

# Et rettsteoretisk blikk på forvaltningspraksis som rettskildefaktor

JAN MIKAEL MELAND, cand.jur., førstekonsulent, Justissekretariatene, Oslo

**Summary:** A legal theory perspective on administrative practice as a source of law: According to prevailing Norwegian doctrine, administrative practice is a source of law. However, it is uncertain how much weight an administrative practice is to be given by the courts when an administrative decision is subject to judicial review, especially when neither the legal provision, its preparatory works nor judicial decisions (precedent) provides a solution. Should the courts, engage in judicial activism or should they be more reserved due to the administration's responsibility and executive functions? When an interpretation contains elements of public policy, it can be argued that the courts should be less active in their interpretation, and as a consequence, give the administrative practice weight. But when the administrative decision is based on a legal provision which aim is to protect a fundamental value/right in the modern legal state, it can be argued in favour of the opposite, even if the statutory interpretation has elements of public policy.

**Key words:** Administrative practice, source of law, legal theory, separation of powers

## 1 Innledning og hovedproblemstilling

Når rettsanvenderen skal ta stilling til innholdet av en rettsregel, må standpunktet være basert på en forsvarlig bruk av den juridiske metode. Juridisk metode er i norsk rettskildelære tradisjonelt definert som den metode domstolene, først og fremst Høyesterett, anvender ved løsning av rettsspørsmål. Veien frem mot fastleggelse av en rettsregels innhold skjer gjennom en identifikasjon og tolkning av et mulig retts(regel)grunnlag. Ved tolkingen av rettsgrunnlaget, hentes det tolkningsargumenter fra bestemte kilder, rettskildefaktorer,<sup>1</sup> og herunder argumenter fra rettsgrunnlaget. Når det er klarlagt hvilke slutninger som kan utledes av de enkelte relevante rettskildefaktorene, må man deretter se dette argumentbildet – rettskildebildet – i sammenheng for å komme frem til det endelige innholdet i rettsregelen. Dersom det i rettskildebildet er argumenter som trekker i ulik retning, må denne motstriden løses gjennom en vurdering av hvilken vekt som skal tillegges de ulike argumentene i forhold til hverandre.

---

1 Eckhoff 2001 s. 22-27. For en vanlig inndeling av rettskildefaktorene, se Eckhoff 2001 s. 23. For en oversikt over alternative oppdelinger av rettskildefaktorene, se Nygaard 2004 s. 30-31.

Det skjønn som utøves i forbindelse med det som i korthet kan benevnes som relevans-, slutnings- og vektomgangen i rettsanvendelsesprosessen,<sup>2</sup> er i prinsippet et bundet skjønn. Med bundet skjønn menes at denne skjønnsutøvelsen styres (i større eller mindre grad) av rettskildeprinsipper som primært er utviklet gjennom høyesterettspraksis.<sup>3</sup> Skjønnet som utøves ved stillingtaken til spørsmålet om hvilket innhold en rettsregel har, kan karakteriseres som et *rettsanvendelsesskjønn*.<sup>4</sup> Der jeg benytter betegnelsen rettsanvendelsesskjønn i fortsettelsen, er det i denne betydning.

Én av de rettskildefaktorene som rettsanvenderen kan hente argumenter fra, er forvaltningspraksis.<sup>5</sup> Mange forvaltningsorgan tar standpunkt til en rekke rettsspørsmål i sin virksomhet. Der for eksempel forvaltningens kompetanse til å treffe vedtak er hjemlet i en lovbestemmelse, må forvaltningen tolke lovbestemmelsen etter forsvarlig juridisk metode. Dersom forvaltningen har lagt til grunn en tolkning som følges i ettertid i andre saker om tilnærmet tilsvarende rettsspørsmål, kan det sies at det dannes en praksis for hvordan bestemte rettsspørsmål skal forstås og løses.<sup>6</sup> Det er denne praksisen som gjerne kalles forvaltningspraksis.<sup>7</sup> Ikke sjeldent vil forvaltningsorganene legge betydelig vekt på en slik praksis ved sin lovtolkning.<sup>8</sup>

I juridisk teori og rettspraksis er det alminnelig enighet om at domstolene – og andre rettsanvendere utenfor forvaltningen – kan legge vekt på et relevant argument fra forvaltningspraksis når det skal tas stilling til hvordan en lovbestemmelse skal tolkes. Det som imidlertid er usikkert, er *hvor stor* vekt argumentet fra forvaltningens praksis kan tillegges.<sup>9</sup>

Dette rettskildemessige problemet kommer på spissen der det tolkningsalternativet som følger av forvaltningspraksis, er i strid med tolkningsalternativene som følger av de øvrige relevante rettskildefaktorene. Prinsipielt sett kan man si at det i disse tilfellene foreligger et *spenningsforhold* mellom de motstridende tolkningsalternativene. Spanningsforholdet vil selvsagt gjøre seg gjeldende med ulik styrke (være mer eller mindre reelt) avhengig av

---

2 Aarbakke 1965 s. 432-433, Aarbakke 1966 s. 499-500, Nygaard 2004 s. 34-37, Eckhoff 2001 s. 26-30.

3 Eckhoff 2001 s. 19-22, Nygaard 2004 s. 31-32, s. 60, Andenæs 2002 s. 56, Aarbakke 1985 s. 165.

4 Mæhle 2005 s. 17, Graver 2002 s. 251.

5 Eckhoff 2001 s. 233-241, Andenæs 2002 s. 90, Boe 1996 s. 269, Frihagen 1991 s. 61.

6 Frihagen 1991 s. 59.

7 Det kan også være at forvaltningen følger en praksis i forbindelse med utøvelse av såkalt fritt skjønn. En slik praksis faller utenfor begrepet forvaltningspraksis slik det er definert i denne artikkelen. Nærmere om forvaltningens frie eller diskresjonære skjønn, se for eksempel Bernt/Rasmussen 2003 s. 74-80. Videre er det grunn til å gjøre oppmerksom på at forvaltningens utøvelse av denne type skjønn, *ikke* omfattes av betegnelsen rettsanvendelsesskjønn slik det anvendes her.

8 Eckhoff 2001 s. 233, Frihagen 1991 s. 59, Bernt 1989 s. 266, Holgersen 1987 s. 409.

9 Frihagen 1991 s. 61, Bernt 1989 s. 272.

blant annet momenter ved forvaltningspraksisen som sådan, hvordan rettskildebildet for øvrig ser ut, på hvilket rettsområde man befinner seg på og karakteren av rettsspørsmålet det skal tas stilling til. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor. Poenget her er at domstolene i sin dømmende virksomhet har plikt til å ta en beslutning, og avgjørelsen må bygge på ett av tolkningsalternativene.<sup>10</sup> Men selv om det i disse tilfellene kan sies å foreligge en viss beslutningsfrihet for den enkelte dommer med tanke på valg av tolkningsalternativ,<sup>11</sup> er det dermed ikke sagt at den verdiprioriteringen som beslutningen innebærer, er basert på et vilkårlig valg. Beslutningen er – og må være – basert på en nærmere vurdering av *hvorfor* det aktuelle tolkningsalternativet ble valgt.<sup>12</sup> Der argumentet fra forvaltningspraksis er i strid med de øvrige argumentene i rettskildebildet, kan man i en teoretisk sammenheng således stille følgende spørsmål: Hvilke verdier eller hensyn er det som generelt kan anføres for og imot at *domstolene* bør legge vekt på *forvaltningens* oppfatning av hvor grensene går for dens kompetanse?

Som spørsmålsstillingen antyder, aktualiserer de verdivalg og de underliggende vurderingene i tilknytning til disse valgene også mer grunnleggende problemstillinger vedrørende *ansvars- og funksjonsfordelingen* mellom domstolene og forvaltningen som institusjonelle myndighetsutøvende rettsanvendelsesorganer i en demokratisk rettsstat. Artikkelen siktemål er å perspektivere det ovenfor nevnte rettskildemessige problemet i lys av de *institusjonelle trekk* som gjør seg gjeldende i vårt rettssystem, og gjennom et slikt perspektiv vise hvordan ulike holdninger til spørsmålets institusjonelle side kan tenkes få betydning for hvordan man forholder seg til spenningsfeltet på rettskildeflanen. Dette vil gi et *rettsteoretisk blikk* på forvaltningspraksis som rettskildefaktor.<sup>13</sup> Artikkelen hovedproblemstilling kan etter dette formuleres på følgende måte: Hvilke mer grunnleggende og institusjonelle hensyn er det som taler for og imot at domstolene legger til grunn det tolkningsalternativet som følger av forvaltningspraksis, når det på det rettskildemessige planet er et reelt spenningsforhold mellom forvaltningspraksis og de øvrige rettskildefaktorer i argumentbildet?

---

10 Nygaard 2004 s. 47.

11 Aarbakke 1966 s. 510, Nygaard 2004 s. 170.

12 Mæhle 2005 s. 228-232 (pkt. 4.1.1).

13 Formålet med artikkelen er således ikke primært en deskriptiv fremstilling og analyse av rettspraksis og juridisk teori knyttet til – i enkle ord – »gjeldende« normer for forvaltningspraksis sin relevans, slutning og vekt. Ellers kan det nevnes at ordet »rettsteori« i norsk juridisk sammenheng også anvendes i en noe snevrere betydning enn her. I denne snevrere betydningen referer ordet rettsteori seg til alminnelig juridisk teori som omhandler rettsdogmatikk, jf. Askeland 2003 s. 8. Med rettsdogmatikk menes det rettsvitenskap som tar sikte på en systematisk fremstilling av gjeldende rett, jf. Bernt/Doublet 1998 s. 13.

## 2 Generelle trekk ved rettskildekonsstellasjoner hvor det normalt kan tenkes et reelt spenningsforhold mellom forvaltningspraksis og øvrige rettskildefaktorer

Første skritt må tas på det rent rettskildemessige planet. Gjennom rettspraksis og teori er det utviklet momenter til bruk ved vurderingen av hvilken vekt forvaltningspraksis skal ha. Her er Torstein Eckhoffs sammenfattende beskrivelse av disse momentene et godt utgangspunkt:

»Hvor tungt [forvaltnings]praksis veier avhenger bl.a. av hvor fast, utbredt og varig den er. En viss betydning har det også om praksis skriver seg fra organer som domstolene anser for å ha særlig kyndighet på vedkommende felt. Et annet moment av betydning er om det vil være til gunst eller ugunst for private parter at praksis fravikes. Den fravikes nødvendigst i de sistnevnte tilfellene – særlig hvis det dreier seg om regler som det er viktig for folk å kunne innrette seg etter. *Sist, men ikke minst, har det avgjørende betydning hvordan rettskildebildet for øvrig ser ut*«. <sup>14</sup>

Av sentral betydning for hvilken vekt domstolene kan tillegge forvaltningspraksis, er altså rettskildekonsstellasjonen argumentet fra forvaltningspraksis er del av. Det må også bety at det er rettskildekonsstellasjoner hvor forvaltningspraksis i utgangspunktet ikke kan tillegges særlig vekt. Det kan derfor være hensiktsmessig å se nærmere på hvilke tilfeller dette gjelder, før jeg går inn på de øvrige momentene nevnt i Eckhoffs beskrivelse. <sup>15</sup>

Hva er så de generelle trekk ved rettskildekonsstellasjoner hvor forvaltningspraksis i utgangspunktet ikke kan tillegges særlig betydning? Om dette skriver Eckhoff i fortsettelsen av sitatet ovenfor:

»En forvaltningspraksis som står klart i strid med loven eller en høyesterettsdom, har som regel ingen sjanse til bli godtatt«. <sup>16</sup>

At forvaltningspraksis ikke kan tillegges særlig vekt når den er i strid med et klart argument i høyesterettspraksis, følger av et sentralt rettskildeprinsipp i norsk rettskildelære.

---

14 Eckhoff 2001 s. 233-234 (min kursivering).

15 Jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn på hva som kreves av domstolene for å anse en forvaltningspraksis som langvarig, omfattende og konsekvent. For en klargjøring og systematisering av disse momentene knyttet til kvaliteten av en eventuell relevant forvaltningspraksis, se for eksempel Kjørstad 2003 s. 143-147. Med momenter knyttet til kvaliteten av en rettskildefaktor, menes det momenter knyttet til rettskildefaktorens såkalte egenvekt. Nærmere om dette begrepet, se Helset 1986 s. 283-285.

16 Eckhoff 2001 s. 234.

Høyesteretts tidligere stillingtaken til det aktuelle lovtolkningsspørsmålet skal som hovedregel tillegges avgjørende vekt i et motstridende rettskildebilde.<sup>17</sup>

Videre er det et sentralt rettskildeprinsipp at loven som hovedregel skal gis prioritet foran de fleste andre rettskildefaktorer.<sup>18</sup> Dette rettskildeprinsippet står sterkt der tolkningsalternativet som følger av loven, refererer seg til et klart tolkningsalternativ basert på lovens ordlyd, formål og forarbeider. Men rettskildeprinsippet legger også sterke føringer på hvordan en motstrid mellom argumenter fra lovens ordlyd og forvaltningspraksis i utgangspunktet skal løses. Foruten å være det fremste uttrykket for lovgivers vilje, tilsier likhets- og forutberegnelighetshensyn at et klart argument fra lovens ordlyd som hovedregel skal prioriteres fremfor tolkningsalternativet som følger av forvaltningspraksis.

Dette prinsipielle utgangspunktet gjelder for det første der forvaltningspraksis er i den private parts *disfavør*. Med *disfavør* menes det her at den private settes i en dårligere stilling enn det som fremgår av lovbestemmelsens ordlyd. Særlig tungt må dette utgangspunktet stå når en forvaltningspraksis er knyttet til en lovbestemmelse som gir forvaltningen kompetanse til å fatte vedtak som innebærer *inngrep* i den private parts rettsfære. Dersom domstolene i slike tilfeller skulle legge avgjørende vekt på forvaltningspraksis, ville det innebære et større inngrep i den private partens rettsfære enn det som fremgår av forvaltningens hjemmelsgrunnlag. En slik vektlegging vil ikke være i samsvar med legalitetsprinsippetets lovkrav: Dersom den private part først skal utsettes for et offentligrettslig inngrep, må forvaltningen gå veien om formell lov.<sup>19</sup> Rettskildeprinsippet om lovens forrang gjør seg imidlertid også gjeldende der lovgivningen gir den private part *positive* rettigheter. Eksempler på slik lovgivning er økonomiske stønadsordninger innen trygd- og sosiallovgivningen, og retten til asyl for flyktninger som omfattes av flyktningebegrepet i utlendingsloven.<sup>20</sup> Dersom den private part først er gitt en rettighet i lovs form, og det er klart at den private oppfyller de rettsvilkår som stilles, vil det vanskelig kunne aksepteres at forvaltningen innskrenker rettigheten gjennom sin tolkningspraksis av lovbestemmelsen. Riktignok kan det hevdes at en slik praksis ikke innebærer en type inngrep som faller inn under legalitetsprinsippetets lovkrav. Men av legalitetsprinsippet følger det også at forvaltningen må utøve sin kompetanse innenfor det aktuelle hjemmelsgrunnlaget, og ikke fravike eller endre sin kompetanse i den private partens *disfavør*.<sup>21</sup>

---

17 Eckhoff 2001 s. 161, Aarbakke 1966 s. 511, Fleischer 1998 s. 186, Bernt/Doublet 1996 s. 181.

18 Aarbakke 1966 s. 511. Der Høyesterett har tatt stilling til lovbestemmelsens innhold, vil imidlertid denne forståelsen som hovedregel gå foran tolkningsalternativet som følger av loven, jf. Eckhoff 2001 s. 161.

19 Andenæs 2002 s. 167, Frihagen 1991 s. 39, s. 107, Graver 2002 s. 74. Med formell lov menes det en beslutning behandlet i Odelsting og Lagting og sanksjonert av Regjeringen (Kongen i statsråd etter reglene for lovers vedtakelse i Grl. §§ 76-79 og § 81.

20 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, 24. juni 1988 nr. 64, jf. §§ 16 og 17.

21 Graver 2002 s. 74.

For det andre vil rettskildeprinsippet om lovens forrang gjøre seg gjeldende i de tilfeller der forvaltningspraksisen som er i strid med loven, er i den private parts *favør*. Med *favør* menes det her at den private part settes i en gunstigere rettsstilling enn det loven skulle tilsi. Her er det for øvrig ikke grunn til å skille mellom tilfeller der forvaltningspraksisen knytter seg til en lovbestemmelse innen inngrepslovgivningen eller rettighetslovgivningen. Det har sammenheng med at legalitetsprinsippet – i forhold til den private part – ikke utgjør noen hindring for å legge vekt på en praksis som er i dennes *favør*. Imidlertid vil nok listen likevel legges høyt før domstolene legger avgjørende vekt på en forvaltningspraksis som klart er i strid den aktuelle lovbestemmelsen, lovens system eller dens grunnleggende prinsipper.<sup>22</sup>

I lys av rettskildeprinsippene skissert ovenfor, kan det på generelt grunnlag sies at det først og fremst er i rettskildekonsstellasjoner hvor tolkningsalternativene som følger av lov eller høyesterettspraksis gir *rom* for den løsning som følger av forvaltningspraksis, at det normalt kan tenkes et *reelt* spenningsforhold mellom en forvaltningspraksis og andre klare rettskildeargumenter som trekker i en annen retning enn denne, for eksempel reelle hensyn eller juridisk teori.

Selv om tolkningsalternativet som følger av loven gir rom for argumentet fra forvaltningspraksis, vil imidlertid legalitetsprinsippet kunne sette grenser for hvilken vekt domstolene skal tillegge en praksis som er i den private *disfavør*. For at legalitetsprinsippet skal ha en funksjon som vern for den private part mot vilkårlige inngrep fra det offentlige, utleder man et krav til klarhet i ordlyden til den aktuelle lovhjemmelen:<sup>23</sup> Som hovedregel er det lovbestemmelsens ordlyd som er avgjørende for om og når et bestemt inngrep kan eller skal foretas. I så måte kan en si at legalitetsprinsippet setter grenser for hvilke type rettskildeargumenter, herunder forvaltningspraksis, som i hovedsak skal kunne bidra til den nærmere fastleggelsen av lovbestemmelsens innhold.

Imidlertid må klarhetskravet i legalitetsprinsippet karakteriseres som relativt, i den forstand at kravet til graden av klarhet i ordlyden vil variere med hvilket rettsområde man befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.<sup>24</sup>

Der legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp ikke er til hinder for å legge vesentlig vekt på tolkningsalternativer som følger av andre rettskilder enn loven, kommer spørsmålet om i hvilken grad domstolene kan legge vekt på en forvaltningspraksis, som eventuelt også er i den private parts *disfavør*, mer på spissen.

---

22 Se for eksempel Rt. 1975 s. 992 (på s. 996-997), Zimmer 2001 s. 46-48.

23 Frihagen 1991 s. 126-127, Skjerdal 2001 s. 346.

24 Eckhoff/Smith 2003 s. 336-337, Skjerdal 2001 s. 346. Se også Rt. 1995 s. 530 og Rt. 2001 s. 382. Klarhetskravet er strengest ved inngrep i den private fysiske integritetssfære, som for eksempel administrative frihetsinngrep, jf. Graver 2002 s. 81. Ved inngrep i for eksempel den private økonomiske sfære i form av skatte- eller avgiftsplikt, er klarhetskravet, slik det er definert her, derimot ikke like absolutt, jf. Zimmer 2001 s. 41.

I det følgende vil jeg kort se nærmere på hvilke argumenter som generelt kan anføres for og imot at domstolene tillegger en forvaltningspraksis vekt når den ikke strider mot loven, høyesterettspraksis og legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp. Oversikten er imidlertid ikke ment å være uttømmende.

### 3 Argumenter for og imot at domstolene tillegger forvaltningspraksis vekt

#### 3.1 Argumenter for å tillegge forvaltningspraksis vekt

Der forvaltningspraksis er i den private parts *favør*, vil det etter omstendighetene kunne danne seg en *forventning* hos denne om at forvaltningen følger sin praksis. Der forventningen hos den private part må anses berettiget, vil dette hensynet i seg selv være et tungtveiende argument for at forvaltningen bør anse seg bundet av sin egen praksis.<sup>25</sup> Typisk vil en slik forventning være berettiget der forvaltningspraksis er langvarig, omfattende og konsekvent, og den private part har innrettet seg eller disponert i tillit til den aktuelle praksis.

At den aktuelle forvaltningspraksis er særlig fast og varig, vil også kunne tale for at det legges vekt på en forvaltningspraksis som er i den privates *disfavør*. Å legge vekt på en slik praksis kan blant annet begrunnes i hensynet til sammenheng og konsekvens i forvaltningens rettsanvendelse.<sup>26</sup> Der domstolene underkjenner en praksis med trekk som nevnt, vil det også kunne svekke tilliten til forvaltningsorganet blant dens klienter ved at domstolenes standpunkt tilsier at forvaltningsorganet i sin lovtolkning over lang tid og i en rekke tilfeller konsekvent ikke har ivaretatt alle relevante hensyn på forsvarlig vis.<sup>27</sup> Videre kan det anføres at en endring av praksis vil kunne få negative konsekvenser for forvaltningen og dens klienter.<sup>28</sup> For eksempel vil en omlegging av en omfattende, konsekvent og utad kjent praksis kunne legge beslag på forvaltningsorganets tid og ressurser i en allerede anstrengt ressursituasjon.<sup>29</sup> Videre kan det reise seg spørsmål om gyldigheten av de vedtak som er truffet i samsvar med den tidligere strengere praksis.<sup>30</sup> En eventuell aktivitetsplikt for forvaltningen til å omgjøre eller revidere de tidligere vedtak, kan dermed også legge beslag på forvaltningens ressurser. For forvaltningens klienter kan dette få en negativ innvirkning på klientenes behov for en rask saksbehandling og avgjørelse i saker som er av

---

25 Se for eksempel Rt. 1973 s. 679 (på s. 683). Eckhoff 2001 s. 234, Bernt 1989 s. 278.

26 Holgersen 1987 s. 414.

27 Holgersen 1987 s. 414.

28 Eckhoff 2001 s. 241.

29 Bernt 1989 s. 278.

30 Bernt 1989 s. 278.

betydning for deres rettsstilling. Men det kan også tenkes at kvaliteten på andre ytelser forvaltningen har ansvaret for, hensett til offentlige budsjetttrammer, vil kunne bli dårligere.

Der den aktuelle praksis stammer fra forvaltningsorgan som anses som særlig kyndige innen sitt felt, eller er plassert sentralt eller høyt i forvaltningshierarkiet, kan det tale for at forvaltningspraksisen, særlig der den er et resultat en grundig avveining av de motstående hensyn, bør tillegges vekt.<sup>31</sup> Dette har blant annet sammenheng med at vurderinger i forbindelse med tolkningen av en forvaltningslovsbestemmelse, avhengig av dens karakter og virkeområde, kan innebære faglige og politiske vurderinger<sup>32</sup> man ikke kan forvente at de *alminnelige* domstolene nødvendigvis er bedre skikket til å foreta enn det aktuelle forvaltningsorganet.<sup>33</sup> Det kan tale for at domstolene i slike tilfeller bør være mer *tilbakeholdne* ved sin kontroll av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn som ligger til grunn for den aktuelle praksis, og tillegge praksisen vekt.

### 3.2 Argumenter imot å tillegge forvaltningspraksis vekt

Det kan imidlertid også argumenteres for at domstolene bør innta en offensiv holdning ved tolkning av det nærmere grunnlaget for forvaltningspraksisen som påberopes. Dette gjelder særlig der forvaltningspraksis er i den *privates disfavør*.<sup>34</sup> Det kan anføres at domstolene er mer skikket enn forvaltningen til å ivareta alle nødvendige hensyn til objektivitet og rettssikkerhet.<sup>35</sup> Dette gjør seg først og fremst gjeldende der den aktuelle forvaltningspraksis stammer fra organer hvis sammensetning i begrenset grad er gjort med henblikk på å løse rettsspørsmål. Videre vil ikke alltid den påberopte forvaltningspraksis ha grunnlag i en bevisst og grundig vurdering fra forvaltningsorganets side av de hensyn som gjør seg gjeldende, men en løsning de kanskje nærmest har »snublet inn i«<sup>36</sup> og senere holdt fast ved i sin praksis. Og selv om praksisen stammer fra et organ som må anses som særlig kyndig innen sitt felt, kan det anføres at forvaltningsorganets nære tilknytning til fagområdet kan medføre at den ikke er like kritisk til sine valg i avveiningsprosessen som kanskje en alminnelig domstol vil være.<sup>37</sup> Sammenlignet med domstolsprosessen, er forvaltningens saksbehandling ofte mindre betryggende, blant annet hensett til at det kon-

---

31 Se for eksempel Rt. 1975 s. 603 (på s. 606), Eckhoff 2001 s. 233, Bernt 1989 s. 275, Holgersen 1987 s. 415.

32 Graver 2002 s. 251, Eckhoff/Smith 2003 s. 4. Vedrørende vurderinger av politisk karakter selv om det dreier seg om et rettsanvendelsesskjønn, se Rt. 1991 s. 586 som jeg vil komme nærmere inn på under punkt 4.

33 Eckhoff 2001 s. 241.

34 Aarbakke 1985 s. 166.

35 Holgersen 1987 s. 412.

36 Bernt 1989 s. 276.

37 Bergo 2002 s. 413, Bernt 1989 s. 276, Holgersen 1987 s. 415.

tradiktoriske element i forvaltningens saksbehandling normalt er svakere enn ved domstolene.<sup>38</sup>

I forlengelsen av synspunktet om at domstolene bedre enn forvaltningen ivaretar alle nødvendige relevante hensyn i sin lovtolkning, kan det anføres at domstolene har et ansvar som medutvikler av gjeldende forvaltningsrett der løsningen ikke følger av positive rettskildedefaktorer som lov eller rettspraksis.<sup>39</sup> Med et slikt ansvar kan det sies at det også følger en plikt til en *offensiv* holdning overfor forvaltningens rettsanvendelsesskjønn og praksis, med den mulige konsekvens at forvaltningspraksisen ikke bør tillegges vekt der domstolene mener at denne bygger på et rettsanvendelsesskjønn som må anses som ukorrekt.

Hvilken vekt domstolene skal tillegge forvaltningspraksis, må vurderes konkret i det enkelte rettsanvendelsestilfellet. Enkelte av momentene som er relevante i vektvurderingen er nevnt ovenfor, og vi har sett at disse vektmomentene kan ha sammenheng med synspunkter knyttet til domstolenes versus forvaltningens innsikt i den interesseavveiningen som gjør seg gjeldende. Men vi har også sett konturene av en annen grunnleggende problemstilling, nemlig spørsmålet om hvilken ansvars- og funksjonsfordeling det bør være mellom domstolene og forvaltningen.

Argumentet om at den aktuelle interesseavveiningen forutsetter en innsikt domstolene ikke forvalter i samme grad som forvaltningen, møter vi i premissene i dommen referert i Rt. 1991 s. 586, som jeg skal gjennomgå nærmere i neste punkt. Formålet med gjennomgåelsen er å se nærmere på og å illustrere sammenhengen mellom spørsmålet om hvilken betydning forvaltningens egnethet kan tillegges og spørsmålet om hvilken ansvars- og funksjonsfordeling det bør være mellom domstolene og forvaltningen. Ved gjennomgangen av dommernes argumentasjonslinjer vil jeg derfor ikke direkte diskutere de materielle rettsspørsmål det er dissens om i dommen. Jeg går heller ikke nærmere inn på det konkrete utfallet i saken.

---

38 Holgersen 1987 s. 412, Bernt 1989 s. 276.

39 Aarbakke 1985 s. 165. På de fleste forvaltningsområder vil imidlertid domstolene rent faktisk spille en beskjeden rolle som medutvikler av gjeldende forvaltningsrett, jf. Bernt 1989 s. 271-272, Holgersen 1987 s. 415. Men det har sin årsak i at de private parter sjeldnere enn på andre rettsområder, bringer forvaltningsvedtaket inn for domstolene. Synspunktet om domstolenes ansvar som medutvikler av gjeldende rett er imidlertid prinsipielt sett av interesse i denne sammenheng.

## 4 Nærmere om forvaltningens kontra domstolenes eg- nethet – illustrert ved Rt. 1991 s. 586 (Abdi)

Saken gjaldt gyldigheten av et nektelsesvedtak om asyl. I tilknytning til forståelsen av det rettslige innholdet i flyktningebegrepet i den dagjeldende fremmedloven<sup>40</sup> § 2, var det spørsmål om såkalte flyktninger *sur place* var omfattet av bestemmelsen.<sup>41</sup> Etter fremmedmyndighetenes oppfatning var asylsøkere i de objektive *sur place*-tilfellene omfattet av lovens flyktningebegrep. Dette var også lagt til grunn i deres praksis. Høyesterett mente at dette var en korrekt forståelse av lovbestemmelsen.<sup>42</sup> I forvaltningspraksis ble imidlertid asylsøkere i de subjektive *sur place*-tilfellene ansett for å falle utenfor flyktningebegrepet – med andre ord en praksis i den *privates* disfavør – og nektelsesvedtaket var i hovedsak begrunnet i denne praksisen. For Høyesterett var det dermed et sentralt spørsmål om og under hvilke betingelser de subjektive *sur place*-tilfellene var omfattet av flyktningebegrepet i § 2. Ved dette generelle spørsmålet delte Høyesterett seg i to fraksjoner. Førstvoterende, dommer Lund, fikk tilslutning av tre andre dommere. Tredjevoterende, dommer Backer, hadde et annet syn. Dommer Backers votum vender jeg tilbake til etter først å ha sett nærmere på førstvoterendes argumentasjonslinje.

Førstvoterende<sup>43</sup> mente at lovbestemmelsens ordlyd, også i lys av artikkel 1 A i flyktningekonvensjonen<sup>44</sup>, var uklar og at man således ikke kunne trekke noen bestemt slutning av om de subjektive *sur place*-tilfellene falt inn under lovens flyktningebegrep. I forarbeidene var tolkningsspørsmålet ikke omtalt. Det samme var tilfellet i forarbeidene til (den da nye) utlendingsloven. Som nevnt hadde imidlertid forvaltningen i sin praksis ansett de subjektive *sur place*-tilfellene for å falle utenfor flyktningebegrepet. Hensynet til asylsøkerens liv og sikkerhet talte imidlertid for at asylsøkere også i de subjektive *sur place*-tilfellene måtte anses omfattet av lovens flyktningebegrep.

Førstvoterende kom til at flyktninger i denne kategorien ikke hadde et rettskrav på asyl og la med andre ord til grunn den løsning som fulgte av forvaltningspraksis. Men hva var de nærmere forutsetningene for valget av dette tolkningsalternativet?

---

40 Lov om utlendingers adgang til riket m.v., 27. juli 1956. Fremmedloven ble opphevet ved lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), 24. juni 1988 nr. 64, jf. § 60.

41 Et *sur place*-tilfelle vil i korte trekk innebære at den forfølgelsesrisikoen som asylsøkeren er utsatt for, har oppstått *etter* at vedkommende har forlatt sitt hjemland, jf. Rt. 1991 s. 586 (på s. 589). Videre går det et hovedskille mellom *objektive* *sur place*-tilfeller og *subjektive* *sur place*-tilfeller. Nærmere om dette skillet, se dommen s. 589 samt Einarsen 1998 s. 44 og s. 361.

42 Rt. 1991 s. 586 (på s. 594).

43 Rt. 1991 s. 586 (på s. 589-596).

44 United Nations Convention relating to the Status of Refugees, 28 July 1951.

Førstvoterendes standpunkt har sammenheng med hans syn på flyktningebegrepets struktur. Førstvoterende la til grunn at flyktningebegrepet besto av et kjerneområde og at flyktninger som falt inn under dette området hadde et rettskrav på asyl.

Utenfor flyktningebegrepets kjerneområde mente førstvoterende at det måtte være fremmedmyndighetenes ansvar å gjøre seg opp en oppfatning av hvorledes bestemmelsen burde forstås og legge dette til grunn i sin praksis, og at domstolenes prøvelsesrett i disse tilfellene ikke kunne være mer omfattende enn ved prøving av forvaltningsvedtak truffet etter fritt skjønn.<sup>45</sup> Utenfor flyktningebegrepets kjerneområde vil altså domstolenes prøving av forvaltningens *rettsanvendelsesskjønn* være meget begrenset, noe som igjen innebærer at forvaltningens rettsoppfatning og praksis i disse tilfellene i utgangspunktet får sentral betydning som rettskildefaktorer. Begrunnelsen for den begrensede domstolskontrollen har nær sammenheng med førstvoterendes syn på dynamikken i kjerneområdet grensesoner. Slik han så det, var kjerneområdet omfang »ikke [...] fastlagt en gang for alle, men påvirkes av [konvensjons]landenes praksis i tilknytning nasjonale regler, flyktningekonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene«.<sup>46</sup>

Spørsmålet om i hvilken grad en stat skal anse seg forpliktet til å innvilge asyl reiser *politiske* interesseavveininger både i den enkelte stat og i forhold til de øvrige konvensjonsstater. Det kan anføres at det derfor er behov for en viss *skjønnsmargin* for asylstaten ved vurderingen av om det i grensetilfellene forligger en plikt eller rett til å innvilge asyl.

Førstvoterende var av den oppfatning at den nærmere avgrensningen av flyktningebegrepets kjerneområde måtte høre under forvaltningen, og at domstolene også her måtte vise tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningens standpunkter.

Førstvoterendes begrunnelse for en begrenset domstolsprøving av forvaltningens lovtolkning er todelt. For det første ga førstvoterende klart uttrykk for at domstolene ikke hadde like god innsikt i de faktorer som påvirket omfanget av kjerneområdet. Forvaltningen måtte med andre ord anses som bedre egnet enn domstolene til å avgjøre hvor grensene for flyktningebegrepets kjerneområde er til enhver tid.<sup>47</sup> Mot et slikt syn kan det imidlertid innvendes at domstolene på mange rettsområder vil være henvist til å bygge på relevant kunnskap de kanskje i utgangspunktet ikke har særlig innsikt i, men som blir formidlet gjennom rettssaken. Domstolene kan ikke av den grunn legge fra seg ansvaret for å foreta en selvstendig vurdering av de relevante argumenter og vurderinger som gjør seg gjeldende. Hva var det i denne saken som tilsa det motsatte utgangspunkt?

I forbindelse med vurderingen av hvilken egenvekt som skulle tillegges forvaltningens praksis, uttalte førstvoterende blant annet at »[p]raktiseringen av flyktningebegrepet i

---

45 Nærmere om domstolenes kontroll med forvaltningens diskresjonære skjønn, se Eckhoff/Smith 2003 s. 350-368.

46 Rt. 1991 s. 586 (på s. 594).

47 Ved vurderingen av forvaltningspraksisens egenvekt uttalte førstvoterende at den var basert på en bevisst holdning til og kunnskap om flyktningeproblemene og om de oppfatninger og den praksis som forelå i tilknytning til konvensjonens flyktningebegrep. jf. Rt. 1991 s. 586 (på s. 592).

fremmedloven er et ikke uvesentlig element i den totale norske flyktningepolitikk, blant annet ved å kunne påvirke tilstrømmingen av flyktninger til Norge«. <sup>48</sup> Der domstolene ser det som sitt ansvar å avgjøre lovtolkningstilfellene hvor det er tvil om hvorvidt det foreligger en plikt eller en rett for staten til å innvilge asyl, vil domstolene – enkelt sagt – således få en ikke uvesentlig rolle i statens flyktningepolitikk. Det kan være at førstvoterende ikke anså en slik rolle for domstolene som forsvarlig, blant annet hensett til det politiske elementet som gjør seg gjeldende i rettsanvendelsesskjønnet som utøves i disse tilfellene.

Den andre begrunnelsen førstvoterende anførte for sitt syn, var at alternativet til innvilgelse av asyl regulært ville være å gi oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter fremmedloven § 17, <sup>49</sup> noe som i tilfelle vil innebære at asylsøkere som forvaltningen er i tvil om faller inn under flyktningebegrepets kjerneområde, likevel kan gis vern mot alvorlig forfølgelse ved å kunne oppholde seg i asylstaten inntil forfølgelsesrisikoen ikke lenger eksisterer. Vi ser altså at hensynet til asylsøkerens behov for vern mot alvorlig forfølgelse er et hensyn som ble tatt i betraktning ved førstvoterendes klarlegging av ansvars- og funksjonsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene.

I førstvoterendes argumentasjon ser vi etter min mening konturene av et spenningsfelt mellom hensynet til politisk handlingsrom for fremmedforvaltningen – et spillerom førstvoterende synes å mene at domstolene ikke bør gripe for aktivt inn i – og hensynet til asylsøkerens behov for vern mot alvorlig forfølgelse. Ovenfor har vi kort sett hvordan domstolene etter førstvoterendes mening bør forholde seg til dette spenningsfeltet.

Tredjevoterende <sup>50</sup>, dommer Backer, delte ikke førstvoterendes syn på flyktningebegrepets struktur og dens betydning for domstolenes ansvar for å klarlegge lovbestemmelsens rettslige innhold. Slik jeg tolker tredjevoterende mente han at det fullt ut måtte være domstolenes ansvar å fastlegge lovens ramme, og at man ikke kunne være mindre kritisk overfor forvaltningens rettsoppfatning og praksis selv om det måtte dreie seg om et tolkningstilfelle der lovbestemmelsens ordlyd og formål ikke ga et klart svar på det aktuelle rettspørsmålet. Denne mer offensive holdningen gjenspeiler seg etter min mening i hans innfallsvinkel og slutning i forhold til hvilke argumenter som kunne utledes av ordlyden i fremmedloven § 2 og flyktningekonvensjonen artikkel 1 A; det var ikke noe i ordlyden i disse bestemmelsene som tilsa at »de subjektive sur place-tilfellene *ikke* skulle være omfattet av bestemmelsene«. <sup>51</sup> Videre trakk han blant annet frem at asylsøkeres behov for beskyttelse ikke kunne anses som mindre i de subjektive sur place-tilfellene. At det var et klart argument for den motsatte løsning i forvaltningspraksis, ble ikke tillagt vekt. Slik

---

48 Se Rt. 1991 s. 586 (på s. 592).

49 Det var også praksis at fremmedforvaltningen innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag i de subjektive sur place-tilfellene, jf. Rt. 1991 s. 586 (på s. 587).

50 Se Rt. 1991 s. 586 (på s. 597-598).

51 Se Rt. 1991 s. 586 (på s. 597) (min kursivering).

han så det hadde forvaltningen etter omstendighetene en plikt til å innvilge asyl etter fremmedloven § 2 også i de subjektive tilfellene.

I det spenningsfeltet man ser konturene av i førstvoterendes argumentasjon, synes tredjevoterende, slik jeg tolker ham, å prioritere hensynet til asylsøkerens behov for rettslig vern mot alvorlig forfølgelse fremfor hensynet til forvaltningens handlingsrom i et dynamisk og til dels politisk ladet interessefelt. Han gir således inntrykk av å være mer rettighets- og individorientert enn det førstvoterende synes å være.

Imidlertid mente han at forvaltningen måtte ha adgang til å legge vekt på behovet for å etablere praktikable regler. Men til forskjell fra førstvoterende, synes tredjevoterende å mene at dette handlingsrommet kun burde innvilges fra domstolens side i subsumsjonsomgangen – altså ved spørsmålet om det konkrete tilfellet anses å falle inn under den generelle lovforståelsen<sup>52</sup> – og ikke i lovtolkningsomgangen.<sup>53</sup>

Som kjent vil tolkningen av det aktuelle rettskildebildet i prinsippet avgjøre hvor mye rom det skal være for skjønnsutøvelse i subsumsjonsomgangen.<sup>54</sup> Der forvaltningens handlingsrom plasseres i subsumsjonsomgangen, vil således domstolens mulighet for en offensiv kontroll med forvaltningens forståelse og praksis være større enn der domstolene innvilger forvaltningen et handlingsrom i lovtolkningsomgangen. I sistnevnte tilfelle vil en relevant forvaltningspraksis kunne få sentral betydning for hva som må anses som det korrekte innholdet i lovbestemmelsen.

I juridisk teori er det rettet kritikk mot førstvoterendes forståelse av flyktningebegreps struktur og den betydning forvaltningens rettsanvendelsesskjønn og praksis får for den nærmere fastleggningen av flyktningebegreps innhold. Blant annet etterlyser Terje Einarsen en mer aktiv og selvstendig domstolsprøving av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn i asylsaker enn det førstvoterendes synspunkter gir rom for.<sup>55</sup> Ved utarbeidelsen av flyktningekonvensjonen ble det foreslått at det skulle være opp til den enkelte medlemsstat å bestemme hvem som skulle anses som flyktninger og dermed få beskyttelse under konvensjonen.<sup>56</sup> Forslaget ble imidlertid uttrykkelig tilbakevist av rettsikkerhetsmessige grunner – flyktningebegrepet måtte anses som et folkerettslig autonomt begrep.<sup>57</sup> Poenget til Einarsen, slik jeg leser ham, er at førstvoterendes synspunkter skissert

---

52 Nærmere om begrepet subsumsjon, se Bernt/Doulet 1996 s. 403.

53 Slik jeg forstår Graver har også han en tilsvarende oppfatning av tredjevoterendes votum, jf. Graver 2002 s. 261.

54 Eckhoff 2001 s. 32-33. Det kan være grunn til å presisere at det i den praktiske rettsanvendelsen ikke nødvendigvis er et skarpt skille mellom tolkning av det aktuelle rettskildebildet og subsumsjonsomgangen. Særlig i tvilstilfeller vil det ikke sjeldent skje en »tilbakekobling« til forståelsen av rettsregelens innhold etter å ha sett på konsekvensene av tolkningsalternativet man valgte i første omgang, se Bernt/Doulet 1996 s. 187.

55 Einarsen 1997 s. 25.

56 Einarsen 1998 s. 98.

57 Einarsen 1998 s. 98.

ovenfor medfører en resignasjon fra domstolenes side overfor fremmedmyndighetenes rett-soppfatning og praksis vedrørende flyktningebegrepets innhold, noe som i realiteten bringer oss nær et statsautonomt flyktningebegrep.<sup>58</sup> Blant annet ut fra de rettssikkerhetsbetraktningene som ligger til grunn for et folkerettslig autonomt flyktningebegrep, mener Einarsen at det må være domstolenes ansvar og funksjon i en moderne demokratisk rettsstat å opptre som rettssikkerhetsgarantist for individet.<sup>59</sup> Domstolene skal med andre ord sikre at individet får de rettigheter hun eller han har krav på, selv om det måtte medføre at domstolene beveger seg inn i en politisk uklar sone. Slik jeg tolker ham bør derfor domstolene etter hans mening foreta en kritisk overprøving av den lovtolkning nektelsesvedtak om asyl bygger på, og ikke nøye seg med å konstruere det Einarsen betegner som en kjerne-teori med den differensierende virkningen denne teorien har på domstolenes prøvelsesintensitet, og jeg tilføyer, på vektleggingen av forvaltningspraksis.

Einarsens synspunkter knyttet til hvilket ansvar og hvilken funksjon domstolene bør ha i en *demokratisk rettsstat*, tydeliggjør at det etter omstendighetene aktualiseres retts-teoretiske problemstillinger på *institusjonelt* plan når domstolene står overfor en rettskilde-konstellasjon hvor loven gir rom for den løsning som følger av forvaltningspraksis, men samtidig gir rom for reelle hensyn som trekker i en annen retning. Men hvilke retts-teoretiske problemstillinger er det som mer *persist* aktualiseres? En måte å tilnærme seg disse problemstillingene på, er å se nærmere på utgangspunktene for maktforholdet mellom domstolene og forvaltningen.

## 5 En retts-teoretisk perspektivering av problematikken

### 5.1 Utgangspunktene for maktforholdet mellom domstolene og forvaltningen

I en rettsstat er det et grunnleggende prinsipp at offentlige organer må utlede sin kompetanse fra et rettsgrunnlag.<sup>60</sup> Den offentlige myndighetsutøvelsen overfor enkeltindividet må ligge innenfor rammen av slike grunnlag. Det vil si at for eksempel forvaltningen ikke selv på egen hånd kan fastsette sin kompetanse til å foreta rettslig bindende vedtak overfor den private.<sup>61 62</sup>

---

58 Einarsen 1997 s. 24 og s. 26, Einarsen 1998 s. 94.

59 Einarsen 1997 s. 25.

60 Graver 2002 s. 73-74, Bernt/Doublet 1998 s. 280, Skjerdal 2001 s. 337.

61 Graver 2002 s. 74.

62 Rettsgrunnlaget for forvaltningens kompetanse kan være formell lov, et overordnet forvaltningsorgans organisasjons- og instruksjonsmyndighet, det offentlige eierrådighet og avtalekompetanse, Grunnlovens spesielle kompetanseregler eller andre sedvanerettsbaserte kompetanser, jf. Eckhoff/Smith 2003 s. 310-313. Da problemstillingene som forsøkes belyst i denne artikkelen først og fremst knytter seg til forvaltningens sementerte oppfatning av hvor grensene går for dens kom-

Begrunnelsen for hjemmelskravet er først og fremst at enkeltindividet skal beskyttes mot vilkårlig myndighetsutøvelse fra det offentliges side.<sup>63</sup> Det er et rettsstatlig ideal at den private skal kunne forutberegne sin rettsstilling, og ha en mulighet til å innrette seg deretter.<sup>64</sup> Der hjemmelen for forvaltningsvedtaket eksempelvis er en lovbestemmelse, enten det er en inngrepsbestemmelse eller en rettighetsbestemmelse i forhold til enkeltindividet, fungerer dermed lovbestemmelsen både som grunnlag for og avgrensning av forvaltningens myndighet overfor enkeltindividet.<sup>65</sup>

For å sikre at hjemmelskravet i størst mulig utstrekning blir fulgt av de offentlige maktoorganene, er det i en rettsstat også et grunnleggende prinsipp at makten og kompetansen til å bestemme hvordan samfunnet skal styres, iverksette den vedtatte politikk og løse konkrete rettslige interessekollisjoner mellom offentlige myndigheter og enkeltindividet, *fordeles* mellom uavhengige statsorganer, henholdsvis den lovgivende, utøvende og dømmende makt.<sup>66</sup> Prinsippet om maktfordeling er således et middel for å sikre idealet om en rettmessig myndighetsutøvelse fra det offentliges side. I forholdet mellom den dømmende og utøvende makt, er det dermed domstolenes ansvar og funksjon å kontrollere at forvaltningens myndighetsutøvelse er basert på og holder seg innenfor kompetansegrunnlaget – i denne sammenheng lovbestemmelsen – for den utøvde myndighet.<sup>67</sup>

Der forvaltningen gjennom sitt rettsanvendelsesskjønn *klart setter seg utenfor* sin kompetanse etter lovbestemmelsen, vil altså domstolene etter sin prøvingskompetanse og i tråd med maktfordelings- og legalitetsprinsippet, ha et ansvar for og en plikt til å sette en slik oppfatning til side som urettmessig. Og domstolene fritas ikke fra denne oppgaven der forvaltningen måtte ha sementert en urettmessig tolkning av et kompetansegrunnlag i sin praksis. Her vil domstolene måtte vise selvstendighet overfor forvaltningen, og opptre som motvekt overfor forvaltningen i favør av individet der forvaltningspraksisen setter den private i en dårligere rettstilling enn det som klart fremgår av den aktuelle lovbestemmelsen.

En slik selvstendig holdning fra domstolenes side er i disse tilfellene også i samsvar med et annet grunnleggende prinsipp i den demokratiske rettsstat – folkesuverenitetsprinsippet: Det er folket selv, gjennom sine valgte representanter i det lovgivende organ, som skal avgjøre hvordan samfunnet best styres, herunder hvordan interessekonflikter mellom

---

petanse etter en *lovbestemmelse*, vil jeg ikke gå nærmere inn på de øvrige mulige hjemmelsgrunnlag for forvaltningen. For en nærmere redegjørelse av disse, vises det til Eckhoff/Smith 2003 s. 315-322.

63 Helset/Stordrange 1998 s. 119, Mæhle 2005 s. 33.

64 Skjerdal 2001 s. 341.

65 Graver 2002 s. 74, Skjerdal 2001 s. 345.

66 Bernt/Doublert 1998 s. 26-32.

67 Ved domstolenes lovmessighetsprøving av forvaltningsvedtak, kommer dette ansvaret til uttrykk ved at domstolene fullt ut kan overprøve forvaltningens lovtolkning av bestemmelsen som det aktuelle vedtaket er fattet på grunnlag av, jf. Andenæs 2004 s. 285, Helset/Stordrange 1998 s. 330-331, Eckhoff/Smith 2003 s. 339.

det offentlige og den private generelt skal løses.<sup>68</sup> Vurderinger knyttet til hvilken rettsregel som skal gjelde for interessekonflikter mellom individet og det offentlige, er således primært lovgivers domene, og ikke domstolenes eller forvaltningens.<sup>69</sup> Der det foreligger en forvaltningspraksis som gir uttrykk for at forvaltningen har en oppfatning av hva som må anses som den korrekte løsningen i interessekonflikten, og denne oppfatningen ikke er i samsvar med lovgivers (folkets) vilje, vil det være godt i samsvar med hensynet bak den demokratiske styringsformen å sette en slik praksis til side.

Mer problematisk blir det der det etter domstolenes oppfatning er *uklart* om forvaltningens praksis er utenfor eller innenfor kompetansegrunnlaget gitt av lovgiver. På det rettskildemessige planet kjenner vi igjen de generelle trekk ved rettskildekonstellasjoner hvor det normalt kan tenkes et reelt spenningsforhold mellom forvaltningspraksis og øvrige rettskildedefaktorer, jf. punkt 2. I et rettsteoretisk perspektiv på et institusjonelt plan, kan rettskildespørsmålene vi tidligere har sett på formuleres på følgende vis: Skal domstolene der lovgiverviljen ikke er på det rene i forhold til sakens rettsspørsmål, innta en offensiv holdning overfor forvaltningens rettsoppfatning og praksis, og legge til grunn den løsning som følger av reelle hensyn/det alminnelige verdigrunnlag der denne etter domstolenes mening er den mest rimelige? Eller skal domstolene i lys av forvaltningens ansvar for å gjennomføre lovgivers politikk, gi forvaltningen et visst handlingsrom og akseptere forvaltningens rettsoppfatning av og praksis for hvor grensene går for deres kompetanse?<sup>70</sup>

Avhengig av hvilket valg domstolene tar, vil domstolene i disse tilfellene kunne bli møtt med følgende kritikk:<sup>71</sup> Der domstolene viser selvstendighet overfor forvaltningen, er det en fare for beskyldninger om at domstolene i sin virksomhet »driver politikk«. Der domstolene viser aksept overfor forvaltningen, er det fare for beskyldninger om at domstolene opptrer som den politiske maktens »lydige redskap« og ikke oppfyller sin funksjon som motvekt overfor forvaltningen der det er uklart hvor langt forvaltningens kompetanse rekker.

Her ser vi etter min mening konturene av et *spenningsfelt* mellom de grunnleggende hensyn bak utgangspunktene for ansvars- og funksjonsfordelingen mellom domstolene og forvaltningen.

---

68 I norsk sammenheng er det demokratiske prinsipp fastlått i Grunnlovens kapittel C (GrL. § 49) og § 112. Nærmere om folkesuverenitetsprinsippet, se Andenæs 2004 s. 38-39, Mæhle 2005 s. 35-37, s. 178-179.

69 Bernt 2002 s. 267.

70 I tilfeller der forvaltningsvedtaket bygger på en lovbestemmelse som innebærer et inngrep i den private rettsfære, vil legalitetsprinsippetets klarhetskrav til en viss grad kunne være til hjelp for domstolenes valg av retning, jf. ovenfor punkt 2 om legalitetsprinsippetets klarhetskrav som rettskildeprinsipp.

71 Formuleringen av den følgende kritikken er farget av en uttalelse av Carsten Smith i et intervju i Aftenposten 9. juni 1996 i forbindelse med Lundkommisjonens rapport.

Det er domstolene som har ansvaret for og plikten til å ta et valg i dette spenningsfeltet. På det rettskildemessige planet dreier det seg om et valg i vekt- og harmoniseringsomgangen, og ansvaret for rettsanvendelsen påligger domstolene.<sup>72</sup> Men når de rettskildemessige forutsetningene vi diskuterer spørsmålet ut fra først gjør seg gjeldende, legger ikke rettskildeprensippene sterke føringer på hvilket valg domstolene skal ta på rettskildeplanet, jf. ovenfor. På det institusjonelle planet er det i denne sammenheng tale om et valg vedrørende hvilken rolle domstolene som dømmende makt skal ha overfor forvaltningen som rettsanvendende virkeliggjører av lovgivers politikk. Hensynene som ligger til grunn for utgangspunktene for ansvars- og funksjonsfordelingen mellom de to statsmakterne, gir imidlertid begrenset veiledning når det gjelder *hvilket* valg domstolene skal ta i det som i denne sammenheng kan betegnes som det institusjonelle spenningsfeltet. Men et valg må likevel tas. Hvilke type betraktninger eller vurderingstema er det domstolene i den forbindelse må ta stilling til?

En ting er sikkert; valget domstolene må ta kan ikke være vilkårlig eller tilfeldig. Det har sammenheng med den grunnleggende rettsstatlige pilar om at myndighetsutøvelse overfor samfunnsborgerne må ha grunnlag i og være avgrenset av et hjemmelsgrunnlag. Dette hjemmelskravet er nettopp begrunnet i idealet om å unngå vilkårlig offentlig maktutøvelse. For at dette hjemmelskravet skal være en realitet, må det også settes krav til at de valg som foretas ved utøvelse av rettsanvendelsesskjønnet i tilknytning til fastleggelsen av hjemmelsgrunnlagets innhold, ikke skal være vilkårlige. Valgene, herunder valget domstolene må ta i spenningsfeltet på institusjonelt plan, må være rasjonelt begrunnet eller rettfærdiggjort. Det handler med andre ord om en *legitimering* av de valg som foretas i rettsanvendelsesprosessen og valget av hvilken rolle domstolene skal ha overfor forvaltningen i spenningsfeltet ovenfor.<sup>73</sup> Det har sammenheng med det rettsstatlige idealet om rettsreglenes funksjon som samfunnsregulerende middel i blant annet forholdet mellom det offentlige og enkeltindividet: Skal rettsreglene ha en samfunnsregulerende effekt, er det i prinsippet ikke tilstrekkelig at de offentlige myndigheter kun setter sin autoritet og makt bak dem.<sup>74</sup> Samfunnsborgerne må også ha respekt for og tillit til den maktutøvelse de er gjenstand for<sup>75</sup> – de offentlige maktbeslutninger må ligge innenfor det som kan kalles samfunnsborgernes toleransegrense.<sup>76</sup> Poenget her er at hvis de valg domstolene må ta i tvilsspørsmål vedrørende ansvars- og funksjonsfordelingen mellom domstolene og forvaltningen, fremtrer som rasjonelle og velbegrunnede, vil det bidra til en bedre grobunn for tillit til og respekt for disse statsorganenes virksomhet. Men hvilke rettfærdiggjørelses-

---

72 Jf. GrL. § 88. Se også Mæhle 2005 s. 270.

73 Mæhle 2005 s. 59-60.

74 Bernt/Doublet 1998 s. 274, Bernt/Doublet 1996 s. 436.

75 Mæhle 2005 s. 73.

76 Bernt/Doublet 1996 s. 437.

grunner er det som kan anføres for det ene eller annet valg i spenningsfeltet på institusjonelt plan?

## 5.2 Ulike rettferdiggjørelsesgrunner som kan anføres

### 5.2.1 *Rettferdiggjørelsesgrunner for en tilbakeholden domstol*

Problemstillingen under dette punkt er hvilke rettferdiggjørelsesgrunner som kan tenkes anført for det som kan betegnes som en forvaltningsvennlig domstol.

Som vi har sett ovenfor, kan den nærmere fastleggningen av en lovbestemmelses innhold måtte bero på politiske vurderinger og prioriteringer der rettskildefaktorene som representerer lovgiverviljen ikke gir et klart svar på det konkrete rettsspørsmålet. Det betyr at det er *rettsanvenderen* – i denne sammenheng domstolene og forvaltningen – som da må ta stilling hvilke av de motstridende verdiforestillingene som skal gis prioritet.<sup>77</sup> Når det finnes en forvaltningspraksis som gir et klart svar på det aktuelle rettsspørsmålet, innebærer dette at forvaltningen (allerede) har tatt stilling til denne interesseavveiningen, og at den forståelsen av gjeldende rett dette standpunktet representerer, kommer til uttrykk i det som kan karakteriseres som en objektivisert, prinsipielt sett iakttakbar rettskildefaktor<sup>78</sup> (forvaltningspraksis). Det er da gjerne to forhold som kan legitimere et syn på hvorfor domstolene bør være tilbakeholdne med å legge til grunn den løsning av interessemotsetningene de anser som den mest rimelige.

For det første kan det anføres at domstolenes organisering og dommernes utdanning og erfaring gjør at domstolene ikke er særlig egnede organer til å ta stilling til hvilken politisk interesse/verdiforestilling som må gis prioritet.<sup>79</sup> For eksempel utnevnes dommere etter helt andre kvalifikasjoner enn evnen til å treffe forstandige politiske valg.<sup>80</sup> Poenget i denne sammenhengen er at en offensiv domstol således kan representere et legitimitetsproblem i den forstand at det neppe vil skape en bedre grobunn for tillit til og respekt for rettsreglene som samfunnsregulerende virkemiddel, dersom domstolene, som mindre egnede organ enn forvaltningen, legger til grunn sin oppfatning av hvordan den aktuelle verdikonflikten bør løses.<sup>81</sup>

Synspunktet om domstolenes manglende egnethet som legitimitetsproblem, har sammenheng med den mer grunnleggende rettsstatlige idéforestillingen om domstolenes rolle

---

77 Bernt/Doublet 1998 s. 290.

78 Doublet/Bernt 1993 s. 150.

79 Bernt/Doublet 1998 s. 290.

80 Bernt/Doublet 1998 s. 290.

81 Der det er trekk ved forvaltningspraksisen som tilsier at den har lav egenvekt, for eksempel at praksisen ikke har grunnlag i en bevisst avveining av de motstående interessene, jf. punkt 3.2, kan det imidlertid anføres at en offensiv holdning fra domstolene side i langt mindre grad, om enn i det hele tatt, vil kunne anses å representere et legitimitetsproblem som nevnt.

som et upartisk og politisk nøytralt konfliktløsningsorgan. Domstolsapparatets organisering og de kvalifikasjoner som kreves for å inneha en dommerstilling er nettopp utformet med sikte på at domstolene skal oppfylle en slik rolle i rettssamfunnet. Viktigheten av en slik rolle gjenspeiler seg for det første i domstolenes konstitusjonelle vern mot politisk styring fra lovgiver og forvaltningen når det gjelder hvordan rettsanvendelsesskjønnet skal utøves i forbindelse med en konkret rettstvist.<sup>82</sup> Og for det andre står ikke domstolene politisk ansvarlig for de verdivalg som tas i forbindelse med den dømmende virksomhet.<sup>83</sup> Dersom domstolene ser det som sitt ansvar og sin funksjon fullt ut å overprøve og ta stilling til de aktuelle politiske interesseavveininger som er lagt til grunn i forvaltningens praksis, vil det kunne innebære en fare for at domstolene blir oppfattet som deltakere i politiske spørsmål som det ikke er enighet om hvordan skal løses. En slik oppfatning vil igjen kunne svekke tilliten til og respekten for den dømmende virksomhet, en virksomhet som er et grunnleggende element i rettsreglenes samfunnsmessige funksjon.

Der det ikke foreligger en forvaltningspraksis som gir en klar løsning på det aktuelle rettsspørsmålet, må domstolene riktignok ta stilling til en slik interesseavveining på grunnlag av egne verdivalg. Men dersom et standpunkt til denne interesseavveiningen først kommer til uttrykk i en forvaltningspraksis, må domstolene velge om de skal legge avgjørende vekt på det standpunktet som kommer til uttrykk i denne praksisen, eller om de fullt ut skal overprøve og i tilfelle legge til grunn en annen oppfatning av hvordan den aktuelle interesseavveiningen bør løses. I lys av de nevnte legitimitetsproblemene som kan oppstå i kjølvannet av en aktiv og rettsskapende domstol i disse tilfellene, kan det anføres at denne valgfriheten eller beslutningsfriheten bør innskrenkes og at domstolene som utgangspunkt bør legge betydelig vekt på det standpunktet som kommer til uttrykk i den objektiviserte rettskildefaktoren.

Vi har imidlertid sett at domstolene også kan ta et skritt lengre i favør forvaltningen i den forstand at forvaltningen innrømmes en viss skjønnsmargin ved *tolkningen* av en lovbestemmelse.<sup>84</sup> En slik skjønnsmargin kan kanskje fremstå som noe problematisk i lys av utgangspunktene for domstolenes rolle etter maktfordelingsprinsippet. Men i lys av de legitimitetsproblemene som ellers kan tenkes å oppstå, kan en slik skjønnsmargin anvendes som et virkemiddel til å finjustere balansen i maktforholdet mellom domstolene og forvaltningen.<sup>85</sup> <sup>86</sup> Maktfordelingen mellom domstolene og forvaltningen er ikke et mål i

---

82 Bernt/Doublet 1998 s. 291.

83 Bernt/Doublet 1998 s. 290.

84 Jf. førstvoterendes »kjernet teori« i Rt. 1991 s. 586.

85 Einarsen 1998 s. 97.

86 Førstvoterendes »kjernet teori« i Rt. 1991 s. 586 er et illustrerende eksempel på at det kan tenkes unntak fra hovedregelen om at domstolene skal – eller i alle fall har anledning – til å prøve forvaltningens lovtolkning fullt ut, slik også Graver 2002 s. 260-261. I de senere år synes imidlertid Høyesterett generelt sett å ha *skjerp* sin kontroll med forvaltningens lovtolkning, jf. Boe 2007 s.

seg selv,<sup>87</sup> men et middel til målet om tillit til og respekt for rettssystemet og rettsreglene som samfunnsregulerende middel.<sup>88</sup>

På den annen side vil en tilbakeholden domstolen som nevnt kunne reise motforestillinger og bidra til en oppfatning av at domstolene opptrer som den politiske maktens »lydige redskap«. Det gjelder særlig i de tilfeller der utøvelsen av forvaltningens kompetanse får en negativ innvirkning på enkeltindividets rettsfære.

### 5.2.2 *Rettferdiggjørelsesgrunner for en mer offensiv domstol*

En av domstolenes sentrale oppgaver i en rettsstat er som nevnt nettopp å sørge for at forvaltningen holder seg innenfor rammene av sin kompetanse. Men vi har også sett at det etter omstendighetene kan anføres rettferdiggjørelsesgrunner for en tilbakeholden domstol. Det interessante blir dermed hvilke rettferdiggjørelsesgrunner som kan anføres for en mer offensiv og individorientert domstolskontroll, når det *samtidig* kan anføres vektige institusjonelle hensyn for å gi forvaltningen et visst spillerom ved vurderingen av om forvaltningsvedtaket er lovmessig. Hvordan kan en offensiv og rettsskapende domstol i disse tilfellene legitimeres eller rettferdiggjøres i lys av det som ovenfor ble nevnt om domstolenes manglende egnethet og viktigheten av å bli oppfattet som et upartisk og politisk nøytralt konfliktløsningsorgan? Hva er det i forestillingen om *den moderne demokratiske rettsstat* som kan begrunne en kritikk av at flertallet i Rt. 1991 s. 586 ikke tok det ansvaret den som domstol burde ha tatt?<sup>89</sup>

Argumentene for en offensiv domstol er nært knyttet opp mot hensynet til den private *rettsikkerhet*. Det er imidlertid ikke uten videre klart hva rettsikkerhet for den private part innebærer – rettsikkerhetsbegrepet har ikke et klart avgrenset og utvetydig innhold.<sup>90</sup> Og da aktualiseres følgende problemstilling: Hvilke verdiforestillinger er det som nærmere ligger til grunn for å anføre at den private parts rettsikkerhet tilsier at domstolene ikke bør være tilbakeholdne med å underkjenne forvaltningens rettsoppfatning og

---

67-88. Om førstvoterendes »kjerneteori« på bakgrunn av denne utviklingen kan anses som gjeldende rett i dag, vil jeg ikke gå nærmere inn på her.

87 Bernt/Doublet 1998 s. 281.

88 En interessant observasjon i denne sammenheng er det politiske og samfunnmessige klimaet som synes å ha rådet på tidspunktet for avsigelsen av dommen i Rt. 1991 s. 586. I forbindelse med utlendingslovens vedtakelse og ikrafttreden, det siste skjedde kun noen måneder før dommens avsigelse, var det en opphetet politisk debatt om norsk flyktingepolitikk og en nokså utbredt frykt for at Norge ville bli utsatt for en ukontrollerbar strøm av asylsøkere, jf. Einarsen 1998 II s. 289. I lys av det som nevnes ovenfor om mulige rettferdiggjørelsesgrunner for en tilbakeholden domstol, kan det tenkes at det politiske og samfunnmessige klimaet ikke var uten betydning for førstvoterendes argumentasjonslinje, jf. Einarsen 1998 II s. 289.

89 Jf. Einarsens kritikk nevnt i punkt 4 avslutningsvis.

90 Bernt 2001 s. 155, Eckhoff/Smith 2003 s. 50, Kjønstad m.fl. 2000 s. 197.

praksis? Det er disse verdiforestillingene som i så fall kan tenkes å fungere som rettfærdiggjøringsgrunner for et slikt ansvar og en slik funksjon for domstolene.

Som et utgangspunkt kan det foretas et hovedskille mellom prosessuell rettssikkerhet og materiell rettssikkerhet. Prosessuell rettssikkerhet dreier seg i korthet om borgerens tilgang til rettsanvendende og rettshåndhevende organer når hun eller han blir part i en rettslig interessekonflikt, og at saksbehandlingen i disse organene skjer på en betryggende måte.<sup>91</sup> Slike prosessuelle rettssikkerhetsbetraktninger er imidlertid av begrenset verdi som rettfærdiggjøringsgrunnlag i vår sammenheng.<sup>92</sup> Jeg går derfor ikke nærmere inn på denne siden av rettssikkerhetsbegrepet.

Med materiell rettssikkerhet menes et krav om resultatriktighet eller rettsriktighet. I dette ligger det i første rekke et krav om at forvaltningsvedtaket skal være innholdsmessig korrekt i forhold til *lovhjemmelen* for vedtaket.<sup>93 94</sup> Rettssikkerhetsbetraktninger knyttet til kravet om resultatriktighet, kan tale for at domstolene ikke ukritisk skal legge betydelig vekt på forvaltningspraksis ved lovmessighetsprøvingen av forvaltningsvedtak. Men nå er diskusjonstemaet hvilke rettfærdiggjøringsgrunner som kan anføres for en offensiv domstol ved vurderingen av hvilket resultat som er det korrekte, og da gir denne innfallsvinkelen liten veiledning: Selv om domstolene foretar en kritisk vurdering av den relevante forvaltningspraksis, kan det – etter omstendighetene – likevel være tvil om hvilket av tolkningsalternativene som må anses å være det korrekte uttrykket for innholdet i lovbestemmelsen.

Imidlertid kan materielle rettssikkerhetsbetraktninger også bli oppfattet og anvendt i en videre betydning enn et (formelt) krav om resultatriktighet. Materielle rettssikkerhetsbetraktninger i videre forstand knytter seg til forestillingen om at rettssikkerhet også må ha noe med materiell rettfærdighet å gjøre; at det må stilles visse minimumskrav til *innholdet* av de *rettsregler* som gjelder eller til de *avgjørelser* som treffes.<sup>95</sup> En slik tilnærming er det vi bruker når vi hevder at det i en rettsstat er visse sentrale verdier det ikke må foretas

91 Bernt 2001 s. 156. For en nærmere redegjørelse for ulike momenter knyttet til prosessuell rettssikkerhet i forvaltningsretten, se Bernt/Rasmussen 2003 s. 43-46, Eckhoff/Smith 2003 s. 51-52.

92 For eksempel vil rettssikkerhetsbetraktninger knyttet til kravet om kontradiktorisk saksbehandling vanskelig kunne fungere som rettfærdiggjøringsgrunnlag for en offensiv domstol overfor forvaltningen når det gjelder spørsmålet om hva som er det korrekte innholdet i en lovbestemmelse.

93 Kjønstad m.fl. 2000 s. 321, Helset/Stordrange 1998 s. 128.

94 Materiell rettssikkerhet i denne forstand er således sammenfallende med kravet om at forvaltningens myndighetsutøvelse må være basert på og innenfor (det riktige) hjemmelsgrunnlaget, eller kort sagt; legalitetsprinsippet i vid forstand, jf. Graver 2002 s. 99, jf. s. 74. Kravet om resultatriktighet kan derfor også ses på som et krav til betryggende saksbehandling og falle inn under den prosessuelle siden av rettssikkerhetsbegrepet. For eksempel knyttes ikke betegnelsen »materiell« til rettssikkerhetskravet om resultatriktighet i denne forstand hos Helset/Stordrange 1998, se for eksempel s. 128.

95 Bernt/Rasmussen 2003 s. 46, Kjønstad m.fl. 2000 s. 322.

inngrep i ved lovgivning eller forvaltningsvedtak.<sup>96</sup> Det er med andre ord tale om et krav om at offentlig myndighetsutøvelse må være forenlig med slike sentrale verdiforestillinger, eller sagt annerledes; et krav om vern av visse grunnleggende rettigheter for den private. Eksempler på slike grunnleggende rettigheter er vern mot alvorlige inngrep i den personlige sikkerhet og frihet, herunder de politiske frihetene.<sup>97</sup> Slike grunnleggende idealer og verdiforestillinger kommer til uttrykk i sentrale menneskerettighetskonvensjoner, blant andre Den europeiske menneskerettskonvensjon<sup>98</sup> og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.<sup>99</sup> Det er også elementer av slike grunnleggende rettigheter i Grunnloven.<sup>100</sup> Ved å stille slike grunnleggende materielle skranke for den offentlige myndighetsutøvelse, blir faren mindre for at flertallsmakten – i verste fall – utvikler seg til et flertallstyranni med de alvorlige konsekvenser det kan få for enkeltindividene eller minoriteter.

På rettskildesplanet kan slike materielle rettssikkerhetsidealene fungere som tolkningsprinsipper ved fastleggelsen av gjeldende rett,<sup>101</sup> i den forstand at man ved vurderingen av hvilket tolkningsalternativ som skal velges, bør unngå den tolkning som eventuelt ville stride mot disse grunnrettighetene.

Det interessante i denne sammenheng er imidlertid hvilken betydning materielle rettssikkerhetsbetraktninger – i den ovenfor nevnte videre forstand – har på institusjonelt plan, altså for domstolens funksjon og ansvar i forhold til de to øvrige institusjonelle maktorganene i samfunnet – lovgiver og forvaltningen. I forhold til *lovgiver* kommer denne problemstillingen særlig på spissen i form av spørsmålet om hvor intensive domstolene skal være i sin prøving av lovers *grunnlovsmessighet*. Eller formulert annerledes; i hvilken grad skal lovgiver ha et handlingsrom når det gjelder vurderingen av lovers grunnlovsmessighet, der det er uklart om lovvedtakets innhold representerer en overskridelse av Stortingets lovgivningskompetanse? I denne spørsmålsstillingen ser vi visse paralleller til det spenningsfeltet som er temaet her og til spørsmålet om i hvilken grad domstolene skal innrømme forvaltningen et handlingsrom i tvilsomme lovtolknings spørsmål som innebærer et større eller mindre innslag av politiske interesseavveininger. Hvilken betydning ma-

96 I lys av den samfunnsutvikling som har funnet sted fra den klassiske liberalistiske rettsstaten til det moderne velferdssamfunnet, kan det stilles spørsmål ved om de underliggende endringene i samfunnets verdigrunnlag også gjør at det kan stilles grunnleggende *positive* minstekrav til storsamfunnet, og ikke bare et krav om frihet fra alvorlige inngrep i individets rettsfære. Dette vender jeg tilbake til nedenfor.

97 Bernt 2001 s. 156, Frihagen 1991 s. 72.

98 Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Se for eksempel art. 4 (forbud mot slaveri og tvangsarbeid), art. 5 (retten til personlig frihet og sikkerhet) og art. 10 (ytringsfrihet). Nærmere om disse bestemmelsene, se Danelius 2002 s. 85-90 (art. 4), s. 91 flg. (art. 5) og s. 305 flg. (art. 10).

99 De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske friheter.

100 For eksempel forbudet mot tortur i Grl. § 96 annet punktum, og ytringsfrihetens vern etter Grl. § 100.

101 Bernt 2001 s. 165, Kjørstad m.fl. 2000 s. 321.

terielle rettssikkerhetsbetraktninger kan ha som rettferdiggjørelsesgrunnlag for en offensiv domstol på institusjonelt plan, illustreres godt i domstolenes prøvings situasjon overfor lovgiver, se nedenfor. Jeg vil derfor kort se nærmere på denne prøvings situasjonen med det siktemål å se om rettferdiggjørelsesgrunnene for en offensiv domstol i prøvings situasjonen overfor lovgiver, kan benyttes som rettferdiggjørelsesgrunner for en offensiv domstol overfor forvaltningen.

I høyesteretts praksis og juridisk teori er det lagt til grunn at domstolenes intensitet ved prøvingen av et lovvedtaks materielle grunnlovsmessighet – kort sagt – vil variere ut fra *karakteren* av den grunnlovsvernede rettighet som lovvedtaket prøves mot.<sup>102</sup> Som et generelt utgangspunkt sondres det mellom konstitusjonelle normer som 1) verner om enkeltindividets personlige frihet, sikkerhet og politiske friheter, 2) beskytter de privates økonomiske rettigheter og 3) regulerer lovgivers og den utøvende makts arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse.<sup>103</sup> Graden av prøvingsintensitet vil være størst i den førstnevnte kategorien, her vil »grunnlovens gjennomslagskraft ... være betydelig«.<sup>104</sup> På den annen side vil domstolene i all hovedsak legge lovgivers rettsoppfatning til grunn når det gjelder konstitusjonelle rettsregler som regulerer lovgivers og den utøvende makts arbeidsmåte og innbyrdes kompetanse.<sup>105</sup> Konstitusjonelle rettigheter som skal beskytte individets økonomiske rettssfære kommer i en mellomstilling.<sup>106</sup> Med tanke på spørsmålet om hvilke rettferdiggjørelsesgrunner som kan tenkes anført for en selvstendig domstol i drøftelsens spenningsfelt, er det interessante i denne sammenheng begrunnelsene for den fortrinnsstilling som gis konstitusjonelle rettigheter til vern om individets personlige frihet og sikkerhet. Hvorfor bør domstolene føre en mer offensiv fortolkningslinje i disse prøvings tilfellene?

For det første kan det anføres den helt grunnleggende og sentrale *egenverdi* som individets personlige frihet og sikkerhet har i den moderne rettsstats verdigrunnlag.<sup>107</sup> Individet har en verdi i seg selv.<sup>108</sup> Personlig frihet og sikkerhet må derfor gis et rettslig vern som det ikke bør være opp til det til enhver tid sittende flertallet i lovgivningsforsamlingen å gripe inn i gjennom ordinær lovgivning.<sup>109</sup> I tillegg utgjør disse rettighetene sammen med de politiske frihetene, grunnleggende forutsetninger for en fri samfunnsdebatt og dermed

---

102 Se blant andre dommene referert i Rt. 1976 s. 1, Rt. 1996 s. 1415, Rt. 1996 s. 1440 og Rt. 1997 s. 1821. Jf. Andenæs 2004 s. 274, Helset/Stordrange 1998 s. 322, Rytter 2001 s. 732.

103 Jf. Rt. 1976 s. 1 (på s. 5-6), Andenæs 2004 s. 274, Helset/Stordrange 1998 s. 322-323, Rytter 2001 s. 732.

104 Rt. 1976 s. 1 (på s. 5).

105 Se Rt. 1976 s. 1 (på s. 5-6).

106 Se Rt. 1976 s. 1 (på s. 5-6). En slik tredeling er imidlertid ikke uproblematisk, se nærmere om dette Smith 1993 s. 254 flg.

107 Bernt/Doublet 1998 s. 301.

108 Doublet 1995 s. 482.

109 Rytter 2001 s. 724.

en velfungerende demokratisk prosess.<sup>110</sup> En demokratisk rettsstat kan med andre ord ikke alene basere seg på (politiker)flertallets vilje, men må også sikre en beskyttelse av de grunnleggende sivile og politiske rettighetene ved et politisk uavhengig organ.<sup>111</sup>

For det andre kan det hevdes at de grunnleggende sivile og politiske rettighetene tilhører domstolenes tradisjonelle domene, og at interesseavveininger knyttet til individets personlige frihet og sikkerhet er en type vurderinger som domstolene har bred erfaring med og dessuten er *egnet* til å foreta ut fra domstolenes organisering og dommernes utdanning og erfaring.<sup>112</sup>

Når det gjelder konstitusjonelle rettigheter til vern om individets personlige frihet og sikkerhet, må det altså være domstolenes ansvar og funksjon å fullt ut overprøve lovgivers oppfatning av det aktuelle lovvedtakets grunnlovsmessighet. Spørsmålet blir så om dette er synspunkter som kan overføres og benyttes som rettferdiggjørelsesgrunnlag for en selvstendig domstol overfor den utøvende makt.

Når det gjelder overprøvingen av et forvaltningsvedtak som er fattet i samsvar med en forvaltningspraksis som knytter seg til en lovbestemmelse som tar sikte på å ivareta individets personlige frihet og sikkerhet, som for eksempel asylbestemmelsene,<sup>113</sup> må det, slik jeg ser det, kunne gis et bekreftende svar.

Begrunnelsen er for det første at det er nokså opplagt at domstolene må forholde seg til den samme verdimeslige referanseramme ved prøvingen av et forvaltningsvedtaks lovmessighet som ved grunnlovsprøving av lovvedtak.

For det andre er det etter min mening vanskelig å se at domstolene skulle være mindre egnet til å ta stilling til interesseavveininger knyttet til det nærmere innholdet i sentrale sivile (og politiske) rettigheter i prøvings situasjonen overfor forvaltningen, enn overfor lovgiver. Det er i begge prøvings situasjonene tale om individets materielle rettssikkerhet, og som nevnt kan det argumenteres for at spørsmål knyttet til hvilke rettssikkerhetsgarantier individet skal kunne stille overfor statsmaktene, ligger i kjernen av domstolenes virksomhet. I en moderne demokratisk rettsstat er det også en grunnleggende forutsetning at det er et politisk uavhengig organ som har slike spørsmål som sitt kjernefelt, siden en rettsstat ikke alene kan basere seg på hva som til enhver tid må anses som et politisk hensiktsmessig individvern, enten det kommer til uttrykk blant flertallet i lovgiverforsamlingen ved vedtakelsen av lover, eller hos forvaltningen i deres praksis.

Rettsikkerhetsbetraktninger som rettferdiggjørelsesgrunnlag for en selvstendig domstol kan altså knytte seg til den sentrale plass verdiforestillingen om individets personlige frihet og sikkerhet har i den moderne rettsstats verdigrunnlag, og domstolenes egnethet og nødvendige rolle som garantist for ivaretagelse av denne verdiforestillingen.

---

110 Se Rt. 1997 s. 1821 (på s. 1835-1836), Smith 1975 s. 301, Rytter 2001 s. 732.

111 Rytter 2001 s. 716.

112 Rytter 2001 s. 726 og s. 732.

113 Einarsen 1998 II s. 288.

Det er forestillingen om individets personlige frihet og sikkerhet man tradisjonelt forbinder med et materielt rettssikkerhetsbegrep.<sup>114</sup> I juridisk teori er det imidlertid blitt argumentert for at et materielt rettssikkerhetsbegrep også bør omfatte visse sentrale *velferdsstatlige* goder slik at individets *sosiale sikkerhet* blir ivaretatt.<sup>115</sup> Med sosial sikkerhet menes en offentlig ivaretagelse av individets grunnleggende behov knyttet til helse, utdanning og økonomisk eller annen materiell bistand når individet ikke er i stand til å ivareta disse behovene selv.

Den underliggende tanken er at en ivaretagelse av individets grunnleggende sosiale behov er av like sentral betydning for individets muligheter til å fungere som et selvstendig og fullverdig samfunnsmedlem, som ivaretagelsen av individets personlige frihet og sikkerhet.<sup>116</sup> At det er tale om verdiforestillinger som har en sentral plass i moderne velferdsstaters verdigrunnlag, kommer blant annet til uttrykk i internasjonale menneskerettskonvensjoner.<sup>117</sup> På nasjonalt plan finner man tilsvarende uttrykk både i Grunnloven<sup>118</sup> og i den alminnelige lovgivningen.<sup>119</sup>

Men i hvilken grad kan materielle rettssikkerhetsbetraktninger knyttet til individets sosiale sikkerhet fungere som rettferdiggjørelsesgrunnlag for en offensiv domstol i spenningsfeltet på institusjonelt plan? Til forskjell fra en ivaretagelse av individets personlige frihet og sikkerhet, vil en ivaretagelse av individets sosiale sikkerhet typisk innebære større økonomiske utgifter for staten.<sup>120</sup> Når spenningsfeltet gjør seg gjeldende i prøvings-situasjonen overfor *lovgiver*, vil en selvstendig domstol dermed ikke bare kunne innebære en kritikk om at domstolene trer inn i lovgivers demokratiske mandat til å gi lovbestemmelser om hvordan samfunnet skal reguleres, men at en offensiv domstol i disse tilfellene også vil kunne medføre et inngrep i Stortingets budsjettkompetanse etter Grl. § 75 d. I tillegg kan det anføres at domstolene ikke er bedre egnet enn lovgiver til å vurdere hvordan individets sosiale og økonomiske rettigheter best kan sikres (for fremtiden) i lys av statens

---

114 Bernt 2001 s. 157 og s. 168.

115 Bernt 2001 s. 157 og s. 166-167, Kjørstad m.fl. 2000 s. 322, Bernt/Doublet 1996 s. 333.

116 Kjørstad m.fl. 2000 s. 322.

117 Se for eksempel FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966, art. 9 (sosial trygghet), art. 12 (helse) og art. 13 (utdanning).

118 Jf. Grl. § 110 c første ledd, som bestemmer at »Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne«, og at det i forarbeidene til denne bestemmelsen uttrykkelig fremgår at bestemmelsens menneskerettighetsbegrep også omfatter økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, jf. NOU 1993:18 s. 29-32 og s. 158. Om Grl. § 110 c er en bestemmelse som innebærer en hjemmel for individet til å kunne kreve subjektive rettigheter overfor statens myndigheter, eller om bestemmelsen kun skal oppfattes som en prinsippbestemmelse, er et spørsmål jeg ikke vil gå nærmere inn på her.

119 Se for eksempel lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven), 13. desember 1991 nr. 81, § 1-1 (lovens formål) og § 5-1 (stønad til livsopphold).

120 Einarsen 1998 II s. 286.

økonomiske situasjon til enhver tid.<sup>121</sup> Disse momentene taler for at rettssikkerhetsbetraktninger knyttet til individets sosiale sikkerhet ikke i like stor grad kan fungere som rettfærdiggjøringsgrunnlag for en offensiv domstol i prøvings situasjonen overfor lovgiver, som rettssikkerhetsbetraktninger knyttet til individets personlige frihet og sikkerhet.

I prøvings situasjonen overfor forvaltningen vil derimot rettssikkerhetsbetraktninger knyttet til individets sosiale sikkerhet, slik jeg ser det, i større grad kunne fungere som rettfærdiggjøringsgrunnlag for en mer offensiv domstol.

Begrunnelsen knytter seg for det første til de grunnleggende forskjellene det er mellom lovgivers og forvaltningens institusjonelle ansvar og funksjon. Som kjent har forvaltningen ikke et tilsvarende mandat som lovgiver til å vurdere og ta stilling til hvilket innhold samfunnets rettsregler skal ha. I tillegg innehar forvaltningen heller ikke den konstitusjonelle budsjettkompetansen. Når domstolene tar stilling til hvilket innhold den aktuelle lovbestemmelsen skal ha ved prøvingen av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn, herunder vurderingen av hvilken vekt en relevant forvaltningspraksis skal tillegges, risikerer dermed ikke domstolene i like stor grad som ved grunnlovsprøving av lovvedtak, å tre inn i kjernen av en annen statsmakts (forvaltningens) mandat. Poenget er at denne forskjellen kan tale for at domstolene i større grad bør kunne anse seg som legitimert til å innta en offensiv holdning overfor forvaltningen ved tolkningen av lovbestemmelser som tar sikte på å ivareta individets grunnleggende sosiale sikkerhet, som for eksempel sosialtjenesteloven § 5-1 (stønad til livsopphold).

For det andre kan man peke på den sentrale plass verdiforestillingen om individets grunnleggende sosiale sikkerhet har i det moderne velferdssamfunnets verdigrunnlag. Den underliggende tanken for rettfærdiggjøringen er – enkelt sagt – at jo mer sentral den aktuelle verdiforestillingen er i samfunnets verdimeslige referanseramme, desto større forventning kan det sies å være i samfunnet om at denne verdiforestillingen skal bli ivaretatt. Som nevnt er det grunnleggende for rettssystemets funksjon at rettsreglene og rettsanvendelsen generelt sett nyter en viss tillit i samfunnet. En ivaretagelse av samfunnets sentrale verdiforestillinger kan ses på som deler av grunnlaget for en slik tiltro. Poenget her er at når forvaltningens kompetansegrunnlag er en lovbestemmelse som etablerer et rettslig vern om en rettighet som er forankret i en slik verdiforestilling, kan det anføres at en offensiv domstol nettopp bidrar til i størst mulig grad å sikre en ivaretagelse av den aktuelle verdiforestillingen, og dermed opprettholdelse av grunnlaget for samfunnets tiltro til rettssystemet.

Når det i spenningsfelt skissert ovenfor anføres at den privates rettssikkerhet tilsier en offensiv og rettsutviklende domstol overfor forvaltningen, ser vi altså at rettfærdiggjøringsgrunnlaget for en slik domstolsrolle mer presist kan knytte seg til en idéforestilling om at rettssystemet og rettsanvendelsen må søke å ivareta de grunnleggende individorienterte materielle verdiforestillinger i den moderne retts- og velferdsstatens verdigrunnlag. Denne

---

121 Rytter 2001 s. 734.

idéforestillingen kan betegnes som og representere en form for *grunnholdning* rettsanvenderen innehar når han nærmer seg spenningsfeltet på institusjonelt plan. Når spenningsfeltet relaterer seg til en lovmessighetsprøving av et forvaltningsvedtak med hjemmel i en lovbestemmelse som etablerer et rettslig vern om en rettighet som er forankret i en grunnleggende materiell verdiforestilling, vil en slik rettsikkerhets- eller rettferdighetsorientert grunnholdning kunne innebære et synspunkt om at forvaltningen ikke bør tillates et handlingsrom ved virkeliggjøringen av lovgivers vedtatte politikk der lovgiverviljen er uklar med henhold til det aktuelle rettsspørsmålet. I disse tilfellene må vurderingen av hva som anses som det korrekte innholdet i lovbestemmelsen tilhøre domstolenes domene, ikke forvaltningens.

## 6 Avslutning

Rettskildespørsmålet om hvor stor vekt domstolene kan tillegge en relevant forvaltningspraksis, vil etter omstendighetene aktualisere rettsteoretiske spørsmål om rettens grenser mot politikken, eller om man vil; rettens *rolle* i en politisk virkelighet. Ovenfor har vi sett at det i dette blant annet ligger et spørsmål om i hvilken utstrekning domstolene bør legge avgjørende vekt på en forståelse av lovbestemmelsens innhold basert på et alminnelig verdigrunnlag, når en annen forståelse av lovbestemmelsens innhold kommer til uttrykk i andre (objektiviserte) rettskildefaktorer, herunder forvaltningspraksis. Der forvaltningspraksis er eneste objektiviserte rettskildefaktor som gir en klar løsning på det aktuelle lovtolkningsspørsmålet, dreier det seg med andre ord om et spørsmål om domstolenes frihet til å velge et annet tolkningsalternativ ut fra mer rettferdighetsorienterte hensyn. Hvilken holdning domstolene bør innta til dette spørsmålet kan det være uenighet om, og det kan tilføyes; uten at det nødvendigvis innebærer at en av de ulike holdningene dermed representerer en overskridelse av de aksepterte rammene for juridisk metode. Men det er, slik jeg ser det, viktig å være oppmerksom på at den forståelsen man har av de grunnleggende rettsteoretiske problemstillinger skissert ovenfor, kan representere en grunnholdning som man så å si trekker med seg inn i den konkrete rettsanvendelsessituasjonen, noe som etter omstendighetene kan få sentral betydning ved spørsmålet om hvilken vekt som skal tillegges en relevant forvaltningspraksis.

### Forfatteropplysninger

Jan Mikael Meland er førstekonsulent i Justissekretariatene, Oslo. Han er cand.jur. fra Universitetet i Bergen 2005. Artikkelen er basert på forfatterens særavhandling fra 2005.

### Litteraturliste

Andenæs, Johs.: *Innføring i rettsstudiet*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 2002.

- Andenæs, Johs. (ved Fliflet, Arne): *Statsforfatningen i Norge*. Universitetsforlaget, Oslo, 2004.
- Askeland, Bjarte: Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk betydning. *Jussens Venner*, nr. 1, 2003, s. 8-23.
- Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David R.: *Juss, samfunn og rettsanvendelse*. Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1996.
- Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David R.: *Vitenskapsfilosofi for jurister*. Fagbokforlaget, Bergen, 1998.
- Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett, bind I*. Fagbokforlaget, Bergen, 2003.
- Bernt, Jan Fridthjof: Den dynamiske dimensjonen i rettskildelæren. I Holgersen, Gudrun; Krüger, Kai; Lilleholt, Kåre (red.): *Nybrot og odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002*. Fagbokforlaget, Bergen, 2002, s.259-272.
- Bernt, Jan Fridthjof: Rettskildebruk for forskeren – en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk. *Tidskrift for rettsvitenskap*, nr. 3/4, 1989, s. 265-294.
- Bernt, Jan Fridthjof: Rettssikkerhetsbegrepet og kampen om velferdssamfunnets Verdigrunnlag. I Juss-Buss (red.): *Tvers igjennom lov til seier*. Unipax, Oslo, 2001, s. 155-173.
- Bergo, Knut: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 2002.
- Boe, Erik: Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen? *Lov og Rett*, nr. 2, 2007 s. 67-88.
- Boe, Erik: *Innføring i juss: Juridisk tekning og rettskildelære*. Tano Aschehoug, Oslo, 1996.
- Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002.
- Doublet, David R. og Bernt, Jan Fridthjof: *Retten og vitenskapen*. Alma Mater, Bergen, 1993.
- Doublet, David R.: *Rett, vitenskap og fornufi*. Alma Mater, Bergen, 1995.
- Eckhoff, Torstein (ved Helgesen, Jan E.): *Rettskildelære*. Universitetsforlaget, Oslo, 2001.
- Eckhoff, Torstein; Smith, Eivind: *Forvaltningsrett*. Universitetsforlaget, Oslo, 2003.
- Einarsen, Terje: Asylrettens grunnlovsmessige vern. I Doublet, D. R.; Krüger, K; Strandbakken, A. (red.): *Stat, politikk og folkestyre: Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen, 19. februar 1998*. Alma Mater, Bergen, 1998 [II], s. 279-300.
- Einarsen, Terje: *Flyktingers stilling i Norge: Nordiske komparative studier om mottak av flyktninger*. Fagbokforlaget, Bergen – Sandviken, 1997.
- Einarsen, Terje: *Retten til vern som flyktning: Med hovedvekt på FN's flyktningebegrep – debitoriske traktatforutsetninger og gjeldende rett. Første bind.* (avhandling dr. juris). Universitetet i Bergen, 1998.
- Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode*, Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1998.
- Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett Bind I*. Forlaget A. Frihagen, Oslo, 1991.
- Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett Bind II*. Forlaget A. Frihagen, Bergen, 1992.
- Gjems-Onstad, Ole: Avskrivning på goodwill. *Skatterett*, nr. 4, 1983, s. 287-329.
- Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget, Oslo, 2002.
- Helset, Per; Stordrange, Bjørn: *Norsk statsforfatningsrett*. Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1998.
- Helset, Per: Innledning til rettskildelæren. *Jussens Venner*, nr. 8, 1986, s. 261-296.
- Holgersen, Gudrun: Den rettskildemessige vekt av praksis ved spesielle håndhevings- og kontrollorganer innen forvaltningen. *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 1987, s. 404-444
- Kjærstad, Håvard: Forvaltningspraksis som rettskilde – belyst med praksis fra ett eller flere forvaltningsområder. *Jussens Venner*, nr. 3, 2003, s. 138-161.
- Kjønstad, Asbjørn; Bernt, Jan Fridthjof; Kjellevoll, Alice; Hove, Harald: *Sosial trygghet og rettsikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten*. Fagbokforlaget, Bergen, 2000.
- Mæhle, Synne Sæther: *Grenser for rettsanvendelseseskjønn: Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 2005.
- Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*. Universitetsforlaget, Bergen, 2004.

- Rytter, Jens Elo: En differentieret strategi for domstolsprøvelse af lover. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 4/5, 2001, s. 715-746.
- Skjerdal, Nikolai V.: Hva betyr »klar lovhjemmel«? Legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel. *Jussens Venner*, nr. 5/6, 2001, s. 337-364.
- Smith, Carsten: Domstolene og rettsutviklingen. *Lov og Rett*, 1975, s. 292-319.
- Smith, Eivind: *Høyesterett og folkestyret: Prøvingsretten overfor lover*. Universitetsforlaget, Oslo, 1993.
- Zimmer, Frederik: *Lærebok i skatterett*. Universitetsforlaget, Oslo, 2001.
- Aarbakke, Magnus: Forvaltningens praksis og uttalelser som rettskilder for domstolene. *Skatterett*, nr. 3, 1985, s. 165-166.
- Aarbakke, Magnus: Harmonisering av rettskilder. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1966, s. 499-518.
- Aarbakke, Magnus: Kutymen som rettskilde. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1965, s. 432-472.