

**BRUKEN AV SIVILOMBUDSMANNENS OG
LOVAVDELINGENS UTTALELSER I RETTSLIG
ARGUMENTASJON**

Kandidatnr: 252

Veileder: Ørnulf Røhnebæk

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 17 741 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	RETTSKILDELÆREN	2
1.3	GENERELT OM DE TO INSTITUSJONENES OG DERES UTTALELSER	3
1.3.1	SIVILOMBUDSMANNEN	3
1.3.2	LOVAVDELINGEN	5
1.4	METODE OG VIDERE FREMSTILLING	5
<u>2</u>	<u>DOMSTOLENES BRUK AV SIVILOMBUDSMANNENS OG LOVAVDELINGENS UTTALELSER</u>	<u>7</u>
2.1	INNLEDNING	7
2.2	SIVILOMBUDSMANNEN	8
2.2.1	HØYESTERETTS PRAKSIS	8
2.2.2	UNDERRETTEENES PRAKSIS	10
2.3	LOVAVDELINGEN	15
2.3.1	HØYESTERETTS PRAKSIS	15
2.3.2	UNDERRETTEENES PRAKSIS	19
2.4	SAMMENFATNING	22
2.4.1	INNLEDNING	22
2.4.2	RELEVANS	22
2.4.3	VEKT	24
<u>3</u>	<u>FORVALTNINGENS BRUK AV SIVILOMBUDSMANNENS OG LOVAVDELINGENS UTTALELSER</u>	<u>25</u>
3.1	INNLEDNING	25
3.2	UTTALELSENE FORPLIKTENDE OG RÅDGIVENDE FUNKSJON	26
3.3	UTTALELSENE RETTSKILDEFUNKSJON	27
3.4	EKSEMPEL PÅ ET FORVALTNINGSORGANS BRUK AV UTTALELSENE – SAMTALE MED KVALITETSSLEDEREN I PLAN- OG BYGNINGSETATEN.	27
3.4.1	INNLEDNING	27

3.4.2	ETATENS FORHOLD TIL SIVILOMBUDSMANNENS UTTALELSER	28
3.4.3	ETATENS FORHOLD TIL LOVAVDELINGENS UTTALELSER	32
3.5	TO EKSEMPLER PÅ FAKTISK BRUK AV SIVILOMBUDSMANNENS UTTALELSER	33
3.6	TO EKSEMPLER PÅ FAKTISK BRUK AV LOVAVDELINGENS UTTALELSER	35
3.7	SAMMENFATNING	37
4	<u>JURIDISKE FORFATTERES BRUK AV SIVILOMBUDSMANNENS OG LOVAVDELINGENS UTTALELSER</u>	38
4.1	INNLEDNING	38
4.2	GEIR WOXHOLTH: FORVALTNINGSLOVEN MED KOMMENTARER	38
4.3	JAN FRIDTHJOF BERNT OG ØRNULF RASMUSSEN: FRIHAGENS FORVALTNINGSRETT	40
4.4	TORSTEIN ECKHOFF OG EIVIND SMITH: FORVALTNINGSRETT	42
4.5	HANS PETTER GRAVER: ALMINNELIG FORVALTNINGSRETT	44
4.6	INGE LORANGE BACKER: INNFØRING I NATURRESSURS- OG MILJØRETT	45
4.7	SAMMENFATNING	47
5	<u>HVILKEN RELEVANS OG VEKT BØR UTTALELSENE HA?</u>	48
5.1	INNLEDNING	48
5.2	ULIKE MOMENTER	48
5.3	KONKLUSJON	53
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	53
7	<u>LITTERATUR OG KILDER</u>	55

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er hvordan uttalelsene til Sivilombudsmannen og Justisdepartementets lovavdeling brukes i rettslig argumentasjon. Det skal gjøres nærmere rede for uttalelsenes rettskildemessige betydning og for ulike rettsanvenderes faktiske bruk av uttalelsene

Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser står i en litt spesiell stilling i rettskildelæren. Uttalelsene gir uttrykk for hvordan Lovavdelingen og Sivilombudsmannen mener at en bestemt lovregel eller rettstilstand er å forstå. De kan derfor kanskje kalles rettsoppfatninger. Rettsoppfatningers betydning i rettskildelæren har vært omdiskutert. Diskusjonen har hovedsakelig vært om disse i det hele tatt skal betraktes som en rettskilde. Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser skiller seg imidlertid fra andre rettsoppfatninger fordi de avgitt av to institusjoner med særlig juridisk kyndighet. Sivilombudsmannen har også en formell posisjon. Det er derfor interessant å se hvordan ulike rettsanvendere forholder seg til disse uttalelsene, med andre ord hvilken relevans og vekt de kan sies å ha. I tillegg skal jeg også forsøke å si litt om hvilken relevans og vekt Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser bør ha, fordi det ikke er sikkert at de ulike rettsanvenderes faktiske bruk av uttalelsene samsvarer med den bruk uttalelsene bør eventuelt ikke bør ha.

Da det vil favne for vidt for denne oppgaven å drøfte enhver bruk av uttalelsene, skal jeg holde meg til noen utvalgte rettsanvendere. På grunn av domstolenes rolle i samfunnet og deres særlige formelle kompetanse til å avgjøre rettsspørsmål, vil disse stå sentralt i oppgaven. I tillegg skal jeg forsøke å si litt om forvaltningens bruk av uttalelsene. Med forvaltningen sikter jeg til de egentlige forvaltningsorganer som regjeringen, departementene, direktorater og kommuner. Jeg kommer imidlertid ikke til å foreta noe skille mellom disse og fellsbetegnelsen forvaltningsorganer vil derfor bli benyttet. Det treffes daglig et stort antall avgjørelser i forvaltningen og de fleste av disse sakene vil aldri nå domstolene. Det er derfor interessant å også se på forvaltningens

rettskildebruk. Da særlig hvilken betydning den legger i Sivilombudmannens og Lovavdelingens uttalelser. I tillegg skal jeg se litt på hvordan ulike juridiske forfattere forholder seg til uttalelsene. Det er grunn til å tro at måten juridiske forfattere forholder seg til rettskildene på kan influere andres rettskildebruk, da særlig jusstudentenes. Dersom uttalelsene blir brukt som rettskilder av de ulike forfatterne, kan kanskje andre også begynne å oppfatte uttalelsene på denne måten.

1.2 Rettskildelæren

Rettskildelæren, eller den juridiske metodelære, dreier seg hovedsakelig om den metode rettsanvendere bruker eller er tillatt å bruke for å finne ut hva som er gjeldende rett. Den beskriver hvilke rettskilder som er relevante og hvilken vekt de har eller eventuelt bør ha. Det forutsettes i det videre at leseren kjenner til den alminnelige rettskildelære, de ulike rettskildefaktorene og deres plass i hierarkiet kommer derfor ikke til å bli gjennomgått i detalj.¹

At en rettskildefaktor er relevant vil si at den kan eller skal tas i betraktning. Synet på hvilke faktorer som er relevante har endret seg noe med tiden. Tradisjonelt var det bare lov og sedvane som var tillatte å ta i betraktning. I den nyere rettskildelære er det imidlertid åpnet for at flere faktorer kan tas hensyn til.² Det er fortsatt noe uenighet rundt temaet, men det kan synes som det meste av uenigheten skyldes mer forskjellig språkbruk enn uenighet om realiteten. At en rettskilde må tas i betraktning vil si at det vil være galt å overse den. Loven er et eksempel på en slik rettskilde.

Hvilken vekt en rettskilde har er et annet spørsmål og kan ofte være vanskeligere å avgjøre. Med vekt mener jeg hvilken tyngde som skal gis til en rettskildefaktor, eventuelt hvor utslagsgivende for resultatet den skal være. Problemet kommer gjerne på

¹ For en mer fullstendig fremstilling av rettskildelæren, se for eksempel Boe 1996, Eckhoff 2000 eller Fleischer 1998.

² I dag ser listen over de ulike rettskildene normalt slik ut: 1. Lovtekster. 2. Lovforarbeider, annet bakgrunnsstoff og etterfølgende lovgiveruttalelser. 3. Rettspraksis. 4. Andre myndigheters praksis. 5. Privates praksis. 6. Rettsoppfatninger. 7. Reelle hensyn. Denne listen er hentet fra Eckhoff 2000 s. 23. Visse variasjoner forekommer imidlertid mellom de ulike forfatterne. Fleischer mener for eksempel at rettsoppfatninger ikke er en rettskilde, se Fleischer 1998 s. 72. Noen vil også liste opp EØS-/ EF-rett som et eget punkt, se for eksempel Boe 1996 s. 158.

spissen når de ulike rettskildene fører til forskjellige resultat. Hvilken vekt de ulike rettskildene har kan variere med situasjonen. Hvem rettsanvenderen er, kan for eksempel ha betydning for en rettskildefaktors vekt. Et eksempel på det er underrettsdommer. Høyesterett er ikke bundet av disse, men andre rettsanvendere må i utgangspunktet følge dem. Andre forhold som kan ha betydning for en rettskildes vekt er hvilket rettsområde man befinner seg på og hvilke andre rettskildefaktorer som er relevante for det spørsmålet som skal løses.

Tradisjonelt har rettskildelæren tatt utgangspunkt i domstolenes rettsanvendelse. Begrunnelsen for det er at domstolene, og da særlig Høyesterett, har det siste og avgjørende ord i de fleste rettsspørsmål. Det har imidlertid blitt reist kritikk mot dette domstolbaserte rettskildesynet, den såkalte polysentridebatten.³ Kritikken som har blitt reist går i korthet ut på at ikke alle rettsanvendere nødvendigvis går eller bør gå frem på samme måte når de tar stilling til rettsspørsmål. Dette kan føre til at ulike rettsanvendere kan komme frem til ulikt resultat på samme problemstilling. Debatten viser at det ikke nødvendigvis betyr at en av rettsanvenderne har gått frem på gal måte, men at ulike rettsanvendere er bundet av forskjellige normer for hvilke momenter de kan eller må ta i betraktning. Domstolene står for eksempel antageligvis friere i forhold til flere av rettskildene enn det andre rettsanvendere gjør.

Selv om man er enig i kritikken som har vært reist mot den domstolbaserte rettskildelæren kommer man imidlertid ikke utenom at domstolenes syn på eller bruk av de ulike rettskildene fortsatt vil være retningsgivende for de fleste rettsanvendere.

1.3 Generelt om de to institusjonenes og deres uttalelser

1.3.1 Sivilombudsmannen

Sivilombudsmannsordningen har sin forankring i Grunnlovens § 75 bokstav 1, hvor det fremgår at det tilkommer Stortinget ”at utnævne en Person, der ikke er Medlem af Storthinget, til, paa en Maade som er nærmere bestemt i Lov, at have Indseende med den offentlige Forvaltning og alle som virker i dens Tjeneste, for at søge at sikre at der

³ For mer om polysentridebatten se *Retlig Polycentri*, København 1993.

ikke øves Uret mod den enkelte Borger”. Formålet med Sivilombudsmannsordningen er også gjentatt i sivilombudsmannsloven § 3.⁴ Ved valg av ombudsmann blir det særlig lagt vekt på at vedkommende må ha meget gode juridiske kunnskaper, ha høy integritet, og for å sikre hans nøytralitet, bør han ikke være politisk aktiv. Til nå har to av fire ombudsmenn vært tidligere høyesterettsdommere og de har blitt valgt ved enstemmighet.

Sivilombudsmannen kan ta saker opp til behandling på eget initiativ eller etter klage fra borgerne, jfr ombml § 5. På grunn av stor saksmengde er det imidlertid begrenset hvor mange saker Sivilombudsmannen kan ta opp på eget initiativ, så de fleste sakene har sitt grunnlag i klager fra publikum. Sivilombudsmannens kontor har ca 40 medarbeidere som er inndelt i fire fagavdelinger. Sivilombudsmannens medarbeidere kan ikke avgjøre saker på egenhånd. Det følger av instruksens § 10 at Sivilombudsmannen må ta personlig standpunkt i alle sakene.⁵ Bare i saker som ”klart må avvises eller som klart ikke gir tilstrekkelig grunn til nærmere behandling”, kan bestemte medarbeidere få fullmakt til å avslutte.

Ifølge ombml § 10 har Sivilombudsmannen ”rett til å uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde”. Det følger forutsetningsvis av denne bestemmelsen at ombudsmannens avgjørelser ikke er rettslig bindende, de er hovedsakelig ment å være anbefalinger. Det er imidlertid forutsatt av Stortinget at disse anbefalingene skal følges. Til forskjell fra domstolene og andre myndigheter har Sivilombudsmannen ingen sanksjonsmidler til rådighet. Hele ombudsmannsordningen står og faller på Sivilombudsmannens autoritet. Så langt har dette fungert bra i praksis. Med bare noen få unntak har forvaltningen i de fleste saker underkastet seg Sivilombudsmannens anbefalinger.

⁴ Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen. Heretter vil jeg benytte forkortelsen ombml.

⁵ Jfr Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen 19. februar 1980.

1.3.2 Lovavdelingen

Justisdepartementets lovavdeling har hovedsakelig tre funksjoner. For det første forbereder de ny lovgivning innenfor Justisdepartementets fagområde.⁶ For det andre bistår de andre departementer i deres lovgivningsarbeide. For det tredje gir de uttalelser om rettsspørsmål. Det kan dreie seg om å gi synspunkter på konkrete rettslige problem eller gi uttalelser om tolkingen av en lov eller forskrift.

I utgangspunktet gis slike uttalelser bare etter anmodning fra departementene. Men det hender også at Lovavdelingen gir uttalelser om lovgivning som hører under Justisdepartementet til andre statsorganer, kommuner, organisasjoner og private. Spørsmål om lovgivning som hører inn under andre departementer henvises som regel til vedkommende departement. På grunn av stor arbeidsmengde prioriteres saker som anses særlig tvilsomme eller som er av prinsipiell karakter.⁷

I Lovavdelingen er det ekspedisjonssjefen som er ansvarlig for uttalelsene. De enkelte ansatte uttaler seg på hans vegne, og ved intern uenighet er det ekspedisjonssjefen som avgjør hva som skal være avdelingens syn. I utgangspunktet er Lovavdelingen underlagt departementsledelsens instruksjonsmyndighet, men det foreligger en lang tradisjon for at Lovavdelingen ikke kan instrueres når det gjelder dens uttalelser om gjeldende rett.⁸

1.4 Metode og videre fremstilling

Denne oppgavens tema ligger innfor faget metodelære eller rettskildelære. Dette faget er ikke forankret i rettsregler på samme måte som andre juridiske fag. Hvordan man skal gå frem for å løse rettsspørsmål er i liten grad lovfestet.

⁶ Justisdepartementets fagområder er hovedsakelig forvaltningsrett, alminnelig privatrettslovgivning, strafferett og prosess.

⁷ Jfr Justis- og politidepartementets rundskriv, G-16 av 28. juni 2001, "Lovavdelingens bistand til andre departementer".

⁸ Jfr Eckhoff 1986 s. 89-90.

Det finnes bare noen få spor av rettskildeprinsipper i lovverket, for eksempel legalitetsprinsippet og prinsippet om Stortingets lovgivervilje som utgangspunkt for rettsbruken.⁹ Disse lovbestemte rettskildeprinsippene gir imidlertid ikke svar på hvilken relevans eller vekt Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser skal ha. Som nevnt under punkt 1.2. har den juridiske metode utviklet seg over tid, med Høyesterett i spissen. Høyesteretts rettskildebruk vil derfor være et sentralt element i en oppgave om den juridiske metode.

Hoveddelen av oppgaven består av domsanalyser. Formålet med analysene er å illustrere hvordan domstolene bruker uttalelsene fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen. Analysene er bare ment som eksempler. Skulle man kunne trekke noen sikre slutninger om domstolenes bruk, måtte man tatt for seg et mye større antall dommer, herunder dommer der det foreligger uttalelser fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen, som likevel ikke er nevnt. Det ville imidlertid føre for langt i denne oppgaven.

Å kartlegge forvaltningens bruk vil innebære enda mer omfattende undersøkelser. Jeg har derfor valgt å intervju en person som jobber i Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune, slik at hun kunne gi meg et innblikk i hvordan et forvaltningsorgan forholder seg til uttalelsene. Intervjuer er imidlertid ikke en del av den juridiske metode, og man kan ikke trekke noen sikre slutninger om forvaltningens bruk av uttalelsene på bakgrunn av et slikt intervju. Det er derfor bare ment som en illustrasjon. For å belyse nærmere hvordan forvaltningen faktisk har brukt uttalelsene, har jeg i tillegg med to eksempler på bruken av Sivilombudsmannens uttalelser og to eksempler på bruken av Lovavdelingens uttalelser. Disse eksemplene er også bare ment som en illustrasjon.

For å finne svar på hvordan juridiske forfattere forholder seg til uttalelsene har jeg foretatt noen stikkprøver. Jeg har tatt for meg noen få juridiske verk, for å se om og

⁹ Kjernen i legalitetsprinsippet kommer for eksempel til uttrykk i Grunnloven § 96, som bestemmer at ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom. At Stortingets lovgivervilje skal være utgangspunktet ved rettskildebruken kommer til uttrykk gjennom Grunnloven §§ 49 og 75 bokstav a. Grunnloven § 49 bestemmer at folket skal utøve den lovgivende makt ved Stortinget. Og grunnloven § 75 bokstav a bestemmer at det tilkommer Stortinget å gi og oppheve lover.

eventuelt hvordan forfatteren bruker uttalelsene. Ulike juridiske verk har også vært benyttet som kilder ellers i oppgaven.

2 Domstolenes bruk av Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser

2.1 Innledning

Det ikke ofte domstolene eksplisitt uttaler hvilken relevans eller vekt de tillegger en rettskilde. Som oftest henter de bare argumenter fra ulike rettskilder uten å uttale hvorfor de henter argumenter akkurat fra den kilden. Som regel er det heller ikke nødvendig for domstolen å si noe om dette. Det er fordi domstolenes primære oppgave er å løse den tvisten de har foran seg, ikke å danne rettskildeprinsipper. Likevel er det gjennom Høyesteretts rettsanvendelse de ulike rettskildeprinsippene i stor grad har tatt form.

Høyesterett har imidlertid ikke en eksplisitt avgjørelsesmyndighet med hensyn til hvilke rettskildeprinsipper som gjelder og hvilke rettskildefaktorer det er tillatt å ta i betraktning. Grunnen til at Høyesteretts metode er retningsgivende for andre rettsanvendere er dens autoritet og ekspertise innen rettsanvendelse. Formelt sett står ikke Høyesterett helt fritt i sin rettskildebruk. Selv om Høyesterett i praksis i noen tilfeller stiller seg friere til rettskildene enn andre rettsanvendere er tillatt å gjøre, er den likevel bundet av visse prinsipper. Høyesterett er for eksempel bundet av etablerte rettssikkerhetsgarantier i norsk rett, som for eksempel legalitetsprinsippet. Høyesterett kan ikke ignorere klare rettskilder, men de kan kanskje tolke dem noe friere for å komme frem til gode og rimelige resultater.

Selv om det kan være vanskelig å si noe sikkert om domstolenes vektlegging av de ulike rettskildene, skal jeg likevel, ved å analysere noen utvalgt dommer, forsøke å trekke noen slutninger om domstolenes holdning til Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser. Dommene er hovedsakelig valgt ut på grunn av sin egnethet til å belyse

temaet i oppgaven, men der hvor jeg har hatt flere å velge mellom har jeg stort sett tatt de nyeste.¹⁰

2.2 Sivilombudsmannen

2.2.1 Høyesteretts praksis

I Rt 2002 s. 683 (Vassøy Canning) var det tvist om gyldigheten av et midlertidig bygge- og deleforbud etter plan- og bygningsloven § 33.¹¹ Det sentrale spørsmålet i dommen var om en gitt byggetillatelse gir vern mot et senere midlertidig bygge- og deleforbud, eller om tiltaket må være påbegynt for å ha vern.

Førstvoterende, dommer Zimmer, starter med å se på ordlyden i plbl § 33. Han konstaterer at uttrykket ”settes i gang” isolert sett ikke er til hinder for å nedlegge et forbud hvor byggetillatelse er gitt. Han viser i denne sammenheng også til en dom inntatt i Rt 1968 s. 62 som ser ut til å bygge på den forutsetning at en gitt byggetillatelse ikke er vernet mot ny regulering.

Førstvoterende går deretter over til å se på Sivilombudsmannens årsmelding for 1989 hvor spørsmålet er behandlet. Sivilombudsmannens oppfatning er i denne er at en rettskraftig byggetillatelse gir vern overfor både ny regulering og byggeforbud. Det fremgår også av årsmeldingen at både Justisdepartementets lovavdeling og Miljøverndepartementet mener at Sivilombudsmannens synspunkt bør følges av forvaltningen. Førstvoterende legger så videre til grunn at denne rettsoppfatningen er lagt til grunn av forvaltningen i praksis, og at det er et tungtveiende argument. Han viser også til at de retts tekniske hensyn som Sivilombudsmannen omtaler i årsmeldingen taler for at en gitt byggetillatelse bør gi vern mot senere reguleringer. Førstvoterende sier så at dommen fra 1968 taler mot Sivilombudsmannens standpunkt, men at den er kommet i en annen stilling siden kravene til dokumentasjon før byggetillatelse gis er betydelig skjerpet siden 1968. Til slutt konkluderer han med at det er tilstrekkelig at byggetillatelse er gitt for å få vern etter plbl § 33.

¹⁰ Fliflet har i artikkelen *Stortingets ombudsmann, forvaltningsretten og rettskildelæren*, behandlet flere dommer som viser til Sivilombudsmannens uttalelser. Siden disse allerede er behandlet i teorien, har jeg valgt å ikke gå nærmere inn på disse.

¹¹ Plan- og bygningslov 14. juni 1985 nr. 77. Heretter vil forkortelsen plbl bli benyttet.

Hva kan så utledes av denne dommen angående Høyesteretts syn på og bruk av Sivilombudsmannes uttalelser? Det kan for det første spørres om i hvilken grad Høyesterett anser Sivilombudsmannens uttalelse for å være en relevant rettskilde. Førstvoterende går først til uttalelsen fra Sivilombudsmannen etter at han har drøftet lovens ordlyd og rettspraksis. At dommeren først ser på hva lovens ordlyd og rettspraksis sier, er helt i tråd med rettskildeprinsippene. At Høyesterett har interesse av hva Sivilombudsmannen sier om saken viser etter min mening at domstolen i hvert fall i denne sammenheng anser hans uttalelse som relevant.

Det neste spørsmålet blir hvilken vekt Høyesterett legger på Sivilombudsmannens uttalelse. Førstvoterende uttaler på s. 693: ”Jeg legger etter dette avgjørende vekt på den praksis som har dannet seg på grunnlag av Sivilombudsmannens uttalelse og at Sivilombudsmannens standpunkt gir den reelt sett beste løsning”. Det kan spørres om det er Sivilombudsmannens uttalelse i seg selv Høyesterett legger ”avgjørende vekt” på eller om det er forvaltningens praksis. Ser man på sitatet isolert er det tydelig at det er forvaltningens praksis Høyesterett legger ”avgjørende vekt” på. Indirekte kan man kanskje likevel si at det er Sivilombudsmannens uttalelse, siden det er denne som har dannet grunnlaget for forvaltningens praksis. Førstvoterende legger også vekt på de retts tekniske hensyn som Sivilombudsmannen fremhever og som støtter hans standpunkt.

En grunn til at Sivilombudsmannens uttalelse ble viet så mye oppmerksomhet i denne dommen kan være at det ikke var så mange rettskilder å hente argumenter fra. Det eneste som forelå ved siden av Sivilombudsmannens uttalelse var en lovtekst som egentlig ikke ga noe klart svar på hvordan spørsmålet burde løses, en eldre dom som ikke passet så godt på dagens situasjon, forvaltningspraksis og reelle hensyn. Både forvaltningspraksisen og de reelle hensyn talte for å tolke loven slik Sivilombudsmannens uttalelse ga henvisning på. Om man ikke akkurat kan si det var direkte rettskildenød var det i hvert fall ganske begrenset med andre steder å hente argumenter.

En annen grunn til at Sivilombudsmannens uttalelse ble lagt vekt på kan være at den var ganske godt gjennomarbeidet. Uttalelsen var for eksempel lagt frem for både

Miljøverndepartementet og Justisdepartementets lovavdeling før den ble avgitt. Miljøverndepartementet hadde hele tiden ment at en gitt byggetillatelse burde gi vern for senere reguleringer, mens Lovavdelingen endret syn etter at de ble forelagt uttalelsen. Videre kan det være et moment at uttalelsen gikk i borgerens favør, det er en faktor som kanskje gjør det mindre betenkelig å legge vekt på uttalelsen. Det kan imidlertid spørres om andre borgeres rettsstilling, naboenes for eksempel, ble svekket. Verken dommen eller uttalelsen fra Sivilombudsmannen berører eventuelle tredjeparters interesser. Antagelig blir imidlertid ikke andres interesser svekket ved at en gitt byggetillatelse gir vern mot senere reguleringer. Eventuelle tredjeparter har hatt mulighet til å klage på tiltaket før byggetillatelse i utgangspunktet ble gitt, og deres interesser har derfor allerede blitt ivaretatt på et tidligere stadiet i prosessen.

Dommen illustrerer at Høyesterett i hvert fall i en gitt sammenheng både anser Sivilombudsmannens uttalelser for relevante og at uttalelsene kan ha en viss vekt, særlig dersom det er knapt med andre rettskilder og den styrker borgernes rettsstilling. At dommen er forholdsvis ny og at den er avsagt enstemmig er momenter som taler for at den kan tillegges vekt, og at den derfor kan sies å representere Høyesteretts nåværende rettskildebruk.

2.2.2 Underrettenes praksis

Sivilombudsmannens uttalelser har også blitt vist til i underrettenes avgjørelser. Jeg vil i denne sammenheng særlig vise til to dommer som kan illustrere bruken av Sivilombudsmannens uttalelser. Den ene er fra Oslo tingrett og den andre er fra Oslo byrett. Underrettenes avgjørelser har ikke like stor vekt som avgjørelser fra Høyesterett. Deres rettskildebruk kan heller ikke sies å være like retningsgivende for andre rettsanvendere som Høyesterett sin. Dommene er likevel ikke uten betydning. En funksjonær i forvaltningen kan for eksempel ikke ignorere en underrettsdom selv om han er uenig i argumentasjonen eller i resultatet.

Dommen fra Oslo tingrett av 14. november 2003¹², omhandler gyldigheten av et vedtak av Overlikningsnemnda om ilagt tilleggsskatt, fordi et uriktig tall var kommet med i selskapets næringsoppgave. Et av de sentrale spørsmålene i saken var om feilen skulle

¹² UTV 2004 s. 47 URD.

anses å være ”åpenbar”, slik at unntaksbestemmelsen i ligningsloven¹³ § 10-3 bokstav a kom til anvendelse.

Ved vurderingen av hva som ligger i begrepet ”åpenbare regne- eller skrivefeil”, jfr ligningsloven § 10-3 bokstav a, starter dommeren, dommerfullmektig Arne Middelfart, med å vise til forarbeidene. Av forarbeidene fremgår det at feilen vil være åpenbar når det vil være umulig å ikke oppdage den. I denne sammenheng viser han også til en dom i Rt 1997 s. 1117, som tyder på at selv om funksjonæren finner en feil, betyr ikke det at feilen er åpenbar.

Dommeren uttaler så: ”Videre legger retten til grunn at feilen først vil være ”åpenbar” når funksjonæren etter en gjennomgang av selvangivelsen også må se hva som er galt slik at dette kan korrigeres uten henvendelse til skatteyter. Det vises her til uttalelse fra Sivilombudsmannen, inntatt i utvalget 1999 side 1555, ...”.

Dommeren uttaler at dette også følger av en naturlig tolking av både ligningsloven § 10-3 og § 10-4 første ledd. Av § 10-4 første ledd fremgår det at skatteyter kan få redusert tilleggsskatt dersom feilen kanskje ikke er åpenbar, men at feilen kan rettes ved opplysninger ligningsmyndighetene har for hånden. Dommeren nevner at også en fra det mer til det mindre vurdering støtter at et slikt krav innfortolkes.

Ved subsumsjonen finner retten at feilen i dette i tilfellet ikke kan anses å være åpenbar fordi det ikke var åpenbart hva feilen bestod i og fordi den ikke kunne avklares alene ut fra selvangivelsen med tilhørende oppgaver.

Tingretten sier ikke eksplisitt hvilken relevans og vekt de tillegger Sivilombudsmannens uttalelse. Men også i denne dommen er retten interessert i hvordan Sivilombudsmannen tolker bestemmelsen, siden den viser til hans tolkning. Det taler for at den i hvert fall finner uttalelsene relevante i visse sammenhenger.

Hvilken vekt uttalelsen tillegges er vanskeligere å si noe sikkert om. I dette tilfellet henviser ikke dommeren til noen rettskilder som går i motsatt retning.

¹³ Lov 13. juni 1980 nr. 18 om ligningsforvaltning.

Sivilombudsmannens uttalelse blir derfor ikke veid opp mot noen andre rettskilder. Uttalelsen får derimot støtte av en naturlig tolking av loven og av en fra det mer til det mindre betraktning. Selv om man ikke kan slutte at uttalelsen har noen avgjørende betydning, så kan man si at den i hvert fall er med på å styrke den konklusjonen retten kommer til, og således er et selvstendig moment.

Et annet moment er at dommeren først henviser til Sivilombudsmannen og deretter bruker de to andre kildene som støtte, i stedet for å først ta utgangspunkt i ordlyden. Det tyder på at retten anså Sivilombudsmannens uttalelse for mest sikker, i den forstand at den ikke trengte å tolkes.

Det kan ved første øyekast se ut som Sivilombudsmannens uttalelse blir brukt mot borgerne, noe som kanskje er litt betenkelig siden Sivilombudsmannens oppgave er å beskytte dem. Skattesvindel er imidlertid ganske utbredt, og selv om det ikke var snakk om noen bevisst svindel i denne saken, er reglene utformet slik at det ikke skal være lett å skylde på skrivefeil i de tilfellene hvor noen bevisst har prøvd å slippe unna å betale skatt. Skatt er en av statens viktigste inntektskilder, og er blant annet viktig for å opprettholde et godt velferdssystem, noe som igjen kommer borgerne til gode. Det ville vært mer betenkelig om det var snakk om å innskrenke borgernes rettigheter når det gjelder deres frihet og sikkerhet, enn når det gjelder penger.

I dommen fra Oslo byrett, publisert i RG 2001s. 467, var det tvist om forståelsen av kamphundloven¹⁴ § 2, jfr forskriften¹⁵ §§ 2 og 3. To hunder var beslaglagt av politiet fordi det var misstanke om at de var krysninger av den forbudte hunderasen Pit Bull Terrier. Det sentrale spørsmålet var om forskriften § 3 annet ledd var uttømmende, slik at dyrehelsetilsynet hadde lagt en for streng dokumentasjonsplikt til grunn.

Ved drøftelsen av dette spørsmålet starter byretten med å vise til lovgivers mål med dokumentasjonsplikten, som er å lette håndhevingen av kamphundloven. Dommeren, dommerfullmektig Irene Grøndal, fremhever at det er lovgivers valg å legge bevisbyrden på hundeeieren og å vektlegge retstekniske hensyn.

¹⁴ Midlertidig lov 4. juli 1991 nr. 48 om forbud mot innførsel, hold og avl av farlige hunder.

¹⁵ Midlertidig forskrift 25. oktober 1991 nr. 718 om forbud mot innførsel, hold og avl av farlige hunder.

Dommeren fortsetter med å se på lovens ordlyd og konstaterer at denne isolert sett taler for at bestemmelsen er uttømmende. I følge ordlyden kan det kreves at hundeeierne dokumenterer hundenes identitet ved stamtavle, eller registreringsbevis og identitetsmerke. Dommeren fremhever at hensynet til en effektiv håndhevelse taler for å anse dokumentasjonsplikten for uttømmende.

Videre viser byretten til at forarbeidene tar opp de tilfellene hvor det kan være vanskelig å finne stamtavler og hvor registrering ikke er mulig fordi det dreier seg om blandingshunder. Forarbeidene gir uttrykk for at det da må foretas en ”alminnelig bevisvurdering” om den fremlagte dokumentasjon skal anses tilstrekkelig. Forarbeidene ser altså ut til å åpne for at annen dokumentasjon kan fremlegges.

Deretter viser dommeren til en uttalelse fra Sivilombudsmannen som hun mener ”gir uttrykk for det samme synet”. Av uttalelsen fremgår det at Sivilombudsmannen mener at annen dokumentasjon kan være relevant, dersom den er egnet til å bevise hundens bakgrunn, opprinnelse og identitet. Dommeren viser i denne sammenheng også til en uttalelse fra Landbruksdepartementet i samme sak, som viser at Landbruksdepartementet også mener at forskriften ikke er uttømmende og at det må foretas en ”konkret skjønnsmessig vurdering”.

Til slutt konkluderer retten med at den finner det klart at bestemmelsen ikke er uttømmende. Videre blir Sivilombudsmannens uttalelse lagt til grunn ved formuleringen av neste problemstilling, som er ”hvilke bevismidler som kan vektlegges i den konkrete vurdering som skal foretas og om de fremlagte bevis i tilstrekkelig grad er egnet til å bevise hundens bakgrunn, opprinnelse og identitet”.

Når retten skal avgjøre hvilke bevis som kan godtas, nevner den først at de bevismidler som er nevnt i forskriften er av objektiv karakter. At loven bruker uttrykket ”dokumentasjon” taler også for at bevisene skal være objektive. Retten nevner også at lovens formål tilsier at det kan stilles ”strengt krav” til bevisene. På bakgrunn av uttalelsen fra Sivilombudsmannen, finner retten videre at det må innfortolkes et krav om at bevismiddelet må være ”egnet til å bevise denne hundens bakgrunn, opprinnelse og

identitet”. Retten utelukker imidlertid ikke at subjektive bevis kan brukes som et supplement til de øvrige bevis.

I denne dommen blir det henvist til Sivilombudsmannens uttalelse flere ganger og uttalelsen blir også, ved en anledning, brukt til å definere hva problemstillingen videre blir. Også her må man kunne legge til grunn at retten mener at Sivilombudsmannens uttalelser er en relevant rettskilde.

Retten konkluderer i samsvar med Sivilombudsmannens standpunkt til tross for at bestemmelsens ordlyd, retstekniske hensyn, lovens formål og lovgiverviljen ser ut til å gå i motsatt retning. Det er et moment som taler for at uttalelsen kan ha hatt mer enn en viss vekt. Sivilombudsmannens uttalelse var imidlertid ikke den eneste faktoren som talte for at bestemmelsen ikke var uttømmende, både forarbeidene og Landbruksdepartementets uttalelse gikk i samme retning. Skal man likevel holde seg til hva rettskildeprinsippene vanligvis sier om vekten til de ulike rettskildene, ser det ut som utfallet egentlig skulle vært motsatt av hva det ble. Grunnen til at retten konkluderer slik den gjør trenger imidlertid ikke være på grunn av Sivilombudsmannens uttalelse. For det første ser det ut som retten hele tiden mener at bestemmelsen ikke er uttømmende, den må bare begrunne dette synet. For det andre er partene i saken også enige om at bestemmelsen må forstås på denne måten. Det er vanskelig å si noe sikkert om hvilken selvstendig betydning Sivilombudsmannens uttalelse har i dommen. Men dersom retten ikke hadde vist til den, kunne begrunnelsen for resultatet virket noe tynn. Uttalelsen bidrar altså til å styrke rettens standpunkt. Og det faktum at retten tar den med viser også at den mener at Sivilombudsmannens uttalelse er egnet til å styrke begrunnelsen.

Også i denne dommen kan det se ut som uttalelsen blir brukt mot borgerne, siden retten kommer til at saksøkerne ikke har oppfylt dokumentasjonskravet. I denne saken er det imidlertid en tredjepart, og det er menneskene loven skal beskytte. Loven skal sikre at folk ikke blir utsatt for farlig dyr. Dersom man ser på det på den måten, er det ikke så betenkelig at uttalelsen ble brukt som et moment som førte til at retten kom til at Statens Dyrehelsetilsyn kunne fatte vedtak om avlivelse av hundene.

2.3 Lovavdelingen

2.3.1 Høyesteretts praksis

I Rt 1999 s. 408 var det spørsmål om kjøper av en borettslagleilighet var erstatningsansvarlig overfor selger for uberettiget heving av kjøpet. For å kunne ta standpunkt til dette spørsmålet, var det nødvendig for Høyesterett først å ta stilling til hvilke rettsregler som kom til anvendelse.

Førstvoterende, dommer Rieber-Mohn, starter med å se på om avhendingslova¹⁶ kunne komme til anvendelse på forholdet. Det var imidlertid ganske klart at avhendingslova ikke regulerte salg av borettslagsleiligheter. Det fremgikk både av lovens definerte anvendelsesområde i loven § 1-1 og av lovens forarbeider.

Spørsmålet var så om kjøpsloven¹⁷ kunne anvendes direkte på avhendelse av borettslagsleiligheter. Førstvoterende konkluderer her rimelig raskt med at verken lovens ordlyd eller dens forarbeider gir noe konkret svar på om loven kan anvendes analogisk på salg av borettslagleiligheter. Førstvoterende viser så til et skriv til Kommunal- og regionaldepartementet fra Justisdepartementets lovavdeling hvor Lovavdelingen uttaler seg om spørsmålet. I skrivet konkluderer Lovavdelingen med at kjøpsloven ikke kan få direkte anvendelse, og at slike forhold reguleres av alminnelige kontraktsrettslige regler. Høyesterett legger etter dette til grunn at alminnelige kontraktsrettslige regler får anvendelse på forholdet. Men de anfører også at det ikke er av så stor betydning at kjøpsloven ikke får direkte anvendelse siden den likevel til dels gir uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

Høyesterett uttaler ingen ting om hvilken relevans og vekt de tillegger Lovavdelingens uttalelse. Førstvoterende uttaler bare på s. 420: ”Jeg kan slutte meg til det Lovavdelingen her anfører”. At Høyesterett er enig med Lovavdelingen er ikke nødvendigvis det samme som at Lovavdelingens uttalelse har stor vekt eller er avgjørende for resultatet. På den annen side må man kunne si at de finner uttalelsen relevant, siden de henviser til den. De bruker uttalelsen som et selvstendig moment som

¹⁶ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom.

¹⁷ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.

styrker det resultatet de kommer til. I sin uttalelse henviser Lovavdelingen til proposisjonen til avhendingslova og til Krüger, Norsk Kjøpsrett (1991) s 459. Dersom Høyesterett ikke mente at det var relevant hvordan Lovavdelingen tolket disse, kunne de henvist direkte til disse kildene og tolket dem selv.

En årsak til at Lovavdelingens uttalelse ble henvist til kan være at de andre rettskildene var få og at de ikke ga noe direkte svar på spørsmålet. Det var ganske klart at avhendingslova ikke kom til anvendelse, men kjøpsloven sa ingen ting om spørsmålet. Krüger støttet riktignok Lovavdelingens syn om å ikke kunne anvende kjøpsloven direkte, men et juridisk verk er ikke et veldig tungtveiende argument i seg selv. Ved å henvise til Lovavdelingens uttalelse, som igjen viste til Krüger, fikk Høyesterett i hvert fall to kilder som talte i samme retning.

Hvilken vekt Høyesterett tillegger Lovavdelingens uttalelse er vanskelig å si noe sikkert om. Høyesteretts konklusjon er i samsvar med Lovavdelingens uttalelse, noe som kan tale for at den har en viss vekt. På den annen side var det ingen sterke argumenter i mot. Det kan neppe sies at Lovavdelingens uttalelse spilte noen avgjørende rolle, men en viss betydning kan den vel sies å ha hatt. Dommen er enstemmig, hvilket viser at dommerne i Høyesterett i hvert fall er samstemte, også når det gjelder rettskildebruken.

Et annet eksempel på at Lovavdelingens uttalelser har blitt vist til av Høyesterett er i Rt 1998 s.1357. De sentrale spørsmålene i dommen var om det var Oslo kommune som sådan eller hver enkelt etat som skulle anses å være arbeidsgiver i forhold til arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven¹⁸ § 49. Og om arbeidstidsbestemmelsene i så fall skulle tolkes innskrenkende.

Førstvoterende, dommer Pedersen, starter med å konstatere at han finner det klart at det er Oslo kommune ”som sådan” som er arbeidsgiver i forhold til arbeidsmiljølovens bestemmelser. Støtte for dette synet finner i arbeidsmiljøloven § 4 første ledd og i kommunens personalreglement. Oslo kommune var også oppført som arbeidsgiver i tilsettingsbrevene. Det forhold at arbeidsgiverfunksjonene var delegert fra bystyret til de enkelte etatene kunne heller ikke medføre at disse ble ansett å være arbeidsgivere.

¹⁸ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Heller ikke arbeidsmiljøloven § 4 annet ledd kunne anføres til støtte for det motsatte. Anførselen om at den enkelte etat og bydel var ulike virksomheter kunne heller ikke føre frem, da Høyesterett uansett fant at det var arbeidsgiverbegrepet som var avgjørende i forhold til arbeidstidsbestemmelsene.

Førstvoterende går deretter over til spørsmålet om det likevel kan være grunnlag for å likestille situasjonen med de tilfellene hvor en arbeidstaker er ansatt hos forskjellige arbeidsgivere. Dommeren trekker blant annet frem at arbeidstakeren på eget initiativ har påtatt seg de to jobbene i kommunen og at det dreier seg om en stor kommune med en desentralisert organisasjon. Det er også på det rene at dersom arbeidstakeren hadde tatt seg ekstrajobb i det private ville han ikke ha krav på overtidsbetaling.

Som et argument for en slik tolking viser førstvoterende til at det i staten er praksis for å anse den enkelte etat og institusjon som forskjellige arbeidsgivere i forhold til arbeidstidsbestemmelsene. Dommeren uttaler på s. 1364:

”Praksisen er forankret i en uttalelse av 16 november 1977 fra lovavdelingen i Justisdepartementet hvor det heter: 'Justisdepartementet antar under noen tvil at arbeidsmiljøloven regler om arbeidstid og overtid må forstås slik at de regulerer adgangen til å ta enhver form for ekstraarbeid hos en enkelt arbeidsgiver. Arbeidsmiljøloven skiller altså ikke mellom de tilfelle der ekstraarbeidet er organisert som overtidsarbeid. Justisdepartementet har lagt vekt på at det er denne regel som best vil dekke formålet med reglene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven, nemlig å beskytte arbeideren mot helseskadelig eller sosialt uheldig ekstraarbeid.

Det standpunkt vi her har tatt innebærer at spørsmålet må løses på samme måte for staten som arbeidsgiver som for private arbeidsgivere. Spørsmålet om hvem som regnes som samme arbeidsgiver innen staten, kan by på problemer. Antakelig bør man her ta utgangspunkt i den etat/ institusjon som opptrer som part i ansettelsesforholdet.”

I samme retning trekker de tariffavtalene fra 1986 som er inngått mellom Oslo kommune og sykepleier- og hjelpepleierforbundet. Førstvoterende gir imidlertid ikke

disse noen stor vekt fordi de kommer i samme situasjon som en individuell arbeidsavtale som må stå tilbake for lovens preseptoriske regler.

Det som blir utslagsgivende for førstvoterende er imidlertid at en slik forståelse vil innebære en innskrenkende tolking av en vernebestemmelse og når forholdet så klart faller innenfor etter en ”naturlig lovforståelse” vil han ikke unnta forholdet. I tillegg legger han vekt på at det er en etablert rettsoppfatning om at kommunen eller fylkeskommunen er anse som en arbeidsgiver i forhold til arbeidsmiljølovens regler, selv om denne særlig gjelder arbeidsmiljøloven §§ 60 nr. 2 og 67.

Uttalelsen fra Lovavdelingen, som det ble henvist til i denne dommen, gjelder ikke direkte det spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til. En grunn til at den ble vist til er at den har dannet grunnlaget for statens praksis, som igjen kan være et moment for å tolke forholdet i Oslo kommune likedan. Selv om det er statens praksis det i utgangspunktet vises til, så referer førstvoterende deler av Lovavdelingens uttalelse. Det taler for at det har betydning at praksisen nettopp skriver seg fra Lovavdelingens tolking. De momentene Lovavdelingen trekker frem kan også ha betydning for løsningen av det konkrete spørsmålet i saken. Også her kan man kanskje trekke den slutning at Lovavdelingens uttaleleser anses relevante av Høyesterett fordi den referer til den.

Lovavdelingens syn på hvordan spørsmålet bør løses i forhold til staten får imidlertid ingen avgjørende betydning for hvordan Høyesterett mener det bør løses i forhold til Oslo kommune. Høyesterett legger mer vekt på hvordan spørsmålet er løst ellers i loven og på hensynet til arbeidstakeren. Førstvoterende legger også vekt på at en slik innskrenkende tolkning må ha hjemmel i lov. I saken var det egentlig bare statens praksis, herunder Lovavdelingens uttalelse, tariffavtalene og Oslo by sin desentraliserte organisasjon som talte for en innskrenkende tolkning. At dommeren her setter lovens ordning fremst, som også er det beste for arbeidstakerens stilling, er helt overensstemmende med rettskildeprinsippene, både når det gjelder lovens posisjon og at man skal være forsiktig med innskrenkende tolkinger når det griper inn i en etablert rettighet for borgerne.

At Lovavdelingens uttalelse ikke fikk noen avgjørende betydning, kan også ha sammenheng med at den for det første ikke direkte gjaldt det konkrete spørsmålet i

saken, og i tillegg at Lovavdelingen var i noe tvil om løsningen. At denne uttalelsen ikke fikk noen stor betydning, trenger imidlertid ikke undergrave Lovavdelingens uttalelser som en rettskildefaktor. Dommen kan kanskje være et eksempel på at kvaliteten på uttalelsene og hvor direkte de angår spørsmålet som skal løses vil spille inn ved vurderingen av hvilken vekt de skal tillegges.

Et annet moment er at dommen er avsagt under dissens 3-2. De to dissenterende dommerne er enige med flertallet i at Oslo kommune må ses på som arbeidsiver i forhold til arbeidstidsbestemmelsene, men de mener at bestemmelsen må tolkes innskrenkende ved slike store organisasjonsfelleskap. Mindretallet legger avgjørende vekt på ”de vidtrekkende konsekvenser av en slik forståelse, lovens utforming for øvrig, den manglende drøftelse i forarbeidene, praksis i staten og tariffavtalene”. Mindretallet legger altså mer vekt på praksis i staten og herunder indirekte kanskje mer vekt på Lovavdelingens uttalelse. Selv om det er flertallets votum som er representativt for Høyesteretts syn, er det ikke uten betydning at dommerne i Høyesterett er uenige. Dommen har ikke like stor vekt som en enstemmig dom ville hatt.

2.3.2 Underrettenes praksis

Lovavdelingens uttalelser har også blitt henvist til i underrettenes avgjørelser. Ett eksempel er en dom fra Oslo tingrett av 20. mars 2003. Hovedspørsmålet i saken var om en innfrielse av et aksjonærlån medfører at selskapets frie egenkapital øker umiddelbart, slik at beløpet kan medberegnes ved en vurdering av utbyttegrunnlaget etter aksjeloven¹⁹ § 8-1. Siden saksøkte hadde tatt opp et lån i selskapet som delvis skulle tilbakebetales ved motregning i utbyttet, var det også spørsmål om å tolke loven innskrenkende i slike tilfeller.

Dommeren, tingrettsdommer Thorleif Waaler, begynner tolkingen av aksjeloven § 8-1 med å vise til en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 17. desember 2001 hvor spørsmålet er diskutert. Lovavdelingen konkluderer under tvil med at en innfrielse av kreditt ikke medfører en umiddelbar økning av selskapets frie egenkapital. Det avgjørende for Lovavdelingen er at den motsatte løsning medfører at beregningen av

¹⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.

den frie egenkapital vil bli svært komplisert, særlig hvis det er avtalt at nedbetalingen skal skje ved månedlige avdrag.

Dommeren går etter dette ikke noe nærmere inn på ordlyden i aksjeloven § 8-1, han konstaterer bare ganske kort at verken den eller lovens forarbeider tar direkte stilling til spørsmålet. Videre viser dommeren til at de reelle hensyn trekker i begge retninger. Han nevner særskilt at behovet for retts teknisk enkle regler og vern av selskapskapitalen taler mot at innfrielse av aksjonærlån umiddelbart øker den frie egenkapital. Han går imidlertid ikke nærmere inn på hvilke hensyn som taler imot.

Til slutt i drøftelsen av aksjeloven § 8-1 uttaler dommeren:

”Retten har funnet det nevnte hovedspørsmål vanskelig, men er blitt stående ved å ville følge Lovavdelingens prinsipielle lovforståelse. Retten mener at avdelingens tolkningsuttalelser i sin alminnelighet bør tillegges større vekt enn det som vanligvis legges på uttalelser i juridisk teori, og at dette også bør gjelde i en situasjon hvor det for så vidt fremgår at Lovavdelingen fant spørsmålet tvilsomt.”

Ved spørsmålet om å tolke loven innskrenkende, kom retten til at når uttalelsen fra Lovavdelingen ble lagt til grunn, var det ”neppe grunnlag” for at motregningstilfellene skulle komme i en annen stilling.

I denne dommen er det tydelig at Lovavdelingens uttalelse spiller en stor rolle ved rettens tolking av aksjeloven § 8-1. De andre rettskildene ble i svært liten grad trukket inn i vurderingen. Saksøkte gjorde for eksempel gjeldende at ordlyden i aksjeloven § 8-1 nr.3 ikke bruker uttrykket ”balanseført” slik det er gjort i lovens § 8-1 nr. 2, noe som kan tyde på at det er den faktiske gjelden og ikke den balanseførte som skal legges til grunn ved utbyttebeslutningen. Støtte for denne tolkingen fant saksøkte i Lovavdelingens uttalelse og i Berge og Strandberg: Årsregnskapet som ramme for utdeling av utbytte, kapitalnedsettelse mv, Revisjon og Regnskap 4/2000 s. 8-17. Retten går imidlertid ikke inn på denne mulige tolkingen av ordlyden, noe som ville vært et naturlig utgangspunkt. En mulig årsak til at retten ikke ser noen grunn til å gå inn på denne anførselen kan imidlertid være at Lovavdelingen i sin uttalelse nettopp drøfter dette, men finner at det ikke kan være avgjørende.

Retten kunne imidlertid ha gått inn på den teorien som saksøkte anførte som støtte for denne tolkingen. Saksøkte viste her til den nevnte artikkel av Berge og Strandberg, Magnus Aarbakke mfl: Aksjeloven og almennaksjeloven med kommentarer s. 483-484, Jan T Tellefsen og John Christian Langli: Årsregnskapet (2002) s. 446 og Den norske Revisorforeningens sirkulære 2000-75. Alle disse stedene kommer man til motsatt resultat av Lovavdelingen, men disse blir ikke nevnt av dommeren. At disse ikke blir nevnt kan tyde på at retten ikke tillegger dem noen nevneverdig betydning sammenlignet med Lovavdelingens uttalelse. At retten legger større vekt på Lovavdelingens uttalelse enn juridisk teori fremgår også av sitatet overfor.

Saksøkte anfører også reelle hensyn som taler mot Lovavdelingens standpunkt. Verken disse eller de hensyn som Lovavdelingen selv fremhever blir drøftet nærmere av retten. Også her virker det som dommeren ikke finner noen grunn til å gå nærmere inn på en slik drøftelse fordi avveiningen av de reelle hensyn allerede er foretatt av Lovavdelingen.

I denne dommen er retten ikke bare tilbøyelig til å anse Lovavdelingens uttalelse for relevant, men retten tillegger også uttalelsen stor vekt i forhold til de andre rettskildene, da særlig juridisk teori. Uttalelsen ble lagt avgjørende vekt på selv om det fremgikk av uttalelsen at Lovavdelingen fant spørsmålet tvilsomt. Samtidig virker det ikke som retten føler seg bundet av Lovavdelingens uttalelse, siden den uttaler at den har "blitt stående ved å ville følge" uttalelsen. Det må derfor kunne sies at det er andre grunner til at retten valgte å følge uttalelsen i dette tilfellet. Det er mulig at uttalelsen fra Lovavdelingen ble ansett å være særlig relevant for denne problemstillingen fordi selskapslovgivningen administrativt hører under Justisdepartementet. Lovavdelingen har altså selv vært med på å utarbeide disse reglene, og det kan være at dommeren derfor mente at Lovavdelingens uttalelser har en viss autoritet på dette feltet. Det var heller ikke noe tidligere rettspraksis på området.

2.4 Sammenfatning

2.4.1 Innledning

Jeg skal nå på bakgrunn av de nevnte dommene, forsøke å si noe generelt om domstolenes faktiske bruk av uttalelsene. Selv om det som nevnt ikke vil være mulig å trekke noen helt sikre slutninger om hvilken betydning uttalelsene har for domstolene, vil dommene likevel i en viss grad kunne illustrere visse tendenser i domstolens syn på uttalelsene. I denne sammenheng skal jeg også forsøke å sammenligne mine observasjoner med observasjoner andre har gjort. Det er fortsatt uttalelsenes relevans og vekt jeg har for øyet.

2.4.2 Relevans

Det er naturlig å først spørre om i hvilken grad domstolene finner Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser relevante. Dersom uttalelsene ikke anses som relevante rettskildefaktorer vil de heller ikke kunne ha noen vekt. I dommene jeg har vist til har uttalelsene blitt henvist til og brukt som selvstendige momenter i domstolens vurderinger. Dette taler for at domstolene er tilbøyelige til å anse uttalelsene som relevante. Det som imidlertid er vanskeligere å si noe sikkert om, er om det er tilfeller hvor domstolene har vært kjent med en uttalelse, men valgt å ikke referere til den.

Erik Boe mener også at uttalelsene er relevante rettskildefaktorer, han uttaler blant annet at ”Uttalelsene vil typisk fungere som et *støtteargument* for andre rettskildefaktorer. Ikke desto mindre er den en faktor å regne med.”²⁰ Torstein Eckhoff ser også ut til å være av samme oppfatning. Om Lovavdelingen skriver han ”En særstilling har *Justisdepartementets lovavdeling*. Den er forvaltningens generelle ekspertorgan når det gjelder juridiske spørsmål”. Han uttaler så videre ”Lovavdelingens uttalelser har stor autoritet innen forvaltningen og har på mange måter virket rettsskapende”. Deretter sier han om Sivilombudsmannen ” En annen viktig rettskildefaktor er de uttalelser som gis av *Stortingets ombudsmann for forvaltningen*”.²¹

²⁰ Boe 1996 s. 283.

²¹ Eckhoff 2000 s. 231.

Om betydningen av Sivilombudsmannens uttalelser uttaler nåværende Sivilombudsmann Arne Fliflet:

”Det må kunne slås fast at ombudsmannsuttalelsene gjennomgående har vært ansett relevante, men vekten av dem har nok vært vurdert forskjellig, avhengig av sakens karakter. Rettspraksis viser også at, selv om ombudsmannsuttalelsene ikke i alle saker har vært fulgt av domstolene, så har de vært tilbørlig vist til og tatt hensyn til.”²²

Alle er imidlertid ikke enige i at uttalelsene skal regnes som en relevant rettskildefaktor. En som er særlig negativ til en slik oppfatning er professor dr. juris Carl August Fleischer. Om Sivilombudsmannens uttalelser skriver han blant annet:

”Det er etter mitt syn absolutt nødvendig å være kritisk og ta avstand fra enkelte forfatteres bruk av ombudsmanns-uttalelser [sic] som om dette var rettskilder- og dermed kunne påvirke innholdet av gjeldende rett med virkning for andre enn dem som hadde vært parter i saksbehandlingen for ombudsmannen.”²³

Videre presiserer han at han ikke har noe i mot ombudsmannens virksomhet generelt, før han uttaler: ”Poenget er bare det grunnleggende at man ikke dermed kan bruke uttalelsene som rettskilder.” I et avsnitt Fleischer kaller ”Særlig om påstandene om at enkelte departementskriv- derunder uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling – skulle ha blitt 'rettskilder'” uttaler han at det ikke er ”noe grunnlag for en slik rettskildeoppfatning [sic].”²⁴

Etter min mening er det ganske klart at domstolene ikke føler seg bundet av uttalelsene, men det trenger ikke nødvendigvis bety at de ikke kan være relevante rettskildefaktorer. Jeg mener at de dommene jeg har analysert viser at domstolene er tilbøyelige til å anse Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser som en relevante rettskilder. Når det gjelder uttalelsene fra Sivilombudsmannen mener jeg at dette kommer spesielt klart

²² Arne Fliflet 1997 s. 323.

²³ Fleischer 1998 s. 295.

²⁴ Fleischer 1988 s. 311.

frem i Rt 2002 s. 683. Når det gjelder uttalelsene fra Lovavdelingen er det nok dommen fra Oslo tingrett av 20. mars 2003, som klart illustrerer at uttalelsene brukes som en rettskilde. Nå har riktignok ikke denne dommen like stor vekt som Høyesteretts avgjørelser har, men også i dommene fra Høyesterett virker det som uttalelsene fra Lovavdelingen blir brukt som rettskilder.

2.4.3 Vekt

Som nevnt er det umulig å si noe sikkert om nøyaktig hvor stor vekt domstolene har lagt på Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser i de refererte dommene, men noen antagelser er det likevel mulig å komme med. Selv om uttalelsene gjennomgående har vært ansett relevante, har vektleggingen av dem variert. Det er flere forhold som ser ut til å ha betydning for hvor stor vekt uttalelsene har blitt tillagt. Jeg skal i det følgende forsøke å peke på noen av dem.

Hvordan rettskildesituasjonen har fremstått i sin helhet, ser ut til å ha betydning for hvor stor vekt uttalelsene har blitt tillagt. Antallet rettskildefaktorer for øvrig og hvor klare disse har vært, har spilt en rolle for hvilken betydning uttalelsene har fått. Domstolene har i stor grad fulgt den tradisjonelle juridiske metode, ved først å tolke lovens ordlyd, for deretter å se om de andre rettskildene, som forarbeider og rettspraksis, har sagt noe om spørsmålet. Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser blir oftest vist til dersom de andre rettskildene er få eller ikke gir noe klart svar. Men det forekommer også at de blir brukt som typiske ”støtteargument”, slik som Boe også er inne på. Det skjer imidlertid som regel når de andre kildene er få eller uklare.

Et annet moment er uttalelsenes kvalitet. Rt 2002 s.683 er et eksempel på dette, der virket det som en av grunnene til at uttalelsen fra Sivilombudsmannen ble gitt betydning var at den var godt gjennomarbeidet, i tillegg til at den allerede var fulgt av andre, i dette tilfellet forvaltningen. Hvilket bringer oss over til et annet moment; hvor stor oppslutning uttalelsene ellers har fått. Det virker som domstolene oftere viser til uttalelsene dersom de allerede har blitt tillagt vekt av andre. Et annet eksempel på det er i Rt 1998 s.1357, hvor det kan se ut som en av grunnene til at Lovavdelingens uttalelse ble vist til, var at den dannet grunnlaget for statens praksis. Her fikk som nevnt ikke uttalelsen fra Lovavdelingen noen avgjørende betydning, men det var delvis fordi uttalelsen ikke direkte omhandlet det spørsmålet retten skulle ta stilling til. Nå er det

nok delte meninger om hva som skal legges i begrepet ”vekt”, men etter min mening kan en rettskilde ha vekt selv om domstolen kommer til motsatt resultat. Den har bare ikke avgjørende betydning, fordi andre rettskildefaktorer har hatt større vekt.

Som jeg har vært inne på i noen av dommene, kan også hvem uttalelsen er til fordel for, ha betydning for hvor stor vekt uttalelsene tillegges. Det kan se ut som domstolene tillater seg å legge større vekt på uttalelsene dersom de er til fordel for borgerne og har støtte i reelle hensyn. For eksempel i Rt 2002 s. 683, hvor uttalelsen fra Sivilombudsmannen fikk ganske stor betydning, ser man at Sivilombudsmannens tolkning var den som ga best vern for borgerne. I Rt 1998 s.1357 ble ikke Lovavdelingens uttalelse tillagt avgjørende betydning, Høyesterett valgt her den motsatte løsning, den som ga best vern for arbeidstakeren.

Generelt kan det vel kanskje sies at uttalelsene sjelden vil spille en avgjørende rolle. Dommen fra Oslo tingrett er vel egentlig det eneste tilfellet, hvor man med rimelig sikkerhet kan si at Lovavdelingens uttalelse fikk avgjørende betydning. Noe slikt kan ikke utledes av de andre dommene. Men dommene viser likevel at det ikke er helt utelukket at uttalelsene har en viss betydning for domstolene. Hvorvidt det er ønskelig at uttalelsene skal tillegges større betydning eller ikke, skal jeg komme tilbake til i kapittel 5.

3 Forvaltningens bruk av Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser

3.1 Innledning

Bruken av Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser i forvaltningen kan deles i to. For det første er det den situasjonen at Sivilombudsmannen eller Lovavdelingen avgir uttalelser i konkrete saker. Sivilombudsmannens uttalelser vil da ofte være reelt forpliktende for forvaltningen, mens Lovavdelingens uttalelser er rådgivende. Som jeg senere skal komme tilbake til har dette sammenheng med at de to organene har ulike funksjoner overfor forvaltningen.

Den andre situasjonen er når forvaltningen henter argumenter fra eller følger uttalelser som allerede foreligger, enten disse er avgitt i andre saker eller de er av mer generell karakter. I denne situasjonen kan det spørres om forvaltningen bruker uttalelsene som en rettskildefaktor, og hvilken vekt de eventuelt tillegger dem.

3.2 Uttalelsenes forpliktende og rådgivende funksjon

Den grunnleggende forskjellen mellom Sivilombudsmannens og Lovavdelingens rolle overfor forvaltningen er at Sivilombudsmannen skal kontrollere forvaltningen, mens Lovavdelingen bare kan ha en rådgivende funksjon.

Når forvaltningen retter seg etter en uttalelse fra Sivilombudsmannen i en konkret sak, er det fordi de nærmest har en plikt til det, ikke fordi de bruker uttalelsen som en rettskilde. Selv om uttalelsene til Sivilombudsmannen formelt sett ikke er bindende, har som nevnt Stortinget forutsatt at de skal følges. I de fleste tilfeller vil nok derfor forvaltningen føle at de har en reell plikt til å følge uttalelsene. Sivilombudsmannens funksjon overfor forvaltningen har også likhetstrekk med en domstolsordning. For borgerne fungerer sivilombudsmannsordningen som et alternativ og supplement til domstolskontrollen. Når en borger mener at forvaltningen har opptrådt uriktig, kan de henvende seg til Sivilombudsmannen og få prøvet saken der, i stedet for å gå igjennom en ofte lang og kostbar rettssak ved de ordinære domstoler. Siden det vil være både enklere og billigere å få prøvet saken hos Sivilombudsmannen, vil nok ombudsmannsordningen i praksis være viktigere for borgerne enn domstolskontrollen.

Dersom forvaltningen henvender seg til Lovavdelingen for å få råd i en konkret sak, vil jeg heller ikke si at det er det samme som å bruke Lovavdelingens uttalelse som en rettskilde. Dersom forvaltningen spør Lovavdelingen om råd er det som regel fordi det er tvil innad i forvaltningsorganet om hvordan spørsmålet skal løses.

Forvaltningsorganet vil imidlertid ikke ha plikt til å følge Lovavdelingens syn. Men jeg vil anta at dersom de først spør Lovavdelingen om deres synspunkt, vil de ofte ta det Lovavdelingen sier til etterretning. Grunnen til at de spør vil jo da være at de trenger en oppklaring.

3.3 Uttalelsenes rettskildefunksjon

Spørsmålet her blir som nevnt om forvaltningen bruker Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser, som allerede foreligger, som en rettskilde. Problemstillingen blir altså tilsvarende som ved domstolene. En viktig forskjell er imidlertid at forvaltningens rettskildebruk ikke kan sies å være retningsgivende for andre rettsanvendere i samme grad som domstolenes. Det er likevel interessant å se på forvaltningens rettskildebruk. Forvaltningen avgjør et mye større antall saker enn det domstolene gjør og det er et større antall mennesker som blir berørt av beslutningene de tar.

Det vil føre for langt i forhold til denne oppgaven å foreta en undersøkelse av hele forvaltningens faktiske bruk av uttalelsene. Behandlingen av dette temaet vil derfor bestå av en del antagelser. Som en illustrasjon på hvordan et forvaltningsorgan bruker uttalelsene skal jeg gjengi deler av en samtale med en som er ansatt i Plan- og bygningsetaten i Oslo. I tillegg skal jeg gjengi noen eksempler fra ulike rettsområder på hvordan uttalelsene faktisk har blitt brukt.

3.4 Eksempel på et forvaltningsorgans bruk av uttalelsene – samtale med kvalitetsslederen i Plan- og bygningsetaten.

3.4.1 Innledning

For tiden er Tone Gjertsen ansatt som kvalitetsleder i Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune, hun har tidligere jobbet som jurist der. Hun har gitt en beskrivelse av hvordan etaten forholder seg til Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser, og etatens rettskildebruk generelt.

Gjertsen kan fortelle at etaten er svært opptatt av å være korrekte med hensyn til rettskildebruk og de grunnlag de treffer avgjørelser på. Ved avgjørelsen av rettslige spørsmål, er det de tradisjonelle rettskildene som står mest sentralt. Lovtekst, forskrifter med veiledere, forarbeider, rettspraksis og rundskriv er de stedene de oftest leter etter svar på rettslige spørsmål. Dersom disse ikke gir noe svar på spørsmålet, hender det ofte at de ser om Fylkesmannen i Oslo og Akershus har avgjort noen lignende saker. Fylkesmannens avgjørelser danner nærmest presedens for Plan- og bygningsetaten, siden det er han som i stor grad avgjør klagene på etatens vedtak. Etaten retter også

relativt ofte forespørslers til kommuneadvokaten. Kommuneadvokaten prosederer saker for kommunen i tillegg til at han fungerer som en juridisk rådgiver. I tillegg bruker de juridisk litteratur som en rettskilde og i noen tilfeller, dersom situasjonen er høyst uklar, reelle hensyn. Bruken av Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser gjøres det nærmere rede for i punktene 3.4.2 og 3.4.3.

3.4.2 Etatens forhold til Sivilombudsmannens uttalelser

Gjertsen opplyser at Plan- og bygningsetaten alltid retter seg etter Sivilombudsmannens avgjørelser i konkrete saker. Et problem er imidlertid at det nesten alltid er en tredjepart involvert i sakene, typisk en nabo. Etter etatens oppfatning tar Sivilombudsmannen ofte ikke nok hensyn til denne tredjeparten i sine beslutninger. Saksfremstillingen som blir forelagt Sivilombudsmannen er ofte veldig ensidig og det blir ikke innhentet opplysninger om andre forhold som kan ha hatt betydning for Plan- og bygningsetatens vedtak.

Dersom etaten er usikker på løsningen av et rettslig problem, er det sjelden at de ser om Sivilombudsmannen har sagt noe om spørsmålet. Det er heller ikke ofte at de for eksempel retter en uformell henvendelse til Sivilombudsmannen. Det som imidlertid kan forekomme er at de får kjennskap til uttalelsene via juridisk litteratur. Da hender det at de legger vekt på uttalelsene. I tillegg inngår uttalelsene fra Sivilombudsmannen i et av etatens elektroniske oppslagsverk, slik at de får kjennskap til uttalelsene på den måten. Men også når det gjelder uttalelser som allerede foreligger, nevner Gjertsen at de viser en viss tilbakeholdenhet med å legge for stor vekt på dem, nettopp fordi eventuelle tredjeparter ikke har fått uttalt seg. Dette gjelder da særlig Sivilombudsmannens uttalelser som gjelder plan- og bygningsloven. Mer generelle uttalelser derimot, som for eksempel omhandler forvaltningsloven²⁵ eller offentlighetsloven²⁶, er de ofte mer tilbøyelige til å legge vekt på.

Gjertsen nevner særlig et eksempel på at etaten har lagt om praksisen på grunn av en uttalelse fra Sivilombudsmannen. Saken er inntatt i Sivilombudsmannens årsmelding

²⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

²⁶ Lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen.

for 1998²⁷, men jeg skal gjengi noen av hovedpunktene her. Sivilombudsmannen besluttet i 1997 å gjennomføre en undersøkelse av Plan- og bygningsetatens saksbehandlingsrutiner og saksbehandlingstid. Bakgrunnen for undersøkelsen var en rekke klager fra publikum.

Ved undersøkelsen oppdaget Sivilombudsmannen flere svikt i etatens rutiner. Manglene gjaldt særlig brudd på forvaltningsloven § 11 a, jfr plan- og bygningsetatens § 15, og forvaltningsloven § 33. Etter forvaltningsloven § 11 a første ledd er det krav om at en sak skal behandles og avgjøres ”uten ugrunnet opphold” og etter annet ledd er det krav om at det ”snarest mulig” skal gis et ”foreløpig svar” dersom ”det må ventes at det vil ta uforholdsmessig lang tid før en henvendelse kan besvares”. Etter forvaltningsloven § 33 fjerde ledd er det krav om at dersom underinstansen verken opphever eller endrer vedtaket, jfr annet ledd, skal ”sakens dokumenter sendes klageinstansen så snart saken er tilrettelagt”.

Blant annet kritiserte Sivilombudsmannen etaten for at saksbehandlingstiden i klagesaker ofte var svært lang, spesielt i saker som skulle behandles av byrådet og byutviklingskomiteen før de ble sendt fylkesmannen. I tillegg var etaten for dårlig til å sende ut svarbrev ved innkommende klager og meldinger til tiltakshaver om eventuelt forsinket saksgang. Når det gjaldt den lange saksbehandlingstiden i klagesaker bemerket Sivilombudsmannen at det var behov ”for å se etatens, byrådsavdelingen/byrådets og byutviklingskomiteens behandling under ett”. Han stilte særlig spørsmål om det var nødvendig at etaten først sendte klagesaken til byrådet og byutviklingskomiteen, så at de deretter sendte den tilbake til Plan- og bygningsetaten før etaten sendte den videre til fylkesmannen. Han foreslo at sakene kanskje kunne gå direkte fra etaten til fylkesmannen.

Når det gjaldt etatens informasjon i enkeltsaker, bemerket Plan- og bygningsetaten i et brev til byrådsavdelingen av 12. februar 1998 at:

”Plan og bygningsetaten vil utarbeide et standard 'foreløpig svarbrev' som skal oversendes klager. Dette brevet vil bekrefte at klage er mottatt samtidig som det

²⁷ Sak 97-0869 inntatt i Sivilombudsmannens årsmelding for 1998 s. 296 flg.

opplyses om forventet behandlingstid. Det vil også bli orientert om evt. oversendelse til andre etater for uttalelse til Byråd/Byutviklingskomiteen, samt om oversendelse av klage til søker for uttalelse om rett til innsyn i denne.”

Angående Sivilombudsmannens merknader til at etaten var for dårlig til å sende melding til tiltakshaver om eventuelt forsinket saksgang, uttaler Plan- og bygningsetaten:

”PBE har utarbeidet mal for svarbrev i anledning mottatt søknad. Under feltet for saksbehandlingstid er det tatt forbehold når det gjelder forhold som kan skape forsinkelser, f.eks. naboprotester. Det er imidlertid som Sivilombudsmannen påpeker, slik at angitt gjennomsnittlig saksbehandlingstid ikke alltid viser seg å være realistisk samtidig som at søker ikke rutinemessig underrettes om forsinkelsen. PBE behandlet bl.a. disse problemene i ledermøte i oktober 97. *Det ble der vedtatt å justere svarbrev med hensyn til innhold, da dette ikke gir tilstrekkelig informasjon. Det må antas at tilstrekkelig og riktig informasjon så tidlig som mulig i seg selv vil kunne bidra til å unngå forsinkelser. Samtidig ble det vedtatt å foreta justeringer slik at svarbrevet nå er mer realistisk i forhold til behandlingstid. Det vil bli innført rutiner som skal ivareta søkers behov for å bli informert dersom forventet saksbehandlingstid blir vesentlig overskredet.*”²⁸

Angående Sivilombudsmannens merknad om at klagesakene blir vesentlig mer forsinket fordi de må gjennom byrådet og byutviklingskomiteen uttaler Plan- og bygningsetaten:

”PBE har ikke kommentarer til dette punkt utover at dette er en del av det demokratiske og politiske system som PBE lojalt forholder seg til.”

Deretter ba Sivilombudsmannen om en kommentar fra byrådsavdelingen, og denne uttaler i brev av 23. desember 1998:

²⁸ Uthevet i teksten.

”Hva gjelder rutiner sentralt i kommunen, kan nevnes at det har vært vurdert om den aktuelle type klagesaker (hvor det dreier seg om dispensasjon fra plan), på samme måte som klagesaker ellers kunne vært ytterligere delegert slik at sakene kan gå direkte fra Plan- og bygningsetaten til fylkesmannen (uten først å være politisk behandlet). Uten her å vurdere nærmere i hvilken grad det er lovmessig adgang til en slik ordning, har dette imidlertid ikke vært politisk ønsket.”

Byrådet går altså ikke med på at den politiske behandlingen droppes, men de vil likevel forsøke å begrense den lange saksbehandlingen noe, de uttaler videre:

”Byrådsavdelingen vil nå innføre en ny rutine ved at saker vedtatt av BUK og oversendt hit kan oversendes fylkesmannen direkte uten å sendes gjennom Plan- og bygningsetaten. Ved slik oversendelse vil NOB sende gjenpart av brevet til partene, jf forvaltningsloven § 33, 4 ledd (og til Plan- og bygningsetaten). I de tilfelle der komiteen tar klage delvis til følge, vil det i hver enkelt sak bli vurdert om Plan- og bygningsetaten bør supplere/kommentere saken før den oversendes fylkesmannen for endelig vedtak.”

Denne saken illustrerer at både Plan- og bygningsetaten og byrådsavdelingen viser ganske stor vilje til å ordne opp i forhold som Sivilombudsmannen har merknader til. I denne saken rettet Sivilombudsmannens kommentarer seg til Plan- og bygningsetaten generelle saksbehandling, ikke til et vedtak i en spesiell sak. At disse forholdene ble ordnet opp i, ville komme alle borgerne til gode, og det var ikke snakk om noen tredjepart som ikke ble hørt. Siden kritikken fra Sivilombudsmannen rettet seg direkte til etaten, kan man ikke si at etaten brukte uttalelsen fra Sivilombudsmannen som en rettskilde i dette tilfellet.

Om etaten formelt bruker uttalelsene i sin argumentasjon utad, avhenger av hvem mottakeren er. Dersom de korresponderer med for eksempel fylkesmannen, kan det forekomme at de henviser til Sivilombudsmannens avgjørelser. Men fordi de må uttrykke seg klarere overfor borgerne, brukes sjelden uttalelsene som argumentasjon overfor disse. For beslutninger som treffes daglig i etaten har de utarbeidet maler som alle skal benytte, slik at praksisen skal bli så ensartet som mulig. Gjertsen nevner imidlertid at uttalelsen ofte følges selv om de ikke er vist til.

3.4.3 Etatens forhold til Lovavdelingens uttalelser

Gjertsen forteller at etaten sjelden ber om at Lovavdelingen avgir uttalelser i konkrete saker. Det kan forekomme at de tar en uformell telefon til Lovavdelingen for å spørre dersom de lurer på noe spesielt, men det skjer ikke ofte. Dersom de er i tvil om hvordan et rettslig problem skal løses og de finner en uttalelse fra Lovavdelingen som angår spørsmålet blir den imidlertid lagt vekt på. Også her hender det de finner uttalelser gjennom juridisk litteratur, i tillegg til at uttalelsene også finnes tilgjengelig i deres elektroniske oppslagsverk. Uttalelsene fra Lovavdelingen blir heller ikke vist til i brev til borgerne, men de kan bli brukt som et argument dersom de korresponderer med andre.

Som et eksempel på at Plan- og bygningsetaten har fulgt en uttalelse fra Lovavdelingen, nevner Gjertsen en uttalelse som gjaldt tolkingen av plan- og bygningsloven § 26.²⁹ Spørsmålene Lovavdelingen tok stilling til i uttalelsen var for det første om det med hjemmel i § 26 kunne gis bestemmelser for å motvirke støyplager i en reguleringsplan. Og for det andre om enhver reguleringsteknikk mot støy da kan anvendes, eller om § 26 må forstås slik at bare bestemmelser som setter krav til den fysiske utforming av areal og bygninger er gyldige. Det var på det rene at slike bestemmelser allerede kunne gis av forurensningsmyndighetene med hjemmel i forurensingsloven. Et av spørsmålene var derfor om det hindret at også kommunene hadde denne kompetansen.

Lovavdelingen konkluderte, etter inngående drøftelse av lovens ordlyd, forarbeider, juridisk litteratur, reelle hensyn og forvaltningspraksis, med at det kan gis bestemmelser for å motvirke støyplager i en reguleringsplan og at det kan fastsettes bindende grenser for støyutslipp, herunder også regler om åpningstider og lignende. De fant at det heller ikke var noe i veien for at flere myndigheter hadde samme kompetanse.

En av grunnene til at Plan- og bygningsetaten følger denne uttalelsen kan være at den går i deres favør, siden den utvider deres kompetanse med hensyn til hva som kan fastsettes i en reguleringsplan. Selv om det vanskelig kan sies noe sikkert om hva de ville gjort dersom Lovavdelingen hadde kommet til motsatt resultat, viser eksempelvis i

²⁹ Saksnummer: 00/3962 E, brev 10. juli 2000.

hvert fall at etaten er klar over Lovavdelingens uttalelser og at de er tilbøyelige til å ta hensyn til dem.

3.5 To eksempler på faktisk bruk av Sivilombudsmannens uttalelser

Det første eksempelet³⁰ på et forvaltningsorgan bruk av en uttalelse fra Sivilombudsmannen er hentet fra en tale statssekretær Harald Solberg holdt i Skatterevisorenes forening, den 26. september 2003.³¹ Talen omhandlet Finansdepartementets arbeid mot økonomisk kriminalitet. I talen uttalte Solberg:

”Departementet har i sommer sendt på høring et forslag om presisering av lignings- og avgiftsmyndighetenes adgang til å kreve kontrollopplysninger fra banker m.v. Endringene gjelder ligningsloven § 6-4 og merverdiavgiftsloven § 48. Bakgrunnen for dette er en uttalelse fra Sivilombudsmannen som begrenser den tidligere forståelsen av bestemmelsens rekkevidde. Departementet foreslår derfor nå en presisering som skal sikre at skatte- og avgiftsmyndighetene skal kunne kreve opplysninger fra banker m.v. om underbilag og annen dokumentasjon til transaksjonene, herunder hvem som er parter i transaksjonene.”

Sivilombudsmannen hadde i den aktuelle saken blant annet kommet til at ligningsloven ikke ga hjemmel for at ligningsmyndighetene kunne kreve å få opplysninger fra banken om kontoer de ikke hadde navnet på eieren av.

Dette eksempelet viser at Finansdepartementet tar en uttalelse fra Sivilombudsmannen til etterretning. Sivilombudsmannens tolkning av ligningsloven § 6-4 blir tydeligvis ansett å være riktig, siden de mener at loven må endres på dette punkt for at ligningsmyndighetene skal få adgang til slike opplysninger. Det kan ikke sies at uttalelsen blir brukt som en rettskildefaktor i dette tilfellet, men eksempelet viser at Sivilombudsmannens uttalelser har autoritet med hensyn til lovtolkning.

³⁰ Saken er gjengitt i Sivilombudsmannens årsmelding for 1999 s. 250-258. (Sak 1998-1335).

³¹ Talen er tilgjengelig på Finansdepartementets nettsider: <http://www.finansdepartementet.no>.

Det neste eksempelet er hentet fra Utenriksdepartementets Årsrapport om menneskerettigheter fra 1998.³² I rapporten gjennomgår Utenriksdepartementet bruken av politiarrest og varetektsfengsling i Norge. I rapporten står det blant annet:

”Siden 1989 har Justisdepartementet hatt retningslinjer om at forvaring i politiarrest skal være begrenset i til inntil fem døgn. Blant annet på bakgrunn av Sivilombudsmannens engasjement, har departementet imidlertid nå satt en ny målsetting; nemlig at alle varetektsfengslete skal overføres til vanlig fengsel innen ett døgn etter at retten har avsagt kjennelse om varetektsfengsling.”

I rapporten er det også vist til Sivilombudsmannen ved spørsmålet om fengsling av utlendinger etter utlendingsloven.³³ Det står:

”Det er også reist kritikk blant annet av Sivilombudsmannen, mot praktisering av reglene om varetektsfengsling av utlendinger i utlendingsaker ved mistanke om falsk identitet. Det har også blitt kritisert at disse utlendingene har måttet sitte sammen med 'vanlige kriminelle'. Det er, etter den kritikken som er kommet og de tiltak som er iverksatt fra Justisdepartementets side, blitt en markant nedgang i omfanget av fengslinger på grunn av falsk identitet.”

I dette eksempel har Justisdepartementet bevisst gått inn for å endre praksisen med politiarrest og varetektsfengsling på grunn av kritikken fra Sivilombudsmannen. Riktignok hadde praksisen også blitt kritisert av Den europeiske torturkomiteen, så Sivilombudsmannens merknader var ikke den eneste grunnen til at Justisdepartementet ønsket å endre praksisen. Men siden Sivilombudsmannens kritikk blir nevnt eksplisitt, er det grunn til å tro at det Sivilombudsmannen bemerket hadde en viss innvirkning på beslutningen om å endre bruken av politiarrest og varetektsfengsling. At Justisdepartementet tok Sivilombudsmannens kritikk til etterretning på dette området, kan også ha sammenheng med at Sivilombudsmannen ser det som en viktig oppgave å

³² Årsrapporten er tilgjengelig på Utenriksdepartementets nettsider:

<http://www.utenriksdepartementet.no/>. Det konkrete eksempelet er hentet fra kapittelet: *Etterlevelse i praksis – sentrale utfordringer*.

³³ Saken er gjengitt i Sivilombudsmannens årsmelding for 1997 s. 38-49. (Sak 96-0700).

sikre menneskerettighetene. Samtidig styrker det Sivilombudsmannens posisjon som borgernes beskytter. Av eksempelet kan man kanskje utlede at Sivilombudsmannens uttalelser som angår menneskerettigheter har en særlig autoritet.

3.6 To eksempler på faktisk bruk av Lovavdelingens uttalelser

Et eksempel på et forvaltningsorgans bruk av en uttalelse fra Lovavdelingen er en sak som Datatilsynet publiserte på sitt nettsted 5. august 2004.³⁴ Datatilsynet sendte i 2003 en forespørsel til Lovavdelingen om tolkingen av personopplysningsloven³⁵ i forhold til offentlighetsloven. Det konkrete spørsmålet var om forvaltningen må ta personvern hensyn ved utlegging av dokumenter på internet. Lovavdelingen kom til at personopplysningsloven også omfatter internetpublisering av forvaltningens dokumenter, slik at personvern hensyn måtte veies opp mot forhold som taler for publisering.

Ved gjengivelsen av saken på Datatilsynets nettsider skriver de i overskriften: ”Avklaring fra Lovavdelingen: Offentlighetslov og personopplysningslov”. Siden Datatilsynet bruker uttrykket ”Avklaring” i overskriften virker det som de legger ganske stor vekt på Lovavdelingens uttalelse. Det virker som de anser spørsmålet endelig avgjort, uten at de selv trekker andre rettskilder inn i vurderingen. Det interessante med det er at formelt sett er en uttalelse fra Lovavdelingen bare rådgivende, men i dette eksempelet ser det ut som forvaltningen anser uttalelsen for å være nærmest bindende. I dette eksempelet virker det som Lovavdelingens måte å tolke loven på blir tillagt stor vekt.

Et annet eksempel på bruken av Lovavdelingens uttalelser er da den første Bondevikregjeringen stilte kabinettsspørsmål overfor Stortinget i 2000.³⁶ Bakgrunnen for at regjeringen stilte kabinettsspørsmål var at Energi- og miljøkomiteens flertall fremmet et forslag som regjeringen mente var lovstridig.³⁷ Grunnen til at regjeringen mente det, var fordi Lovavdelingen kom til den konklusjonen i en uttalelse gitt etter anmodning fra Miljøverndepartementet. Kort fortalt innebar forslaget fra Energi- og miljøkomiteen at

³⁴ Saken er tilgjengelig på Datatilsynets nettsider: <http://datatilsynet.no/>.

³⁵ Lov 14. april 2000 nr. 30 om behandling av personopplysninger.

³⁶ Stort. forh. nr. 162, 9. mars 2000, s. 2423-2479.

³⁷ Inst. S. nr. 122 (1999-2000).

regjeringen skulle omgjøre utslippskrav fastsatt av Statens forurensningstilsyn. Det rettslige spørsmålet Lovavdelingen ble bedt om å vurdere var om en slik omgjøring var tillatt etter forurensningsloven³⁸ § 18. Etter en omfattende drøftelse kom Lovavdelingen til at forurensningsloven ikke åpnet for en slik omgjøring. Før avstemningen i Stortinget erklærte derfor Bondevikregjeringen at den ville trekke seg dersom komiteflertallets forslag ble vedtatt i stedet for mindretallets. Da flertallets forslag ble vedtatt, endte det med at Bondevikregjeringen trakk seg fra regjeringsposisjonen.

Under Stortingets behandling av kabinettspørsmålet uttalte Bondevik:

”I komiteinnstillingens forslag I legger flertallet opp til å vedta at Regjeringen skal omgjøre de utslippskrav som fagorganet, Statens forurensningstilsyn, har fastsatt i henhold til forurensningsloven. Jeg vil her understreke at Regjeringen må forvise seg om hvorvidt det er mulig å realisere forslaget intensjon innenfor lovens rammer. Justisdepartementets lovavdeling har avgitt en omfattende uttalelse hvor dette bestrides. Det er ikke regjeringen som bestrider det, slik Stoltenberg har sagt, det er lovavdelingen som faktisk gjør det.”³⁹

I denne sammenheng uttaler Bondevik videre:

”Lovavdelingen er anerkjent i så vel de juridiske som det politiske miljø når det gjelder lovforståelse. Både regjering og storting må forholde seg til dens uttalelser på en seriøs måte.”⁴⁰

Det er tydelig at Carl I. Hagen deler Bondeviks oppfatning av Lovavdelingens posisjon, for ved replikkvekslingen uttaler han:

”La meg først få gi statsministeren ros for den prinsipielle holdning han hadde til den rettslige situasjon, og for at man skal legge avgjørende vekt i storting og regjering på hva lovavdelingen i Justisdepartementet uttaler når det gjelder hva

³⁸ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall.

³⁹ Stort. forh. nr 162 s. 2463.

⁴⁰ Stort. forh. nr. 162 s. 2463.

storting og regjering bør gjøre, og forholde seg til. Derfor har vi da heller ikke fremmet det forslag som var i innstillingen, og som Lovavdelingen sa ikke var i samsvar med loven.”⁴¹

Til slutt, og som svar på Jan Pettersens kommentar uttaler Bondevik:

”Jan Pettersen deler ikke statsministerens syn på jussen. Nå må jeg gjøre oppmerksom på at det som jeg refererte i mitt innlegg når det gjaldt de juridiske synspunktene omkring forholdet mellom gasskraftverk og forurensningsloven, var lovavdelingens synspunkter. Så i tilfelle deler ikke Jan Pettersen lovavdelingens syn, og det er selvsagt fullt ut tillatt. Men det er relativt dristig, med tanke på den posisjon som Justisdepartementets lovavdeling har.”⁴²

I denne saken blir Lovavdelingen og dens uttalelser tillagt meget stor vekt og autoritet. Selv om det forslaget Lovavdelingen mente var i strid med loven fikk flertall i Stortinget, er det tydelig at i hvert fall den daværende Regjeringen, tilla Lovavdelingens uttalelse stor betydning. Uttalelsen var faktisk en av faktorene som fikk Regjeringen til å trekke seg. Saken illustrerer ikke bare at landets øverste forvaltningsorgan legger stor vekt på Lovavdelingens tolkning av gjeldende rett, men at uttalelsene også kan få vidtrekkende politisk betydning. En del vil nok imidlertid mene at politikerne gikk litt langt i sine uttalelser om betydningen av Lovavdelingen og dens uttalelser.

3.7 Sammenfatning

Som nevnt er det vanskelig å si noe sikkert om i hvilken grad forvaltningen bruker uttalelsene fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen som rettskilder. Men eksemplene viser at det kan forekomme, og de har i enkelte av tilfellene også blitt tillagt stor vekt. Eksemplene viser også at uttalelsene i konkrete saker kan få meget stor betydning. At forvaltningen legger stor vekt på hva Sivilombudsmannen sier i en konkret sak, er en forutsetning for Sivilombudsmannsordningen, og er derfor kanskje ikke så unaturlig. Litt mer bemerkelsesverdig er det kanskje at Lovavdelingens uttalelser har fått meget stor betydning i noen av sakene, jeg tenker da spesielt på Bondevikregjeringens

⁴¹ Stort. forh. nr. 162 s. 2464-2465.

⁴² Stort. forh. nr. 162 s. 2465.

vektlegging av en av uttalelsene. Formelt er Lovavdelingens uttalelser rådgivende, men reelt blir de til tider oppfattet som om de var bindene. Det virker som den generelle oppfatningen i forvaltningen er at begge institusjonene har ganske stor autoritet.

4 Juridiske forfatteres bruk av Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser

4.1 Innledning

Det er også interessant å se på hvordan de ulike juridiske forfatterne og forskerne forholder seg til Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser. De ulike forfatternes bruk av uttalelsene kan gi et bilde på hvordan uttalelsene vanligvis oppfattes. Også på dette punkt vil det føre for langt å beskrive all bruk av uttalelsene, derfor har jeg bare tatt for meg noen få bøker for å illustrere hvordan noen forfattere forholder seg til uttalelsene. Jeg har valgt å se på fem forvaltningsrettslige bøker. Grunnen til det er at det bare er der det vil være aktuelt å bruke uttalelsene fra Sivilombudsmannen, i tillegg til at mange av uttalelsene fra Lovavdelingen også gjelder forvaltningsrett. Jeg skal også gi eksempler på hvordan eventuelle uttalelser er vist til. Disse eksemplene er mer eller mindre tilfeldig valgt.

4.2 Geir Woxholth: Forvaltningsloven med kommentarer

Woxholth henviser meget ofte både til Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser i boken "Forvaltningsloven med kommentarer".⁴³ Han har i tillegg laget et register over de uttalelsene han har henvist til. I forordet på s. 5 skriver han: "Det har også denne gang vært et hovedanliggende å gjengi trykt rettspraksis, Lovavdelingens praksis og Sivilombudsmannens uttalelser mest mulig fullstendig." Det virker som om et av formålene med boken blant annet er å gi en oversikt over hvordan Sivilombudsmannen og Lovavdelingen har tolket de ulike bestemmelsene i forvaltningsloven. Uttalelsene blir brukt som eksempler ved omtrent hvert eneste spørsmål.

⁴³ Woxholth 1999.

Et eksempel på at Woxholth henviser til Sivilombudsmannen er under behandlingen av forvaltningsloven § 10, som omhandler hvem habilitetsbestemmelsene i loven gjelder for. Det konkrete spørsmålet er om et upersonlig rettssubjekt faller inn under bestemmelsen. I denne sammenheng uttaler Woxholth på s. 167:

”Sivilombudsmannen uttaler klart i Årsmeldingen 1984 s 121 (den såkalte Titaniasaken) at inhabilitetsreglene ikke kan benyttes på et upersonlig rettssubjekt. I dette tilfellet gjaldt det et selskap som hadde mottatt oppdraget som sakkyndig. Jeg er enig i dette. Frihagen er av motsatt oppfatning, jf s 427. En annen sak er at ansatte i det selskap som er gitt oppdraget, vil kunne bli omfattet av inhabilitetsreglene.”

Woxholth uttaler her bare at han er enig med Sivilombudsmannen, og uenig med Frihagen. Han viser ikke til noen andre rettskildefaktorer hvor spørsmålet er berørt. En mulighet er at han er enig med Sivilombudsmannens uttalelse fordi han anser denne for å være en sterkere rettskilde enn juridisk litteratur, en annen mulighet er at han er enig i uttalelsen fordi han synes den reelt sett ga uttrykk for den beste løsningen. Det er derfor vanskelig å si med nøyaktighet hvor utslagsgivende uttalelsen i seg selv var.

Et eksempel på at Lovavdelingens uttalelser blir henvist til er under behandlingen av forvaltningsloven § 12 fjerde ledd, som bestemmer at dersom en part lar seg bistå av en fullmektig som ikke er advokat, skal det legges frem skriftlig fullmakt. En advokat trenger bare å gjøre dette dersom forvaltningsorganet krever det. Under behandlingen av dette spørsmålet uttaler Woxholth blant annet på s. 200: ”Det fremgår av Lovavdelingens uttalelse jnr 1423/82E at skriftlighetskravet må tas på ordet.” Ved spørsmålet om hvilke krav som kan stilles til innholdet i fullmakten uttaler han:

”Det må innfortolkes i første punktum at det ikke er tilstrekkelig at fullmakten er skriftlig; den kan heller ikke være helt generell i formen (generalfullmakt). Fullmakten må antagelig gjelde bestemte saker eller i ethvert fall partenes forhold til et bestemt organ, jf Lovavdelingens uttalelse jnr 1039/79E. Her ble det lagt til grunn at en bestemmelse i Norsk faglærerlags vedtekter om at laget skal ha fullmakt til å utøve partsrettigheter for medlemmene i ansettelsessaker, antagelig ikke kunne godtas. Mer tvilsomt kan spørsmålet være der fullmakten

ikke er helt generell, men likevel videre enn de saksbegrensede fullmaktene. Her bør løsningen muligens variere med sakens art, jf Lovavdelingens uttalelse i jnr 2571/76E.”

Woxholth viser her til Lovavdelingen ved tre anledninger, heller ikke her blir det trukket inn noen andre rettskilder. Det virker som han tar standpunkt til spørsmålene alene ut fra hva Lovavdelingen har uttalt. Det virker som han legger ganske stor vekt på hva Lovavdelingen uttaler om gjeldende rett.

Det kan spørres om Woxholth bruker uttalelsene bare for å eksemplifisere ulike tilfeller eller om han bruker dem som rettskildedefaktorer. Antagelig gjør han litt av begge deler. Noen ganger brukes uttalelsene for å illustrere hvilke tilfeller som kan rammes av bestemmelsene, mens andre ganger legger han til grunn at uttalelsene avgjør hvordan bestemmelsene skal tolkes. Man kan vel kanskje slutte at siden han retter såpass mye oppmerksomhet mot uttalelsene, så er det fordi han anser uttalelsene som relevante. Og at han mener det er av betydning hva de to institusjonene uttaler om gjeldende rett.

En annen sak er at Woxholths bruk av Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser kan bidra til at andre også begynner å bruke uttalelsene som rettskildedefaktorer. Særlig jusstudenter kan nok være ganske lettpåvirkelige når det gjelder rettskildebruk. Det er ikke helt utenkelig at dersom man ser at uttalelsen blir brukt som rettskilder i ulike litterære verk, så kan man få inntrykk av at de er det, og dermed begynne å bruke de slik selv.

4.3 Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen: Frihagens forvaltningsrett

Siden boken Frihagens forvaltningsrett⁴⁴ er nyskrevet av Bernt og Rasmussen, og i utgangspunktet ikke er bare en redigert utgave av en av Frihagens bøker, vil jeg i det følgende gå ut i fra det er Bernt og Rasmussens rettskildebruk som hovedsaklig gjenspeiles i boken. Også i denne boken er det et register over de ombudsmannsuttalelsene som det har blitt henvist til. Det er ikke et register over uttalelsene til Lovavdelingen, men også disse er henvist til ved enkelte anledninger. Om Sivilombudsmannen uttaler Bernt og Rasmussen på s. 92:

⁴⁴ Bernt 2003.

”Og fordi Sivilombudsmannen er en fremstående jurist, som er oppnevnt av Stortinget (§ 1) og som gir melding tilbake til dette hvert år (§ 12), vil de uttalelsene han eller hun kommer med bli tillagt stor vekt, både i den enkelte sak generelt.”

Bernt og Rasmussen tillegger altså uttalelsene en viss betydning. Ved behandlingen av forvaltningsloven § 6, som omhandler habilitetskrav, viser de for eksempel til flere av Sivilombudsmannens uttalelser. Et eksempel er når de skal forsøke å fastsette hva som ligger i uttrykket ”særegne forhold” i annet ledd. I den forbindelse uttaler de på s. 173:

”At forholdet er 'særegent' betyr ikke at det trenger være unikt. Vedkommende trenger ikke være den eneste som er i en slik situasjon. Sivilombudsmannen ga uttrykk for at det er tilstrekkelig om forholdet er ulikt fra hva som er tilfellet for svært mange, eller de fleste, i samme type situasjon (Somb 1998-9).”

I dette tilfellet bruker Bernt og Rasmussen en uttalelse fra Sivilombudsmannen for å klargjøre nærmere hva som ligger i begrepet ”særegne forhold”. I avsnittet overfor bruker de en Høyesterettsdom til å forklare en annen side av begrepet. Det er imidlertid ingen stor forskjell på hvordan de henviser til Sivilombudsmannen i forhold til hvordan de viser til Høyesterett. Både Høyesterettsdommen og uttalelsen fra Sivilombudsmannen blir brukt som steder å hente argumenter. Det ser med andre ord ut som uttalelsen fra Sivilombudsmannen blir brukt som en rettskilde.

Bernt og Rasmussen henviser ikke ofte til uttalelsene fra Lovavdelingen, og når de gjør det er det som regel via en annen forfatter. Et eksempel på en slik henvisning er ved spørsmålet om hvem som skal regnes som klageinstans etter § 28. Det konkrete spørsmålet de tar opp er hvem som er klageinstans når et underordnet organ formelt sett har truffet vedtaket, men i realiteten må man likevel si det er det overordnede organet som har truffet det, fordi de for eksempel har instruert det underordnede organet. Bernt og Rasmussen kommer til at i slike tilfeller må man anse det overordnede organet som førsteinstans, slik at klagen da må sendes til det organet som er over dette. Etter de har konkludert med dette, uttaler de videre i et petitavsnitt på s. 241:

”Se Frihagen, *Forvaltningsloven* s. 635 og Woxholth, *Forvaltningsloven* s. 376, som nevner en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling (jnr. 1823/76E) om en slik sak., [sic] hvor det ble lagt til grunn at en avgjørelse som formelt var truffet av en fylkesskattesjef, i realiteten var avgjort av Kommunaldepartementet.”

Det kan spørres om man her egentlig kan si at Bernt og Rasmussen bruker Lovavdelingens uttalelse som en rettskilde. På den ene side kan man kanskje si at siden de henviser til Woxholth som igjen viser til uttalelsen fra Lovavdelingen, så tillegger de indirekte uttalelsene relevans. På den annen side virker det ikke som de finner uttalelsene relevante når de sjelden henviser direkte til dem selv, i tillegg til at de ikke har et eget register over uttalelsene.

Nøyaktig hvilken relevans og vekt Bernt og Rasmussen tillegger Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser er vanskelig å si. Men siden de bruker uttalelsene fra de to institusjonene på så forskjellig måte, kan det virke som de tillegger uttalelsene fra Sivilombudsmannen større betydning enn uttalelsene fra Lovavdelingen.

4.4 Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett

Boken *Forvaltningsrett*⁴⁵ er egentlig en redigert utgave av Eckhoffs opprinnelige bok, men Eivind Smith har også tilført boken en del nytt, derfor vil jeg anta at det hovedsakelig er Smiths rettskildebruk som representeres i boken. Også i denne boken er det et register over de uttalelsene fra Sivilombudsmannen som det er henvist til. Derimot er det ikke et slikt register over uttalelser fra Lovavdelingen.

Et eksempel på at det er vist til en uttalelse fra Sivilombudsmannen er under behandlingen av forvaltningsloven § 36 første ledd, som gir en part en viss rett til erstatning dersom et vedtak har blitt endret til gunst for ham. Det er imidlertid bare kostnader som har vært ”nødvendige” for å få endret vedtaket som kan kreves erstattet. Ved drøftelsen av hva som ligger i uttrykket ”nødvendige” uttales det på s. 539:

⁴⁵ Eckhoff 1998.

”En part har f.eks. ikke krav på erstatning for utgifter til advokat hvis han burde ha forstått at det var tilstrekkelig å henvende seg direkte til forvaltningen for å få vedtaket endret. Men det kan vanskelig kreves at utgiftene objektivt sett var nødvendige. Det må være tilstrekkelig at parten hadde grunn til å tro at de var det, jfr. f.eks. Ombudsmannens melding for 1982 s. 116 og 1986 s. 89.”

Smith viser ikke til andre rettskilder når han konstaterer at det ikke kan kreves at utgiftene objektivt sett var nødvendige. Men ombudsmannsuttalelsen er referert til som et eksempel, hvilket taler for at uttalelsen ikke brukes som en rettskilde. Uttalelsene brukes imidlertid med jevne mellomrom, og de har som nevnt et register over dem, hvilket taler for at de har en viss betydning. Man kan kanskje slutte at de anser uttalelsene for å være en relevant rettskilde, men at de er noe forsiktige med legge for stor vekt på dem.

Lovavdelingens uttaleleser blir omtrent ikke vist til i boken. Og dersom de først blir vist til blir de som regel kritisert. Et eksempel er ved drøftelsen av om bevilgning av lån fra visse statlige kredittinstitusjoner skal regnes som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. I denne sammenheng uttales det på s. 466:

”I et rundskriv fra 1967 (d.v.s. før lovens ikrafttreden) trakk *Lovavdelingen* nokså snevre grenser om hvilke avgjørelser om lån som kunne anses som enkeltvedtak. Det sies her at det må dreie seg om lån som enten er rentefrie eller hvor renten er 'meget lav eller fiktiv' eller hvor det er gitt midlertidig rentefrihet (som ved studielån). Men senere er rammene i praksis trukket noe videre, og lovavdelingens syn er kritisert bl.a. av E. *Smith* i JV 4/1978 s. 128-39.

Det kan neppe sies at Lovavdelingens uttaleleser blir tillagt noen særlig betydning i boken. Uttalelsen i eksempelet blir nærmest brukt for å nevne at Lovavdelingen her tok feil. At Smith viser til sin egen kritikk av uttalelsen, forsterker inntrykket av at han ikke finner uttalelsene relevante.

Totalt sett virker det som Smith er ganske tilbakeholden med å legge for mye i uttalelsene fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen. I likhet med Bernt og Rasmussen ser det ut som Smith legger større vekt på uttalelsene fra Sivilombudsmannen enn på

uttalelsene fra Lovavdelingen. Men heller ikke disse ser ut til å ha noen nevneverdig stor betydning.

4.5 Hans Petter Graver: Alminnelig forvaltningsrett

I Gravers bok Alminnelig forvaltningsrett⁴⁶ er det ikke ført register over eventuelle uttalelser fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen. Men uttalelsene blir likevel vist til ved enkelte anledninger.

Et eksempel på bruk av en uttalelse fra Sivilombudsmannen er ved behandlingen av forvaltningsloven § 31 tredje ledd, som bestemmer at en klage ikke kan ”tas under behandling som klagesak dersom det har gått mer enn et år siden vedtaket ble truffet”. Graver uttaler i denne sammenheng på s. 445:

”Ettårsfristen er absolutt, og gjelder også selv om parten ikke har fått orientering om retten til å klage på vedtaket, se Sivilombudsmannens årsmelding 1985 s. 94.”

I dette eksempelet ser det ut som Graver bruker uttalelsen fra Sivilombudsmannen som en rettskilde. Han viser ikke til andre rettskildefaktorer når han kommer til at ettårsfristen er ”absolutt”, og at den gjelder selv om parten ikke har fått orientering om retten til å klage.

Graver viser ikke ofte til Lovavdelingens uttalelser, men det forekommer. Et eksempel er ved behandlingen av forvaltningsloven § 18, som gir en part innsynsrett i sakens dokumenter. Det konkrete spørsmålet han tar opp er hva som skal regnes som en sak og hva som skal regnes som flere saker, i relasjon til bestemmelsen, hvor det er snakk om et sakskompleks som berører mange parter. I denne sammenheng uttaler han på s. 399:

⁴⁶ Graver 1999.

”En eksamen er ikke en forvaltningssak, selv om man kan si at sensuren for alle studentene i og for seg er ledd i samme avgjørelsesprosess. Men det ville være uhensiktsmessig om enhver kunne kreve innsyn i alle eksamensbesvarelsene. Lovavdelingen har i en konkret sak tolket det slik at hver sensuravgjørelse i forhold til hver student er en sak; det er altså like mange saker som det er kandidater til eksamen (Lovavd. 2215/71E).”

I dette eksempelet ser det ut som Graver legger Lovavdelingens tolkning til grunn uten noen videre drøftelse av problemstillingen. Han viser heller ikke til noen andre rettskildefaktorer som verken støtter eller underbygger uttalelsen til Lovavdelingen. Det ser derfor ut som uttalelsen blir brukt som en rettskildefaktor, og ikke bare som et eksempel.

Det virker altså som Graver mener at uttalelsene fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen er relevante rettskildefaktorer. Hvor stor vekt han tillegger dem er imidlertid vanskeligere å avgjøre. I begge tilfellene ser det ut som han tillegger dem ganske stor betydning, siden han legger dem til grunn uten videre. På den annen side kan man ikke derfra slutte at han tillegger dem stor betydning, i forhold til andre rettskilder.

4.6 Inge Lorange Backer: Innføring i naturressurs- og miljørett

I likhet med Woxholth, Bernt/ Rasmussen og Eckhoff/ Smith har Backer et register over de ombudsmannsuttalelsene han har brukt i boken ”Innføring i naturressurs- og miljørett”.⁴⁷ Inge Lorange Backer har vært ekspedisjonssjef i Lovavdelingen siden 1995, men han ikke et slikt register over Lovavdelingens uttalelser, og det ser ikke ut som han viser til dem ved noen anledninger.

Et eksempel på at Backer viser til en uttalelse fra Sivilombudsmannen er under hans gjennomgang av delingsforbudet i jordlova § 12.⁴⁸ I denne sammenheng uttaler han på s. 181 blant annet:

⁴⁷ Backer 1999.

⁴⁸ Lov 12. mai 1995 nr. 23 om jord.

”Før 1965 inneholdt jordl. 1955 en forutsetning om at eiendommen måtte være over 2 daa, idet den unntok enkelttomter på inntil 2 daa fra delingsforbudet. Unntaksregelen ble sløyfet fordi den ga mulighet for suksessive fradelinger og fordi ulempene ved en fradeling kan være uavhengig av tomtens størrelse. Men også nå kan eiendommer under 2 daa neppe rammes av delingsforbudet, jfr. *Ombm.*1980 s. 53. Det er imidlertid ikke avgjørende om eiendommen er for liten til å utgjøre en selvstendig driftsenhet.”

Ved dette spørsmålet ser det ut som Backer legger Sivilombudsmannens uttalelse til grunn uten noen nærmere drøftelse av spørsmålet. Han viser heller ikke til noen andre rettskildefaktorer som støtter synspunktet om at eiendommer på under 2 daa fortsatt skal være unntatt fra delingsforbudet. Dette til tross for at loven faktisk har blitt endret med det for øyet at eiendommer på under 2 daa, ikke skal være unntatt. Backer drøfter ikke uttalelsen til Sivilombudsmannen i forhold til at lovgiver har bestemt det motsatte. Det er mulig at det er fordi formålet med lovendringen, som blant annet var å hindre suksessive fradelinger, fortsatt kan ivaretas.

Et annet eksempel på at han viser til en ombudsmannsuttalelse er når han skal fastslå innholdet av uttrykket ”særlege høve” i jordlova § 9. På s. 180 uttaler han om dette:

”Vilkåret ”særlege høve” reiser lignende tolkingsspørsmål som pbl. § 7 (se foran i kap. IX 4). I forhold til det samme kriteriet i jordloven av 1955 (§54) la Sivilombudsmannen til grunn at landbruksmyndighetene måtte ta stilling til om det forelå ”særleg høve” før de foretok en skjønnsmessig avveining av om det var grunn til å gi dispensasjon (*Ombm.* 1987 s. 147). Men en slik fremgangsmåte gir liten mening i lys av de pliktige hensyn som loven nå angir. Kriteriet ”særlege høve” må nå heller forstås som en markering av at dispensasjonsmyndigheten på ingen måte skal brukes så dispensasjon blir hovedregelen.”

Ved dette spørsmålet mener Backer at uttalelsen fra Sivilombudsmannen ikke lenger er gjeldende. Grunnen til det er at det har blitt vedtatt en ny jordlov, og at uttalelsen fra Sivilombudsmannen gjelder den gamle. At Backer mener at uttalelsen ikke lenger er gjeldende, betyr ikke nødvendigvis at han er uenig i at det var slik den gamle loven var å

forstå. Han mener bare at uttalelsen ikke kan gjelde den nye loven, siden reglene nå er fremstilt annerledes.

Det virker som Backer bruker uttalelsene fra Sivilombudsmannen som en rettskildefaktor, og at han tillegger uttalelsene en viss betydning. Det kan spørres om hvorfor han ikke viser til Lovavdelingens uttalelser, siden han er ekspedisjonssjef der. Om det er fordi han mener at uttalelsene fra Lovavdelingen ikke er en relevant rettskildefaktor eller om det er fordi han kanskje er for beskjeden til å vise til seg selv, er vanskelig å si. En annen mulig grunn kan være at han ikke fant noen uttalelser som var egnet til å belyse noen av spørsmålene i boken.

4.7 Sammenfatning

I den forvaltningsrettslige litteraturen, som jeg har sett på her, virker det som uttalelsene til Sivilombudsmannen gjennomgående blir betraktet som en relevant rettskildefaktor. Bruken av Lovavdelingens uttalelser har imidlertid vært varierende. I noen av bøkene er det ganske tydelig at uttalelsene har vært brukt som en relevant rettskilde. Men særlig i bøkene til Bernt/Rasmussen og Eckhoff/Smith ser det ut som det motsatte er tilfellet. I de tilfellene hvor uttalelsene til Sivilombudsmannen og Lovavdelingen har blitt brukt er det vanskelig å si noe sikkert om vektleggingen av dem, fordi det ikke er henvist til andre rettskilder. Men en viss betydning har de i hvert fall.

En grunn til at uttalelsene til Sivilombudsmannen blir tillagt større betydning enn uttalelsene til Lovavdelingen i den forvaltningsrettslige litteraturen, kan være fordi de to institusjonene har forskjellige roller overfor forvaltningen. Som nevnt i punkt 3.2 har Sivilombudsmannen en kontrollerende funksjon, mens Lovavdelingen har en rådgivende funksjon. Det er mulig at de juridiske forfatterne anser Sivilombudsmannens uttalelser for mer relevante, siden han i større grad kan sies å ”avgjøre” forvaltningsrettslige spørsmål. De fleste sakene Sivilombudsmannen avgjør vil aldri nå domstolene, og han får derfor ofte det siste ordet, selv om uttalelsene formelt sett ikke er bindende.

Man kan kanskje slutte at leserne av den forvaltningsrettslige litteraturen i større grad vil få inntrykk av at uttalelsene til Sivilombudsmannen er en relevant rettskildefaktor, enn at uttalelsene til Lovavdelingen er det.

5 Hvilken relevans og vekt bør uttalelsene ha?

5.1 Innledning

Selv om man kommer til at Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser faktisk brukes som en relevant rettskildefaktor, så kan man likevel spørre om i hvilken grad de bør være det og hvilken vekt de da eventuelt bør ha. Det kan også spørres om uttalelsene bør ha forskjellig vekt avhengig av hvilket rettsområde man er på og hvilken sammenheng man befinner seg i.

5.2 Ulike momenter

Som et argument for å tillegge Sivilombudsmannens uttalelser betydning, nevner Fliflet institusjonens forankring i Stortinget. Han uttaler:

”Institusjonen er videre forankret i lov, og Stortinget hatt gitt en instruks for virksomheten. Institusjonen skal være uavhengig av forvaltningen, og institusjonens selvstendige, frie og ubundne stilling skulle være egnet til å styrke tilliten til de uttalelser som avgis. Ombudsmannens demokratiske ambisjon og institusjonens forankring i Stortinget bidrar til å gi ombudsmannens mening legitimitet og dermed også rettslig tyngde.”⁴⁹

Jeg er enig i at Sivilombudsmannens forankring i Stortinget er et moment som gjør at Sivilombudsmannen og hans uttalelser bør komme i en annen stilling enn for eksempel annen juridisk litteratur. Men jeg tror dette momentet har større tyngde som et argument for at forvaltningen bør følge uttalelsene, enn for at domstolene bør gjøre det. Jeg synes ikke forankringen i Stortinget nødvendigvis er noe argument for at uttalelsene har ”rettslig tyngde”, i den forstand at de bør ha stor vekt. Men et argument for at uttalelsene bør anses å være en relevant rettskildefaktor er det nok.

At Sivilombudsmannen har en selvstendig og ubundet stilling er etter min mening et moment som gjør det mindre betenkelig at andre rettsanvendere legger vekt på uttalelsene. Som nevnt har også Lovavdelingen en selvstendig rolle uavhengig av departementsledelsen når det gjelder sine uttalelser. Institusjonenes uavhengighet sikrer

⁴⁹ Fliflet 1997 s. 318-319.

i en viss grad at uttalelsene ikke er influert av en bestemt politisk holdning. Men, som sagt, dette gjør det bare mindre betenkelig å legge vekt på uttalelsene, det er ikke et argument for at uttalelsene er relevante eller har stor vekt.

Boe mener at Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser kommer i en særstilling fordi de ”skriver seg fra kyndig juridisk hold”.⁵⁰ Boe nevner spesielt at Lovavdelingen er kjent for å ansette dyktige jurister og for å legge mye arbeid i sine tolkingsuttalelser. Dette må imidlertid også kunne sies om Sivilombudsmannens kontor. Når det gjelder Sivilombudsmannens kontor uttaler Fliflet:

”Det er viktig også å fremheve at ombudsmannen i sitt arbeid har til disposisjon et godt fungerende, solid og sammensatt kontor. Ombudsmannens saksbehandlere er ansatt av institusjonens tilsettingsråd, og kontorsjefene ansettes av Stortingets presidentskap. Stillingen lyses ut og besettes i konkurranse.”⁵¹

I denne sammenheng kommer også saksbehandlingen i de to institusjonene inn. Om saksbehandlingen hos Sivilombudsmannen uttaler Fliflet:

”Saksbehandlingen er lagt opp slik at sakene utredes og gjennomgås grundig – i flere ledd. Arbeidet som ligger til grunn for ombudsmannsuttalelsene er med andre ord i utpreget lagarbeid mellom flere jurister. Det avgjørende ord har ombudsmannen, men sakene avgjøres ikke på grunnlag av noe soloarbeid fra ombudsmannens side.”⁵²

Også i Lovavdelingen går sakene gjennom flere ledd. Sakene går som oftest først til en av førstekonsulentene, så til en av lovrådsgiverne og deretter til avdelingsdirektøren. Dersom det er uenighet mellom disse, eller sakens viktighet tilsier det, blir saken også forelagt ekspedisjonssjefen. Ved hastesaker hender det imidlertid at saken går rett til en av lovrådsgiverne. Avdelingen er delt i tre enheter: Enheten for strafferett og prosess,

⁵⁰ Boe 1996 s. 283.

⁵¹ Fliflet 1997 s. 319.

⁵² Fliflet 1997 s. 319.

enheten for privatrett og enheten for offentligrett. Fordelingen av sakene innad i de ulike enhetene foregår i praksis slik at saken gis til den som antas å ha størst ekspertise på det aktuelle området.

At de to institusjonene har dyktige jurister og at saksbehandlingen er grundig øker sannsynligheten for at uttalelsene har en høy kvalitet, hvilket igjen taler for at de bør anses relevante og etter omstendighetene kan tillegges en viss vekt.

Fliflet nevner videre at både klageren og forvaltningen får sagt sin mening, slik at ombudsmannen får sett saken fra flere sider før han treffer en beslutning. Som også Fliflet er inne på, er imidlertid ikke alle sakene like opplyste, det gjelder særlig de sakene hvor det er en tredjepart inne i bildet. Fliflet advarer mot å legge for stor vekt på de uttalelsene hvor en eventuell tredjepart ikke har fått fremmet sin side av saken, for eksempel i byggesaker. Jeg er enig i dette. Som nevnt i punkt 3.4.2, ser også Gjertsen på dette som en svakhet ved noen av uttalelsene. Jeg mener derfor at de mer generelle uttalelsene bør ha størst betydning.

Heller ikke Lovavdelingens saker er alltid like opplyste. Når Lovavdelingen får en forespørsel om de kan uttale seg om et spørsmål, kommer de som regel med en uttalelse på bakgrunn av de opplysningene de fikk i første omgang. Det er sjelden det foregår noen nærmere brevveksling mellom Lovavdelingen og den som ba om uttalelsen. Det er altså ikke sikkert at alle momentene som burde ha blitt tatt i betraktning nødvendigvis har blitt det. Denne faktoren bør bli tatt i betraktning ved vurderingen av uttalelsenes vekt. Jeg tror imidlertid at de uttalelsene som Lovavdelingen avgir og som omhandler et av de områdene de selv har bidratt i lovgivningen kan ha en bedre kvalitet, siden de der har en særlig ekspertise innen faget.

Fliflet nevner også det bør vises forsiktighet med å tillegge de uttalelsene som går imot borgerne for stor vekt. I den forbindelse sikter han særlig til de uttalelsene som er avgitt på grunnlag av en såkalt forenklet saksbehandling etter sivilombudsmannsloven § 6 fjerde ledd. Etter denne bestemmelsen er det opp til Sivilombudsmannen å avgjøre om en klage gir tilstrekkelig grunn til behandling. Sivilombudsmannen må i disse tilfellene ta stilling til realiteten i forvaltningens vedtak, men saken blir ikke forelagt for forvaltningen dersom saken ikke blir fremmet. En slik avgjørelse er altså ikke truffet etter en like grundig gjennomgang som de andre uttalelsene og forvaltningen bør ikke

bruke disse uttalelsene mot borgerne. Jeg er enig i dette. Jeg mener også at dette momentet kan ha overføringsverdi til domstolene og andre rettsanvendere. Heller ikke andre bør legge for mye i disse uttalelsene.

Det kan også spørres om hvilken vekt de uttalelsene som går i mot borgerne, men som er gjennomgått alminnelig saksbehandling bør ha. Dette spørsmålet kan også være aktuelt å stille når det gjelder Lovavdelingens uttalelser. Om Lovavdelingens arbeid har Jan Skåre uttalt:

”Det er i og for seg klart at i enkelte av de *generelle* saker som forberedes i Lovavdelingen, er det et hovedhensyn å beskytte enkeltindividets interesser. Forvaltningsloven og loven om personregister er eksempler på dette. De lover og forskrifter som blir resultatet av departementets overveielser, er imidlertid basert på en avveining av mellom hensynet til den enkelte og hensynet til samfunns- og gruppeinteresser m.v. På denne bakgrunn vil det ikke være prinsipielt riktig å ta som utgangspunkt at tolkingstvil skal komme den enkeltperson til gode som avgjørelsen ellers vil være negativ for.”⁵³

En viktig forskjell er det imidlertid mellom Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser på dette punkt. Sivilombudsmannen har som hovedoppgaven å beskytte borgerne mot myndighetsmisbruk, for Lovavdelingen derimot er det kanskje et hensyn de ønsker å fremme, men det er ikke deres hovedoppgave. Det vil derfor være mer betenkelig å bruke Sivilombudsmannens uttalelser mot borgerne enn Lovavdelingens. I begge tilfeller bør man imidlertid etter min mening være forsiktig med å overvurdere dette momentet, for som Skåre er inne på, hensynet til den enkelte må avveies mot andre hensyn. For Sivilombudsmannens vedkommende kan dette illustreres med de to underrettsavgjørelsene jeg tidligere har referert til.⁵⁴ I begge dommene var det andre hensyn som spilte inn, selv om disse ikke ble uttrykkelig nevnt i dommene.

Som argumenter for at Sivilombudsmannens uttalelser verken har eller bør ha noen rettskildemessig betydning nevner Fleischer at ”Sivilombudsmannen kan ikke en gang

⁵³ Skåre 1979 s. 85-86.

⁵⁴ UTV 2004 s. 47 og RG 2001s. 467, se punkt 2.2.2 for nærmere omtale av disse.

avgjøre den enkelte sak med bindende virkning”.⁵⁵ Dette kan hevdes om Lovavdelingens uttalelser også, siden disse bare er rådgivende. Rent formelt er det riktig at Sivilombudsmannens uttalelser ikke er bindende. Reelt sett har imidlertid forvaltningen nærmest en plikt til å rette seg etter Sivilombudsmannen avgjørelser. Jeg har tidligere vært inne på at sivilombudsmannsordningens likhetstrekk med domstolskontrollen. Jeg vil heller ikke si at det at en uttalelse er eller kan være bindende, er en forutsetning for om den kan ha rettskildemessig betydning. Det er for eksempel allment akseptert at forarbeider er en rettskildefaktor, men disse innebærer ikke en bindende beslutning for noen. Nå er det imidlertid andre grunner til at forarbeider anses å være en rettskilde, for eksempel at de gir uttrykk for lovgiverviljen og således kan gi nyttige bidrag ved lovtolkingen. Men, på den annen side er jo nettopp dette som er spørsmålet her også; om Sivilombudsmannen og Lovavdelingens uttalelser kan være nyttige kilder når man skal finne frem til gjeldende rett.

Et annet argument for at Sivilombudsmannens uttalelser bør være en relevant rettskildefaktor, er institusjonens praktiske betydning. Sivilombudsmannen uttaler seg om forvaltningsrettslige spørsmål i mye større grad enn det domstolene gjør. En stor del av disse forvaltningsrettslige spørsmålene vil heller aldri nå domstolene. Uttalelsene blir også regelmessig gjengitt i Sivilombudsmannens årsmeldinger, som igjen blir publisert på Sivilombudsmannens hjemmesider på internet. Uttalelsene blir også gjengitt i juridisk litteratur. Det er altså grunn til å tro at uttalelsene blir lest av mange og er godt kjent. Det vil derfor ikke stride med prinsippet om forutberegnelighet å legge vekt på uttalelsene. En del vil kanskje også ha forventninger om at uttalelsene blir fulgt av domstolene og andre.

Lovavdelingens uttalelser blir ikke like regelmessig publisert på samme måte som Sivilombudsmannens. Det er først i den senere tid at uttalelsene har blitt publisert på internet. En del av uttalelsene blir imidlertid også gjort kjent gjennom juridisk litteratur, så det kan vel antas at uttalelsene er rimelig godt kjent.

⁵⁵ Fleischer 1998 s. 224.

5.3 Konklusjon

Etter min mening bør uttalelsene fra Sivilombudsmannen og Lovavdelingen anses å være relevante rettskildefaktorer. Men de bør ikke brukes for mer enn det de strengt tatt er verdt. Dersom de skal brukes som et argument, bør man ta de svakhetene uttalelsene har i betraktning. Det bør videre skilles mellom de forskjellige uttalelsene. Etter min mening har for eksempel de uttalelsene til Sivilombudsmannen, hvor det har vært tredje parter inne i bildet, så store svakheter at de ikke bør tillegges vekt. De mer generelle uttalelsene derimot, bør det etter min mening legges større vekt på. Jeg synes også at det kan legges mer vekt på de uttalelsene fra Lovavdelingen som angår deres egen lovgivning. Kvaliteten på uttalelsen og hvor overbevisende de er i seg selv bør spille en rolle for hvor stor vekt uttalelsene eventuelt kan tillegges. Alle uttalelsene fra Lovavdelingen og Sivilombudsmannen er ikke like gjennomtenkte og bør således ikke tillegges for stor vekt.

Vekten av dem bør også avhenge av hvilke andre rettskildefaktorer man har tilgjengelig. Etter min mening kan uttalelsene plasseres i kategorien juridisk litteratur, eller rettsoppfatninger som noen også kaller det. I noen tilfeller bør de kanskje også ha en noe høyere rang enn annen juridisk litteratur, siden de er et produkt av flere juridisk kyndige personer og på grunn av institusjonenes rolle i jussen.

6 Avsluttende bemerkninger

Det kan legges til grunn at Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser i visse tilfeller har blitt brukt som rettskildefaktorer av ulike rettsanvendere, men vektleggingen av dem har vært varierende. I stor grad samsvarer den faktiske bruken med hvordan uttalelsene etter min mening bør brukes, men ikke alltid. Dommen fra Oslo tingrett av 20. mars 2003 går vel kanskje noe langt i vektleggingen av uttalelsen fra Lovavdelingen. Det gjenstår å se hvordan domstolene vil forholde seg til uttalelsene i fremtiden. Til nå har det foregått en liberalisering i rettskildebruken, så dersom den utviklingen fortsetter er det ikke umulig at uttalelsene vil få større betydning.

Det kan imidlertid være ønskelig med en avklaring på uttalelsenes rettskildemessige betydning. En uklar rettskildesituasjon medfører visse ulemper. For det første kan uklarhet med hensyn til hvilke rettskilder som er tillatte å ta i betraktning være et rettssikkerhetsproblem. Jo mer broket og uklar rettstilstanden er, jo mindre forutberegnlig blir borgernes rettsstilling. For det andre kan et uklart rettskildebilde være prosesskapende, i den forstand at dersom rettskildesituasjonen er uklar kan fort også rettstilstanden bli det. I tillegg kan spørsmålet om en rettskildes relevans og vekt bli avgjørende for hvem som vinner frem i en rettslig konflikt.

Det kan også reises spørsmål om hvordan man skal oppnå et mest mulig objektivt svar på hvilken rettskildemessig betydning Sivilombudsmannens og Lovavdelingens uttalelser skal ha. For man kan ikke helt se bort i fra at de fleste rettsanvendere, enten det dreier seg om juridiske forfattere, forvaltningen eller domstolene, ikke alltid er like objektive i sine vurderinger. Det kan for eksempel være fristende å justere uttalelsenes relevans og vekt opp eller ned, i ulike saker, for å lette den juridiske argumentasjonen og for å lettere nå frem til et ønsket resultat. I punkt 3.4.3 nevnte jeg nettopp dette som en mulig årsak til at Plan- og bygningsetaten valgte å følge Lovavdelingens uttalelse om plan- og bygningsloven § 26. Uttalelsen var i dette tilfellet til fordel for dem. Selv om det kanskje er godtatt at jussen har et relativt preg, er det ikke nødvendigvis ønskelig med for store variasjoner i rettskildebruken, da dette lett kan føre til uforutsigbarhet. Den eneste muligheten man har til å få et objektivt svar på hvilken betydning uttalelsene skal ha, er kanskje at Stortinget bestemmer det gjennom lovgivningen. Vi har imidlertid ingen tradisjon for å lovfeste rettskildeprinsippene i norsk rett, og jeg tror neppe at det kommer til å skje med det første.

7 LITTERATUR OG KILDER

- Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturressurs- og miljørett*. 3. utg. Oslo, 1999
- Bernt, Jan Fridthjof. *Frihagens forvaltningsrett*. Jan Fridthjof Bernt, Ørnulf Rasmussen. B.1. Bergen, 2003
- Boe, Erik. *Innføring i juss*. Oslo, 1996
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. ved Jan Helgesen. Oslo, 2000
- Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6.utg. ved Eivind Smith. Oslo, 1998
- Eckhoff, Torstein. *Lovavdelingens Rettsskapende uttalelser*. I: Festskrift Lovavdelingen- 100 år 1885-1985. Oslo- Bergen- Stavanger- Tromsø, 1986, s.89-103
- Fleischer, Carl August. *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo, 1998
- Fliflet, Arne. *Stortingets ombudsmann, forvaltningsretten og rettskildelæren*. I: Ånd og rett: Festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. august 1997. Oslo, 1997, s. 315-324
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig Forvaltningsrett*. Oslo, 1999
- Retlig polycentri*. Redigeret af Peter Blume og Hanne Petersen. [København], 1993
- Skåre, Jan. *Rettskapende forvaltningsorganer; Justisdepartementets lovavdeling*. I: Festskrift Lovavdelingen- 100 år 1885-1985. Oslo- Bergen- Stavanger- Tromsø, 1986, s. 81-88
- Woxholth, Geir. *Forvaltningsloven: med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 1998

RETTSPRAKSIS

Høyesterettsavgjørelser

Rt 1998 s. 1357

Rt 1999 s. 408 (Garasjedommen)

Rt 2002 s. 683 (Vassøy Canning)

Underrettsavgjørelser

Oslo byrett- Dom avsagt 22.09.2000. Publisert i RG 2001 s. 467

Oslo tingrett- Dom avsagt 20.03.2003. Lovdata: TOSLO-2002-07892
Oslo tingrett- Dom avsagt 14.11.2003. Lovdata: TOSLO-2002-05517

ELEKTRONISKE KILDER

Statssekretær Harald Solbergs tale i Skatterevisorenes Forening, 26.09.2003,
http://www.samarbeidsforum.no/artikler/departement/finans/fin_2003-09-26.htm

Årsrapport om menneskerettigheter 1998,
<http://odin.dep.no/ud/mr/innsats/aarsrapport/032111-990030/hov004-bu.html>

Avklaring fra Lovavdelingen: Offentlighetslov og personopplysningslov, publisert på
Datatilsynets nettsider 05.08.2004, http://www.datatilsynet.no/dtweb/art_1620.html

