

FORVALTNINGENS PLIKTER UNDER MENNESKERETTSLOVEN.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 506
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 15214 ord

25.11.2010

Forord

Det er med ydmyket jeg skriver dette forordet. Underveis i både studieprosessen og i skriveprosessen ellers har det dukket opp hindring på hindring en ikke skulle tro en skulle overkomme. Men, med barnesangen : Gud er så stor og så sterk og så mektig, ingenting er vanskelig for han på hjernen, og tillitt i mitt hjertet til at Herren er min hyrde og leder meg på rette veier, har jeg altså klart å komme i mål. Selvsagt har jeg ikke klart det helt på egenhånd. Jeg har mange gode hjelpere jeg gjerne vil takke. Først og fremst vil jeg takke mor og far som har gitt meg røtter og vinger. Så vil jeg takke mormor som alltid har hatt tro på meg. Jeg vil også rette en stor takk til min søster carina som har vært til uvurderlig støtte. Hun har hjulpet meg med alt fra praktiske ting som barnevakt, til motivasjon og styrke til å gå på videre. Jeg vil selvsagt takke veiledren min Mads Andenæs, som i kraft av å være seg selv har smittet meg med sin entusiasme. Mine gode venner Inger og Boris har gått ved siden av meg hele veien, og lyttet til mine frustrasjoner over juridiske problemstillinger og livet for øvrig. Gode venner er godt å ha! Leon kom inn som et friskt pust helt på tampen, og har gitt meg uttallige grunner til å tenke på andre ting en juss. Ellers vil jeg også takke mine gode naboer Vigdis og Petter, Ida og Nora, Ylva, George og Alfred fordi de i kraft av sine ord og handlinger har vist at de har vært der om jeg skulle trenge dem i en tid med mange prøvelser. Helt til slutt vil jeg takke min lille engel Alexander. Han har med sine tårer og sin latter ikke en eneste dag latt meg glemme at jeg er mamman hans, og at det tross alt er det viktigste når alt kommer til alt.

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING:</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven.....	1
1.2	Mr-loven, et fremmedord eller en rettskilde for dagens lovforvaltere?	2
1.3	Formålet med avhandlingen.....	3
1.4	Strukturen i oppgaven.....	4
<u>2</u>	<u>FORVALTNINGENS PLIKTER UNDER MR-LOVEN FORANKRET I SENTRALE NASJONALE RETTSKILDER.....</u>	<u>5</u>
2.1	MR-loven i lys av Grunnlovens §110c	6
2.2	Forvaltningens plikter under mr-loven slik de kommer til uttrykk i forarbeidene..	8
2.3	Sivilombudsmannens syn på forvaltningens plikter under mr-loven.....	11
2.3.1	Sivilombudsmannens oppfatning av forvaltningens plikt til å forebygge konvensjonstridige situasjoner.....	15
<u>3</u>	<u>”KLARHETSKRAVET”, ”NASJONAL SKJØNNMARGIN” OG ”DYNAMISK TOLKNING”.....</u>	<u>17</u>
3.1	Kort drøftelse om ”klarhetskravet”.....	17
3.2	Kort om ”Nasjonal Skjønnsmargin”	19
3.3	Kort om ”Dynamisk tolkning”	20
<u>4</u>	<u>OMFATTES MR-LOVEN AV SAKSBEHANDLINGSREGLER I FORVALTNINGSLOVEN?</u>	<u>23</u>
4.1	Forvaltningslovens § 11- Veiledningsplikt.....	24
4.1.1	Formålet med veiledningsplikten.....	25

4.1.2	Omfanget av veiledningsplikten:	25
4.1.3	Innholdet av plikten:	26
4.1.4	Forvaltningens veiledningsplikt til i forhold til saksbehandlingen	29
4.1.5	Veiledningsplikt i konkret sak :	30
	Veiledningsplikt utenfor konkret sak	31
4.2	Forvaltningslovens regler for vedtaket.....	32
4.2.1	Forvaltningslovens § 24.- Vedtak skal grunnngis.....	32
4.2.2	Forvaltningslovens § 25- begrunnelsens innhold.....	33
4.2.2.1	Begrunnelse for retteslig grunnlag:	35
4.2.2.2	Forvaltningslovens §25 tredje ledd- skjønnsvurderingen:.....	39
4.2.2.3	Plikter forvaltningen å ta hensyn til prinsippet om forholdsmessighet i sin skjønnsutøvelse?	39
4.3	Forvaltningslovens §27- om underretning av klageadgang osv.....	43
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON:</u>	<u>45</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>47</u>

1 Innledning:

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for denne oppgaven er å fremheve hvilken plikt forvaltningen har til å ta hensyn til og respektere Menneskerettighetsloven av 21.mai nr. 30 1999 ved utøvelse av sin myndighet.

Menneskerettighetsloven ble inkorporert som norsk lov i 1999, og består av den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FN's konvensjon om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), samt Barnekonvensjonen som ble inntatt i mr-loven i 2003. I følge utvalget som arbeidet frem NOU 1993:18, inneholder disse sentrale konvensjonene normer som tilsvarer grunnleggende idealer i det norske samfunnet. SP er utslag av ideene om rettsstat og demokrati, mens ØSK kan sees i lys av velferdstatsprinsipp.¹ Norsk forvaltning arbeider med en rekke saker som treffer midt i mr-lovens kjernene områder. Her kan nevnes saker som omhandler helse, sosial, arbeid, utdanning, trygd og stønader. Internasjonale konvensjoner har hatt ulik anseelse som rettskilde i nasjonal rett i årenes løp, men etter at menneskerettsloven ble vedtatt i 1999, er det klart at konvensjonen EMK, SP, ØSK og barnekonvensjonen med protokoller gjelder som norsk lov, jfr mr-lovens §2. Det er ubestridt lovgivervilje at verken nasjonale lover, forskrifter, innarbeidet forvaltningspraksis, eller andre rettskilder skal kunne undergrave rettigheter beskyttet av internasjonale konvensjoner. Det følger av mr-lovens forrangsbestemmelse §3. Menneskerettslovens §1 fastslår at lovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. I følge forarbeidene til denne bestemmelsen skal loven bidra til å redusere den usikkerhet som i noen grad har hersket om menneskerettighetenes rettslige stilling, øke kunnskapen om den og signalisere menneskerettighetenes viktige plass i norsk retts og samfunnsliv.² Legger man EMDs rettskildepraksis til grunn, skal formålsparagrafene i konvensjonene tillegges stor vekt. Norge som stat bestreber seg på

¹ NOU 1993 : 18- Lover for internasjonale menneskerettigheter s. 156.

² Erik Møse- Menneskerettigheter, 2002.

å oppfylle sine folkerettslige forpliktelser, og dersom det oppstår motstrid mellom bestemmelser i MR-loven og nasjonale rettskildler, skal bestemmelsene i MR-loven gis forrang jfr mr-lovens forrangsbestemmelse §3. **Gjengi ordlyden.** De internasjonale menneskerettigheter er også beskyttet i nasjonalt lovverk gjennom den ”nye” Grunnlovsbestemmelsen § 110c. – **”Det paaligger Statens Myndigheter at respektere og sikre Menneskerettighetene.”**

Denne bestemmelsen ble vedtatt, også med sikte på å unngå eventuelt fremtidig tvil som måtte oppstå knyttet til menneskerettighetenes stilling. Det kommer tydelig frem av forarbeidene at grunnlovsbestemmelsen er ment til å være mer enn en programerklæring.³ Dette drøftes nærmere i den videre fremstillingen.

1.2 Mr-loven, et fremmedord eller en rettskilde for dagens lovforvaltere?

Motivasjonen for å se nærmere på temaet om forvaltningens plikter under MR-loven, hentet jeg blant annet fra mitt eget møte med forvaltningen. I møte med NAV – som er forkortelse for ”nye arbeids og velferdsforvaltning” , ble jeg overrasket over at det syntes som om Menneskerettighetsloven ble oppfattet mer som et fremmedord enn som en rettskilde forvaltningen er forpliktet til å ta hensyn til.

I et 6 ukers kurs i regi av NAV, oktober/ november 2010, med tittelen -”Offentlig saksbehandler”, ble kursholder oppfordret til å si noe om internasjonale menneskerettskonvensjoner. Foreleser kunne da opplyse om at konvensjonen var innarbeidet som norsk lov, og at deler av den er tatt inn i lovene på ulike saksområder. Punktum ble satt, uten å utdype dette nærmere.⁴ I skriveprosessen har jeg også latt meg forundre over hvor lite menneskerettighetene blir omhandlet i litteratur beregnet på studenter som sikter seg inn på en karriere i offentlig forvaltning. Bente Ohnstad, jurist, advokat og praktiserende rektor ved Høgskolen i Lillehammer, ajourførte sin bok ”Juss for helse og sosialarbeidere.” i april 2009. I denne boken er MR-loven ikke noe tema. Menneskerettighetene og grunnlovens §110c omtales med fire linjer til sammen, og barnekonvensjonen blir brukt som eksempel i et konkret tilfelle.⁵ At jeg velger å bruke dette som eksempel, er ikke ment som personlig kritikk, men det er ment som et

³ NOU 1993:18 s154.

⁴ Offentlig saksbehandler. 6. ukers opplæringskurs i regi av nav. Periode okt/nov. 2010

⁵ Bente Ohnstad- JUSS for helse- og sosialarbeidere 4.utg. 2009.

tankekors i forhold til hvilken rolle MR-loven kan synes å ha opplæringen av offentlige embetsmenn, og da følgelig hvordan forvaltningen forholder seg til mr-loven som rettskilde i praktiske utøvelse av sin myndighet. Selv om det i forarbeidene til forvaltningsloven ot.prp. 38 1964/65 kommer tydelig frem at det ikke forventes at forvaltningen skal bruke domstolsprosess ved tolkning av rettsreglene, er det allikevel et problem for rettsikkerheten at det kan synes som om rettsanvendere i forvaltningen har tillagt seg det Erik Boe betegner som omvendt rettskildelære⁶. I den omvendte rettskildelære griper rettsanvenderen til det som er lettest tilgjengelig, nemlig rundskriv og presidenser. Finnes ikke svar der, leter man i forskrifter, og til sist i loven. Kommer rettsanvender seg helt til loven, subsumerer de ut i fra en enkelt lov, eller en enkelt paragraf. Dette kan åpenbart betegnes som svært ensidig og kritikkverdig rettskildebruk, med tanke på at forvaltningen har myndighet til å ta inngripende avgjørelser i menneskers liv. Denne rettskildemessige fremgangsmåten er etter mine erfaringer og ”uofisielle” undersøkelser mer utbredt enn man skulle tro. Det kan kanskje sies å være forståelig med tanke på at juss forankret i internasjonale konvensjoner kan oppfattes som u håndgripelig for ”utrente”. Men, setter man det hele i et rettsikkerhetsmessig lys kan en slik arbeidsmetode ikke ansees som riktig, uansett om den utgjør forvaltningsrettslig sedvane.

Sivilombudsmannen, har som jeg skal komme tilbake til, også ved flere anledninger kritisert forvaltningen for at de i enkelt saker ikke har vist seg å være tilstrekkelig bevisst på konvensjonenes betydning på de ulike forvaltningsrettslige områdene. Med tanke på at det er forvaltningens oppgave å omsette loviverviljen i praksis, er mangel på kunnskap om MR-lovens betydning, en rettstilstand som bør tas på alvor. I denne sammenheng er det viktig å fremheve både den rettsikkerhetsmessige og den pedagogiske betydningen det, har at de som arbeider med rettslige spørsmål, også formidler til borgerne hvilke rettsregler de har å forholde seg til.

1.3 Formålet med avhandlingen.

Formålet med denne oppgaven blir derfor å fremheve og poengtere MR-lovens stilling i norsk rett, og hvilke forventninger lovgiver har til forvaltningens omgang med de

⁶ Erik Boe- *Innføring i Juss, juridisk tenkning og rettskildelære 1996, 5.opplag 2004*

internasjonale Menneskerettskonvensjoner. I sin bok ”rettskilder” har Fleicher formulert det slik at menneskerettene er ”også en del av intern norsk rett”, og finner støtte for det i Høyesterettspraksis helt fra 1960 årene. Høyesterettsjustitiarius Terje Wold hevdet tidlig at rettene som fulgte av EMK, måtte gå foran norsk lov. Torstein Eckhoff fremholdt at når det gjalt EMK, hadde det kanskje noe for seg å gi traktaten så stor gjennomslagskraft at lover som stred mot den måtte settes til side.⁷

Omfanget av denne oppgaven tillater meg ikke å skildre eksisterende forvaltningspraksis eller juridisk teori i særlig grad. Det jeg ønsker med oppgaven er å peke på, og fremheve hvilken rolle mr-loven ideelt sett skal ha i forvaltningens praktiske myndighetsutøvelse, og velger å legge vekt på sentrale nasjonale rettskilder. Slik jeg ser det er det spesielt Grunnlovens § 110 c, NOU1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter, uttalelser fra sivilombudsmannen, høyesterettspraksis og forvaltningsloven som best tjener dette formål. For å belyse forvaltningens plikt til å respekter mr-loven, vil mr-lovens § 1, mr-lovens §2 om hvilke konvensjoner og protokoller som gjelder som norsk rett, og mr-lovens forrangsbestemmelse §3 , gjennomgående brukes som referanse og tolkningsmoment. I den delen av oppgaven som beskriver hvilke plikter jeg mener Forvaltningsloven av 10. feb, 1967 selv utløser i forhold til hvordan MR-loven skal innarbeides i saksbehandlingen, har jeg brukt juridisk teori og artikler som en viktig kilde for å opparbeide forståelse.

1.4 Strukturen i oppgaven.

Strukturen er lagt opp slik at de overnevnte rettskilder blir behandlet hver for seg . Ut i fra mine betraktninger vil jeg på denne måten lettere skape en helhetlig forståelse av mr-lovens stilling i norsk rett sett med domstolenes og lovgiversøyne. Etter drøftelsen av de overnevnte rettskilder, tar jeg for meg de stadig omdiskuterte prinsippene som dukker opp ved nasjonal anvendelse av internasjonale menneskerettskonvensjoner, nemlig prinsippene om ”klarhet”, ”nasjonal skjønnsmargin” og ”dynamisk fortolkning.” For meg er det viktig å komme til forståelse av disse prinsippene, før utvalgte paragrafer i forvaltningsloven drøftes. Forståelsen av disse prinsippene er avgjørende for hvor vidt forvaltningen kan påberope seg disse i utøvelse av sin myndighet for å undergrave mr-lovens betydning på forvaltningsrettslige områder.

⁷ Mads Andenæs og Eirik Bjørges artikkel- Høyesterett og dynamisk tolkning 2010.med henvisninger.

Forholdsmessighetsprinsippet som en retningslinje forvaltningen må forholde seg ved skjønnsbaserte avgjørelser involverer bestemmelser i internasjonale konvensjoner, blir drøftet som et ledd i fremstillingen av Forvaltningslovens § 25, tredje ledd om forvaltningens plikt til å redegjøre for viktige momenter ved skjønnsutøvelsen. Rettsikkerhetsprinsippet blir drøftet som et ledd i fremstillingen av forvaltningslovens §27 som omhandler klageadgang, idet klageadgang i nasjonalt lovverk og forvaltningspraksis må sees i sammenheng med EMKs art 6. Access to court. I frykt for å gjenta poengene for mange ganger, velger jeg å ikke oppsummere punktvis underveis, men kommer heller med mer utfyllende og helhetlig konklusjon til slutt. Forvaltningens plikt til å respektere mr-loven med utgangspunkt i nasjonale rettskilder.

2 Forvaltningens plikter under mr-loven forankret i sentrale nasjonale rettskilder.

Som jeg har vært inne på tidligere , er mr-loven en samling internasjonale menneskerettskonvensjoner som Norge har innarbeidet som norsk lov gjennom inkorporering. Før loven ble vedtatt ble det nøye vurdert hvilke innarbeidelsesmetode som burde velges, inkorporasjon eller transformasjon. Etter å ha vurdert hensyn frem og tilbake, falt utvalget ned på at inkorporasjon var den inarbeidelsesmetoden som ville tjene formålet best. Formålet med inarbeidelse av menneskerettighetene, er først og fremst at nasjonalt lovverk og myndighetsutøvelse skal være i overnstemmelse med konvensjonen og konvensjonspraksis til enhver tid. Ved inkorporasjon ville lovgiver gi et signal om at de internasjonale menneskeretteigheter slik de kommer til uttrykk gjennom EMK, SP, ØSK og Barnekonvensjonen, er å anse som så viktig at de skulle gjelde på lik linse som norsk lov, og følgelig også bli tatt hensyn til som gjeldene rettsgrunnlag man på alle nivåer plikter å skjene hen til. Ved å gå inn for en egen forrangsbestemmelse i mr-loven, gis det tydelig uttrykk for at det er de nasjonale lover og praksis for myndighetsutøvelse som skal rette seg etter de internasjonale menneskerettighetene, ikke omvent. Inkorporasjon vil forplikte både lovgiver og øvrige myndigheter, så også forvaltningen til å oppdatere nasjonale lover og retningslinjer for

praktisk myndighetsutøvelse, slik at de til enhver tid ikke bare er konvensjonsmessig, men at den også utvikler seg i takt med konvensjonspraksis. Dersom det ikke er samsvar mellom forståelsen av norske regler og bestemmelser inntatt i mr-loven, er det de nasjonale reglene som skal ansees for å være missvisende. Dette i seg selv, forplikter offentlige myndigheter og rettsanvendere til å holde seg oppdatert på og rette seg etter uttalelser og dommer som kommer fra konvensjonenes kontrollorganer. Ved inkorporasjon ville konvensjonspraksis naturlig bli ansett som bindende for myndighetene, noe som er et uttalt ønske fra lovgiversside. Utvalget så det også som en fordel ved inkorporasjonen at det ikke var nødvendig å bearbeide konvensjonsteksten, men beholde den slik den ble forfattet på originalspråket. Når det gjelder mr-loven, er det den engelske og franske versjonen som er rettskraftig, den norske oversettelsen skal ansees som et hjelpemiddel.

2.1 MR-loven i lys av Grunnlovens §110c

Grunnloven- statsforfatningen troner øverst i rettskildenes hierarki som Lex Superior. Ingen lov i Norge skal eller kan være i strid med bestemmelser i Grunnloven. At grunnlovens ordlyd som vanlig teller mindre enn vanlig lov ved tolkning, skyldes at grunnloven er gammel, at den i stor grad gjelder politiske spørsmål og at den er ufullstendig. Når det gjelder grunnlovens § 110 c, er dette en ”ny” tekst i gammel drakt, og kan følgelig ikke vektes mindre fordi den er gammel. Lovutvalget presiserer i forarbeidene at § 110c skal fungere som en politisk retningslinje, og at den ved vedtakelse vil ha en klar symbolverdi. NOU 1993:18 s 159, gjør det samtidig klart at Grunnlovens §110c skal ansees som mer enn en programerklæring. Grunnlovens §110c skal gis rettslig innhold. På den måten må den tas i betraktning som den rettskilden den er, den øverste rettskilden i hierarkiet.

”Det paaligger statens myndighet at respektere og sikre menneskerettighetene”

At Menneskerettighetene er beskyttet gjennom en egen grunnlovsbestemmelse, betyr at forvaltningen er pliktet til å forholde seg til den. Lovutvalget poengterer at når det gjelder grunnlovsbestemmelse nr 110c første ledd, skal den videste tolkning av statens

myndighet legges til grunn.⁸ De etterlater ingen tvil, om at forvaltningen på alle nivåer gjennom grunnloven er pålagt å respektere og sikre menneskerettighetene. Menneskerettighetene i tredje ledd, henviser blant annet til mr-loven. Omformulerer man essensen i det lovutvalget skriver i forarbeidene, kan man si at grunnlovens §110c betyr: det påligger forvaltningen på alle nivåer å respektere og sikre alle internasjonale konvensjoner Norge er bundet av. De konvensjonene som ikke er inkorporert vil fortsatt inneha sin stilling som rettskilde med betydelig vekt, jfr presumsjonsprinsippet i RT 1984 s.1175, mens EMK, SP, ØSK og barnekonvensjonen som er inkorporert skal ha lovsrang.

At lovutvalget har brukt ord som respekter og sikre, åpner for en bred skjønnsmessig vurdering. Rettslig sett vil innholdet være avhengig av hvilken holdning forvaltningsorganer og domstoler har til konvensjonene. Betydningen og omfanget av ordene ”respekter” og ”sikre” vil få en klarer betydning etter hvert som det blir avklart gjennom rettspraksis. Det foreligger så vidt jeg vet, foreløpig ikke rettspraksis på dette området, men slik jeg ser det, peker ordene ”respektere” og ”sikre” på forvaltningens plikt til å forholde seg til mr-loven på en bevisst måte. Om konvensjonene har bestemmelser som kan tenkes å kunne gjøre seg gjeldene i en konkret sak, vil det, slik jeg ser det, være grunnlovstridig å ikke vurdere disse bestemmelser i mr-loven under saksbehandlingen. EMK, Sp, ØSK og barnekonvensjonene har lovsrang, og skal følgelig behandles som en del av rettsgrunnlaget ved forvaltningsvedtak. Selv om man i dag ikke kan synes å ha helt klart for seg hva som rettslig sett ligger i å ”respektere” og ”sikre”, vil det å overse, forbigå eller utelate under alle omstendigheter kunne oppfattes som det motsatte av å sikre og respektere. Jeg tolker det slik at et forvaltningsvedtak må vurderes som grunnlovstridig i henhold til grunnlovens §110c, dersom det hadde vært på sin plass å ta stilling til aktuelle bestemmelser i mr-loven og det ikke er gjort under saksbehandlingen. I en slik situasjon har ikke forvaltningsorganet oppfylt sin plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene slik de er pålagt gjennom grunnlovens §110c. Grunnlovens §110c har også betydning for forvaltningen i det den gir domstolene adgang til å kontrollere grunnlovsmessigheten av et forvaltningsvedtak. I realiteten utvider dette adgangen til domstolskontroll av forvaltningsvedtak på hele forvaltningsrettsområde, i det domstolene både kan prøve den rettslige og den

⁸ NOU 1993: 18 s. 156.

skjønnsmessige delen av vedtaket opp mot grunnlovens § 110c. Det er forvaltningsvedtaket i sin utforming og konsekvens som skal gjenspeile at statens myndighet, les forvaltningen har respektert og sikret menneskerettighetene i sin saksbehandling. Jfr grunnlovens §110c kan domstolene prøve om forvaltningen på alle nivåer i saksbehandlingen har hatt et bevisst forhold til mr-loven. Domstolene kan prøve om både den rettslige siden, at forvaltningen har vurdert om det finnes konvensjonsbestemmelser på det aktuelle område, om de skal komme til anvendelse eller ikke, og om konsekvensene av den beslutning de har tatt er i overensstemmelse med de artikler og formål de ulike konvensjonene har. Videre kan de også prøve om vedtaket i sin konsekvens kan sies å sikre at rettigheter beskyttet av menneskerettighetene ikke er undergravet.

2.2 Forvaltningens plikter under mr-loven slik de kommer til uttrykk i forarbeidene.

Formålet med å gjøre EMK, SP, ØSK og barnekonvensjonen til norsk lov, er i følge lovutvalget et ønske fra lovgiversside om at det skal skapes større bevissthet omkring Norges forpliktelser som følge av de internasjonale menneskerettigheter. I utredningens avsnitt 6.2.4 drøftes tre formål som ønskes oppnådd på sikt, nemlig økt kunnskap, positiv signaleffekt og en rettstilstand der norsk lovgivning og forvaltningspraksis til enhver tid tilfredsstiller kravene i mr-loven. Dette følger av at internasjonale tolkningsorganer i større grad enn her i Norge, vektlegger dynamisk tolkningsmetode. Konvensjonsbestemmelsene skal i følge EMD, oppfattes som et ”living instrument”. Selv om domstolene og forvaltningsorganer også før inkorporasjonen var forpliktet til å tolke norsk lov i tråd med presumsjonsprinsippet, kan det tenkes at norsk lovgivning og forvaltningspraksis som tidligere ble oppfattet som konvensjonsmessig, ikke lenger er det som følge av prinsippene om dynamisk tolkning. Nå som mr-loven skal hensyntages som norsk lov med forrang, kan konvensjonsstrid både i loven og forvaltningspraksis lettere oppdages, fordi forvaltningen er forpliktet til å ta hensyn til mr-loven som rettslig grunnlag på linje med andre norske lover. At inkorporasjon av EMK, SP, ØSK og Barnekonvensjonen forvaltningsrettslig sett åpner for utvidet klageadgang, og utvidet domstolskontroll av forvaltningsvedtak er med utvalgets øyne sett på som en tilsiktet og til dels ønsket konsekvens. Lovgiverviljen uttrykker et mål

om at både norsk lovgivning og forvaltningspraksis for øvrig skal være i tråd med de internasjonale menneskerettslige prinsipper til enhver tid. I følge NOU 1993:18 s. 82, er økt kunnskap om konvensjonene blant jurister og lovforvaltere noe en bør etterstrebe. Lovgiver har også som at det faktum at man har valgt å inkorporere mr-loven som norsk lov skal øke menneskerettighetens status, og gi positiv signaleffekt både hjemme og ute. I avsnitt 5.4. om gjeldene rett i NOU 1993:18, med følgende utsagn etterlater utvalget ingen tvil om at forvaltningen etter inkorporasjon av mr-loven,

- *”av eget tiltak både kan og skal ta hensyn til de internasjonale menneskerettigheter både ved utformingen av generelle forskrifter, og ved tolkning eller skjønnsutøvelse i enkeltsaker.”*⁹

- *”Med forvaltningen menes i prinsippet både statlige, kommunale og fylkeskommunale virksomhet, i den utstrekning konvensjonens materielle bestemmelser er anvendelige.”*¹⁰

Før inkorporasjonen var de internasjonale konvensjoner å anse som rettskilder med betydelig vekt. Etter inkorporasjon har EMK, SP, ØSK og barnekonvensjonen lovs rang, og skal som nevnt tidligere, ansees som et mulig rettslig grunnlag, og ikke ”bare” som et tolkningsrunnlag i forvaltningsrettslige henseender. Jfr forvaltningsloven skal alle aktuelle rettslige grunnlag vurderes i hver enkelt sak, og vedtaket skal grunngis. Før mr-loven ble inkorporert kunne mangelfullt eller sviktende rettslig grunnlag, og mangelfull begrunnelse gjøre vedtaket til gjenstand for vurdering om det kunne ansees som ugyldig. I NOU 1993:18 s. 68, presiserer utvalget at det slik rettstilstanden skal oppfattelse etter inkorporasjon av mr-loven i 1999, også kan bli snakk om folkerettsbrudd dersom forvaltningen benytter sin myndighet i strid med konvensjonsbestemmelsene. Selv om det kun er staten som er bundet av konvensjonene, kan konvensjonsstridige forvaltningsvedtak forårsake at staten blir erstatningsansvarlig både overfor fysiske og juridiske personer. Dette følger av den individuelle klageretten vi har etter EMK og SP. ØSK gir ingen individuell klageadgang, men det kan ikke presumeres ut i fra innstillingen at forvaltningen kan lempe på kravet om å respektere forpliktelser etter ØSK av den grunn. Det følger blant annet av grunnlovens §110c.

⁹ *Nou 1993:18 s. 68*

¹⁰ *Nou 1993:18 s. 68*

Når det gjelder plikten forvaltningen har til å respektere mr-loven ved skjønnsbaserte vedtak, velger lovutvalget å bruke uttalelser fra Rt 1982 s.241- Alta dommen for å belyse hva som ansees som gjeldene.

–”Reglene om domstolens adgang til å prøve gyldigheten av et forvaltningsvedtak er ikke til hinder for at domstolene fullt ut prøver om reguleringsvedtaket er i strid med folkerettslige regler.¹¹

Med dette blir det altså presisert at et forvaltningsvedtak rettslig og skjønnsmessigsett kan prøves opp mot mr-loven. Dette utløser forvaltningens plikt til også å respektere mr-loven i sine skjønnsvurderinger.

I forarbeidene til lovgivning om menneskerettigheter NOU1993:18, er forholdet mellom forvaltningsorganer og de internasjonale menneskerettskonvensjoner nøye vurdert. I Avsnitt 6.3.4 problematiserer utvalget rettsanvedernes arbeidssituasjon etter inkorporasjon av mr-loven. Konvensjonsbestemmelsene er utformet i generelle termer, eller som formålsparagrafer. Konvensjonene er ikke forfattet på norsk, selv om den norske oversettelse kan gi god veiledning. Forarbeider og konvensjonspraksis er vanskeligere tilgjengelig. Det er andre rettskildeprinsipper og tolkningsprinsipper som skal legges til grunn ved anvendelse. Utvalget viser tydelig at de ser hvilke utfordringer dette byr på for forvaltningen som rettsanvendere, og er forbredt på at flere forvaltningssaker vil klages inn for domstolene. Til tross for disse utfordringene, velger de allikevel ikke å lempe på kravene av den grunn. De påpeker i stede hvor viktig det er at forvaltningen legger ting til rette for sine medarbeidere og sørger for at de får den etterutdanning og opplæring som er nødvendig for å møte disse utfordringene. Dette kan etter min mening tolkes som en selvstendig plikt som forvaltningen også må oppfylle. I Nou 1993:18 kap. 13, har utvalget listet opp en rekke forslag om hvordan disse utfordringene kan møtes. I stede for å se mr-lovens inntog som belastende, fremhever de isteden den positive effekten forvaltningens økte plikt til å respektere de internasjonale menneskerettskonvensjonene med tiden vil ha. Fortalt med utvalgets egne ord:

-” En følge av at en eller flere menneskerettskonvensjoner innarbeides i lovgivningen, er at det skjer en klargjøring av disse konvensjonenes plass i det norske rettsystemet. En slik prinsipiell klargjøring må ubetinget ansees som en fordel for rettsanvenderene.

¹¹

2.3 Sivilombudsmannens syn på forvaltningens plikter under mr-loven.

Hvem er sivilombudsmannen, og hvilke kompetanse besitter han:

Sivilombudsmannen er stortingets tillitsmann. Jfr § 3 i sivilombudsmannsloven av 1962 Nr. 8- skal ombudsmannen søke å sikre at den offentlige forvaltning ikke øver urett mot den enkelte borger, og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.

Sivilombudsmannen kan på bakgrunn av klage fra enkeltpersoner, organisasjoner eller andre juridiske personer, undersøke, og på rettslig grunnlag uttale seg om hvorvidt den offentlige forvaltning til enhver tid har overholdt gjeldende regelverk, prinsipper for god forvaltningskikk og plikter nedfelt i internasjonale konvensjoner.

Sivilombudsmannen kan også ta opp saker på eget initiativ på bakgrunn av opplysninger kommet frem under andre omstendigheter.¹² Sivilombudsmannens uttaleleser er ikke rettslig bindene for forvaltningen, men det hersker ingen tvil om at sivilombudsmannens anbefalinger tillegges stor vekt, og at forvaltningen som regel retter seg etter sivilombudsmannens anmodninger.

Allerede i 1990, før Norge hadde inkorporert Menneskerettsloven, og før vi fikk grunnlovsbestemmelse § 110c kom sivilombudsmannen i sin årsrapport med uttalelser som beskriver hvilke plikter han anser å hvile på forvaltningen i forhold til Menneskerettighetene. Noen av de viktigste uttalelsene er gjengitt i NOU 1993:18- Lovgivning om menneskerettigheter s. 68:

”- i utgangspunktet er det forvaltningens plikt å se til at Norge gjennomfører de folkerettslige forpliktelser Norge er bundet av. Det vil derfor kunne slås fast at det ikke vil samsvare med god forvaltningskikk om forvaltningen skulle unnlate å respektere og følge opp våre internasjonale menneskerettsforpliktelser.”

Om sin egen rolle påpeker han i samme rapport, at han anser det som sin plikt å kontrollere at forvaltningen har tatt tilbørlig hensyn til de internasjonale menneskerettighetene Norge er bundet av, og dersom det ikke klart fremgår av forvaltningens avgjørelser at aktuelle konvensjonsbestemmelser er vurdert, vil det være aktuelt å be forvaltningen overveie saken på ny.¹³

¹² Sivilombudsmannens årsrapport 2009 s. 12.

¹³ NOU 1993:18 s. 69.

I sivilombudsmannens årsrapporter fra de siste 10 årene finnes flere og flere eksempler på at Sivilombudsmannen har opprettholdt denne oppfatning, og videreformidler dette syn i sitt arbeid opp mot forvaltningen. Med hensyn til de rammer denne oppgaven skal skrives under, må jeg nøye meg med ett eksempel for å understreke dette. Jeg velger å bruke et eksempel hentet fra Sivilombudsmannen nettside fordi de mest oppdaterte sakene finnes der.¹⁴ Kritikken sivilombudsmannen presenterer i følgende uttalelse er så klart og tydelig formulert at det slik jeg ser det, egner seg godt til å trekke allmenngyldige konklusjoner.

Statsborgerskap for barn – spørsmål om uavklart identitet

26. april 2010 (Sak 2009/345)

Fire irakiske barn fikk avslag på sine søknader om norsk statsborgerskap selv om moren var blitt norsk borger og to av barna var født i riket. Begrunnelsen var at deres identitet ble ansett som uavklart på grunn av usikkerhet knyttet til farens identitet. Spørsmålet var om denne usikkerheten også heftet ved barna på en slik måte at norsk statsborgerskap kunne nektes.

I sin vurdering hadde Sivilombudsmannen følgende innvendinger mot forvaltningens vedtak i denne konkrete saken. Jeg siterer:

- ” Det er imidlertid en svakhet ved vedtakene at FNs barnekonvensjon ikke uttrykkelig er nevnt. På spørsmål herfra (les sivilombudsmannen) har nemnda v/sekretariatet opplyst at det ikke er «foretatt en konkret vurdering av barnets beste, jf.

Barnekonvensjonen art. 3». Dette er forklart med at lovgiveren har vurdert forholdet til barnekonvensjonen og at det ikke er anført særskilte momenter «som tilsier en inngående vurdering av spørsmålet». Det er imidlertid fastsatt i konvensjonens art. 3 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn («a primary consideration») ved alle handlinger som berører barn.

Videre påpeker han barnekonvensjonens stilling i norsk rett:

- ” Konvensjonen ble som kjent gjort til norsk lov i 2003 ved en tilføyelse i menneskerettsloven § 2 nr. 4, og den skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Det er derfor nødvendig at nemnda uttrykkelig vurderer hensynet til barnets

¹⁴ www.sivilombudsmannen.no

beste i alle saker som gjelder vurderingspregete temaer, selv om lovgiveren forutsetningsvis skal ha tatt hensyn til dette i det generelle regelverket. Det er derfor beklagelig at nemnda ikke har vurdert hensynet til hva som er til de fire barnas beste i sine avgjørelser.

I samme saken kommer Sivilombudsmannen også med det jeg tolker som en generell instruks til forvaltningen.

- ” At hensynet til barnets beste er vurdert, bør fremgå uttrykkelig av vedtakene, for eksempel som en del av dispensasjonsvurderingen, jf. forvaltningsloven 10. februar 1967 § 25 tredje ledd. Dette er ikke gjort i de fire sakene som omfattes av klagen, og jeg har heller ikke sett en henvisning til barnekonvensjonen i lignende saker om statsborgerskap for barn. Dette kan tyde på at utlendingsmyndighetene ikke i tilstrekkelig grad har vært og er seg bevisst denne konvensjonens betydning på statsborgerfeltet.¹⁵

Min delkonklusjon basert på dette eksempelet er som følger.

Konvensjonsbestemmelser som gjelder på en saks område skal nevnes. Forvaltningen skal forholde seg til MR-loven som norsk lov, og være seg bevisst at konvensjonsbestemmelsene går foran ved eventuell motstrid. Det kommer også frem av sivilombudsmannens uttalelse at aktuelle konvensjonsbestemmelser skal vurderes i hver enkelt sak, og at den konkrete vurderingen bør være en del av forvaltningens lovpålagte dispensasjonsvurdering jmf. Forvaltningslovens §25.

Slik jeg ser det, skal konvensjonsbestemmelser som gjelder på alle respektive områder først og fremst nevnes.

Sivilombudsmannen sier: *- ”Det er imidlertid en svakhet ved vedtakene at FNs barnekonvensjon ikke uttrykkelig er nevnt.*

Det er åpenbart at regelen sivilombudsmannen oppstiller her gjelder langt utover dette konkrete eksempelet. Slik jeg forstår det skal forvaltningen i alle sine vedtak uttrykkelig nevne konvensjonsbestemmelser som gjelder på de enkelte vedtaks område. Dette

¹⁵<http://www.sivilombudsmannen.no/menneskerettigheter/statsborgerskap-for-barn-spoersmaal-om-uavklart-identitet-article1525-1564.html>

gjelder alle vedtak, i alle saker der MR-loven kan tenkes å ha relaterte bestemmelser på området.

Dernest forventer sivilombudsmannen at forvaltning er seg bevisst hvilken stilling menneskerettsloven har i norsk rett. Dette kommer til uttrykk gjennom følgende uttalelse i overnevnte sak :

- ” Konvensjonen ble som kjent gjort til norsk lov i 2003 ved en tilføyelse i menneskerettsloven § 2 nr. 4, og den skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.

Her påpeker sivilombudsmannen at konvensjonen er gjort til norsk lov, og at den ved motstrid skal gå foran annen lovgivning. Dette gjelder ikke bare barnekonvensjonen. Det følger av Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett §§ 2 og 3 at også EMK, SP og ØSK med protokoller skal oppfattes på samme måte. Med tanke på at disse konvensjonene beskytter en rekke rettigheter på forvaltningsrettsområde, går jeg ut fra at denne uttalelsen ville hatt like stor vekt om den var kommet i en annen sammenheng. Forvaltningen i Norge behandler saker som omhandler helse, sosial, arbeid, utdanning, trygd, stønader osv.osv. som er de nevnte konvensjoners kjerneområder, er det naturlig å trekke den konklusjon at forvaltningen i sitt arbeid skal være seg bevisst på at samtlige bestemmelser i MR-loven er norsk lov, at de skal vurderes i de saker der de kan gjøre seg gjeldene, og at konvensjonsbestemmelsene skal gå foran ved samtlige tilfeller av motstrid.

Sivilombudsmannen stiller ikke bare krav til at konvensjonsbestemmelsene skal nevnes. I vurderingspregede vedtak, skal forholdet til konvensjonsbestemmelsene også vurderes konkret i hver enkelt sak. Dette gjelder selv om man i utgangspunktet skal forvente at annen norsk lovgivning er i overenstemmelse med konvensjonene.

- ” Det er derfor nødvendig at nemnda uttrykkelig vurderer hensynet til barnets beste i alle saker som gjelder vurderingspregete temaer, selv om lovgiveren forutsetningsvis skal ha tatt hensyn til dette i det generelle regelverket.”

Jeg tolker dette utsagnet dit hen at det ikke er nok at forvaltningen går ut i fra at det er samsvar mellom bestemmelser i MR-loven og det øvrige regelverket. Forvaltningen skal selv ta ansvar for, og basere sine vedtak på egne konkrete vurderinger.

Sivilombudsmannen foreslår at forvaltningen kan innlemme vurderinger i forhold til

aktuelle bestemmelser i MR-loven i sin dispensasjonsvurdering jfr forvaltningslovens § 25. tredje ledd. Dette bekrefter mine vurderinger presentert i oppgavens avsnitt 1.1.2. Et annet interessant syn kommer frem i denne konkrete sakens siste avsnitt. Samtidig som han foreslår at forvaltningen bør innta vurderingene i forhold til konvensjonsbestemmelser i sine dispensasjonsbestemmelser sier han:

- ” Dette er ikke gjort i de fire sakene som omfattes av klagen, og jeg har heller ikke sett en henvisning til barnekonvensjonen i lignende saker om statsborgerskap for barn. Dette kan tyde på at utlendingsmyndighetene ikke i tilstrekkelig grad har vært og er seg bevisst denne konvensjonens betydning på statsborgerfeltet. ”

Det han mener slik jeg forstår det, er at dersom forvaltningen ikke uttrykkelig har foretatt konkrete vurderinger av aktuelle konvensjonsbestemmelser i mr-loven der det skulle vært gjort, vil forvaltningsorganet kunne ansees for å ikke være tilstrekkelig bevisst på konvensjonens betydning på feltet. Dersom et forvaltningsorgan kan sies å ikke være bevisst på konvensjonens betydning i tilstrekkelig grad, er det en betegnelse på inkompetanse slik jeg ser det. mr- loven gjelder som norsk lov med forrang, og det vil kunne vurderes både som grunnlovsstridig, konvensjonsstridig og som en saksbehandlingsfeil jfr. forvaltningslovens §25. Saksbehandlingsfeil kan føre til at vedtaket blir kjent ugyldig. Ugyldighet gir ikke kan skape enten nullitet, eller Vurderes det i midlertid som enten konvensjonsstrideig, eller grunnlovsstridig, gir det domstolene adgang til å prøve vedtaket fullt ut, enten opp mot grunnloven eller konvensjonen, og følgelig utløse en plikt til å endre forvaltningspraksis på gjeldene område.

2.3.1 Sivilombudsmannens oppfatning av forvaltningens plikt til å forebygge konvensjonstridige situasjoner.

Med utgangspunkt i eksempelet under, vil jeg kort gjøre rede for at forvaltningen i tillegg til å ta hensyn til konvensjonsbestemmelsene i mr-loven i sin saksbehandlning, også plikter å ha mr-loven i tankerne ved sin fysiske innretning og praktiske utforming av andre sider ved forvaltningspraksis. Som vi ser av eksempelet under, har forvaltningen til enhver tid, i alle henseender plikt til å forebygge situasjoner som kan antas å være, eller kommer til å bli konvensjonsstrideig.

Sivilombudsmannens uttalelse i Sak 2008/1446 er en enkel illustrasjon på dette.¹⁶

SYNSHEMMEDES RETTIGHETER I MØTE MED NAV- SAK 2008/1446.

Saken gjelder spørsmål om NAVs praksis med å kreve skriftlig undertegnede søknader på pair og sende vedtaket i vanlig brevform var diskriminerende overfor synshemmede brukere. Ombudsmannen uttaler:

- ” Jeg tar ikke her stilling til om det vil være direkte konvensjonsstridig med vanskelig lesbare skjemaer i pdf-format (istedenfor html), men igjen finner jeg grunn til å minne om konvensjonens krav til offentlige myndigheter i så måte. Myndighetene bør således i god tid før eventuell ratifikasjon forsikre seg om at praksisen er i samsvar med konvensjonens krav. Umiddelbart har jeg problemer med å se avgjørende argumenter for at Navs skjemaer må være i skrivebeskyttet pdf-format. Dersom dette ikke er tilstrekkelig begrunnet i et saklig formål, vil ordningen raskt være problematisk i forhold til de formelle krav som lov og konvensjon oppstiller. Jeg har ansett det for viktig å minne om de skjerpede krav til offentlig myndigheter som nå kommer frem både av lov og konvensjon, slik at forvaltningen er seg bevisst på grensedragningene og mulige fremtidige problemområder. Jeg forutsetter at direktoratet nå selv holder et våkent øye med disse spørsmål. På et senere tidspunkt vil jeg eventuelt komme tilbake med en oppfølging av hvordan arbeidet med disse problemstillingene forløper. ”

Her ser vi et tydelig eksempel på at sivilombudsmannen er svært opptatt av at forvaltningen oppfylder de plikter de er bundet av gjennom internasjonale konvensjoner. Men han er også opptatt av at forvaltningen skal holde seg oppdatert på hvilke konvensjoner staten vil forplikte seg til i fremtiden, slik at de innretter seg på en konvensjonsmessig måte også med tanke på hvilke planer de har for utviklingen av sin virksomhet. Dette tolker jeg som at Sivilombudsmannen oppstiller en plikt itil å forebygge eventuelt konvensjonstridige situasjoner.

¹⁶ <http://www.sivilombudsmannen.no/menneskerettigheter>

3 ”Klarhetskravet”, ”nasjonal skjønnsmargin” og ”dynamisk tolkning”.

Egner prinsippene seg til å begrense mr-lovens stilling i forvaltningsretten?

”klarhetskravet”, ”nasjonal skjønnsmargin” og ”dynamisk fortolkning” er argumenter som har blitt brukt til å redusere de internasjonale konvensjoners betydning og utvikling i norsk rett. For at forvaltningen som rettsanvendere ikke skal forledes til å tro at disse prinsippene kan tjene som skjold mot aktiv bruk av mr-loven, vil jeg ta for meg hvordan høyesterett, EMD og EMK i ”nyere” tid har forholdt seg til disse prinsippene. Dette kapittel handler i vesentlig grad om nasjonale domstolars forhold til EMK og EMD. EMK står i folkeretten i en slags særstilling, i det konvensjonsmessigheten kan prøves av EMD, en internasjonal domstol som kan treffe juridisk bindende avgjørelser for statene som er bundet av EMK. Når det gjelder de andre konvensjonene i mr-loven overprøves konvensjonsmessigheten av FNs egne kontrollorganer. Disse kan ikke treffe bindende avgjørelser, men deres uttalelser må tillegges betydelig vekt. Som eksempel kan nevnes HR-2010-01703-S, - sivil anke over ankenektelse av dom, der det ble påberopt konvensjonsbrudd etter SP art. 14. nr 5. Førstevoterende dommer Tjomsland forankrer sin argumentasjon i denne saken, i stor grad på tidligere uttalelser fra Menneskerettskomiteèn, og treffer sin avgjørelse i samsvar med dem.¹⁷ Selv om jeg i dette avsnitt konsentrerer meg om EMK, og EMDs avgjørelser, er det viktig at man ser for seg at det kan trekkes paralleller til de øvrige konvensjonene i mr-loven, og at FNs kontrollkomiteer som system, må antas å ha samme oppfatning som EMD og menneskerettskomiteen når det gjelder doktriner som ”klarhetskrav”, ”nasjonal skjønnsmargin” og ”dynamisk tolkning”. Selv om ikke EMD dømmer i saker der det påberopes konvensjonsstrid etter SP, ØSK og Barnekonvensjonen, må man anta at de respektive komiteer er kontrollorganer legger samme tolkningsteknikk til grunn, og at de overnevnte doktriner ikke behandles annerledes i kontrollorganene enn i EMD.

3.1 Kort drøftelse om ”klarhetskravet”

”Alta-dommen” Rt 1982 s241 - slår fast at domstolene kan prøve om et forvaltningsvedtak fullt ut er i samsvar med konvensjonen. Det er følgelig konvensjonens krav som er avgjørende her. Gjennom Bølgepappkjennelsen Rt 1994, s 610, oppstilte imidlertid høyesterett et ”klarhetskrav”. Klarhetskravet gikk ut på at

¹⁷ HR-2010-01703-S. av 12.oktober.

domstolene måtte finne folkerettsregelen ” tilstrekkelig klar og entydig” Denne læren om klarhet har ingen støtte i internasjonale menneskerettskonvensjoner eller i EMK systemet. Det følger av overskriften til artikkel 1. Forpliktelser til å respekter menneskerettighetene, at

- ”**staten skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjonen.**”

I følge Andenæs og Bjørge, har ikke EMD på noe tidspunkt kommet med signaler om at det skulle kunne slakkes på denne forpliktelsen som følge av et ”klarhetskrav”.¹⁸ I artikkelen norske verdier og EMK, forfattet av Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik¹⁹ og i Jan Helgesens artikkel Menneskerettskonvensjonen i norsk rett, med henvisninger²⁰ får vi et utfyllende bilde på hvordan klarhetskravet i

”bølgepappdommen” er opphevet og forkastet av nasjonal høyesterett gjennom uttalelser i Rt.2000 s.996. (P) ”Bhølerdommen”. Og i Rt 2001 s.1006 (A) ”KRL”.

Norske rettsanvendere kan altså ikke lenger velge å unnlate å ta stilling til bestemmelser i mr-loven med støtte i argumentet om at konvensjonsbestemmelsen ikke fremstår som tilstrekkelig ”klar” og ”entydig”. –” *Høyesterett har gått fra å kreve forskjellig former for ”klarhet” til en standard bygget på ”rimelig sikkerhet” eller en bedømmelse som har de beste grunner for seg.*²¹” Jamfør Andenæ og Bjørge, er dette ingen fortsettelse av klarhetskravet med andre midler.²² Mens ”klarhetskravet” ble brukt til en innskrenkende tolkning av EMDs praksis, gir ”rimelig sikkerhet” grunnlag for å anvende denne i samsvar med rettsutviklingen. Klarhetskravet har gjennomgått en utvikling de siste ti år, og er i skrivende stund å anse som pasè.

¹⁸ Mads Andenæs og stipendiat Eiriks Bjørges artikkel- Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK. Sept 2010.

¹⁹ Mads Andenæs og Andreas Kravik- Norske verdier og EMK, Lov og Rett- 49-2010 s.1-21

²⁰ Jan Erik Helgesen. Menneskerettskonvensjonene i norsk rett, Utviklingstrekk gjennom de siste 10 år. Publisert i Stud.jur. nr.5- 2010.

²¹ Mads Andenæs og stipendiat Eiriks Bjørges artikkel- Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK.Sept 2010.

²² Andenæs og Bjørge. Høyesterett og dynamisk tolkning. Sept. 2010

3.2 Kort om "Nasjonal Skjønnsmargin"

Læren om nasjonal skjønnsmargin under EMK handler om hvor intensivt EMD overprøver konvensjonsmessigheten av hva staten gjør. I forhold til internasjonale konvensjoner innrømmes staten en viss nasjonal skjønnsmargin. Det kan være at konvensjonene etter en tolkning gir anvisning på flere muligheter, snarere enn et bestemt resultat. Med læren om nasjonal skjønnsmargin menes at staten selv kan velge den løsningen som passer deres forhold best, tatt prinsippet om forholdsmessighet i betraktning. Det er imidlertid et viktig poeng at nasjonale rettsanvendere heller ikke med utgangspunkt i nasjonal skjønnsmargin kan slakke på konvensjonskravene oppstilt i mr-loven. Nasjonal skjønnsmargin er noe EMD skal bruke som tolkningsrunnlag i sine forelagte saker, og skal ikke anvendes som begrensingsmekanisme av nasjonale myndigheter. EMDs storkammer kom i saken *Am .fl mot Storbritannia* med følgende klare uttalelse om hva som skal legges til grunn ved forståelse av nasjonal skjønnsmargin.:

*"The doctrine of margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level."*²³

Det er altså å forstå slik at det er EMD som på bakgrunn av sin avstand til, og manglende kunnskap om interne forhold som eventuelt skal innrømme statene nasjonal skjønnsmargin. Nasjonale domstoler hemmes ikke av noen kulturell distanse mellom seg selv og statene de skal vurdere slik EMD gjør, og er derfor forpliktet til å tolke konvensjonsbestemmelsene i beste mening, uten at nasjonal skjønnsmargin skal brukes som et argument til å undergrave menneskerettighetene slik de kommer til uttrykk gjennom mr-loven. Et eksempel på dette er *E.B mot Frankrike og TV Vest & Rogaland Pensjonistparti mot Norge*. Her kom EMD til at et totalforbud mot politisk fjernsynsreklame slik vi har hatt i Norge, stred mot vernet av den politiske ytringsfrihet i EMKs artikkel 10. Norge kunne ikke forby politisk TV reklame med støtte i argumentet om nasjonale forhold. Forbudet falt ikke inn under noen skjønnsmargin. Under forhandlingene om protokollteksten i FN, gjorde Norge, i følge Vibeke Blaker Strand seg bemerket ved blant annet å ta til orde for at statene skulle ha adgang til skjønnsmessig

²³ *EMDs storkammer avgjørelse A.mfl vs Storbritannia*

spillerom, og at det eksplisitt skulle formuleres i protokollen. Dette fikk ikke gjennomslag i teksten som ble vedtatt av FN's generalforsamling 10. desember 2008.²⁴, og bidrar til å understreke poenget om at nasjonal skjønnsmargin er noe EMD forholder seg til, og ikke noe nasjonale rettsanvendere skal ha i tankene ved sin tolkning av bestemmelser i mr-loven.

3.3 Kort om "Dynamisk tolkning"

Da EMK ble inngått i 1950, var alle klar over at man ikke kunne forutse problemer som kunne oppstå i fremtiden. Derfor valgte man å utforme konvensjonen med korte, generiske termer, som igjen gav seg utslag i doktrinen om "dynamisk tolkning." Om man skulle tolket EMK statisk, ville konvensjonen miste kontakten med samfunnsutviklingen, og selvsagt også sin rolle som beskytter av de internasjonale menneskerettigheter. Det er ingen uenighet om at EMDs tolkningsmetode er den som skal legges til grunn ved tolkning av konvensjonen. I følge EMD skal man ved tolkning av konvensjonenene i mr-loven legge mer vekt på formålet enn med artiklens ordlyd. Dette er helt i tråd med generelle tolkningsprinsipper i folkeretten, og den herskende oppfatningen i nasjonal rett. I plenuskjennelsen Rt.2005 s.833 (P) heter det at norske domstoler, ved anvendelse av reglene i EMK skal –

" – foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder benytte de samme metoder som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. "

I Norge er det lovgiver, forvaltningen og domstolene som ansees som rettsanvendere og alle rettsanvendere må forstå og ta i bruk EMDs tolkningsteknikk for å fastslå innholdet i konvensjonsbestemmelsene. Med utgangspunkt i det faktum at norske forvaltningsorganer må forholde seg til internasjonale konvensjoner nedfelt i mr-loven som norsk lov, har de følgelig også en plikt til opparbeide seg forståelse av EMDs tolkningsteknikk.

21.Vibeke blaker strand. Likestill og effektiviser menneskerettighetene lov og rett 04/2009

Formuleringen som går igjen i EMDs praksis, og som må anses som bindene uttalelser, er at konvensjonen:

” is a living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions, and accordance with developments in international law, so as to protection of human rights, thus necessitating greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies”

Selv om det i utgangspunktet er norske lovanvendere som skal bruke samme tolkningsmetoder som EMD, er det samtidig viktig å huske at utviklingen av konvensjonene først og fremst er EMDs og FNs andre kontrollorganers oppgave. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser for å komme frem til hvordan konvensjonsbestemmelsen skal forstås.

Dersom det oppstår tvil om tolkningen av konvensjonsbestemmelsene bør lovanvender ta sikte på å inngå et samspill med domstolene og dermed bidra til å ”påvirke dens praksis”

I Rt 2000 s.996 (p) “bøhlerdommen” hvor førstevoterende Stang Lund innlot seg på en lengre drøftelse om forholdet mellom konvensjonsrett og norsk rett, med særlig hensyn til hvordan nasjonale domstoler bør forholde seg til læren om dynamisk fortolkning presiseres følgende:

”- På denne bakgrunn mener jeg at norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolkning av konvensjonen. Som alminnelig regel kan norske domstoler ved tolkning av EMK heller ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. På grunnlag av konvensjonsorganers praksis og de verdioppfatninger og tradisjonen som vårt samfunn bygger på, må norske domstoler søke å komme fram til hvordan konvensjonenes bestemmelser skal forstås”²⁵

Christoffersen, som argumenterer for en aktiv rolle for nasjonale domstoler, har uttalt seg på følgende måte:

-” Det er mitt grunnsynspunkt, at nasjonale myndigheter – som følge av EMDs subsidiaritetsprinsipp- både kan og skal anlegge selvstendige fortolkninger av EMK i god tro, og uten at misbruge EMDs subsidiaritetsprinsipp til at begrense EMKs rettigheter.”

I departementets uttalelse om dynamisk tolkning, anføres det at de internasjonale håndhevingsorganer ofte har en dynamisk tolkningsstil, som gjør at de krav konvensjonen stiller stadig er i utvikling. Departementet fant at det ikke ville være noen

²⁵ Rt. 2000- s.996- Bøhlerdommen.

god løsning å gi en generell adgang til å gjenoppta tidligere avgjørelser som i sin tid ble ansett konvensjonsmessig. Samtidig påpekes det, at *etter* at det foreligger uttalelser fra internasjonale håndhevingsorganer i en sak av samme karakter, vil situasjonen være en annen.²⁶ Slik jeg forstår det, mener departementet at statens myndigheter skal være avmålte i forhold til dynamisk tolkning, inntil det foreligger presedens fra internasjonale håndhevingsorganer.

Dette er en deffensiv holdning, og departementets oppfatning støttes verken fullt ut av en nylig avsagt dom i høyesterett eller EMDs egen oppfatning av hvilke forventinger som påligger staten med hensyn til dynamisk tolkning.

Departementets uttalelser validitet styrkes ikke slik jeg ser det av HR-2010-01703 i en sivil sak, der enstemmig høyesterett reverserte en tidligere avgjørelse med utgangspunkt i konvensjonspraksis og dynamisk tolkning. Høyesterett uttalte selv i sin konklusjon pnkt 88, at det åpenbart kunne bli en del begjæringer om gjenåpning på samme grunnlag som i foreliggende sak.

EMDs uttalelser i saken Van Kuck mot Tyskland, er i tråd med høyesteretts avgjørelse i denne saken. Van Kuck mot Tyskland omhandler nasjonale domstolers anvendelse av hvorvidt en forsikringsavtale gav rett til refusjon av utgifter til en kjønnskifteoperasjon. EMD fant at nasjonale myndigheter skulle anvendt tysk rett i samsvar med EMK art 8. Saken kom for Tyske domstoler lenge før EMD endret sin praksis i Goodwin-saken, og det forelå ingen rettspraksis fra EMD som kunne gi grunnlag for rett til refusjon da Van Kuck saken var oppe for tyske domstoler. Men, ettersom Van- Kuck-saken kom opp for EMD etter Goodwinsaken, bygget EMD på sin praksis og fant at Tyskland hadde brutt sine konvensjonsforpliktelser etter EMK art 8, til tross for at det ikke hadde foreligget uttalelser om lignende tilfeller da saken var oppe til doms for nasjonale domsmyndigheter. EMD stiller altså opp et ex post krav, om at Tyske myndigheter ex ante, skulle anvende det rettsvern som EMD skulle fastslå i Goodwin-saken lenge etter.

Det kan i praksis sies slik at et unntak for nasjonale domstolers plikt til å anvende EMDs metode i dynamisk utvikling av konvensjonenes rettigheter, kan utgjøre en systematisk rettighetskrenkelse fra myndighetenes side. Selv om det bare er staten som

²⁶ HR-2010-01703-S. avsnitt (41)

er å anse som bundet av konvensjonene i mr-loven, er det viktig å huske på at konvensjonsstridige handlinger eller unnlatelser utført av statens embedsmenn og kvinner både på kommunalt og regionalt nivå, kan føre til at staten dømmes til ansvar ovenfor fysiske og juridiske personer.

4 Omfattes mr-loven av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven?

Forvaltningsloven oppstiller en del krav forvaltningen må rette seg etter ved utøvelse av sin myndighet. Det er på det rene at MR-loven har en rekke konvensjonsbestemmelser som gjør seg gjeldene på forvaltningsrettens område. Dette dreier seg i særlig grad om familierett, helse rett, trygde- og sosialrett, arbeidsrett, likestillings- og diskrimineringsrett og undervisning og kultur. Omfanget av denne oppgaven tillater meg ikke å se nærmere på i hvilken grad mr-lovens bestemmelser og lover på forvaltningsrettens område overlapper hverandre, og i hvilken grad forvaltningspraksis er i overensstemmelse med mr-loven. Det jeg forsøker med dette kapittelet, er å kaste lys over hvilke plikter forvaltningsloven utløser i forhold til Menneskerettsloven. I min fremstilling er det forvaltningslovens § 11 om forvaltningens veiledningsplikt, §25 regler om begrunnelsens innhold, og §27 om henholdsvis underretning om vedtaket, klageadgang, klagefrist, klageinstans og nærmere fremgangsmåte ved klage som tjener dette formål. Før jeg går i gang med selve drøftelsen, er det tre momenter jeg vil bringe på det rene:

1) Forvaltningslovens generelle virkeområde er uttrykket i § 1: Loven gjelder den virksomhet som drives av forvaltningen når ikke annet er bestemt i, eller i medhold av lov. Som forvaltningsorgan regnes i denne lov et hvert organ for stat eller kommune. Privat rettssubjekt regnes for forvaltningsorgan i saker hvor det treffes enkeltvedtak eller utferdiger forskrift.

2) Når det i forarbeidene til Menneskerettsloven, NOU 1993:18. skrives om forvaltningen, siktes det i prinsippet til statlig, fylkeskommunal og kommunal virksomhet, i den utstrekning konvensjonens materielle bestemmelser er anvendelige.²⁷

²⁷ NOU 1993:18 s. 69.

3)I følge forarbeidene til lovgivning om menneskerettigheter skal forvaltningen ta hensyn til forpliktelsene som følger av menneskerettighetskonvensjonene, både ved utformingen av generelle forskrifter og ved tolkning eller skjønnsutøvelse i enkeltsaker.²⁸

Med dette i mente går jeg rett inn i de bestemmelsene i forvaltningsloven jeg mener bidrar til å kaste lys over den øvrige framstillingen i denne oppgaven.

4.1 Forvaltningslovens § 11- Veiledningsplikt.

Forvaltningen har veiledningsplikt. Veiledningsplikten reguleres av forvaltningslovens § 11, samt veiledningsforskriften som ble vedtatt ved kngl.res 16.des 1977.

Veiledningsforskriftens mest sentrale regler er senere inntatt i forvaltningslovens §11, men forskriften er verken endret eller opphevet av den grunn.

Forvaltningsloven §11 første ledd:

Forvaltningsorganene har innenfor sitt saksområde en alminnelig veiledningsplikt. Formålet med veiledningen skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å ivareta sitt tarv på best mulig måte. Omfanget av veiledningen må likevel tilpasses det enkelte forvaltningsorgans situasjon og kapasitet til å påta seg slik virksomhet.

²⁸ NOU 1993:18 s. 68.

4.1.1 Formålet med veiledningsplikten

Formålet med veiledningsplikten er å gi parter og andre interesserte adgang til å ivareta sitt tarv på best mulig måte. Formålet med inkorporasjon av mr-loven, ble av lovutvalget i NOU 1993:18 formulert omtrent på samme måten. Er forvaltningen sitt ansvar bevisst, kan forvaltningslovens §11 sies å være formålstjenelig i begge henseender. Basert på en naturlig forståelse av ordlyden, hviler det her en plikt på forvaltningen til å orientere publikum om rettigheter og plikter de har i sin konkrete sak. Dog plikter ikke forvaltningen å veilede utover det saksområdet hvert forvaltningsorgan har ansvar for. Dette følger av forvaltningslovens § 11. første ledd. Første og andre punktum. Jamfør Geir Woxholth kommentarutgave av forvaltningsloven²⁹ skal ikke veiledningsplikten i § 11 forveksles med veiledningsplikten i spesiallovgivningen. Jeg velger å unngå sonderingen av forskjellen mellom disse, da mitt poeng er at mr-loven er norsk lov med forrang, og at bestemmelser i MR-loven omfattes av veiledningsplikten i alle tilfeller der MR-loven har bestemmelser som er ment å kunne beskytte rettigheter på det aktuelle området.

4.1.2 Omfanget av veiledningsplikten:

Fovaltningslovens §11 første ledd, siste punktum, begrenser veiledningsplikten til å ikke strekke seg lenger enn det hvert forvaltningsorgan har kapasitet til. Dette betyr at forvaltningsorganet skal foreta en avveining med utgangspunkt i egen situasjon, den enkelte parts behov for veiledning og den tid som står eller bør stå til rådighet ut i fra sakens karakter.

§ 11 ,2 Ledd første punktum: Forvaltningsorganer som behandler saker med en eller flere private parters skal av eget tiltak vurdere partenes behov for veiledning.

Det er ikke meningen at forvaltningen skal foreta grundige undersøkelser for å finne ut hvor stort informasjonsbehov parten har for å ivareta sitt tarv, men det ligger i sakens natur at man bør kunne gå ut fra at enkeltpersoner har et større behov for veiledning enn en advokat, eller selskaper med egen juridisk avdeling. I RT-2001 s.450. Hydro-

²⁹ Geit Woxholth, *forvaltningsloven med kommentarer. 4 utg,2.opplag 2009.*

dommen, tapte Hydro søksmål mot staten for brudd på veiledningsplikten i en patentsak. Retten la i dette tilfelle stor vekt på at Hydro hadde egen patent-og varemerkeavdeling, og mente at de på bakgrunn av dette, hadde de beste forutsetninger til å ivareta sitt tarv. Woxholth presiserer i sin kommentarutgave av forvaltningsloven at begrensninger i veiledningsplikten først rammer ”bør”-reglene. ”Skal” reglene kan ikke innskrenkes av hensyn til forvaltningens kapasitet, i det §11, første ledd siste punktum, samt veiledningsforskriftens § 1 tredje ledd, kun har betydning for i hvilket omfang veiledningen skal gis.³⁰

4.1.3 Innholdet av plikten:

Innholdet av forvaltningsplikten reguleres av forvaltningslovens §11 andre og tredje ledd, og forskriften § 2.

Forvaltningslovens § 11. andre og tredje ledd:

Etter forespørsel fra en part og ellers når sakens art eller partens forhold gir grunn til det, skal forvaltningsorganet gi veiledning om:

a) Gjeldene lover og forskrifter og vanlig praksis på vedkommende saksområde,

Woxholth skiller mellom ”bør” og ”skal” regler i forvaltningslovens § 11. Annet og tredje ledd i denne paragrafen er uttalte skal regler. Det betyr at forvaltningsorganet på sitt område skal gi veiledning om gjeldene lover og forskrifter og vanlig praksis på området. Det er på det rene at Menneskerettsloven med sine konvensjoner og tilleggsprotokoller er norsk lov med forrang, og at MR-loven har en rekke konvensjonsbestemmelser som gjør seg gjeldene på forvaltningsrettens område. En enkel illustrasjon på dette, er at om man slår opp på sosiale rettigheter i stikkordsregisteret i lovsamlingen, blir man henvist direkte til Den Internasjonale konvensjon om Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Lov nr. 30/1999 menneskerettsloven. Å informere om gjeldene lover, forskrifter og vanlig praksis på vedkommende saksområde omfattes av veiledningspliktens minimumskrav, og bør slik jeg forstår det, i tillegg til nasjonale regler, også ubestridt omfatte saksaktuelle bestemmelser i MR-loven. Ved søknad om sosialstønning har man for eksempel

³⁰ Geir Woxholth, *forvaltningsloven med kommentarer*. 4. utgave, 2.opplag-2009

rettigheter etter sosialtjenesteloven. Sosialtjenesteloven fastsetter imidlertid en del vilkår som må være oppfylt for at forvaltningen kan hjelpe. I de tilfellene der den faktiske økonomiske situasjonen er kritisk, men stønad ikke kan gis i henhold til sosialtjenesteloven kan man, slik jeg ser det også søke på grunnlag av bestemmelser i MR-loven. For eksempel etter ØSK Art9 eller 11.

ØSK art.11 – 1. The states parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions.

Hvis man har havnet I økonomisk uføre med barn kan også Barnekonvensjonen Art. 27 gjøre seg gjeldene :

Barnekonvensjonen Art 27 .1. States recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child`s physical, mental, spiritual moral and social development.

Art 27. 3- States Parties, in accordance with national conditions and within their means, shall Take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing.

Som det kan leses av eksempelet over, er konvensjonsbestemmelsene utformet i generelle termer. Det gir nasjonale myndigheter spillerom til å gi konkret innhold til reglene i henhold til nasjonale forhold. –” **in accordance with national conditions.**

Det kan synes som om forvaltningen i utøvelse av sin praksis, i mange tilfeller velger å se bort fra bestemmelser i mr-loven på bakgrunn av deres generelle utforming. Det hersker i midlertid ingen tvil om at aktuelle konvensjonsbestemmelsene skal tas i betraktning, spørsmålet er i tilfellet om hvordan man skal forsått regelen. Om innholdet av forvaltningspraksis er i overensstemmelse med de overnevnte artiklene, er ikke tema for oppgaven. Poenget er at vi i det norske samfunnet også har rettigheter etter mr-loven og at det er de samme forvaltningsorganer som forvalter det nasjonale lovverket, som forvalter MR-loven, og at forfaltningsoganene har plikt til, gjennom forvaltninslovens § 11 å veilede om dette innenfor sitt bestemte arbeidsområde. Dette er ikke bare viktig med tanke på at MR-loven kan utløse mer omfattende eller

innskrenkende rettigheter enn nasjonal lovgivning, eller oppstille andre vilkår for enkeltmennesket, eller skranker for myndighetsutøvelse. Det er viktig også av rettsikkerhetshensyn. Brudd på saksbehandlingsregler kan også vurderes som brudd på EMKs art 6 1. noe jeg skal komme nærmere inn på i pkt 4.3. brudd på konvensjonsbestemmelsene i mr-loven, og kan gi et selvstendig grunnlag for søksmålsadgang, utover det man får hvis saken kun er forankret i norske regler. Utvidet søksmålsadgang etter EMK Art 13, SP Art. 2, skal jeg komme nærmere inn på under behandlingen av forvaltningslovens § 27.

I forarbeidene til Menneskerettsloven NOU 1993: 18, uttalte utvalget følgende i sitt avsnitt om vurdering av menneskerettighetene i offentlig forvaltning og virksomhet: ” – For at den aktuelle myndighetsutøver kan ha klarhet både i hva slags plikter og hva slags frihet man har i forhold til konvensjonene, og eventuelt være klar over når man beveger seg inn i et område hvor dette ikke er avklart, vil det være et en fordel å ha kjennskap til konvensjonene og praksis, både i det langsiktige arbeide med kommunale budsjetter, planlegging og ressursfordeling, og under utøvelse av myndighet i den enkelte sak.³¹

Når det gjelder veiledning om gjeldene praksis på området, er det slik på forvaltningsrettensområde i dag, at det er praksis etter nasjonalt regelverk som er mest utbredt. At den er mest utbredt, betyr allikevel ikke at det kun er den som er omfattet av veiledningsplikten. I de sakskomplekser der mr-loven kan tenkes å ha bestemmelser som kan gjøre seg gjeldene, og det foreligger praksis fra internasjonale kontrollorganer på området, har forvaltningen også plikt til å gi parten informasjon om dette. På forvaltningsrettensområde som for eksempel omhandler psykisk helse og barnevern , er det flere tilfeller der det er påberopt konvensjonsstrid i medhold av SP art 8. På disse områdene finnes sentral konvensjonspraksis, noe parten i en liknende sak skal informeres om jfr forvaltningslovens §11. Jeg mener å ha belegg for å si at forvaltningslovens §11 utløser en plikter til at rettsanvendere i forvaltningen må gjøre seg kjent med bestemmelser og konvensjonspraksis etter mr-loven på det som kan sies å være deres spesialområde, i det forvaltningsorganer jfr forvaltningslovens §11 har en plikt til å veilede om dette.

³¹ NOU 1993:18 s. 180.

4.1.4 Forvaltningens veiledningsplikt til i forhold til saksbehandlingen

Forvaltningsloven er som nevnt en generell lov som gjelder hele forvaltningen. Forvaltningsloven oppstiller et sett med felles saksbehandlingsregler for alle forvaltningsorganer. I forarbeidene til forvaltningsloven Ot.prp. 38 64/65, er det den enkeltes rettsikkerhet og krav på god og riktig saksbehandling som står i sentrum. Det uttrykkes at saksbehandling på nivå med domsstolsprosess er idealet, men at det vil være for dyrt og tidkrevende. Etter å ha veiet hensynene om effektivitet og grundighet opp mot hverandre, tjener forvaltningsloven som et uttrykk for hvilken minstestandard allmennheten kan forvente å bli behandlet etter i møte med forvaltningen.³² Når det gjelder forvaltningslovens § 11, tredje ledd, bokstav b, første punktum sikter denne bestemmelsen til at publikum i sitt møte med forvaltningen skal få en oversikt over -

Regler for saksbehandlingen, særlig om partens rettigheter og plikter etter forvaltningsloven.

I ot.prp3 1976 / 77. ble det diskutert hvordan man best kunne nå målet med å informere publikum om sine rettigheter og plikter etter forvaltningsloven. En av uttalelsene er som følger:

En mulighet er for øvrig å søke innprentet at forvaltningsloven inneholder regler av en viss type, f.eks. om rett til å se saksdokumenter, og oppfordre leseren til å søke mer konkret informasjon hos vedkommende organ dersom det er behov for det.³³

En annen uttalelse er denne:

Problemene ved å nå fram med generell informasjon har imidlertid liten praktisk betydning dersom parten får veiledning om saksbehandlingsreglene i forbindelse med den enkelte sak. Loven har allerede bestemmelser om slik veiledning, og departementet tar sikte på å bygge ut disse regler.³⁴

Som vi kan se ut fra disse uttalelsene, er det en klar lovgivervilje at **partene** skal ha oversikt over hvilke forventninger de kan ha til forvaltningens saksbehandling. Av rettsikkerhetsmessige grunner er det et minstekrav at parten skal vå vite at forvaltningen etter bestemmelser i forvaltningsloven har konkret veiledningsplikt i vedkommende

³² Ot.prp. 38 64/65

³³ Ot.prp nr.3 1976/ 77

³⁴ Ot.prp nr.3 1976 / 77.ti

sak, at forvaltningen plikter å begrunne vedtakene sine, at vedtak kan påklages og på hvilken måte. I veiledningsplikten etter § 11, tredje ledd, skal parten også få opplyst hvor lang tid man må forvente at forvaltningen buker på å fatte vedtak, at tidsperspektivet er nedfelt i bestemte regler, at forvaltningsloven stiller krav til at parten skal få vite på hvilke grunnlag vedtak skal fattes, hvilke retningslinjer forvaltningen skal gå etter ved utøvelse av sitt frie skjønn. Siden EMK, SP , ØSK og barnekonvensjonen også gjelder sivile saker av offentligrettslig karakter, gir det seg selv at også saksbehandlingsregler i nedfelt i mr-loven selv og konvensjonspraksis fremsetter rettigheter for enkeltmennesket og plikter for forvaltningen dersom forvaltningen må forholde seg til bestemmelser i mr-loven i en bestemt sak. Om man hevder seg krenket i forhold til saksbehandlingregler med forankring i konvensjonene, gir det nemlig andre rettigheter enn det som utløses av brudd på saksbehandlingsregler nedfelt i forvaltningsloven alene.

Å opplyse om dette ligger også inn under veiledningsplikten slik jeg ser det.

4.1.5 Veiledningsplikt i konkret sak :

Om mulig bør forvaltningsorganet også peke på omstendigheter i det konkrete tilfellet som særlig kan få betydning for resultatet.

Dette er en ”bør” regel, og utløser ingen direkte plikt, men bør allikevel følges opp i henhold til prinsippene om god forvaltningskikk. I følge Woxholths kommentarutgave av forvaltningsloven, peker forvaltningslovens §11 3 ledd, tilbake på hvilken plikt saksbehandler har til å veilede parten om hvilke opplysninger som bør legges frem og dokumenters for forvaltningen, slik at de blir i stand til å foreta en forsvarlig vurdering av vedkommende sak. Dette gjelder slik jeg ser det, også en plikt til å informere om hvilke dokumentasjon som trengs for at en konvensjonsbestemmelse skal kunne gjøre seg gjeldene eller ikke.

I eksempelet over viste jeg til at sosialstønad kunne søkes både i henhold til nasjonaleregler, men også med hjemmel i barnekonvensjonen. Slik jeg ser det, stiller det følgelig andre krav til hvilken veiledning som må gis jfr § 11, 3 ledd.

Har forvaltningen forholdt seg til sin plikt om å opplyse om at barnekonvensjonen kan gjøre seg gjeldene i en slik sak, forutsetter det også at veiledningen i forhold til hvilken dokumentasjon som må fremlegges, konkretiseres i forhold til hvilke vilkår barnekonvensjonen stiller for å motta stønad på det grunnlag. Med utgangspunkt i barnekonvensjonens art 27 1, og 3 ledd som jeg refererte til over, er det barnets situasjon som står i fokus :

- States recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child`s physical, mental, spiritual moral and social development.

-States take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing.

Å kunne oppnå stønad med utgangspunkt i barnekonvensjonen, betinger altså at man må kunne dokumentere at man lever i en slik situasjon at ”**the child`s physical, mental, spiritual moral and social development** ” står i fare, og at materiell støtte til foreldrene er nødvendig for å ivareta barnets rett til å utvikle seg psykisk, mentalt, åndelig, moralsk og sosialt på en adekvat måte i henhold til forståelse av denne bestemmelsen i barnekonvensjonen. Dette stiller selvsagt andre krav til dokumentasjon, enn det nasjonale regler om sosialstønad setter, og må derfor omfattes av forvaltningslovens § 11,3 ledd.

Veiledningsplikt utenfor konkret sak

Uavhengig om sak pågår plikter forvaltningsorganet innen sitt saksområde å gi veiledning som nevnt i annet ledd til en person som spør om sine rettigheter og plikter i et konkret forhold som har aktuell interesse for ham.

Dette siste punkt i forvaltningslovens §11, bestemmer at også andre som ikke er å anse som part i en sak, men som allikevel henvender seg til forvaltningen for å få oversikt over rettigheter og plikter i et konkret sakskompleks som har betydning for han / henne skal få det. Slik jeg forstår det jfr grunnlovens § 110 c, forangsbestemmelsen i mr-loven § 3, påhviler det forvaltningen en plikt til også å gi oversikt over hvilke rettigheter og plikter mr-loven utløser i et konkret tilfelle. Dog er det verd å merke seg at dette punktet ikke pålegger forvaltningen å drive generelt opplysningsarbeid om menneskerettsloven

og slik den praktiseres, men at forvaltningen må ha oversikt over mr-loven og gjeldene EMD praksis på sitt område, slik at de kan ivareta sin plikt til å informere om dette dersom noen henvender seg i et konkret æren.

Plikten til å veilede om aktuelle temaer på mr-lovens område skal tas på alvor. Dette bevises av at brudd på denne veiledningsplikten i mange tilfeller har ført til kritikk fra sivilombudsmannen og også ugyldighetsdom i Høyesterett.

4.2 Forvaltningslovens regler for vedtaket

For at MR-loven skal få den plass i forvaltningspraksis som både MR-lovens forarbeider, sivilombudsmannens uttalelser, grunnlovsbestemmelsen og forrangsbestemmelsen krever, er forvaltningslovens § 24 om når enkeltvedtak skal grunngis og §25 om begrunnelsens innhold svært viktige. Forvaltningslovens § 24 og §25 er nøkkelen til å skape bevissthet og kunnskap om MR-loven hos forvaltningen, samt bevisstgjøre partene i en sak at også rettigheter nedfelt i menneskerettsloven kan påberopes her i Norge. Disse paragrafene forutsetter at de som forvalter lovverket må ta stilling til om Mr-loven har bestemmelser som kan gjøre seg gjeldene i den enkelte sak. om forvaltningen vil legge vekt på dem, og i tilfelle begrunne hvorfor eller hvorfor ikke. Vedtak som ikke er grunngitte, kan vanskelig påklages, derfor er disse bestemmelsene også viktig for å opprettholde rettssikkerheten og utvikle mr-rettens stilling i norsk forvaltningsrett.

4.2.1 Forvaltningslovens § 24.- Vedtak skal grunngis.

Forvaltningslovens § 24 oppstiller en hovedregel om at enkeltvedtak skal grunngis. En begrunnelse innebærer at parten får redegjørelse for hva vedtaket bygger på. I Forvaltningskomiteens innstilling s.215.flg uttrykkes det, at det med utgangspunkt i forvaltningslovens § 24 ønskes å oppnå større grundighet og nøyaktighet i saksbehandlingen. Det hevdes videre at begrunnelsesplikten vil øke partens forståelse av vedtaket, og samtidig gi parten mulighet til å vurdere klagesak, ombudsmannsklage eller rettssak. ³⁵I Forvaltningslovens § 24 tas det også høyde for at omfattende

³⁵ Geir Woxholth *Forvaltningsloven med kommentarer s. 415.*

begrunnelsesplikt vil øke forvaltningens arbeidsmengde, og det er derfor inntatt unntaksegler fra begrunnelsesplikten. Jeg skal ikke gå inn på en nærmere redegjørelse av § 24, da det er forvaltningslovens § 25, om innholdet i begrunnelsen som i størst grad egner seg til å kaste lys over hvilken plikt forvaltningen har til å hensynta Mr-loven.

Jeg vil allikevel føye til at forvaltningslovens § 23

”Et enkelt vedtak skal være skriftlig, om ikke dette av praktiske grunner vil være særlig byrdefullt for forvaltningen.”

også må sees i sammenheng med § 24 og §25. Lovgivers tanke bak skriftlighetskravet, er at innholdet i vedtaket for parten skal fremstå som klart og tydelig, og at det skal være mulig å konstantere den nøyaktige ordlyd i ettertid.³⁶ Direkte følger det av ordlyden til §23 at bare konklusjonen må være skriftlig, men det følger av forvaltningslovens §24 og §25 at hva vedtaket bygger på, og begrunnelsen for hvorfor vedtaket fikk det konkrete utfall, også forutsetter at forvaltningen kommer med skriftlig redegjørelse.

4.2.2 Forvaltningslovens § 25- begrunnelsens innhold.

-I begrunnelsen skal vises til de regler vedtaket bygger på, med mindre parten kjenner reglene. I den utstrekning det er nødvendig for å sette parten i stand til å forstå vedtaket, skal begrunnelsen også gjengi innholdet av reglene eller den problemstilling vedtaket.

-I begrunnelsen skal dessuten nevnes de faktiske forhold som vedtaket bygger på. Er de faktiske forhold beskrevet av parten selv eller i dokument som er gjort kjent for parten er en henvisning til den tidligere fremstilling tilstrekkelig. I tillegg skal det i underretningen til parten vedlegges kopi av framstilling. De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvelse av forvaltningsmessig skjønn bør nevnes. Er det gitt retningslinjer for skjønnsutøvingen, vil i alminnelighet en henvisning til retningslinjene være tilstrekkelige.

³⁶ Ot.prp. nr 38 (1964-1965)

Som man ser av gjengivelsen av paragrafen over, oppstiller første ledd krav til vedtakets rettslige grunnlag, annet ledd til gjengivelse av de faktiske forhold, og tredje ledd stiller krav om en viss begrunnelse av skjønnsutøvelsen. Slik jeg ser det, kan forvaltningslovens §25 sies å ha en kontrollfunksjon med forvaltningens utøvelse av sin myndighet, i det forvaltningen gjennom §25 plikter å synliggjøre hvilke rettslig grunnlag de bygger sine avgjørelser på, hvilke faktiske forhold som er vurdert og tillagt vekt, og hvilke retningslinjer de har forholdt seg til ved utøvelse av sitt frie skjønn. Forvaltningslovens §25 tjener til å ivareta det grunnleggende og viktige kontradiksjonsprinsippet. I henhold til § 25 skal parten få innsyn i grunnlaget for avgjørelsen, og dermed settes den i stand til å fremlegge sin sak og øve innflytelse på en avgjørelse foretatt av offentlig myndighet.

Forvaltningslovens § 25 stiller krav til innholdet av begrunnelsen av et vedtak. Denne paragrafen må i følge Woxholth sees på som en minimumsregel. Endringsloven 12.januar 1995 nr.4 endrer annet ledd første punktum for å få klarere frem at redegjørelsen for de faktiske forhold verken kan, eller skal være kort i alle saker.³⁷

Som en generell retningslinje kan det sies at begrunnelsen bør være grundigere jo mer inngripende og alvorlig avgjørelsen er for parten. Forvaltningslovens §25 er slik jeg ser det, viktig for å manifestere MR-lovens rolle i forvaltningens utøvelse av sin myndighet. Sakstiltfeller som kan tenkes å være beskyttet av internasjonale menneskerettigheter, er som oftest saker som må kunne ansees å være inngripende og alvorlig for parten, og krever følgelig en grundigere begrunnelse fra forvaltningens side.

Forvaltningslovens §25 som stiller krav til forvaltningen om begrunnelsens innhold, gjør det lettere for sakens parter å gjøre seg opp en mening om vedtaket er tatt på riktig og tilstrekkelig juridisk grunnlag, i det begrunnelsen kan gi en pekepinn på hvordan saksbehandlingsprosessen har foreløpt. Dersom det i en sak foreligger en begrunnelse der aktuelle bestemmelser i MR-loven ikke uttrykkelig er nevnt, kan det tydes som et tegn på at Mr-loven er oversett. Om det er tilfelle, er avgjørelsen fattet på et mangelfullt rettslig grunnlag. Etter nærmere vurdering kan en slik mangel kvalifiseres som saksbehandlingsfeil jfr juridisk teori ved Graver³⁸, samt rettspraksis Woxholth har henvist til i sin kommentarutgave s 424. Å overse en aktuell bestemmelse i MR-loven kan

³⁷ Geir Woxholth- *Forvaltningsloven med kommentarer 2009- 4. utgave. S.424.*

³⁸ Hans Petter Graver- *Alminnelig forvaltningsrett 2002. 2.utgave.*

også kunne vurderes som grunnlovsstridig. Jfr grunnlovens §110c har forvaltningen plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. Å overse en bestemmelse, ligger langt fra det om ligger i en naturlig forståelse av ordlyden å ”respektere”.

4.2.2.1 Begrunnelse for retteslig grunnlag:

At forvaltningen plikter å ta hensyn til MR-loven som et rettslig grunnlag følger blant annet av Grunnlovens §110c.- ” **Det påligger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene**

Slik jeg ser det, er det forvaltningen som i første rekke er i stand til å vareta disse pliktene. Forvaltningen er den statsmyndighet som forvalter lovverket. Slik praksis er i Norge, er det utenkelig å fatte et forvaltningsvedtak uten hjemmel i lov eller forskrift. EMK, SP, ØSK og Barnekonvensjonen utgjør MR-loven av 1999 og er jfr Mr-lovens §3 inntatt i norsk lov med forrang. De nevnte konvensjoner beskytter en rekke forhold som knytter seg opp mot forvaltningsrettens område, både på statlig og kommunalt nivå. Like naturlig som å vurdere nasjonale lover og forskrifter bør det, medutgangspunkt i Grunnlovens §110c , mr-lovens §1, og forrangsbestemmelsen i MR-lovens §3, være like naturlig at forvaltningen i sin saksbehandling anser seg forplikter til å innta drøftelser i henhold til MR-loven. I de saker der Mr-loven kan tenke seg å utgjøre et rettslig grunnlag for et vedtak, skal drøftelsen i henhold til konvensjonsbestemmelser følgelig også inntas i begrunnelsen jfr forvaltningslovens § 25. Begrunnelser som ikke uttrykkelig drøfter forholdet til aktuelle bestemmelser i de nevnte konvensjoner, kan kjennes ugyldig, få kritikk av sivilombudsmannen eller bli opphevet.

Om man forstår MR-lovens betydning i norsk forvaltning i lys av Grunnlovens §110c, mr-lovens formålsparagraf og forrangsbestemmelse, NOU 1993:18 om lovgivning av menneskerettigheten og Sivilombudsmannens uttalelser som jeg har tatt for meg tidligere, viser de alle at forvaltningen ansees forpliktet til å vurdere konvensjonsbestemmelsene konkret i hver sak der Mr-loven har bestemmelser på området. Forvaltningslovens § 25 tjener som et instrument til å kontrollere at MR-lovens artikler faktisk er vurdert under saksbehandlingen. Som eksemplifisert over, er det slik at dersom Mr-lovensbestemmelser ikke er nevnt i begrunnelsen, kan det tyde på at forvaltningen har oversett dem, noe som er kritikkverdig. Nok et bevis på at MR-

loven skal vurderes i alle tilfeller der den kan tenkes å beskytte borgernes rettigheter, er Høyesteretts kjæremålsutvalgskjennelse av 18.januar 1993 (1 nr 148/1993)- Høyesterett opphevet da enn kjennelse om forlenget varetekt fordi lagmannsretten ikke uttrykkelig hadde drøftet forholdet til EMK art. 5 (3) om pådømmelse innen rimelig tid. . Rt. 1998 s. 1795, er også et eksempel på at et vedtak som er i strid med folkeretten kan kjennes ugyldig.

”- I tillegg til de begrensninger i utvisningsadgangen som er fastsatt i utlendingsloven, kommer begrensninger som måtte følge av folkeretten. Jfr utlendingslovens §4, skal utlendingsloven ”anvendes” i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingers stilling” Dette medfører at norske domstoler i sak om gyldighetene av et utvisningsvedtak må prøve om vedtaket er i strid med folkeretten, og dersom dette er tilfellet, må vedtaket kjennes ugyldig.

Som vi ser av denne dommen, må et forvaltningsvedtak som er i strid med folkeretten kjennes ugyldig. Med støtte i grunnlovens § 110c, kan jeg ikke se at dette kun gjelder for vedtak fattet med utgangspunkt i nasjonal lov med egen forrangsbestemmelsen slik som for eksempel utlendingslovens §4, selv om det er gjort til et poeng i denne dommen. Det følger av MR-lovens §§1 og 3 at det er en klar lovgivervilje at Norge følger opp sine internasjonale forpliktelser. Eckhoff uttalte sågar at dersom en nasjonal lov skulle vise seg å være i strid med folkeretten, måtte dette ansees som et arbeidsuhell.

Når det her tales om at loven må være i samsvar med folkeretten, tolker jeg det slik at det ikke er selve lovteksten det snakkes om, det må være regelen eller forvaltningens del, praksisen som utledes av den. Derfor, er det slik jeg ser det, også konsekvensene av et vedtak som skal være i samsvar med bestemmelsene i menneskerettighetsloven for at man ikke skal kunne påberope seg motstrid. Dette følger også av forholdsmessighetsprinsippet som er en forutsetning ved skjønnsbaserte avgjørelser som involverer internasjonale konvensjoner.

Konvensjonsbestemmelser skal ved motstrid under alle omstendigheter gå foran nasjonal lovgivning, det gjelder alle forvaltningsvedtak der MR-loven kan tenkes å kunne gjøre seg gjeldene på området. For at en saksbehandler skal vite om vedtaket er i strid med folkerettslige forpliktelser, må følgelig konvensjonsbestemmelser vurderes

under saksbehandlingen. Om ikke hele vurderingen inntas i begrunnelsen, følger det av forvaltningslovens §25 om vedtakets begrunnelse og innholdet av den, at det rettslige grunnlaget vedtaket bygger på skal synliggjøres i begrunnelsen. Jo mer inngripende et vedtak er, jo mer utfyllende bør også begrunnelsen være. Det følger av ordlyden at det er det rettslige grunnlaget som vedtaket er bygget på som skal synliggjøres. På noen kan det virke unødig å nevne konvensjonsbestemmelser, dersom ikke vedtaket bygger direkte på dem. Forskjellen på nasjonale bestemmelser som ikke er grunnlag for vedtaket, og eventuelt en bestemmelse i MR-loven, er at Norge har satt seg som mål å bestrebe seg på å oppfylle sine menneskerettslige forpliktelser, og at forvaltningen er de som også kan gi enkeltmennesket den beskyttelsen og oppfylle de rettigheter enkeltmennesket har etter MR-loven. Som vi så av sivilombudsmannens uttalelse som jeg refererte til tidligere, må MR-lovens bestemmelser vurderes i hvert tilfelle dersom det foreligger konvensjonsbestemmelser som kan gjøre seg gjeldene i den konkrete saken. . For å unngå kritikk, må det derfor fremgå av forvaltningens begrunnelse for vedtaket at Mr lovens aktuelle bestemmelse er vurdert, slik at man ikke skal forledes til å tro at våre folkerettslige forpliktelser er glemt under saksbehandlingen.

Med tanke på de relativt få rettsavgjørelser som er på forvaltningsrettens område, skal forvaltningspraksis regnes som en rettskilde som skal tillegges stor vekt i saksbehandlingen. I kollisjon med mr-lovens bestemmelser kan man si at også forvaltningspraksis må finne seg i å måtte vike for mr-loven, dersom artiklene der setter en annen standard enn nasjonale lover, forskrifter, rundskriv eller gjeldene praksis. Uttalelser i Rt.2000. s996. – Bhølerdommen gir støtte for dette:

- ” Som utgangspunkt følger det av menneskerettsloven § 3 at hvor tolkningsresultat som fremgår av EMK fremstår som ”rimelig klart”, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn, selv om dette skulle føre til at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.

Denne uttalelsen bør også fremstå som en klar rettesnor til forvaltningen i sin saksbehandling. Som jeg var inne på tidligere, er dette læren om klarhet som Høyesterett støttet seg på frem til 2000, og som forvaltningen på ingen måte kan velge å se bort fra. Sett med folkerettslige øyne må dette sees på som et absolutt

minimumskrav. Det følger av overskriften til EMKs artikkel 1, at Norge gjennom ratifikasjon av konvensjonen forplikter seg til å respektere menneskerettighetene, at staten ” skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del 1. av denne konvensjonen. EMD som er det organ som kan felle stater på bakgrunn av konvensjonen, har ikke på noe tidspunkt kommet med signaler om at statene kan slakke på sine forpliktelser etter EMK fordi det foreligger klarhetskrav, jfr Andenæs artikkel³⁹ Uansett hvordan dette forholder seg, er det viktig å fremheve den pedagogiske betydningen det har at de som arbeider med rettslige spørsmål også formidler til borgerne hvordan rettsreglene er å forstå. Det er for øvrig ingen tvil om at de som treffer rettslige avgjørelser eller sier sin mening om gjeldende rett har plikt til å hente inspirasjon og støtte for uttalelser i dommer, forarbeider/etterarbeider og juridisk teori, også på mr-rettens område ved utøvelse av sin myndighet. I det mr-loven består av en rekke målsetningsbestemmelser slik som for eksempel ØSK art 12. 1.ledd

”- The states parties to present Covenant recognize the right of everyone to enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. ”

Dette er altså en rettighet vi har etter mr-loven, og åpner for betydelige skjønnsmessige overveielser. For at lovgiver skal ta sin ønskede rolle som rettsutvikler, ser jeg det som et viktig argument for at forvaltningen bør ta ansvar for å gi konvensjonsbestemmelsene innhold. Jo mindre konvensjonspraksis som foreligger på området, jo vagere kan regelen ansees å være, og desto mer konvensjonspraksis som foreligger, jo tydeligere kan en konvensjonsbestemmelse ansees å være. For at forvaltningen skal oppfylle sin plikt som rettsanvender, er det en forutsetning at forvaltningen til enhver tid har oversikt over konvensjonspraksis på sitt område. Det vil være den eneste måten de kan få vite om de har med en vag eller presis regel å gjøre, og vil følgelig være den beste måten forvaltningen har til å vite hvordan de skal håndtere en konvensjonsbestemmelse.

³⁹ Mads Andenæs og stipendiat Eiriks Bjørges artikkel- Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK. Sept 2010.

4.2.2.2 Forvaltningslovens §25 tredje ledd- skjønnsvurderingen:

Forvaltningen treffer i utgangspunktet avgjørelser basert på rettsregler. Men, det kan forekomme at en rettsregel gir rom for flere løsninger. I slike tilfeller er forvaltningen gitt kompetanse til selv å vurdere hvilke løsning som ansees som den beste i hver enkelt sak. For å sikre at slike avgjørelser ikke er basert på saksbehandlers magesfølelse, sympati eller antipati, følger det av prinsippet om god forvaltningsskikk at skjønnsbaserte avgjørelser tas med utgangspunkt i uskrevne regler om forvaltningens kompetanse til å utøve et fritt skjønn. Kort oppsummert vil det si at en skjønnsbasert avgjørelse ikke skal være basert på utenforliggende hensyn, vilkårlighet eller urimelig/ubegrunnet forskjellsbehandling.

Forvaltningslovens §25, tredjeledd, kan sies å inneha en kontrollfunksjon med forvaltningens skjønnsutøvelse i det §25, tredje ledd bestemmer at

”- **De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvelse av forvaltningsmessig skjønn bør nevnes.**

I lovavdelingens jnr 3193/83E påpekes at det ikke her tales om den skjønnsmessige tolkningen av selve rettsgrunnlaget. Jeg finner allikevel grunn til å nevne at man ikke må glemme at forståelsen og anvendelsen av alle lovens regler, skal sees i sammenheng med våre konvensjonsforpliktelser, og at forvaltningens skjønn må utøves på en slik måte at våre konvensjonsforpliktelser blir ivaretatt. Det fremgår av Woxholths kommentarutgave at ordlyden ikke gir plikt til å redegjøre for skjønnsutøvelsen, men at de hovedhensyn som har vært avgjørende for skjønnnet skal nevnes.⁴⁰

4.2.2.3 Plikter forvaltningen å ta hensyn til prinsippet om forholdsmessighet i sin skjønnsutøvelse?

Nasjonale regler om saklig og forsvarlig skjønn, baserer seg hovedsakelig på skjønnutøvelsen foretatt ved tilblivelsen av et vedtak. Men, det finnes rettsavgjørelser som mer eller mindre eksplisitt gir er anvisning om at forvaltningen også må utøve sin myndighet etter en vurdering av vedtakets forholdsmessighet. Rt 1995 s. 738. Forholdsmessighetsprinsippet angir vedtakets forhold mellom mål og middel, og vurderes også ut i fra vedtakets konsekvens.

⁴⁰ Geir Woxholth- forvaltningsloven med kommentarer 2006, 4 utgave 2009 2. opplag
39

I norsk rettstradisjon er det allikevel en oppfatning om at forholdsmessigheten mellom mål og midler ofte vil være svært skjønnsmessige, og at tolkningen av om et vedtak er forholdsmessig, i siste instans ligger til forvaltningens eget frie skjønn.⁴¹

Graver hevder : - ”Den klare hovedregel er at domstolene ikke overprøver om en avgjørelse er forholdsmessig. Forholdsmessighetskravet retter seg i utgangspunktet til lovgiveren og til forvaltningen. På den annen side vil domstolene i sin prøving kreve at forholdsmessigheten av et inngrep er forsvarlig vurdert.

Dette synet kom også til uttrykk i Rt. 2000 s. 1056.»⁴² og det ble også resultatet i blant annet Rt 1995 s.738 og Rt. 2002 s.209.

HR-2008-695-A egner seg ytterligere til å kaste lys over om forvaltningen har en generell plikt til å foreta forholdsmessighetsskjønn i sine avgjøresler:

En mann som var født og oppvokst i Kosovo (A), giftet seg 22. juni 1989 med en norsk kvinne (B). Ektefellene fikk to barn, født i henholdsvis 1990 og 1992. 20. mars 1992 ble A i medhold av utlendingsloven § 29 første ledd bokstav c varig utvist fra Norge.

Bakgrunnen for utvisningsvedtaket var at A 22. juni 1990 ble dømt til fengsel i fire år for to grove ran, ett simpelt ran, ett forsøk på grovt ran og sju grove tyverier. A og B ble skilt januar 1992, men giftet seg på nytt 30. september 2004. De fikk deretter to nye barn født henholdsvis 2005 og 2006. 20. oktober 2004 søkte A om arbeids- og oppholdstillatelse i familiegjennforeningsøyemed etter utlendingsloven § 8. Etter utlendingsloven § 8 første ledd nr. 3 må det ikke foreligge «omstendigheter som vil gi grunn til å nekte utlendingen adgang til riket, opphold eller arbeid i medhold av andre regler i loven». På bakgrunn av denne bestemmelsen tolket Utlendingsdirektoratet søknaden om arbeids- og oppholdstillatelse slik at den også innebar en søknad om opphevelse av innreiseforbudet som fulgte av utvisningsvedtaket av 20. mars 1992. Hjemmel for en slik opphevelse finnes i utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum, hvor det heter at «[e]tter søknad kan den som er utvist få adgang til riket, men som regel ikke før to år er gått fra utreisen». A fikk avslag på søknadene, og saken ble dermed brakt inn for domstolene.

⁴¹ Torstein Eckhoff / Eivind Smith. *Forvaltningsrett 8.utgave 2006.*

⁴² Hans Petter Graver- *Alminnelig forvaltningsrett 2002, 2.utg*

Høyesterett uttaler: ”På denne bakgrunn mener jeg at vedtak av utlendingsforvaltningen etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum ikke kan prøves av domstolene i større utstrekning enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære. Etter denne gjelder det ikke noen generell forholdsmessighetsbegrensning. Riktignok kan et forvaltningsvedtak blant annet kjennes ugyldig dersom det er åpenbart urimelig, og i denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger. Siden terskelen for å underkjenne vedtaket er at det er åpenbart urimelig, vil imidlertid det være en forholdsmessighetsbegrensning av en helt annen karakter enn den som følger av utlendingsloven § 29 andre ledd og § 30 tredje ledd.»⁴³

Denne uttalelsen gir anvisning til at det ikke gjelder et generelt krav om forholdsmessighet som en del av kravet til forvaltningens skjønnsmessige vurderinger. Kravet om forholdsmessighet skal følgelig ikke ha samme status som forbudet mot utenforliggende hensyn, vilkårlighet, usaklig forskjellsbehandling og grovt urimelig resultat. En konsekvens skulle være at kravet om forholdsmessighet ikke kan legges til grunn som en generell skranke ved forvaltningens skjønnsutøvelse.

Selv om det hersker uenighet i litteraturen omkring denne problemstillingen, og man skal være forsiktig med å trekke denne konklusjonen for langt, er høyesterett her ganske klar. Jeg mener derfor det er viktig å presisere at dette etter min forståelse kun kan sies å gjøre seg gjeldene i de vedtak der forvaltningen har forholdt seg til nasjonale rettskildebildet alene. I det øyeblikket en bestemmelse i mr-loven gjør seg gjeldene, vil forholdet til forholdsmessighetsvurderinger stille seg ganske annerledes.

I litteraturen har det vært noe ueighet om forholdsmessighetsprinsippets rolle i norsk forvaltningsrett. Når det gjelder forholdsmessighetsprinsippet i forhold til internasjonale konvensjoner er det enighet om at det gjelder et krav om forholdsmessighet når:

- 1) Et norsk forvaltningsorgan fastsetter en forskrift eller treffer et enkeltvedtak som gjør innskrenkninger i en av de fire frihetene som følger av EØS-loven
- 2) Et norsk forvaltningsorgan gjør inngrep i rettigheter som er beskyttet etter EMK
- 3) Et forvaltningsorgan stiller vilkår i medhold av den ulovfestede vilkårs-læren
- 4) En lovbestemmelse gir anvisning på at forvaltningen må respektere et krav om forholdsmessighet ved sin skjønnsutøvelse.⁴⁴

⁴³ HR-2008-695-A

⁴⁴ Johan Greger Aulstad- HR og kravet til forholdsmessighet. Jussens Venner 04./08

Som skrevet tidligere, har forvaltningen plikt til å forholde seg til folkerettslige rettskildesprinsipper og tolkningsgrunnlag ved vurdering av internasjonale konvensjoner. Forholdsmessighetsprinsippet har sin forankring i EMK. Siden EMK, SP, ØSK og Barnekonvensjonen er norsk rett, gjelder kravet til forholdsmessighet når man skal kartlegge omfanget av forvaltningens kompetanse på områder som er berørt i disse konvensjonene. ⁴⁵ Denne oppfatningen kommer også til uttrykk i NOU 1993:18 s. 68, der det er tydeliggjort at forvaltningen skal ta hensyn til forpliktelser som følger av menneskerettskonvensjonene også ved skjønnsutøvelsen i enkeltsaker. Det følger av forvaltningens plikt til å tolke konvensjonsbestemmelsene i tråd med folkerettslig tolkningstradisjon, at forholdsmessighetsprinsippet må gjøre seg gjeldene i skjønnsutøvelsen ved anvendelse av bestemmelser i mr-loven. Dette henger også sammen med domstolenes adgang til fullt ut å kunne prøve om et forvaltningsvedtak er konvensjonsmessig jfr. Alta- saken Rt.1982 s. 241.

På bakgrunn av fremstillingen over, mener jeg å ha belegg for å hevde at selv om mye tyder på at forholdsmessighetsprinsippet ikke kan stilles som et generelt krav i norsk forvaltningsrett, kan det oppstilles som en absolutt plikt der internasjonale konvensjonsbestemmelser er inntatt i saksbehandlingen. Forvaltningen har uansett en plikt til å sørge for at det frie skjønn utøves på en slik måte at våre internasjonale menneskerettsforpliktelser til enhver tid er ivaretatt. Jeg mener derfor at forvaltningslovens §25 tredjeledd, også legger en plikt på forvaltningen til å redegjøre for hovedhensyn som er tatt i betraktningen ved vurderingen av vedtakets forholdsmessighet.

Å ta denne plikten på alvor, vil føre til at rettsanvendere i forvaltningen får et mer bevisst forhold til våre menneskerettslige forpliktelser etter mr-loven, og at de i sin saksbehandling og skjønnsutøvelse retter oppmerksomhet mot om vedtaket også beskytter menneskerettighetene i sin konsekvens. På denne måten er forvaltningen med på å respektere og sikre menneskerettighetene slik de har plikt etter jfr grunnlovens § 110c.

⁴⁵ *Torsten Eckhof/ Eivind Smith. Forvaltningsrett 8. utgave 2006.*

4.3 Forvaltningslovens §27- om underretning av klageadgang osv.

Temaet for denne fremstillingen er å se på forvaltningens plikter under mr-loven. Jeg ser det derfor ikke nødvendig for å oppnå formålet med oppgaven å gå grundig inn inni hele forvaltningslovens §27. Det jeg finner interessant med paragrafen i denne omgang, er den plikt forvaltningen har til å underrette en part om klageadgang, klagefrist, klageinstans og den nærmere fremgangsmåte ved klage slik det kommer til uttrykk i forvaltningslovens §27 tredje ledd. I følge forarbeidene gjelder underretningsplikten kun klageadgang som selvstendig kommer til uttrykk i forvaltningsloven. I følge Woxholth foreligger det ingen plikt til å opplyse om adgangen til å bringe saken inn for retten ved søksmål, eller for sivilombudsmannen⁴⁶. Om dette kan sies å være konvensjonsstridig i seg selv, er en diskusjon jeg ikke skal begi meg inn på nå, men jeg vil minne om det jeg tidligere har anført, at forvaltningspraksis i alle henseesnder skal søkes å være konvensjonsmessig etter bestemmelser i mr-loven. I henhold til EMK art 6. har alle rett på access to court, uavhengig av hva som står i forvaltningsloven eller ikke. Access to court gir ikke direkte domstolsadgang slik en direkte oversettelse skulle tilsi, men brukes også som betegnelse på et overordnet forvaltningsorgan eller klageinstans.⁴⁷ I det ”klageinstansen” omfattes av begrepet access to court, plikter klageinstansen også å følge konvensjonsrettslige regler og menneskerettslig praksis i forhold til hvordan en part skal behandles i en klagesak. Klagesaksbehandlingen som faller innenfor EMK art 6. nr 1, må foregå ”within a resonable time”. EMD stiller ingen bestemt lengstefrist, men det er på det rene gjennom EMDs praksis, at forvaltningsmessig behandlingstid forut for en eventuell rettsak teller med i en slik vurdering. I klagesaker må forvaltningen også ta hensyn til partens rett på ”fair hearing”, at saksbehandlingen må være kontradiktorisk, og at partene må få like muligheter til å fremføre sin sak og imøtegå motpartens anførsler- ”equality of arms”.⁴⁸ Disse reglene skal gjelder uansett om anførselene fremsettes av et forvaltningsorganet selv, eller en annen part i saken.

I 2003 ble Norge dømt i saken *Waltson vs Norway*, for å ha krenket retten til ”fair hearing”. I en sivil sak hadde lagmannsretten unnlatt å oversende et prosesskrift til ekteparet *Waltson* før saken ble avgjort i lagmannsretten. Staten anførte at

⁴⁶ *Geir Woxholth- forvaltningsloven med kommentarer. 2009. s44.*

⁴⁷ *Anne Robberstad, Sivilprosess 2009.*

⁴⁸ *Anne Robberstad, Sivilprosess 2009.*

prosessskriftet ikke var avgjørende, og at unnlattelsen ikke hadde ført til skade for parten. EMD godtok ikke denne unskyldningen, og uttalte ”- *It is for the applicants to judge whether or not a document calls for their comments.*”

Av denne dommen kan vi utlede at EMD er meget strenge i forhold til myndighetenes saksbehandling, og vil derfor poengtere at plikten til saksbehandling i tråd med prinsippene om ”fari hearing” og ”equality of arms” ”within a reasonable time” slik vi har sett, også gjelder for forvaltningens saksbehandling i klagesaker.

Dersom det i en forvaltningssak ikke er tatt hensyn til disse saksbehandlingsregler kan parten hevde seg krenket etter EMK og menneskerettslig praksis. I et slikt tilfelle hvor en part hevder seg krenket i forhold til menneskerettighetene, har han med forankring i EMK art 13 og Sp art.2 ytterligere søksmålsadgang enn den søksmålsadgangen som gis etter forvaltningsloven. Skal man påberope seg søksmålsadgang etter EMK art 13 og SP art 2, oppstilles to vilkår. For det første må parten hevde seg krenket av artikler i konvensjonen selv. Et konvensjonsbrudd på bakgrunn av saksbehandlingsfeil kan forankres i EMK art 6. For det andre må saken være avgjort av høyeste nasjonale klageinstans og alle klage adgang må være oppbrukt. Førstevoterende Dommer Tjomsland resonerer over klageadgangen i HR- 2010-01703-S. Sivil sak i anke over dom, og kommer med følgende uttalelse:

” Klageordningen for konvensjonsorganene EMD og FNs menneskerettskomité – bygger således på det grunnleggende prinsipp om at staten er pliktsubjekter etter konvensjonen. I tråd med dette skal nasjonale rettsmidler utnyttes først. Ordningen med klage til håndhevingsorganene er subsidiær og skal gi beskyttelse dersom statene ikke sikrer individene konvensjonsbeskyttede rettigheter.

Jeg mener dette er noe forvaltningen plikter å opplyse om enten som et ledd i veiledningsplikten §11, eller etter underrettningsplikten for klageadgang, og klageinstans jfr. forvaltningslovens §27. Om det ikke skulle omfattes av lovbestemmelsen, mener jeg at plikten til å informere om klageadgang forankret i mr-loven bør omfattes av prinsippet om god forvaltningsskikk, og bli en del av forvaltningsrettslig praksis. Slik jeg ser det, er det viktig at forvaltningen også her tar mr-loven på alvor, da det verken er tidsbesparende eller kostnadseffektivt om det skal være nødvendig for borgerne å dra staten inn for internasjonale håndhevingsorganer for å oppnå sine rettigheter.

5 Konklusjon:

Ved å samle og oppstille uttalelser fra sentrale rettskilder når det gjelder forvaltningens plikt til å ta hensyn til mr-loven i sin myndighetsutøvelse, kan jeg ikke påberope meg at jeg har bidratt med ny kunnskap. Jeg mener allikevel at denne avhandlingen er med på å klargjøre og bevisstgjøre oss på at forvaltningen har en ufravikelig plikt til å ta hensyn til menneskerettsloven på alle nivåer i sin myndighetsutøvelsen. Denne plikten følger blant annet av grunnlovens § 110c. Lovgiverviljen slik den fremkommer i forarbeidene til menneskerettsloven, NOU 1993:18 er tydelige når det gjelder ønsket om at nasjonale lover og praktisk myndighetsutøvelse til enhver tid er i overensstemmelse med konvensjonene og konvensjonspraksis. Det er tydelig at de anser det for forvaltningsorganenes ansvar å holde seg oppdatert på menneskerettighetenes område, og å utvikle seg i tråd med dem. Forvaltningen plikter å ta hensyn til mr-loven på lik linje med nasjonale lover, og dersom det er avvik mellom forståelsen av en nasjonal lov, eller forvaltningsrettslig sedvane og konvensjonsbestemmelsene, er det de nasjonale rettskilder som skal anees for å være missvisende. Det er også på det rene at ”klarhetskravet”, ”nasjonal skjønnsmargin” og ”dynamisk tolkning” ikke kan påberopes for å begrense mr-lovens betydning på forvaltningsrettslig områder. Det er heller ikke tvil om, at så lenge mr-loven gjelder som norsk lov med forrang er omfattet at saksbehandlingsreglene slik de uttrykkes i forvaltningsloven. Slik rettstilstanden kan synes å være i dag, er ikke forvaltning tilstrekkelig bevisst på mr-lovens betydning på de ulike forvaltningsrettslige områdene. Dette kan, slik jeg har gjort rede for, føre til at forvaltningsrettslig sedvane både kan anees som å være grunnlovsstridig og konvensjonsstridig. Tidligere har det vært klart at domstolene ikke kan føre kontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse. Med grunnlovens §110c, samt statens forpliktelser etter konvensjonen, kan ikke dette lenger sees på som en regel uten unntak. Gjennom rettspraksis er det tydeliggjort at domstolene kan føre tilsyn både med konvensjonsmessigheten og grunnlovsmessigheten av et forvaltningsvedtak. Dette betyr i realiteten at forvaltningsvedtak der mr-lovens bestemmelser har gjort seg gjeldene eller burde gjort det kan prøves fullt ut. Konvensjonsbestemmelsene er utarbeidet i generelle termer, og det kan være vanskelig for forvaltningen å trekke slutninger basert på konvensjonsteksten alene. Dette kan imidlertid ikke sees på en unskyldning til å slakke på konvensjonskravene. Et forvaltningsvedtak skal være konvensjonsmessig både

i sin utforming og sine konsekvenser. Dette er viktig sett i rettsikkerhetens lys. Selv om det er på det rene at rettsliggjørin og klageadganger ikke kan bøte på faktiske menneskerettsbrudd som for eksempel mangel på bolig. Kan opplyste lovanvendere og kritiske jurister spille en viktig rolle i å presse frem menneskerettighetenes stilling for enkeltmennesket. Forvaltningens plikt til å ta hensyn til bestemmelsene i mr-loven, samt utvidelse av klageordningen kan virkelig brukes til å bedre den rettslige posisjonene til for eksempel bostedsløse. Konsekvensene av å belyse forvaltningens plikter under mr-loven kan derfor sees på som et viktig ledd i samfunnsutviklingen dersom Norge skal nå sitt mål i å sikre og respektere menneskerettighetene både i teori og praksis.

6 Litteraturliste

Anne Robberstad- Sivilprosess, 2009

Bente Ohnstad- Juss for helse- og sosialarbeidere 2009, 4 utg.

Camilla S. Vislie – Høyesterett og menneskerettighetene 1999

Carsten Henrichsen- Retsikkerhet og moderne forvaltning 1997

Erik Boe - Innføring i JUSS, juridisk tenkning og rettskildelære 1996, 5.opplag 04

Erik Møse- Menneskerettigheter 2002

Geir Woxholth- Forvaltningsloven med kommentarer 2006, 4 utg. 2.opplag 2009

Hans Petter Graver- Alminnelig forvaltningsrett 2002- 2.utg. 2002.

Jan Fridthjof Bernt/ Oddvar Overå/Harald Hove – Kommunalrett 2002, 2.opplag 05

Knophs oversikt over Norges rett, 2004, 12.utg.

Morten Ruud/ Geir Ulfstein Innføring i folkerett 2006, 3.utg.

Njål Høstmælingen – Internasjonale Menneskerettigheter 2003, 3opplag 06

Sivilombudsmannens årsrapport 2009

www.sivilombudsmannen.no

Torstein Eckhoff/ Eivin Smith – Forvaltningsrett 2006, 8. Utg.

Jon Gisle Jusleksikon 2005, 2.utgave.

Lovforarbeider:

NOU 1993:18- Lovgivning om menneskerettigheter

Ot.prp. nr.38 (1964/65)- Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Ot.prp nr.3 1976/ 77

Artikler:

Johan Greger Aulstad- HR og kravet til forholdsmessighet. Jussens Venner 04./08

Vibeke blaker strand. Likestill og effektiviser menneskerettighetene lov og rett 04/2009

Mads Andenæs og stipendiat Eiriks Bjørges artikkel- Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK. Sept 2010.

Mads Andenæs og Andreas Kravik- Norske verdier og EMK, Lov og Rett- 49-2010 s.1-21

Jan Erik Helgesen. Menneskerettskonvensjonene i norsk rett, Utviklingstrekk gjennom de siste 10 år. Publisert i Stud.jur. nr.5- 2010.

