

# Årstale 2006

## Årstalen 2006: Rettssikkerhet i forvaltningen – hvilke muligheter har du til å vinne frem

Advokatforeningens leder Anders Ryssdal

*Tocquville: "Jeg er fristet til å tro at det vi betegner som nødvendige institusjoner, ofte ikke er annet enn institusjoner vi har vent oss til og at grensene for hva som er mulig med hensyn til samfunnets forfatning, (constitution sociale) er langt videre enn det de mennesker som lever i samfunnet går ut fra"<sup>1</sup>*

### Disposisjon

1	INNLEDNING .....	1
2	NEDBYGGING AV RETTSSIKKERHETSGARANTIER FOR DE SVAKESTE – EKSEMPEL SOSIALTJENESTEN.....	2
3	BEHOVET FOR AKTIV OVERVÅKING AV FORVALTNINGEN .....	4
4	INSTITUSJONALISERTE RETTSSIKKERHETSSVAKHETER .....	6
4.1	UTGIFTER I FORBINDELSE MED FORVALTNINGSKLAGE.....	6
4.2	GRANSKINGSKOMMISJONER.....	6
5	FORVALTNINGENS KONTROLLHJEMLER - VIKTIGHETEN AV HARMONI I RETTSSYSTEMET .....	7
5.1	FORVALTNINGSORGANER MED ETTERFORSKNINGSTILSNITT .....	7
5.2	ADVOKATENS ARBEIDSBETINGELSER OG TAUSHETSPLIKT I OVERVÅKNINGSSTATEN.....	9
6	PRIVATE PARTERS MULIGHET TIL Å VINNE FREM MOT FORVALTNINGEN VED DOMSTOLENE.....	9
6.1	INNLEDNING.....	10
6.1.1	Hvilke saker omfattes av undersøkelsen .....	10
6.1.2	Om analysen .....	11
6.2	HVA KAN SIES OM UTVIKLINGEN AV AVGJØRELSENE .....	12
6.3	HVA KAN SIES OM SAKSOMKOSTNINGENE.....	14
6.4	HVORDAN KAN DETTE MATERIALET TOLKES.....	15
6.5	KONSEKVENSENE.....	18
6.6	PERSPEKTIVER .....	19

## 1 Innledning

Vår tale handler i år om rettssikkerhet i forvaltningen og hvilke muligheter den enkelte har til å vinne frem.

En rettsstat er en dynamisk organisme som trenger ettersyn og motstand for å utvikle seg. Kravene til rettsstaten utvikler seg også over tid. Advokatforeningen ser det som sin rolle å overvåke rettsstaten.

---

<sup>1</sup> Souvenirs II side 789.

Advokatforeningen ønsker gjennom årstalen å sette fokus på rettssikkerhet og rettsutviklingen i Norge. I årets tale setter vi søkelys på rettssikkerhet, etterlevelsen av menneskerettigheter og demokrati i forvaltningen.

Talen tar først for seg et utvalg spesialområder. Deretter ser vi på institusjonelle og strukturelle mekanismer av betydning for rettssikkerheten. Til slutt undersøker vi hvor reell adgangen til domstolskontroll med forvaltningen er i praksis.

## **2 Nedbygging av rettssikkerhetsgarantier for de svakeste – eksempel sosialtjenesten**

Advokatforeningen er opptatt av at vi har gode systemer som sikrer effektiv kontroll med forvaltningens myndighetsutøvelse og vedtak.

Vi begynner i dag med forvaltningen av regelverket for de svakeste klientgrupper - sosialtjenesten. Mye av den hjelp som gis etter sosialtjenesteloven, er hjemlet i svært skjønnsmessige kriterier<sup>2</sup> og overprøvingen er tilsvarende vag. Vage bestemmelser som overlater mye skjønn til forvaltningen, gjør det vanskelig for borgerne å forutberegne sin rettslige stilling.

På områder der loven overlater mye skjønn til forvaltningen og som har stor velferdsmessig betydning bør kontroll med forvaltningen ikke være undergitt begrensninger. Det fører til forskjeller mellom kommuner og ulik behandling av borgerne. Den rettslige overprøving av sosialtjenestens vedtak er imidlertid underlagt betydelige begrensninger. Etter sosialtjenesteloven § 8-7 kan fylkesmannen bare overprøve det frie skjønn såfremt dette er åpenbart urimelig, mens hovedregelen etter forvaltningsloven er full overprøving av alle sider av saken.<sup>3</sup> Er det rimelig at sosialklienters rettssikkerhet nedprioriteres i forhold til andre borgere som klager?

I domstolene er den begrensede overprøvingen ofte begrunnet med at domstolen mangler den ekspertkompetanse som forvaltningen har. Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende når vedtak fra sosialetaten påklages. Fylkesmannen har de samme forutsetninger som sosialtjenesten til å vurdere skjønnet. Bakgrunnen for den manglende adgangen til å overprøve den enkelte sosialkurators skjønn er det kommunale selvstyret.<sup>4</sup> Den handlefriheten man gjennom denne bestemmelsen gir kommunene, er i realiteten en frihet til å gi sosialytelser på et lavere nivå enn det ansvarlig faglig statlige klageinstans kunne anse som nødvendig.<sup>5</sup> Det er lite som taler for at kommunene skal ha en slik mulighet.

I praksis vil et slikt regelverk være tilnærmet umulig å overprøve. Sosialsjef i Hvaler kommune, Ketil Solstad, uttalte til Fredrikstad Blad 12. oktober i år:

---

<sup>2</sup> Se sosialtjenesteloven § 5-1. Retten til økonomisk stønad er subsidiær. Andre muligheter for underhold, herunder høvelig arbeid, trygde- og pensjonsytelser, krav på underholdsbidrag eller egen formue, skal være utnyttet fullt ut Ot.prp. nr. 29 (1990-91) s. 159-161). Når alle aktuelle muligheter er utnyttet, har den som ikke kan sørge for sitt livsopphold, rettskrav på økonomisk stønad til livsopphold uansett årsaken til hjelpebehovet. Bestemmelsen om tildeling av støtte innebærer mye skjønn for kommunen og også nivået for støtten og muligheten for å få tilleggsytelser vil variere fra kommune til kommune.

<sup>3</sup> Forvaltningsloven § 34 annet ledd.

<sup>4</sup> Se Kjønnstad, Sosial trygghet og rettssikkerhet side 220

<sup>5</sup> Se Kjønnstad, Sosial trygghet og rettssikkerhet side 221

*”Rettsikkerheten for sosialklientene er altfor dårlig. Et system som i så stor grad er basert på skjønn og gode intensjoner for lokalpolitikere og sosialsjefer, er veldig sårbart.”*

Sosialsjefen uttalte også at antallet klager normalt burde vært langt flere, men at de færreste ser seg tjent med å klage. Formelt sett kan klientene klage sosialkontorets vedtak inn for fylkesmannen. Men mange klienter klarer ikke dette selv, og må ha hjelp av sosialkontoret til å sette opp klagen. Hvis klagen opprettholdes er sjansen for at fylkesmannen overprøver vedtaket omtrent lik null. Fra et rettsikkerhetssynspunkt er dette svært betenkelig.

Det er de rettssvake som trenger sosialhjelp. Regjeringen har uttalt at man vil prioritere kampen mot fattigdom,<sup>6</sup> men er ikke en del av denne prioriteringen å gi de fattige rettssikkerhet og mulighet til å forfølge de rettigheter de er gitt av Stortinget? Det er ingen gode grunner som tilsier at den sentrale rettssikkerhetsgaranti, som full overprøvningsadgang er, ikke skulle gjelde også i saker etter sosialtjenesteloven. Etter plan- og bygningsloven, hvor det må sies å være mindre betenkelig å gi hensynet til det kommunale selvstyret gjennomslag, er det ikke en slik begrensning av overprøvelsesadgangen. Forvaltningen gjør feil, og det er viktig at man har systemer som legger til rette for at slike feil kan rettes opp.

Betenkelighetene stanser ikke her. Regjeringen har i Velferdsmeldingen<sup>7</sup> foreslått at man skal innføre velferdskontrakter, hvor den enkelte sosialklient inngår gjensidig forpliktende kontrakter med sosialkontoret som gjør at man kan få tilleggsytelser.<sup>8</sup>

Slike avtaler oppfyller ikke grunnvilkåret til avtaleinngåelse. Avtalefrihet forutsetter jevnbyrdighet, eller som et minimum at begge parter kan gå sin vei hvis man ikke blir enige. Forutsetningen er ikke oppfylt her.<sup>9</sup> Sosialetaten, og nå Arbeids- og velferdsforvaltningen (NAV), er en langt sterkere part enn klienten og det skal lite fantasi til for å innse at en person i møte med denne, for dem uunnværlige etat, vil gjøre mye for ikke å motsette seg forslag denne etaten kommer med. Omsorgsaspektet forsvinner når man forsøker å fremstille dette som avtaler.

Advokatforeningen er skeptisk til at man på denne måten kamouflerer vedtak som avtaler. Vedtak om ressurstildeling er myndighetsutøvelse. Private parter vet når de blir bestemt over, og det er derfor viktig å kalle en spade en spade.<sup>10</sup>

Hvis man forlater vedtakssporet, undergraves rettsikkerheten.<sup>11</sup> Dette blir særlig fremtredende hvis man i avtales form samtykker til inngripende tiltak som innleggelse på institusjon i forbindelse med et behandlingsopplegg.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Politisk platform for flertallsregjeringen, fremforhandlet på Soria Moria fra 26. september til 13. oktober 2005, ”Soria Moria erklæringen” side 15

<sup>7</sup> St.meld. nr. 9 (2006-2007), Arbeid, velferd og inkludering. Velferdskontrakter er omtalt på side 177 flg.

<sup>8</sup> For Regjeringens plan for gjennomføring av reformen som blir foreslått i Velferdsmeldingen vises det til side 22 i meldingen.

<sup>9</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith: ”Forvaltningsrett”, 8. utg. 2006 s. 411.

<sup>10</sup> Forholdet til vilkårs læren i forvaltningsretten er ikke behandlet i særlig grad i Velferdsmeldingen. Begrensningen i adgangen til å sette vilkår for forvaltningens ytelser er en viktig rettsikkerhetsgaranti som beskytter mot for aktiv makt og tyngende inngrep. Rettsikkerhetsproblematikken er kort behandlet på side 180 av St.meld nr. 9 ”Velferdsmeldingen”.

<sup>11</sup> Sosialtjenesteloven § 5-3 inneholder hjemmel for å fastsette vilkår for innvilging av stønad.

### 3 Behovet for aktiv overvåking av forvaltningen

FNs generalforsamling vedtok i 1993 at alle stater bør ha en institusjon for overvåking og beskyttelse av menneskerettigheter. Det ble samtidig vedtatt noen prinsipper for hvilke oppgaver disse nasjonale institusjonene skal ha og hvilke krav som skal stilles. Disse prinsippene kalles "Paris-prinsippene".<sup>13</sup> Disse prinsippene består både av noen absolutte krav og noen anbefalinger. Det er anbefalt at den nasjonale institusjonen skal ha kompetanse til å vurdere individuelle klager. I Norge er det Norske senter for menneskerettigheter som er den nasjonale institusjon for menneskerettigheter, men dette senteret har selv definert seg som en forskningsinstitusjon og senteret behandler *ikke* henvendelser fra enkeltpersoner.<sup>14</sup>

Politi og påtalemyndighet har siden menneskerettighetsloven vært underlagt en stadig domstolsprøvelse. Også forvaltningen bør i større grad være underlagt slik kontinuerlig kontroll. Hovedvirkemiddelet i forvaltningsretten er klage og ikke domstolsprøvelse. Domstolsprøvelse av forvaltningsvedtak er, som vi skal komme tilbake til, for ressurskrevende for den enkelte borger, og tar for lang tid. Dette har ført til at forvaltningen i mindre grad har fått sin praksis vurdert mot våre internasjonale forpliktelser. Det er imidlertid lite sannsynlig at forvaltningen i større grad enn politi- og påtalemyndighet alltid overholder menneskerettighetene.

Sivilombudsmannen har, etter en endring av ombudsmannslovens formålsbestemmelse i 2004, et ansvar for å bidra til at menneskerettighetene respekteres. Ved en gjennomgang av årsmeldingen til Sivilombudsmannen<sup>15</sup> synes det imidlertid som om Sivilombudsmannen i praksis i begrenset grad fører kontroll med hvorvidt forvaltningen overholder menneskerettighetene.

Advokatforeningen inviterer og utfordrer Sivilombudsmannen til mer aktivt å vurdere de skranker menneskerettighetene setter for forvaltningen, både i klagesaker og av eget tiltak.

I Stortingsmelding nr. 21 (1999 – 2000)<sup>16</sup> blir det uttalt følgende:

---

<sup>12</sup> St.meld nr. 9 Arbeid, velferd og inkludering side 178.

<sup>13</sup> Principles relating to the status of national institutions – Competence and responsibilities (Paris-principles). Prinsippene ble formulert på den første internasjonale workshopen for Nasjonale institusjoner som arbeider for fremme av og vern om menneskerettigheter. Prinsippene forvaltes i dag av FN's Høykommisær for menneskerettigheter.

<sup>14</sup> På internettsidene til Norsk senter for menneskerettigheter

(<http://www.humanrights.uio.no/omenheten/nasjonal/veiledning.html>) står det følgende:

Norsk Senter for Menneskerettigheter har ikke mulighet til å gi individuell veiledning i menneskerettslige spørsmål. Vi anbefaler å søke juridisk hjelp dersom det kan være et spørsmål om krenkelse av enkeltpersoners menneskerettigheter.

<sup>15</sup> Ved å søke gjennom Sivilombudsmannens årsmelding fra 2005 på menneskerett får man 22 treff. Ombudsmannen har vist til EMK i fire saker i 2005. De øvrige treffene omhandler bl.a. Ombudsmannens internasjonale arbeid og ikke kontroll med forvaltningen. Søk på FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter gir to treff. Søk på FN's konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter gir ingen treff. Søk på barnekonvensjonen gir heller ingen treff.

<sup>16</sup> I samme Stortingsmelding ble det uttalt følgende om Sivilombudsmannens rolle i arbeidet med å overvåke at forvaltningen overholder menneskerettighetene:

"Sivilombudsmannen har et mandat og en oppbygning som gjør ordningen særlig relevant for overvåking av menneskerettighetene. Virksomheten har grunnlag i lov av 22. juni 1962 nr. 8. Sivilombudsmannen har myndighet til å behandle alle forhold som vedrører den offentlige forvaltningen, og kan behandle både klagesaker og saker av eget initiativ. De uttalelsene Sivilombudsmannen avgir, er ikke rettslig bindende, men de tillegges stor vekt. Viktig er også Sivilombudsmannens arbeid for å informere både forvaltning og individer

*”De internasjonale menneskerettighetene er minimumsstandarder. På mange områder der individers interesser står mot myndighetenes, mener Regjeringen at man ikke bør nøye seg med å legge seg så tett som mulig opp mot minstekravene. Norges internasjonale rolle tilsier at myndighetene på mange områder yter mer på det nasjonale planet enn det som umiddelbart følger av de internasjonale bestemmelsene.”*

Dette er en offensiv holdning som Advokatforeningen støtter. Denne holdningen gjør imidlertid at Norge burde opprette en nasjonal institusjon som har til oppgave å ta imot og behandle individklager for å oppfylle alle prinsippene som er nedfelt av FNs generalforsamling. Advokatforeningen er av den oppfatning at Sivilombudsmannen har en posisjon, mandat og kompetanse som gjør det naturlig at han får denne oppgaven.

Hvis Sivilombudsmannen skal pålegges denne oppgaven, må dette følges opp gjennom bevilgninger fra Stortinget slik at kontrollen med forvaltningen også på dette punkt kan bli effektiv og reell. Antagelig blir det også nødvendig med visse endringer i Sivilombudsmannens apparat, og med et utvalg av satsingsområder der menneskerettighetene har svake kår eller er svært viktige. Institusjoner som utøver tvangsbruk og overvåking peker seg ut som kandidater for særlig nærgående oppsyn.

Politiets utlendingsenhet på Trandum illustrerer at det er behov for pågående kontroll med forvaltningen. Dette er et internat hvor personer som skal uttransporteres fra Norge blir internert midlertidig. Måten Trandum har blitt drevet på er i år blitt kritisert av både Sivilombudsmannen og Europarådets torturovervåkningskomité (CPT). Internatet ble opprettet i 2001.

Driften av Trandum har vært hjemlet i den generelle politifullmakten, særlig politiloven §§ 7 og 8. Det er ikke tilfredsstillende at et permanent tiltak, slik som Trandum, drives med hjemmel i en nødrettsbestemmelse slik denne kodifiseringen av generalfullmakten til politiet er. Justisdepartementet har nå kommet med et forslag til lov og forskriftsendring som bedre regulerer driften av Trandum.

De internerte på Trandum har vært frihetsberøvet og utsatt for tvangsmidler på et spinkelt hjemmelsgrunnlag. Flere personer later til å være fengslet etter samtykke<sup>17</sup> uten at det er hjemmel til dette i utlendingsloven. Etter straffeprosessloven kan fengsling ikke skje uten rettslig overprøving, heller ikke når siktede samtykker til fengsling.<sup>18</sup> Advokatforeningen kan ikke se at det på utlendingsrettens område er særlige hensyn som gjør at den rettssikkerhetsgaranti som ligger i domstolsprøving bør fravikes. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) uttalte tidlig at man ikke kan samtykke til frihetsberøvelse.<sup>19</sup>

Inngripende tvangsmidler som isolat, håndjern, strips og reimer, har blitt benyttet på bakgrunn av den enkelte tjenestemanns skjønn og forståelse av situasjonene. Upresise hjemler som overlater mye skjønn til den enkelte tjenestemann åpner for vilkårlighet og utgjør et rettssikkerhetsproblem.

---

om innholdet i menneskerettighetsbestemmelsene.” St.meld. nr 21 (1999 – 2000) kapittel 4.1

<sup>17</sup> Se for eksempel Sivilombudsmannens uttalelse av 6. april om Trandum punkt tre

<sup>18</sup> Straffeprosessloven § § 183 eller 185

<sup>19</sup> De Wilde, Ooms og Veersyp v. Belgium A 12 (1971).)

Trandum er et godt eksempel på at gode intensjoner ikke er nok, og at det bør finnes et lavterskeltilbud der en ressursrik klageinstans aktiveres raskt og effektivt til gunst for personer som kan ha vært utsatt for inngrep i strid med våre internasjonale forpliktelser.

## **4 Institusjonaliserte rettssikkerhetssvakheter**

Advokatforeningen er opptatt av å se på strukturelle forhold og systemfeil, dvs. hvorvidt organisering av forvaltningen økonomisk eller administrativt kan påvirke rettssikkerhet i enkeltsaker.

### **4.1 Utgifter i forbindelse med forvaltningsklage**

Systemet for inndekningen av saksomkostninger ved forvaltningsklage er etter vår vurdering en slik systemfeil. Klager på et vedtak forutsetter som regel utgifter til advokat eller sakkyndige. Etter forvaltningsloven § 36 skal partene få erstattet nødvendige utgifter i forbindelse med klage dersom klagen fører frem. Ved klage til departementet er hovedregelen at det departement som behandler klagen også må dekke utgifter klager har hatt hvis vilkårene i forvaltningsloven § 36 er oppfylt.<sup>20</sup>

Det er viktig at systemet er innrettet slik at interne rutiner for utgiftsdekning ikke får utilsiktet innvirkning på resultatet av klagebehandlingen. Dersom den institusjon som avgjør en klage, automatisk svekker eget budsjett ved å gi klageren medhold, frykter vi at det i tvilsomme saker blir lettere å si nei enn ja. Kampen om knappe budsjettmidler kan påvirke - til og med på et ubevisst plan.<sup>21</sup>

Systemet bør derfor endres. Det er derfor Advokatforeningens vurdering at det bør opprettes en sentral budsjettpost hvor slike utgifter skal posteres.

### **4.2 Granskningskommisjoner**

Også ved granskninger finnes det systemfeil som er egnet til å påvirke utfallet. Granskninger benyttes for å få innsikt i faktum. Granskninger foretas i ulike situasjoner, og dagens regelverk er i liten grad tilpasset dette mangfoldet. Regelverket for granskninger er gammelt og lite gjennomarbeidet.<sup>22</sup>

---

20 Brev fra Justisdepartementet av 02.02.2000 og 19.10.2005.

<sup>21</sup> Det må være rimelig å anta at det er en sammenheng mellom hvilke konsekvenser utfallet av en sak får for den som tar avgjørelsen og denne personens uhildethet i vurderingen av saken. Forvaltningsloven § 6 annet ledd sier følgende om dette:

*”Likeså er han (offentlig tjenestemann) ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til.”*

Advokatforeningen er ikke av den oppfatning at bestemmelsene om inndekning medfører at offentlige tjenestemenn vil være uhildet, men reglene om inndekning er egnet til å belyse hvordan utenforliggende forhold kan påvirke beslutninger.

<sup>22</sup> Justis- og politidepartementets rundskriv G-48/75 (Jnr.674/75E). Reglene om granskninger er hjemlet i ett rundskriv fra Justisdepartementet av 4. mars 1975. Bakgrunnen for regelverket er granskingen etter Kings Bay ulykken fra 1962. I tillegg kommer spesialbestemmelser i andre lover særlig forvaltningsloven. I rundskrivet beskrives granskningskommisjoner på følgende måte:

*”Dette kan i utgangspunktet forklares som kommisjoner oppnevnt for å utrede et bestemt faktisk saksforhold og gi uttalelse om ansvarsforholdet til bruk for vedkommende myndighet”*

En granskningskommisjon skal både samle og vurdere bevis. I praksis har slike kommisjoner både en etterforskningsoppgave og en dømmende oppgave. Dette inkvisisjonspreget stiller særlige krav til regelverket og kommisjonen. Granskningskommisjoner kan komme med sterk kritikk av enkeltpersoner og prosessuelle rettigheter, og prosessuelle garantier bør derfor stå sentralt. Granskningsregelverket har ikke klare regler om partsrettigheter, bevisbyrde, og klagemulighet savnes. Den personlige belastningen for de granskede kan være betydelig og større enn i straffesaker.

Granskninger igangsettes nesten utelukkende på områder der noe synes å ha gått galt. Vi har til gode å se at det er nedsatt en granskning for å gjennomgå et særlig vellykket politikkområde eller tjenestemenn som har gjort en spesielt god jobb. Det burde man kanskje forsøkt. Det normale er at det ligger en kritikkforventning i selve mandatet for en granskningskommisjons arbeid. En kommisjon som avlegger en rapport hvor dens konklusjon er at det ikke har funnet sted noe kritikkverdige, vil lett bli kritisert for å ha tatt for lett på oppgaven.

Denne iboende kritikkforutsetningen er etter vårt syn en systemsvakheter. Advokatforeningen arrangerte i høst en åpen høring om granskning der ulike svakheter ved regelverket kom tydelig frem. Det er viktig at regelverket for granskningskommisjoner sikrer at granskninger blir reelt sannhetsøkende og rettssikkert. Dette må gjenspeile seg i regler som sikrer åpenhet, innsyn, kontradiksjon, bevisvurdering og overprøving. Vi noterer at Justisdepartementet vil nedsette et utvalg for å utrede nye regler og vi oppfordrer departementet til å la rettssikkerhetshensyn være styrende når dette regelverket utarbeides.

## **5 Forvaltningens kontrollhjemler - viktigheten av harmoni i rettssystemet**

### **5.1 Forvaltningsorganer med etterforskningstilsnitt**

Forvaltningsorganer med etterforskningstilsnitt slik som Kredittilsynet, Konkurransetilsynet og ligningsvesenet overtar oppgaver som tidligere var politioppgaver. Når forvaltningsorganer blir etterforskningsorganer, setter dette andre og utvidede krav til prosessen. Som i straffeprosessen vil utstrakt adgang til å innhente informasjon og foreta undersøkelser komme i konflikt med den rett til frihet og fryktløshet som demokratiet bygger på.

Som en følge av at forvaltningen får flere kontrolloppgaver, ønsker forvaltningen også metoder som effektiviserer og forenkler kontrollen, som skjerpede kontroll- og inngrepshjemler. Man får raskt en øvelse i å flytte grenser. Hver gang et virkemiddel blir innvilget eller man får utvidet anledning til å benytte virkemidlet, begynner kampen om nye virkemidler og mulighet til å benytte de virkemidler man har, oftere og mer inngripende. Overvåknings- og overgrepssamfunnet a la Orwells "1984" er det eneste skremmebilde som kan dempe utviklingen, og i møte med det som oppfattes som kriser og sterke behov gir dette ofte for svak motstand.

Hvilke etterforskningsmetoder som skal tillates i forvaltningen er like mye et rettssikkerhets spørsmål som spørsmålet om hvilke metoder som skal tillates i straffeprosessen. Det er sentralt at regelutviklingen her ikke skjer bare ut fra de sektorinteresser som preger feltet. Det kreves en helhetlig tilnærming.

Et godt eksempel på et forslag om et meget vesentlig inngrep er Kredittilsynets brev til alle verdipapirforetak<sup>23</sup> hvor det fremkommer et ønske om å avlytte *samtlig* telefonlinjer og lagre annen kommunikasjon knyttet til verdipapirforetaks virksomhet. Det helt sentrale motiv for Kredittilsynet er å lette etterforskning av verdipapirkriminalitet.<sup>24</sup> Hvis Kredittilsynet får vid adgang til å foreta telefonavlytting, blir konsekvensen at Kredittilsynet har videre adgang til dette enn det politiet har. Samtidig savner tjenestemenn i spesialforvaltningen spesialopplæring i rettssikkerhetsvurderinger og etterforskning som politiutdannelsen gir.

Dette fører til dårlig harmoni i lovverket og dets praktisering. Mer omfattende avlyttings- og innsynshjemler for et forvaltningsorgan enn for politiet kan også føre til taktiske avveininger mht. hvilken etat som bør gå inn først når det foreligger mistanke om straffbare forhold. Utstrakt adgang til innsyn i all kommunikasjon skaper også betydelige problemer i forhold til overskuddsinformasjon.

Det finnes skranker for hvor langt slike inngrep kan tillates både i nasjonal rett og i internasjonal rett. Særlig gjelder dette hvor forvaltningsorganer har anledning til å foreta bevissikring og husundersøkelser. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8 oppstiller riktignok ikke forbud mot at det foretas bevissikring eller husundersøkelser, men EMK stiller krav til prosessen<sup>25</sup>. Den europeiske menneskerettighetsdomstol har særlig vært opptatt av domstolskontroll<sup>26</sup> og at det finnes effektive og adekvate garantier mot misbruk og vilkårlighet<sup>27</sup>. Domstolen har også lagt vekt på at inngrepet må være proporsjonalt i forhold til det "onde" man ønsker å bekjempe.<sup>28</sup>, at undersøkelsen ikke legges opp for vidt<sup>29</sup> og at det finnes noen objektive kriterier for når slike undersøkelser kan gjennomføres, for eksempel beviskrav<sup>30</sup>.

EMK artikkel 8 anviser sentrale overordnede rettssikkerhetsprinsipper som er ufravikelige hvis det skal gjøres inngrep i den private sfære. Bestemmelsen gjelder uavhengig av om det er forvaltningen eller politiet som gjennomfører inngrepet, og uavhengig av om det er en juridisk person eller en fysisk person selv om en juridisk person antakelig ikke har et like godt vern.<sup>31</sup> EMD er særlig skeptisk til manglende forutgående domstolsprøvelse.<sup>32</sup>

Etter norsk ligningslovgivning har ligningsmyndigheten svært vide fullmakter til å gjennomføre kontrollundersøkelser, herunder husundersøkelser.<sup>33</sup> Ligningslovens regler angående uvarslede kontroller kan stå i et tvilsomt forhold til de nødvendige og effektive prosessuelle garantier mot misbruk som EMK krever. Beslutningen om kontroll blir ikke tatt av en dommer og det er

---

<sup>23</sup> Brev fra Kredittilsynet av 29. juni 2006.

<sup>24</sup> Det er allerede i dag en plikt til å ta opp og oppbevare lydopptak av telefonsamtaler etter verdipapirhandeloven § 9-7.

<sup>25</sup> Se Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, P. van Dijk and G.J.H van Hoof 1998 side 536

<sup>26</sup> Se Colas v. France avsnitt 49 og Tamosius v. UK avsnitt 1. under "The Law"

<sup>27</sup> Funke v. France avsnitt 55.(must afford adequate and effective safeguards against abuse)

<sup>28</sup> Se Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, P. van Dijk and G.J.H van Hoof 1998 side 537.

<sup>29</sup> Buck v. Germany avsnitt 50. (content and scope of the search)

<sup>30</sup> Buck v. Germany

<sup>31</sup> Colas Est and others v. France avsnitt 35

<sup>32</sup> Tamosius v. UK avsnitt 1 under "The Law"

<sup>33</sup> Ligningsloven § 6-15: "Ligningsmyndighetene kan til enhver tid foreta kontroll hos dem som skal gi oppgaver eller opplysninger etter dette kapittel."



ingen krav til mistanke om at det har funnet sted et lovbrudd, eller at det finnes bevis for dette på det aktuelle stedet hvor det blir gjennomført bevissikring.

## **5.2 Advokatens arbeidsbetingelser og taushetsplikt i overvåkningsstaten**

Reglene om advokaters taushetsplikt blir også utfordret i møtet med den nye overvåkningsstaten. Advokater har en særstilling i rettsvesenet og kan gjennom sitt arbeid få kunnskap om ulovlige og kritikkverdige forhold. Fristelsen til å bane seg vei til den informasjon advokatene sitter på, er derfor stor for overivrige institusjoner og tjenestemenn. Advokatens taushetsplikt kan oppfattes som sand i maskineriet i forhold til den kontrolloppgave organet har.

Her gjelder det derfor å understreke det prinsipielle grunnlaget for taushetsplikten. Uten taushetsplikt kan ikke advokater fylle sin rolle. Advokater har en todelt rolle; for det første å veilede og rådgi for å *unngå* ulovligheter, og for det andre sørge for at den som kommer i søkelyset, nyter godt av de *rettssikkerhetsgarantier* Stortinget har bestemt at den enkelte skal ha.

Et eksempel på anslag mot taushetsplikten har vi fra ligningsforvaltningen som har vidtrekkende hjemler for kontroll av næringsdrivende. Disse lovhjemlene gjelder også for kontroll av advokaters virksomhet. Under kontroll av advokater avdekkes ofte opplysninger om klienter. Opplysninger om klienter er etter straffeprosessloven underlagt et beslagsforbud, og slike opplysninger kan ikke benyttes som bevis verken i straffesaker eller i sivilsaker. Vi har opplevd at skatteetaten videreformidler opplysninger de finner til andre offentlige organer. Omgåelsen av - og hull i - taushetsplikten kombinert med manglende respekt for taushetsplikten utgjør klart et rettssikkerhetsproblem.

Forholdet mellom advokat og klient er også beskyttet gjennom Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. EMD har ved flere anledninger uttalt at det skal mye til før inngrep i taushetsplikten kan tillates. Det er ikke noe absolutt forbud mot inngrep, men det skal tungtveiende hensyn til før domstolene gir tillatelse. EMD har lagt særlig vekt på kravet til *klarhet i lovhjemler* som bestemmer når det kan gjøres inngrep i taushetsplikten slik at borgerne har adekvat mulighet til å forutse under hvilke omstendigheter taushetsplikten viker.<sup>34</sup> Inngrep som skjer ad omveier gjennom for eksempel utnyttelse av andre innsynsmuligheter i hjemler i ulike forvaltningslover kommer i konflikt med dette klarhetskravet. EMDs oppfatning er at taushetsplikten er en sentral rettssikkerhetsgaranti og at det skal mye til før det kan gjøres inngrep i denne.<sup>35</sup> EMD uttalte i *Niemietz v. Tyskland* (1992) para. 37 følgende:

*”More importantly, having regard to the materials that were in fact inspected, the search impinged on professional secrecy to an extent that appears disproportionate in the circumstances; it has, in this connection, to be recalled that, where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 (art. 6) of the Convention.”*

## **6 Private parters mulighet til å vinne frem mot forvaltningen ved domstolene**

<sup>34</sup> Kopp v. Switzerland avsnitt 72 og 75 og Sallinen v. Finland.

<sup>35</sup> Foxley v. UK

## 6.1 Innledning

Domstolene er rettsstatens vokter i siste instans. Domstolenes verdighet og prinsipielle oppgaver er vel kjent og anerkjente. Men en rettsstat må fungere godt i praksis, og Advokatforeningen har derfor i år gjennomført en undersøkelse av domstolskontrollen av en annen karakter enn vi vanligvis gjør. Vi har sett oss ut den oppgave å undersøke med sosiologisk metode hvilke realistiske muligheter domstolskontrollen gir borgerne til å få medhold i saker mot forvaltningen, og til hvilken pris.

Vi har undersøkt hvorvidt det har blitt vanskeligere for en privat part å få medhold i Høyesterett hvor det offentlige er motpart. Undersøkelsen omfatter alle sivile saker for Høyesterett hvor det offentlige og det private er stridende parter i årene 1965, 1975, 1985, 1995 og 2005. Vi har satt fokus på dommer fra Høyesterett.<sup>36</sup> Vi har ikke sett på lavere rettsinstanser. En tidligere undersøkelse av vedtak i medhold av konsesjonslovgivningen fant at det var lettere å vinne frem for private parter i Høyesterett enn i lavere instanser. Private parter vant frem 34 % av totalt antall rettssaker, men tallet øket til 50 % i saker avgjort av Høyesterett. Dette kan skyldes at dårlig begrunnede søksmål hovedsakelig skrelles av i underrettene.

### 6.1.1 Hvilke saker omfattes av undersøkelsen

Undersøkelsen omfatter sivile saker behandlet i Høyesterett i overnevnte år. For å klargjøre viktige analytiske perspektiv har vi foretatt en inndeling av sakene slik at "skatte- og avgiftssaker" og "øvrige saker" er delt i separate kategorier. Tanken er at skatte- og avgiftssaker dreier seg om et rent økonomisk tvistetema, og at de derfor kan analyseres i et klassisk kostnadsperspektiv der den private part har en tvistesum som prosessressurser kan måles mot.<sup>37</sup> "Øvrige saker" omfatter alle saker som ikke er å regne som skatte- og avgiftssaker.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> En tidligere undersøkelse av vedtak i medhold av konsesjonslovgivningen fant at det var lettere å vinne frem for private parter i Høyesterett enn i lavere instanser. Se A.C. Stray Ryssdal, *An Economic Analysis of Civil Suits and Appeals*, Oslo 1995, tabell s. 254: Partene vant frem i 34% av totalt antall rettssaker, men i 50% av undersøkelser avgjort i Høyesterett.

<sup>37</sup> I kategorien "skatte- og avgiftssaker" er også saker vedrørende diverse avgifter til det offentlige inkludert, som for eksempel merverdiavgift og produksjonsavgift.

<sup>38</sup> Vårt formål er å påvise tendenser i en utvikling over tid, på bakgrunn av en kvantitativ analyse. Vi er oppmerksomme på at det er forskjellige syn på bruken av en slik retts sosiologisk metode, men vi mener denne formen er passende for denne undersøkelsen. Undersøkelsen skiller ikke mellom de tilfellene der saken gjelder et erstatningskrav mot det offentlige, ansettelsesforhold, avtale, eller om man bare angriper et vedtak/avgjørelse/beslutning.

### 6.1.2 Om analysen<sup>39</sup>

Før det foreliggende materialet analyseres gjøres det oppmerksom på at dette er en kvantitativ, og ikke en kvalitativ undersøkelse. Vi går ikke inn i de enkelte avgjørelsene for å vurdere domsgrunnene.<sup>40</sup> Hva forteller så de rene tall oss om privates muligheter til å finne frem?

---

<sup>39</sup> Når en part i saken klassifiseres som ”den private part”, definerer vi dette som enkeltpersoner, bedrifter og organisasjoner. Bedrifter som eies av staten faller utenfor denne kategorien.

Når det gjelder den ”offentlige part” i saken, så omfatter denne gruppen hovedsakelig organer innenfor stat og kommune. Det er bevisst ikke foretatt et skille mellom stat og kommune. Inn under definisjonen den offentlige part inkluderes statsbanker og statselskaper. Grunnen til dette er at disse selskapene representerer offentlige interesser, og de har nære bånd til det offentlige i form av instruksjonsforhold, lojalitetsforhold og økonomisk avhengighet. I de tilfellene vi er usikre på hvilken kategori et selskap faller inn under, vil saken tas ut av undersøkelsen.

Rene prosessuelle tvister etter domstolsloven eller tvistemålsloven, som f.eks. kravet til rettslig interesse, er ikke omfattet av undersøkelsen. Prosessuelle tvister i forhold til forvaltningsretten omfattes derimot.

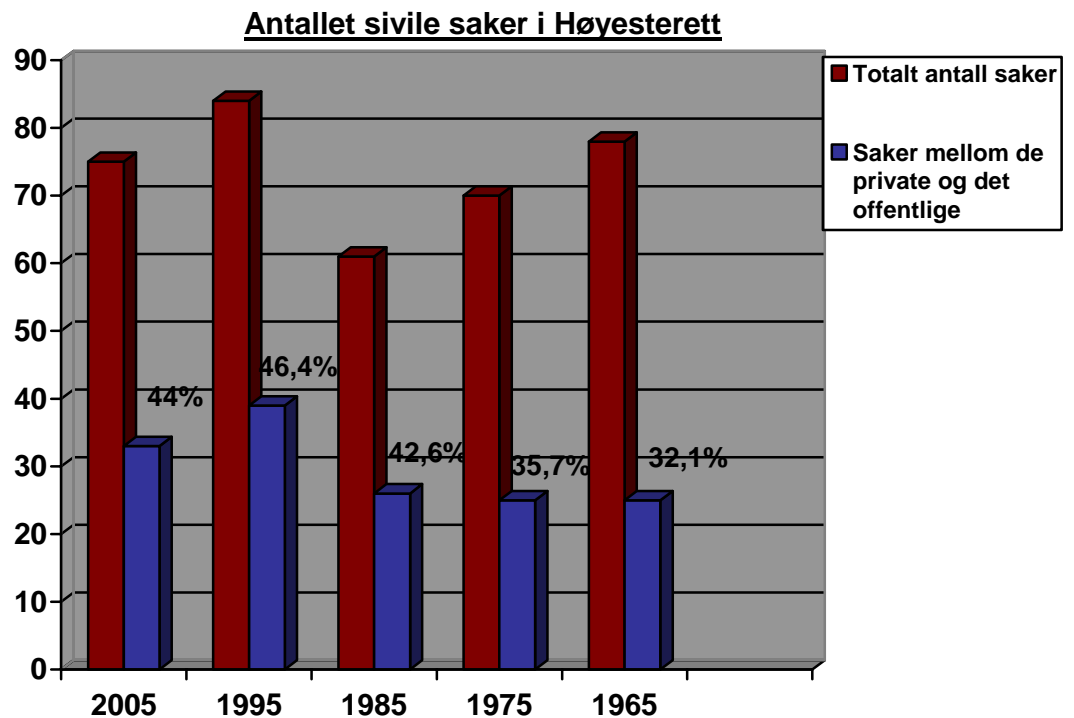
En viktig metodisk avgrensning som må gjøres er i de sakene der Høyesterett tar en hovedanke delvis til følge og/eller en motanke delvis til følge. I noen av disse sakene er det uklart hvem som var ”vinneren” i saken. Denne problemstillingen forekom i noen skattesaker og i noen saker vedrørende overskjønn i saken. Dersom dette ikke var mulig, omfattes disse sakene av en egen kategori.

Sakene for Høyesterett er systematisk slik at én sak for Høyesterett utgjør en sak i undersøkelsen. Vi tar ikke hensyn til om det er flere parter i saken. Vi gjør unntak der Høyesterett behandler to eller flere saker i fellesskap på bakgrunn av egne ankesaksnummer. Dersom det f.eks. er to slike i en avgjørelse, regner vi dette som to saker i undersøkelser. Dette er bare tilfellet i et lite antall av sakene.

<sup>40</sup> Undersøkelsen er basert på opplysninger innhentet fra Lovdata. Etter en henvendelse til Lovdata, ble vi informert om at alle høyesterettsavgjørelser lå tilgjengelig på deres internettsider. Det er derfor ikke fare for at det er noen høyesterettsavgjørelse som ikke var tilgjengelige for oss.

Informasjon fra tidligere undersøkelser og litteratur på området er også benyttet. Dette bidrar til at denne undersøkelsen, og dens konklusjoner, har tatt i betraktning tidligere undersøkelser og meninger uttrykt i juridisk litteratur. Henvisninger vil bli gjort fortløpende.

## 6.2 Hva kan sies om utviklingen av avgjørelsene<sup>41</sup>

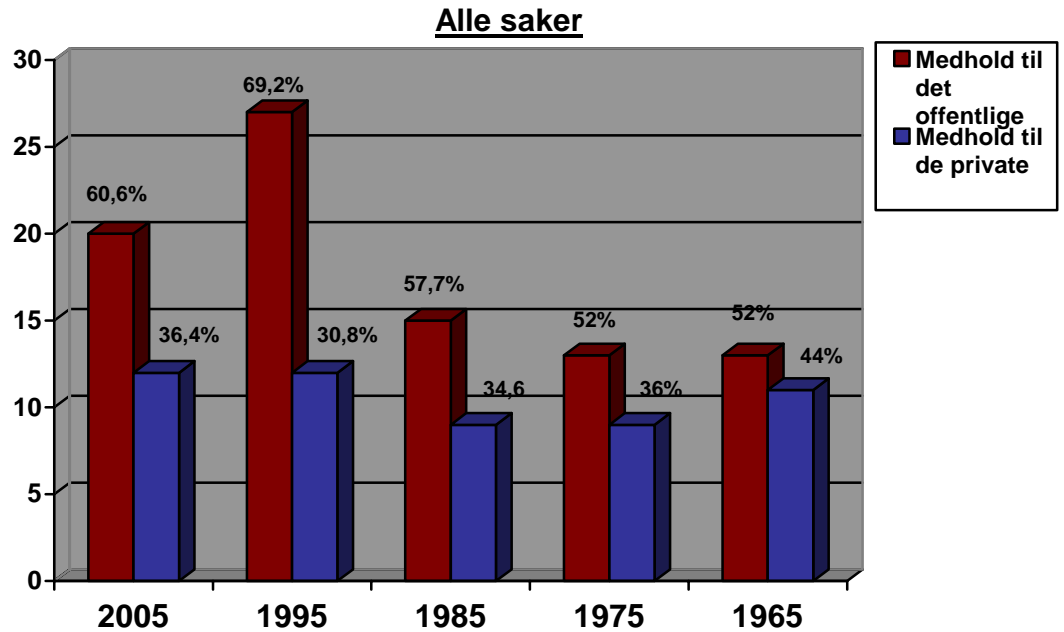


Målingene viser at det totale antallet sivile saker for Høyesterett holder seg mellom 84 og 61 saker i de aktuelle tidsperiodene, noe som ga et gjennomsnitt på 73,6 saker. Det er ingen holdepunkter for å si at utviklingen har gått i den ene eller andre retning, da målingene viser at utviklingskurven går i bølger.<sup>42</sup>

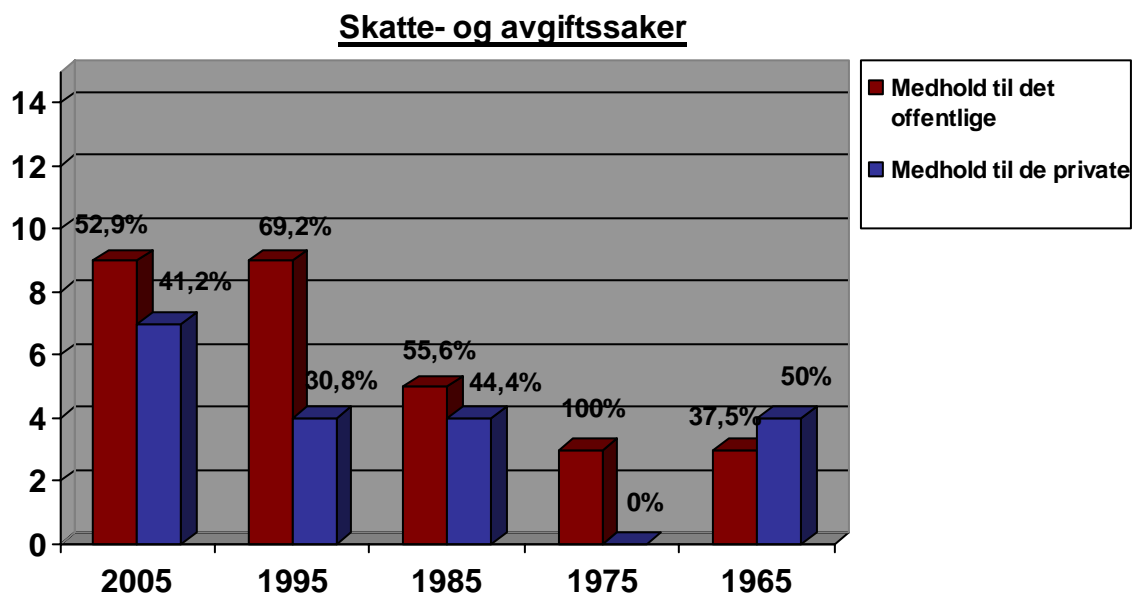
Når det gjelder i hvilken grad konflikter mellom det offentlige og den private part ender opp i Høyesterett, kan vi se en tendens til at disse sakene utgjør en stadig økende andel av den totale saksmengden, riktignok med et lite fall i 2005.

<sup>41</sup> For en fullstendig oversikt over antallet saker og hvem som fikk medhold, se vedlegg 1.

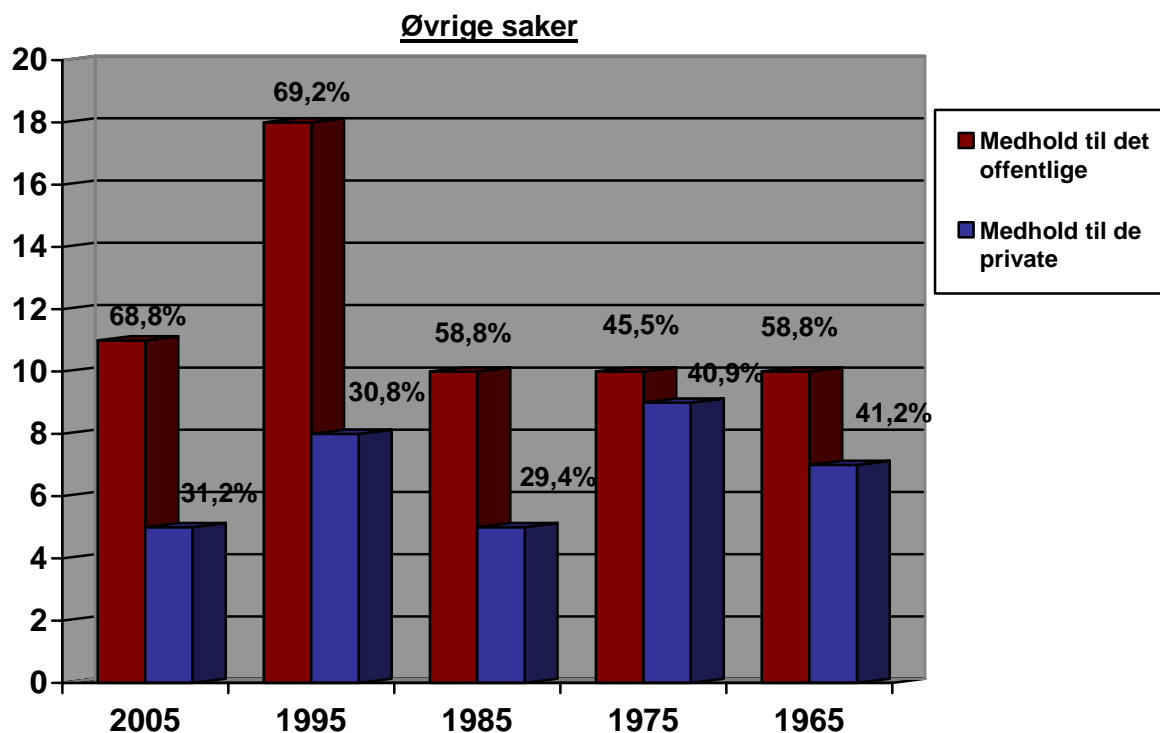
<sup>42</sup> Dette bekreftes av Høyesteretts egen statistikk i perioden fra 2001 til 2005, se <http://www.hoyesterett.no/11268.asp#h2>. Kristian Andenæs har også beskrevet en lignende situasjon. Han la til grunn at antallet sivile saker ført for Høyesterett i perioden fra 1950 frem til 1980 lå relativt stabilt, men hadde periodevis svingninger i begge retninger. Andenæs, Kristian "Domstolene – statsmakt på nedtur", Rettspolitisk forening 1985 s. 51 flg.



Et gjennomgående trekk ved de sakene som ble behandlet i Høyesterett mellom det offentlige og de private, var at det offentlige fikk medhold i flest saker, og at vi ser en viss tendens til at det offentlige vinner en større andel saker over tid. Tar vi for oss de to kategoriene i undersøkelsen i fellesskap, ser vi at seiersraten til det offentlige har hatt en økning fra 1965, hvor de fikk medhold i 52% av sakene, til 1995, hvor de fikk medhold i 69,2% av sakene. I 2005 sank dette til 60,6%. Totalt, i løpet av hele perioden får det offentlige medhold i 60 % av sakene, mens private parter får medhold i 36 % av sakene.



Ser vi på skatte- og avgiftssaker isolert, finner vi mye av de samme tendensene, med unntak av 1975, hvor det offentlige fikk medhold i 100 % av sakene.<sup>43</sup> Totalt, i hele perioden for denne typen saker, får det offentlige medhold i 58 % av sakene, mens de private får medhold i 38 % av sakene.



I kategorien ”øvrige saker” har utviklingen vært noe mer ujevn, men også her vinner det offentlige gjennomgående flere saker enn de private. Totalt får det offentlige medhold i 60 % av sakene mens de private får medhold i ca. 35% av sakene.

### 6.3 Hva kan sies om saksomkostningene

Vi har også undersøkt hvor ofte det offentlige kom med påstand om å bli tilkjent saksomkostninger når de fikk medhold i Høyesterett. Selv om de private parter taper, ses gjennom Høyesteretts omkostningsavgjørelser at Høyesterett har betydelig sans for verdien av at det offentlige overprøves rettslig.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Dette året fremstår som et særskilt unntak, da det bare var 3 saker for Høyesterett i denne kategorien etter vår metode. På bakgrunn av dette blir det samlede resultatet i denne kategorien noe misvisende. I den videre fremstillingen vil vi derfor se bort fra denne særegne perioden. Når vi ikke inkluderer perioden i 1975, fikk det offentlige i gjennomsnitt medhold i 55,3% av sakene, mens de private fikk medhold i 40,4% av sakene.

<sup>44</sup> I 1995 kom de med påstand dette i 20 saker, men fikk bare medhold i 5 av sakene. I 2005 kom det offentlige med påstand om å bli tilkjent saksomkostninger i 15 saker, og fikk medhold i 7 av sakene. De private påstand om å bli tilkjent saksomkostninger når de fikk medhold, ga et langt mer positivt resultat. I periodene 1995 og 2005 var det bare i ett tilfelle at den private parten ikke ble tilkjent saksomkostninger, og i en sak var ikke saksomkostningsspørsmålet nevnt.

En annen mulighet til å redusere kostnadene ved å føre en sak for Høyesterett, er å søke om fri rettshjelp. Selv om de generelle vilkårene for fri sakførsel jf. lov om fri rettshjelp § 16 ikke er oppfylt, kan det likevel innvilges fri sakførsel for Høyesterett hvis det finnes rimelig ut ifra sakens prinsipielle betydning, jf. lov om fri rettshjelp § 18.

Det er altså tatt noen grep fra lovgivers side for å forhindre en uforholdsmessig kostbar prosess i særlige saker, og dette må vi se på som positivt. Men det er også verdt å merke seg at dette gjelder særtilfellene og at disse grepene er langt fra tilstrekkelige. De som ikke faller inn under disse bestemmelsene nyter lite godt av denne ordningen, og prosessen er fortsatt like uforutsigbar. Det eneste som er forutsigbart er at det er ressurskrevende.

#### **6.4 Hvordan kan dette materialet tolkes**

Til å begynne med er det vel verdt å merke seg at våre resultater må kunne sies å bygge oppunder tidligere undersøkelser på området.<sup>45</sup> Det har gjennomgående vært påvist at det offentlige får medhold i flertallet av sakene de har mot private i Høyesterett. Resultatet i vår undersøkelse er derfor ikke en stor overraskelse i forhold til hva som kunne forventes, men vår videre analyse og forklaring av disse resultatene avviker kanskje noe fra tidligere synspunkter.

---

<sup>45</sup> For å sette denne undersøkelsen i et noe større perspektiv, kan det være naturlig å se nærmere på noen tidligere undersøkelser på området.

Terje Wold foretok en undersøkelse i 1964, Domstolens deltakelse i justisforvaltningen, Lov og Rett 1964 s. 385 flg., hvor han tok utgangspunktet i høyesterettsavgjørelser i sivile saker i tidsrommet fra 1950-1963. Han kunne konstatere at staten fikk medhold i 62 % av sakene, mens de private fikk medhold i 38 % av sakene. Han brukte dette som argument for at staten ikke var statsvennlig. Kjønstad, Asbjørn. Er Høyesterett statsvennlig? Lov og Rett 1999 s. 104.

Asbjørn Kjønstad foretok en undersøkelse av alle høyesterettsavgjørelser hvor det hadde vært spørsmål om fritak fra militærtjeneste av overbevisningsgrunner. Lov og Rett 1999 s. 112 flg. I denne undersøkelsen fikk staten medhold i 75 % av sakene og de private fikk medhold i 25 % av sakene.

Asbjørn Kjønstad foretok også en undersøkelse av høyesterettsavgjørelser i pensjons- og trygdesaker i tidsrommet fra 1960 frem til 1999. Lov og Rett 1999 s. 115 flg. I denne undersøkelsen fikk staten medhold i 90 % av sakene, mens de private bare fikk medhold i 10 % av sakene. I forbindelse med dette resultatet bør det nevnes at undersøkelsen bare omfattet 10 saker for Høyesterett.

Jan Skåre foretok en undersøkelse av dissensavgjørelser fra Høyesterett i perioden 1970 til 1989. Undersøkelsen var en kommentar til Kjønstads tidligere artikler om sammenhengen mellom høyesterettsdommerens yrkesbakgrunn og deres standpunkt i den enkelte sak. Skåre kunne ut ifra sin undersøkelse ikke påvise noen sammenheng mellom yrkesbakgrunn og dommerstandpunkt.

Ole Gjems-Onstad foretok en undersøkelse av høyesterettsavgjørelser i skattesaker i tidsrommet fra 25. september 1982 til 28. oktober 1997. Norsk bedriftsskatterett 98/99, Oslo 1998 s. 64. Det offentlige fikk medhold i 62 % av sakene, mens de private fikk medhold i 38 % av sakene.

Det er ingen opplagt løsning på hvordan tallmaterialet i vår undersøkelse skal tolkes. Vi mener likevel resultatet er egnet til å si noe om utviklingstendensene. Målingene viser at det offentlige får medhold i et klart flertall av sakene i alle periodene, med unntak for skatte- og avgiftssaker i 1965, og at utviklingen har vært relativt stabil i denne retningen. Men hvorfor er det slik at det offentlige konsekvent får medhold i et ikke ubetydelig flertall av sakene for Høyesterett? Det foreligger flere mulige forklaringer på hvorfor situasjonen er slik.

En teori som kan tenkes å forklare hvorfor det offentlige får medhold i flest saker, er at det offentlige holder seg innenfor lovens rammer, og at det ikke er særlig å utsette på deres saksbehandling. Det kan være at det offentlige rett og slett er blitt flinkere. Vi utelukker ikke at dette kan være en medvirkende årsak, men å tillegge denne forklaringen stor vekt mener vi gir et feil bilde. Et moment er at det offentlige ikke har bedre tid enn tidligere til å behandle de enkelte sakene. Omfanget av den økte rettslige reguleringen, og konfliktpotensialet som følger med dette, tilsier heller at det offentlige har fått mindre tid til å behandle de enkelte sakene. Saksbehandling, i kombinasjon med dårlig tid/ knappe ressurser, gir sjelden gode resultater i lengden. Et ytterligere moment som bidrar til å svekke denne forklaringen er at de forvaltningsorganer som hyppig har saker for domstolene har et incentiv til å forbedre sin saksbehandling. Det er liten tvil om at disse organene vil sørge for at de ikke stadig får avgjørelser mot seg. Forvaltningsorganer som ikke har saker så ofte for domstolene har ikke dette incentivet. Dersom dette er tilfellet, hvorfor er det da slik at skattemyndighetene, som er den av de offentlige etater som har hyppigst saker i Høyesterett, har lavest uttelling i forhold til medholdsprosenten i undersøkelsen?

En annen teori som ofte påberopes er at Høyesterett er statsvennlig, og at dette får betydning for avgjørelsens utfall. Med begrepet statsvennlig mener vi at ” *den som treffer avgjørelser, legger større vekt på Statens interesser og/eller mindre vekt på motpartens interesser enn det som følger av gjeldende rett*”.<sup>46</sup> Statsvennlighet er noe man er i kraft av sin holdning, og denne holdningen vil måtte fremstå som gjennomgående og konsekvent i alle saker. Om Høyesterett er eller ikke er for statsvennlig, er et viktig spørsmål som alltid bør has i mente og med jevne mellomrom undersøkes, men som vi her ikke kan gå videre inn på. Det er trekk ved Høyesteretts rekruttering fra offentlig sektor som kan gi grunn til bekymring. Det oppstår imidlertid i så fall et paradoks: Dersom Høyesterett er statsvennlig, hvorfor fører ikke dette til de samme utslagene i skatte- og avgiftssakene, som ofte kan ha vidtrekkende økonomiske konsekvenser for statens fremtidige økonomi, som i andre saker mot staten.

Når det offentlige vinner i et så stort flertall av sakene kan det være et innvirkende moment at det offentliges representant i disse sakene, Regjeringsadvokaten, er dyktig til å vurdere prosessrisikoen. Men det er også da naturlig å stille spørsmålstejn med hvorfor Regjeringsadvokaten

---

<sup>46</sup> Kjønstad, Asbjørn. Er Høyesterett statsvennlig? Lov og Rett 1999 s. 103 flg.



skulle foreta en ellers dårligere vurdering av dette i skatte- og avgiftssakene. Her vil konsekvensene av en negativ avgjørelse i Høyesterett kunne få store ringvirkninger ut over den enkelte sak.<sup>47</sup>

Vår forklaring på situasjonen er at resultatet av undersøkelsen nok er sterkt knyttet til styrkeforholdet mellom partene<sup>48</sup>. Særlig i tvilsomme og vanskelige saker vil det være utslagsgivende for resultatet hvilken type retts hjelp partene har tilgjengelig.<sup>49</sup> Det er liten tvil om at det offentlige sitter på store ressurser på dette området, og i de fleste tilfellene vil det være vanskelig for den private part å skaffe til veie et lignende juridisk støtteapparat. Det gjelder i utpreget grad for privatpersoner. Kostnadene ved å anlegge sak er i hovedsak bare av betydning for den private part. Det offentlige prosederer på skattebetalernes regning og råder over store ressurser. Ut fra den relevante kost-nytte analyse vil den private part ikke være i stand til å risikere store omkostninger på saker som er av beskjeden økonomisk betydning. Tilsvarende begrensninger gjelder ikke for det offentlige. Regjeringsadvokaten kan forberede seg så godt man finner nødvendig i alle saker, uten å ta hensyn til tvistegjenstandens verdi, klientens betalingsevne eller saksomkostninger. Det er videre opplagt at saker for Høyesterett er av stor betydning for Regjeringsadvokaten, og i de aller fleste tilfellene vil de derfor forberede seg godt. Sammenligner vi situasjonen for partene på bakgrunn av dette, ser vi at styrkeforholdet fremstår som meget ujevnt.

Selv om vi er av den mening at styrkeforholdet mellom partene er en faktor som er av avgjørende betydning, sier ikke dette i seg selv noe om hvorfor det offentlige stadig får oftere medhold i Høyesterett. En del av forklaringen kan være at det juridiske støtteapparatet til det offentlige har ekspandert, som en følge av at det offentliges kraftige økonomiske vekst i disse årene. Samtidig har det offentlige vært avhengig av en slik utvikling som en konsekvens av stadig større inngripen i den private sfære. Økt rettslig regulering øker konfliktpotensialet. Vi har notert at bevilgninger til Regjeringsadvokaten er økt med mer enn 100% over en 10 årsperiode<sup>50</sup>. Se fotnote<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Riktignok har mange av disse sakene tidligere vært ført av advokater utpekt av kommunene, men staten har kunnet overta og har faktisk også overtatt viktige saker særlig for Høyesterett.

<sup>48</sup> A.C. Stray Ryssdal. An economic analysis of civil suits and appeals, s. 258.

<sup>49</sup> I forlengelsen av dette viser vi til fremstilling i NOU 2002: 18<sup>49</sup>. Her gis det en god illustrasjon på hvordan tilgangen til rettssystemet fungerer i praksis. Dette styres som regel av sakens kompleksitet og betalingsvillighet. Sakens kompleksitet vil som regel avgjøre hvor dyrt det blir å oppsøke hjelp. Dette følger naturlig av at kompliserte saker krever større ressurser. I disse sakene må det foreligge stor betalingsvilje for at saken skal bli løst. En naturlig motpol er sakene som har høy kompleksitet og lav betalingsvilje, det er disse som vanligvis ikke vil bli løst, og det er her vi finner de fleste privatpersonene.

<sup>50</sup> Tall fra Stortingets budsjett- og komitésekretariat

<sup>51</sup> Regjeringsadvokaten har imidlertid også andre oppgaver enn å føre Statens prosesser og det er sannsynlig at omfanget av denne aktiviteten har øket betraktelig i perioden. Det dreier seg særlig om løpende rådgivning til forvaltningen, og behovet har her øket kraftig med rettsliggjøringen og internasjonaliseringen av rettsreglene.

Vår forklaringsmodell om styrkeforholdet mellom partene, kan bidra til å kaste lys over hvorfor det er skattesaker, som ofte kan ha prinsipiell betydning, potensiell stor økonomisk betydning og hvor de aktuelle fraksjoner ofte har saker for domstolene, likevel er der det offentlige har lavest medholdsprosent. Dette kan forklares ved at den private part i denne typen saker ofte har ressurser til å utjevne forskjellene i styrkeforholdet som ellers foreligger. Særlig private bedrifter vil i større grad ha økonomisk bæreevne til å betale for omfattende juridisk bistand, i motsetning til de som påklager et trygde/sosialrettslig vedtak.

### **6.5 Konsekvensene**

Vi mener eksistensen av store motsetninger i styrkeforholdet mellom det offentlige og de private, er en trussel for rettsikkerheten. Dersom det kun er bedrifter og de som har økonomisk bæreevne over gjennomsnittet som har en statistisk god mulighet til å vinne frem, utelukkes en stor del av borgerne fra rettsapparatet. Domstolskontroll med forvaltningen bør ikke være et gode forbeholdt de bemedlede, det skal være et allment gode.

Til dette kommer at private parter gjennom reglene i skatte- og avgiftslovgivningen er pålagt vesentlige byrder når de fører saker mot det offentlige. ECON (Rapport 2006-033) har i en generell analyse for Advokatforeningen pekt på at de økonomiske kostnadene på forskjellige områder – herunder sosiale- og trygdesaker – omfatter utgifter til sakkyndige og andre forhold, i tillegg til utgifter til advokat. I tillegg kommer at private må betale merverdiavgift av advokattjenester (og andre konsulenttjenester som de trenger), rettsgebyr m.v. Vi kan dertil føye at det offentlige verken betaler skatt, merverdiavgift eller rettsgebyr.

Det kan ikke være tvilsomt at den tunge avgiftsbelastningen på advokatregninger har undergravet private parters rett til å få prøvet forvaltningsvedtak rettslig ytterligere.

Oppsummeringsvis, er private parter forfordelt ressursmessig i saker mot det offentlige på følgende viktige måter:

1. For en privat part vil det være økonomisk rasjonelt å benytte bare de ressurser som en vurdering av sakens prosessrisiko tilsier. Det offentliges advokater er ikke undergitt noen tilsvarende begrensning, og kan tvert om legge ubegrenset forberedelse i de saker man ønsker å føre. Privatpersoner må dekke prosessutgiftene fra eget knapt budsjett, mens det offentlige prosederer på skattebetalernes regning. Resultatet er at den private part er undergitt en økonomisk skranke som ikke påvirker det offentlige som motpart i det hele tatt.
2. Dersom en privat part fører sak mot det offentlige, følges de vanlige reglene om saksomkostninger. Det vil si at i en sak der det offentlige vinner, vil den private part ikke bare måtte dekke sine egne omkostninger, men også utgiftene til det offentliges advokat. Dette må være klart prosessdpende. Riktignok bygger Høyesteretts praksis på at det skal mye til for at en privat part i Høyesterett blir pålagt å

dekke det offentlige omkostninger, men slike tilfeller forekommer også der. Uansett eksisterer det en vesentlig usikkerhet.

3. Rettshjelpslovgivningen har enkelte særregler som tar sikte på å avbøte ressursfattighet hos private parter. Det er reglene om fri rettshjelp, og en særbestemmelse her gir nok en privat part anledning til fri rettshjelp dersom Høyesterett har funnet en sak av prinsipiell interesse. Problemstillingen er imidlertid at den frie rettshjelp honoreres etter statens satser pr. time, og at det på ingen måte ligger innenfor formålet å bevilge til slike ubegrensede forberedelser som det offentlige som motpart kan tillate seg.
4. Som spott til skade kommer så reglene om rettsgebyr, og særlig om merverdiavgift på advokattjenester. Når en privat part går til sak mot det offentlige for å få overprøvet et forvaltningsvedtak rettslig, forutsetter vår lovgivning at det skal betales skatt av dette. Det offentlige tar imot med begge hender. Med den ene hånden kan de komme med påstand om saksomkostninger, og med den andre hånden krever de inn merverdiavgift og rettsgebyr.
5. Som et siste hjertesukk fra advokatene, vil vi minne om at mange advokater ønsker å utføre såkalt pro-bono-bistand for ubemidlede privatpersoner, som nettopp kan ha saker mot det offentlige. I motsetning til hva som gjelder for alle andre land vi er kjent med, herunder Sverige, Finland og Danmark, beregner imidlertid den norske stat merverdiavgift av slik gratis bistand. Det er altså ikke bare betalt bistand som er en inntektskilde for det offentlige, men også gratis advokatbistand. Denne tilstanden er selvsagt meningsløs.

## **6.6 Perspektiver**

I årstalen i år har vi lagt vekt på å vise at forvaltningsstaten ekspanderer, særlig sterkt nå i overvåkningssamfunnets tidsalder. Vi har også lagt vekt på å vise at det er et behov for et skarpt menneskerettighetsblikk på kontroll med forvaltningen, og vi anbefaler at Sivilombudsmannen får ytterligere formell status til å utføre dette oppdraget. Vi har pekt på systemsvikt som kan påvirke rettssikkerheten i sosiale ordninger, og på mer generelt plan.

Endelig – og til slutt – har vi vist at det som i tradisjonell doktrine er rettsstatens fremste virkemiddel – domstolskontroll med forvaltningen – er blitt en mulighet som kan se ut til å bli forbeholdt de ressurssterke. Det som er et påfallende utviklingstrekk i den siste del av den perioden vi har undersøkt, en periode der Norge er rikere enn noensinne, er at det offentlige skattlegging av rettstjenester – merverdiavgift på advokattjenester – svekker privatpersoners mulighet for å få sine saker prøvet i rettsvesenet.

Hva bør så gjøres? Holdningsskapende arbeid har stor betydning, og Høyesterett og andre domstoler bør i alle saker mellom det offentlige og private være seg bevisst at de private har mindre ressurser å rutte med til å utrede, forberede og opplyse saken. Dette gjelder særlig fordi de formelle

prosesspillereglene gir begge parter i en rettssak de samme rettigheter. Den formelle likheten tilslører den reelle ulikheten. Ressursulikhet er et vesentlig problem i en kontradiktorisk prosess, og det er bare dommerne i sin nøytrale oppmannsrolle som kan ta høyde for dette.

Et neste spørsmål er om det er behov for nye løsninger for å sørge for bedre symmetri mellom det offentlige og de private. Domstolskontroll med forvaltningen skaper et produkt – en høyesterettsdom – som er til gunst for andre enn sakens egne parter. Rettsproduksjonen i Høyesterett er et såkalt kollektivt gode – når en dom først er avsagt, kommer den hele samfunnet til gode gratis. Gitt denne realitet og gitt behovet for at den enkelte kan få sin sak rettsikkert prøvet, bør ikke de alminnelige omkostningsregler gjelde for denne type prosess. Det offentlige bør aldri tilkjennes omkostninger i Høyesterett. Det er heller ikke gitt at den private part kun bør ha tilgang på fri rettshjelp etter tradisjonelle regler, når statens maktapparat utfordres i Høyesterett. Ressursmessig er dette Davids kamp mot Goliat, og det bør være mulig å tenke nytt omkring offentlige subsidier til å få ført slike saker betryggende i hele sin bredde med noe større grad av likhet på ressurstilgangen.

Rettsaker vil ut fra det totale antall forvaltningssaker alltid være en dyr og lite samfunnseffektiv løsning. Advokatforeningen mener derfor at man gitt denne situasjonen oss må tenke på andre løsninger enn vi har i dag. Vi har tidligere foreslått – forgjeves – at merverdiavgift på advokattjenester må avskaffes, fordi det bryter med grunnleggende symmetribetraktninger i rettsstaten. I forholdet mellom private og offentlige ved prøvelse av forvaltningsvedtak er dette særlig klart. Det bør være mulig å få gjennom i alle fall en slik begrenset reform for rettsaker mot det offentlige.

Problemstillingen med skattlegging av utgifter til å gjøre sin rett gjeldende i rettsvesenet, er tatt opp av Sivilombudsmannen. Han avga i fjor en uttalelse om merverdiavgift på advokattjenester, og stilte noen prinsipielle spørsmål rundt dette og forholdet til Grunnlovens § 98. Ifølge Sivilombudsmannen er formålet bak denne bestemmelsen å forhindre at staten gjør rettspleien til en inntektskilde. Han uttaler at merverdiavgift på denne bakgrunn harmonerer mindre bra med de hensyn som lå bak vedtagelsen av Grunnlovens § 98, og han setter spørsmål ved om vi her stilles overfor en mangel ved lovgivningen. Spørsmålet om grunnlovsmessigheten kan ikke anses endelig avklart. Det burde kanskje rettslig prøves. Et minimumskrav – som vi har tatt opp før – at det i alle fall ikke kan beregnes merverdiavgift når advokater som ledd i sitt samfunnsengasjement yter gratis bistand til ubemidlede.

Andre virkemidler må også sees på med nye øyne. Det er mulig at tiden er inne til å vurdere andre overprøvningsordninger enn de vi har. Vi har foreslått at Sivilombudsmannens overprøvelse bør intensiveres i menneskerettighetssaker. I den rettspolitiske debatt har det også vært reist spørsmål om domstolskontrollen bør legges opp på en annen måte i fremtiden. Riktignok er det en rekke klageordninger for spesialforvaltningen, men det er et spørsmål om ikke man bør se på nye

løsninger for domstolskontroll – kanskje en spesialdomstol med et nøytralt sekretariat med ansvar for saksforberedelsen. Vi kan også tenke på prosessuelle reformer, eller egne systemer for saksgang. Det er mulig at vi også må se på nye måter å engasjere det sivile samfunn i den rettssikkerhetsutfordring kontroll med forvaltningen er. Det er i dag for tungt for den enkelte borger å trekke sin sak alene. Kanskje det burde være en privat institusjon med betydelige ressurser til å bistå i saker mot forvaltningen, men da oppstår spørsmålet om hvem som skal finansiere en slik institusjon. Et alternativ er at frivillige interesseorganisasjoner i større grad kobles inn med innlegg i rettsprosesser for å støtte svake parter. Slike system med amicus curia-innlegg er kjent fra andre land.

Samlet sett er vi ikke i tvil om at tiden er inne til å tenke nytt. I dag har vi konsentrert oss om det vi vet om det kjente. Vi håper at debatten heretter vil kunne ta fatt på nye og ukjente løsninger.