

Objektivt ansvar ved ugyldig vedtak om utvisning



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 589

Leveringsfrist: 25.april 2012

Til sammen 14963 ord

25.04.2012

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	3
1.1	Avgrensninger.....	4
1.2	Begrepsbruk.....	5
1.3	Kilder og metode.....	5
1.4	Statistikk.....	7
1.5	Krav om erstatning behandlet i forvaltningen.....	9
1.6	Opplegget videre.....	10
2	UTVISNING.....	11
2.1	Vilkårene for utvisning.....	11
2.2	Hensynene utvisningsreglene bygger på.....	13
2.3	Utvisning etter EMK.....	13
2.4	Domstolskontroll.....	15
3	ANSVARSGRUNNLAG ETTER UTLENDINGSLOVEN.....	17
4	ANSVARSGRUNNLAG ETTER ALMINNELIGE ERSTATNINGSRETTLIGE REGLER.....	19
4.1	Subjektivt ansvar.....	19
4.2	Subjektivt ansvar ved ugyldig vedtak om utvisning.....	21
4.3	Objektivt ansvar.....	22
4.3.1	De relevante hensyn.....	23
4.3.2	Reitgjerdet- dommen.....	31
4.3.3	Advokatbevillingsdommen.....	32
4.3.4	Oppsummering av rettspraksis.....	34
4.3.5	Særlig om borgerens medvirkning.....	35
4.3.6	Hensynene ved feil subsumsjon og faktisk villfarelse.....	37
4.4	Objektivt ansvar ved ugyldig vedtak om utvisning.....	39
4.4.1	Legalitetsprinsippet.....	39
4.4.2	Hensynet til forvaltningens måloppnåelse.....	40
4.4.3	Avveining av hensynene.....	43
5	ANSVARSGRUNNLAGET ETTER EMK.....	44
5.1	Ansvarsgrunnlag etter EMK art. 41.....	45
5.2	Ansvarsgrunnlag etter EMK art. 13.....	47
6	OPPSUMMERING OG RETTSPOLITIKK.....	48

1 Innledning

Problemstillingen i denne oppgaven er hvorvidt staten er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag for ugyldig vedtak om utvisning etter utlendingsloven.

Ansvarsgrunnlag er et grunnvilkår for at et krav om erstatning foreligger.¹ Det er klart at staten kan bli erstatningsansvarlig for ugyldige utvisningsvedtak etter regelen om arbeidsgiveransvar i skadeerstatningsloven § 2-1. Et vedtak om utvisning kan imidlertid være ugyldig, uten at det foreligger ansvarsgrunnlag etter § 2-1. Staten vil da ikke bli erstatningsansvarlig som følge av det ugyldige vedtaket, med mindre ansvaret er objektivt.

Det følger av rettspraksis at staten er objektivt ansvarlig for ugyldige vedtak dersom «særlige hensyn» foreligger.² Problemstillingen kan dermed preiseres til hvorvidt «særlige hensyn» foreligger ved ugyldig vedtak om utvisning, slik at ansvaret er objektivt.

Det blir sjelden fremmet krav overfor forvaltningen om erstatning som følge av ugyldig vedtak om utvisning. Staten er aldri blitt saksøkt med krav om erstatning som følge av ugyldig vedtak om utvisning. At det fremmes få krav, kan skyldes usikkerhet om hvorvidt ansvaret er objektivt. Hovedformålet med denne oppgaven er å redusere usikkerheten om hvorvidt ansvaret er objektivt, slik utlendingen får et bedre grunnlag for å vurdere krav om erstatning.

Et ugyldig vedtak om utvisning vil ofte være i strid med EMK. Mot slutten av oppgaven gir jeg en oversikt over regler om ansvarsgrunnlag i EMK ved vedtak om utvisning i strid med konvensjonen.

1 Lødrup (2009) s. 53.

2 Rt-2010-291 (Vangen- dommen), premiss 32.

1.1 Avgrensninger

De alminnelige reglene om utvisning er gitt i utl. kap. 8. Det gjelder særlige regler om utvisning av utlendinger som omfattes av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen, jf. utl. § 109 første ledd, jf. §§ 122-124.³ Ansvarsgrunnlaget ved ugyldig vedtak om utvisning etter utl. §§ 122-124 blir ikke drøftet.

Et vedtak om utvisning kan kjennes ugyldig av domstolene.⁴ Forvaltningen kan slå fast at et vedtak om utvisning er ugyldig, enten etter klage etter reglene i fvl. §§ 28-34, eller ved omgjøring uten klage, jf. fvl. § 35 første ledd bokstav c.⁵ Det må antas at det gjelder særlige regler om ansvarsgrunnlag når forvaltningen slår fast at et vedtak er ugyldig etter klage.⁶ Reglene om ansvarsgrunnlag når forvaltningen slår fast at et vedtak er ugyldig etter klage, blir ikke behandlet.

I tillegg til at det må foreligge ansvarsgrunnlag, er et krav om erstatning betinget av at det foreligger et økonomisk tap, og adekvat årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det økonomiske tapet.⁷ Vilkårene om årsakssammenheng og økonomisk tap faller utenfor oppgavens problemstilling, og vil ikke bli behandlet.⁸

Det gjelder særskilte regler om erstatning for sakskostnader.⁹ Reglene om erstatning for sakskostnader blir ikke behandlet.

3 EØS-avtalen ble gjennomført i norsk rett ved EØS-loven, jf. EØS-loven § 1. EØS-loven § 2 gir EØS-avtalen forrang i norsk rett, slik at enhver gjennomført EØS-regel ved motstrid går foran enhver norsk regel på lov- eller forskriftsnivå.

4 jf. f. eks. Rt-2001-995 på s. 1000.

5 Forvaltningsloven kommer til anvendelse i saker etter utlendingsloven, jf. utl. § 80.

6 Dette er ikke uttrykkelig fastslått av Høyesterett, men i Rt-1997-343 ble det uttalt at: «*Mot erstatningsansvar for kommunen kan det nok anføres at hvor det er klageadgang, må det i atskillig utstrekning - uten at erstatningsansvar utløses - aksepteres at det gjøres feil som blir rettet opp i klageinstansen*», jf. dommen på s. 363.

7 Lødrup (2009) s. 53-54.

8 Reglene om årsakssammenheng er behandlet i Lødrup (2009) kap. 9 og 10, Nygaard kap. 5. Reglene om økonomisk tap er behandlet i Lødrup (2009) del 5, og Nygaard kap. 3.

9 Jf. fvl. § 36 og tvl. kap. 20.

1.2 Begrepsbruk

Med «vedtak» mener jeg enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 bokstav b, jf. bokstav a. Et vedtak om utvisning er et enkeltvedtak. Med «ugyldig vedtak om utvisning» mener jeg et vedtak om utvisning etter utl. kap. 8 som er kjent ugyldig av domstolene, eller hvor forvaltningen har slått fast at vedtaket er ugyldig uten klage.¹⁰ I enkelte tilfeller sikter jeg også til vedtak om utvisning som er omgjort etter klage, eller til utvisning etter § 122-124, med betegnelsen «ugyldig vedtak om utvisning». Det vil komme klart frem av sammenhengen når jeg bruker betegnelsen i denne sistnevnte betydning.

Med «forvaltningen» mener jeg «ethvert organ for stat eller kommune», jf. fvl. § 1, annet punktum. Jeg bruker betegnelsen «det offentlige» synonymt med «forvaltningen».

Med «subjektivt ansvar» mener jeg ansvar for skader som er voldt ved uforsvarlig adferd. Jeg bruker ordet «skyldansvar» synonymt med subjektivt ansvar. Med «objektivt ansvar» mener jeg ansvar uten skyld. Objektivt ansvar for ugyldige vedtak kan minne om et skyldansvar, fordi forvaltningen må ha begått en feil som har ført til at vedtaket er blitt ugyldig. Objektivt ansvar for ugyldig vedtak skiller seg imidlertid fra et skyldansvar ved at ansvar inntreer, uavhengig av om feilen skyldes uforsvarlig adferd.¹¹

Jeg bruker betegnelsen «rettsvillfarelse» om feil rettsanvendelse, og «faktisk villfarelse» om tilfeller hvor forvaltningen har lagt feil faktum til grunn.¹² Dersom et vedtak er ugyldig, uten at det foreligger skyld, betegner jeg villfarelsen som «unnskyldelig».

1.3 Kilder og metode

¹⁰ jf. avgrensningen ovenfor under 1.1.

¹¹ At det verken dreier seg om et «rent» objektivt ansvar, eller om et «rent» subjektivt ansvar, er fremhevet av Eckhoff, jf. Eckhoff (2010) på s. 510.

¹² Dette er i tråd med begrepsbruken i den juridiske teori, jf. f. eks. Hagstrøm (1987) s. 108. Begrepene rettsvillfarelse og faktisk villfarelse blir også brukt i strafferetten. Om begrepene rettsvillfarelse og faktisk villfarelse i strafferetten, se Andenæs (2004) s. 221-232 og s. 256-276 .

En drøftelse av hvorvidt ansvarsgrunnlaget ved ugyldige vedtak om utvisning er objektivt, krever en fremstilling av reglene om utvisning. Utvisning er regulert i utlendingsloven.¹³ Loven er ganske ny, og har grundige forarbeider.¹⁴ Forarbeidene er en viktig rettskilde ved tolkning loven. Det er en god del praksis fra Høyesterett om utvisning. Praksis fra Høyesterett tillegger jeg stor vekt som rettskilde. Reglene om utvisning i den gamle loven¹⁵ er i all hovedsak videreført i den någjeldende utlendingsloven¹⁶, slik at rettspraksis om tolkningen av den gamle loven, er relevant ved tolkingen av loven som gjelder i dag.

Folkerettslige regler Norge er bundet av setter skranker for adgangen til å utvise utlendinger. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 8 har størst praktisk betydning. EMK gjelder som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning.¹⁷ Innholdet av EMK fastlegges autoritativt av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).¹⁸ Det vil derfor bli henvist til en del dommer fra EMD, ved fremstillingen av innholdet av EMK art. 8.

Ansvarsgrunnlaget ved ugyldige vedtak om utvisning er ikke regulert i utlendingsloven. Domstolene har aldri behandlet krav om erstatning etter ugyldig vedtak om utvisning. Hvorvidt ansvaret er objektivt, er ikke drøftet i den juridiske teori. Det finnes således få rettskilder som direkte gjelder spørsmålet om hvorvidt ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning.

Reglene om objektivt ansvar ved ugyldige vedtak er utviklet i rettspraksis. Hvorvidt ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning, må derfor avgjøres ved en tolkning av rettspraksis. Tre dommer fra Høyesterett er sentrale: Rt- 2010-291 (Vangendommen), Rt-1987-1495 (Reitgjerdet-dommen) og Rt-2005-416

13 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven heretter: utl.) av 15. mai 2008 nr. 35.

14 Ot.prp.nr. 75 og NOU 2004:20 er de sentrale forarbeidene. Odelstingsproposisjonen er meget grundig, og jeg siterer derfor stort sett fra den.

15 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr. 64.

16 Ot.prp.nr. 75 s. 433-435

17 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

18 Jf. EMK art. 19

(advokatbevillingsdommen). I Vangen- dommen uttaler Høyesterett seg helt generelt om hvilke hensyn som er relevante ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak. Reitgjerdet- dommen og advokatbevillingsdommen er de eneste dommene fra Høyesterett hvor objektivt ansvar uttrykkelig blir ilagt ved ugyldig vedtak.

Ved anvendelsen av rettspraksis benytter jeg meg av alminnelig juridisk metode. Jeg tolker meg først frem til hvilke rettssetninger retten har benyttet som begrunnelse for resultatet ¹⁹, og anvender så disse rettssetningene ved vurderingen av hvorvidt det gjelder et objektivt ansvar ved ugyldige vedtak om utvisning.

Når det foreligger dommer fra Høyesterett om et spørsmål, vil reelle hensyn generelt ha mindre vekt som rettskilde. Reelle hensyn blir derfor tillagt liten vekt i denne oppgaven. I de tilfeller jeg tillegger reelle hensyn vekt som selvstendig rettskilde, sier jeg dette uttrykkelig. Juridisk teori tillegger jeg ingen vekt som rettskilde.

Hvorvidt ansvaret ved ugyldige vedtak om utvisning er objektivt, beror blant annet på hvor store omkostninger det må antas at et objektivt ansvar vil medføre for staten. Omfanget av omkostningene anslår jeg med utgangspunkt i statistikk om utvisning fra nettsidene til UDI og UNE. Statistikken kunne gjerne vært mer detaljert, men den er god nok til at spørsmålet om hvorvidt ansvaret er objektivt kan drøftes på en forsvarlig måte.

1.4 Statistikk

Den praktiske betydningen av et objektivt ansvar ved ugyldig vedtak om utvisning, avhenger av hvor mange ugyldige vedtak som treffes. I det følgende anslår jeg hvor mange ugyldige vedtak som treffes, med utgangspunkt i tall fra UNE i 2010.

I 2010 behandlet UNE i underkant av 1800 utvisningssaker. Drøyt 70 vedtak ble delvis

¹⁹ Jeg tolker således dommene med sikte på å finne den «anførte ratio decidendi», jf. Skoghøy s. 335.

omgjort ved at innreiseforbudet ble (ytterligere) tidsbegrenset, mens omkring 40 vedtak ble fullstendig omgjort.²⁰ I de fleste av sakene der vedtaket ble omgjort, var utvisningsgrunnlaget brudd på utlendingsloven. I de aller fleste tilfellene der UDIs vedtak ble endret, ble endringen begrunnet med at utvisning var et uforholdsmessig tiltak. UNE behandlet 817 utvisningssaker i 2009. I 2008 behandlet UNE 323 utvisningssaker.

Det er neppe slik at alle vedtakene som ble fullstendig omgjort av UNE i 2010, var ugyldige.

For det første må det antas at noen av de omgjorte vedtakene var gyldige. UNE kan omgjøre gyldige vedtak om utvisning til gunst for utlendingen, jf. fvl. § 35 første ledd bokstav a. Omgjøring til gunst for utlendingen uten at vedtaket om utvisning må anses ugyldig, kan for eksempel skje hvor de faktiske forhold har endret seg siden vedtakstidspunktet. Hvor ofte gyldige vedtak om utvisning omgjøres til gunst for utlendingen, er det vanskelig å si noe sikkert om. Men det må antas at slik omgjøring forekommer.

For det andre skiller ikke tallene fra UNE mellom omgjøring av ugyldig vedtak etter klage, og omgjøring uten klage. Ugyldige vedtak som ble omgjort etter klage, faller utenfor min definisjon av «ugyldig vedtak om utvisning».²¹

For det tredje skiller ikke tallene mellom utvisning etter utl. kap. 8, og utvisning etter EØS- avtalen §§ 122-124. Ugyldige vedtak om utvisning etter §§ 122-124 faller også utenfor min definisjon av «ugyldig vedtak om utvisning».²²

Det må etter dette være klart at det ble truffet færre enn 40 ugyldige vedtak om

20 Tallene er hentet fra nettsidene til UNE, www.une.no. Det er ikke forklart hva som menes med «fullstendig omgjøring». Jeg legger til grunn at det betyr at vilkårene for utvisning ikke var oppfylt, slik at det ikke var adgang til verken tidsbegrenset eller tidsbegrenset utvisning.

21 Jf. ovenfor under pkt. 1.2.

22 Det må antas at et mindretall av sakene gjaldt utvisning etter §§ 122-124. Om lag ett av fire utvisningsvedtak truffet av UDI i 2010, gjaldt utvisning etter EØS- regelverket. Se UDI sine nettsider, www.udi.no.

utvisning i 2010.²³

I 2010 avgjorde domstolene rettskraftig 23 saker om gyldigheten av vedtak om utvisning. Utlendingen fikk medhold i fire av sakene. Det foreligger ikke tall for tidligere år.²⁴

1.5 Krav om erstatning behandlet i forvaltningen

Krav om erstatning etter ugyldig vedtak om utvisning kan fremmes overfor forvaltningen. I forvaltningen behandles kravene i utgangspunktet av Justisdepartementet, men UNE har fått delegert kompetanse til å erkjenne erstatningskrav på inntil kr. 200 000.²⁵

I 2011 ble det ikke fremmet noen krav overfor Justisdepartementet om erstatning etter ugyldig vedtak om utvisning. I 2010 ble to krav om erstatning fremmet overfor Justisdepartementet. I den ene saken ble det utbetalt et erstatningsbeløp på kr. 472 782 til utlendingen for dekning av tapt arbeidsinntekt og reiseutgifter. Det andre kravet er ikke behandlet.²⁶ UNE har mottatt krav om erstatning for ugyldig vedtak ved en anledning. Utlendingen fikk da erstatning for tapt arbeidsfortjeneste som følge av at utlendingen ikke hadde hatt lov til å arbeide i perioden mellom endelig avslag i klagesaken og tingrettens dom. Jeg er ikke kjent med erstatningsbeløpets størrelse.²⁷

Krav om erstatning kan også fremmes for domstolene ved søksmål mot staten, jf. utl. § 79 første ledd. Det er aldri fremmet krav om erstatning for domstolene etter ugyldig vedtak om utvisning.²⁸

23 Det kan tenkes at de ugyldige vedtakene ble truffet før 2010, men at ugyldigheten ikke ble konstatert før i 2010. For enkelhets skyld legger jeg imidlertid til grunn at alle de erstatningsbetingende vedtakene ble truffet i 2010.

24 Personlig meddelelse til meg fra UNE. Jeg er ikke kjent med hvorvidt sakene gjaldt utvisning etter utl. kap. 8, eller etter utl. §§ 122-124.

25 Personlig meddelelse til meg fra Justis- og beredskapsdepartementet.

26 Personlig meddelelse til meg fra Justis- og beredskapsdepartementet.

27 Personlig meddelelse til meg fra UNE. UNE tar forbehold om at oversikten ikke nødvendigvis er uttømmende.

28 Personlig meddelelse til meg fra UNE.

1.6 Opplegget videre

I pkt. 2 gir jeg en oversikt over reglene om utvisning. I pkt. 3 slår jeg fast at ansvarsgrunnlaget ved ugyldige vedtak om utvisning ikke er regulert i utlendingsloven. Pkt. 4 er oppgavens hoveddel, hvor jeg drøfter ansvarsgrunnlaget ved ugyldige vedtak om utvisning etter alminnelige erstatningsrettslige regler. I pkt. 4.1 gir jeg en oversikt over regelen om ansvarsgrunnlag i skl. § 2-1. I pkt. 4.2 drøfter jeg hvorvidt ansvarsgrunnlag foreligger etter skl. § 2-1 ved ugyldig vedtak om utvisning. I pkt. 4.3 fastlegger jeg innholdet av det objektive ansvaret for ugyldige vedtak, ved tolkning av rettspraksis om dette ansvaret. I pkt. 4.4 drøfter jeg hvorvidt ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning. I pkt. 5 gir jeg en oversikt over regler om ansvarsgrunnlag i EMK ved vedtak om utvisning i strid med EMK. I pkt. 6 oppsummerer jeg resultatene av drøftelsene, og kommer med noen rettspolitiske synspunkter.

2 Utvisning

Et endelig vedtak om utvisning innebærer en plikt til å forlate riket, jf. utl. § 71 første ledd. Utvisningen er til hinder for senere innreise i riket. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn ett år, jf. § 71 første ledd, annet punktum. Som hovedregel vil et utvisningsvedtak også innebære innreiseforbud i hele Schengenområdet.²⁹

En norsk statsborger kan ikke utvises, jf. § 69 første ledd. En utlending som er født i riket og som senere uavbrutt har hatt fast bopel her, kan heller ikke utvises, jf. § 69 annet ledd. En utlending som har fått tilbakekalt sitt statsborgerskap,³⁰ kan utvises på lik linje med andre utlendinger.

Et vedtak om utvisning treffes av Utlendingsdirektoratet (UDI) i første instans, jf. § 72 første ledd. Et vedtak om utvisning kan påklages til Utlendingsnemnda (UNE), jf. § 76 første ledd, annet punktum.

2.1 Vilkårene for utvisning

De objektive vilkårene for utvisning fremgår av §§ 66-68 for hhv. utlending uten oppholdstillatelse, utlending med midlertidig oppholdstillatelse og utlending med permanent oppholdstillatelse. En utlending uten oppholdstillatelse kan utvises for brudd på utlendingsloven, jf. § 66 første ledd bokstav a. Utlendinger med oppholdstillatelse kan ikke utvises for brudd på utlendingsloven.³¹ En utlending kan utvises på grunn av straff ilagt her i riket, uavhengig av oppholdsgrunnlag, jf. § 66 første ledd bokstav c, § 67 første ledd bokstav b og § 68 første ledd bokstav a. Utvisning som følge av brudd på utlendingsloven, og utvisning som følge av straff ilagt her i riket, er de mest praktiske

²⁹ Ot.prp.nr. 75 s. 280. Innreiseforbudet i hele Schengenområdet ilegges ved at utlendingen innmeldes i Schengen informasjonssystem (SIS), jf. SIS-loven § 7 nr. 2.

³⁰ Jf. statsborgerloven § 26.

³¹ En utlending med oppholdstillatelse kan imidlertid utvises for brudd på utlendingsloven dersom oppholdstillatelsen kalles tilbake etter § 63.

utvisningsgrunnene.³²

Selv om det er slått fast at de objektive vilkårene er oppfylt, skal utvisning ikke besluttes dersom utvisning «i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene», jf. § 70. Vilåret gjelder uavhengig av utvisningsgrunn, og uavhengig av hvorvidt utlendingen har oppholdstillatelse. Hvorvidt utvisning er et uforholdsmessig tiltak, beror på en sammensatt vurdering. Viktige momenter her er blant annet:

*«Forbrytelsens art, den utmålte straffen, straffebudets øverste strafferamme, ved overtrødelse av utlendingsloven; i hvilken grad utlendingen selv kan bebreides eller om det forelå aktsom god tro, utlendingens tilknytning til Norge vurdert i forhold til tilknytningen til hjemlandet, der momenter som botid og slektninger i hhv. Norge og hjemlandet, alder ved ankomst til Norge, grunnlaget for oppholdet i Norge, reiser til hjemlandet og lengden av eventuelle opphold der, språkferdigheter mv. er relevant, om utlendingen har familie og eventuelt mindreårige barn i Norge, og hensynet til dem, herunder om utlendingen bor sammen med sin familie, har omsorgsansvar for barn mv., hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt, muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet, utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser ved utvisning av denne grunn, graden av integrering gjennom blant annet utdanning og arbeid».*³³

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved forholdsmessighetsvurderingen, jf. utl. § 70 første ledd, annet punktum.³⁴ Hensynet til barnets beste er imidlertid ikke til hinder for at andre hensyn kan få avgjørende betydning i en konkret sak.³⁵ At barnets beste skulle være et grunnleggende hensyn ved forholdsmessighetsvurderingen, var ikke lovfestet i den gamle loven. Lovfestingen innebar imidlertid ingen endring i forhold til gjeldende rett.³⁶

³² Se UDI sine nettsider, www.udi.no.

³³ Ot.prp.nr. 75 s. 281

³⁴ At barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i saker om utvisning, følger også av FN's konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) art. 3 (BK). BK er inkorporert i norsk rett med forrang foran annen lovgivning, jf. mrl. §§ 2 og 3.

³⁵ jf. Rt-2005-229, premiss 52. Her kom riktignok Høyesterett etter en konkret vurdering til at utvisning var et uforholdsmessig tiltak. Det ble lagt stor vekt på hensynet til barnets beste, jf. dommens premiss 55.

³⁶ Ot.prp.nr. 75 s. 292.

Utvvisning er ikke å anse som straff i henhold til Grunnloven § 96.³⁷

2.2 Hensynene utvisningsreglene bygger på

Utvisningsreglene skal ivareta flere hensyn. For det første skal reglene om utvisning «beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsfare».³⁸ Reglene om at utvisning innebærer et innreiseforbud, skal ivareta dette hensynet. Videre skal reglene om utvisning ivareta hensynet til den alminnelige rettsfølelse, virke almenpreventivt, og ivareta hensynet til effektiv håndhevelse av utlendingslovgivningen.³⁹

2.3 Utvisning etter EMK

Flere konvensjoner Norge er bundet av har bestemmelser av betydning for konvensjonsstatenes adgang til å utvise utlendinger. Som eksempler kan nevnes FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 7 og FNs konvensjon mot tortur artikkel 3. EMK har fått størst betydning i norsk rett, ikke minst fordi denne konvensjonen håndheves og utvikles gjennom EMDs praksis. Derfor behandles bare reglene etter EMK her.

Artikkel 1 i EMK slår fast at konvensjonspartene skal sikre enhver (”everyone”) innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del 1 i konvensjonen. Det er klart at uttrykket ”enhver” omfatter enhver fysisk person innenfor konvensjonens jurisdiksjonsområde, slik at også utlendinger omfattes.⁴⁰

EMK pålegger ikke konvensjonsstatene en generell plikt til å respektere utlendingers valg av bosettelsesland. Konvensjonsstatene kan regulere utlendingers adgang til og

³⁷ Rt-2005-229, premiss 40.

³⁸ Ot.prp.nr.75 s. 288: «Det er en grunnleggende del av innvandringsreguleringen å kunne holde utenfor landets grenser personer som er uønsket her på grunn av kriminalitet eller visse andre forhold».

³⁹ Ot.prp.nr.75 s. 288-289.

⁴⁰ At også utlendinger omfattes, følger forutsetningsvis av at saker om utvisning er tatt til behandling av EMD.

opphold på statens territorium, og EMK åpner for at utlendinger kan utvises.⁴¹ EMK setter imidlertid skranke for statenes adgang til å utvise. Den mest praktiske skranken for statenes utvisningsadgang er EMK art. 8.⁴² Art. 8 verner om retten til privat- og familieliv. Utvisning kan være et inngrep enten i retten til privatliv, i retten til familieliv, eller begge deler.⁴³

Et inngrep i EMK art. 8 er ikke nødvendigvis i strid med EMK. For at inngrepet skal være konvensjonsmessig, må det være i samsvar med loven, og nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter, jf. EMK art. 8 nr. 2. Mest praktisk er spørsmålet om utvisning er «nødvendig». I nødvendighetsvilkåret ligger et krav om at utvisning må være «*justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued*».⁴⁴ At inngrepet må være «*proportionate*» oversettes gjerne med utvisning etter EMK må være «forholdsmessig».

⁴⁵

Følgende momenter inngår i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8:

*«The nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled; the time elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant's family situation, such as the length of the marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple's family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; whether there are children of the marriage, and if so, their age; and the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled.»*⁴⁶

⁴¹ se dom 18. oktober 2006 i sak Üner mot Nederland (EMD 46410/99), avsnitt 54 (storkammerdom, dissens 14-3).

⁴² EMK art. 3 kan også ha betydning for hvorvidt utlendingen kan utvises, jf. f. eks. Rt-2003-375. Her førte en anførsel om at utvisning var i strid med EMK art. 3 ikke frem.

⁴³ se f. eks. dom 23. juni 2008 i sak Maslov mot Østerrike (EMD 1638/03), avsnitt 64 (storkammerdom, dissens 16-1), hvor utvisning var et inngrep i både retten til privatliv, og i retten til familieliv.

⁴⁴ se f. eks. dom 18. oktober 2006 i sak Üner mot Nederland (EMD 46410/99), avsnitt 54.

⁴⁵ jf. f. eks. Rt-1996-1510 på s. 1521, og Rt-2009-851, premiss 47.

⁴⁶ jf. dom 18. oktober 2006 i sak Üner mot Nederland (EMD 46410/99), avsnitt 57. Momentene er gjengitt i den engelske originalteksten, da jeg ikke har funnet noen autoritativ oversettelse av dem.

Forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 8 nr. 2 faller i stor grad sammen med forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70 første ledd.⁴⁷

EMK håndheves av EMD.⁴⁸ EMDs tolkningsstil er dynamisk.⁴⁹ I flere saker har således EMD uttalt at konvensjonen er «*a living instrument*» som må fortolkes i lys av de rådende samfunnsforhold («*the present day conditions*»).⁵⁰ Domstolens dynamiske tolkningsstil innebærer at det oppstår usikkerhet omkring innholdet i konvensjonsforpliktelsene. Dels er det usikkert hvor langt konvensjonen rekker i dag, dels er det usikkert hva som vil kunne bli rettstilstanden i fremtiden som følge av senere rettsutvikling.⁵¹

I Rt-2002-557 på s. 565 uttaler Høyesterett følgende om hvordan EMK skal tolkes av norske domstoler:

«Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3».

Utvisning er ikke å anse som straff etter EMK.⁵²

2.4 Domstolskontroll

En avgjørelse fra UNE kan ikke påklages videre i forvaltningen. Vedtakene kan bare

47 Rt-1998-1795 på s. 1803. Innholdet av forholdsmessighetsvurderingen etter den gamle utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd er videreført i § 70 i § 2008-loven, jf. ot.prp.nr. 75 s. 435.

48 jf. EMK art. 19.

49 EMD sin tolkningsmetode er behandlet i Elgesem (2003).

50 Se for eksempel dom 25. april 1978 i sak Tyrer mot Storbritannia (EMD 5856/72), avsnitt 31.

51 NOU 2003: 15 s. 93

52 jf. dom 5. oktober 2000 i sak Maaouia mot Frankrike (EMD 39652/98). Dommen er avsagt i storkammer.

overprøves av domstolene, som kan oppheve vedtakene dersom de er ugyldige.⁵³ Søksmålet rettes mot staten, jf. utl. § 79.

Domstolene har full prøvelsesrett ved vurderingen av hvorvidt vilkårene for å utvise er oppfylt, derunder hvorvidt et vedtak om utvisning er forholdsmessig.⁵⁴ Hvorvidt utlendingen skal utvises når vilkårene for utvisning er oppfylt, kan domstolene ikke overprøve.⁵⁵

At et utvisningsvedtak er kjent ugyldig av domstolene, betyr ikke nødvendigvis at utlendingen har krav på oppholdstillatelse. For at utlendingen skal ha krav på oppholdstillatelse, må vilkårene for oppholdstillatelse være oppfylt.⁵⁶ Domstolene har ikke kompetanse til å avsi realitetsdom på oppholdstillatelse.⁵⁷ Hvorvidt utlendingen har krav på oppholdstillatelse, avgjøres av UDI jf. utl. § 65 første ledd.

53 NOU 2010:12 s. 108

54 Rt-2010-1430 premiss 77 når det gjelder § 29 i 1988- loven, og Rt-2009-1432 premiss 25 når det gjelder § 30 i 1988- loven.

55 Rt-1998-1795 på s. 1803.

56 Vilårene for oppholdstillatelse står i utl. kap. 3-7.

57 Rt-2011-948, premiss 44

3 Ansvarsgrunnlag etter utlendingsloven

Her drøfter jeg hvorvidt ansvarsgrunnlaget ved ugyldige vedtak om utvisning er regulert i utlendingsloven.

Den någjeldende utlendingsloven har ingen regel om ansvarsgrunnlaget ved krav om erstatning etter ugyldig vedtak. Spørsmålet om ansvarsgrunnlag ble heller ikke drøftet i forarbeidene til den någjeldende loven. Spørsmålet ble drøftet i forarbeidene til den gamle utlendingsloven. I NOU'en som lå til grunn for den gamle utlendingsloven ble følgende regel foreslått som lovens § 53 siste ledd:

*«Staten plikter å erstatte utgifter påført utlending ved vedtak etter denne lov når vedtaket blir endret etter klage eller rettslig overprøving».*⁵⁸

Det ble altså foreslått lovfestet en generell regel om objektivt ansvar for utgifter som følge av vedtak etter utlendingsloven hvor vedtaket blir endret etter klage eller rettslig overprøving. Objektivt ansvar ved ugyldige vedtak om utvisning faller inn under ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen.

Utvalget ga ingen eksempler på hvilke utgifter som skulle kunne kreves erstattet. En naturlig forståelse av «kostnader» omfatter ethvert tap som står i årsakssammenheng med vedtaket, derunder for eksempel erstatning for utreisekostnader og tapt arbeidsfortjeneste. Det må derfor antas at dette var utgifter utvalget mente utlendingen skulle ha krav på å få dekket etter bestemmelsen.

Begrunnelsen som ble gitt for regelen var at:

«... Utlendingen er her den svakere part, som bør få sin rettsstilling styrket. Statens ansvar for slike utgifter etter alminnelige rettsgrunnsetninger eller annen lovgivning er usikkert, slik at en uttrykkelig styrking av ansvaret ved lov er på sin plass. Den

⁵⁸ NOU 1983:47

*foreslåtte bestemmelsen er formet slik at både klage og rettslig overprøving kan utløse ansvaret, som er uavhengig av skyld....»*⁵⁹

Forslaget ble avvist i proposisjonen, med følgende begrunnelse:

*«Departementet er ikke enig med utvalget i at staten bør pålegges et objektivt ansvar for utgifter en utlending måtte bli påført ved å rette seg etter et vedtak som siden blir underkjent eller endret. Det kan tenkes at et negativt vedtak i første instans helt eller delvis skyldes forhold utlendingen selv er ansvarlig for, f.eks. at han har gitt ufullstendige eller uriktige opplysninger. I slike tilfeller har han etter departementets oppfatning ikke noe berettiget krav på dekning av utgiftene. Bestemmelsene i forvaltningslovens § 36 supplert med alminnelig erstatningsrett anses tilstrekkelige når et vedtak etter utlendingsloven blir endret til gunst for utlendingen.»*⁶⁰

Den første setningen i sitatet tilsier at departementet her gir uttrykk for at det ikke bør gjelde noe objektivt erstatningsansvar for ugyldige vedtak etter utlendingsloven, jf. uttalelsen om at: *«Departementet er ikke enig med utvalget i at staten bør pålegges et objektivt ansvar for utgifter en utlending måtte bli påført ved å rette seg etter et vedtak som siden blir underkjent eller endret...»*

Dersom den første setningen leses i sammenheng med sitatet for øvrig, blir det imidlertid klart at departementet ikke avviser at staten kan bli ansvarlig på objektivt grunnlag. Uttalelsen gjelder kun den foreslåtte regelen, som avvises med den begrunnelse at en utlending som på klanderverdig måte har medvirket til at vedtaket ble ugyldig, ikke bør få erstatning. Departementet uttaler seg ikke om ansvarsgrunnlaget i tilfeller hvor utlendingen ikke på klanderverdig måte har medvirket til at vedtaket ble ugyldig, men henviser til alminnelige erstatningsrettslige regler.

Forarbeidene til den gamle utlendingsloven tilsier etter dette at ansvarsgrunnlaget ved ugyldige utvisningsvedtak, derunder hvorvidt ansvaret er objektivt, reguleres av

59 NOU 1983:47 s. 308.

60 Ot.prp.nr.46 på s.180.

alminnelige erstatningsrettslige regler.

4 Ansvarsgrunnlag etter alminnelige erstatningsrettslige regler

Ansvarsgrunnlaget ved ugyldige enkeltvedtak er ikke regulert i noen egen lov. Det er heller ikke drøftet i forarbeidene til forvaltningsloven. Subjektivt ansvar for ugyldige vedtak reguleres av regelen om arbeidsgiveransvar i skl. § 2-1.⁶¹ Objektivt ansvar for ugyldige vedtak reguleres av ulovfestede regler, utviklet i rettspraksis.

Hvorvidt det er behov for et objektivt ansvar for ugyldige vedtak, avhenger av hvor strengt ansvaret er etter skl. § 2-1. Dersom ansvaret er så strengt at en villfarelse aldri vil være unnskyldelig, er det ikke behov for noe objektivt ansvar. For å illustrere behovet for et objektivt ansvar, er det derfor nødvendig å gi en fremstilling av skl. § 2-1.

Jeg gir først en oversikt over innholdet av skl. § 2-1. Deretter gir jeg noen eksempler fra rettspraksis som viser at det har praktisk betydning hvorvidt ansvaret ved ugyldige vedtak om utvisning er objektivt.

4.1 Subjektivt ansvar

Skl. § 2-1 nr. 1 lyder:

«Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt. Ansvaret omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet»

⁶¹ jf. f. eks. Rt-2010-291, premiss 29.

Skil. § 2-1 innebærer således at arbeidsgiver er ansvarlig på objektivt grunnlag for skade arbeidstaker har voldt forsettlig eller uaktsomt. I § 2-1 nr. 2 er det slått fast at regelen også gjelder for det offentlige.

§ 2-1 omfatter anonyme feil.⁶² Når det er konstatert at det foreligger skyld hos noen arbeidsgiver er ansvarlig for, er det derfor ikke nødvendig å slå fast hvem som har gjort feilen. Ved krav om erstatning etter § 2-1 som følge av et ugyldig vedtak, er det således ikke nødvendig å slå fast hvem det er som har gjort feilen som førte til at vedtaket ble ugyldig. § 2-1 omfatter også kumulative feil.⁶³ Dersom det er begått flere feil eller forsømmelser som ikke hver for seg er tilstrekkelig til å betinge ansvar, er arbeidsgiver ansvarlig dersom hele forholdet sett i sammenheng må anses erstatningsbetingende. Ved krav om erstatning etter § 2-1 som følge av et ugyldig vedtak, er det derfor ikke nødvendig at skyld foreligger hos en bestemt saksbehandler. Det er tilstrekkelig at feilene som er blitt begått, samlet sett medfører at det foreligger skyld.

Ansvar etter § 2-1 inntreffer hvor skaden er voldt «forsettlig eller uaktsomt». Det er vel nærmest utenkelig at det offentlige forsettlig skulle treffe et ugyldig vedtak. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette skyldalternativet. Uaktsomhet foreligger dersom det offentlige har opptrådt «uforsvarlig».⁶⁴ Det offentliges ansvar for feil lovforståelse er «strengt».⁶⁵

Det finnes ingen eksempler fra rettspraksis hvor staten uttrykkelig er frikjent for erstatningsansvar etter skil. § 2-1 med den begrunnelse at villfarelsen er unnskyldelig.⁶⁶ At staten aldri er blitt frikjent for erstatningsansvar etter ugyldige vedtak, kunne tilsi at ansvaret for staten etter § 2-1 er så strengt, at en villfarelse aldri vil være unnskyldelig. I

62 Rt-1950-330 på s. 330, Ot.prp.nr.48 s. 78-79.

63 Rt-1959-666 på s. 669, Ot.prp.nr.48 s. 78-79, Nygaard (2007) s. 247-249, Hagstrøm 1987 s. 258, Lødrup (2009) s. 205.

64 Vangen- dommen, premiss 49

65 Vangen- dommen, premiss 42

66 Frihagen (2010) s. 114. Frihagen uttaler seg kun om rettsvillfarelse. Praksis fra Høyesterett om ansvarsgrunnlaget ved faktisk villfarelse er meget sparsom. Den eneste relevante dommen siden 1930 er Jacobsen-dommen i Rt-1960-1374. Det er uklart hvorvidt ansvar i dommen ble ilagt på objektivt grunnlag, jf. Hagstrøm (1987) s. 75-78, Eckhoff (1988) s. 315-316. Jeg kommer tilbake til betydningen av skillet mellom faktisk og rettslig villfarelse nedenfor under pkt. 4.1.6.

så fall ville et objektivt ansvar for staten for ugyldige vedtak være uten praktisk betydning.⁶⁷

I to tilfeller har imidlertid Høyesterett ilagt staten ansvar på objektivt grunnlag.⁶⁸ Dersom ansvarsgrunnlag hadde foreligget etter skl. § 2-1 i disse sakene, hadde ikke domstolene trengt å gå inn på det vanskelige spørsmålet om ansvar på objektivt grunnlag.⁶⁹ De to dommene må derfor tas til inntekt for at et statlig vedtak kan være ugyldig, uten at det foreligger ansvar etter skl. § 2-1.⁷⁰ At et statlig vedtak kan være ugyldig, uten at ansvar for staten foreligger etter § 2-1, er også klart forutsatt i forarbeidene til skl,⁷¹ og i den juridiske teori.⁷²

4.2 Subjektivt ansvar ved ugyldig vedtak om utvisning

Her gir jeg noen eksempler som viser at et vedtak om utvisning kan være ugyldig, uten at ansvar foreligger etter skl. § 2-1.

Den vanligste årsaken til ugyldighet ved vedtak om utvisning, er at utvisning er et uforholdsmessig tiltak, jf. utl. § 70 første ledd og EMK art. 8 nr. 2.⁷³

Forholdsmessighetsvurderingen er etter sin ordlyd svært skjønnsmessig, slik at det ikke er uvanlig at det på faglig forsvarlig grunnlag kan hevdes ulike tolkinger den. I tillegg kommer at EMD har en dynamisk tolkningsstil, slik at det ofte er vanskelig for nasjonale domstoler å tolke EMK. Det er flere eksempler på dissens i Høyesterett om

67 Det finnes flere eksempler fra Høyesterett på at kommuner er blitt frikjent for erstatningsansvar på grunn av unnskyldelig villfarelse, jf. f. eks. Rt-1999-1273. De reelle hensyn som taler for objektivt ansvar for det offentlige, gjør seg imidlertid gjeldende med større styrke når et vedtak er truffet av staten, enn når vedtaket er truffet av en kommune, jf. nedenfor under pkt. 4.3.1.

68 Rt-1987-1495 (Reitgjerdet) og Rt-2005-416 (advokatbevillingsdommen)

69 I begge dommene var skyldansvar påberopt, slik at domstolene ikke var prosessuelt avskåret fra å ilegge ansvar på subjektivt grunnlag jf. Reitgjerdet - dommen på s. 1498, og advokatbevillingsdommen premiss 23.

70 I Reitgjerdet- dommen er det også klart forutsatt at det ikke forelå skyld etter § 2-1, jf. dommen på s. 1507.

71 Ot.prp.nr.48 på s. 38.

72 f. eks. Eckhoff (2010) s. 510, Hagstrøm (1987) s. 286.

73 Forholdsmessighetsvurderingen etter EMK art. 8 nr. 2 faller som nevnt i stor grad sammen med forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70. Jeg skiller derfor ikke mellom uforholdsmessighet etter EMK art. 8, og uforholdsmessighet etter EMK i eksemplene i det følgende.

hvorvidt utvisning var et uforholdsmessig tiltak, jf. Rt-2009-534, Rt-2005-238 og Rt-2000-591.⁷⁴ At det er dissens i Høyesterett, viser at villfarelse om hvorvidt utvisning er et uforholdsmessig tiltak, vil kunne være unnskyldelig. Særlig illustrerende er dommen inntatt i Rt-2009-534. Saken ble senere brakt inn for EMD. EMD kom med fem mot to stemmer til at utvisning var i strid med EMK art. 8.⁷⁵

Alle de nevnte eksemplene fra Høyesterett gjaldt ugyldighet på grunn av feil rettsanvendelse. Jeg har ikke sett noe eksempel på at Høyesterett har kommet til at et vedtak om utvisning er uforholdsmessig på grunn av faktisk villfarelse. Forholdsmessighetsvurderingen åpner imidlertid for vanskelige faktiske vurderinger.⁷⁶ Det må derfor antas at også faktisk villfarelse om hvorvidt et vedtak om utvisning er uforholdsmessig, vil kunne være unnskyldelig.

4.3 Objektivt ansvar

I rettspraksis er det utviklet en regel om objektivt erstatningsansvar for ugyldige vedtak. Rt-2010-291 (Vangen- dommen) er den siste dommen fra Høyesterett om ansvaret. Saken gjaldt spørsmål om en kommune var erstatningsansvarlig for ugyldig vedtak om å nekte bruksendring etter plan- og bygningsloven av 1985 § 93 første ledd bokstav c.⁷⁷ Saksøker var eiendomsselskapet Vangen Eiendom AS. Kommunens vedtak var blitt kjent ugyldig på grunn av manglende lovhjemmel. Høyesterett fant at det ikke var grunnlag for objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse innenfor plan- og bygningsretten. Fordi kommunens lovforståelse var forsvarlig, var det heller ikke grunnlag for erstatning etter reglene om arbeidsgiveransvar, jf. skadeserstatningsloven § 2-1 nr.1.

I premiss 33 i dommen uttalte en enstemmig Høyesterett at:

⁷⁴ I alle sakene kom Høyesterett under dissens 3-2 til at utvisning ikke var uforholdsmessig.

⁷⁵ dom 28. juni 2011 i sak Nunez mot Norge (EMD 55597/09).

⁷⁶ Det skal blant annet legges vekt på muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet, utlendingens tilknytning til Norge vurdert i forhold til tilknytningen til hjemlandet og hensynet til utlendingens familie og barn, jf. ot.prp.nr. 75 s. 281.

⁷⁷ Loven er nå opphevet.

«Ut fra den rettspraksis som foreligger, må det legges til grunn at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse».

I dommens premiss 35 ble det så uttalt at:

«Som nevnt har Høyesterett på enkelte områder pålagt det offentlige objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse. Dette er imidlertid på områder hvor det gjør seg gjeldende særlige hensyn (min uthevelse)».

Objektivt ansvar for staten foreligger altså dersom «særlige hensyn» gjør seg gjeldende.

⁷⁸

Hva som skal til for at «særlige hensyn» foreligger, slik at ansvaret er objektivt, må avgjøres ved en tolkning av rettspraksis. I det følgende gir jeg først en oversikt over hvilke hensyn som er relevante ved vurderingen av hvorvidt «særlige hensyn» foreligger. Dette gjør jeg med utgangspunkt i Vangen- dommen. Deretter undersøker jeg hvordan de relevante hensynene ble avvendt mot hverandre i Vangen dommen, Reitgjerdet – dommen og advokatbevillingsdommen, før jeg gir en sammenfatning av de tre dommene.⁷⁹

4.3.1 De relevante hensyn

I Vangen- dommen uttaler Høyesterett seg helt generelt om hvilke hensyn som taler for og imot objektivt ansvar ved uhjemlet myndighetsutøvelse som følge av feil lovtolkning. Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i denne dommen, ved drøftelsen av

⁷⁸ Liisberg (2010) argumenterer for et mer vidtgående objektivt ansvar for staten. På s. 308 omtaler han Vangen- dommen som «et heller kummerlig prejudikat» når det gjelder statens ansvar. Jeg går ikke nærmere inn på hvorvidt staten er objektivt ansvarlig også på andre områder enn hvor «særlige hensyn» gjør seg gjeldende. Uansett må det etter Vangen- dommen være klart at staten i hvert fall er objektivt ansvarlig, dersom «særlige hensyn» gjør seg gjeldende.

⁷⁹ Det objektive ansvaret for ugyldige vedtak er et «særskilt objektivt offentligrettslig ansvar». Det bygger på andre hensyn enn det alminnelige objektive ansvaret, gjerne omtalt som «ansvar for farlig bedrift», jf. Hagstrøm 1987 s. 215, og Hagstrøm 2010 s. 286-287. Om det alminnelige objektive ansvaret, se Rt-2009-1237, premiss 62, Lødrup s. 287-322, Nygaard s. 253 – 283.

de relevante hensyn.⁸⁰

Hensyn som taler for objektivt ansvar

I premiss 34 i Vangen- dommen uttaler Høyesterett at:

«Til støtte for at det offentlige ... bør pålegges objektivt ansvar, kan anføres at de organer som er satt til å håndheve loven, bør være nærmest til å vurdere hvor langt lovhjemmelen rekker. De omkostninger som borgerne blir påført ved at myndighetene tar feil av hvor langt lovhjemmelen rekker, vil ha karakter av « driftsomkostninger » ved myndighetsutøvelsen, og det kan anføres at slike omkostninger bør bæres av samfunnet, og ikke av det enkeltindivid som tilfeldigvis blir rammet».

Høyesterett anfører altså til støtte for at samfunnet bør bære tapet, at tapet vil ha karakter av «driftsomkostninger» ved myndighetsutøvelsen. Høyesterett sier imidlertid ikke hvorfor slike driftsomkostninger ved myndighetsutøvelsen bør bæres av samfunnet. Dette må avgjøres ved en tolkning av dommen.

Objektivt ansvar for ugyldige vedtak innebærer at borgeren stilles økonomisk som om skaden ikke var skjedd, uavhengig av om forvaltningen har utvist skyld. Objektivt ansvar innebærer således at tapet gjenopprettes. Ønsket om å gjenopprette tapet er blitt omtalt som «erstatningsreglenes bærende element».⁸¹ At tapet bør gjenopprettes, er begrunnet med at det fremstår som rimelig at skadevolderen dekker tapet, og ikke den unnskyldelige som rammes.⁸²

Det må antas at Høyesterett med uttalelsen om at *«de organer som er satt til å*

80 At Vangen- dommen gjelder de relevante hensyn ved feil lovtolkning, følger av premiss 33 i dommen. Hvorvidt de samme hensynene gjør seg gjeldende når myndighetsutøvelsen er ulovlig av andre grunner enn feil lovtolkning, drøfter jeg under pkt. 4.3.6 nedenfor.

81 Lødrup (2009) s. 110.

82 Lødrup (2009) s. 110: *«For mange er det en naturlig betraktning at det er den (uaktsomme) skadevolderen (eller hans forsikringsselskap) som er nærmere til å belastes tapet enn den unnskyldelige som rammes».*

håndheve loven, bør være nærmest til å vurdere hvor langt lovhjemmelen rekker», sikter til at rimelighetshensyn taler for objektivt ansvar. Organet som er satt til å håndheve loven, må forventes å ha gode kunnskaper om reglene det håndhever. Hvis organet tar feil av reglene, er det rimelig at organet bærer risikoen for feilen.

Det må imidlertid antas at Høyesterett sikter til noe mer enn bare rimelighet som et argument for objektivt ansvar for det offentlige. Legalitetsprinsippet er av grunnleggende betydning i forvaltningsretten, og har blant annet til formål å verne borgerene mot ulovlige inngrep fra det offentlige.⁸³ Det følger av legalitetsprinsippet at inngrep overfor borgerne må ha hjemmel.⁸⁴ Et ugyldig, inngripende vedtak vil være i strid med legalitetsprinsippet.⁸⁵ Erstatning bidrar til at skadene som følge av det ulovlige inngrepet avdempes, i form av etterfølgende økonomisk reparasjon. Legalitetsprinsippet taler således for at ansvaret er objektivt, ved at objektivt ansvar gir borgerne vern mot følgene av ulovlige inngrep.

Høyesterett nevner riktignok ikke hensynet til legalitetsprinsippet i Vangen- dommen. Prinsippet er imidlertid så grunnleggende i forvaltningsretten, at det må antas at Høyesterett sikter til dette som et hensyn som taler for objektivt ansvar. Praksis fra Høyesterett for øvrig gir også støtte til at legalitetsprinsippet er et sentralt hensyn ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt, jf. gjennomgangen av Reitgjerdet- og advokatbevillingsdommen nedenfor.

Legalitetsprinsippet utgjør altså en særskilt offentligrettslig begrunnelse for at ansvaret bør være objektivt, slik at tapet gjenopprettes.⁸⁶ Legalitetsprinsippet er relativt i den forstand at jo mer inngripende et vedtak er, desto større er borgerens behov for vern mot

83 Frihagen (1991) s. 38.

84 Rt-2010-612, premiss 27. Om legalitetsprinsippet, se f. eks. Graver (2007) s. 69–78, Eckhoff (2010) s. 359–381, Bernt (1983).

85 «Inngrep» er ikke legaldefinert. Ikke alle vedtak utgjør et inngrep, og det er heller ikke slik at alle inngrep krever hjemmel i lov. Et vedtak om utvisning er imidlertid klart nok et inngrep som krever hjemmel i lov. Jeg går derfor ikke nærmere inn på definisjonen av «inngrep», eller hvilke inngrep som krever hjemmel i lov. Spørsmålene er behandlet i litteraturen henviset til i noten straks ovenfor.

86 At legalitetsprinsippet kan tale for objektivt ansvar for det offentlige for ugyldige vedtak, er uttrykkelig fremhevet av Liisberg (2007) på s. 679.

ulovlige inngrep.⁸⁷ Hvorvidt legalitetsprinsippet taler for objektivt ansvar for det offentlige, beror altså på hvor inngripende det ugyldige vedtaket er.

Et ytterligere hensyn det må antas at Høyesterett sikter til med den siterte uttalelsen fra Vangen- dommen, er interessehensynet. Interessehensynet går ut på at den som har fordel av at et tiltak settes i verk, også skal bære dets omkostninger.⁸⁸

Myndighetsutøvelse vil ofte foregå i samfunnets interesse, og da taler interessehensynet for at omkostningene bæres av det offentlige.⁸⁹ At Høyesterett mener interessehensynet taler for objektivt ansvar, har uttrykkelig støtte i uttalelsen om at tapet vil ha karakter av «*driftsomkostninger*», og at det kan anføres at slike omkostninger «*bør bæres av samfunnet, og ikke av det enkeltindivid som tilfeldigvis blir rammet*».⁹⁰

Videre må det antas at Høyesterett sikter til pulveriseringshensynet med uttalelsen om at omkostningene borgerne blir påført vil ha karakter av «*driftsomkostninger*».

Pulveriseringshensynet går ut på at tapet bør plasseres der det lettest kan bæres.⁹¹ Det offentlige vil ofte ha bedre mulighet til å bære tapet enn den private part. I hvert fall har Staten en nærmest ubegrenset mulighet til å pulverisere tapet gjennom beskatning.

At pulveriseringshensynet alltid taler for objektivt ansvar for staten, tilsier at det er grunn til å være forsiktig med å legge for stor vekt på dette hensynet. Det finnes ikke en eneste dom hvor Høyesterett bygger objektivt ansvar for staten utelukkende på pulveriseringshensynet.⁹² En kommune vil ikke på samme måte som staten ha mulighet

87 Det skjerpede beviskravet i saker om straff, illustrerer dette.

88 Hagstrøm (1987) s. 171.

89 Hvorvidt offentlig virksomhet skjer i samfunnets interesse, vil variere fra saksområde til saksområde. Rettspraksis viser at den enkeltes interesse i virksomheten kan være sterkere enn samfunnets interesse i virksomheten. I så fall taler interessehensynet for at den enkelte, og ikke det offentlige, bør bære tapet. Se for eksempel Rt-1983-758, og Rt-1990-768. Interessehensynet er behandlet i Hagstrøm (1987) på s. 171-174, og meget inngående i Liisberg (2005) s. 534-567.

90 At interessehensynet taler for objektivt ansvar, har også støtte i tidligere praksis fra Høyesterett. I Rt-1960-841 tilkjente Høyesterett erstatning på objektivt grunnlag for skade påført gjennom koppevaksinasjon. Vaksinasjon var en betingelse for påmønstring som sjømann i utenriksfart. Det ble uttalt at «det må være rimelig og riktig at staten, som har påbudt vaksinasjonsinngrep i samfunnets interesse, også tar den økonomiske risiko for skader som dette måtte medføre», jf. dommen på s. 843.

91 Hagstrøm (1987) s. 175. Pulveriseringshensynet er behandlet i Lødrup (2009) s. 119-120, Nygaard (2007) s. 21, Hagstrøm (1987) s. 175-178

92 Hagstrøm (1987) s. 176. Høyesterett har etter det jeg kan se heller ikke senere bygget objektivt ansvar for staten utelukkende på pulveriseringshensynet.

til å pulverisere et tap gjennom beskatning.⁹³ Pulveriseringshensynet taler derfor i mindre grad for objektivt ansvar, når vedtaket er truffet av en kommune.

Hensyn som taler mot objektivt ansvar

Når det gjelder hensyn som taler mot et objektivt ansvar, uttales det i premiss 34 i Vangen dommen at:

«Som argument mot et slikt ansvar kan imidlertid anføres at det ikke er uvanlig at det på faglig forsvarlig grunnlag kan hevdes ulike tolkninger av en lovhjemmel. Dersom det offentlige i tilfeller hvor lovtolkningen byr på tvil, skulle være objektivt erstatningsansvarlig for å ha tolket loven annerledes enn det domstolene senere gjør, vil forvaltningen lett kunne bli for tilbakeholden i sin myndighetsutøvelse, og på denne måten vil viktige samfunnsmessige hensyn kunne bli skadelidende».

Objektivt ansvar vil kunne føre til at forvaltningen, når det på faglig forsvarlig grunnlag kan hevdes ulike tolkninger av en lovhjemmel, unnlater å treffe vedtak av frykt for erstatningsansvar. Dermed oppstår det en fare for at forvaltningen blir overforsiktig, og unnlater å treffe vedtak også i tilfeller hvor hjemmel foreligger. Hvis forvaltningen unnlater å treffe vedtak i tilfeller hvor hjemmel foreligger, vil hensynene reglene skal ivareta, ikke blir ivaretatt. «Viktige samfunnsmessige hensyn» vil da kunne bli skadelidende. Det må antas at Høyesterett sikter til dette med uttalelsen om at forvaltningen lett vil kunne *«...bli for tilbakeholden i sin myndighetsutøvelse, og på denne måten vil viktige samfunnsmessige hensyn kunne bli skadelidende».*

Den verdi som ligger i at forvaltningen i størst mulig utstrekning realiserer de samfunnsmessige mål som den er satt til å forfølge, betegner jeg i det følgende som hensynet til forvaltningens måloppnåelse.⁹⁴

Videre uttales det på samme sted i Vangen- dommen at:

⁹³ Eckhoff (1988) s. 310, Frihagen (2010) s. 144, Liisberg (2010) s. 302.

⁹⁴ Terminologien er hentet fra Stub (2008), se særlig s. 52-53.

«Det er heller ikke nødvendig med rent objektivt ansvar for å gi borgerne en tilfredsstillende beskyttelse. Borgerne er i alle fall beskyttet av det offentliges arbeidsgiveransvar, og som jeg skal komme tilbake til, er det offentliges ansvar ved feiltolking av hjemmelsloven strengt. Etter rettspraksis må forvaltningens feiltolking ha vært unnskyldelig for at den skal fritta det offentlige for ansvar».

Det er ikke helt klart hva som menes her. Uttalelsen kan forstås dithen at Høyesterett mener at skl. § 2-1 er et selvstendig argument mot objektivt ansvar, jf. setningen om at det ikke er nødvendig med rent objektivt ansvar for å gi borgerne *«tilfredsstillende beskyttelse»*. Hvorvidt borgerne er tilfredsstillende beskyttet av skl. § 2-1, avhenger imidlertid av vekten av de hensynene som taler for at borgeren bør få erstatning. Dersom hensynene som taler for at borgeren bør få erstatning veier tyngre enn hensynene mot at borgeren får erstatning, uten at vilkårene for ansvarsgrunnlag etter § 2-1 er oppfylt, kan jeg ikke se at beskyttelsen § 2-1 gir, er noe selvstendig argument mot objektivt ansvar.

En annen mulig forståelse av uttalelsen, er at den retter seg mot betydningen av prevensjonshensynet. Prevensjonshensynet i erstatningsretten går ut på et ønske om å unngå erstatningsplikt bidrar til større forsiktighet, og dermed til færre skadetilfeller.⁹⁵ Ved siden av reparasjonshensynet, blir prevensjonshensynet gjerne fremhevet som et tungtveiende argument for regler om erstatningsplikt.⁹⁶

Det er vanskelig å måle den preventive effekten av en regel.⁹⁷ Det kan kanskje antas at regler om erstatningsansvar for ugyldige vedtak bidrar til at forvaltningen treffer færre ugyldige vedtak. Ansvar etter skl. § 2-1 er imidlertid allerede så strengt, at objektivt ansvar vel neppe vil gi noen ytterligere preventiv effekt. Det er må antas at det er dette Høyesterett sikter til med uttalelsen om at det ikke er nødvendig med rent objektivt ansvar for å gi borgerne en *«tilfredsstillende beskyttelse»*. Prevensjonshensynet taler

⁹⁵ Om prevensjonshensynet, se Lødrup (2009) s. 112-119, Nygaard (2007) s. 20-21.

⁹⁶ I Ot.prp.nr. 33 uttaler departementet på s. 16 at: «*Erstatningsansvar* bygger tradisjonelt på hensynet til prevensjon og reparasjon».

⁹⁷ Lødrup (2009) s. 112, Nygaard (2007) s. 20.

altså ikke for objektivt ansvar for ugyldige vedtak. Jeg kan imidlertid vanskelig se at det er et argument mot objektivt ansvar, at objektivt ansvar ikke vil ha noen preventiv effekt.

Videre uttaler Høyesterett til slutt i premiss 34 at:

«Da borgerne i tilfeller hvor tolkingen av hjemmelsloven byr på forstandig tvil, sjelden vil ha hatt et beskyttelsesverdige grunnlag for å innrette seg på en bestemt tolking, fremstår det etter min mening som den best balanserte løsning å la det offentlige ansvar for feiltolking av hjemmelslov som hovedregel bli regulert av det alminnelige arbeidsgiveransvar».

Det må være klart at erstatning er mindre rimelig når borgeren bevisst har innrettet seg på en bestemt tolkning av en tvilsom hjemmelslov. At dette skulle være et argument mot objektivt ansvar, er imidlertid noe overraskende. I lovgivningen om erstatning er slik innrettelse ikke relevant ved vurderingen av hvorvidt ansvarsgrunnlag foreligger. Innrettelsen regnes som medvirkning, som kan lede til at erstatningen settes ned eller faller bort, jf. skl. § 5-1 nr. 2, jf. nr. 1.

Hvorvidt skadelidtes medvirkning etter Vangen- dommen er et relevant hensyn ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt, drøfter jeg nedenfor under pkt. 5.1.6. Foreløpig holder det å understreke at erstatning fremstår som mindre rimelig, dersom skadelidte har medvirket til skaden.

Oppsummert, hensyn for og imot objektivt ansvar

Rimelighetshensyn taler for objektivt ansvar for ugyldige vedtak. Særlig taler rimelighetshensyn for objektivt ansvar dersom et organ har tatt feil av regler det selv forvalter. Hensynet til legalitetsprinsippet taler for objektivt ansvar ved inngripende vedtak. Vekten av dette hensynet avhenger av hvor inngripende vedtaket er. Interessehensynet taler for objektivt ansvar dersom virksomheten skjer i samfunnets

interesse. Pulveriseringshensynet taler gjennomgående for objektivt ansvar når det er staten som har truffet vedtaket.

Hensynet til forvaltningens måloppnåelse taler mot objektivt ansvar for det offentlige.

Avveining av hensynene i Vangen- dommen

I Vangen-dommen hadde kommunen tatt feil av regler den selv forvaltet, slik at rimelighetshensyn i utgangspunktet talte for objektivt ansvar. Plan- og bygningsmyndighetenes virksomhet skjer i samfunnets interesse, slik at interessehensynet også talte for objektivt ansvar.⁹⁸ Erstatningskravet i dommen gjaldt imidlertid tap av ren næringsinntekt i et profesjonelt forretningsforhold av betydelig størrelse. Et vedtak som fører til et næringstap for en profesjonell næringsdrivende ligger ikke i legalitetsprinsippets kjerneområde. Legalitetsprinsippet talte derfor med begrenset styrke for objektivt ansvar. Pulveriseringshensynet talte i hvert fall ikke entydig for objektivt ansvar, jf. at søksmålet var rettet mot en kommune.

Tolkningsspørsmålet i saken var vanskelig.⁹⁹ Vangen Eiendom hadde tatt en bevisst risiko ved å innrette seg på en bestemt tolkning, slik at medvirkningssynspunkter talte mot at selskapet burde få erstatning. I tillegg kommer at tapet som følge av det ugyldige vedtaket var stort.¹⁰⁰ Dersom kommunen var blitt ilagt erstatningsansvar, må det antas at kommunen i senere saker ville blitt meget tilbakeholden med å avslå tilsvarende søknader, særlig fra store utbyggere med potensielt store erstatningskrav. Det ville være en svært uheldig rettstilstand dersom størrelsen på et eventuelt erstatningskrav skulle være avgjørende for hvorvidt en søknad ble innvilget. Hensynet til forvaltningens måloppnåelse talte derfor med styrke mot erstatningsansvar for kommunen. At Høyesterett la avgjørende vekt på hensynet til forvaltningens måloppnåelse, fremgår av dommens premiss35 :

98 Et av formålene med dagjeldende plan- og bygningslov var således å «legge til rette for at arealbruk og bebyggelse blir til størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet», jf. lovens § 2 annet ledd (min uthevelse).

99 Høyesterett uttalte i premiss 49 at kommunens standpunkt var «faglig fullt forsvarlig».

100 Lagmannsretten hadde dømt kommunen til å betale Vangen Eiendom AS drøyt 18 millioner kroner i erstatning.

«... et objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse innenfor plan- og bygningsretten (vil) kunne medføre at viktige samfunnsmessige hensyn ikke blir tilstrekkelig ivaretatt».

4.3.2 Reitgjerdet- dommen

I rt. 1987 s. 1495 (Reitgjerdet- dommen, dissens 4-1) ble staten ilagt ansvar på objektivt grunnlag for ulovhjemlet tvangsinnleggelse og tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus. Saksøker hadde vært tvangsinnlagt på Reitgjerdet sykehus i fire perioder på tilsammen ni og et halvt år i årene 1962-1975.

Tvangsinnleggelsen og tilbakeholdelsen var uhjemlet fordi grunnvilkåret i lov om psykisk helsevern av 28. april 1961 nr 2 § 5 første ledd om at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse», ikke var oppfylt.¹⁰¹ Forholdene på sykehuset ble beskrevet som «særdeles belastende».¹⁰²

Når det gjaldt spørsmålet om ansvarsgrunnlag, uttalte et flertall på fire dommere at:

*«Tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus er et særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgoder. Etter min mening må iallfall utgangspunktet og hovedregelen være at når et slikt inngrep er blitt iverksatt uten at lovens vilkår forelå, må det medføre et objektivt erstatningsansvar overfor den som ble utsatt for inngrepet. Om en slik regel kan oppstilles helt uten reservasjoner, tar jeg ikke standpunkt til».*¹⁰³

Begrunnelsen Høyesterett ga for objektivt ansvar, var altså at det dreide seg om «et

¹⁰¹ Dissensen i dommen gjaldt spørsmålet om inngrepet hadde hjemmel. To dommere blant flertallet mente at grunnvilkåret om at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse», ikke var oppfylt ved noen av innleggelsene, jf. s. 1506 i dommen. De to andre dommerne i flertallet mente at grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» var oppfylt ved den første innleggelsen, men ikke senere, jf. s. 1512 i dommen. En dommer kom til at var hjemlet i alle de fire tilfellene.

¹⁰² Dommen s. 1508.

¹⁰³ Dommen på s. 1507. De to øvrige dommerne i flertallet sluttet seg til dette, jf. s. 1513 i dommen. Mindretallet drøftet ikke spørsmålet om ansvarsgrunnlag.

særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgodter». Hvorfor Høyesterett la vekt på dette, må avgjøres ved en tolkning av dommen.

Ved integritetskrenkelser er borgerens behov for vern mot uhjemlede inngrep særlig stort.¹⁰⁴ Legalitetsprinsippet talte således med styrke for objektivt ansvar i saken. Det dreide seg videre om virksomhet i samfunnets interesse.¹⁰⁵ Pulveriseringshensynet talte også entydig for erstatningsansvar, siden det var staten som hadde truffet vedtaket. Organet (sykehuset) hadde tatt feil av regler det selv forvaltet, slik at også rimelighetshensyn talte for objektivt ansvar.

Høyesterett uttalte seg ikke om hvorvidt hensynet til forvaltningens måloppnåelse talte mot objektivt ansvar i saken. Det kan tyde på at Høyesterett mente at objektivt ansvar ikke ville ha noen betydning for forvaltningens måloppnåelse i saken. Det kan imidlertid også tenkes at objektivt ansvar ville ha en negativ effekt på måloppnåelsen, men at dette hensynet måtte vike for hensynet til legalitetsprinsippet. Dommen gir ikke grunnlag for noen sikre slutninger om dette. Men at Høyesterett i det hele tatt ikke drøftet konsekvensene av et objektivt ansvar for forvaltningens måloppnåelse, trekker i retning av at Høyesterett mener at det skal en del til for at ansvaret ikke er objektivt, når det dreier seg om sterkt inngripende vedtak.

4.3.3 Advokatbevillingsdommen

Rt. 2005 s. 416 (advokatbevillingsdommen, dissens 4-1) gjaldt ansvarsgrunnlaget ved ugyldig avslag på søknad om advokatbevilling.

En advokat hadde fått tilbakekalt sin bevilling i medhold av domstolloven § 230 første ledd nr. 3. Grunnlaget for tilbakekallet var at advokaten hadde oversittet fristen for innsendelse av halvårsregnskap med revisorerklæring. Advokaten sendte inn de

¹⁰⁴ Stub (2008) s. 54.

¹⁰⁵ Tvangsinnleggelse kunne blant annet skje dersom pasienten var «til vesentlig fare for seg selv eller andre» (min uthevelse), jf. dagjeldende lov om psykisk helsevern § 5 første ledd.

nødvendige dokumentene, og søkte så om ny bevilling. Advokatbevillingsnemnden av slo advokatens søknad om ny bevilling, selv om den konstaterte at det forhold som lå til grunn for tilbakekallsvedtaket var ordnet. Begrunnelsen for avslaget var at det var fastslått at den nedre grense for varigheten av et tilbakekall som følge av såkalte « formalovertredelser » som hovedregel burde være ett år, jf. premiss 7 i dommen.

Flertallet i Høyesterett (fire dommere) mente det ikke var anledning til å avslå søknaden når forholdene som førte til tilbakekallet, var brakt i orden. Nemnden hadde således ikke hjemmel for å tidsbegrense tilbakekallet. Vedtaket om avslag på søknad om ny bevilling var ugyldig på grunn av rettsvillfarelse.

Om ansvarsgrunnlaget uttalte flertallet i premiss 64 i dommen:

*«Jeg finner det unødvendig å ta et generelt standpunkt til vilkårene for ansvar i tilfeller der et statlig organ har grepet feil i forståelsen av de reglene organet forvalter, med den konsekvens at det er truffet et ugyldig vedtak. Nærværende sak dreier seg om en uhjemlet myndighetsutøvelse som fratok A hans mulighet for å utøve sitt yrke, og der avslaget - som tidligere nevnt - hadde et pønalt preg. I et slikt tilfelle mener jeg at staten må ha et objektivt ansvar, selv om det også er riktig - som fremhevet av staten - at det dreier seg om et vedtak som staten ikke har truffet i egen interesse».*¹⁰⁶

Høyesterett begrunner ikke hvorfor det talte for objektivt ansvar at vedtaket fratok A hans mulighet for å utøve sitt yrke, eller hvorfor det talte for objektivt ansvar at vedtaket hadde et pønalt preg. Dette må avgjøres ved en tolkning av dommen.

Tap av yrke og yrkesinntekt rammer vitale velferdsinteresser, slik at inngrepet overfor advokaten allerede av den grunn var ganske sterkt.

¹⁰⁶ Mindretallet på en dommer mente vedtaket om avslag på søknad om ny bevilling var gyldig. Om spørsmålet om ansvarsgrunnlag uttalte mindretallet, jf. premiss 89 i dommen: «Jeg bemerker at dersom jeg som førstvoterende skulle legge til grunn at nektelsen av å utstede ny advokatbevilling 21. juni 2000 var ulovhjemlet, er jeg i det vesentlige enig i hans vurdering av erstatningsspørsmålet». Det var altså ikke dissens om ansvarsgrunnlaget.

At et vedtak har pønalt preg, betyr at vedtaket har straffekarakter.¹⁰⁷ Det er infamerende å bli ilagt en straffelignende reaksjon på feilaktig grunnlag. At et vedtak forutsetter forhold som er infamerende for en part, bidrar til at vedtaket blir mer inngripende. Samlet tilsier dette at det dreide seg om et ganske sterkt inngrep overfor advokaten. Legalitetsprinsippet talte således med ganske stor styrke for objektivt ansvar.

Videre hadde organet tatt feil av regler det selv forvaltet, slik at rimelighetshensyn talte for objektivt ansvar.

Uttalelsen om at det dreide seg om «et vedtak som ikke var truffet i statens interesse» tilsier at Høyesterett mente at interessehensynet talte imot objektivt ansvar i saken. Dette var altså likevel ikke til hinder for objektivt ansvar.¹⁰⁸

Heller ikke i advokatbevillingsdommen drøftet Høyesterett hvorvidt hensynet til forvaltningens måloppnåelse talte mot objektivt ansvar. Det er derfor vanskelig å si noe sikkert om hvorvidt hensynet til forvaltningens måloppnåelse talte mot objektivt ansvar i saken. Men at Høyesterett i det hele tatt ikke drøftet konsekvensene av et objektivt ansvar for forvaltningens måloppnåelse, trekker også her i retning av at Høyesterett mener at det skal en del til for at ansvaret ikke er objektivt, når det dreier seg om kvalifisert inngripende vedtak.

4.3.4 Oppsummering av rettspraksis

Rettspraksis taler for at hensynet til legalitetsprinsippet har stor vekt ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt. Vekten av legalitetsprinsippet varierer med inngrepets styrke. I Reitgjerdet- dommen dreide det seg om et meget sterkt inngrep i form av ulovlig frihetsberøvelse. I advokatbevillingsdommen var inngrepet ganske sterkt, men

¹⁰⁷ Jf. f. eks. Rt-1961-1217 på s. 1219.

¹⁰⁸ Det fremstår som noe underlig at vedtaket ble ansett for ikke å være i statens egen interesse, i hvert fall dersom Høyesterett bruker uttrykket «statens egen interesse» synonymt med «samfunnets interesse». Dstl. § 230 første ledd nr. 1 slår fast at Advokatbevillingsnemnden kan kalle tilbake en advokatbevilling dersom advokaten «...gjør seg skyldig i forhold som gjør vedkommende uskikket eller uverdigg til å drive advokatvirksomhet, eller som gjør at vedkommende mister den tillit som er nødvendig i yrket». Det er vel i samfunnets interesse at advokatene er skikket til å praktisere som advokater, og at de nyter den nødvendige tillit.

ikke like sterkt som i Reitgjerdet- dommen. I begge tilfeller kom Høyesterett til at det gjaldt et objektivt ansvar.

Rettspraksis gir imidlertid ikke grunnlag for å si noe eksakt om hvilken vekt hensynet til legalitetsprinsippet har i forhold til hensynet til forvaltningens måloppnåelse, jf. at dette ikke ble drøftet i verken Reitgjerdet- eller advokatbevillingsdommen. Men at Høyesterett i det hele tatt ikke drøftet konsekvensene av et objektivt ansvar for forvaltningens måloppnåelse i de to sakene, trekker som nevnt i retning av at Høyesterett mener at det skal en del til for at ansvaret ikke er objektivt, når det dreier seg om sterkt inngripende vedtak.

I Vangen- dommen kom Høyesterett til at det ikke gjaldt noe objektivt ansvar. Inngrepet var her langt svakere enn i Reitgjerdet- dommen, og svakere enn i advokatbevillingsdommen, slik at hensynet til legalitetsprinsippet i mindre grad talte for objektivt ansvar. Uansett var det avgjørende i Vangen- dommen at hensynet til forvaltningens måloppnåelse med stor styrke talte mot objektivt ansvar.

4.3.5 Særlig om borgerens medvirkning

Spørsmålet her er hvorvidt skadelidtes medvirkning er et relevant hensyn ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt. Det er nødvendig å avgjøre dette, for å avgjøre hvilke hensyn som er relevante ved vurderingen av hvorvidt «særlige hensyn» foreligger ved ugyldige vedtak om utvisning.

I premiss 34 i Vangen- dommen ble det som tidligere nevnt uttalt at borgerne:

«i tilfeller hvor tolkingen av hjemmelsloven byr på forstandig tvil, sjelden vil ha hatt et beskyttelsesverdig grunnlag for å innrette seg på en bestemt tolking», og at det derfor «fremstår som den best balanserte løsning å la det offentliges ansvar for feiltolking av hjemmelslov som hovedregel bli regulert av det alminnelige arbeidsgiveransvar».

Alternativet til at skadelidtes medvirkning anses som et relevant hensyn ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt, er at hensynet til skadelidtes medvirkning ivaretas ved anvendelse av skl. § 5-1. Anvendelse av skl. § 5-1 innebærer at skadelidtes medvirkning ikke har betydning for spørsmålet om ansvarsgrunnlag, men at erstatningen kan settes ned i den utstrekning medvirkningen taler for det.

Uttalelsen i Vangen- dommen er knyttet til spørsmålet om hvorvidt det gjelder noen hovedregel om objektivt ansvar ved feiltolkning av hjemmelslov. Høyesterett sier således ikke at anvendelse av § 5-1 er utelukket ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt på det enkelte saksområde. Vangen- dommen utelukker dermed ikke at anvendelse av skl. § 5-1 ved skadelidtes medvirkning er i tråd med gjeldende rett.

Anvendelse av skl. § 5-1 i medvirkningstilfellene har støtte i tidligere rettspraksis, jf. dommen inntatt i Rt-1992-453. Saken gjaldt krav mot staten om erstatning for tap påført lakseoppdrettere ved at importert laksesmolt hadde sykdommen furunkulose. Landbruksdepartementet hadde gitt tillatelse til importen. Høyesterett kom under dissens 3-2 til at staten var erstatningsansvarlig overfor oppdretterne etter skl. § 2-1. Ansvaret overfor en av oppdretterne ble imidlertid nedsatt til null, med den begrunnelse at oppdretternes representant «var oppmerksom på risikoen for sykdom og bevisst valgte å skyve vurderingen over på Landbruksdepartementet». ¹⁰⁹ Dommen er ikke problematisert i Vangen- dommen.

Også reelle hensyn taler for anvendelse av skl. § 5-1 ved skadelidtes medvirkning. Det kan tenkes at skadelidtes medvirkning bare tilsier delvis nedsettelse av erstatningen. Dersom skadelidtes medvirkning har betydning for hvorvidt ansvarsgrunnlag foreligger, vil skadelidte i slike tilfeller enten få for lite eller for mye erstatning, ¹¹⁰ mens anvendelse av skl. § 5-1 åpner for at erstatningen nedsettes i den utstrekning rimelighet taler for det.

¹⁰⁹ Rt-1992-453 på s. 485-488. Dommen har et omfattende faktum. For en gjennomgang av dommen, se Stabell (1996).

¹¹⁰ Skadelidte vil ikke få erstatning dersom det ikke foreligger ansvarsgrunnlag, jf. at ansvarsgrunnlag er et grunnvilkår for erstatning. Skadelidte vil få full erstatning dersom ansvarsgrunnlag foreligger.

Jeg legger etter dette til grunn at det er i tråd med gjeldende rett å anvende skl. § 5-1 ved skadelidtes medvirkning.¹¹¹ Skadelidtes medvirkning er altså ikke et relevant hensyn ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt.

4.3.6 Hensynene ved feil subsumsjon og faktisk villfarelse

Uttalelsen i Vangen dommen om hvilke hensyn som er relevante ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt, gjelder uttrykkelig ugyldighet som følge av feil lovtolkning, jf. uttalelsen i dommens premiss 33 om at slik uhjemlet myndighetsutøvelse «*står i en særstilling*». Et vedtak om utvisning kan bli ugyldig som følge av feil lovtolkning, feil subsumsjon, eller feil faktum. Det må derfor avgjøres hvorvidt de samme hensynene er relevante ved ugyldighet som følge av feil faktum og feil subsumsjon, som ved ugyldighet som følge av feil lovtolkning.

Dersom de samme hensynene ikke er relevante i alle tilfellene, kan det gjelde ulike regler om ansvarsgrunnlag, avhengig av årsaken til ugyldigheten. I så fall bør spørsmålet om hvorvidt ansvarsgrunnlaget er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning, drøftes særskilt for hver ugyldighetsårsak.

Det er en nær sammenheng mellom tolking og subsumsjon. Jo grundigere regelen utpensles under tolkingen, jo færre subsumsjonsproblemer vil oppstå. Det kan således være tilfeldig om et spørsmål løses ved tolking eller subsumsjon.¹¹² Det kan ikke antas at Høyesterett mener at det skal bero på tilfeldigheter hvilke hensyn som er relevante ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt. Det må derfor legges til grunn at Høyesterett mener at de samme hensyn gjør seg gjeldende ved ugyldighet som følge av feil subsumsjon, som ved ugyldighet som følge av feil lovtolkning.

¹¹¹ At hensynet til skadelidtes medvirkning best ivaretas ved anvendelse av skl. § 5-1, er fremhevet av Hagstrøm, jf. Hagstrøm (1988) på s. 320.

¹¹² Høgberg (2000) s. 541-542

Med uttalelsen om at ulovhjemlet myndighetsutøvelse som består i at forvaltningen har feiltolket en hjemmelslov «*står i en særstilling*», må Høyesterett dermed antas å mene at andre hensyn er relevante dersom ugyldigheten skyldes feil faktum. Høyesterett gir ingen uttrykkelig begrunnelse for hvorfor ugyldighet som følge av feil lovtolkning «*står i en særstilling*». Hvorfor ugyldighet som følge av feil lovtolkning «*står i en særstilling*», må derfor avgjøres ved en tolkning av dommen.

I Vangen- dommen legger Høyesterett til grunn at borgerens medvirkning kan være et relevant hensyn ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt. Borgeren kan medvirke til at et vedtak blir ugyldig på grunn av feil faktum.¹¹³ Borgeren kan i all hovedsak ikke medvirke til at et vedtak blir ugyldig som følge av feil lovtolkning.¹¹⁴ På dette punkt skiller således ugyldighet som følge av feil lovtolkning, seg fra ugyldighet som følge av feil faktum. Det må antas at det er dette Høyesterett sikter til med uttalelsen om at ugyldighet som følge av feil lovtolkning «*står i en særstilling*».

Etter gjeldende rett er imidlertid skadelidtes medvirkning ikke et relevant hensyn ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt. Ugyldighet som følge av feil faktum står således ikke i noen «*særstilling*» fordi borgeren kan medvirke til ugyldigheten.

Jeg kan ikke se at noen av de andre hensynene som er relevante ved vurderingen av hvorvidt ansvaret er objektivt som følge av feil lovtolkning, ikke skulle være relevante ved ugyldighet som følge av feil faktum. Ugyldighet som følge av feil faktum står derfor ikke i noen «*særstilling*». De samme hensyn er relevante ved ugyldighet på grunn av feil faktum, som ved ugyldighet på grunn av feil lovtolkning.

Jeg kan heller ikke se at vekten av de relevante hensyn er noen annen ved ugyldighet som følge av feil lovtolkning, som ved ugyldighet som følge av feil faktum eller feil subsumsjon. Jeg skiller etter dette ikke mellom de ulike årsakene til ugyldighet, når jeg i det følgende drøfter hvorvidt ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning.

113 Et eksempel på at utlendingen hadde medvirket til at et vedtak om utvisning ble ugyldig, gir LB-2010-70654.

114 Jf. Hagstrøm 1987 på s. 108 om at en rettsvillfarelse «...normalt utelukkende vil måtte tilskrives det offentlige selv».

4.4 Objektivt ansvar ved ugyldig vedtak om utvisning

Her er problemstillingen hvorvidt «særlige hensyn» foreligger, slik at ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning.

Ugyldighet vil være en følge av at UDI eller UNE har tatt feil i anvendelsen av regler de selv er satt til å håndheve, slik at rimelighetshensyn taler for at ansvaret er objektivt. Utvisningsreglene skal beskytte samfunnet mot personer som kan utgjøre en samfunnsfare, ivareta hensynet til den alminnelige rettsfølelse, virke almenpreventivt og bidra til å sikre effektiv håndhevelse av utlendingslovgivningen.¹¹⁵ Et vedtak om utvisning treffes således i samfunnets interesse, slik at også interessehensynet taler for objektivt ansvar. Pulveriseringshensynet taler også for objektivt ansvar, jf. at vedtaket vil være truffet av et statlig organ.

Hvorvidt legalitetsprinsippet taler for objektivt ansvar, avhenger av hvor inngripende et vedtak om utvisning er.

4.4.1 Legalitetsprinsippet

Et vedtak om utvisning innebærer at utlendingen må forlate Norge, og som regel hele Schengen- området, enten for alltid, eller for en tidsbegrenset periode. Vedtaket vil ofte være et inngrep i retten til familie- og/eller privatliv i EMK art. 8, og innebærer at utlendingen ikke kan arbeide i Norge i utvisningsperioden. Et vedtak om utvisning er således av stor velferdsmessig betydning for den enkelte, og må derfor kunne karakteriseres som svært inngripende.¹¹⁶

Et vedtak har pønalt preg dersom det skal virke almenpreventivt.¹¹⁷ Et vedtak om

¹¹⁵ Jf. pkt. 2.2 ovenfor.

¹¹⁶ I ot.prp.nr.75 uttaler departementet på s. 288 at «Uvisning har flere likhetstrekk med en straffereaksjon og vil i mange tilfeller også oppleves som straff».

¹¹⁷ Advokatbevillingsdommen premissene 59 og 60, Rt-1961-1217 på s. 1219.

utvisning skal virke almenpreventivt, og har derfor et pønalt preg.¹¹⁸ At et vedtak om utvisning har et pønalt preg, gjør vedtaket ytterligere inngripende.

Begrunnelsen for at et vedtak blir mer inngripende dersom det har et pønalt preg, er imidlertid at det er infamerende å bli ilagt en straffelignende reaksjon på uriktig grunnlag. Ved utvisning som følge av brudd på straffeloven, er det vel mindre grunn til å anse et vedtak om utvisning for å være infamerende. Det foreligger jo da en dom på at utlendingen har begått en straffbar handling. Det kan således hevdes at et ugyldig vedtak om utvisning på grunn av brudd på straffeloven er mindre infamerende enn et ugyldig vedtak om utvisning på grunn av brudd på utlendingsloven. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Et ugyldig vedtak om utvisning vil være svært inngripende, uansett om det er infamerende eller ikke.

Legalitetsprinsippet taler etter dette med styrke for at ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning.

4.4.2 Hensynet til forvaltningens måloppnåelse

Utvisningsreglene skal ivareta viktige samfunnsmessige hensyn.¹¹⁹ Spørsmålet her er hvorvidt disse hensynene vil bli skadelidende, dersom det gjelder et objektivt ansvar ved ugyldige utvisningsvedtak. I så fall taler hensynet til forvaltningens måloppnåelse mot at ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning.

Hensynene vil bli skadelidende dersom objektivt ansvar vil føre til at forvaltningen, av frykt for erstatningsansvar, unnlater å utvise utlendinger, når vilkårene for å utvise foreligger. Hvorvidt et objektivt ansvar vil ha en slik virkning, avhenger av hvorvidt objektivt ansvar vil føre til store erstatningsutbetalinger for staten. Dersom objektivt

118 I Rt-2011-948, premiss 35 uttalte Høyesterett at: «Overtredelser av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem, som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge».

119 jf. gjengivelsen av hensynene ovenfor under pkt. 4.4.

ansvar ikke vil føre til store erstatningsutbetalinger for staten, er det liten grunn til å anta at objektivt ansvar vil føre til at forvaltningen unnlater å utvise utlendinger, av frykt for erstatningsansvar.

Omfanget av statens erstatningsutbetalinger ved objektivt ansvar vil ikke kunne bli større enn utlendingenes totale økonomiske tap som følge av ugyldige vedtak om utvisning.¹²⁰ Det foreligger i dag ingen oversikt over utlendingenes totale økonomiske tap som følge av ugyldige vedtak om utvisning. Omfanget av tapet avhenger av en rekke faktiske og rettslige forhold. På bakgrunn av den foreliggende statistikk er det umulig å si sikkert hvor stort tapet er, men det er mulig å antyde omfanget av tapet.

I det følgende antyder jeg omfanget av utlendingenes samlede økonomiske tap som følge av ugyldige vedtak i 2010. Tapets omfang vil avhenge av hvor mange ugyldige vedtak som ble truffet i 2010, og hvorvidt den enkelte utlending hadde et økonomisk tap som følge av det ugyldige vedtaket. Jeg tar utgangspunkt i utvisningstallene fra UNE for 2010.

Det ble truffet færre enn 40 ugyldige vedtak om utvisning i 2010.¹²¹

Neste spørsmål er hvorvidt vilkårene om årsakssammenheng og økonomisk tap var oppfylt, i tilfellene hvor det ble truffet et ugyldig vedtak. Praktiske tap som følge av ugyldige vedtak om utvisning er tapt arbeidsfortjeneste og utreisekostnader.

At et vedtak om utvisning må anses ugyldig, innebærer ikke nødvendigvis at vilkårene for oppholdstillatelse er oppfylt. Dersom vilkårene for oppholdstillatelse ikke var oppfylt i perioden fra vedtakstidspunktet til ugyldigheten ble konstatert, vil det ikke foreligge årsakssammenheng mellom det ugyldige vedtaket om utvisning, og

¹²⁰ Utgiftene for staten vil bare bli like store som utlendingenes samlede økonomiske tap som følge av ugyldige vedtak, dersom alle utlendingene fremmer krav om erstatning. Det kan vel kanskje ikke antas at alle som har krav på erstatning vil fremme krav om det, selv om ansvarsgrunnlaget er objektivt. Det kan for eksempel være problemer forbundet med å dokumentere tapet, eller utlendingen kan være uvitende om adgangen til å kreve erstatning. I det følgende forutsetter jeg for enkelhets skyld at alle som har krav på erstatning vil fremme krav om det, dersom ansvarsgrunnlaget er objektivt.

¹²¹ Jf. pkt. 1.4.

utlendingens eventuelle tapte arbeidsfortjeneste.

Dersom utlendingen hadde rett til å jobbe i perioden, vil tapet avhenge av hvorvidt utlendingen hadde jobb, utlendingens lønn og andre konkrete omstendigheter.

Når det gjelder tap i form av utreisekostnader, vil utlendingen ikke alltid ha reist ut av riket som følge av utvisningsvedtaket. Det kan for eksempel skyldes at utlendingen var vernet mot retur, jf. utl. § 73, at utlendingen ble gitt utsatt iverksettelse av vedtaket,¹²² eller at utlendingen ulovlig ble værende i riket. I tilfeller hvor utlendingen ikke har reist ut av riket, vil ikke utlendingen ha hatt noe økonomisk tap i form av utreisekostnader.

I de tilfellene hvor det ble truffet ugyldige vedtak i 2010, må det således antas at vilkårene om økonomisk tap og årsakssammenheng ikke alltid var oppfylt. Det må etter dette kunne slås fast at det totale omfanget av utlendingenes økonomiske tap som følge av ugyldige vedtak om utvisning, neppe var særlig stort i 2010.¹²³ Tallene fra 2010 tilsier således at statens erstatningsutbetalinger som følge av objektivt ansvar for ugyldige vedtak om utvisning, ikke vil bli særlig store.

Det er mulig at omfanget av statens erstatningsutbetalinger som følge av objektivt ansvar vil øke i fremtiden, jf. at UNE behandlet dobbelt så mange utvisningssaker i 2010 som i 2009. Dette er det imidlertid svært vanskelig å si noe sikkert om. Jeg legger i det følgende til grunn at det ikke vil skje en nevneverdig økning i antall ugyldige utvisningsvedtak de nærmeste årene.

Oppsummert, hensynet til forvaltningens måloppnåelse

Drøftelsen ovenfor har vist at det treffes få ugyldige vedtak om utvisning. Vilårene

¹²² jf. utl. § 90.

¹²³ Det kan tenkes at ansvargrunnlag forelå etter skl. § 2-1 i enkelte av sakene. I så fall må erstatningsutbetalingene ved ansvar etter § 2-1 trekkes fra det totale økonomiske tapet, ved beregningen av omfanget av statens erstatningsutbetalinger som følge av objektivt ansvar. På bakgrunn av den foreliggende statistikken er det umulig å vite hvorvidt ansvar forelå etter § 2-1 i sakene fra 2010. For enkelhets skyld legger jeg derfor til grunn at det ikke forelå ansvar etter § 2-1 i noen av sakene.

om årsakssammenheng og økonomisk tap vil ikke alltid foreligge, selv om det er truffet et ugyldig vedtak. Objektivt ansvar vil derfor neppe føre til at staten risikerer særlig store erstatningsutbetalinger. Det er derfor liten grunn til å anta at objektivt ansvar vil føre til at staten, av frykt for erstatningsansvar, vil unnlate å utvise utlendinger, når vilkårene for å utvise foreligger. Objektivt ansvar ved ugyldige vedtak om utvisning vil således neppe ha særlig negativ innvirkning på forvaltningens måloppnåelse. Hensynet til forvaltningens måloppnåelse taler etter dette i liten grad mot objektivt ansvar.

4.4.3 Avveining av hensynene

Hvorvidt «særlige hensyn» foreligger, slik at ansvaret etter ugyldige vedtak om utvisning er objektivt, må avgjøres ved en avveining av hensynene som taler for objektivt ansvar, mot hensynet til forvaltningens måloppnåelse.

Praksis fra Høyesterett gir et utgangspunkt for vurderingen. Dersom Høyesterett har avveid hensynene på en bestemt måte i en sak, taler det for at hensynene bør avveies på tilsvarende måte i andre saker.

Et vedtak om utvisning er et langt sterkere inngrep enn inngrepet i Vangen- dommen. I Vangen- dommen talte på den annen side hensynet til forvaltningens måloppnåelse med en helt annen styrke mot objektivt ansvar, enn ved ugyldige vedtak om utvisning. Avveiningen av hensynene i Vangen- dommen gir således liten veiledning for avveiningen av hensynene ved ugyldige vedtak om utvisning.

Reitgjerdet- og advokatbevillingsdommen gir heller ikke særlig veiledning for hvordan hensynene som taler for objektivt ansvar, skal avveies mot hensynet til forvaltningens måloppnåelse, jf. at hensynet til forvaltningens måloppnåelse ikke ble drøftet i dommene. Men at Høyesterett i det hele tatt ikke drøftet konsekvensene av et objektivt ansvar for forvaltningens måloppnåelse i de to sakene, trekker som nevnt i retning av at Høyesterett mener at det skal en del til for at ansvaret ikke er objektivt, når det dreier

seg om sterkt inngripende vedtak.

De foreliggende rettskilder gir således få sikre retningslinjer for hvordan hensynene skal veies mot hverandre. Jeg legger imidlertid avgjørende vekt på at legalitetsprinsippet med styrke taler for objektivt ansvar, og at hensynet til forvaltningens måloppnåelse i liten grad taler mot objektivt ansvar.

Jeg kommer etter dette til at ansvaret ved ugyldige vedtak om utvisning er objektivt.

5 Ansvarsgrunlaget etter EMK

Et vedtak om utvisning kan som tidligere nevnt innebære et brudd på EMK. Særlig er brudd på EMK art. 8 aktuelt, men et vedtak om utvisning kan også være et brudd på EMK art. 3. Dersom det er skjedd et brudd på EMK, oppstår spørsmålet om staten blir erstatningsansvarlig overfor utlendingen etter EMK som følge av krenkelsen, derunder hvorvidt staten blir erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag.

Ved brudd på EMK kan staten bli erstatningsansvarlig på to måter: For det første kan erstatningsansvar bli pålagt av Menneskerettighetsdomstolen (EMD), etter bestemmelsen om erstatningsansvar i EMK art. 41.¹²⁴ For det andre kan erstatningsansvar bli pålagt av nasjonale domstoler etter EMK art. 13.¹²⁵

Artiklene 13 og 41 krever at en stat som har begått et konvensjonsbrudd, så langt som mulig må gjenopprette situasjonen før menneskerettsbruddet.¹²⁶ Gjenopprettelsen trenger ikke nødvendigvis å skje i form av erstatning. Statene står fritt til å velge virkemiddel.¹²⁷ Gjenopprettelse kan blant annet skje i form av at de nasjonale domstoler konstaterer at det er skjedd en menneskerettskrenkelse.¹²⁸ Det er bare når gjenopprettelse ikke kan skje på annen måte, at EMK gir rett til erstatning som følge

124 Tidligere EMK art. 50.

125 Stenvik 2005 s. 39.

126 Rt-2004 -1868, premiss 66.

127 Rt-2004 -1868, premiss 66.

128 Rt-2004-1868, premiss 68.

av konvensjonsbrudd.

EMK art. 13 kan gi krav på erstatning for økonomisk tap som følge av konvensjonsbruddet, derunder krav om saksomkostninger, og for ikke- økonomisk tap.¹²⁹ De samme tapspostene kan kreves erstattet etter art. 41.¹³⁰ Jeg avgrenser mot krav om erstatning for saksomkostninger, og erstatning for ikke-økonomisk tap.

5.1 Ansvarsgrunnlag etter EMK art. 41

EMK art. 41 gir EMD kompetanse til å fastslå at en stat plikter å betale erstatning til en borger som er blitt utsatt for et konvensjonsbrudd. EMD realitetsbehandler sjelden utvisningssaker mot Norge.¹³¹ Erstatningsansvar for staten ilagt av EMD etter art. 41 i utvisningssaker er derfor ganske upraktisk. Det kunne tilsi at det ikke er nødvendig å behandle erstatningsansvaret etter art. 41. Hensynet til å unngå folkerettsbrudd taler imidlertid for at retten til erstatning ved saksanlegg for EMD, ikke bør være videre enn retten til erstatning ved saksanlegg for nasjonale domstoler. Følgelig må det antas at norske domstoler vil tilkjenne erstatning, dersom et krav om erstatning følger av art. 41.¹³² Jeg gir derfor en kort oversikt over innholdet av EMK art. 41.¹³³

Staten er som nevnt bare erstatningspliktig som følge av konvensjonskrenkelse dersom konvensjonsbruddet ikke kan gjenopprettes på annen måte. Hvorvidt konvensjonsbruddet kan gjenopprettes på annen måte, beror på krenkelsens karakter og de aktuelle skader. Svært ofte er saken av en slik art at full reparasjon ikke kan skje med

129S tenvik (2005) s. 40.

130 Bårdsen (2000) s. 214.

131 Et søk i EMD sin Hudoc- database viser at EMD har realitetsbehandlet to utvisningssaker mot Norge. EMD kom til at utvisning var i strid med EMK i dom 28. juni 2011 i sak Nunez mot Norge (EMD 55597/09). EMD kom til at utvisning ikke var i strid med EMK i dom 31. juli 2008 i sak Darren Omoregie og andre mot Norge (EMD 265/07).

132 At norske domstoler vil tilkjenne erstatning, dersom et krav om erstatning følger av art. 41, synes også forutsatt i Rt-2004-1868, se særlig premiss 52 i dommen.

133 Forutsetningen i det følgende er altså at krav om erstatning er anlagt for nasjonale domstoler. Når jeg i det følgende snakker om «rett til erstatning etter art. 41», er dette derfor noe upresist, da art. 41 formelt sett bare regulerer retten til erstatning ved saksanlegg for EMD. I realiteten vil imidlertid art. 41, på grunn av det nevnte hensynet til å unngå folkerettsbrudd, gi rett til erstatning også ved saksanlegg for nasjonale domstoler.

mindre det tilbys erstatning, for eksempel ved krenkende vedtak med skadefølger som ikke berøres av en eventuell opphevelse, omgjøring eller ny behandling.¹³⁴

Utlendingens lidte økonomiske tap som følge av ugyldig vedtak om utvisning vil ikke påvirkes av en senere omgjøring av utvisningsvedtaket. Dersom utlendingen har hatt et økonomisk tap som følge av et utvisningsvedtak i strid med EMK, må det derfor antas at et konvensjonsbrudd ikke kan gjenoprettes på annen måte enn ved erstatning.

Selv om konvensjonsbruddet ikke kan gjenoprettes på en annen måte enn ved erstatning, foreligger det imidlertid ikke automatisk noe krav på erstatning etter art. 41. Art. 41 slår fast at EMD «om nødvendig» skal tilkjenne den krenkede part rimelig erstatning, dersom full gjenoprettelse ikke kan gis på annen måte. Ved avgjørelsen har domstolen adgang til å utvise et visst skjønn.¹³⁵ Art. 41 gir med andre ord ikke noe krav på full gjenoprettelse i alle saker.

Det er vanskelig å si noe nærmere om hva som skal til for at erstatning anses «nødvendig». Ordlyden etterlater et betydelig rom for skjønn. EMD gir sjelden noen begrunnelse for hvorvidt erstatning er «nødvendig». Jeg går derfor ikke nærmere inn på nødvendighetsvurderingen etter art. 41.

I tilfeller hvor erstatning er «nødvendig» etter EMK art. 41, oppstår spørsmålet om ansvaret er objektivt. EMD har, etter det jeg kan se, aldri uttalt seg uttrykkelig om dette. I norsk juridisk teori er det blitt hevdet at ansvaret er objektivt.¹³⁶ En drøftelse av spørsmålet krever en omfattende gjennomgang av praksis fra EMD. Jeg går derfor ikke nærmere inn på spørsmålet.

134 Bårdsen (2000) s. 234-235. Bårdsen behandler riktignok bare spørsmålet om rett til oppreisning i artikkelen. Ordlyden i EMK art. 41 skiller imidlertid ikke mellom rett til oppreisning og rett til erstatning for økonomisk tap. Jeg legger derfor til grunn at de samme vilkårene gjelder for retten til erstatning for økonomisk tap etter art. 41, som for retten til oppreisning etter samme artikkel.

135 dom 2. oktober 1980 i sak Guzzardi mot Italia (EMD-1976-7367), avsnitt 114.

136 Bårdsen 2000 på s. 225: «Ansvarsgrunnlaget for staten er endelig slått fast i og med den fellende dommen. Noen ytterligere vurdering av dette - herunder spørsmålet om subjektiv skyld - er således ikke aktuelt». Bårdsen skriver imidlertid senere i samme artikkel (på s. 236) at graden av skyld vil spille inn under nødvendighetsvurderingen.

5.2 Ansvarsgrunnlag etter EMK art. 13

Art. 13 handler ikke direkte om erstatningsansvar, men fastsetter at den som har fått sine konvensjonsrettigheter krenket, skal «ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet». Dersom det finnes «nødvendig» for at prøvingen skal anses effektiv, gir art. 13 krav på erstatning.¹³⁷ Hvorvidt erstatning er «nødvendig» i en konkret sak, avhenger av en skjønnsvurdering. Momenter i vurderingen er konvensjonsbruddets alvor, hvilke følger det har fått for skadelidte, og hvorvidt skadelidte kan bebreides for å ha medvirket til skaden.¹³⁸ Jeg går ikke nærmere inn på nødvendighetsvurderingen etter art. 41.

Dersom erstatning er «nødvendig», oppstår spørsmålet om hvorvidt ansvarsgrunnlaget er objektivt. EMD har etter det jeg kan se aldri uttalt seg om spørsmålet. I Vangendommen drøftet Høyesterett spørsmålet om ansvarsgrunnlag etter EMK art. 13.¹³⁹ I premiss 39 uttalte Høyesterett at:

«Statene er ikke forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter».

Høyesterett viser ikke til avgjørelser fra EMD til støtte for utsagnet. EMD avgjør autoritativt hva som følger av EMK, ikke Høyesterett. Det kan således tenkes at ansvaret er objektivt etter art. 13, selv om Høyesterett klart nok mener at statene ikke er forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter. En drøftelse av spørsmålet krever imidlertid en omfattende gjennomgang av praksis fra EMD. Jeg går derfor ikke nærmere inn på spørsmålet.

¹³⁷ Rt-2001-428 på s. 445.

¹³⁸ Rt-2001-428.

¹³⁹ Vangen Eiendom AS hadde påberopt seg at kommunens nektelse av bruksendring var i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1, og at objektivt erstatningsansvar for den påståtte krenkelsen fulgte av EMK.

6 Oppsummering og rettspolitik

Drøftelsen i denne oppgaven har vist at staten er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag ved ugyldige vedtak om utvisning.

Det treffes ganske få ugyldige vedtak om utvisning. Det kunne tilsi at et objektivt ansvar ved ugyldige vedtak om utvisning har mindre praktisk betydning. På den annen side vil en utlending kunne lide et stort velferdstap som følge av et ugyldig vedtak om utvisning. I tilfeller hvor ansvarsgrunnlag ikke foreligger etter skl. §2-1, men de øvrige vilkår for å kreve erstatning er oppfylt, vil et objektivt ansvar således ha stor betydning for utlendingen .

Det fremmes svært få krav om erstatning som følge av ugyldige vedtak om utvisning. Dette kan skyldes usikkerhet om hvorvidt ansvarsgrunnlag foreligger. For å bøte på denne usikkerheten, bør det forskriftsfestes en regel om at staten er ansvarlig på objektivt grunnlag ved ugyldig vedtak om utvisning. Regelen kan inntas i utlendingsforskriften, med følgende ordlyd:

«Staten plikter å erstatte utgifter påført utlending ved ugyldig vedtak om utvisning etter utlendingsloven kap. 8 når vedtaket blir endret i forvaltningen eller etter rettslig overprøving. Staten plikter ikke å erstatte slike utgifter dersom vedtaket blir endret etter klage».

En forskriftsfestet regel vil kunne endres på kort tid dersom statens utgifter til erstatningsutbetalinger skulle bli så store, at hensynet til forvaltningens måloppnåelse tilsier at det ikke bør gjelde noe objektivt ansvar.

Det kan spørres om konklusjonen om at ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning, tilsier at ansvaret også er objektivt ved andre inngripende vedtak etter utlendingsloven. Andre inngripende vedtak etter utleningsloven er for eksempel ugyldig vedtak om nektelse av asyl etter § 28, eller tilbakekall av oppholdstillatelse etter § 63

første ledd. I slike tilfeller vil hensynene som taler for objektivt ansvar gjøre seg gjeldende med stor styrke, på samme måte som ved ugyldige vedtak om utvisning. Hvorvidt «særlige hensyn» foreligger, slik at ansvaret er objektivt, avhenger imidlertid som vist av vekten av hensynet til forvaltningens måloppnåelse. Det er svært vanskelig å si noe generelt om betydningen av et objektivt ansvar for forvaltningens måloppnåelse, fordi spørsmålet avhenger av konkrete faktiske forhold, som for eksempel hvor mange ugyldige vedtak som treffes, hvorvidt anvendelsen av regelverket er vanskelig og borgernes økonomiske tap som følge av det ugyldige vedtaket. Det er altså umulig å avgjøre hvorvidt ansvaret er objektivt på et bestemt område, uten først å kartlegge hvilke faktiske virkninger objektivt ansvar vil ha på det aktuelle området. Konklusjonen i oppgaven her om at ansvaret er objektivt ved ugyldige vedtak om utvisning, er altså i liten grad er noe argument for objektivt ansvar i andre saker etter utlendingsloven.

At spørsmålet om hvorvidt ansvaret er objektivt, i stor grad avhenger av hvilke faktiske virkninger det må antas at et objektivt ansvar vil få, kunne tilsi at det bør være opp til lovgiver å vurdere hvorvidt «særlige hensyn» foreligger, slik at det gjelder et objektivt ansvar. Lovgiver har et langt større utredningsapparat enn domstolen, og har derfor langt bedre muligheter enn domstolene til å utrede faktiske spørsmål. Etter min oppfatning er dette imidlertid ikke noe avgjørende argument mot at domstolene kan slå fast at det gjelder et objektivt ansvar på et bestemt område. Dersom domstolene slår fast at det gjelder et objektivt ansvar, og lovgiver mener objektivt ansvar er uheldig, kan lovgiver gripe inn ved etterfølgende lovendring. Dersom et krav om erstatning etter ugyldig vedtak om utvisning skulle bli fremsatt for domstolene, bør domstolene således slå fast at ansvaret er objektivt.

7 Litteraturliste

Bøker:

- Andenæs, Johs *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn, 2004
- Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen *Frihagens forvaltningsrett*, bind 1, 2. utg, 2010
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5. utg., ved Jan E. Helgesen, 2001
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*, 9. utg, 2010
- Frihagen, Arvid *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*, 1966
- Frihagen, Arvid *Forvaltningsrett bind 1: Forvaltning og kompetanse*, 3. utg, 1991
- Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utg, 2007
- Hagstrøm, Viggo *Offentligrettslig erstatningsansvar: Studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett*, 1987
- Jervell, Stephan L. *Lovgivningen i EØS*, 2002
- Liisberg, Bent *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet. Kritikk av en juridisk vranglære*, 2005.
- Lødrup, Peter m. bistand av Morten Kjelland *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg, 2009
- Nygaard, Nils *Skade og ansvar*, 6. utg, 2007
- Schei, Tore mfl., *Twisteloven kommentarutgave*, 2007 (**flere bind?**)

Artikler:

Aulstad, Johan Greger. *Utsatt iverksettelse etter forvaltningsloven § 42*. I: Jussens Venner 2010, S. 323-367.

Arnesen, Finn. *Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 1997, S. 633 flg.

Bernt, Jan Fridthjof. *Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett - noen prinsipielle betraktninger*. I: Jussens Venner 1983, S. 119 flg.

Bårdsen, Arnfinn. *Oppreisningserstatning ved den europeiske menneskerettighetsdomstolen*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2000, S. 211 flg.

Eckhoff, Torstein. *Det offentliges erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak* I: *Lov og Rett* 1988 s. 307 flg.

Elgesem, Frode. *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*. I: *Lov og rett* 2003 S. 203-230.

Fredriksen, Halvard Haukeland. *EU/ EØS-rett i norske domstoler*. I: Rapport # 3 – Europautredningen 2011.

Hagstrøm, Viggo. *Ugyldighet og erstatning. Replik til Eckhoff - og kommentar til to nye høyesterettsdommer*. I: *Lov og Rett* 1988 S. 317 flg.

Hagstrøm, Viggo. *Exit objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak*. I: *Lov og Rett* 2010 S. 285-291

Høgberg, Alf Petter. *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2000 S. 525 flg.

Liisberg, Bent. *«Exit objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak» - eller utenomsynspunkt uten rettskildevekt?* I: *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2010 S. 282-318.

Liisberg, Bent. *Objektivt erstatningsansvar for statlig myndighetsutøvelse - hvilken vei blåste egentlig « vinden i Høyesterett »?* I: *Rett og toleranse - Festskrift til Helge Johan Thue* 2007 S. 669 flg.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse I: Nybrott og odling - festskrift til Nils Nygaard* 2002 S. 323 flg.

Stabell, Tolle. *Det offentliges erstatningsansvar for kontrollvirksomhet Om rettsstilstanden etter dommene i Rt-1991-954 (« Spanor ») og Rt-1992-453 (« Furunkulose »)*. I: Jussens Venner 1996 S. 195 flg.

Stenvik, Are. *Erstatningsrettens internasjonalisering*. I: Tidsskrift for erstatningsrett nr. 1 2005 S. 33 flg.

Lover:

2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

2005 Lov om norsk statsborgerskap (statsborgerloven) av 10. juni 2005 nr. 51.

1999 Lov om Schengen informasjonssystem (SIS) [SIS-loven] av 16. juli 1999 nr. 66.

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) o.a.(EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (den gamle utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr. 64

1985 Lov om endringer i erstatningslovgivningen av 21. juni 1985 nr. 81.

1985 Plan- og bygningslov av 14. juni 1985 nr. 77.

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr. 00.

1961 Lov om psykisk helsevern av 28. april 1961 nr. 2

1915 Lov om domstolene (domstoloven) av 13. august nr. 5.1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.

Forskrifter

FOR 2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober nr. 1286.

Konvensjoner og traktater

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen)

FNs torturkonvensjon av 10. desember 1984 (Torturkonvensjonen)

Forarbeider:

Ot.prp.nr. 72 (2007-2008) Om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)

Ot.prp.nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Ot.prp.nr. 33 (1988-1989) Om lov om endringer i lov 13 mars 1981 nr 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m.v (Erstatningsansvar ved forurensningsskade)

Ot.prp.nr.46 (1986-1987) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Ot.prp.nr. 75 (1983–1984). Om lov om endringer i erstatningslovgivningen (ansvar for dyr, regress, lemping m m og endringer i bilansvarlova)

Ot.prp.nr. 48 (1965–1966) Om lov om skadeserstatning i visse forhold

NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingssaker

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov
NOU 2003: 15 Fra bot til bedring
NOU 1983:47 Ny fremmedlov

Dommer fra EMD

Dom 28. juni 2011 i sak Nunez mot Norge (EMD 55597/09).
Dom 23. juni 2008 i sak Maslov mot Østerrike (EMD 1638/03, storkammerdom)
Dom 18. oktober 2006 i sak Üner mot Nederland (EMD 46410/99, storkammerdom)
Dom 5. oktober 2000 i sak Maaouia mot Frankrike (EMD 39652/98, storkammerdom)
Dom 2. oktober 1980 i sak Guzzardi mot Italia (EMD-1976-7367), avsnitt 114.
Dom 25. april 1978 i sak Tyrer mot Storbritannia (EMD 5856/72)

Nasjonale rettsavgjørelser

Rt-2011-948
Rt-2010-1500
Rt-2010-1430
Rt-2010-612
Rt-2010-291
Rt-2009-1237
Rt-2009-851
Rt-2009-534
Rt-2007-1815
Rt-2005-1365
Rt-2005-416
Rt-2005-229
Rt-2004 -1868
Rt-2001-995
Rt-1999-1273
Rt-1997-343

Rt-1996-1510

Rt-1998-1795

Rt-1992-453

Rt-1987-1495

Rt-1972-578

Rt-1959-666

Rt-1950-330

LB-2010-70654

Sider på internett:

Utvisninger etter grunnlag, 2004 - 2010

<http://www.udi.no/arsrapport2010/Statistikk/Tabell-12/> (sitert 19. april 2012).

Praksisrapporter-2010/Utvisning/

<http://www.une.no/Praksis2/Rapporter/Praksisrapporter-2010/Utvisning/> (sitert 19. april 2012)

Praksisrapporter-2009/Utvisning/

<http://www.une.no/Praksis2/Rapporter/Praksisrapporter-2009/Utvisning/> (sitert 20. april 2012)

Praksisrapporter-2008/Utvisning/

<http://www.une.no/Praksis2/Rapporter/Praksisrapporter-2008/Utvisning/> (sitert 20. april 2012)

EMD sin saksdatabase

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (sitert 20. april 2012)