

RELEVANS OG VEKT AV SIVILOMBUDSMANNENS UTTALELSER

Er Sivilombudsmannens uttalelser en relevant rettskildefaktor når det skal tas stilling til hva som er gjeldende rett på et område, og hvilken vekt skal ombudsmannens uttalelser eventuelt tillegges sett i forhold til andre relevante rettskildefaktorer?

Kandidatnummer: 219

Veileder: Jon Gauslaa

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 17978 ord

01.05.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Avhandlingens to hovedproblemstillinger	1
1.1.1	Relevans	1
1.1.2	Vekt	2
1.2	Avgrensninger	2
1.2.1	Slutningsprinsippene.....	2
1.2.2	Polysentri	3
1.2.3	Sivilombudsmannens uavhengige stilling.....	4
1.3	Begrepsavklaringer	6
1.3.1	Rettsregel – Rettsspørsmål.....	6
1.3.2	Rettsanvendelse	6
1.3.3	Rettskildelære	6
1.3.3.1	Generelt.....	6
1.3.3.2	En presisering.....	8
1.3.4	Rettskildeprinsipp.....	8
1.3.5	Rettskildefaktor	9
1.3.6	Sivilombudsmannens uttalelser	9
1.4	Metode	9
1.5	Oppgavens videre oppbygning	10
<u>2</u>	<u>PRESENTASJON AV SIVILOMBUDSMANNEN</u>	12
2.1	Innledning	12
2.2	Historikk	12
2.3	Organisasjon	12
2.3.1	Ulike betydninger av ordet Sivilombudsmannen.....	14

2.4	Plassering i statsapparatet	14
2.5	Arbeidsoppgaver.....	15
2.6	Saksbehandling	17
2.6.1	Når kan man klage til Sivilombudsmannen?	17
2.6.2	Klagebehandlingen hos Sivilombudsmannen	18
2.7	Kompetanse i klagesaker	19
2.7.1	Maktmidler	19
2.7.2	Presisering av hva som menes med "uttalelse"	20
2.7.3	Prøvelsesadgangen.....	21
3	<u>ER SIVILOMBUDSMANNENS UTTALELSER EN RELEVANT</u>	
	<u>RETTSKILDEFAKTOR?</u>	<u>21</u>
3.1	Hva vil det si at noe er relevant?	21
3.2	Hvilke faktorer er relevante?	22
3.3	Grunnkrav til relevans	22
3.3.1	Personell kompetanse	22
3.3.2	Materiell kompetanse.....	23
3.3.3	Prosessuell kompetanse	23
3.4	Selvstendig og uselvstendig relevans	23
3.5	Har rettsanvenderen plikt til å ta rettskildefaktorene i betraktning?	24
3.6	Relevanslista.....	24
3.7	Er det konsensus i teorien om at Sivilombudsmannens uttalelser er en relevant	
	rettskildefaktor?	26
3.7.1	Boes standpunkt.....	26
3.7.2	Fleischers standpunkt.....	27
3.7.3	Oppsummering	30
3.8	Hvordan kan man avgjøre om en faktor har status som rettskildefaktor?.....	31

3.8.1	Innledning.....	31
3.8.2	Introduksjon til grunnleggende rettsteorier.....	32
3.8.3	Naturrett og rettspositivisme.....	32
3.8.3.1	Naturrett	32
3.8.3.2	Rettspositivisme	33
3.8.4	Normativisme og rettsrealisme	34
3.8.4.1	Normativisme.....	34
3.8.4.2	Rettsrealisme.....	34
3.8.5	Oppsummering	37
3.9	Hvilke hensyn eller kriterier gir rettskildefaktorene deres berettigelse?	37
3.9.1	Autoriserings- og legitimeringssystemet	38
3.9.2	Redegjørelse for de prinsipper som legitimerer rettskildefaktorene	38
3.9.3	Generelle betraktninger om rettskildefaktorenes legitimitet.....	39
3.10	Hvilke hensyn taler for at Sivilombudsmannens uttalelser bør ha status som rettskildefaktor?	40
3.10.1	Politisk legitimitet.....	40
3.10.2	Rasjonalitet og moralsk legitimitet	41
3.10.3	Rettsikkerhet.....	41
3.11	En gjennomgang av rettspraksis	42
3.11.1	Innledning	42
3.11.2	Noen utvalgte dommer.....	43
3.11.2.1	Innledende bemerkninger.....	43
3.11.2.2	Journaldommen i Rt. 1977 s. 1035.....	44
3.11.2.3	Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1978 s. 1214. Dissens 4-1.....	44
3.11.2.4	Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1980 s. 485. Enstemmig	44
3.11.2.5	Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1980 s. 1070. Enstemmig	45
3.11.2.6	Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1995 s. 109. Enstemmig	45
3.11.2.7	Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2000 s. 1056. Dissens 3-2.....	45
3.11.2.8	Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse. Inntatt i Rt. 2000 s. 1141	46
3.11.3	Analyse av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2002 s. 683. Enstemmig	46
3.11.3.1	Generelt.....	46
3.11.3.2	Forholdet til forvaltningspraksis	48
3.11.3.3	Forholdet til de reelle hensyn	49

3.12	Konklusjon	50
4	<u>HVILKEN VEKT HAR SIVILOMBUDSMANNENS UTTALELSER?</u>	50
4.1	Generelt om vekt.....	50
4.2	Hvilke særtrekk ved Sivilombudsmannens uttalelser påvirker egenvekten?	52
4.2.1	Alder	52
4.2.2	Tydelighet.....	53
4.2.3	Grundighet.....	53
4.2.4	Spesifikasjon.....	53
4.2.5	Massivitet.....	54
4.2.6	Publisering	54
4.3	Hvilke momenter påvirker den generelle vekten til Sivilombudsmannens uttalelser?	55
4.3.1	Plasseringen i det offentlige styringsverket og den konstitusjonelle forankringen.....	55
4.3.2	Uavhengighet.....	56
4.3.3	Klageinstans.....	56
4.3.4	Spesialisering.....	57
4.3.5	Juridisk kompetanse.....	57
4.3.6	Beslutningsgrunnlag – ”sakens opplysning”.....	58
4.3.7	Grundig saksbehandling	58
4.4	Tanker omkring enkelte typetilfeller	59
4.4.1	Generelt	59
4.4.2	Lovtekst	61
4.4.3	Rettspraksis.....	61
4.4.4	Forvaltningspraksis.....	62
4.4.5	Juridisk teori	62
4.4.6	Reelle hensyn.....	63
5	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	A

1 Innledning

Det å ta stilling til juridiske spørsmål er en regelstyrt prosess. Den som vil løse rettsspørsmål på en forsvarlig måte, må følge de regler og anvisninger som oppstilles i rettskildelæren. Rettskildelæren bør derfor ligge til grunn for all rettsanvendelse. De svarene man finner gjennom arbeid med grunnleggende metoderettslige spørsmål, har ofte stor overføringsverdi til tilgrensende emner i jussen. Det er denne erkjennelsen som er min hovedmotivasjon for å skrive en metodeoppgave.

Interessen for Sivilombudsmannen skriver seg fra et praktikantopphold jeg har tilbakelagt der. I løpet av min tid hos Sivilombudsmannen ble jeg oppmerksom på hvilken særegen posisjon Sivilombudsmannen har i det norske styringsverket. Formålet med avhandlingen er å sette søkelyset på hvilken stilling Sivilombudsmannens uttalelser har etter gjeldende rettskildelære. Avhandlingens hovedfokus er rettet mot den generelle betydningen av Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor.

1.1 Avhandlingens to hovedproblemstillinger

I Boe sin fremstilling av rettskildelæren inndeles rettskildeprinsippene i kategoriene relevans, slutning og vekt.¹ Ifølge forfatteren kan ethvert metoderettslig problem løses ved hjelp av disse prinsippene. På denne bakgrunn har jeg formulert to hovedproblemstillinger for avhandlingen.

1.1.1 Relevans

Den første hovedproblemstillingen knytter seg til spørsmålet om Sivilombudsmannens uttalelser er en relevant rettskildefaktor. Skal eller kan en rettsanvender bruke Sivilombudsmannens uttalelser som rettslig argumentasjon ved løsning av et rettslig spørsmål?

¹Boe (1996) kapittel 14.

Juridiske lærebokforfattere er øyensynlig splittet i synet på om Sivilombudsmannens uttalelser er en relevant rettskildefaktor.² Til tross for at det er delte meninger om spørsmålet tillater jeg meg å reise hovedhypotesen – Sivilombudsmannens uttalelser er en relevant rettskildefaktor.

1.1.2 Vekt

Den andre hovedproblemstillingen omhandler spørsmålet om hvilken vekt Sivilombudsmannens uttalelser generelt skal ha i forhold til de øvrige rettskildefaktorene.

Moderne rettskildelære gjør bruk av et bredt spekter av rettskildefaktorer. Det er forklaringen på vektprinsippenes sentrale betydning i dagens rettskildelære.

Vektprinsippene er vage av karakter. Det er ikke mulig å fastslå nøyaktig hvor stor vekt Sivilombudsmannens uttalelser på generelt grunnlag skal ha. Rettskildemessig vekt er med andre ord ingen konstant størrelse. Det er derfor ikke treffende å snakke om absolutt vekt i metodesammenheng. Konsekvensen av dette er at man i vektspørsmål er henvist til å stille variable størrelser opp mot hverandre. Dette medfører at Sivilombudsmannens uttalelser kun kan ha relativ vekt i forhold til de andre rettskildefaktorene. Det er likevel mulig å si en god del om vektspørsmålet.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Slutningsprinsippene

I denne avhandlingen har jeg valgt å utelate en egen drøftelse av slutningsprinsippene. Begrunnelsen for denne avgrensningen ligger i det faktum at slutningsprinsippene, herunder tolking i snever forstand, i prinsippet er like for alle rettskildefaktorene. Det finnes riktignok mindre variasjoner i slutningsprinsippenes innhold fra rettskildefaktor til rettskildefaktor. For eksempel går man frem på en litt annen måte når man skal tolke en sedvane, enn når man tolker en høyesterettsdom. Sivilombudsmannens uttalelser har imidlertid ingen særegenheter som skulle gjøre slutningsspørsmålet spesielt komplisert.

² Spesielt Boe (1996) og Fleischer (1998) ser ut til å ha ulikt syn på dette.

Tvert om passer de alminnelige slutningsprinsippene godt på Sivilombudsmannens uttalelser, da uttalelsene er skriftlige og formulert i et lettfattelig juridisk språk.

Jeg har funnet det hensiktsmessig å fokusere på det særegne ved Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor. I en slik sammenheng blir det ikke plass til en drøftelse av slutningsprinsippene.

1.2.2 Polysentri

Det er i teorien satt spørsmålsteget ved oppfatningen om at retten er uttrykk for et hierarkisk ordnet system med felles utspring i staten. Dette har ført til en diskusjon om det eksisterer ett eller flere rettsentra, herunder om det finnes konkurrerende rettskildelærer.³ Debatten har sitt utspring i at ulike grupper av rettsanvendere ikke nødvendigvis benytter samme fremgangsmåte, når de løser juridiske spørsmål.⁴ Juridiske metoderettslige fremstillinger trekker ofte frem forskjeller i rettskildebruken til henholdsvis forvaltningen og domstolene. Årsaken til at slike variasjoner oppstår er først og fremst at ulike grupper av rettsanvendere har forskjellige oppgaver i samfunnet. Enkelte har vært inne på at det kan være mer hensiktsmessig å operere med flere alternative rettskildelærer, fremfor å presse alt inn i en. Det er imidlertid liten tvil om at det er den domstolsbaserte rettskildelæren som innehar den sentrale posisjonen i moderne rettskildelære.⁵ Dette har sammenheng med at domstolene, og især Høyesterett, avgjør de fleste rettsspørsmål i siste instans. Rettskildebruken til Høyesterett må i lys av dette antas å ha en normerende effekt på rettskildebruken til andre rettsanvendere. Flertallet av juridiske fremstillinger som tar for seg den juridiske metode har tatt utgangspunkt i domstolenes rettskildebruk.⁶

³ Zahle, Henrik. I: Festskrift til Torstein Eckhoff. Oslo, 1986, s. 752-756.

⁴ Fleischer (1998) s. 401 flg. mener det er uholdbart med variasjoner i rettskildebruken mellom ulike grupper av rettsanvendere. Boe (1996) s. 201 flg. er av stikk motsatt oppfatning.

⁵ Se den utførlige redegjørelsen for dette i avhandlingens punkt 3.8.

⁶ Se f. eks. Eckhoff ved Helgesen (2001) s. 17 og Helset i Jussens Venner (1986) s. 265.

Helset trekker frem tre gode grunner for å ta utgangspunkt i domstolenes rettskildebruk.⁷ Som allerede nevnt er domstolenes rettskildebruk et forbilde for andre rettsanvendere. Videre ville en rettskildelære som tok høyde for alle variasjonene i rettskildebruken mellom rettsanvenderne bli uforholdsmessig omfangsrik og komplisert. I tillegg måtte den ha bygget på mange usikre antakelser, da man ennå ikke har kartlagt alle variasjonene mellom ulike grupper av rettsanvendere. På denne bakgrunn begrenses resten av avhandlingen til kun å omfatte domstolenes rettskildebruk.

1.2.3 Sivilombudsmannens uavhengige stilling

Maktfordelingsprinsippet bygger på tanken om en tredeling av statsmakten i lovgivende, utøvende og dømmende makt. Stortingets ombudsmann for forvaltningen – Sivilombudsmannen – utnevnes og lønnes av Stortinget, jf. henholdsvis Grunnloven § 75 første ledd litra l og lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 22. juni 1962 nr.8 §§ 13 og 14. Stortinget utgjør den lovgivende makt i henhold til maktfordelingsprinsippet, og det er herfra Sivilombudsmannen utleder sitt mandat. Sivilombudsmannen er satt til å kontrollere forvaltningen. Forvaltningen tilhører den utøvende makt.

Det er alminnelig antatt at forvaltningen i praksis følger Sivilombudsmannens henstillinger og anbefalinger.⁸ Dersom man legger denne antakelse til grunn, kan man hevde at Sivilombudsmannens uttalelser er styrende for forvaltningspraksis på det aktuelle området. Da forvaltningen ofte føler seg sterkere bundet av egen praksis enn andre grupper av rettsanvendere, får Sivilombudsmannen i så fall en ikke ubetydelig innflytelse over forvaltningen. Spørsmålet er om dette er uheldig av hensyn til maktfordelingsprinsippet. Problemstillingen blir først interessant dersom det foreligger en mulighet for at Stortinget på en eller annen måte, bevisst eller ubevisst, kan påvirke Sivilombudsmannen i hans arbeid. Dersom Stortinget, gjennom Sivilombudsmannen, kan tenkes å øve innflytelse på

⁷ Helset i Jussens Venner (1986) s. 265.

⁸ Andenæs (1998) s. 309, Fredriksen (1997) s. 54, Frihagen (1981) s. 104, Sandene i LoR (1979) s. 395, samt Rt. 2002 s. 683 (s. 692).

områder som tilligger den utøvende makt, må ombudsmannsordningen kunne sies å være en uheldig konstruksjon i så henseende. Et alternativ til ombudsmannsordningen kunne i så fall være et system med forvaltningsdomstoler.

På den annen side er det alminnelig antatt at Stortinget kan instruere forvaltningen ved plenarvedtak, så fremt instruksene ikke strider mot lov, jf. ”lex superior”-prinsippet. En slik praksis er ikke ansett for å være i strid med maktfordelingsprinsippet, og har nå nærmest karakter av å være fastslått ved konstitusjonell sedvanerett. Dette henger sammen med at maktfordelingsprinsippet ikke lenger praktiseres på en like rigid måte som den tradisjonelle maktfordelingslære stod for.⁹ I dag praktiseres det et funksjonsfordelingsprinsipp som, i likhet med den tradisjonelle lære, knesetter prinsippet om en oppsplitting av statens makt. Eventuelle innvendinger mot ombudsmannsordningen av hensyn til maktfordelingsprinsippet, er i lys av dette neppe særlig tungtveiende.

Begrunnelsen for at jeg avgrenser avhandlingen mot denne problemstillingen, er at den først og fremst omhandler spørsmål av statsforfatningsrettslig karakter. Avhandlingen tar sikte på å studere Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor i et rettskildeperspektiv. I en slik sammenheng blir det uhensiktsmessig å foreta denne typen drøftinger. På den annen side er denne problemstillingen ikke irrelevant for avhandlingen. Den kan ha betydning når man ut fra et normativt synspunkt stiller seg spørsmålet om hvilken vekt Sivilombudsmannens uttalelser bør ha. Men av hensyn til de rammer som ligger til grunn for denne avhandlingen, må problemstillingen utgå. For øvrig er det nærmere redegjort for Sivilombudsmannens uavhengige stilling nedenfor i punkt 2.4.

⁹ Montesquieu var grunnleggeren av den tradisjonelle maktfordelingslære.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Rettsregel – Rettsspørsmål

Rettsregler er generelle normer som hører til rettssystemet.¹⁰ En rettsregel fremkommer typisk ved tolking og avveining av en eller flere rettskildefaktorer. Begrepet ”rettsregel” vil bare bli brukt om det generelle tolkningsresultatet som fremkommer gjennom en forsvarlig anvendelse av rettskildeprinsippene på rettskildefaktorene, og man ennå ikke har subsumert den generelle tolkningen mot et konkret faktum.

Når jeg snakker om det å løse rettsspørsmål, tenker jeg på det resultatet man står igjen med etter at subsumsjonen er foretatt.¹¹ For å løse et rettsspørsmål må man etter nevnte begrepsavklaring holde rettsregelen opp mot sakens faktum. Prosessen med å løse et rettsspørsmål innbefatter det å finne rettsregelen. Begrepet ”rettsspørsmål” overlapper følgelig begrepet ”rettsregel”, men har en videre definisjon.

1.3.2 Rettsanvendelse

Jeg vil bruke begrepet ”rettsanvendelse” både om den tolkningsprosess som ligger til grunn for rettsregelen, og det å løse et rettsspørsmål gjennom å subsumere rettsregelen mot sakens faktum. Årsaken ligger i den kjensgjerning at rettskildeprinsippene kommer inn på alle stadier i prosessen fram mot løsningen av et konkret rettsspørsmål.

1.3.3 Rettskildelære

1.3.3.1 Generelt

Rettskildelæren blir fremstilt noe forskjellig av juridiske lærebokforfattere. Eckhoff ved Helgesen (2001) redegjør for rettskildelæren ved å ta utgangspunkt i de ulike rettskildefaktorene. Til sammenlikning tar for eksempel Boe (1996) utgangspunkt i rettskildeprinsippene relevans, slutning og vekt. Uavhengig av hvilket utgangspunkt

¹⁰ Boe (1996) s. 14.

¹¹ Subsumsjon vil si å anvende rettsregelen på et konkret faktum.

forfatteren velger, vil rettskildelæren i grunntrekkene være den samme. Det er den pedagogiske vinklingen som er forskjellig.

Målet med moderne rettskildelære er å finne frem til gjeldende rett. Hva som er gjeldende rett er ofte et stridstema. Rettskildelærens viktigste funksjon blir dermed å trekke opp rammene for hva som er faglig forsvarlig argumentasjon.¹² Rammene for faglig forsvarlig argumentasjon utgjøres av rettskildeprinsippene. Rettskildelæren er normerende for all rettsanvendelse, samtidig som den utgjør metoden som benyttes for å avklare hva som er gjeldende rett på et område.

Juridiske fremstillinger av rettskildelæren karakteriseres ofte som enten normative eller deskriptive.¹³ Normative fremstillinger beskriver hvordan rettskildebruken bør arte seg, ut fra det foreliggende positive rettsstoff. Deskriptive fremstillinger beskriver derimot hvordan rettskildebruken faktisk arter seg. Realiteten er vel at alle juridiske fremstillinger av rettskildelæren inneholder både normative og deskriptive elementer. Likevel er det viktig å være klar over denne sontringen. Dersom man ikke er konsekvent, er sontringen mellom en normativ og deskriptiv synsvinkel egnet til å skape misforståelser og skinnuenighet.¹⁴ I denne avhandlingen vil jeg gjøre bruk av begge betraktningmåter. Med mindre annet er sagt eller fremgår av sammenhengen, drøfter jeg rettskildespørsmålene ut fra en deskriptiv synsvinkel.

¹² Bernt og Doublet (1993) s. 28.

¹³ Fleischer (1995) er av enkelte betegnet som en normativ fremstilling av rettskildelæren. På den annen side er Eckhoff ved Helgesen (2001) og Boe (1996) blitt kalt deskriptive fremstillinger. Boe reserverer seg for denne karakteristikken i Boe (1996) s. 134. Problemstillingen er kommentert i Eckhoff ved Helgesen (2001) s. 22.

¹⁴ Med "skinnuenighet" mener jeg uenighet basert på misforståelser, typisk begrepsuenighet. Ordet vil bli brukt flere steder i avhandlingen.

1.3.3.2 En presisering

Jeg setter likhetstegn mellom begrepet ”rettskildelære” og begrepet ”juridisk metode”. Jeg bruker begge begrepene i den betydning Johs. Andenæs har valgt i sin fremstilling.¹⁵

”Med juridisk metode vil jeg forstå den fremgangsmåte som gode jurister i vårt samfunn bruker når de står over [-for rettsspørsmål] som skal løses.”

Begrepsavklaringen medfører at metoden som brukes ved utformingen av ny lovgivning ikke omfattes. Likeledes velger jeg å la bevisvurderingsmetode falle utenfor begrepet, da temaet tradisjonelt har vært behandlet i de enkelte fagdisipliner og ikke i rettskildelæren.¹⁶

1.3.4 Rettskildeprinsipp

Rettskildeprinsippene er normer om normer, og blir av den grunn omtalt som metanormer. Et bilde som er mye brukt for å illustrere dette, er at man har sagt at rettskildeprinsippene befinner seg i ”jussens 2. etasje”. Som et motstykke til dette er materiell rett plassert i ”jussens 1. etasje”. Rettskildeprinsippene er felles for hele det norske rettssystemet.¹⁷ De er i hovedsak ulovfestede, og utviklet av Høyesterett gjennom århundrelang rettstradisjon. Høyesterett formulerer sjelden selv hvilket innhold prinsippene har. Årsaken til dette er at Høyesterett har løsning av enkeltsaker som sin primære arbeidsoppgave. Tradisjonelt har det vært opp til juridisk teori å spissformulere rettskildeprinsippenes nærmere innhold.

Et kjennetegn ved rettskildeprinsippene er at de ikke inngår som element i den endelige rettsregelen. Rettskildeprinsippene er verktøyet som brukes for å komme frem til gjeldende rett. Det er vanlig å dele rettskildeprinsippene inn i relevansnormer, slutningsnormer og vektnormer.¹⁸ Boe (1996) s. 133 formulerer dette slik:

¹⁵ Andenæs, Johs. (2002) s. 163.

¹⁶ Eckhoff ved Helgesen (2001) s. 18.

¹⁷ Visse variasjoner forekommer, jf. diskusjonen om polysentri. (Se avhandlingens pkt. 1.2.2).

¹⁸ Se f. eks. Aarbakke i TfR (1966) s. 499-518, Helset i Jussens Venner (1986) s. 271, Boe (1996) kapittel 14 og Nygaard (2004) s. 34.

”[Rettskildeprinsippene] er de reglene som avgrenser, peker ut og styrer bruken av faktorene som du kan eller skal legge vekt på for å komme fram til hva en rettsregel går ut på.”

1.3.5 Rettskildefaktor

Andenæs og Kvamme (1969) introduserte begrepet ”rettskildefaktor”.¹⁹ En rettskildefaktor beskrives ofte som råstoffet som skal til for å komme frem til en rettsregel.

Rettskildefaktorene inneholder informasjon av normativ karakter, og søker å være styrende for rettsanvendelsen. I henhold til rettskildeprinsippene er en rettskildefaktor relevant å ta i betraktning ved løsning av rettsspørsmål. Begrepet ”rettskildefaktor” går også under betegnelse rettskilde, argumentkilde og argumentbærer.²⁰ I denne avhandlingen vil jeg fortrinnsvis bruke betegnelsen rettskildefaktor. I de kapitlene hvor jeg mer inngående drøfter hva det vil si å være rettskildefaktor, vil jeg for variasjonens skyld bruke både betegnelsen faktor og argumentkilde. Ellers slutter jeg meg til Nygaards treffende beskrivelse av rettskildefaktorene:

”Rettskildefaktorane er altså faktorer som etter sin art kan løysa eller gi bidrag til løysing av rettsspørsmål.”²¹

1.3.6 Sivilombudsmannens uttalelser

Gjenstanden for drøftelsene i denne avhandlingen er Sivilombudsmannens uttalelser. Sivilombudsmannens uttalelser er en særskilt kategori ytringer. Disse må holdes atskilt fra de øvrige typer ytringer som skrives fra Sivilombudsmannen. Se mer om dette i punkt 2.7.2 nedenfor.

1.4 Metode

Avhandlingen tar sikte på å være en rettsdogmatisk fremstilling av hvilken posisjon Sivilombudsmannens uttalelser har i dagens rettskildelære.²² Gjeldende rettskildelære er

¹⁹ Første gang nevnt på side 20 i boken.

²⁰ I eldre rettskildelære opererte man primært med to typer rettskilder – lov og sedvanerett.

²¹ Nygaard (2004) s. 35.

følgelig målestokken som brukes for å vurdere den rettskildemessige statusen til Sivilombudsmannens uttalelser.²³ I den grad jeg kommer med kritiske bemerkninger om gjeldende rettskildelære, vil det bli gjort på systemets premisser. Jeg foretrekker å se en slik kritikk som et normativt uttrykk for hvordan rettskildelæren burde være. Begrunnelsen for at avhandlingen hovedsaklig begrenses til gjeldende rettskildelære er ganske åpenbar. Uten et fast referansegrunnlag kan man ikke foreta en konsistent drøftelse.

Rettsteoretiske drøftelser vil bli brukt i den grad tematikken gjør det nødvendig. Med rettsteoretiske drøftelser mener jeg drøftelser, der man ikke lenger holder seg innenfor rammene av gjeldende rett. Ved tvil om hva gjeldende rett er, kan det være hensiktsmessig å løfte problemstillingen opp på et høyere plan.

Til grunn for avhandlingen ligger blant annet en til dels omfattende gjennomgang av høyesterettsdommer. Antallet dommer hvor Sivilombudsmannens uttalelser har vært fremme i partenes anførsler eller i domsgrunnene er såpass stort at jeg har måttet foreta en utvelgelse basert på skjønn. De dommene som jeg mener er illustrerende for problemstillingene oppgaven reiser, er enten gjengitt i referat eller analysert i noe større bredde.

1.5 Oppgavens videre oppbygning

Den videre fremstillingen er inndelt i tre hoveddeler. I den første hoveddelen gis det en forholdsvis bred redegjørelse for ombudsmannsinstitusjonen som sådan. Hensikten med å sette søkelyset på ulike sider ved ombudsmannsinstitusjonen, er at dette gir et godt grunnlag for å bedømme hvilken rettskildemessig betydning ombudsmannsuttalelsene generelt bør ha.

²² Rettsdogmatikk er læren om rettens riktige forståelse, herunder hva som er meningsinnholdet i det som kan betegnes som gjeldende rett.

²³ Med gjeldende rettskildelære mener jeg fortrinnsvis den rettskildelære som Eckhoff forfektet.

I den andre hoveddelen tar jeg sikte på å avklare om Sivilombudsmannens uttalelser etter gjeldende rett er en rettskildefaktor. Under behandlingen av dette spørsmålet viste det seg at den rettskildemessige statusen til Sivilombudsmannens uttalelser var noe uklar. Ut fra avhandlingens tema fant jeg det derfor hensiktsmessig å gi en relativt bred og generell redegjørelse for relevansprinsippene som bakgrunn for den videre framstillingen. Videre gjorde synspunktene i den juridiske teorien det nødvendig å ta stilling til hva som på generelt grunnlag gir rettskildefaktorene deres berettigelse. Dette fordret en klargjøring av det rettsteoretiske fundamentet som ligger til grunn for rettskildelæren. Jeg fant det opplysende å sette dette rettsteoretiske fundamentet inn i en rettsvitenskaplig kontekst. Ved å redegjøre for alternative rettsteorier, kom det tydeligere frem hva som ifølge rettsvitenskapen gir rettskildefaktorene deres berettigelse. Til slutt blir det foretatt en gjennomgang av relevant høyesterettspraksis.

Den tredje hoveddelen omhandler hvilken vekt Sivilombudsmannens uttalelser på generelt grunnlag bør ha. Først gis det en generell redegjørelse for relevansprinsippene, samt hvilke tilnæringsmåter som kan brukes for å avgjøre vektspørsmålet. Dette gjøres for å danne en bakgrunn for den videre fremstilling. Deretter går jeg over til å drøfte de momenter som kan påvirke vekten til Sivilombudsmannens uttalelser. Avslutningsvis kommer jeg med synspunkter på ombudsmannsuttalelsenes generelle vekt, sammenliknet med andre typer av rettskildefaktorer. Jeg fant det ikke hensiktsmessig å vurdere Sivilombudsmannens uttalelser opp mot samtlige typer av rettskildefaktorer. I mangel av oppklarende høyesterettspraksis vedrørende vektspørsmålet, har jeg nøyd meg med å kommentere enkelte typetilfeller.

2 Presentasjon av Sivilombudsmannen

2.1 Innledning

Sivilombudsmannen, også kalt Stortingets ombudsmann for forvaltningen, utnevnes av Stortinget, jf. Grunnloven § 75 første ledd litra l. Sivilombudsmannens virksomhet er nærmere regulert i lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (ombudsmannsloven) 22. juni 1962 nr. 8. I medhold av ombudsmannsloven § 2 har Stortinget gitt instruks for Sivilombudsmannens virksomhet, jf. instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen (ombudsmannsinstruksen) 19. februar 1980.

Sivilombudsmannen innehar en spesiell stilling i det norske styringsverket. Flere særegenheter ved institusjonen gjør at Sivilombudsmannen har gjort seg bemerket også internasjonalt. Årlig mottar Sivilombudsmannen delegasjoner fra andre land som ønsker å lære mer om den norske ombudsmannsordningen.

2.2 Historikk

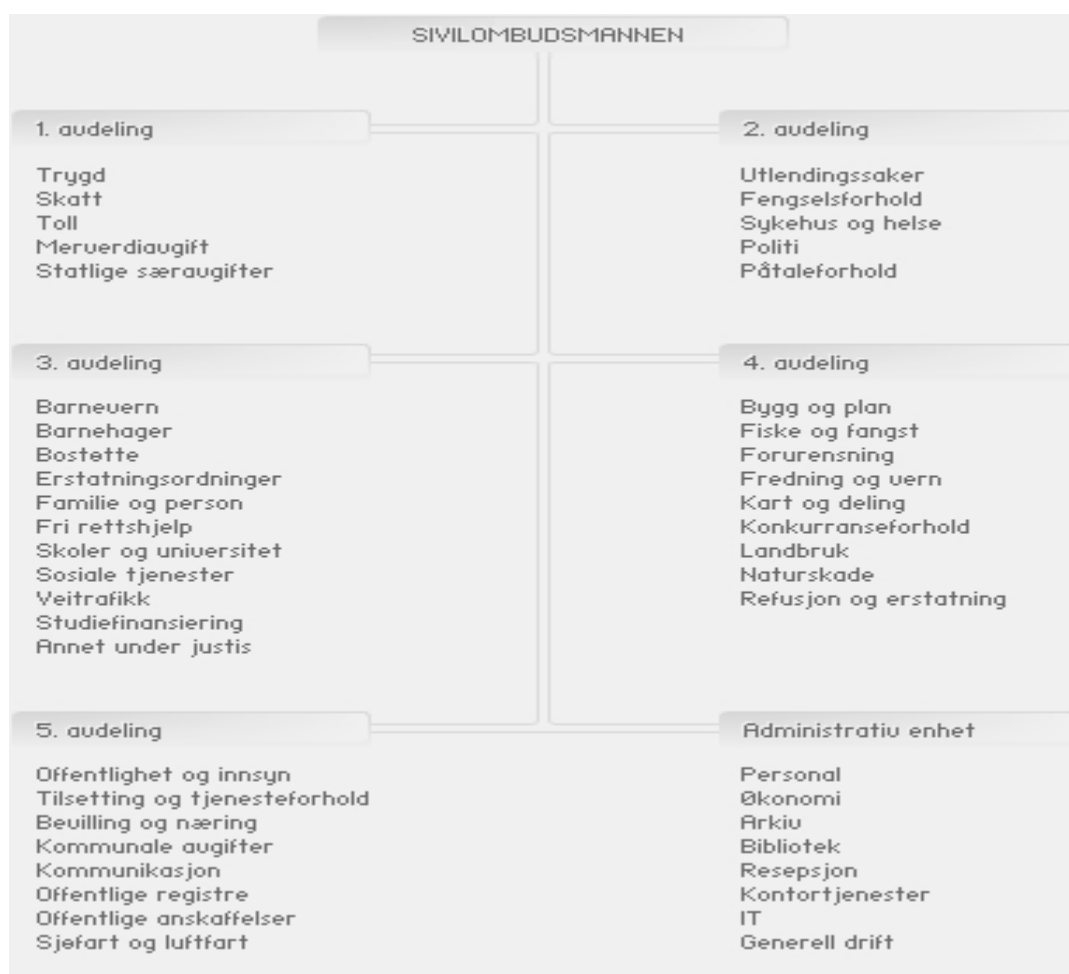
Ombudsmannsordningen har sin opprinnelse i Sverige. Der har man hatt en ”Justitieombudsman” siden 1809. Den svenske ombudsmannsordningen avviker fra den norske på flere vesentlig punkter. Blant annet fører den svenske ombudsmannen kontroll med domstolene, samt en mer intensiv kontroll av forvaltningens tjenestemenn. Finland innførte en liknende ordning i 1918. I Danmark innførte man i 1955 en ombudsmannsordning som innholdsmessig er av en litt annen type, enn den svenske. Sist ut av de skandinaviske landene var Norge som i 1962 innførte en ombudsmannsordning etter dansk mønster.

2.3 Organisasjon

For å utøve sin virksomhet har Sivilombudsmannen en stab av jurister, arkivmedarbeidere og kontorpersonale til sin disposisjon, jf. ombudsmannsloven § 14. Staben til Sivilombudsmannen er organisert i fem spesialiserte fagavdelinger og en administrativ enhet. Hver av fagavdelingene ledes av en kontorsjef. Under kontorsjefene sitter vanligvis seniorrådgivere, rådgivere og førstekonsulenter. Per 31. desember 2004 hadde

Sivilombudsmannens kontor 39 stillinger, hvorav fem kontorsjefer, en assisterende kontorsjef og en administrasjonssjef. Kontoret hadde videre 21 juridiske saksbehandlerstillinger og ti stillinger knyttet til administrasjonen.²⁴ Organisasjonskartet nedenfor gir en oversikt over hvilke saksområder hver enkelt avdeling og enhet har ansvaret for.

Figur 1:



Kilde: www.Sivilombudsmannen.no

²⁴ Sivilombudsmannens årsmelding for 2004 s. 11. På grunn av innføringen av en ny avdeling våren 2005 er antallet ansatte noe endret.

2.3.1 Ulike betydninger av ordet Sivilombudsmannen

Ordet Sivilombudsmannen har to betydninger. For det første kan ordet brukes om den enkeltpersonen som Stortinget har utnevnt etter Grunnloven § 75 første ledd litra l. For det andre kan ordet brukes når man snakker om Sivilombudsmannen som institusjon.

Sondringen er viktig fordi Sivilombudsmannen personlig skal ta standpunkt i alle saker som ender med at Sivilombudsmannen avgir uttalelse, jf. ombudsmannsinstruksen § 9. Det er med andre ord ikke nok at en uttalelse skriver seg fra Sivilombudsmannen som institusjon. Sivilombudsmannen som enkeltperson må også stille seg bak den. Forøvrig er Sivilombudsmannen selv nøye med å fremheve dette skillet. Det gir seg blant annet utslag i at uttalelsene skrives i ”jeg”-form. I det følgende vil jeg fortrinnsvis bruke ordet Sivilombudsmannen når jeg snakker om Sivilombudsmannen som institusjon. Snakker jeg derimot om Sivilombudsmannen som enkeltperson, bruker jeg ordet ombudsmannen.

2.4 Plassering i statsapparatet

Sivilombudsmannen sorterer under Stortinget, og hører per definisjon ikke til forvaltningen. En konsekvens av at Sivilombudsmannen ikke hører til forvaltningen, er at lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967 ikke gjelder direkte for Sivilombudsmannens virksomhet, jf. forvaltningsloven § 1.

Sivilombudsmannens organisasjon har imidlertid mange likhetstrekk med tradisjonelle forvaltningsinstitusjoner. Saksgangen og organiseringen av virksomheten er lik den som benyttes i sammenliknbare forvaltningsorganer. Og selv om forvaltningsloven som nevnt ikke gjelder for Sivilombudsmannens virksomhet, etterstreber Sivilombudsmannen å være et forbilde når det gjelder å ivareta de rettsikkerhetsgarantier som forvaltningsloven oppstiller.

Sivilombudsmannen bistår Stortinget med å sikre den parlamentariske kontrollen av forvaltningen. Til tross for at Sivilombudsmannen velges og sorterer direkte under Stortinget, er Sivilombudsmannen ment å skulle være en selvstendig og uavhengig institusjon. Stortinget kan gjennom lov og instruks begrense hvilke saksområder Sivilombudsmannen kan uttale seg om. Men Stortinget kan ikke legge føringer på hvordan

Sivilombudsmannen konkret benytter sin uttalelserett på de områder hvor Sivilombudsmannen har kompetanse til å uttale seg. Dette følger av ombudsmannsloven § 2 første ledd andre punktum. Sivilombudsmannen er også uavhengig i forhold til forvaltningen, jf. maktfordelingsprinsippet. Heller ikke er Sivilombudsmannen noen interesseorganisasjon eller partsrepresentant for borgerne. Sivilombudsmannens uavhengige stilling er endelig understreket ved at ombudsmannen ikke kan være medlem av Stortinget, jf. ombudsmannsloven § 1 andre ledd andre punktum.

2.5 Arbeidsoppgaver

Formålet med Sivilombudsmannens virksomhet er å hindre at det begås urett i den offentlige forvaltning mot den enkelte borger, samt bidra til at menneskerettighetene respekteres, jf. ombudsmannsloven § 3. Ombudsmannsordningen er hovedsaklig ment å skulle være et alternativ til domstolskontrollen. Ved å sende en klage til Sivilombudsmannen kan borgerne på en billig, rask og enkel måte få en uavhengig instans til å se på om de har blitt urettferdig behandlet av forvaltningen. Sivilombudsmannen kan undersøke saker som statens, fylkeskommunenes og kommunenes forvaltning har behandlet, med mindre saken er unntatt etter ombudsmannsloven § 4.²⁵ En klage kan rettes mot forvaltningsorganer, tjenestemenn eller andre som handler i forvaltningens tjeneste, jf. ombudsmannsloven § 4 første ledd første punktum og ombudsmannsinstruksen § 1.

Sivilombudsmannen kontrollerer om forvaltningen har fulgt lovens regler om god og forsvarlig saksbehandling, og om prinsippene for god forvaltningsskikk er ivaretatt, jf. ombudsmannsloven § 10 andre ledd tredje punktum. Dersom Sivilombudsmannen blir klar over mangler ved lover, administrative forskrifter eller administrativ praksis kan han gjøre vedkommende departement oppmerksom på dette, jf. ombudsmannsloven § 11.

Sivilombudsmannen er tilbakeholden med å komme med forslag til ny lovgivning på politisk kontroversielle områder, fordi det da kan reises tvil om Sivilombudsmannens upartiskhet. Den primære arbeidsoppgaven til Sivilombudsmannen er saker mellom den

²⁵ Opprinnelig var kommunalforvaltningen holdt utenfor Sivilombudsmannens virkeområde, men dette ble endret ved en lovendring i 1968.

offentlige forvaltning på den ene side og borgerne på den annen side. Dette fremgår av formålsbestemmelsen i ombudsmannsloven § 3 jf. ombudsmannsinstruksen § 1. Sivilombudsmannens arbeidsområde er nærmere definert i ombudsmannsloven § 4 jf. ombudsmannsinstruksen § 2. Sistnevnte bestemmelser oppstiller en rekke saksområder som faller utenfor Sivilombudsmannens arbeidsområde.

For eksempel er saker som har vært behandlet i statsråd unntatt fra Sivilombudsmannens arbeidsområde, jf. ombudsmannsloven § 4 første ledd litra b. Statsrådsbeslutningene skjer under fullt konstitusjonelt og parlamentarisk ansvar for regjeringens medlemmer. Stortinget fører selv kontroll med statsrådsakene. Det er Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité som forestår den periodiske gjennomgangen av statsrådsprotokollene, jf. Grunnloven § 75 første ledd litra f. Stortinget utøver også en mer uformell kontroll i disse sakene, ved interpellasjoner og spørsmål til regjeringen. Det har forøvrig vært et tema om hvor langt Kontroll- og konstitusjonskomiteen skal gå i sin kontroll av forvaltningen. Antakelig må undersøkelser begrenses til forhold som kan tenkes å føre til konstitusjonelt eller parlamentarisk ansvar for regjeringens medlemmer, jf. Innst.S.nr.145 (1991-1992) s. 4. På denne bakgrunn må den generelle kontrollen med forvaltningen i stor grad overlates til Sivilombudsmannen. Funksjonsfordelingen mellom Sivilombudsmannen og Kontroll- og konstitusjonskomiteen er kommentert i Innst.S.nr.229 (2001-2002) punkt 2.3.1:

« Presidentskapet forutsetter at det blir samarbeid mellom komiteen og Ombudsmannen for å unngå at de samtidig foretar undersøkelser på samme område. Videre bør komiteen være varsom med å ta opp saker som vedrører enkeltpersoner, fordi vedkommende person da lett vil miste retten til å bringe sin sak inn for Ombudsmannen, jf. §4 i loven om Ombudsmannen av 22. juni 1962. »

Sivilombudsmannen holder Stortinget løpende underrettet om sitt arbeid gjennom en årlig melding, jf. ombudsmannsloven § 12 og ombudsmannsinstruksen § 12.²⁶ Meldingen gir de folkevalgte en tilbakemelding på om forvaltningen fungerer som den skal.

²⁶ Sivilombudsmannens årsmelding trykkes som stortingsdokument. De siste årene har årsmeldingen konsekvent blitt trykket som ”Dokument nr 4”.

2.6 Saksbehandling

Sivilombudsmannens saksbehandling har normalt sitt utspring i en konkret klagesak. Men Sivilombudsmannen kan også ta opp saker av eget tiltak, jf. ombudsmannsloven § 5. Sivilombudsmannen vil typisk ta opp saker av eget tiltak, hvor man har gjentatte klager på samme saksforhold eller samme forvaltningsorgan. Ombudsmannssak 2002/1316 (Somb-2003-36) er illustrerende for hvordan konkrete klagesaker kan foranledige at Sivilombudsmannen tar en problemstilling opp av eget tiltak. Videre er ombudsmannssak 2004/1281 (Somb-2004-41) et eksempel på en ”eget tiltak”-sak. På bakgrunn av et stort antall klager på saksbehandlingen i Utlendingsdirektoratet, foretok Sivilombudsmannen i denne saken en gjennomgang av saksbehandlingsrutinene ved institusjonen.

2.6.1 Når kan man klage til Sivilombudsmannen?

Sivilombudsmannens kontroll med forvaltningen skal være etterfølgende, jf. ombudsmannsinstruksen § 5 første ledd første punktum. Det betyr at forvaltningen skal gis mulighet til å ordne opp og ta endelig standpunkt til saken, før det klages til Sivilombudsmannen. Alle relevante klagemuligheter må altså være uttømt før Sivilombudsmannen kan ta stilling til spørsmålet. Med relevante klagemuligheter menes administrative klageinstanser, herunder klagenemnder og spesialdomstoler.²⁷ Foreligger særlige grunner kan saken tas opp straks, jf. ombudsmannsinstruksen § 5 første ledd første punktum. Sen saksbehandling i forvaltningen vil ofte være en særlig grunn som kan medføre at Sivilombudsmannen tar saken opp umiddelbart.

På grunn av unntaket for saker som er behandlet i statsråd, jf. ombudsmannsloven § 4 første ledd litra b, vil den som er misfornøyd med et vedtak som er fattet av et departement måtte velge mellom å klage til Sivilombudsmannen eller Kongen i statsråd. Ettersom klager til Kongen i statsråd så godt som aldri fører frem, ville vel de fleste i en slik situasjon velge å klage til Sivilombudsmannen. Det er imidlertid viktig å ta i betraktning at Sivilombudsmannen verken kan treffe bindende vedtak eller instruere forvaltningen.

²⁷ Trykderetten er et eksempel på en spesialdomstol. Pasientskadenemnda er et eksempel på en klagenemnd.

2.6.2 Klagebehandlingen hos Sivilombudsmannen

Når en klage kommer inn til Sivilombudsmannen tas det stilling til om det er ”tilstrekkelig grunn” til å undersøke klagen nærmere, jf. ombudsmannsloven § 6 fjerde ledd.

Bestemmelsen gir Sivilombudsmannen en skjønnsmessig adgang til å avgjøre hvilke saker som skal tas under full klagebehandling.²⁸ Bestemmelsen gjør det mulig for Sivilombudsmannen å konsentrere sin innsats på de områder som er mest hensiktsmessig. Klagen blir avvist dersom den ikke foranlediger videre undersøkelser.

Dersom det foreligger ”tilstrekkelig grunn” til å undersøke saken nærmere, innhenter Sivilombudsmannen dokumenter, opplysninger og uttalelser fra forvaltningen.

Undersøkelsene hos Sivilombudsmannen baserer seg som den store hovedregel på skriftlig materiale. Men det er mulig for klagerne å be om at det blir foretatt samtaler eller muntlig konferanse med ombudsmannen eller hans medarbeidere. Videre kan fotografier, videofilmer og liknende benyttes for å kaste lys over saken. Sivilombudsmannen bestemmer selv omfanget av undersøkelsene sine, jf. ombudsmannsinstruksens § 6 andre ledd.

Før Sivilombudsmannen tar endelig stilling til saken, skal vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann som klagen gjelder gis anledning til å uttale seg, jf. ombudsmannsinstruksens § 6 første ledd. Regelen ivaretar hensynet til kontradiksjon i klagebehandlingen. Klageren blir fortløpende holdt orientert om sakens gang, og om resultatet av Sivilombudsmannens behandling, jf. ombudsmannsloven § 10 femte ledd første punktum.

²⁸ Dette er kommentert i Innst.S.nr.229 (2001-2002) punkt 2.2.2.

2.7 Kompetanse i klagesaker

2.7.1 Maktmidler

Sivilombudsmannens kompetanse i klagesaker reguleres av ombudsmannsloven § 10 jf. ombudsmannsinstruksen § 9. Utdraget nedenfor av ombudsmannsloven § 10 beskriver omfanget og karakteren av den kompetanse Sivilombudsmannen er tillagt i klagesaker:

”Ombudsmannen har rett til å uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde. Ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelig forhold i den offentlige forvaltning.[...] Kommer Ombudsmannen til at en avgjørelse må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir mot god forvaltningspraksis, kan han gi uttrykk for dette. Mener Ombudsmannen at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, kan han gjøre vedkommende forvaltningsorgan oppmerksom på det.”

Videre oppstiller ombudsmannsinstruksen § 9 andre ledd en prosessuell regel for hvordan Sivilombudsmannen skal meddele sin rettsoppfatning:

”Ombudsmannen tar standpunkt i en uttalelse, der han sier sin mening om de spørsmål som saken gjelder og som går inn under hans arbeidsområde, jf. ombudsmannsloven § 10.”

Undersøkelsene fra Sivilombudsmannen kan ende med kritikk av, henstillinger til og anbefalinger overfor forvaltningen. Sivilombudsmannen kan også la saken bero med retting av feilen eller med den forklaring som gis, jf. ombudsmannsloven § 10 fjerde ledd. Ombudsmannen kan ikke selv treffe bindende avgjørelser eller omgjøre avgjørelser truffet av forvaltningen. Han kan heller ikke gi rettslig bindende instruks til myndighetene. Sivilombudsmannen har således verken doms- eller instruksjonsmyndighet over forvaltningen. Ombudsmannsuttalelsene er imidlertid mer enn et råd. Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité har flere ganger understreket at Sivilombudsmannens uttalelser skal ha stor gjennomslagskraft, jf. for eksempel Innst.S.nr.279 (2000-2001) punkt 3:

”Komiteen vil understreke viktigheten av at ombudsmannens merknader følges opp av de ansvarlige organ som får bemerkninger fra ombudsmannen.”²⁹

²⁹ Omtrent likelydende uttalelser finnes i Innst.S.nr.192 (1993-1994), Innst.S.nr.121 (1990-1991) s. 3 og Innst.S.nr.128 (1985-1986) s. 2.

Vanligvis retter myndighetene seg etter Sivilombudsmannens henstillinger og anbefalinger. Det skal likevel være en realitet i at Sivilombudsmannen ikke kan treffe bindende avgjørelser eller instruere forvaltningen. Forvaltningen må derfor til enhver tid selv vurdere om de vil etterkomme det som står i en ombudsmannsuttalelse. Poenget må være at forvaltningen ikke ukritisk skal rette seg etter Sivilombudsmannens uttalelser.

Sivilombudsmannen har også andre pressmidler til sin disposisjon. For det første kan klagesaken legges direkte frem for Stortinget i en særskilt melding, jf. ombudsmannsloven § 12 andre ledd. Videre er det slik at Sivilombudsmannen kan utløse rett til fri saksførsel ved å anbefale saksanlegg, jf. lov om fri retts hjelp 13. juni 1980 nr. 35 § 19 nr. 3. Dessuten kan Sivilombudsmannen legge saken frem i media.

2.7.2 Presisering av hva som menes med "uttalelse"

En såkalt "uttalelse", jf. ombudsmannsinstruksen § 9 andre ledd, står i en særstilling i forhold til andre typer ytringer som skriver seg fra Sivilombudsmannen. Bare i de tilfeller hvor Sivilombudsmannens standpunkt munner ut i kritikk av, henstillinger til eller anbefalinger overfor forvaltningen, avgir Sivilombudsmannen en uttalelse i ombudsmannsinstruksen § 9 andre ledds forstand. Slike uttalelser er alltid forelagt og vurdert av ombudsmannen personlig, jf. ombudsmannsinstruksen § 9 første ledd første punktum. Uttalelsene formuleres etter visse institusjonsinterne retningslinjer, og skrives i "jeg"-form. De fleste av Sivilombudsmannens uttalelser publiseres på Lovdata, Sivilombudsmannens hjemmeside på Internett og i Sivilombudsmannens årsmelding. På sitt arbeidsområde bidrar Sivilombudsmannen gjennom sine uttalelser til å skape "rettsenhet, rettsutvikling og rettsavklaring".³⁰ Når jeg andre steder i denne avhandlingen vurderer Sivilombudsmannens uttalelser i et rettskildeperspektiv, er det kun uttalelser i ombudsmannsinstruksen § 9 andre ledds forstand jeg tenker på. For variasjonens skyld vil jeg tidvis bruke betegnelsen ombudsmannsuttalelse, i stedet for å konsekvent bruke betegnelsen Sivilombudsmannens uttalelse.

³⁰ Sivilombudsmannens årsmelding for 2004, Dokument nr 4 (2004-2005), s. 13.

2.7.3 Prøvelsesadgangen

Sivilombudsmannen kan prøve om feil rettsanvendelse, herunder lovtolking og subsumsjon, medfører ugyldighetsvirkninger, jf. ombudsmannsloven § 10 andre ledd tredje punktum. I motsetning til domstolene kan Sivilombudsmannen også uttale seg om feil ved forvaltningsskjønnet som ikke medfører ugyldighet. Adgangen til å ta opp forhold om avgjørelsers rimelighet og hensiktsmessighet, er imidlertid ikke like vidtgående som den kompetanse overordnede forvaltningsorganer har i disse spørsmålene. Sivilombudsmannen kan bare prøve om forvaltningsskjønnet som har vært utøvd i klagesaken er ”klart urimelig”. I de tilfellene hvor forvaltningsskjønnet er ”klart urimelig”, kan Sivilombudsmannen påpeke og uttale seg kritisk om dette. Kvalifikasjonen ”klart” urimelig kan oppfattes som et beviskrav og ikke en mengdeangivelse av urimeligheten. Slik forstått krever bestemmelsen at forvaltningsskjønnet utvilsomt er urimelig, i motsetning til et krav om at forvaltningsskjønnet er svært urimelig. På grunn av vurderingstemaets karakter, har Sivilombudsmannen imidlertid praktisert bestemmelsen slik at forvaltningsskjønnet må være svært urimelig før han kritiserer det.³¹

3 Er Sivilombudsmannens uttalelser en relevant rettskildefaktor?

3.1 Hva vil det si at noe er relevant?

Relevansnormene er rettskildeprinsipper. Deres funksjon er å avgrense rettskildematerialet. Det at noe er relevant vil si at man i det minste kan ta faktoren i betraktning ved løsning av rettsspørsmål. Det som er irrelevant vil ikke kunne bli tillagt vekt i vektomgangen. Irrelevante momenter bør derfor i størst mulig grad holdes utenfor rettsanvendelsesprosessen.

³¹ Sandene, Erling. I: Festskrift til Johs. Andenæs. Oslo, 1982, s. 630.

3.2 Hvilke faktorer er relevante?

Som tidligere nevnt er det å ta stilling til rettsspørsmål en regelstyrt prosess. Prosessen styres av rettskildeprinsippene. Den som vil løse et rettsspørsmål må gjøre dette på bakgrunn av rettslig argumentasjon. Rettslig argumentasjon atskiller seg fra annen argumentasjon ved at rettskildeprinsippene legger føringer på hvordan man kan argumentere, og ikke minst på hvilket grunnlag man kan argumentere. Med basis i relevansnormene har det utviklet seg visse kategorier av argumentkilder som kan benyttes i rettslig argumentasjon. Disse kategoriene av argumentkilder er kalt rettskildefaktorer. Argumentene i rettslig argumentasjon må ha sitt utspring i rettskildefaktorene. Rettskildefaktorene har dermed monopol på å være ”byggeklosser” i resonnementer ved løsning av rettsspørsmål.

Karakteristisk for rettskildefaktorene er rettssystemets forhåndsgodkjenning av disse faktorene som legitime argumentkilder. Dersom en rettskildefaktor har noe relevant å tilføre løsningen av et konkret rettsspørsmål, vil det meningsinnhold som rettskildefaktoren er meningsbærer av vedrørende saken alltid være av interesse. Det er berettiget å sette spørsmålstegn ved årsaken til at enkelte argumentkilder har fått en slik særstilling fremfor andre. Og mer presist hva som er grunnlaget for at enkelte argumentkilder blir ”opphøyd” til å bli rettskildefaktorer. Dette vil det bli redegjort nærmere om nedenfor.

3.3 Grunnkrav til relevans

Dersom det viser seg at Sivilombudsmannens uttalelser har status som rettskildefaktor, er det videre klart at det finnes visse forutsetninger som må være oppfylt for at en ombudsmannsuttalelse skal ha relevans som rettskildefaktor. For å ha relevans som rettskildefaktor må Sivilombudsmannens uttalelser oppfylle kravene om personell, materiell og prosessuell kompetanse.

3.3.1 Personell kompetanse

Ombudsmannen skal personlig ta standpunkt i alle saker som munner ut i en ombudsmannsuttalelse, jf. ombudsmannsinstruksen § 9 første ledd første punktum. Dersom

så ikke er tilfelle, er kravet til personell kompetanse ikke oppfylt. Det er altså ikke tilstrekkelig at staben til ombudsmannen stiller seg bak uttalelsen.

3.3.2 Materiell kompetanse

Sivilombudsmannens arbeidsområde er definert i ombudsmannsloven § 4, jf. ombudsmannsinstruksen § 2. Bestemmelsene utgjør en materiell skranke for hva Sivilombudsmannen kan ta stilling til. Dersom ombudsmannen ved en feiltakelse skulle uttale seg om et saksforhold som ikke faller inn under hans arbeidsområde, vil den materielle kompetansen være overskredet.

3.3.3 Prosessuell kompetanse

Ovenfor i punkt 2.7.2 ble det presisert hva som menes med betegnelsen Sivilombudsmannens uttalelse. Redegjørelsen gjorde det klart at Sivilombudsmannens uttalelser står i en særstilling i forhold til andre typer ytringer som skriver seg fra Sivilombudsmannen. Det er bare de ytringer som kommer til uttrykk i en ombudsmannsuttalelse som oppfyller det prosessuelle kompetansekravet.

3.4 Selvstendig og uselvstendig relevans³²

I de tilfellene hvor rettskildefaktorene virker side om side er det naturlig å snakke om selvstendig relevans. Man går for eksempel til lovteksten for å finne ut hvilket selvstendig meningsinnhold den er bærer av. En rettskildefaktor kan imidlertid også brukes som middel for å tolke de øvrige rettskildefaktorene. Dersom en ombudsmannsuttalelse sier noe om forståelsen av forvaltningspraksis, kan ombudsmannsuttalelsen brukes som tolkningsfaktor i relasjon til hvordan denne forvaltningspraksisen er å forstå. Ombudsmannsuttalelsen vil i så fall kunne påvirke innholdet i rettskildefaktoren forvaltningspraksis. I et slikt tilfelle vil ombudsmannsuttalelsen ha uselvstendig relevans. Sondringen mellom selvstendig og uselvstendig relevans innebærer ingen realitetsforskjell med henhold til rettskildefaktorenes status – de er likefullt rettskildefaktorer. Sondringen sier kun noe om hvilken funksjon rettskildefaktoren har ved løsningen av det aktuelle rettsspørsmålet. En rettskildefaktor som

³² Sondringen er omtalt i Boe (1996) s. 162.

har selvstendig relevans i forhold til et konkret rettsspørsmål har normalt større vekt, enn en rettskildefaktor som bare har uselvstendig relevans.

3.5 Har rettsanvenderen plikt til å ta rettskildefaktorene i betraktning?

Enkelte lærebokforfattere er av den oppfatning at man må sondre mellom rettskildefaktorer man kan ta i betraktning, og de man skal ta i betraktning.³³ Etter resonnementet skulle det være en forskjell mellom tillatte og påbudte rettskildefaktorer. Jeg er ikke enig i at dette er en hensiktsmessig sondring. Dersom en rettskildefaktor har noe relevant å tilføre ved løsningen av et konkret rettsspørsmål, mener jeg at faktoren skal tas i betraktning. Standpunktet medfører en plikt for rettsanvenderen til å vurdere alle rettskildefaktorene, med det for øye å klarlegge om faktoren har noe relevant å bidra med i løsningen av det aktuelle rettsspørsmålet. En forutsetning er imidlertid at rettskildefaktoren er kjent for rettsanvenderen, eller at han har rimelig mulighet til å gjøre seg kjent med den. Videre ligger det en begrensning i de tilfeller hvor rettsanvendelsen er styrt av hva som er anført av sakens parter.³⁴ Dersom rettskildefaktoren ikke er relevant for den konkrete saken må den utelates fra det videre resonnementet.

Det som til nå er sagt må imidlertid ikke sammenblandes med den situasjon som kan oppstå i vektomgangen, der alle de vektige faktorene klumper seg om en løsning, og de mindre vektige faktorene ikke lenger kan snu konklusjonen. I et slikt tilfelle er det av hensiktsmessighetsgrunner ikke nødvendig å lete videre i rettskildematerialet.

3.6 Relevanslista

Torstein Eckhoff var av den oppfatning at eldre rettskildelære som kun opererte med to primære rettskilder, var tilslørende for den faktiske rettsanvendelsesprosessen. Han utarbeidet på denne bakgrunn en liste over relevante argumentkilder. Argumentkildene kalte han rettskildefaktorer, og listen han utarbeidet har i ettertid bare gått under navnet

³³ Se Boe (1996) s. 153 flg.

³⁴ Eksempelvis lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13. august 1915 nr 6 § 85 flg.

”relevanslista”.³⁵ Legitimiteten til rettskildefaktorene skriver seg ikke fra det faktum at de ble funnet verdige av Eckhoff til å bli med på lista hans. Rettskildefaktorene kom med på lista fordi Eckhoff mente at det var disse faktorene Høyesterett gjorde bruk av i sin rettsanvendelse. Relevanslista er kun et pedagogisk hjelpemiddel som har to hovedfunksjoner. For det første kan man lese ut av lista hvilke faktorer som er relevante.³⁶ Dernest inndeles det som er relevant i undergrupper for å lette oversikten, samt for å fremheve de enkelte faktorene.

Eckhoff inndeler rettskildefaktorene i syv kategorier eller undergrupper. Denne måten å inndeles rettskildefaktorene er imidlertid ikke enerådende. Til sammenlikning inndeler for eksempel Fleischer³⁷ rettskildefaktorene inn i 12 typer, mens Bernt og Doublet³⁸ inndeler rettskildefaktorene i tre hovedkategorier. Hvordan rettskildefaktorene inndeles i kategorier og undergrupper er av mindre interesse. Hovedsaklig er spørsmålet om inndeling et hensiktsmessighetsanliggende.

Avgjørende betydning har imidlertid spørsmålet om det er innholdsmessige forskjeller mellom ulike teoretikers syn på hvilke rettskildefaktorer vi har. Det vil i så fall være besynderlig, da all rettslig argumentasjon skjer med basis i rettskildefaktorene. Dersom ulike rettsanvendere ikke er enige om hva som er rettskildefaktorer, vil de bygge sin rettsanvendelse på ulike premisser. Dette vil utvilsomt kunne føre til at rettsanvenderne ut fra et gitt rettskildemateriale, treffer forskjellige beslutninger utelukkende på grunn av manglende konsensus om hva som utgjør beslutningsgrunnlaget. Rettsforutsigbarhet, og rettsikkerhet generelt, vil i så fall kunne bli skadelidende.

Øyensynlig later det til at det er reell uenighet i teorien om hvilke rettskildefaktorer vi har. Først og fremst virker det som om Fleischer forfekter et noe annet rettskildesyn, enn for

³⁵ Eckhoff ved Helgesen (2001) s. 23.

³⁶ I alle fall hva Eckhoff mener er relevant.

³⁷ Fleischer (1998) s. 69 flg.

³⁸ Bernt og Doublet (1993) s. 60.

eksempel Boe. I det følgende skal det etterprøves om dette er tilfellet. Ved å belyse forfatterens syn på Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor, søker jeg å avdekke meningsforskjeller mellom dem. Videre vil det bli forsøkt å gi en forklaring på hvorfor en eventuell konstaterbar uenighet foreligger, herunder en diskusjon om hva som må til for å bli en rettskildefaktor. Til slutt vil det bli redegjort for hvordan domstolene ser på Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor, og da især Høyesteretts syn.

3.7 Er det konsensus i teorien om at Sivilombudsmannens uttalelser er en relevant rettskildefaktor?

Innledningsvis er det grunn til å påpeke at både Eckhoff, Fleischer og Boe opererer med rettskildekategorien rettsoppfatninger. Dette innebærer likevel ikke at nevnte forfattere har innholdsmessig samme oppfatning av hva som går inn under kategorien. Eckhoff uttaler seg ikke eksplisitt om Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor. Det gjør derimot Boe (1996) og Fleischer (1998). Den videre fremstilling har derfor hovedfokus på sistnevnte forfattere.

3.7.1 Boes standpunkt

Rettskildekategorien rettsoppfatninger behandles av Boe (1996) s. 282. flg.

Sivilombudsmannens uttalelser er ifølge Boe en viktig rettsoppfatning som har status som rettskildefaktor. Boe begrunner denne statusen med at de rettsoppfatninger Sivilombudsmannen kommer med ”skriver seg fra kyndig juridisk hold”. Den juridiske kompetansen som Sivilombudsmannen besitter, anføres som argument for å tillegge ombudsmannsuttalelsene vekt. Høy juridisk ekspertise må ifølge Boe antas å fremme tilliten og autoriteten til institusjonen. Videre trekker Boe frem følgende på side 283:

”For Sivilombudsmannens vedkommende er begrunnelsen også den kontrollrollen som Sivilombudsmannen har overfor forvaltningen, samt autoriteten og respekten som det står av institusjonen.”

Det er noe uklart hva Boe legger i denne uttalelsen. Boe bruker Sivilombudsmannens kontrollrolle som et moment i sin argumentasjon. Den kontrollrollen som Sivilombudsmannen innehar, kan ha rettskildemessig betydning i flere henseender.

For det første innebærer kontrollrollen at Sivilombudsmannen kommer i et overordningsforhold til forvaltningen. Dette betinger at Sivilombudsmannen har autoritet i forvaltningen. Ombudsmannsordningen bygger da også på en forutsetning om at forvaltningen skal ta Sivilombudsmannens uttalelser på alvor. Det er som tidligere nevnt grunn til å tro at Sivilombudsmannens henstillinger til forvaltningen i stor grad følges opp. Ombudsmannsuttalelsene vil derfor kunne påvirke innholdet av forvaltningens praksis. På denne måten får ombudsmannsuttalelsene indirekte rettskildemessig betydning. Derneft kan det være at det er Sivilombudsmannens uavhengige stilling det siktes til. Sivilombudsmannen opptrer selvstendig og uavhengig i sitt virke med å kontrollere forvaltningen. Uavhengigheten bidrar positivt til institusjonens integritet og autoritet. Videre er det slik at Sivilombudsmannens kontrolloppgave er konstitusjonelt forankret i Grunnloven § 75 litra l. Dette er også en faktor som påvirker ombudsmannsordningens autoritet.

Avslutningsvis trekker Boe inn ”Journaldommen” i Rt. 1977 s. 1035 for å underbygge sin påstand. Boe er av den oppfatning at denne dommen viser at Sivilombudsmannens uttalelser er en rettskildefaktor. Nedenfor i punkt 3.11.2.2 foretar jeg en vurdering av om denne dommen tilsier at Sivilombudsmannens uttalelser har status som rettskildefaktor.

3.7.2 Fleischers standpunkt

Fleischer (1998) s. 72 flg. har også det syn at rettsoppfatninger kan være rettskildefaktorer, men da i betydningen ”den alminnelige rettsoppfatningen i samfunnet”. I bokens kapittel 15 tar Fleischer et klart standpunkt ”de lege lata” mot å anse Sivilombudsmannens uttalelser som en rettskildefaktor. De ord og vendinger han bruker, samt sammenhengen de fremkommer i, kan etter min mening ikke bortforklare hans standpunkt gjennom henvisninger til hans angivelige ”de sententia ferenda”-opplegg.³⁹ Men de betraktninger som fremkommer innledningsvis på side 296, avslører etter min mening at begrunnelsen for at Sivilombudsmannens uttalelser ikke er å anse som en rettskildefaktor etter gjeldende

³⁹ Se Boe (1996) s. 134-135. Rettspolitikk ”de sententia ferenda” er råd til domstolene om hvordan de bør dømme, herunder anvende retten. Til forskjell er rettspolitikk ”de lege ferenda” forslag til ny lovgivning.

rett, har rot i en ”normativistisk” betraktningssmåte. Det virker som om Fleischer avviser en eventuell rettsrealistisk konstatering av at Sivilombudsmannens uttalelser rent faktisk fungerer som en rettskildefaktor i det praktiske rettsliv. På side 296 uttaler Fleischer blant annet dette:

”Det er her igjen nødvendig å ta utgangspunkt i helt grunnleggende betraktninger om hva som kan og bør anerkjennes som legitime rettskilder – i motsetning til rent faktiske, psykologiske årsaker. I en fornuftig vurdering angående disse fundamentale spørsmål kan man ikke benytte seg av så lettvinde oppfatninger som at det er «realistisk» eller «fornuftig» å la enhver faktisk og spesielt psykologisk virkende faktor bli godkjent eller legitimert som rettskilde.”

Videre uttaler Fleischer:

”Det synspunkt at ombudsmannsuttalelser faktisk kan ha påvirket oppfatninger omkring gjeldende rett [...] kan derfor ikke på noen måte begrunne det syn at slike faktorer skal eller bør tillegges vekt.”

I sin nærmere redegjørelse trekker Fleischer frem en rekke momenter som etter hans syn diskvalifiserer Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor. Et første moment er hensynet til rettssikkerhet. Det vil i det følgende bli redegjort for hvordan Fleischer kan hevde at det å anse Sivilombudsmannen som rettskildefaktor kan svekke rettssikkerheten.⁴⁰

Fleischer er av den oppfatning at Sivilombudsmannen bør være tilbakeholden med å ta stilling til tvilsomme juridiske spørsmål:

”Det er her for det første grunn til å understreke at det ikke er ombudsmannens hovedoppgave å ta standpunkt til mer eller mindre tvilsomme juridiske spørsmål.[...] Formodentlig bør det utvises *en viss forsiktighet* fra ombudsmannens side her – og kanskje en større forsiktighet enn man har inntrykk av at en eller flere av de ombudsmenn vi har hatt, virkelig har utvist i praksis.”⁴¹

Fleischer er imidlertid ikke av den oppfatning at Sivilombudsmannen ikke har noe mandat til å uttale seg om tvilsomme juridiske spørsmål. Et slikt mandat ligger implisitt allerede i de arbeidsoppgaver Sivilombudsmannen er satt til å skjøtte. Fleischer mener

⁴⁰ Fleischer (1998) s. 297.

⁴¹ Fleischer (1998) s. 297-298.

Sivilombudsmannen bør være varsom med å ta stilling til tvilsomme juridiske spørsmål fordi:

”[...] verken det apparat ombudsmannen rår over, eller den saksbehandling som foregår for ham og hans underordnede, er slike at de egentlig *gir grunnlag for å ta standpunkt* til generelle juridiske spørsmål *på samme måte og på samme faglige nivå som Høyesterett*. Ombudsmannen kan heller ikke behandle generelle juridiske spørsmål på den måte og med den grundighet som *forsvarlig lovgivning* forutsetter.”⁴²

Fleischer må i lys av resonnementet kunne sies å være av den oppfatning at Sivilombudsmannen ikke har den nødvendige ekspertise eller saksbehandling for å kunne innta standpunkter som kvalifiserer til rettskildedefaktorstatus i tvilsomme juridiske spørsmål. I den forbindelse trekker Fleischer frem at det nettopp er i tvilsomme juridiske spørsmål det ville vært behov for supplerende rettskildemateriale. Konsekvensen av dette ville etter Fleischers mening være at Sivilombudsmannen bare kunne bidra som rettskildedefaktor i trivielle juridiske spørsmål. Ved løsning av trivielle juridiske problemstillinger ligger det i sakens natur at man kan støtte seg på det øvrige rettskildebildet, og om ikke annet på reelle hensyn. Dersom Sivilombudsmannen i slike spørsmål trekker ”riktige” slutninger ut fra det foreliggende rettskildebildet, vil Sivilombudsmannens standpunkt nødvendigvis måtte samsvare med det øvrige rettskildebildet. Sivilombudsmannens uttalelser ville i disse tilfellene ikke gjøre noe fra eller til, og kunne dermed bare hatt begrenset selvstendig vekt. Det er først i de tilfellene hvor Sivilombudsmannen trekker ”feil” slutninger ut fra det øvrige rettskildebildet, at Sivilombudsmannens uttalelser ville fått selvstendig betydning. Det er i en slik kontekst at Fleischer kan hevde at det kan skade rettsikkerheten å anse Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildedefaktor.

Videre trekker Fleischer frem demokrati- og rettsstatshensyn i sin argumentasjon. Fleischer er av den oppfatning at det ikke er presentert et akseptabelt rettslig grunnlag som kunne legitimere Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildedefaktor. På side 305 uttaler Fleischer følgende:

⁴² Fleischer (1998) s. 298.

”Først gir disse teoretikere [...] seg til å bruke andre faktorer enn de som tradisjonelt har vært anerkjent – eller som er legitimert gjennom et demokratisk vedtak i Stortinget.”

Sivilombudsmannens rettslige forankring som rettskildedefaktorsprodusent er ifølge Fleischer tuftet på at enkelte juridiske teoretikere har bestemt seg for at Sivilombudsmannen skal ha denne funksjonen. Det er dette forhold Fleischer oppfatter å lide av demokratisk underskudd. Det kan synes som om Fleischer gjennom sin argumentasjon og sine formuleringer anser at to rettslige grunnlag kan begrunne status som rettskildedefaktor. Et første grunnlag kan være at faktoren tradisjonelt har vært anerkjent av rettsstaten. Dernest kan et demokratisk vedtak i Stortinget være et grunnlag. Sett i lys av Fleischer sitt syn på den rettskildemessige vekt av Sivilombudsmannens uttalelser, kan man trekke den konklusjon at Fleischer ikke anser noen av de nevnte grunnlag å foreligge for Sivilombudsmannens vedkommende.

Som et siste moment trekker Fleischer frem høyesterettspraksis.⁴³ Han er av den oppfatning at den foreliggende høyesterettspraksis, ikke kan tas til inntekt for å hevde at Sivilombudsmannens uttalelser er en rettskildedefaktor. Dette til tross for at Høyesterett har omtalt Sivilombudsmannens uttalelser i flere av sine dommer. Forklaringen på dette er at Fleischer ikke setter likhetstegn mellom en slik omtale og status som rettskildedefaktor, se side 299. Ifølge Fleischer er det ikke tilstrekkelig for å konstatere rettskildemessig vekt at Høyesterett sier seg enig i et standpunkt. Han vurderer det sannsynligvis slik at et standpunkt først har rettskildemessig vekt, når standpunktet tillegges vekt fordi det skriver seg fra et bestemt hold.⁴⁴ Sivilombudsmannens uttalelser vil i henhold til dette ha rettskildemessig vekt, i det øyeblikk Høyesterett vektlegger uttalelsene fordi de skriver seg fra Sivilombudsmannen.

3.7.3 Oppsummering

Redegjørelsen ovenfor var et forsøk på å avklare om det i teorien er enstemmighet vedrørende spørsmålet om Sivilombudsmannens uttalelser er en rettskildedefaktor. Etter den

⁴³ Se Rt. 1977 s. 1035 og Rt. 1982 s. 1625

⁴⁴ I så fall er han av samme oppfatning som Bernt og Doublet (1993) s. 65 og Boe (1996) s. 285.

nærmere analyse av hva to sentrale juridiske teoretikere mener om saken, må man svare avkrefte på det innledende spørsmål. Boe og Fleischer synes reelt sett å være uenige på dette området. Sine påstander begrunner de ut fra ulike kriterier. Boe vektlegger primært Sivilombudsmannens autoritet og posisjon i samfunnet for å underbygge sin påstand. Fleischer har en annen tilnæringsmåte til problemet. Han anfører hensynet til demokrati, rettsstat og rettsikkerhet som ankepunkter mot å anse Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor. Både Fleischer og Boe bruker høyesterettspraksis for å underbygge sine påstander. Dette må nødvendigvis bety at de har ulikt syn på hvordan denne praksisen er å forstå.

3.8 Hvordan kan man avgjøre om en faktor har status som rettskildefaktor?

3.8.1 Innledning

Innledningsvis ser jeg meg nødt til å undersøke det syn som Fleischer gir uttrykk for i Fleischer (1998) s. 296:

”I en fornuftig vurdering angående disse fundamentale spørsmål kan man ikke benytte seg av så lettvinne oppfatninger som at det er «realistisk» eller «fornuftig» å la enhver faktisk og spesielt psykologisk virkende faktor bli godkjent eller legitimert som rettskilde. [...] Det synspunkt at ombudsmannsuttalelser faktisk kan ha påvirket oppfatninger om gjeldende rett [...] kan derfor ikke på noen måte begrunne det syn at slike faktorer skal eller bør tillegges vekt.”

Fleischer hevder at selv om en faktor ”de facto” kan ha påvirket oppfatninger om gjeldende rett, vil den ikke av den grunn bli godkjent eller legitimert som rettskildefaktor.

Sivilombudsmannens uttalelser antas å normere forvaltningspraksis, og kan på dette grunnlag påvirke oppfatninger om gjeldende rett. Fleischer ser det slik at ombudsmannsuttalelsene ikke har status som rettskildefaktor, selv om man kan påvise at de faktisk påvirker rettsanvendelsen. Uttalelsene til Fleischer setter søkelyset på hva som skal til for å konstatere at en faktor har status som rettskildefaktor. I det følgende vil jeg undersøke om Fleischers synspunkt er i samsvar med det rettsteoretiske fundamentet som ligger til grunn for gjeldende rettskildelære. Jeg finner det hensiktsmessig å foreta en forholdsvis bred og rettsteoretisk tilnærming til dette spørsmålet.

3.8.2 Introduksjon til grunnleggende rettsteorier

Norsk rettsvitenskap har i betydelig grad latt seg influere av internasjonale rettsteoretiske strømninger. Hovedsaklig er impulsene hentet fra de øvrige skandinaviske land, og da især Danmark. Men norsk rettsvitenskap har også hentet betydelig inspirasjon i angloamerikansk rett. Eckhoffs rettskildesyn har på den annen side sendt impulser den andre veien. Hans rettskildelære er mye omtalt og debattert i danske rettsvitenskaplige fremstillinger. Rettsvitenskapens sentrale gjenstand er gjeldende rett. I det følgende vil jeg kort og summarisk gjøre rede for forskjellige tilnæringsmodeller til spørsmålet om hva som er gjeldende rett.

3.8.3 Naturrett og rettspositivisme

Historisk går det et skille mellom to hovedretninger i rettsvitenskapen. Dette skillet går mellom naturrett og rettspositivisme. I sin rene form har disse to retningene diametralt ulike tilnæringsmåter til å avklare hva som er gjeldende rett.

3.8.3.1 Naturrett

Naturretten hevder i grove trekk at det finnes visse universelle eller allmenngyldige grunnprinsipper som stiller krav til myndighetenes faktiske lovregulering av samfunnet. Den positive rettens gyldighet avhenger av om denne er i overensstemmelse med det overordnede normsystem – naturretten. Dette medfører at den positive rettens legitimitet må vurderes opp mot visse grunnleggende etiske normer og verdier, som står over den positive retten. I moderne rettskildeterminologi kan dette formuleres som et spørsmål om trinnhøyde. Naturretten er "lex superior" fremfor den positive retten i en slik kontekst.

Naturrettslige prinsipper er av moralsk art, og utleder på denne bakgrunn sin autoritet og gyldighet utelukkende gjennom den samfunnsmessige tilslutning til regelen. Dette impliserer at man er henvist til å appellere til statsapparatet for å få de naturrettslige prinsipper inkorporert i den positive retten. Naturrettslige tankemodeller har gjort seg gjeldende også i moderne tid. I Nürnberg-prosessene og det norske landsvikeroppgjøret etter 2. verdenskrig, gjorde de allierte i stor grad bruk av naturrettslige betraktninger. Her ble det oppstilt en plikt til å gjøre motstand mot den positive retten, når man i ekstreme

situasjoner opplever at det er motstrid mellom naturretten og den positive retten. Naturrettens største problem er antakelig at det ikke finnes objektive kriterier for å identifisere hva som eventuelt skulle være et naturrettslig prinsipp.

3.8.3.2 Rettspositivisme

Rettspositivisme kaller man gjerne de ”rettsteorier som ensidig eller i det alt vesentlige ser retten som uttrykk for den organiserte samfunnsmakt”.⁴⁵ Hovedfokuset er altså på den positive retten, presumptivt gitt av lovgiver. Begrepet ”gjeldende rett” blir i en slik sammenheng ensbetydende med den stiftede rett. Årsaken til at man la slik vekt på den positive retten, kan forklares i beundringen av de empiriske vitenskaper. I de empiriske vitenskaper stod iakttagbare sanseintrykk helt sentralt. En objektiv kontrollerbar stiftet rett fremstod som en hendig størrelse som passet inn i dette vitenskapsidealet. Ettersom gjeldende rett i en slik modell er knyttet til empirisk kontrollerbare rettskilder, blir prosessen med å fastlegge gjeldende rett verdinøytral. Dette er forklaringen på at det tradisjonelt har vært et skarpt skille mellom retten slik den er (”de lege lata”) og retten slik den burde være (”de lege ferenda”). Sondringen korresponderer med skillet mellom rett og moral. Rettspositivismen beskjeftiger seg i utgangspunktet bare med hva som er rett.⁴⁶

Innenfor den rettspositivistiske tankemodell søker man å fastslå hva den organiserte samfunnsmakten⁴⁷ ønsker skal gjelde, samt legitimere og autorisere regelproduksjonen. Hovedproblemet med denne rettsteoretiske tilnæringsmåten er at ikke alle rettsregler i et samfunn kan spores tilbake til den organiserte samfunnsmakten. Dette gjelder ikke minst sedvaneretten. Rettspositivismen forklarer dette faktum med at sedvaneretten stilltiende er akseptert av den organiserte samfunnsmakt, og utleder sin gyldighet gjennom denne aksept. Mer realistisk er det nok å hevde at sedvane er et selvstendig grunnlag for regelproduksjon.

⁴⁵ Bernt og Doublet (1993) s. 108.

⁴⁶ Med rett menes her normer som har rettsordenens beskyttelse, og som i siste instans kan få fastlagt sitt nærmere innhold ved domstolene.

⁴⁷ I vårt samfunn vil dette være Stortinget.

Rettspositivismen er i dag den rådende rettsteoretiske plattform i norsk og nordisk rettsvitenskap.⁴⁸ Tradisjonelt har rettspositivismen vært begrunnet ut fra hensynet til politisk legitimitet, likhet og forutberegnelighet.⁴⁹ Disse bærende hensyn må antas å være sentrale også i dagens rettsvitenskap.

3.8.4 Normativisme og rettsrealisme

Med basis i den rettspositivistiske teori utgår det to hovedretninger. Disse retningene kan man karakterisere som normativisme og rettsrealisme. Forskjellen mellom disse retningene går på hvilket perspektiv man skal anlegge på den positive retten. Former retten i kraft av sin normerende funksjon samfunnet, eller er det samfunnet som former retten? Det er med andre ord den klassiske ”høna og egget” problematikken som gjør seg gjeldende. Realistisk sett foregår det en utveksling av impulser begge veier. Retten og samfunnet inngår i et samspill, hvor det stadig foregår en vekselvirkning av impulser som sendes frem og tilbake.

3.8.4.1 Normativisme

Normativismen beskriver gjeldende rett ved å ta utgangspunkt i den positive retten som sådan. De skrevne rettsreglene danner utgangspunktet for hva som er gjeldende rett, og ikke hvordan disse praktiseres i virkeligheten. Rettsreglenes tilblivelse og meningsinnhold, samt de bakenforliggende verdier de er bærere av, har en sentral plass i normativismen. Det er mulig at Fleischer i sin juridiske metodelære har latt seg influere av denne rettsteoretiske retningen i større grad enn andre teoretikere. Det kan i så fall forklare hvorfor Fleischer har et noe annet rettskildesyn, enn for eksempel Boe.

3.8.4.2 Rettsrealisme

Rettsrealismen er den ledende rettsteoretiske retningen innen rettspositivismen.⁵⁰ Innenfor rettsrealismen har man løsrevet gjeldende rett fra rettsreglenes tilblivelse. Dette skyldes erkjennelsen av at rettsreglenes tilblivelse ikke kan si noe endelig om hva som er gjeldende

⁴⁸ Bernt og Doublet (1993) s. 116.

⁴⁹ Bernt og Doublet (1993) s. 113.

⁵⁰ Bernt og Doublet (1993) s. 3 og Nielsen (1997) s. 213.

rett. I stedet har man knyttet gjeldende rett til retten i funksjon. Gjeldende rett er ut fra denne betraktningmåten identisk med retten slik den anvendes i praksis.

Rettsrealismen kan igjen inndeles i to varianter.⁵¹ Disse er ofte omtalt som ideologisk og behavioristisk rettsrealisme.⁵² Den ideologiske rettsrealismen definerer gjeldende rett ved å henvise til den alminnelige rettsoppfatningen. En rettsregels meningsinnhold avhenger av hvordan den oppfattes av allmennheten, og da især hvordan juriststanden oppfatter regelen. Den behavioristiske rettsrealismen definerer retten først og fremst slik at den korresponderer med domstolens rettsanvendelse, herunder domstolens oppfatning av gjeldende rett. Gjeldende rett blir etter dette prognoser om dommeradferd. Denne formen for rettsrealisme har særlig vunnet tilslutning i USA. I 1897 gav den amerikanske dommer Oliver Wendell Holmes, ved å identifisere seg med en hypotetisk kriminell, et innblikk i det fundamentale poeng med den behavioristiske rettsrealismen:

”Take the fundamental question. What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is sometimes different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the Courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”⁵³

3.8.4.2.1 Ross' lære

Innen den nordiske rettsrealistiske teorien har dansken Alf Ross vært en sentral skikkelse. Hans lære var et forsøk på å bringe rettsvitenskapen inn i en naturvitenskaplig forståelsesramme. Ross var tilhenger av prognoseteorien som middel for å komme fram til gjeldende rett. Prognosen om hva gjeldende rett er, må etter hans mening verifiseres eller eventuelt avkrefte av Høyesterett. Ross forfektet på denne måte et rent deskriptivt rettskildesyn. Rettskildene er etter hans syn de normerende faktorer som influerer på domstolens rettsanvendelse. Den teoretiske overbygningen til Ross bringer den

⁵¹ Nielsen (1997) s. 220.

⁵² Adferdsbasert realisme kunne kanskje vært et bedre ord. ”Behaviour” er det engelske ordet for adferd.

⁵³ Kelly (1993) s. 365.

ideologiske og den behavioristiske rettsrealismen sammen i ett system. Dette illustreres ved at Ross definerer gjeldende rett som den normative ideologi som virker i dommerens sinn fordi den oppleves som sosialt forpliktende, og derfor etterleves.⁵⁴ Dommerens rettsbevissthet er det ideologiske element, mens dommerens faktiske handlemåte utgjør den behavioristiske komponenten.

3.8.4.2.2 Eckhoffs lære

Torstein Eckhoff skapte med utgangspunkt i den angloamerikanske rettsteori et nytt teoretisk fundament for rettsrealismen.⁵⁵ Eckhoffs pragmatiske rettsrealisme må antas å være den gjeldende rettsteoretiske tankemodell i dag. Bernt og Doublet (1993) s. 166 uttaler i denne forbindelse:

”I perioden fra 1971 og frem til i dag [...] har Eckhoffs realistiske rettskildelære beholdt og sogar forsterket sitt hegemoni innenfor norsk rettsvitenskap.”

Eckhoffs rettsteori ser på rettskildedefaktorene som normerende meningsbærere som styrer rettsanvendelsen. Rettskildedefaktorenes normerende funksjon kan kun forstås ut fra hvordan de blir anvendt i praktisk rettsanvendelse. Rettsanvendelsen styres av rettskildeprinsipper. I likhet med Ross mener Eckhoff at det først og fremst er Høyesteretts rettsanvendelse som kan avklare rettskildeprinsippenes nærmere innhold. I så henseende er det samsvar mellom prognoseteorien til Ross og Eckhoffs lære. Forskjellen ligger i det pragmatiske element. Eckhoff opererer med en særskilt kategori rettskildedefaktorer som han kaller reelle hensyn. Virkningen av de reelle hensyn kan sammenfattes slik at en konkret rettsavgjørelse, basert på de øvrige rettskildedefaktorene, må veies opp mot de rettslige og verdimeslige tradisjoner som rettssystemet er basert på. Størrelser som rasjonalitet og rettferdighet bringes på denne måten i full åpenhet inn i rettsanvendelsen. Rimelighetsbetraktninger er en annen merkelapp som kan være illustrerende. Men friheten til å underkjenne et konkret resultat på grunnlag av reelle hensyn er ikke ubegrenset. Rettsanvendelsen er en kombinasjon av rettskildedefaktorenes normerende og bindende funksjon, samt pragmatiske overveielser ved

⁵⁴ Ross (1953) s. 47.

⁵⁵ Eckhoff (1953), *Rettsvesen og rettsvitenskap i USA*.

bruk av reelle hensyn. Referanseramme for hva som er akseptable reelle hensyn, må forstås ut fra hva som må anses som akseptert av den samlede juridiske profesjon.⁵⁶

3.8.5 Oppsummering

Rettskildelæren er forankret i den rettsrealistiske tankemodell. Gjeldende rett er i henhold til rettsrealismen identisk med hvordan retten anvendes i praksis. På denne bakgrunn virker uttalelsene til Fleischer (1998) s. 296 noe unyanserte. Det er imidlertid slik at selv om gjeldene rett er knyttet til hvordan retten de facto fungerer, er det oppstilt et kvalifikasjonskrav i så måte. Det er Høyesteretts faktiske rettsanvendelse som avklarer rettskildefrinsippenes nærmere innhold. Høyesterett er følgelig rette instans til å besvare spørsmålet om Sivilombudsmannens uttalelser har status som rettskildefaktor.

3.9 Hvilke hensyn eller kriterier gir rettskildefaktorene deres berettigelse?

Med utgangspunkt i Eckhoffs rettsrealistiske teori kan man slå fast at det er Høyesterett som fastlegger det nærmere innhold i rettskildefrinsippene, samt hva som er gjeldende rett. Men dette faktum løser imidlertid ikke det prinsipielle problemet vi står overfor – nemlig å avklare hva som berettiger status som rettskildefaktor? Når Høyesterett i første omgang blir stilt overfor et slikt spørsmål, er det rimelig å anta at det svaret Høyesterett gir ikke er rent vilkårlig. Da utvelgelsen av rettskildefaktorene ikke utelukkende kan være et resultat av tilfeldigheter, må det finnes generelle hensyn eller kriterier som gir rettskildefaktorene deres berettigelse. Dette er til dels snakk om prinsipielle synspunkter i relasjon til hvem som kan og bør ha rettsbestemmende funksjoner i et demokratisk samfunn. En rent rettsdogmatisk synsvinkel blir for snever for å klarlegge det nærmere innhold i dette. Problemet må ses i et større perspektiv. Gjennom en rettsteoretisk tilnærming søker jeg å avdekke de hensyn som gir rettskildefaktorene deres berettigelse. Når disse hensynene er avdekket, må det foretas en vurdering av om disse hensynene kan gi Sivilombudsmannens uttalelser berettigelse som rettskildefaktor.

⁵⁶ Bernt og Doublet (1993) s. 182 flg.

3.9.1 Autoriserings- og legitimeringssystemet

Det fremgår forutsetningsvis av Eckhoffs rettskildelære at referanserammen for akseptabel bruk av reelle hensyn, utgjøres av den samlede juridiske profesjons oppfatning om spørsmålet. Det kollektive juridiske miljø må anses som den fremste bærer av de hensyn og prinsipper rettskulturen og rettsstaten er tuftet på. Og det er nettopp de hensyn og prinsipper som ligger til grunn for rettskulturen og rettsstaten, som også autoriserer og legitimerer rettskildefaktorene som gyldige argumenter i rettsanvendelsesprosessen.⁵⁷

3.9.2 Redegjørelse for de prinsipper som legitimerer rettskildefaktorene

Rettsstaten og rettskulturen bygger blant annet på prinsippene om politisk og moralsk legitimitet, samt rettssikkerhet og rasjonalitet.⁵⁸ Dette kan omformuleres som krav om folkesuverenitet, rettferdighet, forutberegnelighet, likebehandling og fornuft. Disse prinsippene ligger til grunn for de etablerte rettskildefaktorene. Evald (2000) s. 7 inndeler rettskildefaktorene i 4 hovedkategorier, henholdsvis lovgivning, rettspraksis, sedvaner og reelle hensyn (forholdets natur). Denne inndelingen er hensiktsmessig for å illustrere hvordan prinsippene som ligger til grunn for rettsstaten, også kan bidra til å legitimere rettskildefaktorene. Dette vil bli gjort i det følgende.

I tillegg til ovennevnte prinsipper er det grunn til å betone effektivitetshensyn som et mulig legitimeringsgrunnlag. Det er i samfunnets interesse at rettssystemet drives på en mest mulig kostnadseffektiv måte. Rettssystemets bruk av en kostnad-nytte betraktning må derfor antas å ha bred støtte i samfunnet. Dette hensynet må selvfølgelig avpasses mot rettsstatens grunnprinsipper. Høyesteretts stillingtaken til om en argumentkilde har status som rettskildefaktor, må bero på en helhetsvurdering. Vurderingstemaet i en slik avveining må være om argumentkilden alt tatt i betraktning fremmer rettsstaten. I en slik

⁵⁷ Begrepet "legitimitet" brukes i denne sammenheng om det forhold at borgerne aksepterer rettreglene, rettsinstituttene og myndighetsbeslutningene, samt at borgerne aksepterer at retten er besluttet i overensstemmelse med reglene for gyldig regelproduksjon. Borgernes aksept må forklares ved at de anser rettssystemet og den aktivitet som bedrives der som rettmessig.

⁵⁸Se Bernt og Doublet s. 67 flg. Også Nygaard (2004) s. 50 sier også noe om dette.

sammenheng må det etter min mening være rom for å la effektivitetshensynet inngå som moment i denne helhetsvurderingen. Effektivitetshensynet gjør seg særlig gjeldende i forhold til spørsmålet om å bygge på tidligere avgjørelser fra domstolene og forvaltningen. Det at rettsanvenderne følger tidligere praksis er kostnadsbesparende. Effektivitetshensynet taler derfor for at rettpraksis, forvaltningspraksis og ombudsmannsuttalelsene er rettskildedefaktorer. Effektivitetshensynet vil ikke bli ytterligere kommentert ved gjennomgangen av hvilke prinsipper som legitimerer de ulike rettskildedefaktorene.

3.9.3 Generelle betraktninger om rettskildedefaktorenes legitimitet

Lovgivning utgjør den viktigste kategorien av rettskildedefaktorer. Begrepet "lovgivning" brukes her i vid forstand, slik at grunnlovsbestemmelser, jf. Grunnloven § 112, formell lov, jf. Grunnloven §§ 76-79, Stortingets plenarvedtak, kongelige resolusjoner, jf.

Grunnloven § 17 og forskrifter omfattes. Lovgivning vedtas som den store hovedregel med hjemmel i Stortingets generelle lovgivningskompetanse, jf. Grunnloven § 75 litra a. Det er særlig tilknytningen til demokratiet som gir lovgivningen en spesiell status i rettskildesammenheng. Ingen annen rettskilddefaktor kan i samme grad ta stilling til politiske spørsmål. Et annet forhold som legitimerer lovgivningen er hensynet til rettsikkerheten. Forutsatt at lovgivningen er alminnelig kjent, bidrar den til økt forutberegnelighet for borgerne. Kravet om likebehandling innfris gjennom prinsippet om likhet for loven. Prinsippene om folkesuverenitet og rettssikkerhet legitimerer lovgivning som rettskilddefaktor.

Rettspraksis, og da især høyesterettspraksis, er en annen sentral rettskilddefaktor. I likhet med lovgivning har Høyesterettspraksis en konstitusjonell forankring, jf.

Grunnloven §§ 88 og 90. Den konstitusjonelle forankringen skiller rettspraksis fra sedvanebasert praksis. Det bærende hensyn som legitimerer rettspraksis som rettskilddefaktor er rettssikkerheten. Den objektive domstolskontrollen bidrar til forutberegnelighet og likebehandling.

Til forskjell fra rettspraksis savner sedvanep praksis en konstitusjonell forankring. Ikke desto mindre bidrar sedvanep praksis til økt forutberegnelighet for borgerne. Normene for skikk og

bruk gjør det mulig for borgerne å forutse sin rettstilling. Forutberegnelighet bidrar i sin tur til at like tilfeller behandles likt. Sedvanep praksis er altså en rettskildefaktor av hensyn til borgernes beste. Dette medfører at sedvanep praksis som innskrenker borgernes rettigheter eller øker deres plikter står vesentlig svakere, enn praksis som styrker borgernes rettstilling. En variasjon over samme tema er innrettelseshensynet. Det ville vært uheldig om man måtte omgjøre et stort antall etablerte rettsforhold, fordi man ikke kunne bygge på sedvane.

Reelle hensyn tilfører rettssystemet en moralsk og rasjonell dimensjon. Uten denne dimensjonen kan man anta at rettssystemet ville innehatt en betydelig svekket stilling i samfunnet. Derfor er det viktig å opprettholde samfunnets grunnleggende forestillinger om at rettssystemet også ivaretar rettsstatlige grunnprinsipper om moral, rettferdighet og fornuft. Reelle hensyn, herunder fornufts-, hensiktsmessighets- og rimelighetsbetraktninger, er på denne bakgrunn en legitim rettskildefaktor.

3.10 Hvilke hensyn taler for at Sivilombudsmannens uttalelser bør ha status som rettskildefaktor?

3.10.1 Politisk legitimitet

Sivilombudsmannen sorterer under Stortinget. Man kunne da tenke seg at Stortingets politiske legitimitet smittet over på Sivilombudsmannen. Det gjør den imidlertid ikke. Sivilombudsmannen er ikke delegert lovgivningskompetanse. Arbeidsoppgaven til Sivilombudsmannen består hovedsaklig i å uttale sin mening om forhold som går inn under hans arbeidsområde, jf. ombudsmannsloven § 10 første ledd. Sivilombudsmannen har derfor ikke større kompetanse til å ta stilling til politiske spørsmål, enn det som er nødvendig for å utføre sin kontrollfunksjon. Videre er Sivilombudsmannen heller ikke demokratisk valgt. Sivilombudsmannen velges på bakgrunn av faglige kvalifikasjoner og faglig integritet, jf. Grunnloven § 75 første ledd litra l og ombudsmannsloven § 1 andre ledd. Politisk legitimitet kan derfor ikke begrunne at ombudsmannsuttalelsene bør ha status som rettskildefaktor.

3.10.2 Rasjonalitet og moralsk legitimitet

Innenfor rammene av legitim rettsanvendelse kan alle rettsanvenderne gjøre bruk av rettskildefaktoren reelle hensyn. Reelle hensyn omfatter som nevnt hensiktsmessighets-, fornufts- og rimelighetsbetraktninger. Sivilombudsmannen kan i likhet med andre rettsanvendere gjøre bruk av slike vurderinger. Da reelle hensyn allerede er en egen kategori rettskildefaktorer, kan Sivilombudsmannens uttalelser bare ha uselvstendig relevans i denne forbindelse. Moralsk legitimitet og rasjonalitet er altså ikke argumenter som taler for å anse Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor.

3.10.3 Rettssikkerhet

Som tidligere nevnt er det grunn til å anta at forvaltningen i stor grad velger å rette seg etter Sivilombudsmannens henstillinger. Sivilombudsmannens uttalelser virker i så henseende normerende for rettsanvendelsen i forvaltningen. En annen sak er at forvaltningen ofte må ha litt tid på seg til å omlegge praksisen. Men etter en stund vil Sivilombudsmannens uttalelser ofte være et uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis på området. På denne bakgrunn er det naturlig at også andre grupper av rettsanvendere legger vekt på Sivilombudsmannens standpunkt. I rettspraksis og juridiske fremstillinger finner man ikke sjelden henvisninger til ombudsmannsuttalelser.⁵⁹ Dette er et uttrykk for at Sivilombudsmannens uttalelser de facto spiller en rolle i praktisk rettsanvendelse. For at en rettskildefaktor skal få betydning i praktisk rettsanvendelse er det en forutsetning at rettsanvenderen kan finne frem til rettskildefaktoren. Enkelte teoretikere er av den oppfatning at manglende publisering kan ekskludere en argumentkilde fra å få status som rettskildefaktor.⁶⁰ Publiseringen av Sivilombudsmannens uttalelser er imidlertid meget god, jf. nedenfor i punkt 4.2.6.

Sivilombudsmannen avgjør et stort antall klagesaker hvert år. Mange av sakene tar for seg problemstillinger som sjelden eller aldri kommer for domstolene. Dersom man anser Sivilombudsmannens uttalelser for å være en rettskildefaktor, vil uttalelsene få

⁵⁹ Bernt og Rasmussen (2003) har omfattende henvisninger til ombudsmannsuttalelser.

⁶⁰ Fleischer (1998) s. 82.

overføringsverdi utover den konkrete klagesaken. Dette vil utvilsomt kunne bidra til økt forutberegnelighet for borgerne, samt en større grad av likebehandling i forvaltningen. Rettsystemets primære oppgave er ikke å løse konflikter, men å forebygge konflikter før de oppstår. Derfor er forutberegnelighet og publisering så viktig. Likebehandling ivaretar på sin side borgernes grunnleggende tillit til rettsystemet. Disse rettssikkerhetsgarantiene har en verdi i seg selv, og isolert sett taler disse hensyn for å anse Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor.

Fleischer er av en annen oppfatning. Han mener det ville svekke rettsikkerheten dersom man anså Sivilombudsmannens uttalelser som en rettskildefaktor. Dette begrunner han med at Sivilombudsmannen ikke har nødvendig juridisk ekspertise til å ta stilling til vanskelige og uavklarte juridiske spørsmål. Borgerne ville som en følge av dette kunne få svekket sin rettsstilling i samfunnet. Jeg mener Fleischers synspunkt har begrenset betydning. For det første er det en kjensgjerning at også domstolene tar feil i rettsspørsmål fra tid til annen. Likevel er rettspraksis en rettskildefaktor. For det andre vil en ombudsmannsuttalelse som feilaktig begrenser borgernes rettigheter stå betydelig svakere, enn en ombudsmannsuttalelse som styrker borgernes rettsstilling. Dette kan forklares med at det er hensynet til borgernes beste som tilsier at Sivilombudsmannens uttalelser bør ha status som rettskildefaktor.

3.11 En gjennomgang av rettspraksis

3.11.1 Innledning

Det følger av Eckhoffs rettsrealistiske teori at Høyesterett fastlegger det nærmere innhold i rettskildeprinsippene. Ved stillingtaken til rettsspørsmål inngår Høyesteretts rettskildebruk som en integrert del av dommens prejudikatverdi. Høyesterett kan på denne måten selv autorisere rettskildefaktorer ved å bruke disse i sin rettsanvendelse. Dersom man kan konstatere at Høyesterett har trukket Sivilombudsmannens uttalelser inn i sin rettsanvendelse, har man samtidig slått fast at Sivilombudsmannens uttalelser er en rettskildefaktor. Utfordringen i det følgende blir å analysere høyesterettspraksis med dette for øye.

I tråd med vanlig tolkingslære for dommer vil jeg bare vektlegge kommentarer som fremkommer i domsgrunnene. Det er vanlig å skille mellom dommens ”ratio decidendi” og ”obiter dicta”. Sondringen henspiller på forskjellen mellom de uttalelser i domsgrunnene som fører frem til rettens avgjørelse, og de uttalelser som ikke er avgjørende for resultatet. Denne sondringen er etter min mening ikke avgjørende for å avklare om Sivilombudsmannens uttalelser er en rettskildefaktor. Høyesterett formulerer sjelden rettskildeprinsippene eksplisitt. Rettskildeprinsippene fremkommer mer eller mindre tydelig av sammenhengen. Avgjørende bør derfor være om Høyesterett benytter seg av Sivilombudsmannens uttalelser i sin rettsanvendelse på en kvalifisert måte som Bernt og Doublet (1993) s. 65 har formulerer slik:

”Rettskildemessig vekt har et synspunkt bare hvor selve det forhold at det er fremsatt i en bestemt sammenheng, blir et selvstendig argument for å tillegge det vekt.”⁶¹

3.11.2 Noen utvalgte dommer

3.11.2.1 Innledende bemerkninger

Nedenfor vil jeg kort og summarisk gjøre rede for syv høyesterettsdommer, hvor Sivilombudsmannens uttalelser omtales i domsgrunnene. Med unntak av Journaldommen, mener jeg at Høyesterett i disse dommene bruker ombudsmannsuttalelser som argumentasjon for å falle ned på det resultatet de gjør. Dette tilsier at Sivilombudsmannens uttalelser har status som rettskildefaktor. Hver for seg gir dommene begrenset veiledning vedrørende spørsmålet om Sivilombudsmannens uttalelser har status som rettskildefaktor. Det er først og fremst når dommene ses i sammenheng at den underliggende trend kommer til syne. Jeg har derfor nøyd meg med å sitere de uttalelsene som er interessante for avhandlingens formål – nemlig å dokumentere at Sivilombudsmannens uttalelser inngår i Høyesteretts rettsanvendelse. Nedenfor i punkt 3.11.3 vil jeg foreta en nærmere analyse av Rt. 2002 s. 683.

⁶¹ Boe (1996) s. 285 og Fleischer (1998) s. 299 har samsvarende synspunkter.

3.11.2.2 Journaldommen i Rt. 1977 s. 1035

Saken gjaldt spørsmålet om en pasient som var behandlet ved et offentlig sykehus hadde rett til innsyn i sin egen sykejournal. Høyesterett kom frem til at pasienten hadde en slik rett på grunnlag av alminnelige rettsgrunnsetninger, jf. dommens side 1044:

”Etter en samlet vurdering av sykejournalen, og forøvrig på grunnlag av en interesseavveining som jeg kommer tilbake til, er jeg kommet til at det må følge av alminnelige rettsgrunnsetninger at en pasient i utgangspunktet har rett til å gjøre seg kjent med den sykejournal som gjelder ham selv.”

Ankemotparten i saken hadde påberopt seg en uttalelse fra Sivilombudsmannen.

Sivilombudsmannen hadde tatt stilling til spørsmålet med utgangspunkt i forvaltningsloven § 18 andre ledd, og kom til at bestemmelsen ikke ga en pasient rett til innsyn i sykejournalen, jf. dommens side 1039. Høyesterett mente dette var en for snever synsvinkel. Domstolen bygde derfor sin rettsanvendelse på annet grunnlag. På denne bakgrunn kom Høyesterett til et annet resultat enn Sivilombudsmannen. Det ble derfor ikke tatt stilling til om forvaltningsloven § 18 andre ledd hjemler innsyn i sykejournalen, jf. dommens side 1044. Det er vanskelig å se at Sivilombudsmannens uttalelse overhodet kan ha spilt noen rolle i dommen. Jeg er enig med Fleischer i at dommen ikke kan tas til inntekt for at Sivilombudsmannens uttalelser er en rettskildefaktor.

3.11.2.3 Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1978 s. 1214. Dissens 4-1

Saken gjaldt en kommunes adgang til å avkreve det kommunale vannverkets abonnenter en særskilt utbyggingsavgift. Høyesterett kom frem til at kommunen hadde en slik rett. I den forbindelse kom Høyesteretts flertall med følgende uttalelse på side 1217:

”Det syn jeg her har gitt uttrykk for, støttes av forarbeidene til loven av 1974 og faller i det vesentlige sammen med det Justisdepartementets lovavdeling og Stortingets Ombudsmann for forvaltningen har gitt uttrykk for i brev av henholdsvis 9. oktober 1969 og 8. mai 1972.”

3.11.2.4 Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1980 s. 485. Enstemmig

Fem fiskere stod tiltalt for ulovlig fiske i strid med nye forskriftsbestemmelser. De tiltalte mente at forskriftene var ugyldige da Lakselv Grunneierforening ikke var tatt med på høring. Høyesterett uttalte i den forbindelse på side 487:

”I likhet med Sivilombudsmannen som 7. mars 1979 gav uttalelse i anledning av en klage fra grunneierforeningen, mener også jeg at dette innebar en tilsidesettelse av påbudet i forvaltningslovens § 37 annet ledd. [...] Jeg mener, og også her på linje med Sivilombudsmannen i hans uttalelse av 7. mars 1979, at det ikke er rimelig grunn til å anta at forskriftene ville fått et annet innhold om grunneierforeningen var tatt med som høringsinstans.”

3.11.2.5 Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1980 s. 1070. Enstemmig

Problemstillingen i saken var om det forelå rettslig interesse i å få overprøvd klageinstansens vedtak om forkjøpsrett etter den tidligere jordloven. Høyesterett konstaterte at det fantes en forvaltningspraksis i tilknytning til problemstillingen og uttalte på side 1074:

”Denne [forvaltnings]praksis, som bygger på en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, og som også Sivilombudsmannen har lagt til grunn, er etter min oppfatning forenlig med ordbruken i jordlovens § 13.”

3.11.2.6 Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1995 s. 109. Enstemmig

Høyesterett måtte her ta nærmere stilling til vilkårene og innholdet i alkohollovgivningens regler for inndragning av skjenkebevilling. Sivilombudsmannens uttalelser vedrørende problemstillingene i saken er omtalt på side 114 og 115 i dommen:

”Det er lagt til grunn av Sivilombudsmannen, og i byretten og lagmannsrettens dommer, at inndragning etter §83a bare kan skje hvis det foreligger et subjektivt klanderverdig brudd på skjenkebestemmelsene. [...] Slik jeg ser det, kunne man verken av ordlyden i §83a eller av lovforarbeidene utlede at adgangen til inndragning forutsatte at den ulovlige skjenking hadde vært subjektivt klanderverdig.”

”Det er lagt til grunn av de tidligere instanser – og også av Sivilombudsmannen – at mindreårige ikke kunne drikke alkohol med samtykke av en gjest, og at bevillingshaveren hadde kontrollplikt med hensyn til at dette ikke skjedde. Dette er jeg enig i.”

3.11.2.7 Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2000 s. 1056. Dissens 3-2

Saken gjaldt bruk av forkjøpsrett til konsesjonspliktig eiendom. Høyesterett måtte i saken ta stilling til hvilke krav som stilles til begrunnelsen i et slikt vedtak om forkjøpsrett. På side 1063 uttaler Høyesterett følgende:

”På denne bakgrunn kan jeg ikke se at departementet har formulert en uriktig norm ved å bruke kriteriet «ikke tvil om». Dette er for øvrig samme formulering av kriteriet i Isene-dommen som Stortinget ombudsmann for forvaltningen har benyttet i mer enn ti år, jf. brev av 2. juni 1989 til Landbruksdepartementet.”

3.11.2.8 Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse. Inntatt i Rt. 2000 s. 1141

Høyesteretts kjæremålsutvalg måtte i kjæremålet ta stilling til aktsomhetskravet i en skattebetalingssak. På side 1144-1145 ble det uttalt:

”Avregningsforskriften §4 bokstav b stiller ikke noe uttrykkelig krav om aktsom god tro, men etter kjæremålsutvalgets oppfatning må det innfortolkes i vilkåret om at det må være «på det rene» at skattetrekk er foretatt. Dette er også lagt til grunn i rundskriv nr. 58 fra Skattedirektoratet og av Sivilombudsmannen i Sivilombudsmannens årsmelding for 1995 side 204 (Somb-1995-53).”

3.11.3 Analyse av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2002 s. 683. Enstemmig

3.11.3.1 Generelt

Problemstillingen som er interessant for vårt formål er Høyesteretts behandling av spørsmålet om gyldigheten av et midlertidig bygge- og deleforbud etter plan- og bygningslov 14. juni 1985 nr. 77 § 33. Høyesterett måtte blant annet ta stilling til om en gitt byggetillatelse ga vern mot et senere midlertidig bygge- og deleforbud. Om dette spørsmålet uttalte Høyesterett følgende på side 692-693:

”Ordlyden i §33 gir adgang til å nedlegge forbud mot at tiltak «settes i gang» og hindrer altså ikke at forbud kan nedlegges der byggetillatelse er gitt”

Høyesterett slår her fast at lovtekstens ordlyd ikke er til hinder for å nedlegge et midlertidig bygge- og deleforbud i de tilfeller hvor byggetillatelse er innvilget. Høyesterett uttaler så videre:

”Dommen i Rt-1968-62 synes å bygge på en forutsetning om at en gitt byggetillatelse ikke er vernet mot ny regulering.”

Man må her tolke Høyesterett slik at de anser ovennevnte dom å tale i retning av at en innvilget byggetillatelse, ikke er til hinder for et etterfølgende midlertidig bygge- og deleforbud. Høyesterett går så over til å behandle en uttalelse fra Sivilombudsmannen:

”Spørsmålet er diskutert i stor bredde i en sak som er gjengitt i Sivilombudsmannens årsmelding for 1989 – Dok. 4 for 1989-90 – på side 148-151 (Somb-1989-57). Det fremgår av saken at Justisdepartementets lovavdeling under tvil hadde antatt at en byggetillatelse ikke hadde vern mot et midlertidig byggeforbud, men at Kommunaldepartementet og Miljøverndepartementet hadde vært av en annen oppfatning. Det opplyses også at praksis i Oslo skal ha vært at byggetillatelser ble ansett å ha slikt vern. Sivilombudsmannen konkluderte, etter en inngående drøftelse, med at «verken ny regulering eller byggeforbud kan gis virkning i forhold til en rettskraftig byggetillatelse...»”

Sivilombudsmannen hadde inntatt det standpunkt at en innvilget byggetillatelse var til hinder for at det ble nedlagt et etterfølgende midlertidig bygge- og deleforbud. Dette til tross for at lovteksten og dommen i Rt.1968 s. 62 trakk i motsatt retning. I utgangspunktet hadde Sivilombudsmannen og Justisdepartementets lovavdeling ulikt syn på saken. Men som det videre fremgår av dommen, førte Sivilombudsmannens standpunkt til at Justisdepartementets lovavdeling kom med en meget interessant uttalelse:

”Sivilombudsmannens drøftelse og konklusjon ble forelagt Justisdepartementets lovavdeling og Miljøverndepartementet. Lovavdelingen ga uttrykk for at argumentasjonen ikke hadde gitt grunnlag for å endre syn, men lovavdelingen uttalte så:

«Når Sivilombudsmannen som i dette tilfellet klart har gitt uttrykk for sin rettsoppfatning, bør forvaltningen imidlertid rette seg etter denne. Forøvrig kan bemerkes at det ikke kan være tvil om at det standpunktet Sivilombudsmannen har inntatt, vil gi størst rettssikkerhet for den som har fått byggetillatelse, og samtidig være den beste løsning sett ut fra retts tekniske hensyn.»

Også Miljøverndepartementet aksepterte Sivilombudsmannens syn. Under henvisning til lovavdelingens uttalelse, sier departementet:

«Departementet tar dette til etterretning, og vil legge ombudsmannens rettsoppfatning til grunn i sin forvaltningspraksis. Vi vil også snarest orientere kommunene, fylkesmennene og fylkeskommunene om dette.»

Det foreligger ikke opplysninger i saken om praksis i tiden etter Sivilombudsmannens uttalelse. Men på bakgrunn av de berørte departementers tilslutning til Sivilombudsmannens syn, må det kunne legges til grunn at praksis har fulgt denne rettsoppfatningen. Dette anser jeg som et tungtveiende argument.”

Disse uttalelsene er illustrerende for hvordan Sivilombudsmannens uttalelser kan normere forvaltningspraksis. Både Justisdepartementets lovavdeling, Miljøverndepartementet og Høyesterett anerkjenner og fastslår at Sivilombudsmannen normerer forvaltningspraksis.

Jeg konkluderer på dette punkt med at Sivilombudsmannens uttalelser ofte vil kunne være uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis.

3.11.3.2 Forholdet til forvaltningspraksis

Et viktig spørsmål gjenstår – nemlig å avklare om Høyesterett i ovennevnte rettsanvendelse har brukt Sivilombudsmannens uttalelse som rettskildefaktor. Det Høyesterett med sikkerhet har gjort er å vise hvordan Sivilombudsmannens standpunkt, presumptivt har normert forvaltningspraksis på området. Bernt og Doublet (1993) s. 65 oppstiller som tidligere nevnt et kvalifikasjonskrav for at et standpunkt skal kunne sies å være anvendt som rettskildefaktor:

”Rettskildemessig vekt har et synspunkt bare hvor selve det forhold at det er fremsatt i en bestemt sammenheng, blir et selvstendig argument for å tillegge det vekt.”

Det fremgår av redegjørelsen ovenfor at Justisdepartementets lovavdeling har lagt vekt på Sivilombudsmannens standpunkt, nettopp fordi standpunktet skriver seg fra Sivilombudsmannen. Spørsmålet er om Høyesterett har gjort det samme. Generelt er Sivilombudsmannens uttalelser nærmest uløselig knyttet til den etablerte rettskildefaktoren forvaltningspraksis. Samtidig må det være klart at ombudsmannsuttalelser er noe annet enn forvaltningspraksis. Sivilombudsmannens uttalelser er rettsoppfatninger om hvordan forvaltningen skal utøve sin praksis. Disse rettsoppfatningene normerer forvaltningspraksis. I hvilken grad forvaltningen i det praktiske liv etterlever disse normeringene er en annen sak. Dette forhindrer imidlertid ikke at ombudsmannsuttalelsene generelt er relevante for avklaring av det nærmere innhold i forvaltningspraksisen på det aktuelle området.

I den foreliggende sak la Høyesterett vekt på Sivilombudsmannens uttalelse blant annet fordi det var grunn til å tro at standpunktet var fulgt i forvaltningspraksis. Høyesterett hadde ingen konkrete opplysninger om Sivilombudsmannens uttalelse var fulgt av forvaltningen. Men på bakgrunn av forvaltningens tilslutning til uttalelsen, la Høyesterett til grunn at så var tilfellet. I og med at Høyesterett ikke hadde konkrete opplysninger om forvaltningspraksis, kunne de heller ikke si noe om innholdet i denne uten å trekke inn

Sivilombudsmannens uttalelse. Høyesterett la til grunn at forvaltningspraksis var i samsvar med de synspunkter som fremkom av ombudsmannsuttalelsen. Bakgrunnen for dette er nettopp det forhold at Sivilombudsmannens uttalelser normerer forvaltningspraksis. I en slik sammenheng kan man si at Høyesterett legger vekt på ombudsmannsuttalelsen, fordi standpunktet skriver seg fra Sivilombudsmannen. Konsekvensen blir at Sivilombudsmannens uttalelse trekkes inn i rettsanvendelsen på en slik måte at betegnelsen rettskildefaktor er dekkende. Jeg synes det er mest naturlig å se det slik at ombudsmannsuttalelsen i dette tilfellet har uselvstendig relevans, i forhold til rettskildefaktoren forvaltningspraksis.

3.11.3.3 Forholdet til de reelle hensyn

Det er ikke bare det nære båndet til rettskildefaktoren forvaltningspraksis som gjør at Sivilombudsmannens uttalelse trekkes inn i rettsanvendelsen i denne dommen. I tillegg til å legge avgjørende vekt på den forvaltningspraksis som presumptivt har dannet seg på grunnlag av Sivilombudsmannens uttalelse, legger Høyesterett avgjørende vekt på de reelle hensyn som fremkommer av uttalelsen, jf. dommens side 693:

”I samme retning trekker de retstekniske hensyn som er omtalt i Sivilombudsmannens uttalelse: [...] 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.”

Reelle hensyn er en etablert rettskildefaktorkategori. Spørsmålet er om Sivilombudsmannens uttalelse har hatt en selvstendig rolle som rettskildefaktor, eller kun betraktes som en formidler av de reelle hensyn. Dette er dels et terminologisk spørsmål. Det kan ikke utelukkes at de reelle hensyn Sivilombudsmannen har bygget på er tillagt større vekt enn normalt, nettopp fordi de fremkommer i en ombudsmannsuttalelse. Høyesteretts inngående behandling av Sivilombudsmannens uttalelse kan tyde på dette. Dersom Høyesterett var av den oppfatning at det ikke spilte noen rolle at de reelle hensyn fremkom av en ombudsmannsuttalelse, kunne de jo bare gjengitt dem uten å referere til ombudsmannsuttalelsen. Jeg ser det slik at Sivilombudsmannens uttalelse for belysning av de reelle hensyn i denne sammenheng har blitt anvendt som uselvstendig rettskildefaktor.

3.12 Konklusjon

Høyesterett kan selv autorisere rettskildefaktorer ved å benytte disse i sin rettsanvendelse. Jeg mener det er belegg for å hevde at Høyesterett bruker Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor i sin rettsanvendelse. Redegjørelsen for høyesterettspraksis viser at ombudsmannsuttalelsene primært brukes for å belyse det nærmere innhold i de øvrige rettskildefaktorene, og da især forvaltningspraksis og de reelle hensyn. I tråd med den rettsrealistiske teori konkluderer jeg med at Sivilombudsmannens uttalelser etter gjeldende rett har status som rettskildefaktor.

4 Hvilken vekt har Sivilombudsmannens uttalelser?

4.1 Generelt om vekt

Spørsmålet om vekt avgjøres av vektnormene. Vektnormene er rettskildeprinsipper. Det som skal veies er de slutninger man kommer frem til ved å tolke rettskildefaktorene i snever forstand. Vektspørsmålet kommer først på spissen dersom det er motstrid mellom slutningene som kan utledes fra de ulike rettskildefaktorene. Dette vil for eksempel være tilfellet hvor en ombudsmannsuttalelse er argument for en annen løsning, enn det lovteksten tilsier. Utfordringen blir å avveie de ulike slutningene mot hverandre. Denne avveiningen skjer som nevnt med basis i vektprinsippene. Hovedpoenget med vektprinsippene er at de slutningene som kan utledes fra rettskildefaktorene ikke har like stor vekt. Slutningene får sin rettskildemessige vekt bestemt ut fra hvilken rettskildefaktor de er utledet fra. Først og fremst kan rettskildefaktorenes autoritet påvirke vekten. I tillegg vil det øvrige rettskildebildet, samt trekk ved rettskildefaktoren selv, være avgjørende for hvilken vekt slutningen har. Siktemålet med den følgende drøftelsen er å få frem hvilke forhold det er som kan påvirke vekten av de slutninger som utledes av Sivilombudsmannens uttalelser. Det finnes i hovedsak tre måter å gripe problemet an på:

For det første kan man ta utgangspunkt i ombudsmannsuttalelsene selv. Ombudsmannsuttalelsene ses da isolert fra de øvrige kategoriene av rettskildefaktorer. Denne betraktningmåten tar sikte på å avdekke hvilke egenskaper det er som avgjør den innbyrdes vekten, innenfor en og samme rettskildefaktorgruppe. Ved å holde to ombudsmannsuttalelser opp mot hverandre, vil ulike egenskaper ved uttalelsene føre til at uttalelsene ikke har like stor vekt. Kvaliteten til en ombudsmannsuttalelse er bestemmende for hvilken vekt den har. Momenter i kvalitetsvurderingen kan være ombudsmannsuttalelsens alder, tydelighet, grundighet, spesifisering og massivitet.⁶² Egenvekt er et begrep som er blitt brukt om resultatet av en slik betraktningmåte.⁶³ Bruken av begrepet egenvekt har blitt kritisert i teorien. Dette skyldes at begrepet kan gi assosiasjoner om at en rettskildefaktor har vekt i seg selv. Kritikken er berettiget fordi en rettskildefaktors vekt alltid må måles i forhold til en annen rettskildefaktor. Med andre ord er vekten alltid relativ. I det følgende vil jeg likevel benytte meg av begrepet egenvekt, fordi begrepet illustrerer at slutningens rettskildemessige vekt blant annet avhenger av trekk ved rettskildefaktoren den er utledet fra.

For det andre kan man ta utgangspunkt i ombudsmannsuttalelsens generelle vekt.⁶⁴ Ombudsmannsuttalelsen sammenliknes da med de øvrige rettskildefaktorene, under den forutsetning at kvaliteten på samtlige rettskildefaktorer er identisk (noe som forøvrig aldri vil være tilfellet). Den generelle vekten avgjør hvilken vekt som skal tillegges Sivilombudsmannens uttalelser på generelt grunnlag, i forhold til for eksempel en høyesterettsdom, sedvane eller lovtekst.

En tredje betraktningmåte er å ta utgangspunkt i ombudsmannsuttalelsens spesielle vekt.⁶⁵ Ombudsmannsuttalelsens spesielle vekt finner man ved å kombinere egenvekt med generell vekt i en enhetlig modell. Fordelen med denne tilnæringsmåten er at man synliggjør at

⁶² Det vil bli nærmere redegjort for momentene i den videre fremstillingen.

⁶³ Helset i Jussens Venner (1986) s. 283-285.

⁶⁴ Boe (1996) s. 187.

⁶⁵ Boe (1996) s. 187.

vektforholdet avhenger både av trekk ved ombudsmannsuttalelsen selv og hvordan resten av rettskildebildet ser ut. Dersom man skal bedømme vekten av en rettskildefaktor i en konkret rettskildesituasjon er denne modellen klart å foretrekke.

Som nevnt ovenfor i punkt 1 tar denne avhandlingen sikte på å belyse den generelle betydningen av Sivilombudsmannens uttalelser som rettskildefaktor. Begrepene egenvekt og generell vekt er best egnet til å illustrere dette. I det følgende vil jeg derfor redegjøre for egenvekten og den generelle vekten til Sivilombudsmannens uttalelser.

4.2 Hvilke særtrekk ved Sivilombudsmannens uttalelser påvirker egenvekten?

Kvaliteten til Sivilombudsmannens uttalelser bestemmer egenvekten. I den videre fremstillingen vil det derfor bli pekt på særtrekk som kan tenkes å påvirke kvaliteten til ombudsmannsuttalelsene.

Forøvrig gjøres det oppmerksom på at det som sies om egenvekt i det følgende, ikke skiller seg vesentlig fra det som kan sies om de andre skrevne rettskildefaktorene. Jeg har imidlertid funnet det hensiktsmessig å foreta en redegjørelse om dette, da det tross alt er visse forskjeller og nyanser mellom de ulike rettskildefaktorene i dette spørsmålet. Dessuten ville fremstillingen angående vektspørsmålet blitt ufullstendig, dersom jeg ikke foretok en redegjørelse for ombudsmannsuttalelsenes egenvekt.

4.2.1 Alder

Innrettelseshensynet taler for en relativt sett svekket vekt for helt ferske ombudsmannsuttalelser. Allmennheten har i disse tilfellene ikke fått tid til å innrette seg etter ombudsmannsuttalelsene. Hensynet til rettsforutsigbarhet og likebehandling spiller også en mindre rolle for helt ferske uttalelser, enn tilfellet er for eldre uttalelser.

Det vil alltid komme til et punkt hvor en ombudsmannsuttalelse får svekket vekt, fordi den ikke lenger er tidsriktig. Dette kan forklares med at rettskildebildet er i stadig endring. Det er ikke mulig på generelt grunnlag å si noe presist om hvor raskt en ombudsmannsuttalelse kommer i utakt med rettsutviklingen. Hvilket rettsområde en ombudsmannsuttalelse

gjelder, kan være av betydning i så måte. Enkelte rettsområder er i større endring enn andre, noe som igjen kan medføre at en ombudsmannsuttalelse raskere går ut på dato.

”Passelig” gamle ombudsmannsuttalelser har størst vekt fordi de er i samsvar med det øvrige rettskildet, samtidig som allmennheten har fått anledning til å innrette seg etter dem.

4.2.2 Tydelighet

Tydelighet er et kriterium som ubetinget bidrar til økt vekt. Desto tydeligere en ombudsmannsuttalelse er, jo større vekt har den. Forklaringen ligger i at man med større grad av sikkerhet kan trekke slutninger fra utvetydige og klare ombudsmannsuttalelser. Videre er det slik at tydelighet bidrar til at ulike rettsanvendere oppfatter innholdet i en ombudsmannsuttalelse på samme måte. Forvaltningspraksis må antas å bli mer ensartet som en følge av dette.

4.2.3 Grundighet

Grundighet er også et kriterium som ubetinget bidrar til økt vekt. Det at en ombudsmannsuttalelse er grundig utredet, tilsier at saken er godt opplyst. Dette gir rettsanvenderne økt tiltro til at uttalelsen materielt sett er riktig. Dessuten vil rettsanvenderne lettere kunne etterprøve ombudsmannens rettsanvendelse, for på den måten å forvisse seg om at kvaliteten på uttalelsen er god.

4.2.4 Spesifikasjon

Spesifikasjon vil i denne sammenheng beskrive det forhold at en ombudsmannsuttalelse er knyttet tett opp mot et bestemt saksforhold. På denne måten oppnår man at både faktum og de hensyn som gjør seg gjeldende i saken blir tilstrekkelig identifisert. Spesifisering gjør at rettsanvenderne med større grad av sikkerhet kan fastslå om ombudsmannsuttalelsen var ment å skulle ta stilling til et bestemt rettsspørsmål. Dette fører isolert sett til at spesifiserte ombudsmannsuttalelser har større vekt enn generelle ombudsmannsuttalelser.

På den annen side vil en spesifisert ombudsmannsuttalelse generelt være mindre anvendelig. Spesifiserte ombudsmannsuttalelser kan være så tett knyttet opp mot saksforholdet i den konkrete saken, at den derfor ikke har nevneverdig overføringsverdi.

4.2.5 Massivitet

Over tid har det på enkelte rettsområder dannet seg hva man kan kalle ombudsmannspraksis. Det vil si at Sivilombudsmannen i sak etter sak legger seg på samme linje. Dette skyldes blant annet at Sivilombudsmannen ut fra likhetsprinsippet ønsker å opptre konsekvent overfor klagerne. En slik praksis er med på å sementere rettstilstanden på området. Innrettelseshensynet tilsier derfor at en ombudsmannsuttalelse som er i samsvar med en fast praksis hos Sivilombudsmannen har større vekt, enn en enkeltstående ombudsmannsuttalelse. Høyesteretts refererte til en slik ombudsmannspraksis i Rt. 2000 s.1056 på side 1063:

”Dette er for øvrig samme formulering av kriteriet i Isene-dommen som Stortinget ombudsmann for forvaltningen har benyttet i mer enn ti år [...]”

4.2.6 Publisering

Rettsikkerhetshensyn, herunder innrettelses-, forutberegnelighets- og likebehandlingshensyn, tilsier at det skal mer til for å komme til et avvikende resultat i forhold til en ombudsmannsuttalelse som er mye brukt i praktisk rettsanvendelse, enn en ombudsmannsuttalelse som har hatt en mer tilbaketrukket rolle. Generelt gjelder at desto mer tilgjengelige ombudsmannsuttalelsene er for rettsanvenderne, jo større er sannsynligheten for at rettsanvenderne benytter dem i sin rettsanvendelse. Økt publisering øker tilgjengeligheten. Sivilombudsmannen benytter flere informasjonskanaler for å gjøre ombudsmannsuttalelsene allment kjent. Foruten gjennom sakens parter, kan Sivilombudsmannens uttalelser komme allmennheten til kunnskap gjennom Lovdata, Sivilombudsmannens årsmelding, Sivilombudsmannens hjemmeside og tidsskriftet Juristkontakt. Særlig publiseringen på Lovdata må antas å gjøre Sivilombudsmannens uttalelser allment kjent blant rettsanvenderne. Ombudsmannsuttalelsene publiseres imidlertid ikke i like stor grad. For eksempel publiseres bare ombudsmannsuttalelser som

antas å ha alminnelig interesse i Sivilombudsmannens årsmelding, jf. ombudsmannsinstruksen § 12 andre ledd. De ombudsmannsuttalelsene som publiseres i flest informasjonskanaler har generelt størst vekt. Publiseringen er best for de ombudsmannsuttalelsene som har allmenn eller prinsipiell interesse.

Videre er det slik at hensynet til personvern- og offentlighetslovgivningen, medfører visse begrensninger i hvilke opplysninger som kan offentliggjøres i ombudsmannsuttalelsene.⁶⁶ Dette kan i enkelte saker føre til at viktige nyanser ikke kommer tilstrekkelig tydelig frem. Ombudsmannsuttalelser som i stor grad er modifisert og redigert får derfor svekket vekt, i forhold til ombudsmannsuttalelser som ikke er blitt redigert på denne måten.

4.3 Hvilke momenter påvirker den generelle vekten til Sivilombudsmannens uttalelser?

Den generelle vekten til en rettskildefaktor bestemmes ut i fra hvilken autoritet den har i forhold til de andre rettskildefaktorene. Det tenkes først og fremst på formell autoritet. Over- og underordningsforhold, typisk ved at en rettskildefaktorproducent er klageinstans over den annen, tilsier at den overordnede instans har størst autoritet. Men også faktisk autoritet er av betydning i denne sammenheng. Kvaliteten på rettskildefaktoren, samt hvilken vekt rettsanvenderne de facto tillegger rettskildefaktoren, påvirker autoriteten. I det følgende vil det bli pekt på momenter som presumptivt gir Sivilombudsmannens uttalelser autoritet.

4.3.1 Plasseringen i det offentlige styringsverket og den konstitusjonelle forankringen

Som tidligere nevnt er Sivilombudsmannen direkte underlagt Stortinget, jf. Grunnloven § 75 første ledd litra l. Det forhold at Sivilombudsmannen utleder sin myndighet direkte fra Stortinget, samt at ombudsmannsordningen er konstitusjonelt forankret i Grunnloven § 75, gir Sivilombudsmannen autoritet overfor lavere plasserte organer.

⁶⁶ Se eksempelvis ombudsmannsloven § 7 andre ledd og § 9.

4.3.2 Uavhengighet

Sivilombudsmannen skal utføre sine oppgaver uavhengig av Stortinget, jf. ombudsmannsloven § 2 første ledd andre punktum. Stortinget kan imidlertid gjennom formell lov eller instruks definere arbeidsområdet til Sivilombudsmannen. Derimot kan Stortinget ikke instruere Sivilombudsmannen i enkeltsaker. Uavhengigheten gir Sivilombudsmannen integritet og tillit. Den integriteten og tilliten som institusjonen nyter godt av underbygger dens autoritet.

4.3.3 Klageinstans

Sivilombudsmannens viktige samfunnsoppgave består i å kontrollere forvaltningen. I en rekke forvaltningsrettslige saker er Sivilombudsmannen siste klageinstans, jf. ombudsmannsinstruksen § 5 første ledd første punktum. Alminnelige over- og underordningsforhold tilsier derfor at Sivilombudsmannen som overordnet instans har autoritet over laverestående forvaltningsorganer. Dette synspunktet må imidlertid modereres i flere henseende.

I motsetning til administrative klageinstanser i forvaltningen, har Sivilombudsmannen ingen plikt til å ta saker under klagebehandling, jf. ombudsmannsloven § 6 fjerde ledd. Formelt er Sivilombudsmannen derfor ingen ordinær klageinstans. Fraværet av plikt til å ta saker under klagebehandling, gjør at over- og underordningsforholdet til forvaltningen blir noe løseligere enn det ellers ville blitt. Dette forhold svekker Sivilombudsmannens autoritet.

Sivilombudsmannen kan ikke selv treffe bindende avgjørelser eller omgjøre avgjørelser truffet av forvaltningen. Han kan heller ikke gi rettslig bindende instruks til myndighetene. Sivilombudsmannens manglende evne til å gripe direkte inn i klagesaker svekker Sivilombudsmannens autoritet, i forhold til en klageinstans som ikke har disse begrensningene. På den annen side har vi ovenfor sett at forvaltningen normalt retter seg etter de anbefalinger og henstillinger som Sivilombudsmannen kommer med. Reelt sett blir derfor ikke autoriteten på dette punkt vesentlig annerledes enn for en ordinær klageinstans.

4.3.4 Spesialisering

Sivilombudsmannens organisasjon er inndelt i avdelinger. Hver avdeling har ansvaret for visse rettsområder. På denne måten skjer det en spesialisering av saksbehandlerne som jobber for ombudsmannen. Generelt må man anta at saksbehandlerne etter hvert opparbeider seg en betydelig sakkunnskap på de respektive rettsområder. Dette må i særlig grad gjelde kontorsjefene. Denne spesialiseringen undermineres til en viss grad, dersom saksbehandlerne hyppig gjør interne bytter mellom de ulike fagavdelingene. For kontorsjefenes vedkommende er det imidlertid grunn til å tro at disse normalt ikke bytter avdeling. Spesialiseringen av staben til Sivilombudsmannen gir ombudsmannsuttalelsene økt autoritet.

Det er imidlertid slik at ombudsmannen personlig har det avgjørende ordet i alle saker som realitetsbehandles. Likevel ligger det en ekstra rettsikkerhetsgaranti i at saken er forberedt av en kontorsjef med spesialisert kompetanse på rettsområdet.

4.3.5 Juridisk kompetanse

Ombudsmannen velges på bakgrunn av faglige kvalifikasjoner og faglig integritet, jf. Grunnloven § 75 første ledd litra l og ombudsmannsloven § 1 andre ledd. For å bli valgt til ombudsmann må man fylle vilkårene for å bli høyesterettsdommer.⁶⁷ Dette sikrer at ombudsmannen faglig sett alltid vil ha en formell juridisk kompetanse som inngir autoritet.

Videre har ombudsmannen en høyt kvalifisert stab til å hjelpe seg. Mange flinke jurister har søkt seg til Sivilombudsmannens kontor. Dette har ført til at den juridiske kompetansen hos saksbehandlerne nok er en del høyere, enn hva som er tilfellet i de fleste forvaltningsorganer. Hos Sivilombudsmannen finnes det saksbehandlere med dommererfaring fra både byrett og lagmannsrett. En del av saksbehandlerne har også tidligere praktisert som advokat. Staben har en bred erfaringsbakgrunn som ombudsmannen vet å benytte seg av. Dette tilsier isolert sett økt autoritet. Men standpunktet må modifieres i ett viktig henseende.

⁶⁷ Lov om domstolene 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven) § 54 første ledd.

Som nevnt ovenfor er det alltid ombudsmannen selv som har det avgjørende ordet i realitetsbehandlede saker. Det kan derfor tenkes at ombudsmannen er av en oppfatning, mens staben er av en annen. Denne muligheten begrenser rekkevidden av poenget med at ombudsmannen disponerer en høyt kvalifisert stab. Likevel vil det nok ofte være slik at ombudsmannen deler stabens syn, og derfor slutter seg til dens argumentasjon. Uansett sikrer en kompetent stab at klagesaken er grundig utredet før den kommer på ombudsmannens bord.

4.3.6 Beslutningsgrunnlag – "sakens opplysning"

I utgangspunktet er det en forutsetning for klagebehandling hos Sivilombudsmannen at den ordinære klageadgangen er uttømt, jf. ombudsmannsinstruksen § 5 første ledd første punktum. I praksis vil det si at klagesakene ofte har vært innom to instanser i forvaltningen, før den ender opp hos Sivilombudsmannen. Disse instansene har hatt en selvstendig plikt til å utrede saken, jf. forvaltningsloven §§ 17, 33 og 37. Dette tilsier at saken normalt vil være godt opplyst når den kommer til Sivilombudsmannen. Videre har Sivilombudsmannen anledning til å få innspill om rettstilstanden fra annet høyt kvalifisert hold, for eksempel departementene. Summen av dette resulterer i at Sivilombudsmannen gjennomgående har et bedre beslutningsgrunnlag i klagesakene, enn de tidligere instanser har hatt. Et godt beslutningsgrunnlag er en forutsetning for å innta kvalitativt gode standpunkter. På denne bakgrunn kan man trekke den slutning at Sivilombudsmannen i større grad enn forvaltningen treffer materielt riktige beslutninger. Det at Sivilombudsmannen generelt inntar gode standpunkter gir institusjonen autoritet.

4.3.7 Grundig saksbehandling

Det ligger mye arbeid bak en ombudsmannsuttalelse. Dette skyldes blant annet en omfattende intern kontroll. Den saksbehandleren som i første instans utformer et forslag til uttalelse blir overprøvd av kontorsjefen. Dersom kontorsjefen er fornøyd, sendes forslaget videre til ombudsmannen for endelig avgjørelse. Normal saksbehandlingsprosedyre involverer minst tre høyt kvalifiserte jurister. I spesielt viktige eller prinsipielle spørsmål hender det at saken drøftes på en såkalt ombudsmannskonferanse. På en slik konferanse

deltar ombudsmannen selv, kontorsjefen og et variabelt antall saksbehandlere. En saksbehandling som skissert ovenfor vil i mange tilfeller være mer betryggende, enn den som foregår i deler av forvaltningen.

På den annen side er det tvilsomt om allmennheten, det juridiske miljø inkludert, har inngående kjennskap til de saksbehandlingsrutiner som benyttes hos Sivilombudsmannen. Det kan derfor settes spørsmålstegn ved om dette momentet rent faktisk påvirker Sivilombudsmannens autoritet.

En svakhet ved Sivilombudsmannens saksbehandling er at den som hovedregel utelukkende baserer seg på skriftlig materiale. Dette forhindrer likevel ikke at det kontradiktoriske prinsipp er ivaretatt, jf. ombudsmannsinstruksen § 6 første ledd. Men til forskjell fra domstolsprosessen bygger Sivilombudsmannens uttalelser ikke på muntlighet og bevisumiddelbarhet.⁶⁸ Svakhetene det her er pekt på har først og fremst betydning for fastleggingen av faktum i den konkrete saken. De kan i sin ytterste konsekvens medføre at saken avgjøres på feilaktig grunnlag. For sakens parter vil dette bidra til å svekke tiltroen til institusjonen, samt undergrave Sivilombudsmannens autoritet. Men for allmennheten, som generelt er mer interessert i rettsanvendelsen, er det tvilsomt om det har nevneverdig betydning for Sivilombudsmannens autoritet at det tidvis bygges på feil faktum.

4.4 Tanker omkring enkelte typetilfeller

4.4.1 Generelt

Mitt inntrykk er at den juridiske teori tillegger Sivilombudsmanns uttalelser til dels betydelig vekt. Fleischer er unntaket. Han er som nevnt av den oppfatning at ombudsmannsuttalelsene ikke er en rettskildefaktor. Nedenfor har jeg gjengitt noen av de synspunktene som fremkommer i teorien vedrørende hvilken vekt ombudsmannsuttalelsene har:

⁶⁸ Dette gjelder bare for underrettene. For Høyesterett er det middelbar bevisføring som gjelder.

”Heller ikke rettsoppfatninger fra andre enn rettsanvenderen hører til de tyngste rettskildefaktorene. Viktigste er oppfatninger i juridisk litteratur, hva Sivilombudsmannen har uttalt i sine avgjørelser og hva Justisdepartementets lovavdeling har sagt i sine tolkingsuttalelser.”⁶⁹

”Til syvende og sist oppstår spørsmålet om hvilken betydning ombudets uttalelser skal ha for domstolenes rettsanvendelse. Her er det klart at ombudsuttalelser må regnes som en relevant rettskildefaktor. Ofte vil deres faglig overbevisende kraft og ombudets autoritet gjøre at de får betydelig vekt.”⁷⁰

”Og fordi Sivilombudsmannen er en fremstående jurist, som er oppnevnt av Stortinget (§1) og som gir melding tilbake til dette etter hvert år (§12), vil de uttalelsene hun eller han kommer med, bli tillagt stor vekt, både i den enkelte sak og generelt.”⁷¹

”Jeg har inntrykk av at en i forvaltningen legger stor vekt på den autoritet som ligger bak uttalelsene, og at de oppfattes som normgivende i vel så stor grad som f. eks en lagmannsrettsdom.”⁷²

Det finnes liten konkret veiledning i høyesterettspraksis angående vektspørsmålet. Noe veiledning gir imidlertid de uttalelsene som fremkommer om vektspørsmålet i Rt. 2002 s. 683.⁷³ I denne dommen ble forvaltningspraksis, reelle hensyn og Sivilombudsmannens uttalelse samlet sett ansett for å være mer tungtveiende rettskildefaktorer, enn lovteksten og en tidligere avsagt høyesterettsdom. Høyesterett uttaler på side 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.”

Sivilombudsmannens uttalelse opptrer her i kombinasjon med rettskildefaktorene forvaltningspraksis og reelle hensyn. Det er derfor vanskelig å si noe om den innbyrdes vekten mellom faktorene. Videre var den konkrete rettskildesituasjonen i saken slik at dommen neppe er godt egnet til å illustrere vektprinsippenes generelle innhold.

For å belyse ombudsmannsuttalelsenes generelle vekt, vil jeg i det følgende vurdere noen sentrale rettskildefaktorer opp mot Sivilombudsmannens uttalelser. Fremstillingen vil ikke knyttes opp mot høyesterettspraksis, da denne praksisen som nevnt ikke gir grunnlag for å

⁶⁹ Boe (1996) s. 282-283.

⁷⁰ Backer (1993) s. 24.

⁷¹ Bernt og Rasmussen (2003) s. 92.

⁷² Frihagen (1991) s. 58.

⁷³ Dommen er kommentert foran i punkt 3.11.3.

trekke generelle slutninger om ombudsmannsuttalelsenes vekt. Drøftelsen baserer seg på generelle betraktninger omkring ombudsmannsuttalelsenes vekt, og vil ha klare innslag av normative synspunkter.

4.4.2 Lovtekst

Med lovtekst menes her lovgivning i vid forstand, jf. punkt 3.9.3. Lovteksten er det nærmeste man kommer folkeviljen i rettskildesammenheng. Ingen annen rettskildefaktor har tilsvarende legitimitet og autoritet. Legalitetsprinsippet gjelder som nevnt på Sivilombudsmannens arbeidsområde. Det gir lovteksten ekstra tyngde i forhold til ombudsmannsuttalelsene. En lovtekst som på en klar og utvetydig måte er argument for en bestemt løsning, vil generelt være mer tungtveiende enn Sivilombudsmannens uttalelser.

4.4.3 Rettspraksis

En høyesterettsdom som direkte avgjør et retts spørsmål, er den antatt tyngste rettskildefaktoren. For lovteksters vedkommende er det slik at når Høyesterett har tolket loven, så overtar Høyesteretts tolkning som gjeldende forståelse av lovens ordlyd. Høyesterett er på toppen i domstolshierarkiet og besitter landets fremste juridiske ekspertise. Som øverste ankeinstans vil sakene som prosederes for Høyesterett i regelen være godt opplyst. Videre er det slik at Høyesterett legger stor vekt på egne avgjørelser. På denne bakgrunn kan det slås fast at høyesterettspraksis generelt har større vekt enn Sivilombudsmannens uttalelser.

For underrettspraksis stiller saken seg noe annerledes. Kvalitetsmessig vil en ombudsmannsuttalelse i hvert fall kunne måle seg med underrettsdommer. For tingrettsdommenes del er det grunn til å tro at disse tidvis vil kunne være av dårligere kvalitet enn ombudsmannsuttalelsene. Hos Sivilombudsmannen har man tre spesialiserte forvaltningsjurister, kanskje med dommererfaring fra tidligere, som tar stilling til et retts spørsmål. Til sammenlikning vil det i tingrettene normalt være kun en dommer med juridisk embetseksamen som tar stilling i sakene. Videre kan man vel anta at ombudsmannsuttalelsene i vel så stor grad som underrettsdommer normerer forvaltningen, jf. Frihagen (1991) s. 58. På den annen side er det domstolene som i siste instans tar stilling

til rettsspørsmål. Det taler for at dommer går foran ombudsmannsuttalelser. Jeg er tilbøyelig til å hevde at en ombudsmannsuttalelse generelt har større vekt enn enkeltstående underrettsdommer. Likevel slik at en mer omfattende og konsekvent underrettspraksis går foran Sivilombudsmannens uttalelser.

4.4.4 Forvaltningspraksis

Sivilombudsmannen skal kontrollere forvaltningen. Av hensyn til Sivilombudsmannens autoritet er det derfor naturlig at ombudsmannsuttalelsene går foran forvaltningspraksis ved motstrid. Som tidligere nevnt skal forvaltningen ikke ukritisk rette seg etter Sivilombudsmannens henstillinger. Men dersom forvaltningen ikke følger Sivilombudsmannens syn bør dette begrunnes ut fra de andre rettskildefaktorene, og ikke ved en henvisning til egen praksis som rettskildefaktor. På den annen side taler likhetshensynet og innrettelsehensynet ganske klart for at forvaltningspraksis går foran ombudsmannsuttalelsene ved motstrid. Ombudsmannsuttalelsene er imidlertid en rettskildefaktor av hensyn til borgernes beste. Likhetshensynet og innrettelsehensynet får svekket betydning, når omleggingen av forvaltningspraksis skjer til fordel for borgerne. Etter dette legger jeg avgjørende vekt på at hensynet til Sivilombudsmannens autoritet. Dersom det er klar motstrid mellom forvaltningspraksis og Sivilombudsmannens uttalelser, bør Sivilombudsmannens uttalelser etter mitt syn normalt gå foran.

4.4.5 Juridisk teori

Det er bred enighet i teorien om at juridisk teori er en rettskildefaktor som normalt har lav vekt. Juridisk teori får sin berettigelse som rettskildefaktor ved at den de facto påvirker oppfatninger om gjeldende rett. Den rettskildemessige vekten avhenger av hvilken autoritet og anseelse forfatteren har, samt hvilket rettsområde man befinner seg på.⁷⁴

Ombudsmannsordningen er på sin side konstitusjonelt forankret, og hviler på en forutsetning om at forvaltningen normalt skal rette seg etter Sivilombudsmannens henstillinger. Sivilombudsmannens uttalelser får på den måten et autoritativt drag over seg.

⁷⁴ Enkelte statsforfatningsrettslige fremstillinger, og da især Andenæs (1998), er i teorien bedømt til å ha en relativt sett stor vekt.

Juridisk teori kan ikke vise til noe liknende. Et annet moment som taler til ombudsmannsuttalelsenes fordel, er at Sivilombudsmannen alltid taler med en stemme. Det kan man ikke hevde om juridisk teori. Der er det snarere regelen at det finnes ulike synspunkter på hvordan vanskelige juridiske spørsmål skal løses. Det er likevel ikke til å underslå at juridiske lærebokforfattere, for eksempel jusprofessorer, kan ha oversikt og spisskompetanse på et fagfelt som overgår den kompetanse ombudsmannsinstitusjonen besitter. Dette er en styrke ved juridisk teori. På den annen side kan det tenkes at juridiske lærebokforfattere mangler den nærheten til borgerne som ombudsmannsinstitusjonen har. Dette vil i så fall være en svakhet ved juridisk teori. Samlet sett bør nok Sivilombudsmannens uttalelser normalt veie tyngre, enn rettsoppfatninger som fremkommer i den juridisk teorien. Jeg vil likevel understreke at det her kan være store individuelle forskjeller.

4.4.6 Reelle hensyn

Reelle hensyn er en så uensartet gruppe at det er vanskelig å si noe generelt om vekten. Det er imidlertid klart at reelle hensyn tidvis kan være en tungtveiende rettskildedefaktor. De reelle hensyn omfatter hensiktsmessighets-, fornufts- og rimelighetsbetraktninger. Som tidligere nevnt er Sivilombudsmannens uttalelser en rettskildedefaktor av hensyn til borgernes beste. Dersom en løsning på et rettsspørsmål utpeker seg som enten hensiktsmessig, fornuftig eller rimelig, skal det vel en del til for at en ombudsmannsuttalelse skal anses for å veie tyngre. På den annen side taler likhets- og forutberegnelighetshensyn for at Sivilombudsmannens uttalelser går foran reelle hensyn. På grunn av de reelle hensyns mangfoldige karakter konkluderer jeg ikke på dette punkt, med hensyn til hvilken rettskildedefaktor som generelt har størst vekt.

Litteraturliste

Andenæs, Johs. *Innføring i rettsstudiet*. 6. utg. Oslo, 2002

ISBN 82-02-21838-1

Andenæs, Johs. *Om grunner til uenighet om rettsspørsmål. Et streiftog i rettskildelæren*.

Johs. Andenæs og Helge Kvamme. I: Festskrift til Carl Jacob Arnholm. Oslo, 1969, s. 19-44. Undersøkelsen er inntatt i Nordisk gjenklang

(ISBN ikke angitt)

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8. utg. Oslo, 1998

ISBN 82-518-3647-6

Backer, Inge Lorange. *Ombudsmannen og ombudsordninger*. I: LoR. 1993 s. 3-29

(ISBN ikke angitt)

Bernt, Jan Fridthjof. *Retten og Vitenskapen, En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi*. Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet. 2. utg. Bergen, 1993

ISBN 82-419-0137-2

Bernt, Jan Fridthjof. *Frihagens forvaltningsrett Bind 1*. Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen. Bergen, 2003

ISBN: 82-7674-830-9

Boe, Erik. *Innføring i juss, Juridisk tenkning og rettskildelære*. Oslo, 1996

ISBN 82-518-3453-8

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001

ISBN 82-518-3988-2

Eckhoff, Torstein. *Rettsvesen og rettsvitenskapen i U.S.A.* Oslo, 1953
(ISBN ikke angitt)

Evald, Jens. *Retskilderne og den juridiske metode.* 2. utg. Århus, 2000
ISBN 87-574-6493-6

Fleischer, Carl August. *Retskilder.* Oslo, 1995
ISBN 82-417-0340-6

Fleischer, Carl August. *Retskilder og juridisk metode.* Oslo, 1998
ISBN 82-417-0954-4

Fredriksen, Steinar. *Forvaltningsrett for studenter ved Politihøgskolen.* Nesbru, 1997
ISBN 82-412-0344-6

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsloven og kommunal saksbehandling.* 3. utg. Oslo, 1981
ISBN 82-00-05626-0

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett Bind 1.* 3. utg. Oslo, 1991
(ISBN ikke angitt)

Helset, Per. *Innledning til rettskildelæren.* I: JV. Hefte 8. 1986, s. 262-296
(ISBN ikke angitt)

Kelly, J. M. *A short history of Western legal theory.* Oxford, 1992
ISBN 0-19-876244-5-19-876243-7 h

Nielsen, Ruth. *Retskilderne.* 5. utg. København, 1997
ISBN 87-574-4784-5

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. Bergen, 2004
ISBN 82-15-00632-9

Ross, Alf. *Om ret og retfærdighet: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København, 1953
ISBN 87-17-01001-2

Sandene, Erling. *Sivilombudsmannen og forvaltnings-skjønnen*. I: Festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen, 7. september 1982. *Lov og frihet*. Oslo, 1982, s. 625-636
ISBN 82- 00-06043-8

Sandene, Erling. *Trekk ved sivilombudsmannens rettsskapende virksomhet*. I: LoR. 1979, s. 389-395
(ISBN ikke angitt)

Sivilombudsmannen, *Årsmelding for 2004*, Dokument nr 4 (2004-2005)
(ISBN ikke angitt)

Zahle, Henrik. *Polycentri i retskildelæren*. I: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag *Samfunn–Rett–Rettfærdighet*. Oslo, 1986, s. 752-756
ISBN 82-518-2161-4

Aarbakke, Magnus. *Harmonisering av rettskilder*. I: Tfr. 1966, s. 499-518
(ISBN ikke angitt)

5 Lister over tabeller og figurer m v

Figur 1: Organisasjonskart Sivilombudsmannen.