

Jan Fridthjof Bernt

**FORVALTNINGSPRAKSIS SOM
RETTSGRUNNLAG – HVEM «EIER»
RETTEEN?**

Innledning til samtale på frokostmøte

Norsk Arkivråd, region øst

Oslo 20. mai 2015

Lovgivningsmyndigheten

- Grl. § 46: «Folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget. ...».
- Grl. § 75: «Det tilkommer Stortinget:
 - a) å gi og oppheve lover»
- Folkesuvereniteten som forfatningsrettslig utgangspunkt
- Men etter hvert omfattende delegering av lovgivningsmyndighet til Regjeringen og departementene
- Augdahl 1949:
 - «For tiden er forholdet at den allerstørste delene av den uoverskuelige flom av nytt lovstoff som vi blir overdyppet med fra år til annet, utgjøres av bestemmelser truffet (pr. delegasjon) av en eller annen enkeltmann på en offentlig kontorkrakk.»
- Forsøk på å sette forfatningsrettslige skranker for slik delegering kolliderer under veksten i den rettslige regulering
 - Se Opsahl: Delegasjon av Stortingets myndighet, Oslo 1965
- I dag: 724 lover, 3215 sentrale forskrifter, ca. 8500 lokale forskrifter
- Til dels helt sentralt rettsstoff, som kravene til journalføring i offentlig forvaltning og unntak fra lovens krav om slik
 - Arkivforskrifta § 2, første avsnitt, tredje setning: «Organinterne dokument ... registrerer organet så langt organet finner det tenleg»
 - Forskrift om tilskott til livssynssamfunn
 - M.m.m.

Forvaltningssskjønn («fritt skjønn»)

- Skjønnsmessig kompetanse for forvaltningen til å treffe valg mellom ulike handlingsalternativer
- Deler av avgjørelsen er ikke uttømmende rettslig normert
 - *Å gi eller ikke gi dispensasjon fra kommunal reguleringsplan når vilkårene i Plan- og bygningsloven § 19-2 er oppfylt*
 - *Å gi eller ikke gi merinnsyn etter Offentleglova § 11 eller Forvaltningsloven § 18, andre avsnitt*
 - *Å gi eller ikke gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter Utlendingsloven § 38.*
- Hvorvidt rom for forvaltningssskjønn, hvor stort dette er, og hvordan skjønnet skal utøves, må avgjøres ut fra tolking av den enkelte lov
- Sentral problemstilling: Er dette et vurderingstema som er egnet for avgjørelse på rent fagjuridisk grunnlag?
- Forvaltningssskjønn prøves i stedet ved forvaltningsklage til overordnet organ eller ved omgjøring av eget tiltak ved dette

Lovtolking: Den dømmende myndighet

- Gr. § 88: «Høyesterett dømmer i siste instans.»
- Innebærer også at den rettsforståelse som Høyesterett legger til grunn, er bindende for både underordnede domstoler og forvaltningen
- Rettens innhold kommer til uttrykk i dens anvendelse
- Høyesterett den demokratiske rettsstatens tjener
- Skal påse at lovlig fastsatt rett blir fulgt på alle arenaer

Rettenns autonomi

- Høyesteretts forvalterrolle

- Den dømmende makt – Høyesterett – kan ikke instrueres i sin rettsanvendelse
- Ikke av Regjeringen
- Ikke av Stortinget annet enn ved generelle lovvedtak
- Men signaler fra lovgiver kan være vesentlige momenter ved utlegningen av gjeldende rett
 - *Forarbeider – Normalt i lovproposisjon*
 - *Tidligere Odelstingsproposisjon*
 - Anerkjent som relevant, og oftest tungtveiende, tolkingsargument. Men ikke absolutt bindende
 - «*Etterarbeider*» – *Uttalelser utenfor lovbehandlingen, eller i tilknytning til vedtakelse av annen lov*
 - Relevant, men normalt ikke avgjørende i seg selv,
 - Kan peke på opplevde problemer eller kritikk med bred oppslutning
 - *Uttalelser om straffenivået i sedelighetssaker – Rt. 2009 s. 1412, barn under 14 år*
 - *Forarbeider til ikke vedtatt ny straffelov som begrunnelse for strengere straff*

Forvaltningen som arena for rettsanvendelse

- Forvaltningen klart største og viktigste arena for rettsanvendelse
- Rettsstaten: Forvaltningens myndighetsutøving er hjemlet i og bundet av rettsregler
- Hierarkisk styring og kontroll med enkeltorganers rettsanvendelse
 - *Ved forvaltningsklage og i omgjørings saker*
 - *Ved lovlighetskontroll etter Kommuneloven*
 - *Ved statlig tilsyn med statlig og kommunal virksomhet*
- Ekstern kontroll med forvaltningen
 - *Ved domstolene*
 - *Ved Riksrevisjonen*
 - *Ved Sivilombudsmannen*

Rettens enhet og forvaltningens arbeidssituasjon

- Rettsreglene er de samme og skal i prinsippet anvendes på samme måte i alle arenaer – domstoler og forvaltning
- Men den praktiske beslutningssituasjonen kan være svært ulik
 - *Saksbehandlere har begrenset tid og kompetanse*
- Intern veiledning om hvordan loven skal praktiseres
 - *Presedensarkiv, veiledninger, rundskriv*
 - Lignings-ABC
- Nødvendig ut fra:
 - *Effektivitetshensyn, kvalitetssikring, likebehandling*
- Faglig ledelse nødvendig også ved rettsanvendelsen

Forvaltningspraksis som rettsgrunnlag

- Hva er «gjeldende rett»?
 - «*Law in books*» eller «*law in action*»?
- Fra et brukerperspektiv:
 - *Hva er «fungerende rett»?*
 - Hvilken rettsforståelse vil jeg bli møtt med på NAV-kontoret, ligningskontoret, i Konkurransetilsynet, hos Statens helsetilsyn?
 - *En dårlig advokat som bare slår opp i læreboken eller lovforarbeider, uten å sjekke hva som faktisk praktiseres*
- Fra et beslutningstakerperspektiv:
 - *Hva vil min sjef mene om dette?*
 - *Hva mener departementet om dette?*
- Er «fungerende rett» også «riktig rett»?

Det rettsmetodiske problemet for domstolene

- Vekt på etablert forvaltningspraksis ved tolkingen av lov?
- Betydelig vekt til gunst for borgeren, men hva med det motsatte:
- Magnus Aarbakke i Skatterett, 3-85:
 - *Kritikk av økende vekt på forvaltningens praksis og uttalelser, at disse «skal tillegges sentral betydning og vesentlig vekt»*
 - *«Forvaltningen kan på denne måten bidra til å gjøre riktig en avgjørelse av forvaltningen selv, som ville være uriktig om andre rettskildeprinsipper ble lagt til grunn»*
- Bakgrunn: Avbetalingstilleggsdommen Rt. 1987.729
 - *«Avgjørende for meg er at det ... måtte anses som en festnet rettsoppfatning, basert på langvarig, konsekvent, omfattende og velkjent ligningspraksis, at avbetalingstillegg ikke kunne bedømmes som rente etter skattelovens § 44 første ledd første punktum.»*
 - *Enstemmig teori mente det motsatte*
- Torstein Eckhoff tar til motmæle i TfR 1991 s. 13 flg.:
 - *«Domstolene bør etter mitt skjønn ikke tvinge forvaltningen til å endre en innarbeidet praksis med mindre temmelig gode grunner taler for det. ... Og man kan ikke forutsette at domstolene alltid er bedre skikket enn forvaltningsorganer til å vurdere hvordan forvaltningslover bør tolkes.»*

Det rettsmetodiske problemet i forvaltningen

- Hvordan skal forvaltningen forholde seg til sin egen praksis?
- Rt. 1933.289 Arbeidernes Svømmekrets
 - *Støtte til åpne livredningskurs og instruktørutdannelse i strid med forbud mot kommunal støtte til politiske organisasjoner og formål*
 - *Dommen ble fulgt i mindre enn to år av departementet*
- BKK-saken
 - *Kommunaldepartementet holder fast på «kapitalbevaringsprinsippet» om at kapitalinntekter ikke kan brukes til drift, til tross for at bestemmelsen om dette i Kommuneloven § 48 nr. 2 om at «Midler som innkommer ved salg av fast eiendom eller av andre større kapitalgjenstander, kan ikke brukes til å dekke løpende utgifter», ble opphevd i 2000.*
- Parlamentarisme-saken
 - *Praksis i Bergen, Oslo og Nordland for ulovlig skjerming av dokumenteter til «forberedende byråd» eller fylkesråd, også etter klar uttalelse fra Sivilombudsmannen om dette*
- Likevel ikke så ille som det synes å være i Sverige, der man taler om «Kommunarnes lagtrots»

Fraværet av effektiv kontroll med forvaltningens rettsanvendelse

- Domstolene – av marginal betydning på de fleste områder
- Statlige tilsyn:
 - *Av varierende kvalitet, integritet og gjennomslagskraft*
 - *Påtrykk der betydelige økonomiske konsekvenser*
 - Statsrådets intervensjon i kvikksølvsakene for Trygderetten
 - Signaler til fylkesmennene om å vise tilbakeholdenhet i kontroll med nivå på sosialhjelpstønad og hjelpenivå
- Sivilombudsmannen:
 - *Begrenset kapasitet, varsomhet ved tolking av spesiallover, ingen tvangskraft*

Forvaltningens rettsanvendelse- Hva kan gjøres?

- Klarere skille mellom juridiske og forvaltningsmessige vurderinger i forvaltningen
 - *Saksbehandler vurderer klage over lovlighet av eget vedtak*
 - *Innsynskrav avgjøres av vedkommende saksbehandler*
- Behov for en uavhengig nasjonal forvaltningsdomstol
 - *Slik at ikke borgernes rettssikkerhet stopper i departementet*
 - *Slik at ikke kommuner og fagetater blir overstyrt i fagjuridiske spørsmål*
- Behov for et system med sanksjoner – i form av foretaksstraff – ved klare lovbrudd