



Det juridiske fakultet

Aktiv sakstilknytning til forvaltningsvedtak i utlendingsretten

Kravet til aktiv sakstilknytning for å kunne gå til søksmål om forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område

Pia Andrea Bjørnsen

JUR-3902

Liten masteroppgave i rettsvitenskap mai 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Bakgrunn.....	2
1.3	Avgrensinger.....	3
1.4	Metodespørsmål.....	4
1.5	Fremstillingen videre.....	5
2	Grunnleggende forutsetninger for sivilt søksmål - prosessforutsetningene.....	5
2.1	Innledende om prosessforutsetninger.....	5
2.2	De ulike prosessforutsetningene, med særlig fokus på tvisteloven § 1-3.....	7
2.2.1	Kort oversikt over og formålet bak de ulike prosessforutsetningene, med særlig fokus på kravet til aktiv sakstilknytning.....	7
2.3	De prosessuelle grunnvilkår i tvisteloven § 1-3.....	9
2.3.1	Det må foreligge et rettskrav og tilstrekkelig aktualitet.....	9
2.3.2	Kravet til aktiv sakstilknytning som selvstendig søksmålsbetingelse.....	10
2.3.3	Innledende om kravet til aktiv sakstilknytning i tvisteloven § 1-3.....	11
2.3.4	Kravet til passiv sakstilknytning i offentligrettslige forhold.....	13
3	Aktiv sakstilknytning på utlendingsrettens område.....	13
3.1	Presentasjon av problemstillingen.....	13
3.2	Forholdet til Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon.....	15
3.2.1	Retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6 og Grunnlovens § 95.....	16
3.2.2	Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 13.....	17
3.2.3	Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8.....	18
3.3	Presentasjon av hvem som er part i forvaltnings-saken.....	19
3.4	Tilfeller hvor den utviste selv har gått til søksmål om utvisningsvedtaket.....	21
3.4.1	Rt-1995-139.....	21
3.4.2	Rt-2015-93 (Maria-dommen).....	23

3.4.3	HR-2016-935-U	26
3.4.4	HR-2017-1130-A	27
3.4.5	Oppsummering	28
3.5	Tilfeller hvor den utviste ikke selv har gått til søksmål om utvisningsvedtaket	29
3.5.1	Oppsummering	33
3.6	Kravet til aktiv sakstilknytning ved søksmål om andre forvaltningsvedtak i utlendingsretten	33
3.6.1	Er andre vedtakstyper i utlendingsretten av så «sterk personlig art» at det som et utgangspunkt kun er den vedtaket direkte retter seg mot som kan angripe det ved søksmål? 33	
3.6.2	Oppsummering	43
3.7	Tilfeller hvor parten i forvaltningssaken ikke selv går til søksmål i saker som anses å være av sterk personlig art	44
3.8	Hvilke andre enn parten selv kan gå til søksmål om familiegjenforeningssaker? ...	46
4	Konklusjon	49
	Kildeliste	50
	Lover	50
	Forskrifter	50
	Konvensjoner	50
	Lovforarbeider	50
	Rettspraksis	51
	Høyesterettspraksis	51
	Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol	52
	Praksis fra lagmannsretten	52
	Praksis fra tingretten	52
	Juridisk litteratur	53
	Andre kilder	53

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven behandler hvilke krav som tvisteloven¹ § 1-3 annet ledd stiller til saksøkerens tilknytning til søksmålgjenstanden for å kunne gå til søksmål om forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område. Med «forvaltningsvedtak» menes vedtak som blir truffet under utøving av offentlig myndighet, jf. forvaltningsloven² § 2 første ledd bokstav a.

De krav som stilles til saksøkerens tilknytning til tvistegjenstanden, blir i prosessrettslitteraturen gjerne omtalt som «aktiv sakstilknytning». De krav som stilles til saksøktens tilknytning til søksmålgjenstanden, er det vanlig å kalle for «passiv sakstilknytning».³ I oppgaven vil «aktiv sakstilknytning» og «aktiv søksmålskompetanse» bli brukt om hverandre, uten at det er ment noen forskjell i begrepsbetydningen. Tilsvarende vil begrepene «passiv sakstilknytning» og «passiv søksmålskompetanse» brukes om hverandre.

Kravet til aktiv sakstilknytning er nedfelt i tvisteloven § 1-3. Etter tvisteloven § 1-3 annet ledd første punktum, må saksøker påvise et «reelt behov» for å få et krav avgjort i forhold til saksøkte. Etter annet punktum skal reelt behov avgjøres ut fra en «samlet vurdering» av kravets «aktualitet» og «partenes tilknytning» til søksmålgjenstanden. Det er klart at den som vedtaket retter seg mot, har tilstrekkelig tilknytning til å kunne gå til søksmål.

Problemstillingen blir da hvem som blir ansett å være den vedtaket retter seg mot, i hvilken anledning andre kan ha søksmålsadgang, og – i så fall – hvilke krav som stilles til sakstilknytning for andre enn den forvaltningsvedtaket retter seg mot.

Ordlyden i bestemmelsen utelukker ikke at andre enn den vedtaket direkte retter seg mot, kan gå til søksmål. Høyesterett har likevel i flere avgjørelser lagt til grunn at det bare er den vedtaket direkte retter seg mot, som kan gå til søksmål om enkelte vedtakstyper.⁴ Spørsmålet som skal drøftes i oppgaven, er rekkevidden av disse avgjørelsene.

Det som skal undersøkes, er dermed hvilke krav som stilles til aktiv sakstilknytning ved søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område, og om det er

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

² Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

³ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 439.

⁴ Se eksempelvis Rt-1995-139, Rt-2001-1006 (KRL-fagdommen), HR-2016-935-U og HR-2017-1130-A.

noen forskjell i kravet til aktiv sakstilknytning for ulike vedtakstyper. Videre vil det undersøkes om tilknytningskravet for andre enn den vedtaket retter seg mot, påvirkes av om den som vedtaket retter seg mot, selv går til søksmål eller ikke. Finnes tilfeller hvor andre enn den vedtaket retter seg mot, kan gå til søksmål om gyldigheten av vedtaket, og hvilke krav stilles i så fall til tilknytning til vedtaket?

1.2 Bakgrunn

Det følger av Grunnloven⁵ § 95 første ledd første punktum at «[e]nhver har rett til å få sin sak avgjort» av en domstol. Tilsvarende rett følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon⁶ (EMK) artikkel 6 nr. 1 for «civil rights and obligations». Hvilke saker som omfattes av disse bestemmelsene, redegjøres det for i punkt 3.2.1. I Norge behandles søksmål på utlendingsrettens område som sivil sak etter reglene i tvisteloven.

Den enkeltes søksmålsadgang er imidlertid begrenset av de såkalte prosessforutsetningene, jf. nedenfor i punkt 2. Vilkårene om sakstilknytning som fremkommer av tvisteloven § 1-3 annet ledd innebærer en slik begrensning i søksmålsadgangen. Bestemmelsens vilkår er ansett for å være rettslig standarder, hvor innholdet i søksmålsvilkårene i stor grad er domstolsskapt.⁷ Som følge av at vilkårene er rettslige standarder, vil innholdet i vilkårene kunne endre seg over tid. Hvilke krav som stilles til aktiv sakstilknytning kan derfor volde tvil, og medføre vanskelige skjønnsmessige grensedragninger.

Høyesterett har i flere avgjørelser kommet til at enkelte vedtak er av «så personlig art» at søksmålsadgangen er begrenset til den vedtaket direkte retter seg mot. Læren hadde sitt utspring i Rt-1995-139, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at søksmål mot utvisningsvedtak var av så «personlig art at (...) bare den som er utvist, bør kunne angripe det».⁸ Læren har blitt videreført og utfordret i senere rettspraksis, men det er fortsatt uklarerhet rundt hvilke vedtak som er av så personlig art at søksmålsadgangen er begrenset til den vedtaket direkte retter seg mot.

⁵ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4 November 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon eller EMK), inkorporert med forrang gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 3 jf. 2.

⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364 og s. 140.

⁸ Rt-1995-139 s. 142.

Dersom et vedtak kan angripes av andre enn den som vedtaket direkte retter seg mot, blir det spørsmål hvilke tilknytningskrav som skal stilles. Hvem skal anses å ha tilstrekkelig sakstilknytning for å kunne gå til søksmål om vedtaket? I Rt-2015-93 (Maria-dommen) godtok eksempelvis Høyesterett at datteren til en som var utvist, kunne gå til søksmål for å få prøvd vedtaket.

Til tross for at det har vært flere saker for Høyesterett om tilknytningskravet ved utvisningsvedtak, er det i liten grad avklart i hvilken utstrekning andre enn den vedtaket retter seg mot, kan gå til søksmål. Det finnes også lite rettspraksis og juridisk litteratur som omhandler problemstillingen for andre typer vedtak på utlendingsrettens område enn utvisningsvedtak. Eksempelvis har det være lite diskutert om andre enn den vedtaket direkte retter seg mot, kan gå til søksmål mot avslag på søknad om familiegjening. Resultatet i utvisningsdommene har også vært kritisert i litteraturen, og det fremstår fremdeles uklart hva som må anses som gjeldende rett.

Utlendingsretten er et område som berører personlig liv i stor grad, og det er derfor interessant å undersøke hva som kan anses som gjeldende rett på området. Det kan være av stor betydning for dem som blir berørt av et vedtak, for eksempel på grunn av familietilknytning, å kunne gå til søksmål for å få fastslått at vedtaket er ugyldig eller strider mot EMK.

1.3 Avgrensinger

Problemstillingen knytter seg til ulike vedtakstyper på utlendingsrettens område. Andre typer forvaltningsvedtak vil derfor ikke omtales nærmere. Hvilke krav til aktiv søksmålskompetanse som stilles til andre enn den vedtaket retter seg mot på andre forvaltningsområder, kan være utfordrende, men da det ikke har betydning for oppgavens tema, faller det utenfor avhandlingen.

Det er i rettspraksis og juridisk litteratur i all hovedsak enighet om at familiemedlemmer kan gå til fastsettelsessøksmål om hvorvidt et vedtak i utlendingsretten medfører brudd på deres rett til familieliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.⁹ Det som det er uenighet om, er hvem som kan gå til søksmål om gyldigheten av vedtaket. Når familiemedlemmer går til

⁹ Se eksempelvis Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 458, Rt-2012-2039 (Lengeværende barn II) avs. 66 og Rt-2015-93 (Maria-dommen) avs. 42.

søksmål, er det som oftest EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 som påberopes som ugyldighetsgrunn.

De vedtak som skal behandles, er vedtak som knytter seg til oppholdstillatelse, statsborgerskap og utvisning. For oppholdstillatelser vil oppgaven trekke frem familiegjenforening, studie- og arbeidstillatelser og asyl. På grunn av oppgavens sidebegrensning vil andre former for oppholdstillatelser ikke bli trukket inn. For alle vedtakstypene vil oppgaven omhandle vedtak som avslår søknad om oppholdstillatelse eller som medfører at vedkommende må forlate riket, da det er i disse tilfellene søksmål blir aktuelt. For statsborgersaker vil hovedvekten ligge på saker som omhandler rett til eller tap av statsborgerskap etter statsborgerloven¹⁰, da det er i disse tilfellene andre enn statsborgeren selv i størst grad vil ønske å gå til søksmål om vedtaket.

Avhandlingen begrenser seg til å omhandle kravet til aktiv sakstilknytning. I saker mot forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område volder den passive søksmålskompetansen ikke tvil, da det følger av tvisteloven § 1-5 at det er staten som skal saksøkes i gyldighets søksmål om forvaltningsvedtak. En kort redegjørelse for passiv søksmålskompetanse i offentligrettslige forhold omtales likevel kort i punkt 2.3.4, for å gi en bedre forståelse av problemstillingen.

Selv om også andre vilkår i tvisteloven § 1-3 enn sakstilknytning kan by på tolkningstvil, blir disse i utgangspunktet ikke behandlet. For å få en bedre forståelse av problemstillingen og kravet til aktiv søksmålskompetanse, gjennomgås likevel kort de andre forutsetningene for å gå til søksmål.

1.4 Metodespørsmål

Som tidligere nevnt, er vilkårene i tvisteloven § 1-3 i stor grad domstolsskapt og er ansett for å være rettslige standarder. Dette medfører at rettspraksis har stor betydning for tolking av søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3. Det er noe, men ikke mye, veiledning å finne i lovforarbeidene. Det finnes også omfattende juridisk litteratur på området som vil kunne ha betydning for tolking av vilkårene, særlig i de tilfeller hvor spørsmålene ikke har vært avgjort av Høyesterett.

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

På utlendingsrettens område vil internasjonale menneskerettigheter kunne ha stor betydning. EMK er inkorporert i norsk rett med forrang foran annen norsk lov gjennom menneskerettsloven §§ 3 jf. 2. Vedtak på utlendingsrettens område faller utenfor begrepet «civil rights and obligations» i EMK artikkel 6 nr. 1, se punkt 3.2.1. Rett etter EMK til nasjonal overprøving av vedtak på dette feltet må derfor eventuelt forankres i EMK artikkel 13. Denne bestemmelsen gir rett til overprøving ved et uavhengig nasjonalt organ, men ikke nødvendigvis rett til domstolsbehandling. Det er usikkert om Utlendingsnemnda (UNE) tilfredsstillende de uavhengighetskrav som stilles etter artikkel 13. Artikkel 13 omtales noe nærmere i punkt 3.2.2.

1.5 Fremstillingen videre

I punkt 2 fremstilles kort de grunnleggende forutsetninger for å gå til sivilt søksmål. Det er naturlig å sette kravet til aktiv søksmålskompetanse i en større kontekst for å få en bedre forståelse av problemstillingen i avhandlingen.

I punkt 3 analyseres grundig hvilke krav som stilles til aktiv sakstilknytning i søksmål om forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område. Det redegjøres for hvem som blir ansett å være den vedtaket direkte retter seg mot. Videre analyseres hvilke krav til aktiv sakstilknytning som stilles for andre enn den vedtaket direkte retter seg mot. I punkt 3.1 presenteres først problemstillingen i lys av Høyesteretts rettspraksis på området. Videre drøftes i punkt 3.2 forholdet mellom tvisteloven § 1-3 og Grunnloven og EMK. Som utgangspunkt for den videre drøftelsen, presenteres deretter i punkt 3.3 hvem som er parter i en forvaltningssak. I punkt 3.4 og 3.5 analyseres hvilke krav som stilles til aktiv søksmålskompetanse ved utvisningsvedtak, før det i punkt 3.6 til 3.8 drøftes hvilke krav som stilles til aktiv sakstilknytning for andre vedtak på utlendingsrettens område.

Avslutningsvis konkluderes det basert på drøftelsene i punkt 4.

2 Grunnleggende forutsetninger for sivilt søksmål - prosessforutsetningene

2.1 Innledende om prosessforutsetninger

Prosessforutsetningene danner rammene for hvilke sivile saker domstolene kan behandle.¹¹ «Prosessforutsetninger» er en fellesbetegnelse for frister og andre formelle vilkår som må

¹¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 70.

være oppfylt for at en sak eller et rettergangsskritt kan realitetsbehandles av en domstol.¹² Dersom prosessforutsetningene ikke er oppfylt, skal saken normalt avvises, med mindre feilen kan avhjelpes etter tvisteloven §§ 11-5, 16-5 og 19-1 annet ledd bokstav a.¹³ I juridisk teori er det noe meningsforskjell om hvilke bestemmelser og krav som betegnes som prosessforutsetninger.¹⁴ Da variasjonene ikke har betydning for oppgavens tema, omtales ikke dette nærmere.

Prosessforutsetninger er ikke det samme som materielle vilkår for at et krav skal oppstå.¹⁵ Når domstolene prøver om prosessforutsetningene er oppfylt, skal de legge saksøkerens pretensjoner om det materielle rettsforholdet til grunn. Domstolen vil derfor ikke realitetsprøve holdbarheten av kravet ved prøvingen av om prosessforutsetningene er oppfylt.¹⁶ Saksøker kan eksempelvis anses for å ha tilstrekkelig tilknytning til et krav, men saksøkte er ikke materielt forpliktet etter kravet. Dette vil i så fall lede til frifinnelse av saksøkte, og ikke til avvising av søksmålet.¹⁷

De fleste lovbestemmelser som hjemler en prosessforutsetning, sier ikke når prosessforutsetningen må foreligge. Hovedregelen er at domstolen ikke kan realitetsbehandle en sak dersom en prosessforutsetning mangler.¹⁸ Etter dette må en prosessforutsetning derfor i utgangspunktet foreligge når saken blir brakt inn for retten. For at en person skal kunne få realitetsprøvd et søksmål mot et forvaltningsvedtak for domstolene, må som hovedregel alle prosessforutsetningene være oppfylt.

Kravet til aktiv sakstilknytning er en generell prosessforutsetning, som medfører at vilkåret må være oppfylt i alle typer saker og for alle typer parter.¹⁹ Videre er aktiv sakstilknytning en absolutt prosessforutsetning, som medfører at retten av eget tiltak må påse at vilkåret er oppfylt.²⁰ Domstolen må derfor av eget tiltak prøve om at det foreligger tilstrekkelig aktiv sakstilknytning i søksmål om et forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område.

¹² NOU 2001: 32 Bind B s. 884.

¹³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 70.

¹⁴ Sammenlign eksempelvis Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2. utg., Bergen 2013 s. 65 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 230.

¹⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 227-228.

¹⁶ Rt-2005-534 avs. 21 og Rt-2005-999 avs. 22 jf. avs. 21.

¹⁷ NOU 2001: 32 Bind A s. 188.

¹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 139 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 227.

¹⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 228-229.

²⁰ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 245.

2.2 De ulike prosessforutsetningene, med særlig fokus på tvisteloven § 1-3

2.2.1 Kort oversikt over og formålet bak de ulike prosessforutsetningene, med særlig fokus på kravet til aktiv sakstilknytning

Som nevnt i punkt 2.1, foreligger det flere vilkår for at domstolen kan ta en sak til realitetsbehandling. Det er utenfor oppgavens problemstilling å foreta en grundig fremstilling av alle prosessforutsetningene, og fremstillingen begrenses derfor til å gi en kort oversikt over de viktigste prosessforutsetningene. Herunder redegjøres kort for formålene bak prosessforutsetningene, med særlig fokus på kravet til aktiv sakstilknytning i tvisteloven § 1-3 annet ledd.

Formålet bak tvisteloven er etter § 1-1 første ledd første punktum å legge til rette for en «rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende» behandling i domstolen. Videre skal loven etter annet punktum ivareta den enkeltes behov for å få «håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister» samt ivareta samfunnets behov for å «få respektert og avklart rettsreglene». I lys av formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1 bør prosessforutsetningene dermed balansere partenes behov for å få avklart en tvist på den ene siden, og samfunnets behov for en kostnadseffektiv og forsvarlig behandling av tvisten på den andre siden. I forarbeidene til tvisteloven § 1-3 er det også uttalelser om formålene bak denne bestemmelsen, herunder om formålene bak kravet til aktiv sakstilknytning.²¹

Domstolen skal blant annet ikke behandle saker den ikke er egnet til å behandle, og hvilke saker domstolen skal behandle må avgrenses på en hensiktsmessig måte som gjør at domstolen får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.²² Som følge av dette er det oppstilt flere prosessforutsetninger som begrenser adgangen til å gå til søksmål, og de øvrige prosessforutsetningene kan belyse kravet til aktiv søksmålskompetanse.

Domstolen kan som hovedregel ikke ta en sak til realitetsbehandling dersom den tidligere har vært avgjort mellom de samme parter, jf. tvisteloven § 19-15 tredje ledd. Resultatet i dommen er også kun bindende «for partene» i saken, jf. første ledd første punktum.

²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) punkt 11.1.

²² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 137 og NOU 2001: 32 Bind A s. 189.

Prosessøkonomiske hensyn taler for at en sak ikke kan tas opp til realitetsbehandling dersom de som reelt sett blir berørt av saken ikke opptrer som parter.²³ Hensynet til domstolens arbeidsbelastning tilsier at domstolen ikke skal måtte behandle en sak flere ganger. Dersom det ikke hadde foreligget et krav til aktiv søksmålskompetanse, kunne domstolen senere ha måttet behandle en sak på nytt som følge av at de som reelt sett ble berørt av saken, ikke ble gjort til parter i søksmålet.

I norsk rett gjelder det et krav til kontradiksjon og et disposisjonsprinsipp, som også er med på å begrunne kravet til aktiv søksmålskompetanse. Hensynet til kontradiksjon tilsier at det er de direkte berørte som bør opptre som parter i søksmålet slik at de får anledning til å belyse saken og ivareta sine interesser.²⁴ Som en følge av disposisjonsprinsippet er det naturlig at ikke hvem som helst kan reise et søksmål som omhandler andres rettskrav eller rettsforhold.²⁵ Kravet til aktiv søksmålskompetanse kan således begrunnes i hensynet til de berørte parter i saken og til sakens opplysning.

Videre må kravet til partsevne og prosessdyktighet etter tvisteloven §§ 2-1 og 2-2 være oppfylt. Domstolen må også være saklig og stedlig kompetent til å behandle saken, jf. tvisteloven kapittel 4. Virkningen av at saken er reist for feil domstol er likevel ikke avvisning, men henvisning til stedlig kompetent domstol.²⁶

Til slutt må vilkårene som oppstilles i tvisteloven §§ 1-3 følgende være oppfylt. Tvisteloven § 1-3 oppstiller prosessuelle grunnvilkår for å reise søksmål, og suppleres av tvisteloven §§ 1-4 og 1-5.²⁷ Det er utenfor oppgavens problemstilling å gi en grundig fremstilling av § 1-4 og bestemmelsen omtales derfor ikke nærmere.

Det foreligger dermed flere hensyn som taler for at det må foreligge et krav til aktiv sakstilknytning som en begrensning i søksmålsadgangen. De overnevnte hensyn må i

²³ Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 309).

²⁴ Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 309) og Bjørn Haug, «Domsmyndighet og søksmålskompetanse», *Lov og Rett*, Oslo 1964 s. 1-14 (s. 9).

²⁵ Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 309).

²⁶ Tvisteloven § 4-7 første ledd første punktum sammenholdt tredje ledd.

²⁷ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utg., Bind I, Oslo 2013 s. 14.

tvilstilfeller veies opp mot saksøkerens behov for en rettslig avklaring, samt samfunnets behov for rettsavklaring av spørsmål som har betydning utenfor den konkrete rettssaken.²⁸

En nærmere redegjørelse av vilkårene i tvisteloven § 1-3 gis i punkt 2.3.1 til 2.3.3, før det gis en kort redegjørelse av § 1-5 i punkt 2.3.4.

2.3 De prosessuelle grunnvilkår i tvisteloven § 1-3

2.3.1 Det må foreligge et rettskrav og tilstrekkelig aktualitet

Tvisteloven § 1-3 lyder:

«(1) Det kan reises sak for domstolene om et rettskrav.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.»

Etter tvisteloven § 1-3 første ledd kan det reises søksmål om et «rettskrav». I dette ligger det at kravet må være underlagt rettslig regulering.²⁹ For å kunne gå til søksmål mot et utvisningsvedtak eller et avslag på familiegjenforening, må kravet derfor være basert på rettsregler.

Konkret myndighetsutøvelse fra forvaltningen vil normalt vil skje gjennom et forvaltningsvedtak.³⁰ Et søksmål om et slikt forvaltningsvedtak kan eksempelvis gå ut på at vedtaket skal kjennes ugyldig. Det er tilstrekkelig at enkelte sider av vedtaket kan prøves for at kravet skal anses som et rettskrav etter tvisteloven § 1-3.³¹ Et ugyldighetssøksmål mot et forvaltningsvedtak vil således normalt anses som et rettskrav. Dette gjelder selv om virkningen av at vedtaket kjennes ugyldig er usikker.³² Begrensinger i adgangen til å gå til søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak vil derfor eventuelt ligge i aktualitetskravet eller tilknytningskravet.³³

²⁸ Gunnar Aasland, «Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett» i *Lov sannhet rett. Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 446-477 (s. 452-453).

²⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364.

³⁰ Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

³¹ Jens Edvin A. Skoghøy, «Kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålsituasjonen etter tvisteloven – noen grunnleggende spørsmål», *Lov og Rett*, Oslo 2006 s. 407-428 (s. 415).

³² Tore Schei m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utg., Bind I, Oslo 2013 s. 21 sammenholdt s. 28.

³³ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utg., Bind I, Oslo 2013 s. 28.

Søksmål mot et forvaltningsvedtak kan også gå ut på at vedtaket strider mot rettigheter som følger av EMK. Søksmålet kan eksempelvis gå ut på at et avslag på familiegjennforening er i strid med EMK artikkel 8 nr. 1 om retten til familieliv. Søksmål som går ut på at bestemte handlinger er i strid med EMK, vil utgjøre et rettskrav.³⁴ Dersom de øvrige kravene til rettslig interesse er oppfylt, er det sikker rett at det kan reises fastsettelsessøksmål om at det foreligger brudd på EMK.³⁵

Etter dette er dermed utgangspunktet at både ugyldighetssøksmål om et forvaltningsvedtak og fastsettelsessøksmål om at vedtaket strider mot EMK, utgjør et rettskrav.

Etter tvisteloven § 1-3 annet ledd annet punktum må saksøker påvise at søksmålet har tilstrekkelig aktualitet. Dette innebærer at det må foreligge et beskyttelsesverdig behov for rettslig avklaring, og at en avgjørelse vil ha aktuell betydning. En teoretisk interesse vil således ikke være nok.³⁶ Når forvaltningen har truffet et vedtak som gjelder saksøker, vil en rettslig avklaring av om vedtaket er gyldig eller om det strider mot EMK, i utgangspunktet være et beskyttelsesverdig behov. Kravet til aktualitet medfører likevel at dette behovet ikke nødvendigvis er tilstede dersom det har gått lang tid siden den påståtte krenkelsen eller dersom forvaltningsvedtaket er omgjort. Dette er begrunnet i at den faktiske situasjonen ikke lenger kan endres eller gjenopprettes gjennom et søksmål, og at det da ikke vil ha noen praktisk betydning for saksøker å få en dom for kravet.³⁷

Utgangspunktet er derfor at søksmålsadgangen eventuelt blir begrenset av manglende tilknytning, da saken som hovedregel vil ha tilstrekkelig aktualitet og utgjøre et rettskrav.

2.3.2 Kravet til aktiv sakstilknytning som selvstendig søksmålsbetingelse

Ordlyden i tvisteloven § 1-3 viser at det oppstilles to vilkår for at domstolen skal kunne realitetsbehandle saken. For det første må det foreligge et rettskrav, og for det annet må saksøker påvise et «reelt behov» for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Etter bestemmelsens annet ledd annet punktum skal spørsmålet om det foreligger et reelt behov «avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det». En ren ordlydsfortolking av bestemmelsen tilsier at tilknytningskravet i tvisteloven § 1-3 ikke er

³⁴ Rt-2009-477 avs. 21 jf. avs. 19.

³⁵ Rt-2011-1666 avs. 32.

³⁶ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utg., Bind I, Oslo 2013 s. 45 med videre henvisninger.

³⁷ Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015 s. 225-227 og Rt-1992-1056 s. 1058.

et selvstendig vilkår, men en del av en helhetsvurdering av om det foreligger «reelt behov». Ordlyden må imidlertid suppleres med andre rettskilder, som tilsier at kravet til aktiv sakstilknytning er et selvstendig vilkår.

For det første er tvisteloven § 1-3, med noen forbehold, en videreføring av den gamle tvistemålsloven³⁸ §§ 53 og 54 som inneholdt et krav om «rettslig interesse».³⁹ Innholdet av søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven §§ 53 og 54 er ifølge forarbeidene i hovedsak forutsatt videreført i tvisteloven § 1-3.⁴⁰ Etter tvistemålsloven ble kravet til aktiv søksmålskompetanse ansett å være et selvstendig vilkår, noe som tilsier at det også er et selvstendig vilkår etter tvisteloven.⁴¹

For det annet legger forarbeidene til tvisteloven til grunn at tilknytningskravet er et selvstendig vilkår, men at det særlig i grensetilfeller må foretas en helhetsvurdering av alle søksmålsbetingelsene.⁴²

For det tredje har rettspraksis og juridisk teori lagt til grunn at tvisteloven § 1-3 inneholder tre søksmålsbetingelser, ved at det må foreligge et rettskrav, aktualitet og tilstrekkelig tilknytning.⁴³

Etter dette må tvisteloven § 1-3 anses å inneholde tre separate søksmålsbetingelser, hvor det stilles krav til søksmålgjenstand, aktualitet og tilknytning. Kravet om tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden er derfor et eget, selvstendig vilkår, men slik at det vil være nødvendig med en helhetsvurdering av alle søksmålsbetingelsene i særlige grensetilfeller.

2.3.3 Innledende om kravet til aktiv sakstilknytning i tvisteloven § 1-3

Det følger av tvisteloven § 1-3 annet ledd annet punktum at partene må ha tilknytning til kravet. Etter ordlyden må derfor både saksøker og saksøkte ha tilknytning til søksmålgjenstanden. En slik forståelse av bestemmelsen er også lagt til grunn i forarbeidene til tvisteloven, hvor det fremkommer at tilknytningskravet krever at begge parter har en viss

³⁸ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven, opphevet).

³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363-364.

⁴⁰ Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 28 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363.

⁴¹ Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 28.

⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365.

⁴³ Se eksempelvis HR-2018-1463-U avs. 22-24, Rt-2008-513 avs. 33, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 378 og Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 307).

nærmere tilknytning til tvistegjenstanden. Tilknytningskravet på saksøkersiden krever at saksøker har en beskyttelsesverdig interesse i å få dom overfor saksøkte.⁴⁴

Det har vært vanlig å skille mellom tilknytningskravet i privatrettslige og offentligrettslige søksmål.⁴⁵ Med privatrettslig forhold menes regler som regulerer forholdet mellom de enkelte borgere eller sammenslutninger av borgerne.⁴⁶ Søksmål om et forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område vil være et offentligrettslig søksmål.

I privatrettslige forhold vil saksøker anses å ha tilstrekkelig tilknytning når saksøker pretenderer at søksmålet gjelder hans egne rettigheter eller plikter overfor saksøkte.⁴⁷ Høyesterett har uttalt at «den som ikke selv pretenderer å inneha det krav som gjøres gjeldende for domstolene, ikke uten særskilt hjemmel kan opptre som saksøker for dette i eget navn».⁴⁸ Etter dette er hovedregelen at det for privatrettslige forhold ikke kan reises søksmål om et krav man ikke selv pretenderer å være rette innehaver av.

I offentligrettslige forhold er søksmålsadgangen ansett å være noe videre. For det første vil den vedtaket retter seg mot, ha tilstrekkelig tilknytning til søksmål om vedtaket.⁴⁹ Dette vil normalt være part i forvaltningssaken, se mer om dette under punkt 3.3.⁵⁰ Etter odelstingsproposisjonen til tvisteloven anses en også for å ha tilstrekkelig tilknytning i sak om:

«rettmessigheten av myndighetsutøvelse dersom saksøkeren er berørt i en slik grad at det framtrer som naturlig at vedkommende opptre som saksøker og gjør gjeldende krav fundert på hensyn som ivaretas av den aktuelle forvaltningsbestemmelse (...) Også ellers hvor saksøkeren blir klart berørt av vedtaket, kan det foreligge en tilstrekkelig tilknytning. I dette ligger det en viss utvidelse av søksmålsadgangen sammenlignet med gjeldende rett».⁵¹

⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365.

⁴⁵ Se eksempelvis Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 443 og Jørgen Aandal Vangnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 308), motsetningsvis Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015 s. 227-228.

⁴⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 443-444.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365.

⁴⁸ Rt-1989-338 s. 341, jf. Rt-1969-1032.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366.

⁵⁰ Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e.

⁵¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366.

Som det fremgår av det siterte, kan også andre enn den vedtaket direkte retter seg mot anses for å ha tilstrekkelig tilknytning til å kunne angripe vedtaket ved søksmål. Uttalelsene er generelle og omfatter også utlendingsretten. Enkelte vedtak er imidlertid av en mer personlig art enn andre, noe som kan tilsi at søksmålsadgangen er begrenset til den vedtaket retter seg mot. I hvilke tilfeller andre enn den vedtaket direkte retter seg mot anses for å ha tilstrekkelig tilknytning til dette for å kunne gå til søksmål, vil bli inngående drøftet i punkt 3.

2.3.4 Kravet til passiv sakstilknytning i offentligrettslige forhold

I søksmål mot det offentlige vil saken ofte omhandle gyldigheten av et forvaltningsvedtak. For slike søksmål fremkommer det av tvisteloven § 1-5 første punktum at de må reises mot «den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans».

På utlendingsrettens område nevnes det at UNE og Utlendingsdirektoratet (UDI, samlet omtalt som utlendingsmyndighetene) er gitt myndighet til å utøve statens prosessuelle handleevne etter utlendingsloven⁵² § 79. Søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak på utlendingsrettens område skal derfor rettes mot staten ved utlendingsmyndighetene.

Tvisteloven § 1-5 er begrenset til gyldighetssøksmål. Hvem som skal saksøkes ved andre typer offentligrettslige søksmål, er ikke angitt i en særskilt bestemmelse i tvisteloven. For andre offentligrettslige søksmål må derfor den passive søksmålskompetansen avgjøres etter tvisteloven § 1-3 annet ledd. I denne sammenheng nevnes kun fastsettelsessøksmål om konvensjonsbrudd, hvor det fremkommer av høyesterettspraksis at det er staten som skal saksøkes.⁵³

Av dette følger det at det er staten som skal saksøkes både i gyldighetssøksmål mot et forvaltningsvedtak og fastsettelsessøksmål om konvensjonsbrudd.

3 Aktiv sakstilknytning på utlendingsrettens område

3.1 Presentasjon av problemstillingen

Tvisteloven § 1-3 oppstiller altså tre søksmålsbetingelser for at domstolen skal realitetsbehandle en sak. Saksøker må herunder påvise tilstrekkelig aktiv sakstilknytning til søksmålsgjenstanden. Formuleringen «partenes tilknytning» i bestemmelsens annet ledd annet punktum utelukker ikke at andre enn den vedtaket retter seg mot, kan gå til søksmål om

⁵² Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

⁵³ Rt-2011-1666 avs. 33 og avs. 36-39 med videre henvisninger.

vedtaket. I odelstingsproposisjonen til tvisteloven fremkommer det som nevnt at tilstrekkelig tilknytning foreligger dersom «saksøkeren er berørt i en slik grad at det framtrer som naturlig at vedkommende opptrer som saksøker», og også ellers kan foreligge dersom «saksøkeren blir klart berørt av vedtaket».⁵⁴

Selv om ordlyden i bestemmelsen og forarbeidene åpner for at også andre enn den direkte berørte kan gå til søksmål, har Høyesterett i flere avgjørelser kommet til at enkelte vedtakstyper er av «så personlig art» at søksmålsadgangen er begrenset til parten i forvaltningssaken.⁵⁵

Som nevnt i punkt 1.2, kom Høyesterett i Rt-1995-139 til at «utvisningsvedtak (...) er av så personlig art (...) at bare den som er utvist, bør kunne angripe det».⁵⁶ Avgjørelsen er imidlertid fra før EMK ble inkorporert gjennom menneskerettsloven i 1999. Som nevnt innledningsvis i punkt 1.3, kan et familiemedlem gå til fastsettelsessøksmål om at deres egen rett til familieliv etter konvensjonen er krenket. Avgjørelsen tar ikke stilling til spørsmålet om hvorfor et familiemedlem skal kunne gå til fastsettelsessøksmål, og ikke til ugyldighetssøksmål om vedtaket. Det vises til punkt 3.4.1 for en nærmere redegjørelse for dette.

I Rt-2001-1006 (KRL-fagdommen) ble læren videreført. Saken gjaldt gyldigheten av avslag på fritak fra grunnskolefaget kristendomskunnskap med religions- og livssynsorientering (KRL). Høyesterett uttaler, med henvisning til 1995-kjennelsen, at «visse offentligrettslige rettigheter og plikter er av så personlig karakter at et forvaltningsvedtak bare kan angripes av den eller de som er berettiget og forpliktet etter vedtaket».⁵⁷

Læren ble utfordret i Rt-2015-93 (Maria-dommen). I saken ble datteren til en utvist kvinne ansett å ha tilstrekkelig tilknytning til å gå til gyldighetssøksmål og håndhevelsessøksmål mot morens utvisningsvedtak og avslag på familiegjenforening.

Etter Maria-dommen er det blitt avsagt to høyesterettsavgjørelser som omhandler tilknytningskravet i utvisningssaker. I HR-2016-935-U ble en utvists tidligere samboer ikke ansett for å ha tilstrekkelig tilknytning til søksmål om utvisningsvedtaket, mens den utvistes

⁵⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366.

⁵⁵ Se punkt 3.4 og 3.5 for nærmere innhold og analyse av dommene.

⁵⁶ Rt-1995-139 s. 142.

⁵⁷ Rt-2001-1006 s. 1014.

barn fikk partsstatus i saken. I HR-2017-1130-A fikk den utvistes ektefelle og deres felles barn ikke medhold i at de kunne reise søksmål mot utvisningsvedtaket. Det er verdt å legge merke til at Høyesterett ikke vurderte om løsningen ville blitt den samme dersom den utviste ikke selv hadde reist sak.⁵⁸

I avgjørelsene som begrenset søksmålsadgangen, var det kun de som ble ansett for å være part i forvaltningssaken, som kunne gå til søksmål mot forvaltningsvedtaket. Som redegjørelsen viser, varierer det når søksmålsadgangen begrenses til den som er part i forvaltningssaken. Videre omhandler hovedvekten av sakene utvisningsvedtak, og det er derfor uklart hvilke krav til aktiv sakstilknytning som gjelder ved søksmål om andre forvaltningsvedtak i utlendingsretten.

Spørsmålet videre er således i hvilke tilfeller søksmålsadgangen er begrenset til parten i forvaltningssaken, og i hvilke tilfeller andre enn parten selv har anledning til å gå til søksmål om forvaltningsvedtaket.⁵⁹ Herunder er spørsmålet hvem som anses som part i forvaltningssaken. Hvis andre enn parten i forvaltningssaken kan gå til søksmål, blir det spørsmål om hvilke andre som i så fall kan gå til søksmål om et vedtak i utlendingsretten.

I det følgende vil det først bli redegjort for forholdet til Grunnloven og EMK. Deretter blir det redegjort for hvem som anses som part i forvaltningssaker i utlendingsretten, som et utgangspunkt for den videre drøftelsen. Etter dette blir det foretatt en analyse av hvilke krav til tilknytning som gjelder for ulike vedtak på utlendingsrettens område.

3.2 Forholdet til Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon

Som nevnt innledningsvis, fastsetter Grunnlovens § 95 at alle skal ha rett til domstolsbehandling. Begrensninger i søksmålsadgangen etter tvisteloven, må tolkes i lys av de rammer som Grunnloven setter. Det samme gjelder i forhold til EMK, som er inkorporert med forrang foran annen norsk lov.

I prosessuell sammenheng er det særlig to bestemmelser i EMK som er relevant ved tolkingen av tvisteloven § 1-3. For det første må bestemmelsen tolkes i lys av EMK artikkel 6 nr. 1. For det annet vil EMK artikkel 13 kunne ha betydning for om et søksmål om krenkelse av

⁵⁸ HR-2017-1130-A avs. 58.

⁵⁹ Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 316-317).

konvensjonsbestemmelser skal fremmes, i tilfeller hvor det ikke finnes andre uavhengige overprøvingsorganer.⁶⁰

I det følgende vil det først kort bli redegjort for hvilken betydning retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6 nr. 1 og Grunnloven § 95 har i utlendingsretten. Deretter vil det bli foretatt en redegjørelse for EMK artikkel 13 sin betydning for søksmål om påstått krenkelse av konvensjonen. Redegjørelsene blir foretatt for å gi et innblikk i konvensjonens prosessuelle krav som betydning for norske prosessregler. Til slutt blir det foretatt en kort redegjørelse av enkelte av de materielle rettigheter som følger av EMK artikkel 8. Dette gjøres som følge av at mange av sakene som er oppe for domstolen, inneholder en anførsel om at vedtaket er i strid med EMK artikkel 8.⁶¹ For å få et bedre innblikk i oppgavens problemstilling, foretas det derfor en kort redegjørelse for de materielle rettigheter.

3.2.1 Retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6 og Grunnlovens § 95

Etter EMK artikkel 6 nr. 1 første punktum, har enhver rett til domstolsbehandling «In the determination of his civil rights and obligations».⁶² Dersom saken gjelder en sivil rettighet eller plikt, gir dermed bestemmelsen borgerne rett til domstolsprøving.

Ordlyden løser ikke hvilke tilfeller som anses som en «civil right» etter EMK artikkel 6 nr. 1. Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) fremholder at enkelte saker ikke faller inn under bestemmelsen da de ikke er «civil in nature» og omhandler «the hard core of public-authority prerogatives».⁶³ Uttalelsen taler for at offentligrettslige søksmål ikke faller inn under bestemmelsen, dersom de i hovedsak er av offentligrettslig karakter. Dette er i juridisk litteratur begrunnet med at den eventuelle sivilrettslige delen av saken blir overstyrt av den fundamentale offentligrettslige karakteren.⁶⁴ Søksmål som inneholder offentligrettslige elementer, er derfor ikke unntatt fra EMK artikkel 6 nr. 1 i sin helhet.

I storkammerdom *Maaouia mot Frankrike* uttalte domstolen at «for the purposes of Article 6 § 1 (...) decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens do not concern the

⁶⁰ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utg., Bind I, Oslo 2013 s. 18.

⁶¹ Se punkt 3.4.

⁶² EMDs dom 21. februar 1975 *Golder mot Storbritannia* avs. 36.

⁶³ EMDs dom 21. juli 2001 *Ferrazzini mot Italia* avs. 28-29.

⁶⁴ David Harris m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, fourth edition, Oxford 2018 s. 387.

determination of an applicant's civil rights or obligations».⁶⁵ Som det fremkommer av det siterte, er ikke vedtak i utlendingsretten ansett å være av sivilrettslig karakter. Domstolen kom derfor til at søksmål om vedtak i utlendingsretten ikke aktiverte rettighetene etter EMK artikkel 6 nr. 1.

Av dette følger det at søksmål om vedtak i utlendingsretten ikke faller inn under EMK artikkel 6. nr. 1 og den rett til domstolsbehandling som der er nedfelt.

Etter Grunnloven § 95 første ledd første punktum har enhver rett til å få «sin sak» avgjort av domstolen. Hva som kreves for at en sak skal kunne anses som «sin», er ikke problematisert i forarbeidene til Grunnloven § 95 første ledd. Begrepet «sin sak» må mest sannsynlig forstås som en henvisning til norsk rettstradisjon, hvor betegnelsen omfatter en rett til domstolsbehandling av sivile saker og straffesaker.⁶⁶ Siden 1800-tallet har det vært sikker rett at bestemmelsen også omfatter en rett til å få prøvd gyldigheten av et forvaltningsvedtak for domstolen.⁶⁷ Grunnloven § 95 innebærer derfor at et søksmål om et forvaltningsvedtak i utlendingsretten som hovedregel skal tillates fremmet.

Det er lagt til grunn at søksmålsvilkårene etter tvisteloven § 1-3 er innenfor rammene av retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95.⁶⁸ Søksmålsbetingelsene etter tvisteloven § 1-3 er følgelig ikke i strid med Grunnlovens krav til domstolsbehandling.

Av dette følger det at søksmål om et forvaltningsvedtak i utlendingsretten ikke faller inn under EMK artikkel 6 nr. 1, men faller inn under retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95. Videre strider ikke søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3 mot retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95. For å få fremmet et søksmål i utlendingsretten, må følgelig kravet til aktiv sakstilknytning være oppfylt.

3.2.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 13

Det følger av EMK artikkel 13 at enhver har rett til en «effective remedy» av om det foreligger en konvensjonskrenkelse. Etter ordlyden har enhver rett til en effektiv prøvingsrett av om det foreligger en krenkelse av EMK. Det er ikke et vilkår at det faktisk foreligger en

⁶⁵ EMDs storkammerdom 5. oktober 2000 *Maaouia mot Frankrike* avs. 38 og 40.

⁶⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 377.

⁶⁷ Se blant annet Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 26.

⁶⁸ Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015 s. 205-206.

krenkelse av en av konvensjonsbestemmelse, men det må være «arguable» at en konvensjonskrenkelse foreligger.⁶⁹

Artikkel 13 oppstiller ikke et krav til domstolsbehandling av om det foreligger en konvensjonskrenkelse, og medlemsstaten er gitt en viss skjønnsmargin for hvilke rettsmiddel som skal ivareta forpliktelsene etter artikkelen.⁷⁰ Prøvingen av om det foreligger en konvensjonskrenkelse, kan således skje for andre nasjonale myndigheter enn domstoler. Et administrativt klageorgan, som eksempelvis UNE, kan derfor i prinsippet anses for å oppfylle kravet til et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13.

Det er tre vilkår for at et administrativt klageorgan skal anses som et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13. For det første må klageorganet være tilstrekkelig uavhengig. For det annet må det kunne treffe bindende avgjørelse av om det foreligger en konvensjonskrenkelse. For det tredje må klageorganet kunne fastsette oppreisning for konvensjonskrenkelsen, typisk ved å kunne tilkjenne erstatning.⁷¹

Om UNE anses å tilfredsstillere kravet til effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13, er usikkert. UNE tilfredsstiller uavhengighetskravet, og UNE har overprøvings- og omgjøringskompetanse og en viss mulighet for å tilkjenne erstatning.⁷² Det er derfor mulig at UNE blir ansett for å tilfredsstillere kravene etter artikkel 13. Da retten til domstolsbehandling er sikret etter Grunnloven § 95 første ledd, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet.

3.2.3 Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8

Som tidligere redegjort for, oppstiller EMK artikkel 8 nr. 1 rettigheter for privat- og familielivet. En person som blir berørt av et vedtak, kan derfor ønske å gå til søksmål om vedtaket med den begrunnelse at vedtaket strider mot vedkommendes rettigheter etter artikkelen.

⁶⁹ EMDs dom 27. april 1988 *Boyle og Rice mot Storbritannia* avs. 52.

⁷⁰ EMDs dom 30. november 2004 *Öneryildiz mot Tyrkia* avs. 146 og 15. november 1996 *Chahal mot Storbritannia* avs. 152.

⁷¹ EMDs dom 29. juni 2006 *Panteleyenکو mot Ukraina* avs. 80-81 og 30. oktober 1991 *Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia* avs. 122.

⁷² Justisdepartementet har i instruks gitt UNE fullmakt til å behandle visse erstatningskrav, se «Hovedinstruks til Utlendingsnemnda (UNE)» fastsatt av Justis- og beredskapsdepartementet med virkning fra 19. desember 2019 punkt 5.1, tilgjengelig på une.no.

Hva som ligger i retten til privat- og familieliv har vært oppe i EMD gjentatte ganger. Begrepet «privatliv» kan ikke defineres uttømmende, men begrepet skal forstås vidt.⁷³ Det faller utenfor oppgavens problemstilling å forsøke å definere begrepet ytterligere.

Begrepet «familieliv» kan heller ikke undergis en uttømmende definisjon. Samhørighet mellom ektefeller og barn er omfattet av bestemmelsen, men også samboere og andre kan falle inn under definisjonen.⁷⁴ I tillegg kan artikkelen komme til anvendelse på påtenkt familieliv, for eksempel hvor personer tenker å gifte seg og bo sammen.⁷⁵ Både familiegjenforening etter utlendingsloven §§ 40 og 41 og familieetablering etter § 48 kan derfor være omfattet av «familieliv». Det er således en rekke typer vedtak som kan anses for å falle inn under EMK artikkel 8 nr. 1 om rett til familieliv.

For at et inngrep i retten til privat- eller familieliv skal være forenlig med konvensjonen, må flere vilkår være oppfylt. For det første må inngrepet være «in accordance with the law».⁷⁶ For det annet må inngrepet ivareta et legitimt formål som angitt i bestemmelsen. For det tredje må inngrepet være «necessary in a democratic society» for å oppnå det legitime formålet.⁷⁷ Det faller utenfor oppgavens problemstilling å gi en nærmere redegjørelse av hva som ligger i vilkårene. Dersom ett eller flere av vilkårene ikke er oppfylt, foreligger det en konvensjonskrenkelse.

3.3 Presentasjon av hvem som er part i forvaltningsaken

Den som anses som part i en forvaltnings sak i utlendingsretten, vil klart ha søksmålskompetanse etter tvisteloven § 1-3.⁷⁸ Dersom man anses som part i forvaltnings saken, oppfyller man dermed automatisk kravet til aktiv sakstilknytning. Høyesterett har som tidligere redegjort for i punkt 1.2, avgjort at det for enkelte vedtakstyper kun er parten i forvaltnings saken som har søksmåls adgang. Hvem som har partsrettigheter i en utlendingssak vil derfor ha stor betydning for søksmålsadgangen.

Etter forvaltningsloven § 2 bokstav e følger det at «part» i en forvaltnings sak er en person som en avgjørelse «retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Ordlyden «retter seg

⁷³ Se eksempelvis EMDs dom 28. januar 2003 *Peck mot Storbritannia* avs. 57.

⁷⁴ Se eksempelvis EMDs dom 27. oktober 1994 *Kroon m.fl. mot Nederland* avs. 30, jf. avs. 29.

⁷⁵ EMDs dom 28. mai 1985 *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia* avs. 62.

⁷⁶ EMK artikkel 8 nr. 2.

⁷⁷ EMK artikkel 8 nr. 2.

⁷⁸ Se eksempelvis HR-2017-1130-A avs. 31 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366.

mot» viser til den vedtaket direkte berører, det vil si som får rettigheter eller plikter som følge av vedtaket. Ordlyden «saken ellers direkte gjelder» er mer vag, men må etter sammenhengen omfatte andre enn den vedtaket direkte er rettet mot. Også andre enn den som selv får rettigheter etter plikter etter vedtaket, kan altså ha partsstatus etter forvaltningsloven § 2 bokstav e.

På utlendingsrettens område er det særlig regulert hvem som er part i forvaltningssaken. I utlendingsforskriften⁷⁹ § 17-1 første ledd første punktum fremkommer det at «søkeren anses som part i saker etter [utlendings]loven og [utlendings]forskriften». I motsetning til bestemmelsens annet punktum, presiserer ikke ordlyden at det bare er søkeren som er part i utlendingssaker. Av odelstingsproposisjonen til utlendingsloven fremkommer det imidlertid at det kun er søkeren som anses som part etter utlendingsloven.⁸⁰ For vedtak som beror på søknad i utlendingsretten, er det dermed bare den som søker som er å anse som part i forvaltningssaken.

Av § 17-1 første ledd annet punktum fremkommer det at i saker som ikke beror på søknad, er det «kun» den saken retter seg mot som er å anse som part. Følgelig er det bare den vedtaket direkte retter seg mot som anses som part i utlendingssaker, både for de tilfeller vedtaket beror på søknad og for de tilfeller vedtaket ikke beror på søknad.

Utvisning er vedtak som ikke beror på søknad.⁸¹ I saker om familiegjeningforening, studie- og arbeidstillatelser og asyl, bygger vedtaket på søknad.⁸² I saker om eksempelvis familiegjeningforening vil søkeren være den som ønsker å bli gjenforent med eller etablere familieliv med referansepersonen i Norge.⁸³

I statsborgersaker vil tilegnelse av statsborgerskap i hovedsak bero på søknad, mens fratagelse både kan bero på søknad og ikke bero på søknad.⁸⁴

⁷⁹ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften), gitt med hjemmel i utlendingsloven § 139, se også utlendingsloven § 80 om forholdet til forvaltningsloven.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 323.

⁸¹ Se HR-2017-1130-A avs. 32.

⁸² Se forutsetningsvis utlendingsloven kapittel 6 og kapittel 3 og § 28 første ledd første punktum.

⁸³ Se definisjonen av «referanseperson» i utlendingsloven § 39.

⁸⁴ Se eksempelvis statsborgerloven §§ 7, 25, 26 og 26 a.

Som nevnt under punkt 3.1, varierer det når Høyesterett har gitt andre enn parten søksmålsadgang i søksmål om utvisningsvedtak. Videre har ikke Høyesterett tatt stilling til spørsmålet for andre forvaltningsvedtak i utlendingsretten. I det følgende vil det bli redegjort for hvilke krav som stilles til saksøkerens tilknytning i søksmål om utvisningsvedtak, både for de tilfeller der den utviste saksøker selv, og for de tilfeller der den utviste ikke saksøker. Deretter blir søksmålsadgangen til andre enn parten selv drøftet for andre vedtak enn utvisningsvedtak i utlendingsretten, herunder hvilke andre enn parten som eventuelt kan gå til søksmål mot ulike forvaltningsvedtak i utlendingsretten.

3.4 Tilfeller hvor den utviste selv har gått til søksmål om utvisningsvedtaket

3.4.1 Rt-1995-139

Den første avgjørelsen som oppstilte et krav om at bare parten i forvaltningssaken kunne gå til søksmål om et utvisningsvedtak, var Rt-1995-139. Utvisningsvedtaket ble brakt inn for domstolen av den utviste og hans samboer, med påstand om at vedtaket var ulovlig. Samboeren påberopte seg ikke at vedtaket stred mot hennes egne rettigheter. Både den utviste og hans samboer var parter for tingretten og lagmannsretten. For å spare gebyr var det opprinnelig bare samboeren som anket til Høyesterett. Etter ankefristens utløp anket også den utviste, da det ble spørsmål for kjæremålsutvalget (nå ankeutvalget) om samboerens partsstilling og ankerett. Et av spørsmålene for Høyesterett var om samboeren hadde anledning til å anke over lagmannsrettens dom, hvilket var avhengig av om samboeren hadde rettslig interesse etter daværende tvistemålslov § 54.

Høyesterett viste først til at utgangspunktet også for offentligrettslige søksmål er at saken må omhandle saksøkerens egen rett eller plikt overfor offentlige myndigheter. Deretter presiserte Høyesterett at også en indirekte interesse kan være nok, men da etter en «helt konkret vurdering av om saksøkeren er berørt i en slik grad at det fremtrer som naturlig at vedkommende opptrer som saksøker og vedkommende gjør gjeldende krav bygget på hensyn som tilgodeses av den aktuelle forvaltningsbestemmelse».⁸⁵

Høyesterett kom til at «utvisningsvedtak (...) er av så personlig art (...) at bare den som er utvist, bør kunne angripe det».⁸⁶ Av det siterte kan det utledes at kun den som er part i forvaltningssaken, kan gå til søksmål om utvisningsvedtaket. Samboeren ble derfor ikke

⁸⁵ Rt-1995-139 s. 142.

⁸⁶ Rt-1995-139 s. 142.

ansett å ha tilstrekkelig interesse i søksmålet, og anken ble derfor avvist for hennes vedkommende. Begrunnelsen for at andre enn den utviste selv ikke kunne gå til søksmål, var at vedtaket kunne bli angrepet uten at den utviste ønsket dette.⁸⁷

Kjæremålsutvalget presiserte likevel at det kan tenkes unntak, eksempelvis på grunn av at den utviste «under helt spesielle omstendigheter har vanskelig for å ivareta sine interesser».⁸⁸ Utover dette ble ikke kjæremålsutvalgets standpunkt begrunnet nærmere. De unntakstilfeller Høyesterett sikter til, er tilfeller hvor den utviste ikke selv går til sak, og at dette skyldes at den utviste som følge av helt spesielle forhold ikke har mulighet til dette. Kjæremålsutvalget konkretiserte ikke hvilke tilfeller andre enn parten kan gå til søksmål om utvisningsvedtaket, men åpnet bare for adgang til det i særlige unntakstilfeller.

Avgjørelsen er avsagt før inkorporeringen av EMK, og det er derfor spørsmål om den kan opprettholdes. Som tidligere nevnt, kan familiemedlemmer etter inkorporeringen av EMK gå til fastsettelsessøksmål om at vedtaket strider mot deres egen rett til familieliv etter konvensjonen. Dette reiser spørsmål om de ikke også bør kunne gå til ugyldighetssøksmål om forvaltningsvedtaket.

Virkningen av at et utvisningsvedtak blir angrepet mot den utvistes vilje, er heller ikke nødvendigvis så avgjørende eller umiddelbar som Høyesterett gir uttrykk for i kjennelsen. Dersom utvisningsvedtaket blir kjent ugyldig, er ikke den utviste nødt til å flytte tilbake til Norge. Den utviste vil kun få en adgang til det. Høyesteretts argumentasjon er derfor ikke særlig tungtveiende.

Til tross for at uttalelsene til Høyesterett knytter seg til tilfeller hvor den utviste ikke selv saksøker, er det verdt å nevne at den utviste fikk oppreisning for oversittelse av ankefristen slik at han selv kunne anke over lagmannsrettens dom, jf. dommens s. 142.

Høyesteretts generelle uttalelse om hvilke andre personer enn den vedtaket retter seg mot som kan gå til offentligrettslige søksmål, er tatt inn i odelstingsproposisjonen til tvisteloven. I tillegg til momentene som fremkommer av kjennelsen fra 1995, uttales det i proposisjonen at «Også ellers hvor saksøkeren blir klart berørt av vedtaket, kan det foreligge en tilstrekkelig tilknytning. I dette ligger det en *viss utvidelse av søksmålsadgangen sammenlignet med*

⁸⁷ Rt-1995-139 s. 142.

⁸⁸ Rt-1995-139 s. 142.

gjeldende rett» (min kursivering).⁸⁹ Forarbeidene til tvisteloven legger således til grunn at søksmålsadgangen er noe videre enn etter tvistemålsloven. Kjennelsen fra 1995 omhandlet daværende tvistemålslov. Forarbeidsuttalelsen taler således for at 1995-kjennelsen ikke lenger nødvendigvis gir uttrykk for gjeldende rett på området.

Kjennelsen er også kritisert i juridisk litteratur, blant annet av Graver. Graver fremholder at familien til den utviste har rettigheter etter EMK artikkel 8, som medfører at de har krav på individuell beskyttelse. Denne beskyttelsen gjelder uavhengig av hvordan øvrige familiemedlemmer velger å følge opp retten overfor domstolen. Dersom kun den utviste har anledning til å angripe vedtaket, vil dette frata de øvrige familiemedlemmenes rett til å få prøvd om vedtaket innebærer en krenkelse av EMK. Ettersom en del av vurderingstemaet i utvisningssaker vil omfatte om vedtaket er uforholdsmessig overfor familien, er familiemedlemmenes situasjon og interesser et direkte tema i de vurderinger som skal foretas. Graver fremholder derfor at familiemedlemmene burde få partsrettigheter allerede i forvaltningssaken.⁹⁰ Uttalelsene til Graver knytter seg til hvem som burde anses som part i forvaltningssaken. Som redegjort for under punkt 3.3, er dette lovregulert for utlendingssaker. Kritikken er likevel velbegrunnet, og er også relevant for tilknytningsvurderingen etter tvisteloven § 1-3.

Det er også verdt å bemerke at Høyesterett senere delvis har fraveket og videreutviklet resultatet som fremkommer av kjennelsen, se punkt 3.4.2 følgende.

3.4.2 Rt-2015-93 (Maria-dommen)

Spørsmålet om kravet til aktiv sakstilknytning i søksmål om utvisningsvedtak, var på nytt oppe for Høyesterett i Rt-2015-93 (Maria-dommen). I saken hadde en kenyansk kvinne blitt utvist fra Norge, og fått avslag på søknad om familiegjenforening med sin datter på fem år som hun var aleneforsørger for. Søksmål var anlagt av både mor og datter. For Høyesterett gjaldt saken for det første gyldigheten av utvisningsvedtaket og avslaget på familiegjenforening. For det annet omfattet saken et håndhevelsessøksmål om at vedtakene krenket datterens rettigheter etter EMK artikkel 8 og/eller tilleggsprotokoll 4 artikkel 3 om forbud mot «expulsion of nationals». Før Høyesterett kunne ta stilling til de materielle spørsmålene i saken, måtte det tas stilling til datterens rettslige interesse i gyldighetssøksmålet

⁸⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 365.

⁹⁰ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 2015 s. 382.

og håndhevelsessøksmålet.⁹¹ Spørsmålet var med andre ord om datteren hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålene om vedtakene for moren.

Førstvoterende, med tilslutning fra de øvrige dommerne, starter med å vise til 1995-kjennelsen hvor det er sagt at utvisningsvedtak er av «så personlig art» at bare den utviste kan gå til søksmål mot det. Høyesterett finner at kjennelsen ikke er overførbar til saken, da datteren både rettslig og i faktisk henseende vil være vesentlig mer avhengig av den utviste enn en samboer.⁹² Reelle hensyn og hensynet til barnets beste talte således for at datteren burde få søksmålsadgang.

Videre vises det til at kjennelsen fra 1995 ikke avklarer om resultatet hadde blitt avvisning dersom samboeren hadde gjort gjeldende at utvisningsvedtaket krenket hennes egen rett til familieliv. Etter førstvoterendes syn kunne ikke et søksmål om at et utvisningsvedtak krenker saksøkers egne rettigheter til familieliv avvises med den begrunnelse som fremkommer av 1995-kjennelsen. Dette blir begrunnet med at retten til familieliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 ikke bare gjelder den utviste.⁹³ Uttalelsen er en fravikelse av kjennelsen inntatt i Rt-1995-139, hvor det er lagt til grunn at andre enn parten i utvisningssaken ikke kan saksøke med mindre den utviste under helt spesielle omstendigheter ikke kan ivareta sine interesser. I Maria-saken var den utviste selv saksøker, og det er ingenting som ellers tilsier at den utviste i Maria-saken ikke kunne ivareta sine egne interesser. Uttalelsen taler for at også andre enn den utvistes barn kan gå til søksmål om utvisningsvedtak. Dommen innebærer således en oppmykning av tilknytningskravet i utlendingssaker. Dette kan ses i sammenheng med at EMK ikke ble inkorporert i norsk rett før i 1999, fire år etter kjennelsen fra 1995. Uttalelsen kan derfor ses på som en rettsutvikling etter inkorporeringen av menneskerettighetene i norsk lov.

Til slutt blir det vist til at datterens tilknytning til vedtakene var umiddelbar og sterk. Igjen blir det vist til at det i søksmålene gjøres gjeldende at vedtakene er i strid med datterens egen rett til privat- og familieliv. Høyesterett uttaler at «Avvisning av gyldighetssøksmålet (...) ville da – etter mitt syn – innebære en rettsfornektelse som vanskelig kunne forenes med norske prosenstradisjoner. Også retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95 og EMK

⁹¹ Rt-2015-93 (Maria-dommen) avs. 36-40.

⁹² Rt-2015-93 (Maria-dommen) avs. 38.

⁹³ Rt-2015-93 (Maria-dommen) avs. 38.

artikkel 6 nr. 1, og retten til et effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13, taler med tyngde for at gyldighetssøksmålet må fremmes for Bs [datterens] del».⁹⁴ Som det fremkommer av det siterte, vokter Høyesterett adgangen til å kunne gå til søksmål om krenkelse av egne rettigheter høyt. Også denne uttalelsen taler for en utvidelse av hvilken krets som kan gå til søksmål om utvisningsvedtak, så lenge tilknytningen til vedtakene er «umiddelbar og sterk». Høyesterett kom på dette grunnlag til at datteren hadde tilstrekkelig rettslig interesse til å gå til gyldighetssøksmål om morens vedtak.⁹⁵

Maria-dommen har vært oppe for diskusjon i juridisk teori. Vangsnes fremholder at disposisjonsprinsippet med stor tyngde gjør seg gjeldende for personlige vedtak, uten å begrunne dette nærmere. Videre fremholder han at det ikke blir gitt svar på hvorfor datteren i Maria-saken skulle ha mulighet til å angripe utvisningsvedtaket mot morens vilje. Etter hans syn vil dette være den eneste situasjonen hvor søksmålsadgangen for datteren ville ha en selvstendig betydning, da datteren måtte ha blitt med moren til Kenya dersom hun hadde valgt å innrette seg etter vedtaket.⁹⁶ Kritikken fra Vangsnes synes å knytte seg til at Høyesterett ikke kommenterer den praktiske betydningen søksmålsadgangen for datteren ville ha. Likevel har ikke kritikken tatt høyde for den betydning det har for datteren å få konstatert krenkelse av hennes egne rettigheter til privat- og familieliv, som fremholdt i Maria-dommen.

Vangsnes fremholder at det var riktig å fremme søksmålet, men med en annen begrunnelse. Etter hans syn skulle Høyesterett ha fremmet søksmålet med den begrunnelse at datteren anførte at hun var part i forvaltningssaken, som skal legges uprøvd til grunn til ved vurderingen av avvisningsspørsmålet, hvilket igjen medfører at hun hadde hatt tilstrekkelig tilknytning til søksmålet etter tvisteloven § 1-3.⁹⁷ Dette er imidlertid en lite heldig løsning. Dersom søksmål skulle vært fremmet i alle tilfeller hvor saksøker pretenderer å være part i forvaltningssaken, ville dette medføre en omgåelse av tilknytningsvurderingen i tvisteloven § 1-3 annet ledd. Når lovgiver har vurdert at prosessbegrensningene er nødvendig, som redegjort for under punkt 2.2.1, virker det lite hensiktsmessig at de kan omgås ved en annen formulering av de materielle anførsler.

⁹⁴ Rt-2015-93 (Maria-dommen) avs. 39.

⁹⁵ Rt-2015-93 (Maria-dommen) avs. 40.

⁹⁶ Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 317).

⁹⁷ Jørgen Aandal Vangsnes, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328 (s. 318).

Maria-dommen er også kommentert av Backer, som fremholder at rekkevidden av dommen er uklar og at den burde ha en «meget begrenset rekkevidde».⁹⁸ Motsatt Skoghøy, som fremholder at rettsutviklingen har løpt fra 1995-kjennelsen, og at familiemedlemmer som blir «tilstrekkelig sterkt berørt» av vedtak om utvisning eller nektelse på oppholdstillatelse kan gå til ugyldighetssøksmål mot vedtaket.⁹⁹ Hva som er virkningen av Maria-dommen, er således omtvistet. Likevel tilsier begrunnelsen og de reelle hensyn som trukket frem i Maria-dommen, at andre enn den utviste selv burde ha søksmålsadgang hvis tilknytningen er umiddelbar og sterk.

3.4.3 HR-2016-935-U

HR-2016-935-U gjaldt et utvisningsvedtak, der den utviste kvinnen, hennes tidligere samboer og deres felles barn alle reiste søksmål om gyldigheten av vedtaket. Barnet ble akseptert å ha partsrettigheter, og hadde følgelig søksmålsadgang. Resultatet i Maria-dommen ble dermed lagt til grunn for barnet. Spørsmålet for Høyesterett var om den utviste kvinnens tidligere samboer og far til den utvistes barn, hadde rettslig interesse i søksmålet.

Høyesterett kom til at den utviste kvinnens tidligere samboer ikke hadde tilstrekkelig rettslig interesse i søksmålet. Som begrunnelse for standpunktet fremholder Høyesterett at selv om Høyesterett i Maria-dommen uttalte at søksmål fra en samboer ikke kunne avvises med samme begrunnelse som i 1995-kjennelsen, tok ikke Høyesterett stilling til hva utfallet hadde blitt for de tilfeller en samboer gikk til søksmål med krav om at utvisningsvedtaket stred mot samboerens egne rettigheter. I nærværende sak var også tilknytningen et tidligere samboerforhold, noe som vanskelig kunne anses å være et familieforhold. Den tidligere samboerens familietilknytning var derfor avledet, som følge av at han var far til deres felles barn.¹⁰⁰ Dette var ikke tilstrekkelig. Avgjørelsen viser at i hvilken grad saksøkeren blir berørt av et vedtak, har betydning for om vedkommende får søksmålsadgang. Barnet ble sterkere berørt i Maria-dommen, og ble derfor ansett å ha tilstrekkelig rettslig interesse. Selv om Høyesteretts uttalelser i Maria-dommen var generelle og taler for at en videre personkrets kan ha søksmålsadgang, kom Høyesterett til at den tidligere samboeren ikke hadde tilstrekkelig

⁹⁸ Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015 s. 233-234.

⁹⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 457-458.

¹⁰⁰ HR-2016-935-U avs. 12 med henvisning til lagmannsrettens begrunnelse gjengitt i avs. 11.

sakstilknytning. Høyesterett distanserer derfor saken fra den som stod for Høyesterett i Maria-dommen, og presiserer tilknytningskravet i utvisningssaker.

Videre fremholdes det at søksmålsadgang for den tidligere samboeren vil kunne lede til prosesshandlinger i strid med interessen til den utviste og deres felles barn.¹⁰¹ Dette er tilsvarende begrunnelse som i 1995-kjennelsen. Det blir videre vist til at partsstatus for en tidligere samboer vil medføre en «sterk utvidelse av hvem som kan reise sak uten at konsekvensene av dette har vært vurdert av lovgiver eller av Høyesterett».¹⁰²

Høyesterett kommenterer også Maria-dommen, hvor det uttales at saken gjelder barns partsrettigheter og et obiter dictum for eksisterende samboerforholds partsrettigheter. Høyesterett går ikke inn på om en samboer kan ha selvstendige partsrettigheter, men begrenser prejudikatsverdien av kjennelsen til å gjelde opphørte samboerforhold.¹⁰³

Høyesterett uttaler videre at begrunnelsen i 1995-kjennelsen er for absolutt utformet etter Maria-dommen og vedtakelsen av tvisteloven, men at hensynene som blir trukket frem, fortsatt kan ha vekt ved avgrensingen av hvem som kan ha partsrettigheter i utlendingssaker.¹⁰⁴ Høyesterett begrenser således vekten av 1995-kjennelsen, men fremholder at hensynene som det vises til, fremdeles kan ha relevans i vurderingen.

HR-2016-935-U og Maria-dommen taler likevel for at eksisterende og nære familiemedlemmer med særlige omsorgsbehov vil bli ansett å ha tilstrekkelig tilknytning i utvisningssaker, selv om den utviste selv har gått til søksmål.

3.4.4 HR-2017-1130-A

I HR-2017-1130-A reiste en utvist kvinne, hennes ektefelle og deres felles barn søksmål om gyldigheten av et utvisningsvedtak. Saken hadde blitt avvist av tingretten og lagmannsretten for ektefellens og barnas vedkommende, og spørsmålet for Høyesterett var om familiemedlemmene hadde tilstrekkelig tilknytning til utvisningsvedtaket.

Høyesterett kom til at familiemedlemmene ikke hadde tilstrekkelig søksmålsinteresse, og fremholdt at Maria-dommen gjaldt et særegent tilfelle hvor barnet ville stå uten

¹⁰¹ HR-2016-935-U avs. 12 med henvisning til lagmannsrettens begrunnelse gjengitt i avs. 11.

¹⁰² HR-2016-935-U avs. 12 med henvisning til lagmannsrettens begrunnelse gjengitt i avs. 11.

¹⁰³ HR-2016-935-U avs. 13.

¹⁰⁴ HR-2016-935-U avs. 15, jf. avs. 14.

omsorgsperson i Norge om moren ble utvist.¹⁰⁵ Blant annet på bakgrunn av Maria-dommens helt spesielle faktum kunne avgjørelsen derfor ikke «tas til inntekt for et generelt endret syn på reglene om hvem som er part i en utlendingssak for forvaltningen».¹⁰⁶ Uttalelsen knytter seg til at Høyesterett i Maria-dommen kom til at datteren skulle vært ansett som part i forvaltningssaken.¹⁰⁷

Høyesterett viser til kjennelsen fra 1995 hvor det ble vektlagt utvisningsvedtaks personlige art. Sammenholdt med 2016-kjennelsen, finner førstvoterende at de hensyn som blir trukket frem i 1995-kjennelsen, fortsatt var relevant for vurderingen.¹⁰⁸

Videre kom Høyesterett til at familiemedlemmene var å anse som «victim» etter EMK artikkel 34, og at de derfor hadde krav på et «effective remedy» etter EMK artikkel 13.¹⁰⁹ Å få prøvd gyldigheten av vedtaket av domstolen for familiemedlemmene ble likevel ikke ansett nødvendig i saken, da en indirekte prøving i den utvistes sak ble ansett å være tilstrekkelig.¹¹⁰ Selv om familiemedlemmene ble ansett å være «victim» etter EMK, innebar dette ikke at de hadde rett til å få gyldighetsspørsmålet prøvd i et eget søksmål for domstolen.

Resultatet og begrunnelsen til Høyesterett taler for at det etter Maria-dommen har skjedd en innstramning i hvem som kan gå til søksmål om utvisningsvedtak, i de tilfeller hvor den utviste selv går til søksmål. Likevel fraviker ikke Høyesterett resultatet i Maria-dommen, hvor barn med særlig omsorgsbehov vil anses å ha tilstrekkelig sakstilknytning.

3.4.5 Oppsummering

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor vil søksmålsadgangen for utvisningsvedtak hvor den utviste selv saksøker, som den store hovedregel være begrenset til den utviste selv.

Høyesterettspraksis viser likevel at det må gjøres unntak i visse tilfeller. Nøyaktig hvor grensen skal trekkes, er noe uklart. En nedre grense for når en annen enn parten selv kan saksøke, kan likevel illustreres ved avgjørelsene.

¹⁰⁵ HR-2017-1130-A avs. 58 og avs. 35.

¹⁰⁶ HR-2017-1130-A avs. 35.

¹⁰⁷ Rt-2015-93 (Maria-dommen) avs. 44-48.

¹⁰⁸ HR-2017-1130-A avs. 40.

¹⁰⁹ HR-2017-1130-A avs. 43 og 45.

¹¹⁰ HR-2017-1130-A avs. 47 flg.

I Maria-dommen var moren aleneforsørger til en datter på fem år, og datteren var således i et sterkt avhengighetsforhold til moren. I saken fikk datteren fremmet søksmålet om gyldigheten av vedtaket om å utvise moren. I 2016-kjennelsen hadde den tidligere samboeren kun samværsrett med barnet, og barnet måtte ha blitt med moren til Zambia dersom utvisningsvedtaket ble opprettholdt. Barnet var derfor i en ganske lik situasjon som i Maria-dommen, og ble tilkjent partsstatus i forvaltningssaken. I den siste dommen fra 2017 var den utviste fremdeles gift med faren til deres barn, og ingen av familiemedlemmene ble ansett å ha tilstrekkelig tilknytning til gyldighetssøksmålet. I de tilfeller søksmål fra andre enn parten selv er blitt tillatt fremmet, var dermed saksøker grunnleggende avhengig av omsorg fra den utviste. Resultatet i sakene taler for at familiemedlemmer har tilstrekkelig tilknytning i de tilfeller hvor det er et sterkt avhengighetsforhold mellom familiemedlemmet og den utviste.

Som det fremkommer av 2016-kjennelsen, med henvisning til 1995-kjennelsen, vil det også kunne tenkes unntak der den utviste av ulike grunner ikke kan ivareta sine interesser. Hvilke tilfeller dette omfatter, er ikke omtalt nærmere, men det kan tenkes situasjoner hvor den utviste er sterkt fysisk eller psykisk utviklingshemmet eller av andre grunner ikke har mulighet til å ivareta interessene sine i søksmålet.

Den siste avgjørelsen av Høyesterett er avgjørelsen fra 2017, og denne må tillegges stor prejudikatsvirkning som følge av at avgjørelsen tar stilling til de tidligere avgjørelser avsagt av Høyesterett og Norges folkerettslige forpliktelser. Dette tilsier at gjeldende rett er at utvisningsvedtak er av så personlig art at andre enn den utviste som hovedregel er avskåret fra å gå til søksmål om utvisningsvedtaket, dersom den utviste selv går til søksmål. Skoghøy fremholder at dersom familiemedlemmer «blir tilstrekkelig sterkt berørt av utvisningen» kan de få prøvd gyldigheten av utvisningsvedtaket.¹¹¹ Dette må anses å være rett, i alle fall for de tilfeller hvor saksøkeren i stor grad er avhengig av omsorg fra den utviste.

3.5 Tilfeller hvor den utviste ikke selv har gått til søksmål om utvisningsvedtaket

Som redegjort for, omhandler avgjørelsene fra Høyesterett tilfeller der den utviste selv har gått til gyldighetssøksmål mot vedtaket. I HR-2017-1130-A uttaler førstvoterende at:

«Slik saken ligger an, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på om løsningen ville vært en annen derom E [den utviste] ikke hadde anlagt søksmål, eller om

¹¹¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 458.

familiemedlemmene i et slikt tilfelle kan eller må reise en annen type søksmål for å få prøvd sine rettigheter etter EMK artikkel 8, jf. artikkel 13».¹¹²

Slik det fremkommer av det siterte, er det ikke gitt at løsningen som redegjort for under punkt 3.4, vil bli tilsvarende for tilfeller der den utviste ikke går til sak. Løsningen kan enten bli at andre enn den utviste også i disse tilfeller er avskåret fra å gå til ugyldighetssøksmål mot vedtaket, eller at andre i større utstrekning har anledning til å gå til søksmål. En mellomløsning kan også tenkes, der andre i utgangspunktet har rett til å gå til søksmål med mindre den utviste positivt har akseptert utvisningsvedtaket.

I de tilfeller hvor den utviste ikke saksøker, vil to sentrale hensyn stå mot hverandre. På den ene siden vil disposisjonsprinsippet – det vil si hensynet til den utviste og at vedtaket ikke angripes mot den utvistes vilje – tale mot at andre kan gå til søksmål. På den andre siden taler hensynet til at de øvrige familiemedlemmene skal kunne få prøvd sine selvstendige rettigheter, for at deres søksmål må tillates fremmet. Det sistnevnte hensyn må uansett ha lite vekt i de tilfeller hvor den utviste positivt aksepterer utvisningsvedtaket. I slike tilfeller burde ikke andre enn den utviste selv kunne angripe vedtaket.

Hensynet til at utvisningsvedtak er av personlig karakter og ikke burde kunne angripes fordi dette kan være mot den utvistes vilje, ble trukket frem i Rt-1995-139 s. 142, HR-2016-935-U avs. 15 og HR-2017-1130-A avs. 40.

At hensynet har vært trukket frem i flere avgjørelser, kan tale for andre enn den utviste selv er avskåret fra å gå til søksmål også i de tilfeller den utviste ikke selv går til sak.

At hensynet til den utviste selv har vært trukket frem i flere avgjørelser, kan likevel ikke tillegges avgjørende vekt. For det første svekkes vekten av 1995-kjennelsen av at det i 2016-kjennelsen uttales at begrunnelsen er for absolutt utformet.¹¹³ For det annet har som nevnt Høyesterett ikke redegjort for hvorfor adgangen til å gå til ugyldighetssøksmål skal være annerledes enn adgangen til å gå til fastsettelsessøksmål mot vedtaket. En utvist har heller ikke en plikt til å bo eller flytte til Norge som følge av at utvisningsvedtaket blir kjent ugyldig. Avgjørelsene kan derfor ikke tas til inntekt for at resultatet blir det samme for de tilfeller hvor den utviste ikke selv går til søksmål. Dette vil stille seg annerledes i de tilfeller

¹¹² HR-2017-1130-A avs. 58.

¹¹³ HR-2016-935-U avs. 15.

den utviste selv positivt har akseptert utvisningsvedtaket. I slike tilfeller burde andre være avskåret fra å gå til søksmål.

I HR-2017-1130-A avs. 47-52 vektla Høyesterett at en prøving av familiemedlemmenes konvensjonsrettigheter kunne skje indirekte gjennom den utvistes søksmål. Høyesterett viste til at alle sider av et utvisningsvedtak vil prøves i den utvistes søksmål, herunder familiemedlemmenes og barnas stilling etter utlendingslovens § 70 og utlendingsforskriftens § 17-3. Denne begrunnelsen for å avskjære familiemedlemmenes søksmålsadgang er likevel ikke helt heldig. Som tidligere nevnt, kan familiemedlemmene uavhengig av den utvistes ugyldighetssøksmål gå til fastsettelsessøksmål om at vedtaket strider mot deres rett til familieliv etter EMK.

I de tilfeller den utviste påklager utvisningsvedtaket, blir spørsmålet om UNEs prøving tilfredsstillende familiemedlemmenes rett til et effektivt rettsmiddel. Spørsmålet blir med andre ord om prøvingen av familiemedlemmenes konvensjonsrettigheter tilstrekkelig kan skje indirekte gjennom den utvistes klagebehandling for UNE.

Etter utlendingsloven § 77 første ledd jf. § 76 første ledd annet punktum, avgjør UNE som uavhengig organ vedtak påklaget fra UDI. Videre følger det av forvaltningsloven § 34 annet ledd første punktum at klageinstansen kan prøve «alle sider av saken». UNE kan således prøve alle vurderinger foretatt av UDI. UNE må også vurdere familiemedlemmenes stilling etter utlendingslovens § 70, og høre barnets mening etter utlendingsforskriften § 17-3. Dette taler isolert sett for at den samme argumentasjonen som ble lagt til grunn i Høyesteretts avgjørelse HR-2017-1130-A gjør seg gjeldende i klageomgangen for UNE.

Argumentasjonen til Høyesterett knytter seg likevel til prøving for domstolen, og ikke for prøving av et klageorgan. Førstvoterende fremholder at det «særlig [blir lagt] vekt på at en eventuell krenkelse av (...) menneskerettigheter, *vil bli prøvd fullt ut i saken som E har anlagt for domstolene*» (min kursivering).¹¹⁴ Høyesterett uttaler eksplisitt at de ikke tar stilling til hvordan resultatet hadde blitt dersom den utviste ikke selv hadde gått til søksmål, noe som taler for at argumentasjonen ikke kan overføres til prøving for et klageorgan.¹¹⁵ I de tilfeller

¹¹⁴ HR-2017-1130-A avs. 56.

¹¹⁵ HR-2017-1130-A avs. 58.

den utviste selv ikke går til søksmål, og heller ikke positivt aksepterer utvisningsvedtaket, kan derfor ikke Høyesteretts resultat i 2017-dommen uten videre legges til grunn.

Dersom familiemedlemmene ikke kan gå til ugyldighetssøksmål i de tilfeller den utviste ikke selv går til sak, vil dette kunne medføre at familiemedlemmenes påståtte konvensjonskrenkelse ikke blir prøvd.

Som fremholdt av Graver, er retten til familieliv etter EMK artikkel 8 en rett som tilfaller alle familiemedlemmene som enkeltindivider. I de tilfeller den utviste ikke saksøker, har familiemedlemmene en rett til å få prøvd om det foreligger en krenkelse av denne rettigheten uavhengig av om de andre familiemedlemmene velger å følge opp retten for domstolen.¹¹⁶ Den utviste vil selv ha anledning til å gå til søksmål om vedtaket, og en begrensning for øvrige familiemedlemmer vil medføre ulikheter i adgangen til å få prøvd påståtte konvensjonskrenkelser. Hensynet til likebehandling tilsier derfor at familiemedlemmene burde ha søksmålsadgang i de tilfeller den utviste ikke selv går til søksmål.

UNE har også kun en begrenset mulighet til å fastsette erstatning for konvensjonskrenkelse. Dette taler for at en indirekte prøving i den utvistes klageomgang kan bli for indirekte og utilstrekkelig. Dersom UNE ikke blir ansett å være et effektivt rettsmiddel som tilfredsstillende kravene til EMK artikkel 13, vil den eneste muligheten for familiemedlemmer til å få overprøvd konvensjonskrenkelsen være domstolsbehandling. I så fall må trolig søksmål tillates fremmet for nære familiemedlemmer.

I odelstingsproposisjonen til utlendingsloven er det lagt til grunn at familien til den utviste heller ikke har klagerett til klageorganet.¹¹⁷ I de tilfeller hvor den utviste ikke selv klager til overordnet klageorgan, vil den eneste muligheten for prøvelse av konvensjonsrettighetene være å få prøvd saken for domstolen eller gis klagerett i forvaltningssaken. I sistnevnte tilfeller vil familiemedlemmene måtte gjøres til part i klagesaken, hvilket taler for at vedkommende også har søksmålsadgang for domstolen. Høyesterett uttaler i HR-2017-1130-A avs. 57 at vilkårene for rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven § 28 og rettslig interesse etter tvistemålsloven § 1-3, ikke nødvendigvis er sammenfallende. At vedkommende gjøres til part i forvaltningssaken, innebærer derfor ikke automatisk at vedkommende får

¹¹⁶ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 2015 s. 382.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 321-322.

søksmålskompetanse for domstolen. Uttalelsen knytter seg likevel til en sak hvor den utviste selv har gått til søksmål, og vil derfor ikke ha tilsvarende overføringsverdi til tilfeller hvor den utviste ikke går til sak. Som tidligere nevnt uttaler Høyesterett eksplisitt at de ikke tar stilling til resultatet i de tilfeller den utviste ikke selv går til sak.¹¹⁸

3.5.1 Oppsummering

I de tilfeller hvor den utviste ikke selv går til søksmål, er det ulike hensyn som står mot hverandre i vurderingen av om andre kan gå til søksmål om vedtaket. Spørsmålet har ikke vært oppe for Høyesterett, og Høyesterett har eksplisitt uttalt at de ikke tar stilling til hva resultatet ville ha blitt om den utviste selv ikke hadde gått til søksmål. Det er derfor uklart hva resultatet blir dersom en utvist ikke selv går til sak. Hensynet til at de øvrige familiemedlemmer skal få prøvd sine konvensjonsrettigheter, taler likevel for at saken burde tillates fremmet for nære familiemedlemmer, med mindre den utviste selv positivt har tilkjennegitt at vedkommende aksepterer utvisningsvedtaket.

3.6 Kravet til aktiv sakstilknytning ved søksmål om andre forvaltningsvedtak i utlendingsretten

Som tidligere nevnt, åpner tvisteloven § 1-3 for at også andre enn den vedtaket retter seg mot, kan gå til søksmål. Utvisningsvedtak anses å være av så personlig art at kun parten i utvisningssaken anses å ha tilstrekkelig aktiv søksmålskompetanse, jf. Rt-1995-139 og senere rettspraksis. Temaet i det følgende blir om andre vedtakstyper i utlendingsretten også må anses å være av så sterk personlig art at kun den vedtaket retter seg mot, oppfyller kravet til aktiv sakstilknytning.

3.6.1 Er andre vedtakstyper i utlendingsretten av så «sterk personlig art» at det som et utgangspunkt kun er den vedtaket direkte retter seg mot som kan angripe det ved søksmål?

Som tidligere nevnt, finnes det lite rettspraksis om tilknytningsvurderingen i utlendingsretten.¹¹⁹ Verken lov eller høyesterettspraksis har tatt stilling til om det bare er den vedtaket retter seg mot som kan gå til ugyldighetssøksmål mot et avslag på familiegjenforening, statsborgerskap og andre oppholdstillatelser. Som nevnt, tilsier drøftelsen overfor av gjeldene rett at det avgjørende blir om slike vedtak er å anse som vedtak av sterk personlig art eller ikke. For å kunne vurdere de ulike vedtakstypene i utlendingsretten

¹¹⁸ HR-2017-1130-A avs. 58.

¹¹⁹ Se også HR-2017-1130-A avs. 40.

foretas det derfor først en vurdering av hva som medfører at utvisningsvedtak anses å være av så sterk personlig art at det kun er den som utvises som har søksmålsadgang mot vedtaket.

Først og fremst rammer en utvisning direkte og personlig den som utvises. Dette som følge av at beslutningen av hvor vedkommende selv skal bo, er et personlig valg. Andre burde ikke kunne ta rettslige skritt for å få overprøvd en beslutning om hvor en annen person skal kunne bo eller oppholde seg permanent.

For det annet kan en utlending utvises dersom vedkommende på visse vilkår har overtrådt en eller flere av bestemmelsene i utlendingsloven eller straffelovgivningen.¹²⁰ For overtredelse av utlendingsloven er det eksempelvis et vilkår for personer uten oppholdstillatelse at utlendingen «grovt eller gjentatte ganger» har overtrådt loven, og utlendingen må ha handlet «forsettlig eller grovt uaktsomt».¹²¹ Utlendingsmyndighetene og domstolen må derfor blant annet prøve lovovertrедelsen i stor grad, for å avgjøre om vilkårene for utvisning er oppfylt. Dette vil innebære en vurdering av sensitiv informasjon om utlendingen, som vil være sterkt personlig informasjon. Utvisning bærer således preg av en form for straffereaksjon, som må anses å være av sterk personlig art. At utvisning er en reaksjon på den utvistes egne handlingsvalg, trekker i samme retning.

For det tredje skal det også foretas en forholdsmessighetsvurdering i utvisningssaker, jf. utlendingsloven § 70. Forholdsmessighetsvurderingen skal etter bestemmelsens første ledd første punktum både foretas overfor utlendingen og vedkommendes nærmeste familie. At det skal foretas en vurdering av om en utvisning vil virke uforholdsmessig for den utvistes familie, taler på den ene siden for at utvisningsvedtak ikke er av så personlig art at andre er avskåret fra å gå til søksmål. På den andre siden er familiens stilling i utvisningssaken et hensyn som uansett skal hensyntas både i forvaltningssaken og under prøvingen for domstolen. Familiens stilling i utvisningssaker må derfor ses opp mot de forhold som medfører en mulig utvisning, noe som taler for at utvisningssaker likevel er av sterk personlig art.

Etter dette må utvisningsvedtak anses å være av sterk personlig art i hovedsak som følge av at det i utgangspunktet må bero på den utvistes eget valg om et vedtak som gjelder hvor

¹²⁰ Utlendingsloven § 66-68.

¹²¹ Utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a.

vedkommende skal bo, skal angripes eller ikke. Videre er grunnlaget for utvisning i stor grad basert på forhold som skyldes den utviste selv, og utvisning likner en straffereaksjon. Dessuten foretas det en forholdsmessighetsvurdering i utvisningssaker, som også skal ivareta hensynet til den utvistes familie.

I det følgende vil det bli drøftet om andre vedtakstyper i utlendingsretten har likhetstrekk med utvisningsvedtak, slik at disse må anses å være av en så sterk personlig art at de som et utgangspunkt kun kan angripes av den vedtaket direkte gjelder.

Som tidligere nevnt, vil ikke familiemedlemmer regnes som part i en forvaltningssak som omhandler utlendingsrett. I familiegjenforeningssaker er det eksempelvis vedkommende som ønsker å forenes med en person i Norge, som anses som søker. Referansepersonen vil derfor ikke være part i saken.¹²² Også i andre utlendingssaker er det som hovedregel søkeren som anses som part. I odelstingsproposisjonen til utlendingsloven er begrunnelsen for at referansepersonen ikke har partsstatus, at avgjørelsen ikke retter seg direkte mot eller direkte gjelder vedkommende. Dette til tross for at referansepersonen har en interesse i saken, og at avgjørelsen vil ha betydning for referansepersonen. Videre blir dette sammenliknet med utvisningssaker, hvor kun den utviste har partsrettigheter.¹²³ Forarbeidene legger således til grunn at familiegjenforening og utvisningssaker er liknende av karakter, noe som kan tale for at familiegjenforening også er av en så sterk personlig art at andre er avskåret fra å gå til søksmål.

I odelstingsproposisjonen til utlendingsloven utales det videre at:

«Klagerett tilkommer parten og andre med «rettslig klageinteresse», jf. forvaltningsloven § 28. Uttrykket «rettslig klageinteresse» må ses i sammenheng med begrepet «rettslig interesse» i tvistemålsloven § 54. (...) Hvem som kan opptre som klager og ha rettslig klageinteresse har på utlendingsfeltet i det vesentlige korrespondert med forståelsen av partsbegrepet».¹²⁴

Som det fremkommer av det siterte, legger forarbeidene til grunn at rettslig klageinteresse i utlendingsretten normalt er avgrenset til de som faller inn under partsbegrepet etter

¹²² Utlendingsloven § 39 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 321.

¹²³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 321.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 321.

forvaltningsloven. Videre skal rettslig klageinteresse ses i sammenheng med begrepet rettslig interesse. Som tidligere nevnt, er tvisteloven § 1-3 i hovedsak forutsatt å være en videreføring av tvistemålsloven § 54. Ettersom forarbeidene legger til grunn at rettslig klageinteresse i utlendingsretten normalt sammenfaller med partsbegrepet, kan det siterte isolert sett tale for at også vurderingen av rettslig interesse på utlendingsrettens område skal være tilsvarende avgrenset. Likevel er ikke løsningen som kan utledes av det siterte gitt for vurderingen av om det foreligger reelt behov etter den någjeldende bestemmelse om sakstilknytning i tvisteloven § 1-3.

For det første knytter forarbeidene seg til partsbegrepet og klagerett i utlendingsloven, og ikke til tilknytningsvurderingen i tvisteloven § 1-3.

For det annet uttales det videre i forarbeidene at saker om «visum, oppholdstillatelse og bortvisning og utvisning, er saker av personlig art». Det samme legges til grunn i arbeidsinnvandringsaker, hvor det fremkommer at arbeidsgiver ikke burde få rettslig klageinteresse.¹²⁵ Som begrunnelse er det vist til at det er klare betenkeligheter ved å gi familiemedlemmer partsrettigheter, som følge av at det vil gi rett til innsyn i saksdokumentene, varsel om vedtak med videre.¹²⁶ Begrunnelsen for at andre vedtakstyper i utledningsretten er av sterk personlig art, er dermed knyttet opp til partsrettigheter i forvaltningssaken. At vedtak i utlendingsretten anses for å være av sterk personlig art, er dermed ikke vurdert opp mot familiemedlemmers behov for å kunne prøve rettigheter for en domstol. Om løsningen burde bli en annen i vurderingen av tilknytningskravet, er ikke kommentert i forarbeidene.

For det tredje kan de betenkeligheter som det vises til i forarbeidene, enkelt avhjelpes. Som Graver fremholder, kan innsyn i saksdokumenter med videre begrenses etter forvaltningsloven § 19.¹²⁷ De hensyn som taler for begrensninger i hvem som anses som part i forvaltningssaken for familiemedlemmer, kan derfor ivaretas på andre måter. Dette taler for at andre vedtakstyper i utlendingsretten ikke nødvendigvis er av så sterk personlig art at andre er avskåret fra å gå til søksmål om vedtaket.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 323.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 323.

¹²⁷ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 2015 s. 382.

For det fjerde er uttalelsene i odelstingsproposisjonen avgitt før Høyesteretts siste avgjørelser i utvisningssakene. Tvisteloven § 1-3 er som tidligere nevnt ansett for å være en rettslig standard, hvor vurderingen kan endre seg over tid i tråd med samfunnsutviklingen. Vekten av uttalelsene i forarbeidene svekkes dermed som følge av at de ikke har tatt stilling til nyere høyesterettspraksis. Eksempelvis ble det i HR-2017-1130-A avs. 56 særlig lagt vekt på at det ble foretatt en forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven § 70 i den utvistes ugyldighetssøksmål. For de fleste andre vedtakstyper i utlendingsretten er det ikke inntatt en tilsvarende forholdsmessighetsvurdering i utlendingsloven eller utlendingsforskriften.

Uttalelsen til Høyesterett om at familiemedlemmenes stilling vil bli prøvd fullt ut i søksmålet til den vedtaket direkte retter seg mot, kan derfor ikke nødvendigvis legges til grunn for andre vedtakstyper i utlendingsretten. Dette taler for at det ikke kan legges til grunn at alle andre vedtakstyper i utlendingsretten anses som så sterkt personlige, at søksmålsrett for andre er avskåret.

Det er også verdt å nevne at hvem som er part i forvaltnings-saken etter utlendingsforskriften § 17-1, er formulert forskjellig avhengig av om vedtaket beror på søknad eller ikke. For saker som ikke beror på søknad, er det eksplisitt presisert at det «kun» er den saken retter seg mot, som anses som part, jf. første ledd annet punktum. Tilsvarende presisering er ikke tatt med for vedtak som beror på søknad i bestemmelsens første punktum. Utvisningssakene som har vært oppe for Høyesterett, gjelder en vedtakstype som ikke beror på søknad. Tilsvarende vil gjelde for enkelte statsborgerskapsaker. Det er derfor ikke gitt at løsningene ville blitt de samme i saker som beror på søknad.

Som nevnt foreligger det ikke høyesterettspraksis som tar stilling til spørsmålet om andre enn parten i en utlendingssak som gjelder annet enn utvisning kan gå til søksmål om vedtaket. I underrettene foreligger det likevel noe praksis om tilknytningsvurderingen i utlendingsretten.

I Rt-1992-1056 hadde et samboerpar gått til søksmål mot avslag på søknad om oppholds- og arbeidstillatelse. Under ankebehandlingen for lagmannsretten fikk samboeren oppholdstillatelse på annet grunnlag, og saken ble derfor avvist med den begrunnelse at han ikke lenger hadde behov for rettslig avklaring.¹²⁸ For kjæremålsutvalget var spørsmålet om saken var rettmessig avvist for lagmannsretten.

¹²⁸ LE-1991-2651.

For byretten var det likevel et spørsmål om den norske samboeren hadde rettslig interesse i å gå til søksmål om vedtaket.¹²⁹ Byretten kom til at samboeren ikke hadde rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54 da hun kun hadde en faktisk interesse i saken. Som begrunnelse vises det bare til at søksmålet var knyttet til han som søkte om oppholdstillatelse, og at det var hans «status som er gjenstand for tvisten og saksanlegget beror på ham alene».¹³⁰ Uttalelsen taler for at det vektlegges at oppholdstillatelsen bygger på forhold som alene angår søkeren. Forholdet til samboeren var derfor ikke gjenstand i tvisten, noe som medførte at hun ikke hadde søksmålskompetanse. Avgjørelsen taler for at oppholdstillatelser kan anses som vedtak av så sterk personlig art, at andre enn parten selv er avskåret fra å gå til søksmål. Avgjørelsen er likevel en eldre tingrettsavgjørelse, som vil ha liten rettskildemessig vekt.

I TOSLO-2013-483 var det gitt endelig avslag på søknad om familiegjenforening, med den begrunnelse at ekteskapet var inngått pro forma for å få oppholdstillatelse i Norge. Som nevnt, er parten i en familiegjenforeningssak den som søker seg til Norge. Ektefellene gikk til søksmål mot vedtaket, og et av spørsmålene for tingretten var om referansepersonen hadde rettslig interesse i å gå til gyldighetssøksmål om avslaget på familiegjenforening.

Retten kom til at referansepersonen hadde tilstrekkelig rettslig interesse i søksmålet, og viser til at 1995-kjennelsen ikke er til hinder for at referansepersonen kan gå til søksmål i familiegjenforeningssaker. Som begrunnelse vises det til at saken også knytter seg til en vurdering av referansepersonens ekteskap med søkeren. Retten kom derfor til at saken gjaldt «noe annet og mer enn et utvisningsvedtak».¹³¹ Det ble altså vektlagt at det ikke er snakk om et utvisningsvedtak, og at det må foretas vurderinger som ikke bare omfatter søkeren. I saken måtte det vurderes forhold som angikk ektefellen, noe som talte for at referansepersonen skulle få søksmålskompetanse. Avgjørelsen taler for at retten ikke anså avslag på familiegjenforening å være av sterk personlig art, som følge av at vedtakstypene er forskjellige. Selv om saken omhandlet et mulig pro forma ekteskap, vil det i alle familiegjenforeningssaker være nødvendig å ta stilling til referansepersonens og de øvrige familiemedlemmenes stilling.

¹²⁹ Oslo byrett sak nr. 91-513/ A-73 s. 14.

¹³⁰ Oslo byrett sak nr. 91-513/ A-73 s. 14.

¹³¹ TOSLO-2013-483 upaginert.

Avgjørelsen er en tingrettsavgjørelse, som følgelig ikke har stor rettskildemessig verdi. Da spørsmålet ikke har vært drøftet i Høyesterett, og lite diskutert i litteraturen, taler likevel dommens begrunnelse for at familiegjenforeningssaker ikke er av så sterk personlig art, at andre enn parten er avskåret fra å gå til søksmål mot vedtaket.

Avgjørelsene viser at det har betydning om det må vurderes forhold som knytter seg til andre enn parten selv. I hvilken grad et vedtak har betydning for andre, og i hvilken utstrekning forhold relatert til andre enn den vedtaket retter seg mot har betydning for vedtakets innhold, kan dermed ha betydning for om de ulike vedtakstyper blir ansett å være av sterk personlig art eller ikke.

Familiegjenforeningssaker berører både søkeren, referansepersonen og andre familiemedlemmer som bor i Norge, da et avslag medfører at familien ikke kan leve sammen. Familiemedlemmer blir også berørt i utvisningssaker, noe som kan tale for at familiegjenforeningssaker burde vurderes tilsvarende som utvisningssaker. At svært sensitiv informasjon må vurderes både i utvisningssaker og familiegjenforeningssaker, kan tale i samme retning.

På den andre siden er likevel vedtakstypene svært forskjellig. I søknad om familiegjenforening er det «familie» som er det sentrale - hovedpoenget at søkeren får oppholdstillatelse nettopp fordi vedkommende skal få leve med sin familie i Norge.¹³² Det stilles krav til referansepersonen etter utlendingsloven kapittel 6, og det er et vilkår for fornyelse av oppholdstillatelsen at grunnlaget for familiegjenforeningen fortsatt er til stede.¹³³ Dersom søkeren ikke lenger er gift med referansepersonen, vil søkeren følgelig ikke lenger ha krav på oppholdstillatelse basert på familiegjenforening mellom ektefeller, jf. utlendingsloven § 40. Referansepersonen og søkerens familie i Norge har dermed stor betydning for om søkeren har krav på oppholdstillatelse, noe som i stor grad skiller seg fra utvisningssaker. Dette taler for at familiegjenforening ikke er av så personlig art at søksmålsadgangen er begrenset til parten i forvaltningssaken.

Videre vil tvisteloven § 20-11 første ledd kunne ha stor betydning i familiegjenforeningssaker. Etter bestemmelsens første ledd første punktum, kan saksøkte

¹³² Se eksempelvis forbudet mot pro forma ekteskap som grunnlag for familiegjenforening i utlendingsloven § 40 fjerde ledd.

¹³³ Utlendingsloven § 61 første ledd første punktum.

kreve at saksøker som ikke bor i Norge, må stille sikkerhet for mulig saksomkostningsansvar. Dersom søksmålsadgangen begrenses til søker, vil dette kunne medføre store praktiske vansker med å gå til søksmål. Søker i en familiegjeningssak er den som ønsker å komme til Norge. I mange tilfeller vil søkeren ha bopel utenfor Norge under søknadsprosessen. I de tilfeller søkeren ønsker å angripe vedtaket ved sak for domstolen, kan dette bety at vedkommende må stille sikkerhet for mulig saksomkostningsansvar. Dette kan være svært kostnadskrevende. Dersom familiemedlemmer som har bopel i Norge kan opptre som saksøkere, kan det derimot ikke kreves sikkerhet for mulig saksomkostningsansvar.

For søkere som ikke bor i Norge, vil det også være store praktiske vanskeligheter med å angripe vedtaket.

Dersom familiemedlemmer ikke har anledning til å angripe vedtaket gjennom søksmål, vil dette altså kunne medføre at verken søkeren eller familiemedlemmene får prøvd sine rettigheter som følge av at det er for kostnadskrevende eller praktisk vanskelig. Gode, om ikke avgjørende, grunner taler dermed for at familiemedlemmer særlig skal ha søksmålsadgang i de tilfeller søkeren ikke selv går til sak. Muligheten for å i så fall kunne «omgå reglene» ved at søkeren ikke selv går til søksmål, taler for at familiemedlemmer også burde ha søksmålsadgang i de tilfeller søkeren selv går til sak. Hensynet til at domstolen skal ha et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, taler i samme retning.

Virkingen av at et avslag om familiegjening blir kjent ugyldig, er heller ikke at vedkommende får en plikt til å flytte til Norge. Utlendingen får bare en rett til å bo med sin familie i Norge. Virkingen av at vedtaket blir kjent ugyldig, innebærer derfor i seg selv ikke at søkeren blir berørt i så personlig grad at familiegjeningssaker må anses som sterkt personlig. På dette punkt er det likevel ingen forskjell mellom familiegjeningssaker og utvisningssaker, da en utvist heller ikke blir forpliktet til å bo i Norge.

I saker om studietillatelse er det ikke like sensitiv informasjon som i utvisningssaker som må vurderes for om det skal innvilges tillatelse. Dette kan på den ene siden tale for at studietillatelse ikke er av sterk personlig art. På den andre siden er søkeren likevel ikke avhengig av en spesifikk person eller persongruppe for å få innvilget søknaden, men vurderingen går alene på søkerens egne kvalifikasjoner. Utlendingen søker ikke om oppholdstillatelse på bakgrunn av å skulle gjenforenes eller studere med en bestemt personkrets, og er ikke avhengig av en referanseperson i Norge. Om søkeren oppfyller

vilkårene for studietillatelse, beror derfor ikke på andre enn søkeren selv, noe som taler for at studietillatelser er av sterkt personlig art. Avgjørende må være at hvor og om en person skal studere, er noe som kun berører søkeren og ikke har direkte betydning for andre.

I asylsaker er det derimot svært sensitiv informasjon som skal vurderes, da oppholdstillatelsen beror på om søkeren oppfylder vilkårene etter utlendingsloven § 28. Vurderingen baseres på søkerens egne forhold, og ikke forhold som omfatter andre personer. Asylsaker bærer ikke preg av det samme forhold til en referanseperson som i familiegjennforeningssaker. Samlet tilsier dette at asylsaker er å anse som vedtak av sterk personlig art.

For arbeidstillatelser stilles det krav til faglige kvalifikasjoner hos arbeidstakeren.¹³⁴ Dette kan tale for at arbeidstillatelser er av sterkt personlig art, da forhold hos arbeidstakeren må vurderes. For arbeidstillatelser er det ikke like sensitiv informasjon som i utvisningssaker som skal vurderes, da det ikke er personlige forhold, men faglige kvalifikasjoner som er sentrale i vurderingen.

Videre stilles det for arbeidstillatelser krav til lønns- og arbeidsvilkår hos arbeidsgiveren.¹³⁵ Utlendingen er derfor i stor grad avhengig av forhold hos arbeidsgiveren i saker om arbeidstillatelse. Dette taler for at arbeidstillatelser ikke er av sterk personlig art.

Det kan også gis sanksjoner for brudd på utlendingsloven, som kan ha betydning for arbeidstillatelsen. For arbeidstillatelser som gjelder andre arbeidstakere enn de som omfattes av EØS-samarbeidet etter utlendingsloven kapittel 13, kan UDI fastslå at oppholdstillatelse hos arbeidsgiveren ikke skal innvilges dersom arbeidsgiveren i forhold til arbeidstakeren grovt eller gjentatte ganger bryter utlendingslovens regler om lønns- og arbeidsvilkår.¹³⁶ Arbeidsgiveren kan dermed pålegges en sanksjon ved brudd på utlendingslovens regler, som medfører en konsekvens for den utenlandske arbeidstakeren.

Etter ordlyden i bestemmelsen, sammenholdt med forarbeidene, kan UDI dermed fastsette et vedtak mot arbeidsgiveren om at oppholdstillatelse for søkende arbeidstakere ikke skal

¹³⁴ Se utlendingsforskriften kapittel 6.

¹³⁵ Utlendingsloven § 23 første ledd bokstav b og d.

¹³⁶ Utlendingsloven § 27 femte ledd første punktum, jf. siste ledd.

innvilges.¹³⁷ Indirekte vil dermed arbeidstakeren også rammes, i det en søknad om arbeidstillatelse vil bli avslått for arbeidstakeren.

Når en søknad om arbeidstillatelse avslås som følge av at det er truffet et vedtak mot arbeidsgiver, har det blitt vurdert forhold som omhandler andre enn den utenlandske arbeidstakeren. Dette taler for at vedtak om arbeidstillatelser ikke er av sterk personlig art for arbeidstakeren.

Likevel vil arbeidsgiveren ha mulighet til å ivareta sine interesser gjennom vedtaket som blir truffet mot arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren har i denne omgangen mulighet til å komme med uttalelser, og eventuelt påklage vedtaket. Arbeidsgiveren har derfor ikke et stort behov for å kunne gå til søksmål om arbeidstakerens avslag på arbeidstillatelse. Selv om det vurderes forhold som omhandler arbeidsgiveren, er ikke arbeidsgiverens interesse i denne omgangen sterk nok til at arbeidsgiveren burde ha søksmålsadgang. Dette taler for at arbeidstillatelser er av sterk personlig art.

Det samme gjelder for arbeidstillatelser for au pair. Etter utlendingsloven § 27 b første ledd første punktum kan UDI treffe vedtak om at det ikke skal innvilges oppholdstillatelse for au pair som følge av vertsfamiliens brudd på vilkår i utlendingsloven eller utlendingsforskriften. Det samme gjelder dersom en person i vertsfamilien er ilagt straff eller særanksjoner.¹³⁸ Slike vurderinger i forbindelse med arbeidstillatelser for au pair, er naturlig nok av sterk personlig art, da det dreier seg om straffbare forhold.

Søknad om norsk statsborgerskap beror i hovedsak på søknad, jf. statsborgerloven § 7. Statsborgersaker beror i stor grad på hvilket statsborgerskap vedkommende selv ønsker å inneha. I juridisk litteratur legges det til grunn at om en person har rett til norsk statsborgerskap, må anses å være av så personlig art at det bare kan angripes av vedkommende selv.¹³⁹ Avgjørende må være at andre ikke burde ha innflytelse på hvilket statsborgerskap vedkommende skal inneha.

Det er også mange land som forbyr dobbelt statsborgerskap. Dersom andre skulle ha anledning til å gå til søksmål om at nektelse av statsborgerskap er ugyldig, vil dette kunne ha

¹³⁷ Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) punkt 5.3.1.

¹³⁸ Utlendingsloven § 27 b annet ledd første punktum.

¹³⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 457.

direkte – og kanskje uønskede - konsekvenser for vedkommende. Disposisjonsprinsippet taler sterkt for at saker om statsborgerskap anses som sterkt personlige, og kun kan angripes av søker.

Tilsvarende taler hensynet til at statsborgerskap kan fratras på grunn av straffbare forhold etter statsborgerloven § 26 a, hvilket innebærer at svært sensitiv informasjon må vurderes. I statsborgersaker foretas det også en forholdsmessighetsvurdering av familiens stilling etter statsborgerloven § 26 fjerde ledd første punktum og § 26 a tredje ledd første punktum. Dette taler for at statsborgersaker er av sterk personlig art.

3.6.2 Oppsummering

Det er uklart hvilke vedtakstyper i utlendingsretten som anses å være av så sterk personlig art at kun parten kan gå til søksmål mot vedtaket. Forarbeidene til utlendingsloven taler på den ene siden for at alle vedtakstyper i utlendingsretten er å anse som sterkt personlige. På den andre siden er uttalelsene knyttet til partsbegrepet og klageretten i utlendingsloven, og ikke eksplisitt til tilknytningsvurderingen i tvisteloven § 1-3, hvilket begrenser uttalelsenes rettskildemessige vekt ved vurderingen etter tvistelovens § 1-3.

I familiegjenforeningssaker er det flere forhold som tilsier at enkelte familiemedlemmer burde få søksmålsadgang. For det første innebærer ikke en dom for ugyldighet av vedtaket at søkeren er forpliktet til å flytte til eller bo i Norge. For det annet er søkeren i familiegjenforeningssaker tilknyttet en referanseperson, hvor forhold som går på referansepersonen må vurderes i søknaden og dermed i avgjørelsen av om oppholdstillatelse på bakgrunn av familiegjenforening skal innvilges. For det tredje bærer ikke avslag på familiegjenforening preg av å være en straffereaksjon. For det fjerde foreligger det også underrettspraksis hvor referanseperson har blitt ansett å ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålet. Familiegjenforeningssaker må etter dette antas ikke å være av så sterk personlig art at søksmålsadgangen er begrenset til parten i forvaltningssaken.

I statsborgersaker vil det som hovedregel kun være den som søker om statsborgerskap eller blir fratatt statsborgerskapet som kan gå til søksmål mot vedtaket, som følge av at hvilket statsborgerskap en person skal inneha alene må være opp til vedkommende selv. Videre vil opphevelse av innvilgelse, nektelse eller avslag om statsborgerskap bare ha direkte konsekvenser for vedkommende selv.

For studietillatelse er det hensyn som både taler for at saken er av personlig art, og hensyn som taler for at det ikke er det. Det faktum at andres forhold ikke er relevant for saken, og at saken ikke berører andre personer, tilsier likevel at andre ikke burde kunne gå til søksmål mot vedtaket. Det samme må antas å gjelde i asylsaker, hvor avslag vil bero på forhold hos søkeren. Saker om studietillatelse og opphold basert på asyl må derfor antas å være av sterk personlig art, slik at søksmålsadgang for andre enn den et vedtak retter seg mot er avskåret.

For arbeidstillatelse kan det derimot være andre personer som har en berettiget grunn til å gå til søksmål mot avslaget, i alle fall i vedtak der vurderingen i hovedsak er basert på forhold hos arbeidsgiver. Likevel har arbeidsgiver mulighet til å ivareta sine interesser i det generelle vedtaket som blir fattet av UDI mot arbeidsgiver. Arbeidsgiveren har derfor ikke det samme behovet for å kunne gå til søksmål mot et eventuelt avslag på søknaden for å jobbe hos vedkommende arbeidsgiver. Dette medfører at arbeidstillatelse må anses å være vedtak av sterk personlig art.

3.7 Tilfeller hvor parten i forvaltningssaken ikke selv går til søksmål i saker som anses å være av sterk personlig art

Nedenfor vurderes det om andre enn parten i forvaltningssaken har anledning til å gå til søksmål i saker som anses å være av sterk personlig art, når parten ikke selv går til sak. Som redegjort for overfor, vil dette si statsborgersaker, asylsaker og saker som beror på studie- og arbeidstillatelse.

Hovedsynspunktene for at andre enn parten selv bør gis søksmålsadgang, er i hovedsak redegjort for under punkt 3.5. For vedtakstypene som nevnt overfor vil disse hensynene likevel ikke nødvendigvis gjøre seg gjeldende i samme grad.

For studie- og arbeidstillatelse vil de samme hensyn som taler for at kun parten har søksmålsadgang, gjøre seg gjeldende også i de tilfeller søkeren ikke selv går til søksmål. Søknadstypen for studietillatelse er knyttet til studier for søkeren selv, og ikke familiemedlemmer i Norge. Andre personer har derfor ikke samme behov for å gå til søksmål som i eksempelvis utvisningssaker. For studietillatelse vil det derfor kun være søkeren som kan gå til søksmål, både for de tilfeller søkeren selv saksøker og i de tilfeller søkeren ikke selv går til sak.

Arbeidstillatelse er ikke begrunnet i familieforhold, og selv om familien vil kunne bli berørt av manglende lønn, kan de ikke sies å bli berørt i så stor grad at de har søksmålskompetanse.

Om det blir tale om at arbeidstakeren ikke lenger kan oppholde seg i landet, kan familiemedlemmenes rettigheter eventuelt bli ivaretatt ved at arbeidstakeren søker om familiegjenforening med familien i Norge. Arbeidsgiverens interesser blir også ivaretatt ved at arbeidsgiveren kan uttale seg, eller påklage det generelle vedtaket, om at oppholdstillatelse hos arbeidsgiveren ikke skal innvilges. Det samme gjelder for vertsfamilier som har fått vedtak om at det ikke skal innvilges oppholdstillatelse for au pair.

I asylsaker beror også vurderingen på søkerens egne forhold, som tilsier at andre heller ikke burde ha søksmålsadgang i de tilfeller søkeren ikke selv går til sak. Oppholdstillatelse på bakgrunn av asyl er ikke knyttet til forhold asylsøkeren har til andre personer i Norge, men som følge av en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av ulike forhold eller som følge av at utlendingen står i fare for dødsstraff, turtur eller annen umenneskelig behandling.¹⁴⁰ Oppholdstillatelse basert på asyl bygger derfor ikke på forhold til familie eller andres interesser ellers, som tilsier at disse burde ha søksmålsadgang. Dersom asylsøkeren eksempelvis har ektefelle eller barn i Norge, kan også asylsøkeren ved avslag søke om familiegjenforening.¹⁴¹ For disse tilfeller vil det være vurderingen som foretas i familiegjenforeningssaker som må legges til grunn, mer om dette under punkt 3.8. Samlet tilsier dette at søksmålsadgangen er begrenset til asylsøkeren selv, også for de tilfeller asylsøkeren selv ikke går til søksmål.

Om en person skal få et statsborgerskap, må anses for å omhandle utlendingens egne valg, som andre – herunder familiemedlemmer - ikke kan gå til søksmål om. Et rent tap eller avslag på søknad om statsborgerskap berører ikke andre familiemedlemmers rett til å bo i Norge, og det er i hovedsak utlendingens egne rettigheter som står på spill.¹⁴²

Ved tap av statsborgerskap kan det tenkes tilfeller hvor familiemedlemmer er berørt i større grad. På den ene siden kan ikke en norsk statsborger utvises, jf. utlendingsloven § 69 første ledd. Tap av statsborgerskap kan derfor få store konsekvenser. På den andre siden er fratagelse av statsborgerskap etter statsborgerloven § 26 a et rettighetstap etter straffeloven¹⁴³ § 29, og inngår som en del av straffeutmålingen for domstolen.¹⁴⁴ Fratagelse av

¹⁴⁰ Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a og b, jf. annet ledd.

¹⁴¹ Utlendingsloven § 40 og § 43.

¹⁴² En må eksempelvis som hovedregel være norsk statsborger for å kunne stemme ved stortingsvalg, se lov 28. juni 2002 nr. 57 om valg til Stortinget, fylkesting og kommunestyre (valgloven) § 2-1 første ledd.

¹⁴³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

¹⁴⁴ Prop. 146 L (2016-2017) s. 55.

statsborgerskap etter bestemmelsen er dermed en straffesak, hvor påtalemyndigheten bestemmer om sak skal reises eller ikke. Det blir derfor tale om anke fra statsborgeren, dersom vedkommende ønsker å angripe domstolens avgjørelse om å frata statsborgerskapet. Slik anke må det kun være parten som kan ta ut, da en straffesak vil være av sterk personlig karakter.

For tilbakekall av statsborgerskap på grunn av uriktige eller feilaktige opplysninger etter statsborgerloven § 26 annet ledd, er det i hovedsak statsborgerens egne forhold som medfører tap av statsborgerskapet. Tap av statsborgerskap etter denne bestemmelsen er heller ikke grunnlag for utvisning etter utlendingsloven §§ 66-68, og familiemedlemmene blir derfor ikke berørt i direkte grad. Dersom det senere blir tale om et utvisningsvedtak på et annet grunnlag, vil familiemedlemmenes søksmålsadgang vurderes på samme måte som vurdert under punkt 3.4 og 3.5.

Etter dette bør andre være avskåret fra å gå til søksmål om studie- og arbeidstillatelser, asyl og statsborgersaker, også i tilfeller der parten selv ikke går til søksmål.

3.8 Hvilke andre enn parten selv kan gå til søksmål om familiegjenforeningsaker?

Utgangspunktet for vurderingen vil som tidligere nevnt være tvisteloven § 1-3 annet ledd. Hvilke andre enn den et vedtak retter seg mot som kan gå til søksmål om avslag på familiegjenforening, må vurderes ut fra «partenes tilknytning» til søksmålsobjektet. Ordlyden gir ingen nærmere veiledning om hvilket krav som stilles til tilknytningen.

Av odelstingsproposisjonen til tvisteloven fremkommer det at de som blir «klart berørt» av vedtaket, vil ha tilstrekkelig tilknytning.¹⁴⁵ Hva som ligger i «klart berørt», kommenteres ikke nærmere, men uttalelsen taler for en noe høy terskel. I juridisk teori er det fremholdt at saksøker vil ha tilstrekkelig tilknytning dersom vedkommende er berørt i en slik grad at det er naturlig å opptre som saksøker. Sentralt i denne vurderingen er hvilken rettslig og faktisk virkning søksmålet har for vedkommende, og vedkommendes nærhet til myndighetsutøvelsen.¹⁴⁶

Videre er det fremholdt at saksøkeren må ha en beskyttelsesverdig interesse i utfallet av saken. For oppholdstillatelser er det lagt til grunn at saksøkeren må bli «tilstrekkelig sterkt

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 366.

¹⁴⁶ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utg., Bind I, Oslo 2013 s. 35.

berørt» for å kunne gå til gyldighetssøksmål om vedtaket.¹⁴⁷ En hvilken som helst interesse i utfallet av søksmålet er dermed ikke nok.

Som tidligere nevnt, er det lite rettspraksis om tilknytningskravet i familiegjenforeningssaker. Tvisteloven § 1-3 utelukker ikke at andre enn søkeren kan gå til sak mot avslag på familiegjenforening. Underrettspraksis og juridisk litteratur har også tatt høyde for at andre familiemedlemmer kan gå til sak mot avslaget. Spørsmålet videre er derfor hvilke familiemedlemmer som kan gå til søksmål mot avslag på familiegjenforening.

Graver mener familiemedlemmer burde gis partsrettigheter allerede i forvaltningssaken uavhengig av om søkeren selv går til sak eller ikke, da det ikke er av betydning for familiemedlemmenes rettigheter hvordan de øvrige familiemedlemmer velger å benytte sin søksmålsadgang. Hvilke familiemedlemmer han mener burde ha partsrettigheter, presiseres ikke.¹⁴⁸

Juridisk litteratur har ikke selvstendig vekt som rettskilde, men har betydning etter det kvaliteten på argumentasjonen tilsier.¹⁴⁹ Uttalelsene til Graver er godt begrunnet. Dette taler for at i alle fall de nærmeste familiemedlemmer burde ha søksmålsadgang, både i de tilfeller søkeren selv går til sak og i tilfeller hvor søkeren ikke selv går til sak. Som redegjort for under punkt 3.6.1, kan tvisteloven § 20-11 første ledd medføre at en søker ikke angriper vedtaket. På bakgrunn av dette og uttalelsene til Graver er det ikke grunn til å skille mellom de tilfeller søkeren går til søksmål om vedtaket, og tilfeller søkeren ikke går til sak.

Familiegjenforening beror på at søkeren har en referanseperson i Norge. Referanseperson er i hovedsak søkerens ektefelle, forlovede, foreldre, barn eller samboer.¹⁵⁰ Utlendingsloven § 49 første ledd har en unntaksbestemmelse hvor det fremkommer at andre familiemedlemmer kan innvilges familiegjenforening dersom «sterke menneskelige hensyn» tilsier det. Som redegjort for under punkt 3.6.1, kan referansepersonens forhold ha stor betydning for søknaden om oppholdstillatelse gjennom familiegjenforening. Referansepersonen står derfor nær myndighetsutøvelsen, ettersom forhold ved referansepersonen har betydning for om søknaden innvilges eller ikke. Referansepersonen vil ofte være den som står søkeren nærmest, ettersom

¹⁴⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utg., Oslo 2017 s. 457-458.

¹⁴⁸ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 2015 s. 382.

¹⁴⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 215-216.

¹⁵⁰ Utlendingsloven kapittel 6.

det er deres forhold som danner grunnlaget for oppholdstillatelsen. Det er også forholdet til referansepersonen som fortsatt må være til stede ved søknad om fornyelse av oppholdstillatelsen etter utlendingsloven § 61. Gode grunner taler derfor for at referansepersonen må anses å ha tilstrekkelig sakstilknytning i søksmål om familiegjenforening.

For familiemedlemmer som ikke er referanseperson, er grensen vanskeligere å trekke. Familiemedlemmer som ikke er referanseperson, står ikke nødvendigvis så nær myndighetsutøvelsen at de uten videre bør ha søksmålsadgang

Likevel er virkningen for barn, ektefeller, samboere og forlovede at familielivet ikke kan fortsette dersom søkeren får avslag på søknaden om familiegjenforening. Dette taler for at den nærmeste familie bør ha tilstrekkelig sakstilknytning. For avgjørelser som har betydning for barn, vil barnets beste også alltid være et grunnleggende hensyn etter Grunnloven § 104 annet ledd. Barn vil derfor stå nærmere myndighetsutøvelsen enn søkerens ektefelle, ettersom barnas stilling alltid må hensyntas.

Som tidligere redegjort for, har barn blitt ansett for å ha tilstrekkelig sakstilknytning i utvisningssaker, særlig i de tilfeller den utviste har omsorgsansvar for barnet. Tilsvarende hensyn taler for at barn som er avhengig av den vedtaket retter seg mot, også burde ha søksmålskompetanse i familiegjenforeningsaker.

I utvisningsvedtak er det tale om å bryte opp et eksisterende omsorgsforhold, mens det i familiegjenforeningsaker er tale om å reetablere familielivet. Som redegjort for tidligere, er begge deler omfattet av EMK artikkel 8. Barn burde derfor ikke stå i en annen stilling i familiegjenforeningsaker enn i utvisningssaker. Det har også for barn stor betydning om deres foreldre får oppholdstillatelse, da et avslag i all hovedsak vil bety at barnet enten må flytte med forelderen som ikke får oppholdstillatelse, eller i stor grad miste familielivet med denne forelderen. Tilsvarende må foreldre anses å ha tilstrekkelig søksmålskompetanse i søksmål om avslag på familiegjenforening for deres barn.

Søkerens ektefelle vil også være omfattet av retten til familieliv etter EMK artikkel 8 nr. 1 og Grunnloven § 102 og blir derfor sterkt berørt av vedtaket. Hvor ektefellen ikke er referanseperson, vil dette ofte bero på at referansepersonen er søkerens barn. For disse tilfeller burde ektefellen anses å ha tilstrekkelig aktiv sakstilknytning, da avslaget også vil berøre

forholdet til barna. Samme må gjelde for oppholdstillatelse på bakgrunn av samboerskap eller forlovelse.

De persongruppene som nevnt overfor, vil være søkerens nærmeste familie. Slike familiemedlemmer er også de som i hovedsak kan være referanseperson etter utlendingsloven kapittel 6. Etter den vurderingen som fremkommer innledningsvis i punkt 3.8, må familiemedlemmene være tilstrekkelig sterkt berørt for å ha søksmålskompetanse. Som følge av at familiemedlemmene må bli tilstrekkelig sterkt berørt, taler dette for at fjernere familiemedlemmer enn de som nevnt ovenfor, i utgangspunktet ikke anses å ha tilstrekkelig aktiv sakstilknytning.

Etter dette burde familiemedlemmer som enten er referanseperson, eller kan være referanseperson etter utlendingsloven kapittel 6, anses å ha tilstrekkelig aktiv sakstilknytning.

4 Konklusjon

Rettskildebildet er uklart med hensyn til hvilke krav som stilles til aktiv sakstilknytning i utlendingsretten. For utvisningsvedtak hvor parten selv saksøker, er søksmålsadgangen i hovedsak begrenset til parten. Det er visse unntak for personer som blir særlig sterkt berørt av vedtaket. For utvisningsvedtak hvor den utviste ikke selv går til søksmål, må søkerens nære familiemedlemmer ha adgang til å saksøke, med mindre den utviste positivt har tilkjennegitt at han aksepterer utvisningsvedtaket.

For øvrige vedtakstyper i utlendingsretten, må saker om statsborgerskap, studie- og arbeidstillatelser og asyl anses å være av så sterk personlig art at kun parten kan angripe vedtaket. Dette gjelder både i tilfeller parten går til sak og tilfeller hvor parten ikke går til sak.

I familiegjenforeningssaker må referansepersonen, og de som kan være referansepersoner etter utlendingsloven kapittel 6, anses for å ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålet.

Kildeliste

Lover

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Tvistemålsloven (opphevet)	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Valgloven	Lov 28. juni 2002 nr. 57 om valg til Stortinget, fylkesting og kommunestyre
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Statsborgerloven	Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Utlendingsloven	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Forskrifter

Utlendingsforskriften	Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
-----------------------	---

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950
--	---

Lovforarbeider

NOU 2001: 32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning

NOU 2001: 32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister

Ot.prp. nr. 109 (2004-2005) Om lov om endringer i utlendingsloven (beskyttelse mot tvangsekteskap og mishandling i ekteskap og vern av utenlandske arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår mv.)

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

Prop. 146 L (2016-2017) Endringer i statsborgerloven mv. (tap av statsborgerskap ved straffbare forhold eller av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser)

Innst. O. nr. 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt-1969-1032

Rt-1989-338

Rt-1992-1056

Rt-1995-139

Rt-2001-1006 (KRL-fagdommen)

Rt-2005-534

Rt-2005-999

Rt-2008-513

Rt-2009-477

Rt-2011-1666

Rt-2012-2039 (Lengeværende barn II)

Rt-2015-93 (Maria-dommen)

HR-2016-935-U

HR-2017-1130-A

HR-2018-1463-U

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol

Dom 21. februar 1975 *Golder mot Storbritannia*

Dom 28. mai 1985 *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia*

Dom 27. april 1988 *Boyle og Rice mot Storbritannia*

Dom 30. oktober 1991 *Vilvarajah m.fl. mot Storbritannia*

Dom 27. oktober 1994 *Kroon m.fl. mot Nederland*

Dom 15. november 1996 *Chahal mot Storbritannia*

Storkammerdom 5. oktober 2000 *Maaouia mot Frankrike*

Dom 21. juli 2001 *Ferrazzini mot Italia*

Dom 28. januar 2003 *Peck mot Storbritannia*

Dom 30. november 2004 *Öneryildiz mot Tyrkia*

Dom 29. juni 2006 *Panteleyenko mot Ukraina*

Praksis fra lagmannsretten

LE-1991-2651

Praksis fra tingretten

Oslo byrett sak nr. 91-513/A-73

TOSLO-2013-483

Juridisk litteratur

Aasland, Gunnar, «Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett» i *Lov sannhet rett. Norges Høyesterett 200 år*, Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.) (Oslo 2015) s. 446-477

Backer, Inger Lorange, *Norsk sivilprosess* (Oslo 2015)

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg. (Oslo 2015)

Harris, David m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, fourth edition, (Oxford 2018)

Haug, Bjørn, «Domsmyndighet og søksmålskompetanse» i *Lov og Rett*, Anders Bratholm (red.) (Oslo 1964) s. 1-14

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 2. utgave (Bergen 2013)

Schei, Tore m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, 2. utg. Bind I (Oslo 2013)

Skoghøy, Jens Edvin A., «Kravene til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjonen etter tvisteloven – noen grunnleggende spørsmål», *Lov og Rett*, Oslo 2006 s. 407-428

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse* (Oslo 2018)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave (Oslo 2017)

Vangsnes, Jørgen Aandal, «Tilknytning som vilkår for sivilt søksmål», *Jussens Venner*, 2018 s. 306-328

Andre kilder

«Hovedinstruks til Utlendingsnemnda (UNE)» fastsatt av Justis- og beredskapsdepartementet med virkning fra 19. desember 2019, tilgjengelig på une.no

