktet (nye bevisfakta), men også senere inntrådte rettslig relevante omstendigheter (nye rettsfakta). Skillet mellom nye rettsfakta og nye bevisfakta kan være nokså subtilt, og jeg kan vanskelig se at det er noen rasjonell grunn til å la dette skillet være avgjørende for hva som kan påberopes av nytt faktum.
- (217) Som påpekt av Tvistemålsutvalget i NOU 2001:32A Rett på sak, Bind A, side 188, kan søksmål om offentligrettslige forhold grovt sett deles inn i to grupper - gyldighetssøksmål og håndhevelsessøksmål. Med «gyldighetssøksmål» menes søksmål om «rettmessigheten av konkret eller generell myndighetsutøvelse». Med «håndhevelsessøksmål» menes søksmål som «går ut på å få håndhevet offentligrettslige regler overfor private rettssubjekter eller offentlige organer».
- (218) Ved avgjørelsen av håndhevelsessøksmål er det klart at domstolene må bygge på det faktum som foreligger på det tidspunkt saken blir tatt opp til doms. Spørsmålet er om det skal gjelde en annen regel ved avgjørelsen av gyldighetssøksmål.
- (219) Moderne norsk forvaltningsrett bygger i stor grad på Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen), som ble avgitt i 1958. Når det gjelder domstolenes prøving av den faktiske del av forvaltningens avgjørelse, uttaler komiteen på side 371:
- «Her er det vår retts stilling at domstolene kan prøve det faktum avgjørelsen bygger på og vurdere de bevis som foreligger fullt ut og på helt fritt grunnlag. Dette gjelder også det faktiske grunnlag for forvaltningens skjønsmessige avgjørelser.»
- (220) Det blir her ikke skilt mellom rettsfakta som var inntrådt da forvaltningsvedtaket ble fattet, og rettsfakta som er inntrådt senere. Hvorvidt prøvingen skal begrenses til det rettsfaktum som forelå da forvaltningen traff sitt vedtak, blir særskilt kommentert på side 378 note 288:
- «Det kan spørres om domstolene i en forvaltningssak kan legge til grunn det faktiske forhold som består på den tid dommen avsies, eller om det må treffe sin avgjørelse på grunnlag av forholdet da forvaltningsvedtaket ble truffet. I en dom i Rt-1949-564 flg., jfr. særlig s. 566, har man bygget på den første løsning. Saken gjaldt ekspropriasjon av kontorlokaler til Statistisk sentralbyrå. Under sakens gang hadde Statistisk sentralbyrå fått nye oppgaver og trengte av den grunn ytterligere plass. Dette nye forhold anså retten seg ikke avskåret fra å ta i betraktning.
- Det syn som er lagt til grunn i dommen, synes å være i samsvar med nyere avgjørelser av den tyske forbundsforvaltningsdomstol. Jfr. Verwaltungsarchiv 1957 s. 170 ff.»

- (221) Også Høyesteretts dom i Rt-1960-1374 bygger på at domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak skal skje på grunnlag av faktum på domstidspunktet. Saken gjaldt gyldigheten av vedtak av Samferdselsdepartementet om å avslå søknad om fornyelse av drosjebevilling. Avslaget var i hovedsak begrunnet med at søkeren ikke hadde holdt sitt drosjemateriell i forsvarlig stand. Etter at staten hadde vunnet i tingretten, fikk drosjeeieren medhold i lagmannsretten. Ved vurderingen av hvordan vedlikeholdet hadde vært, la lagmannsretten blant annet vekt på bevis som var kommet frem etter at departementets vedtak var truffet. Staten anket til Høyesterett og gjorde blant annet gjeldende at det måtte være «klart, at departementets avgjørelse må vurderes på grunnlag av de opplysninger som forelå da denne avgjørelse ble truffet». Høyesterett fant at departementets vedtak måtte kjennes ugyldig fordi det «hvilte på sviktende faktisk grunnlag». Med tilslutning fra de øvrige fire dommerne uttalte førstvoterende blant annet:
- «Av det jeg allerede har sagt vil det fremgå, at en løsning av ugyldighetsspørsmålet som den jeg gjør meg til talsmann for, ikke vil innebære noen utvidelse av den prøvingsrett som domstolene etter rettspraksis hos oss har overfor forvaltningsavgjørelser. At domstolene kan prøve holdbarheten av det faktiske grunnlag en slik avgjørelse bygger på, må ansees sikkert fastslått. Og det må etter min mening være klart at domstolene ved en slik prøving kan - og må - ta hensyn også til materiale som er kommet frem etterat den angrepne forvaltningsavgjørelse ble truffet.»
- (222) Riktignok synes det her ikke å ha vært tale om nye rettsfakta, men om nye bevis for rettsfakta som forelå på vedtakstidspunktet. Spørsmålet om hvorvidt de nye opplysningene bare hadde karakter av nye bevisfakta, blir imidlertid ikke problematisert. Høyesterett formulerer som en klar og generell rettssetning at domstolene ved prøving av forvaltningsvedtak «kan - og må - ta hensyn også til materiale som er kommet frem etterat den angrepne forvaltningsavgjørelse ble truffet». Slik regelen er formulert, omfatter den også nye rettsfakta.
- (223) Mellom 1960 og 2003 finnes det ingen avgjørelser av Høyesterett hvor spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved domstolens prøving av faktum i forvaltningsvedtak, er blitt problematisert. I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt-2003-460 er det imidlertid uten noen nærmere begrunnelse uttalt at domstolsprøving av vedtak om avslag på søknad om oppholdstillatelse skal skje ut fra de forhold som forelå da vedtaket ble truffet. Dette synspunktet er fulgt opp i Høyesteretts dom i Rt-2007-1815. I denne dommen, som gjaldt prøving av kjennelse av Trygderetten, blir det uttalt at prøving av forvaltningsvedtak må skje på grunnlag av «faktum slik det låg føre for det aktuelle organet på vedtakstidspunktet», og at dette er «det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten» (avsnitt 33). Dette syn er i hovedsak lagt til grunn i senere praksis, se for eksempel Rt-2009-1374 avsnitt 40.
- (224) Praksis har imidlertid ikke vært konsistent og har vært preget av usikkerhet og mangel på avklaring. Ved prøving av vedtak om utvisning har spørsmålet om forholdsmessighet etter tilnærmet fast praksis vært vurdert ut fra forholdene på domstidspunktet. Som eksempler fra de senere år kan nevnes Rt-2005-229, Rt-2007-667, Rt-2008-560 og Rt-2009-534. Den eneste dom om utvisning hvor dette ikke har vært lagt til grunn, er Rt-2011-948. Her fant Høyesterett ikke grunn til «å ta stilling til om og i tilfelle under hvilke omstendigheter Høyesterett ved legalitetskontrollen vil ha anledning til å ta hensyn til slike tilleggsopplysninger» (avsnitt 62). Også i andre utlendingssaker har det vært gitt uttrykk for usikkerhet. I Rt-2009-851, som gjaldt avslag på fornyelse av arbeids- og oppholdstillatelse, nevnte Høyesterett at EMD ved forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 3 og 8 synes å bygge på «tidspunkt for utsending, eventuelt tidspunkt for domstolsbehandling». Da spørsmålet ikke ble aktualisert i den aktuelle saken, valgte imidlertid Høyesterett i denne dommen å holde seg til den rettsoppfatning som var kommet til uttrykk i Rt-2007-1815 (Rt-2009-851 avsnitt 47-48).
- (225) Til støtte for at domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak må skje på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet, har staten vist til uttalelser i plenumsdommen i Rt-1982-241 (Alta-saken). Det er på side 266 i denne dommen uttalt at prognoser om konsekvenser av vannkraftutbygging vil være forbundet med usikkerhet, og at «saksbehandlingen [må] være i orden dersom prognosene er forsvarlige på den tid de må foretas». Denne uttalelse knytter seg imidlertid til et angrep på konsesjonsmyndighetenes saksbehandling, og den har etter min mening ingen relevans for hvilket

tidspunkt som skal legges til grunn ved bedømmelsen av om vedtaket bygger på riktig faktum. Jeg kan ikke se at det i Alta-saken var anført at det var inntrådt noe nytt rettsfaktum etter at utbyggingsvedtaket var truffet.

- (226) Første gang spørsmålet om hvilket faktumtidspunkt som skal legges til grunn ved prøvingen av gyldigheten av forvaltningsvedtak, ble drøftet prinsipielt, var i Rt-2012-667. Her var det bare én dommer som la til grunn at prøvingen skulle skje ut fra faktum på vedtakstidspunktet. To dommere kom til at hovedregelen er at prøvingen må skje på grunnlag av faktum på det tidspunkt saken blir tatt opp til doms, mens to dommere kom til at dette måtte legges til grunn i utlendingssaker.
- (227) Domstolskontrollen med forvaltningen er utviklet i rettspraksis, og domstolene har da også ansvar for å tilpasse domstolsprøvingen til samfunnsutviklingen og de behov som gjør seg gjeldende til enhver tid. Når Høyesterett nå er satt i plenum for å avgjøre hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved prøvingen av det faktum som forvaltningsvedtak bygger på, må dette etter min mening avgjøres ut fra hvilken løsning som ut fra dagens rettsoppfatning best tilfredsstiller de behov som domstolskontrollen med forvaltningen skal ivareta.
- (228) Det er en grunnleggende målsetning for all sivilisert rettergang å legge til rette for at saken blir opplyst på en slik måte at flest mulig av de avgjørelser som blir truffet, er materielt riktige, jf. tvisteloven § 1-1. For å oppnå denne målsetningen pålegger tvisteloven § 21-4 første ledd partene å «sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst». I § 21-4 andre ledd pålegges partene også plikt til å opplyse om forhold som går i motpartens favør. Disse bestemmelsene bygger på «den materielle sannhets prinsipp». I lovforarbeidene er det presisert at de plikter som er nedfelt i § 21-4, også påhviler forvaltningen ved prøvingen av gyldigheten av forvaltningsvedtak, se NOU 2001:32B Rett på sak, Bind B, side 947. Et søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak har ikke karakter av noen teoretisk øvelse, men er en tvist om et reelt rettskrav - ofte av inngripende karakter eller av stor økonomisk eller velferdsmessig betydning for borgerne. Dersom det etter at vedtaket ble truffet, er inntrådt nye rettslig relevante faktiske omstendigheter, bør borgerne i en rettsstat ha krav på at tvisten blir avgjort på grunnlag av faktum som foreligger under domstolsbehandlingen.
- (229) Som tidligere nevnt, er det på det rene at håndhevelsessøksmål skal avgjøres på grunnlag av det faktum som foreligger når saken blir tatt opp til doms. Ofte vil gyldighetssøksmål kunne kombineres med håndhevelsessøksmål. Det er for eksempel ikke upraktisk at det i et gyldighetssøksmål blir nedlagt fastsettelsespåstand for et prejudisielt forhold. Hvis gyldighetssøksmålet skal avgjøres på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet, vil det medføre at de to søksmålene skal avgjøres på grunnlag av faktum på forskjellige tidspunkter. Dette vil kunne lede til innbyrdes motstridende domsslutninger.
- (230) Selvmotsigelsen vil være særlig iøynefallende i tilfeller hvor forvaltningsvedtaket gjelder forhold som reguleres av internasjonale menneskerettigheter, og det i tillegg til påstand om ugyldighet blir nedlagt påstand om menneskerettsbrudd. Dersom man ved avgjørelsen av de to søksmålene opererer med forskjellige faktumtidspunkter, vil man kunne komme i den situasjon at staten på grunn av etterfølgende rettsfakta blir dømt for konvensjonsbrudd, men blir frifunnet i gyldighetssøksmålet fordi det ikke var noe galt med vedtaket da det ble truffet. Frifinnelsesdommen vil i et slikt tilfelle ikke gi et korrekt uttrykk for rettsstillingen på domstidspunktet. Dommen vil virke villedende og skape uklarhet, og det er vanskelig å se hvilken interesse staten kan ha i en slik dom.
- (231) I tillegg kommer at borgerne i enkelte tilfeller kan ha valget mellom å anlegge saken som et gyldighetssøksmål eller som et håndhevelsessøksmål. Hvis prøvingen av gyldighetssøksmål skal være begrenset til faktum på vedtakstidspunktet, vil det i tilfeller hvor det er inntrådt et relevant etterfølgende faktum, danne en oppfordring til å anlegge søksmålet som et håndhevelsessøksmål, selv om ugyldighetssøksmål ville ha vært det mest hensiktsmessige.
- (232) Det at offentligrettslige tvister må avgjøres på grunnlag av faktum på det tidspunkt saken blir tatt opp til doms, må forstås med de modifikasjoner som følger av prosessreglene. På samme måte som ved

behandlingen av privatrettslige søksmål vil de alminnelige regler om preklusjon av omstendigheter som ikke blir påberopt i tide, komme til anvendelse, jf. tvisteloven § 9-16, § 16-6 tredje ledd og § 30-7. Og ved anke til Høyesterett må Høyesteretts ankeutvalg i medhold av § 30-4 kunne nekte nye rettsfakta fremmet for Høyesterett med den konsekvens at de kan gjøres til gjenstand for ny sak. Utgangspunktet må imidlertid etter min mening være at ikke bare håndhevelsessøksmål, men også gyldighets søksmål må avgjøres ut fra forholdene på det tidspunkt saken blir tatt opp til doms.

- (233) Til støtte for at domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak bør skje på grunnlag av faktum som forelå da vedtaket ble truffet, har staten i hovedsak anført fem reelle argumenter:
- Domstolsprøvingen er begrenset til gyldigheten av vedtaket, og det er en begrepsmessig nødvendig konsekvens av dette at prøvingen må gjelde faktum på vedtakstidspunktet.
 - Ved Høyesteretts dom i Rt-2001-995 er det avgjort at domstolskontrollen med forvaltningen er en etterfølgende legalitetskontroll, og dette tilsier at faktumprøvingen må knyttes til vedtakstidspunktet.
 - Hvis domstolene kan bygge på etterfølgende rettsfakta, vil saken bli avgjort på grunnlag av et faktum som forvaltningen ikke har hatt et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere.
 - Dersom et vedtak som inneholder et forbud eller pålegger den private part en plikt, blir kjent ugyldig, vil man bli stående uten noe vedtak inntil forvaltningen har fått truffet nytt vedtak, og dette kan påføre samfunnet og andre private skadevirkninger.
 - Den adgang forvaltningen har til å omgjøre vedtaket, gir borgerne tilstrekkelig beskyttelse.
- (234) Etter min mening er ingen av disse argumentene holdbare.
- (235) Det som ligger i at et vedtak blir kjent ugyldig, er at det ikke er bindende, og at vedtaket ikke for fremtiden kan gis virkninger etter sitt innhold, se Jan Fridthjof Bernt, «Hvorvidt er det hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet?», Tidsskrift for Rettsvitenskap 1981 side 104 ff., Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten», i Samfunn, rett, rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoff, Oslo 1986, side 86 ff. (FEST-1986-te-86) og Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 3. utgave, Oslo 2007, side 583 ff. Man kan ikke av begrepet ugyldighet slutte noe om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for faktumbedømmelsen. Det er også metodisk uriktig å trekke rettslige slutninger på grunnlag av mer eller mindre innarbeidede begreper («begrepsjurisprudens»). Hvis de begreper som blir benyttet, ikke er dekkende for de løsninger som har de beste grunner for seg, er det ikke løsningene som skal tilpasses begrepene, men begrepsbruken som må endres. Statens begrepslogiske argument må etter dette forkastes som klart uholdbart.
- (236) Jeg kan heller ikke se at det av det forhold at domstolskontrollen med forvaltningen er en etterfølgende legalitetskontroll, kan sluttes at faktumbedømmelsen må knyttes til vedtakstidspunktet.
- (237) Den alminnelige oppfatning før Høyesteretts avgjørelse i Rt-2001-995 var at domstolene i tilfeller hvor et vedtak som bygde på et lovbundet skjønn, var beheftet med en ugyldighetsgrunn, kunne avsi dom for hva det nye vedtaket skulle gå ut på («realitetsdom»), se Arvid Frihagen, Forvaltningsrett, Bind III, 4. utgave, Bergen 1992, side 214, Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave, 2. opplag, Oslo 1999, side 639, Erik Boe, «Subsumsjonsdom - Domstolenes kompetanse til å bestemme utfallet av en rettsvist når forvaltningen har truffet et ugyldig forvaltningsvedtak», Lov og Rett, 2002 side 259-294 og Høyesteretts dom i Rt-2000-452 på side 465. Denne oppfatningen bygde på det syn at tvistegjenstanden i slike saker er det krav vedtaket gjelder. Det fremstod da som naturlig at domstolene også skulle kunne bygge på faktum som var inntrådt etter at forvaltningsvedtaket var truffet. Ved kjennelse i Rt-2001-995 kom imidlertid Høyesterett til at domstolene som hovedregel ikke kan avsi realitetsdom, men må nøye seg med å kjenne vedtaket ugyldig. Denne dommen er fulgt opp i senere praksis, se Jens Edvin A. Skoghøy, Tvisteløsning, Oslo 2010, side 349-350. Løsningen er først og fremst begrunnet i en hensiktsmessig arbeidsdeling mellom domstolene og forvaltningen, og bygger på det syn at tvistegjenstanden ved prøving av forvaltningsvedtak er vedtaket, og ikke det krav vedtaket gjelder. Spørsmålet er hvorvidt denne endrede oppfatning av hva som utgjør tvistegjenstanden, skal få noen betydning for hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for

faktumbedømmelsen.

- (238) Hvorvidt tvistegjenstanden er kravet eller vedtaket, får blant annet konsekvenser for rettskraftsvirkningen av en dom. Dersom tvistegjenstanden er kravet, er det bare endringer i rettsfakta som knytter seg til dette, som kan danne grunnlag for nytt søksmål. Hvis tvistegjenstanden er vedtaket, er det ikke bare materielle rettsfaktaendringer som kan danne grunnlag for nytt søksmål, men også vedtak som vurderer eller avslår begjæring om omgjøring, jf. Rt-2012-681 med henvisninger til tidligere praksis. Det endrede syn på hva som utgjør tvistegjenstanden, kan derimot etter min oppfatning ikke ha noen betydning for hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for faktumbedømmelsen. Bevisbedømmelse har ikke karakter av utøvelse av forvaltningsmyndighet, og om domstolene opphever et forvaltningsvedtak dersom det er inntrådt rettsfakta som kan ha betydning for vedtakets innhold, vil domstolene ikke av den grunn gripe inn i forvaltningens skjønnsutøvelse. I den utstrekning det endrede syn på hva som utgjør tvistegjenstanden, skulle tillegges betydning, går den heller i retning av en utvidet adgang for domstolene til å prøve faktum. Når domstolene ikke kan bestemme hva det nye vedtaket skal gå ut på, men må nøye seg med å kjenne det tidligere vedtaket ugyldig, må saken behandles på nytt av forvaltningen, og ved sin nye behandling vil forvaltningen få anledning til å gjøre seg opp en selvstendig oppfatning om betydningen av de nye omstendighetene.
- (239) Til støtte for at domstolene som hovedregel bare kan avsi dom for ugyldighet, ble det i Rt-2001-995 i tillegg til hensynet til arbeidsdeling mellom domstolene og forvaltningen, også vist til at en adgang til å avsi realitetsdom vil kunne føre til at saken svulmer opp, da partene i så fall også må forberede saken med sikte på en eventuell realitetsavgjørelse, se Rt-2001-995 på side 1003. Staten har gjort gjeldende at dette hensynet også taler mot å gi domstolene adgang til å bygge på etterfølgende rettsfakta. Dette er jeg ikke enig i. Riktignok vil saken dersom retten kan bygge på etterfølgende fakta, kunne bli mer omfattende enn det den ellers ville ha blitt. Dette er imidlertid fakta som er nødvendige for å oppnå en korrekt avgjørelse, og det er således ikke tale om noen unødig oppsvulming av saken.
- (240) Jeg har også vanskelig for å forstå synspunktet om at saken dersom domstolene skal kunne bygge på etterfølgende rettsfakta, vil bli avgjort på grunnlag av et faktum som forvaltningen ikke har hatt et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere.
- (241) Det følger av tvisteloven § 11-1 tredje ledd at domstolene ikke kan bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag som partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Dette utgjør et sentralt element i det kontradiktoriske prinsipp. Ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak vil det organ som har truffet vedtaket, ha partsstilling i søksmålet eller være representert av et overordnet departement. Hvis det har inntrådt en ny faktisk omstendighet som forvaltningen har behov for å vurdere betydningen av, vil forvaltningen på denne måten få tilstrekkelig anledning til dette under søksmålet - og kan om nødvendig be om utsettelse.
- (242) I tillegg kommer at nye rettsfakta ikke kommer i noen prinsipielt annen stilling enn nye bevisfakta. Det er ikke tvilsomt at dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, kan bevis for rettsfakta som forelå da forvaltningen traff sitt vedtak, fremlegges under domstolsbehandlingen. Forvaltningen kan ikke ses å ha større behov for å vurdere betydningen av rettsfakta som har inntrådt etter at forvaltningsvedtaket ble truffet, enn rettsfakta som forelå på vedtakstidspunktet, men som forvaltningen den gang ikke var klar over.
- (243) Staten har i sin prosedyre for Høyesterett blant annet fremholdt at hvis et vedtak som inneholder et forbud eller pålegger den private part en plikt, skulle bli kjent ugyldig på grunn av en etterfølgende omstendighet, vil det føre til at man blir stående uten noe vedtak inntil forvaltningen har fått truffet nytt vedtak, og etter statens syn vil dette være uheldig, da dette kan ha betydelige skadevirkninger både for samfunnet og for andre private.
- (244) Jeg finner imidlertid heller ikke dette argumentet overbevisende. For det første er verdien av argumentet begrenset til å gjelde forbud og andre tyngende forvaltningsvedtak. I vår sak er det tale om avslag på søknad om et begunstigende forvaltningsvedtak. For det andre vil vedtaket først falle bort på

det tidspunkt dommen blir rettskraftig. Dermed vil forvaltningen ha tid på seg til å områ seg og treffe nytt vedtak før det tidligere vedtaket opphører. For det tredje vil opphevelse på grunn av nye rettsfakta ikke komme i noen annen stilling enn opphevelse av andre grunner. Også i tilfeller hvor et tyngende forvaltningsvedtak blir kjent ugyldig av annen grunn enn nye rettsfakta (for eksempel på grunn av saksbehandlingsfeil eller nye opplysninger om faktum på vedtakstidspunktet), vil vedtaket falle bort når dommen blir rettskraftig. Opphevelse på grunn av nye rettsfakta vil således ikke komme i noen annen stilling enn andre ugyldighetsgrunner. Hvis det på enkelte forvaltningsområder skulle være behov for å opprettholde et forbud etter at det er blitt kjent ugyldig, må det løses ved særregler på vedkommende forvaltningsområde.

- (245) Staten har til forsvar for at domstolene skal se bort fra etterfølgende omstendigheter, endelig vist til forvaltningens adgang etter forvaltningsloven § 35 til å omgjøre forvaltningsvedtak. Det å henvise borgerne til å be om omgjøring vil imidlertid etter min mening ikke gi noen fullgod løsning. Innenfor utlendingsforvaltningen er det uten lovhjemmel etablert en ordning som sikrer at omgjøringsbegjæringer blir vurdert. Det finnes imidlertid ikke noen generell plikt til å vurdere en begjæring om omgjøring. Etter forvaltningsloven § 35 har forvaltningen *adgang* til å omgjøre enkeltvedtak blant annet dersom vedtaket «må anses ugyldig». I Rt-1998-623 har Høyesterett lagt til grunn at dersom et forvaltningsvedtak blir kjent ugyldig ved dom, vil forvaltningen ha plikt til å vurdere omgjøring. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig for å utløse plikt til å vurdere omgjøring at vedtaket blir påstått å være ugyldig. I den utstrekning det ikke finnes særregler, beror forvaltningens plikt til å vurdere omgjøring - etter det som hittil har vært ansett som gjeldende rett - på en nokså sammensatt vurdering, se nærmere Graver, op.cit. side 548.
- (246) Selv om det - ved lov eller dom av Høyesterett - skulle bli innført en generell plikt for forvaltningen til å vurdere omgjøring dersom dette blir begjært, kan jeg ikke se at omgjøringsinstituttet vil gi borgerne tilstrekkelig beskyttelse. Når det er anlagt søksmål om gyldigheten av vedtaket, er det naturlig at forvaltningen går i forsvarsposisjon, og blant annet av frykt for mulig sakskostnadsansvar må det - ut fra en realistisk betraktning - antas at terskelen for at forvaltningen skal omgjøre vedtaket så lenge det pågår søksmål om dette, vil være høy. For at borgerne skal sikres *en reell rett til å få vurdert saken ut fra det faktum som foreligger på tidspunktet for domstolsbehandlingen*, må de derfor gis adgang til å bringe nye faktiske omstendigheter inn i søksmålet. I tillegg kommer prosessøkonomiske hensyn: Dersom forvaltningen avslår å vurdere eller nekter omgjøring, kan det anlegges søksmål om gyldigheten av dette vedtaket. Man vil da lett komme i den situasjon at det før eller kort tid etter at den første saken er avsluttet, blir anlagt nytt søksmål om samme eller tilnærmet samme materielle tema.
- (247) Det er for Høyesterett fremlagt opplysninger om hvordan man ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak forholder seg til etterfølgende rettsfakta i enkelte andre land. Opplysningene om hvordan man forholder seg til etterfølgende fakta i stater med forvaltningsdomstoler, er imidlertid av liten interesse, da forvaltningsdomstolene ofte har full kompetanse og også erstatter vår ordning med forvaltningsklage. Jeg finner heller ikke de opplysninger som er fremlagt om engelsk rett, av særlig interesse. I motsetning til hos oss er engelske domstolers kompetanse til å prøve forvaltningens faktumbedømmelse begrenset, og det er da i høy grad naturlig at den begrensede prøvingskompetanse som engelske domstoler har, som utgangspunkt knytter seg til forholdene på vedtakstidspunktet.
- (248) Av de land som det er fremlagt opplysninger om, er det bare Danmark som har en ordning for prøving av forvaltningsvedtak som er sammenlignbar med vår. Den alminnelige oppfatning i Danmark er at det ved prøvingen av forvaltningsvedtak ikke bare kan fremlegges nye opplysninger om rettsfakta som forelå på vedtakstidspunktet, men at det, i den utstrekning det ikke finnes særlig hjemmel for annet, også er adgang til å påberope senere inntrådte rettsfakta («nova»), se Bent Christensen, Forvaltningsret. Prøvelse, 2. utgave, København 1994, side 37-40, Hans Gammeltoft-Hansen mfl., Forvaltningsret, 2. utgave, København 2002, side 815-816, Jens Garde mfl., Forvaltningsret. Almindelige emner, København 2004, side 373-375 og Sten Bønsing, Almindelig Forvaltningsret, 2. utgave, København 2012, side 381-382. Riktignok går nyere avgjørelser av Danmarks Højesteret i utlendingsaker ut på at domstolsprøvingen som utgangspunkt skal skje ut fra forholdene på vedtakstidspunktet, se Ugeskrift for Retsvæsen 2006 side 639, 2006 side 2666, 2007 side 1336, 2008

side 2516 og 2011 side 3083. Dette har imidlertid vært forankret i en fortolkning av den aktuelle hjemmel for domstolsprøving. I saker om utvisning har det likevel vært lagt til grunn at proporsjonalitetsvurderingen etter EMK må foretas ut fra forholdene på domstidspunktet, se Høyesterets dom 1. juni 2012 (sag 10/2011).

- (249) I mange søksmål om forvaltningsvedtak vil etterfølgende rettsfakta ikke være relevante for vedtaket. Dette gjelder for eksempel i tilfeller hvor det er spørsmål om hvordan rettsstillingen var på et bestemt tidspunkt, og i tilfeller hvor loven oppstiller løpende vilkår for å inneha en tillatelse, for eksempel førerkort, legelisens eller advokatbevilling. Hvis en tillatelse blir inndratt fordi et løpende vilkår ikke er oppfylt, sier det seg selv at vedtaket ikke kan kjennes ugyldig om vilkåret senere blir oppfylt. Det kan også tenkes tilfeller hvor et nytt rettsfaktum er av så vesentlig annen karakter enn det faktum som ble påberopt under den forvaltningsmessige behandling av saken, at det må anses å danne grunnlag for et nytt krav, og at det derfor må søkes på nytt. Også i tilfeller hvor det nye rettsfaktum inntreffer lang tid etter at forvaltningens vedtak ble truffet, bør krav på grunnlag av de nye omstendighetene behandles som nytt krav. Dersom ikke annet følger av en naturlig tolking av den aktuelle hjemmelsbestemmelse, bør imidlertid hovedregelen etter min oppfatning være at domstolsprøvingen av offentligrettslige krav - på samme måte som privatrettslige - må skje ut fra forholdene under domstolsbehandlingen av saken. Det er ingen grunn til at man skal operere med et annet faktumtidspunkt for gyldighetssøksmål enn for håndhevelsessøksmål. Målsetningen må være å legge til rette for at domstolene skal kunne treffe flest mulig materielt riktige avgjørelser. Såfremt det ikke finnes særlig hjemmel for annet, må det derfor ved prøving av forvaltningsvedtak også være adgang til å påberope relevante rettsfakta som har inntrådt etter at vedtaket ble truffet.
- (250) Når det gjelder gyldigheten av det konkrete vedtak, er jeg enig med annenvoterende, dommer Bårdsen, og slutter meg i det vesentlige til den begrunnelse han har gitt. Det samme gjelder hans syn på NOAS' sakskostnadskrav.
- (251) Dommer **Falkanger**: Når det gjelder spørsmålet om gyldigheten av UNEs vedtak må vurderes ut fra de rettsfakta som foreligger ved domstolsbehandlingen av saken, er jeg enig med tredjevoterende, dommer Skoghøy, og jeg kan i det vesentlige slutte meg til hans begrunnelse. Slik saken er opplyst, må jeg legge til grunn at det kan ha hatt betydning for sakens utfall at det nye rettsfaktum ikke er vurdert av lagmannsretten. Lagmannsrettens dom må derfor etter min mening oppheves. Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på de øvrige problemstillinger som saken reiser, men jeg finner grunn til å gi uttrykk for at jeg for disse spørsmåls vedkommende - under den forutsetning at saken vurderes ut fra faktum på vedtakstidspunktet - i det vesentlige er enig med førstvoterende, dommer Webster.
- (252) Dommer **Bull**: Jeg er enig med førstvoterende, dommer Webster, når det gjelder spørsmålet om faktum på vedtakstidspunktet eller domstidspunktet skal legges til grunn ved prøvingen av vedtakets gyldighet. For øvrig er jeg i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bårdsen.
- (253) Dommer **Tjomsland**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Webster.
- (254) Dommer **Matningsdal**: Likeså.
- (255) Dommar **Utgård**: Det same.
- (256) Dommer **Stabel**: Likeså.
- (257) Dommer **Øie**: Likeså.
- (258) Dommer **Tønder**: Likeså.
- (259) Dommer **Endresen**: Likeså.

- (260) Dommer **Indreberg**: Likeså.
- (261) Dommer **Matheson**: Likeså.
- (262) Dommer **Normann**: Likeså.
- (263) Dommer **Noer**: Likeså.
- (264) Dommer **Kallerud**: Likeså.
- (265) Dommer **Bergsjø**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bårdsen.
- (266) Justitiarius **Schei**: Likeså.
- (267) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

Anken forkastes.