



DET KONGELEGE
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 83

(2002–2003)

Lov om endring i forvaltningslova (klagerett når klageinstansen avviser)

*Tilråding frå Justis- og politidepartementet av 9. mai 2003,
godkjend i statsråd same dagen.
(Regjeringa Bondevik II)*

1 Proposisjonens hovudinnhald

I proposisjonen her fremmar Justisdepartementet forslag om å endre lov 10. februar 1967 om behandlingssmåten i forvaltningssaker (forvaltningslova) § 28 for å få ei meir presis regulering av retten til å påklage klageinstansen sitt vedtak om å avvise ei klage.

Framlegget i denne proposisjonen har som målsetjing å sikre at avvisingsspørsmålet alltid kan bli prøvd to gonger, medan det ikkje skal opnast for prøving i tre instansar. Det blir difor gjort framlegg om at det *ikkje* skal vere klagerett over klageorganets avvisningsvedtak

- når også underinstansen har avvist klaga (som i dag),
- når underinstansen har prøvd avvisingsspørsmålet og kome til at dei formelle vilkåra for realitetshandsaming var tilstades,
- når Kongen vil vere klageinstans,
- når klagen er avvist av ei uavhengig klagenemnd.

Vidare blir det gjort framlegg om å lovfeste at fylkesmannen skal vere klageorgan når klaga er avvist av kommunalt eller fylkeskommunalt organ som klageinstans.

2 Bakgrunnen for forslaget

Forvaltningslova § 28 første ledd første punktum gjev partar og andre med rettsleg klageinteresse rett til å påklage enkeltvedtak til det forvaltningsorganet (klageinstansen) som er nærmast overordna det organet som gjorde vedtaket. I andre punktum heiter det vidare:

«Med mindre Kongen annerledes bestemmer, kan klageinstansens vedtak i klagesak ikke påklages.»

Justisdepartementets lovavdeling har ved fleire høve tolka denne føresegna slik at lova ikkje gjev høve til å påklage klageinstansen sitt vedtak om å avvise klagesaka. Sivilombodsmannen har i ei fråsegn tatt inn i årsmeldinga for 2000 (Dok. nr. 4 (2000–2001) s. 54–57) sagt at det etter hans syn dreier seg om eit ope rettsleg spørsmål der begge konklusjonar let seg forsvare. Ombodsmannen såg det som ein mangel ved regelverket at lova ikkje gjev eit klårare svar på spørsmålet, og oppmoda departementet til å ta initiativ til ei klårgjering.

Justisdepartementet er slik saka står, samd med ombodsmannen i at ein bør invitere Stortinget til å vedta ei lovendring som kan gje eit klårt svar på spørsmålet. Dette er i samsvar med det dåverande justisminister Hanne Harlem sa i Stortinget 5. juni 2001 i debatten om Sivilombodsmannen si årsmelding for 2000.

3 Gjeldande rett

3.1 Sakshandsaminga i klagesaker

Av forvaltningslova § 32 går det fram at ei klage skal setjast fram for det forvaltningsorganet som har gjort vedtaket (underinstansen). Etter § 33 andre ledd skal underinstansen gjere dei undersøkingar som klaga gjev grunn til, og underinstansen skal gje varsel om klaga til den som vert å rekne som motpart i klagesaka, jf. § 33 tredje ledd. På grunnlag av ei ny vurdering av saka kan underinstansen oppheve eller endre vedtaket dersom den finn at klaga er grunna, jf. § 33 andre ledd andre punktum. Dersom vilkåra ikkje ligg føre for å handsame klaga, skal underinstansen avvise klaga, jf. § 33 andre ledd tredje punktum.

Om ikkje underinstansen gjer nytt vedtak, skal den sende saka til klageinstansen så snart ho er tilrettelagd, jf. § 33 fjerde ledd. Klageinstansen si myndigheit går fram av § 34. Same kva underinstansen har meint om retten til å påklage vedtaket, kan klageinstansen avvise klaga, jf. § 34 første ledd.

Gjer underinstansen vedtak om å avvise klaga, vert dette vedtaket å rekne for eit enkeltvedtak, jf. forvaltningslova § 2 tredje ledd. Det er klagerett over dette avvisningsvedtaket i medhald av hovudregelen i § 28 første ledd første punktum. Regelen i § 28 første ledd andre punktum kjem ikkje inn her, av di det er underinstansen sjølv og ikkje klageinstansen som har gjort vedtaket om avvisning.

3.2 Kva for organ er klageinstans?

Når vedtaket er gjort av eit organ i *statsforvaltninga* som underinstans, følgjer det av forvaltningslova § 28 første ledd første punktum at det er det nærmast overordna organet som er klageinstans.

Til vanleg vil det seie at når fylkesmannen er underinstans, er det eit direktorat, eventuelt eit departement, som er klageinstans. Er underinstansen eit direktorat, vil departementet vere klageinstans. Er underinstansen eit departement, er Kongen klageinstans. (Men for ymse vedtak som departementa gjer, er det gjort unntak frå klageretten til Kongen i medhald av § 28 tredje ledd.) Kva for organ som er klageinstans, kan vere fastsett med reine ord i vedkommande lov eller i forskrift.

Det hender at det er fastsett ein annan klageinstans enn det som ville følgje av § 28, og jamvel at det er oppretta eit særskilt klageorgan. Personvernemnda, jf. personopplysningslova 14. april 2000 nr. 31 § 42, er eit døme på det. Klager over Datatilsynet sine vedtak går såleis til Personvernemnda og ikkje til departementet.

Er vedtaket gjort av eit *kommunalt* eller *fylkeskommunalt organ* som underinstans, er det forvaltningslova § 28 andre ledd som regulerer kva for organ som er klageinstans. Utgangspunktet i lova er at klageinstansen er kommunestyret eller fylkestinget, som det øvste organet i kommunen eller fylkeskommunen. Men dei kan fastsetje at det er formannskapet høvesvis fylkesutvalet som skal vere klageinstans, eller – og det er det vanlege – at det skal vere ei *særskilt (fylkes)kommunal klagenemnd*.

Etter forvaltningslova gjeld det to unntak frå dette:

1) Har kommunestyret eller fylkestinget sjølv gjort vedtaket som underinstans, er departementet klageinstans, jf. § 28 andre ledd andre punktum.

2) Har underinstansen gjort sitt vedtak etter delegert myndigheit frå eit statleg forvaltningsorgan, er det dette organet som er klageinstans, jf. § 28 andre ledd tredje punktum. (Er det på denne måten eit statleg organ som er klageinstans, er det høve til å delegere oppgåva å avgjere klager etter vanlege reglar om delegasjon.)

3.3 Kva for omstende kan gjere at klaga vert avvist?

Når ei klagesak vert avvist, vil det seie at *innhaldet* i den avgjerda som det er klaga over, ikkje blir vurdert på ny. Ein kan seie det slik at spørsmålet om avvising gjeld om vilkåra for å få ei ny prøving er til stades.

Det er ymse grunnar som kan gjere at ei klagesak vert avvist. Ein kan nemne (utan at lista er uttømmende):

- avgjerda er ikkje eit enkeltvedtak, men t.d. ei intern avgjerd (som andre tenestemannsavgjerder enn dei som er nemnde i forvaltningslova § 2 andre ledd), eller gjort i medhald av eigarretten eller på anna privatrettsleg grunnlag
- klagaren er korkje part i saka eller har rettsleg klageinteresse
- klagefristen er ute før klaga vart send (jf. likevel § 31 om handsaming trass i fristoversitjinga)
- klaga er ikkje sett fram for rett organ, eller ho fyller ikkje formkrava i forvaltningslova § 32 første ledd, utan at ho vert retta etter at det er gitt høve til det etter § 32 tredje ledd.

4 Dansk og svensk rett

4.1 Dansk rett

Etter dansk forvaltningsrett kan parten freiste å få endra eit vedtak gjennom krav om *remonstrasjon* el-

ler *rekurs*. Remonstrasjon inneber at vedtaksorganet ser på saka på ny (oppattaking), og kravet vert sett fram for og handsama av det forvaltningsorganet som gjorde det opphavlege vedtaket. Rekurs (klage) inneber at saka vert handsama av eit overordna forvaltningsorgan, og kravet om rekurs vert sett fram direkte for rekursinstansen. Det kan variere frå saksfelt til saksfelt om det ligg føre remonstrasjonsrett og/eller rekursrett. Ein kan sjå det slik at ei norsk forvaltningsklage har i seg eit krav om begge deler: Får klagaren ikkje medhald av underinstansen etter forvaltningslova § 33 andre ledd andre punktum (remonstrasjon), skjer det ei rekurshandsaming ved klageinstansen etter § 34, om ikkje underinstansen avviser klaga.

Danmark har ikkje ålmenne reglar om forvaltningsklage slik som Noreg. Somme variantar av klagereglane minner om dei norske. Til dømes er det etter planlægningsloven § 60 stk. 2 slik at ei klage skal sendast inn til underinstansen. Underinstansen er då pliktig til å vurdere om det er grunnlag for å ta saka oppatt (remonstrasjon), jf. Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret (København 1994) s. 610. Er det ikkje det, skal underinstansen sende klaga vidare til rekursinstansen (klageinstansen). Ulikt norsk rett har underinstansen ikkje rett til å avvise klaga.

Rekursinstansen kan som hovudregel avgjere klagesaka med avvising, stadfesting, endring, oppheving eller attendevising, jf. Gammeltoft-Hansen m.fl. s. 657. Dansk rett har ikkje – som norsk – eit generelt toinstanssprinsipp. Alt etter saksfelt kan det difor hende at rekursorganet si avgjerd – herunder vedtak om avvising – kan påklagast til ein tredjeinstans. På andre saksfelt vil det ikkje vere nokon rett til å klage på rekursinstansen si avgjerd, same kva ho går ut på. Det gjer at eit avvisingsspørsmål berre vil bli vurdert ein gong. Dette gjeld anten klaga vert sett fram for underinstansen – som ikkje har rett til å avvise – eller om klaga går beinveges til rekursinstansen.

4.2 Svensk rett

Fram til förvaltningslagen (lag 1986:223) vart sett i kraft, var regelen den at forvaltningsklager gjekk direkte til klageinstansen. Difor kunne ein ikkje få den situasjonen som kan kome opp i norsk rett, nemleg at klageinstansen avviser ei klage som underinstansen har sloppe fram.

Etter reglane no skal klaga setjast fram for det organet som gjorde vedtaket (23 § 1 mom.) Underinstansen skal prøve om klaga er sett fram i tide og avvise henne om ho er sett fram for seint. Ei av-

gjerd om avvising kan påklagast til overordna forvaltningsorgan (30 §). Underinstansen kan ikkje avvise ei klage av andre grunner enn at ho er sett fram for seint.

Kjem underinstansen til at ei klage er sett fram i tide, er klageinstansen bunden av det. I svensk rett kan ein altså ikkje få den situasjonen som kan kome opp i norsk rett, nemleg at underinstansen godtek ei klage som rettidig medan klageinstansen overprøver denne vurderinga og avviser klaga som for seint framsett.

I svensk rett har klageinstansen høve til å avvise ei klage på anna grunnlag enn at klagefristen er ute. Då har grunnlaget for avvising ikkje vore prøvd av underinstansen, og det følgjer av systemet i svensk forvaltningsrett at klageinstansens avvisingsvedtak kan påklagast til høgare instans.

5 Framlegget i høyringsbrevet

Justisdepartementet sende spørsmålet om endring i forvaltningslova § 28 ut på høyring i brev 6. juni 2002. I høyringsnotatet var det teke inn to alternative framlegg til lovendring. Det eine framlegget klårgjorde at det ikkje ligg føre klagerett på klageinstansens vedtak om å avvise ei klage, det andre framlegget klårgjorde at slike avvisingsvedtak kan påklagast. I avslutninga av notatet gjorde departementet det kjent at ein førebels – før ein hadde fått høyringsinstansane sitt syn på saka – mente det første alternativet var det beste.

Under overskrifta «ulike omsyn for og mot klagerett over avvisingsvedtak» skreiv departementet:

«Sivilombodsmannen gav i årsmeldinga for 2000 (side 56) uttrykk for at reelle omsyn taler for at det skal vere klagerett (ein gong) over klageinstansen sitt vedtak om avvising. Det avgjerande for ombodsmannen sitt syn var at denne skipnaden er den som best ivaretek rettstryggleiken for borgarane.

Justisdepartementet vil nedanfor drøfte ulike omsyn noko nærare, og ber om høyringsinstansane sine merknader. Drøftinga er jamt over ålmenn, og vi ber om at høyringsinstansane gjer merksam på det om det på eit sakområde gjer seg gjeldande særskilde omsyn.

a) Omsynet til parten.

For den parten som klagar og får klaga avvist av klageinstansen, vil det vere ein føremon med rett til å påklage dette vedtaket. Det tykkjest klart at det vil styrke rettstryggleiken for denne klagaren.

I mange saker er det fleire partar eller interesserte. Ein kan til dømes ta ei byggesak, der

jamvel grannane har høve til å klage på eit bygjeløyve. Om grannen får si klage avvist i klageinstansen, vil han eller ho vere interessert i å klage over avvisninga. Det kan auke rettstryggleiken for grannane, men er til ulempe for eigareren og vil gjere at sakshandsaminga i byggjesaker kan ta lengre tid.

Det er neppe noka god løysing at berre den eine parten eller klagaren har rett til å klage over eit avvisningsvedtak. Det kan lett bli ei skeiv rettstryggleik om regelen i desse sakene skulle vere at berre den som søkjer eit løyve, kan klage over klageinstansen sitt vedtak om å avvise ei klage.

I saker der fleire partar eller interesser står mot einannan, lyt ein jamvel spørje om det berre er avvisningsvedtak i klageinstansen som det evt. bør vere høve til å klage over vidare. På same vis som det kan vere urett å avvise ei klage, kan det vere urett at klaga er fremma og tatt til realitetshandsaming. Det er det same spørsmålet det gjeld, anten klaga vert avvist eller fremma. I byggjesaka kan det vere byggherren som klagar over vilkår som er sette i ein dispensasjon til føremon for grannen, og grannen som motpart som meiner desse vilkåra får vere endelege når klagefristen er ute. Bør difor motparten, som er nøgd med det opphavlege vedtaket, ha rett til å klage over klageinstansen si avgjerd om å realitetshandsame klaga? Trongen til ein slik klagerett lyt ein sjå i lyset av dei argument som departementet kjem attende til under punkt b nedanfor. Men attåt det er det slik at klageinstansen i mange saker vil ha høve til å realitetsvurdere det opphavlege vedtaket, anten i kraft av regelen i forvaltningslova § 31 dersom klagefristen var ute, eller av eige tiltak etter reglane om omgjering av forvaltningsvedtak. Jamvel om ein lovfestar klagerett over klageinstansen sitt avvisningsvedtak, tykkjest det vere liten grunn til å ta med ein rett til å klage over klageinstansen si avgjerd om å fremme ei klage til realitetshandsaming.

b) Trongen til å dra inn tredje instansen for å sikre toinstansprøving.

Den som ikkje får medhald i ei forvaltnings sak, vil i seg sjølv ha interesse av å få overprøvd avgjerda heilt til han eller ho får medhald. Det er ei samla avveging av ressursbruk og rettstryggleik som ligg attom hovudregelen i forvaltningslova § 28 om at det er klagerett berre i ein instans. Departementet kan ikkje sjå grunn til å gjere om på denne grunnleggjande regelen. Skal ein dra inn ein tredje instans i somme spørsmål, lyt det helst vere spørsmål som berre den ordinære klageinstansen har vurdert.

Dette taler mot å innføre ein klagerett over klageinstansen sitt avvisningsvedtak der alle-

reie underinstansen har avvist klaga, og dette avvisningsvedtaket vart stadfesta av klageinstansen etter at det var påklaga dit. Her har avvisningsspørsmålet vore prøvd i to omgangar, og departementet kan ikkje sjå at det er sterke grunnar som tilseier at det nett her skal vere rom for ei tredje prøving i forvaltninga.

Som det går fram av punkt 2 ovanfor, skal ei klage setjast fram for underinstansen, og underinstansen skal vurdere om klaga vert å avvise. Har underinstansen gjort ei slik vurdering og kome til at vilkåra for å handsame klaga ligg føre, vil det seie at avvisningsspørsmålet har vore vurdert i to omgangar dersom klageinstansen – i motsetnad til underinstansen – finn at klaga vert å avvise. Heller ikkje her synest det vere stor trong til å sikre rom for ei tredje prøving av avvisningsspørsmålet.

I praksis er det truleg likevel slik at underinstansen ofte let vere å prøve om ei klage må avvisast. Helst skjer vel det når spørsmålet reiser vanskelege rettslege grenseproblem, til dømes om avgrensinga av omgrepet einskildvedtak eller om kven som har klageinteresse. Då kan det nok vere at underinstansen sender klaga vidare til klageinstansen for full handsaming der utan sjølv å gå djupt inn i vurderinga. I slike tilfelle kan ein seie at avvisningsspørsmålet berre vert vurdert i ein omgang.

Dette er likevel ikkje eit eineståande tilfelle i klagesaker. Etter forvaltningslova § 34 andre leddet kan klageinstansen prøve alle sider av saka. Klageinstansen er pliktig til å vurdere dei synspunkta klagaren kjem med, jamvel om dei ikkje har vore framme for underinstansen. Klageinstansen kan òg ta opp argument som korkje klagaren, andre partar eller underinstansen har vore inne på. Det er jamvel ei viss råd for klageinstansen til å endre vedtaket til skade for klagaren innan tre månader, jf. § 34 tredje ledd. Alt dette gjer at klageinstansen kan kome til å tufte vedtaket sitt på synspunkt som berre har vore vurderte i ein omgang, nemleg i klageinstansen sjølv. Men ikkje i noko av desse tilfella gjev forvaltningslova ein rett til å klage vidare til ein tredje instans. Ein lyt difor spørje seg om det er større grunn til at nett klageinstansen sitt vedtak om avvisning skal kunne påklagast vidare.

c) Verknadene for tredje instansen.

Utviklinga i dei seinare åra har gått i retning av å delegere myndigheit i einskildsaker. Det gjeld òg for myndigheit til å avgjere klagesaker. Ein kan seie at det vil vere ei justering i eller avvik frå denne utviklinga om det vert lovfesta ein rett til å klage over klageinstansen sine avvisningsvedtak til tredje instans. Samanlikna med situasjonen i dag, vil det verte ei tilleggsoppgå-

ve for tredje instansen, men det verker ikkje naturleg å kalle det ei «ny» oppgåve. Som Sivilombodsmannen peiker på i si fråsegn, er det vel liten grunn til å tru at det er ei oppgåve som vil føre med seg nemnande meir arbeid for tredje instansen.

Justisdepartementet meiner likevel at denne vurderinga kan falle noko ulikt ut alt etter kva for organ som vert tredje instans. I somme saker kan det jamvel vere uvisst kva organ som skal reknast som tredje instans.

Er det eit direktorat som er klageinstans på eit sakområde, vil departementet verte tredje instansen som må avgjere klager på direktoratet sine vedtak om avvising av klagesaker. Dette høver ikkje heilt godt med det arbeidet som har vore gjort for å ta klagesaker ut av departementa. Jamvel om avvissingsvedtaka kan reise prinsipielle spørsmål om kva som reknast som ein-skildvedtak og kva som skal til for å ha klageinteresse, er dette i all hovudsak faglege spørsmål om rettsbruken og ikkje politiske spørsmål, og det er det siste ein no freistar samle departementa sitt arbeid som faglege sekretariat for den politiske leiinga om.

Er det – unntaksvis – eit departement som er klageinstans, vil ein rett til å klage over klageinstansen sine avvissingsvedtak seie det same som ein rett til å få dette avgjort av Kongen. Det er i dag ikkje høve til å klage til Kongen over eit vedtak om å avvise ei sak, jf. § 1 i forskrift om unntak frå og særreglar om retten til å påklage ein-skilde vedtak, fastsett ved kgl.res. 16. desember 1977 med seinare endringar. Departementet meiner desse spørsmåla eignar seg dårleg for avgjerd ved kongeleg resolusjon. Det har i lang tid vore eit mål å frita regjeringa for arbeid med klagesaker etter forvaltningslova, og det vil vere eit klårt steg attende om regjeringa skulle verte nøydd til å ta stilling til forvaltningslova sine vilkår for å få handsama ei klage. Ein slik regel ville òg skape vanskar i høve til offentleglova § 9 tredje leddet siste punktum, som seier at dersom Kongen er klageinstans i saker om innsynskrav etter offentleglova, kan ein berre påklage spørsmålet om det rettsleg er høve til å unnta dokumentet frå innsyn. Denne føresegna gjer i dag at ei klage til Kongen som berre gjeld at det ikkje er praktisert meiroffentlegheit i samsvar med offentleglova § 2 tredje leddet, vil bli avvist av departementet.

Somtid kan det vere tvil om noko forvaltningsorgan kan reknast for å vere overordna klageinstansen. Som døme kan ein nemne Personvernemnda. Etter personopplysningslova § 42 er nemnda eit uavhengig forvaltningsorgan administrativt underordna Kongen og departementet. Det synest ikkje klårt at det vil samsvare med denne skipnaden om Personvernemnda sine vedtak om avvising kan påklagast til

departementet. – Andre klåre døme er ved klage over Forbrukarombodet sine vedtak til Markedsrådet og ved klage over Likestillingsombodet sine vedtak til Klagenemnda for likestilling, men ein kan reise slike spørsmål i mest alle høve der det er oppretta særskilde, uavhengige klagenemnder.

Noko av det same gjeld der kommunestyret eller fylkestinget er klageinstans, eller der det er skipa til særskilte kommunale klagenemnder. Det tykkjest her vere naudsynt med ei særskilt føresegn om kva organ som skal vere tredje instansen. Det verker mest naturleg å leggje denne oppgåva til fylkesmannen. Fylkesmannen står fram som ein ålmenn rettstryggleiksinstans i forvaltninga på regionalt nivå, og har frå før liknande oppgåver når det gjeld avslag på dokumentinnsyn som eit kommunalt eller fylkeskommunalt organ har gjeve, jf. forvaltningslova § 21 og offentleglova § 9.

d) Andre rettsmiddel mot urett avvising av klagesaker.

For god ordens skuld minner Justisdepartementet om at den som meiner at ei klage med urette er endeleg avvist av forvaltninga, alltid kan bringe denne avgjerda inn for Sivilombodsmannen (om ikkje det er Kongen som har avvist klaga) eller for domstolane. Dette gjeld anten det er den ordinære klageinstansen eller ein tredje instans som har gjort vedtak om avvising. Ein lyt sjå spørsmålet om å lovfeste ein rett til å klage over klageinstansen sitt avvissingsvedtak også på den bakgrunnen.»

Desse to alternative framlegga til lovtekst vart satt fram:

1) Forvaltningslova § 28 første leddet andre punktum skal lyde:

«Med mindre Kongen annerledes bestemmer, kan klageinstansens vedtak i klagesak – *medregnet vedtak om å avvise klagen* – ikke påklages.»

2) I forvaltningslova § 28 vert første leddet andre punktum oppheva.

Nytt tredje ledd skal lyde:

«Med mindre Kongen annerledes bestemmer, kan klageinstansens vedtak i klagesak ikke påklages. *Klageinstansens vedtak om å avvise klagen kan likevel påklages med mindre Kongen ville være klageinstans. Er klagen avvist av kommunalt eller fylkeskommunalt organ som klageinstans, går klage over vedtaket om avvising til fylkesmannen.*»

Noverande tredje ledd vert nytt fjerde ledd.

6 Høyringsinstansane sitt syn

6.1 Gjennomføringa av høyringa

Høyringsbrevet vart sendt til følgjande høyringsinstansar, med høyringsfrist 15. september 2002:

Alle departementa
Fylkesmennene
Fylkeskommunane
Høgsterett
Lagmannsrettane
Stortingets ombodsmann for forvaltninga
Forbrukarombodet
Forbrukarrådet
Regjeringsadvokaten
Riksadvokaten
Statistisk sentralbyrå
Alta kommune
Bergen kommune
Bærum kommune
Drammen kommune
Hamar kommune
Kristiansand kommune
Lyngdal kommune
Narvik kommune
Orkdal kommune
Oslo kommune
Rakkestad kommune
Ringsaker kommune
Sirdal kommune
Skien kommune
Stavanger kommune
Trondheim kommune
Tromsø kommune
Tønsberg kommune
Ulvik kommune
Vardø kommune
Vefsn kommune
Ås kommune
Akademikerne
Akademikernes Fellesorganisasjon
Den norske Advokatforening
Den norske Dommerforening
Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon
Juridisk rådgiving for kvinner
Jussformidlinga i Bergen
Juss-Buss
Kommunalrettslig forum
Kommunenes Sentralforbund
Kontoret for fri rettshjelp
Landsorganisasjonen i Noreg
Norges Juristforbund
Norges naturvernforbund
Norsk Journalistlag
Norsk Kommuneforbund

Norsk Redaktørforening
Næringslivets Hovudorganisasjon
Rettspolitisk forening
Statstjenestemannsforbundet
Statstjenestemannskartetlet
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund
Universitetet i Oslo
Universitetet i Tromsø
Universitetet i Trondheim
Universitet i Bergen

6.2 Hovudinntrykk frå høyringsrunden

Det er kome inn svar frå 51 instansar. Av dei er det fem som ikkje vil uttale seg i saka eller som ikkje har merknader av noko slag (Høgsterett, LO, Norsk kommuneforbund, fylkesmannen i Vestfold og Eiendomsmeglerforetakenes forening). To instansar (Konkurransetilsynet og Borgarting lagmannsrett) er samde i at det er føremålstenleg med ei avklaring av spørsmålet gjennom lovendring, men tek ikkje standpunkt i valet mellom alternativ 1 eller alternativ 2.

Eit klårt fleirtal av høyringsinstansane går inn for alternativ 1. Blant desse finn ein dei fleste departementa (alle med unnatak for Helsedepartementet, Sosialdepartementet og Arbeids- og administrasjonsdepartementet. Kultur- og kyrkjedepartementet har ikkje svart), fleire fylkesmenn (Rogaland, Hordaland, Troms og Vest-Agder), Regjeringsadvokaten, fire fylkeskommunar (Buskerud, Vestfold, Nord-Trøndelag og Sør-Trøndelag) og fire kommunar (Tromsø, Alta, Bærum og Oslo). Også Hålogaland lagmannsrett, Vegdirektoratet, Luftfartsverket, Jernbanetilsynet, Statens landbrukstilsyn og Statistisk sentralbyrå går inn for alternativ 1. Hovudinnhaldet i argumentasjonen frå desse instansane vert nærare omtalt i kap. 6.3.

Alternativ 2 vert støtta av Helsedepartementet, Sosialdepartementet, Den norske Advokatforening, fylkesmannen i Hedmark, fylkesmannen i Oslo og Akershus, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon og Sivilombodsmannen. Hovudinnhaldet i argumentasjonen frå desse instansane vert nærare omtalt i kap. 6.4.

Ulike mellømløysingar er fremma av Arbeids- og administrasjonsdepartementet, LO Stat, Næringslivets Hovudorganisasjon, fylkesmannen i Møre og Romsdal og Kommunenes Sentralforbund. Slike mellømløysingar er også drøfta subsidiært i mange av fråsegnene frå dei som har prioritert mellom dei to alternativa. Nærare omtale av desse løysingane finst i kap. 6.5.

6.3 Argument til føremon for avgrensning av klagerett (alternativ 1)

Dei instansane som går inn for å presisere i lova at det ikkje er klagerett på klageorganets vedtak om å avvise ei klage, heller ikkje i dei tilfella der underinstansen har sleppt klaga igjennom utan å ta klår stilling til avvisingsspørsmålet (alternativ 1), syner i stor grad til dei argumenta for denne løysinga som vart framført i høyringsnotatet. Mellom anna vert det vist til at rettstryggleiken er sikra godt nok gjennom ordninga med klagerett til ombodsmannen og søksmål for domstolane. Enkelte viser også til at overordna forvaltningsorgan etter tilhøva kan omgjere klageorganets avvisingsvedtak, jf. forvaltningslova § 35. *Fylkesmannen i Troms* trekkjer dessutan inn forvaltningslova § 31:

«I saker om sosiale støtteordningar ... der det ikke er noen motpart som har behov for å innrette seg, blir oppreisning som oftest gitt, med mindre ettårsfristen ... er til hinder for det».

Det vert også vist til ulike praktiske omstende, slik som at innføring av ein klagerett vil stå i motstrid til arbeidet med å frigjere departementa for klagesaksbehandling, og at ein generelt får ei lengre sakshandsamingstid når eit nytt klageorgan blir lagt til. *Hålogaland lagmannsrett* uttaler at

«[e]n klagerett kan forlenge saksbehandlingstiden og skape usikkerhet for de som ønsker å innrette seg etter vedtaket».

Også andre høyringsinstansar, som *fylkesmannen i Nordland* og *Regjeringsadvokaten*, peikar på omsynet til eventuelle motpartar. Regjeringsadvokaten seier mellom anna at

«saksbehandlingstiden i byggesaker vil kunne trekke ut, og at det også vil kunne innebære en unødvendig belastning for eiere eller utbyggerne».

Fleire av dei instansane som støttar alternativ 1 er samde i at det kan vere eit problem at førsteinstansen ikkje alltid vurderer avvisingsspørsmålet slik han etter lova er pålagt å gjere, men at rådgjerda mot dette kan vere anna enn lovendring. *Fylkesmannen i Vest-Agder* seier at dersom det er «et utbredt problem at underinstansen ikke vurderer avvisning, bør dette følges opp på annen måte enn gjennom lovendring». Dette syner har også *Kommunal- og regionaldepartementet*. *Alta kommune* viser til at klageinstansen, i ei sak der det ikkje går fram at underinstansen har vurdert avvisning, kan «sende saken tilbake til underinstansen for uttalelse/behandling av avvisingsspørsmålet før den fat-

ter endelig vedtak». Også *Statistisk sentralbyrå* meiner klageorganet i større grad bør sende saka tilbake til underinstansen når avvisingsspørsmålet ikkje er behandla. Om det vert gjort, vil «grunnlaget for alternativ 2 i høyringsnotatet ikke aktualiseres». Også *fylkesmannen i Hedmark* – som subsidiært støtter alternativ 2 – meiner problemet kan løysast utan lovendring om det vert sett inn ressursar overfor underinstansane for å sikre at avvisingsspørsmålet faktisk blir vurdert.

Statens landbruksforvaltning (SLF) viser til at underinstansen nokre gonger tek under realitetshandsaming klager som skulle vore avvist på grunn av manglande rettsleg klageinteresse. Dette kan typisk skje i konsesjonssaker der gardbrukarar som bor i nærleiken ynskjer tilleggsjord og difor påklagar vedtaket om å gje konsesjon. Desse naboane har – med mindre særlege omstende ligg føre – ikkje rettsleg klageinteresse. Når desse sakene kjem til SLF, vert dei alltid avviste. SLF meiner det vil vere «uheldig både for kjøperen og for landbruket» om dei som har kjøpt eiedomen må vente på ytterlegare ein instans før dei kan innrette seg.

Fleire peiker på at også andre forhold enn dei formelle kan bli vurdert berre ein gong. *Barne- og familiedepartementet* seier mellom anna

«at klageinstansen ... kan bygge vedtaket sitt på synspunkt som berre har vore vurdert i ein omgang og det er ikkje opplagte grunnar som taler for at avvisingsvedtak skal underordnast ei særleg handsaming».

Også *fylkesmannen i Troms* tek opp dette poenget, og peiker på «at det ikke er noe særstørrelse at klageinstansen tar stilling i spørsmål i klagesaker som har vært gjenstand for liten eller ingen vurdering av underinstansen, og som sådan ikke blir undergitt en full toinstansbehandling». Tilsvarende synspunkt kjem frå *Hålogaland lagmannsrett* og frå *Buskerud fylkeskommune*, som vil ha same klagerett enten det gjeld realitet eller formelle forhold, *Vestfold fylkeskommune* og *Tromsø kommune*. Sistnemnde legg til at dei same omsyn

«som eventuelt taler for å gi klagerett over klageinstansens avvisningsvedtak, taler også for klageadgang over beslutningen om å fremme klagen til realitetsbehandling».

Oslo kommune peiker på at eit avvisingsvedtak i røynda er ei prosessleiane avgjerd, og at avgjerda difor fell utanfor vedtaksdefinisjonen i forvaltningslova § 2 første ledd bokstav a og b. Når slike avgjerder likevel vert handsama som enkeltvedtak, kjem det av forvaltningslova § 2 tredje ledd som mellom anna seier at «avgjørelser som gjelder avvisning av

en sak» også skal reknast som enkeltvedtak. Frå dette utgangspunktet reiser Oslo kommune så spørsmålet om ikkje utvida klagerett over denne typen «prosessuelle avgjørelser», i neste omgang kan føre til krav om klagerett m.v. over andre liknande avgjerder som ikkje er enkeltvedtak, t.d. avgjerder om å realitetshandsame ei klage der det finst motpartar som gjerne vil gjere gjeldande at dei formelle krava ikkje er oppfylt.

Utanriksdepartementet legg vekt på at prosess-økonomiske omsyn taler for alternativ 1, fordi dette «i stor grad vil gje borgarane raskare høve til å leggje saka fram for ein uavhengig instans ved Sivilombodsmannen eller domstolane».

6.4 Argument til føremon for utvida klagerett (alternativ 2)

Dei høyringsinstansane som har konkludert med støtte til alternativ 2, legg alle stor vekt på rettstryggleiken. Samstundes vert det påpeika at dei praktiske problem som eventuelt kunne tale mot utvida klagerett er marginale. *Den norske Advokatforening* uttaler at den ikkje trur

«det byr på praktiske problemer av betydning at en tredje instans må tre inn som klageinstans for klageinstansens avvisningsvedtak. ... Innføring av klagerett vil medføre at departementet på ny blir klageinstans på områder hvor klagemyndigheten er delegert. Det er ingen tungtveiende innvending. Avvisningssakene får neppe noe stort omfang. Departementet må og skal fortsatt ha faglig kompetanse i juridiske spørsmål.»

Advokatforeninga meiner den veging for og mot som er gjort i høyringsnotatet «klart» taler i favør av klagerett i samsvar med alternativ 2, og finn det vanskeleg å sjå kva for avgjerande innvendingar departementet hadde festa seg ved når det i høyringsnotatet gjekk inn for alternativ 1. *Helsedepartementet* uttaler at «omsynet til partane i ei sak har i forvaltningsretten større vekt enn omsynet til forvaltninga si arbeidsbelastning». Det vert sagt at alternativ 2 er best i samsvar med grunnprinsippa i forvaltningsretten. *Sosialdepartementet* viser til at klageretten for brukarar av sosiale tenester og pleie og omsorgstenester, ofte vil

«gjelde forhold som har stor betydning for vedkommandes livssituasjon. For å ivareta rettstryggleiken for disse gruppene, bør ein difor sikre ein to-instansbehandling også for vedtak om å avvise ei klage».

Frå *fylkesmannen i Oslo og Akershus* blir det peika på at avvisningsspørsmålet normalt ikkje har vo-

re gjenstand for kontradiksjon når det er klageorganet som er den første instansen som avviser:

«Det kan derfor oppleves som et overgrep fra klagers side at sakens materielle sider ikke blir prøvd av klageinstansen når førsteinstansen har akseptert klagen og foretatt forberedende klagebehandling og oversendt saken til endelig vedtak.»

Også *Den norske Advokatforening* er inne på dette, og uttaler at det verkar

«urimelig at den realitetsbehandling som underinstansen også har foretatt som resultat av klagen – kanskje etter omfattende undersøkelser – bare blir satt strek over ved at saken ikke kommer til realitetsbehandling, men avvises.»

Ikkje alle instansane som går inn for alternativ 2 tek opp spørsmålet om det skal vere klagerett til Kongen. Dei som nemner denne problemstillinga (m.a. *Helsedepartementet*, fylkesmannen i Oslo og Akershus og Advokatforeninga) er samde i at slike saker ikkje høver for statsrådshandsaming og at det difor ikkje bør vere klagerett til Kongen.

Spørsmålet om kva som skal vere klageorgan når det er ei uavhengig klagenemnd som har avvist ei sak, blir heller ikkje drøfta av alle som går inn for alternativ 2. *Helsedepartementet* meiner at utvida klagerett ikkje kan omfatte klageorgan som liknar domstolar og som ikkje kan instruerast. Skal ein ta i akt dei omsyn til sjølvstende som ligg bak opprettinga av slike organ, må ein for desse velje alternativ 1.

Fylkesmannen i Hedmark ser dette problemet frå ein litt annan synsstad og meiner spørsmålet om å peike ut ein tredjeinstans når avvisningsvedtaket er treft av ei klagenemnd kan løysast ved å ta inn i lova at klaga då går til vedkommande departement eller Justisdepartementet. Han er elles ikkje heilt samd i dei premissane som vart lagt til grunn i høyringsnotatet om at klageinstansen ved ei realitetsavgjerd kan kome til å byggje på grunnlag som ikkje tidlegare har vore vurdert av førsteinstansen. Han skriv:

«Generelt vil fylkesmannen som klageinstans være tilbakeholden med å treffe nytt realitetsvedtak i de situasjoner som her beskrives. Med mindre de nye forhold det bygges på (enten det gjelder fakta eller jus) rimelig klart må lede til et bestemt realitetsvedtak, vil vi som hovedregel nøye oss med å oppheve underinstansens vedtak. Dette er nettopp for å sikre at de nye forhold kan bli undergitt en toinstansvurdering, samt av hensyn til det kommunale selvstyret.»

Mange instansar – både dei som primært støttar

alternativ 2, men også dei som drøfter dette som ei subsidiær løysing – er samde i framlegget om at fylkesmannen skal vere klageinstans når det er eit kommunalt eller fylkeskommunalt organ som i eigenskap av klageorgan, har avvist ei klage. *Vestfold fylkeskommune* peiker på at spørsmålet om ei klage skal avvistast eller ikkje er av rettsleg og ikkje regionalpolitisk karakter, jf. at spørsmålet som oftast gjeld kva som er eit enkeltvedtak og kven som har rettsleg klageinteresse.

Også *fylkesmannen i Vest-Agder* ser fylkesmannsembeta som naturleg klageorgan for avvissingsvedtak i kommunestyret eller i kommunale klagenemnder. Samstundes vert det peika på at fylkesmannen med ei slik ordning vil kome inn på vanskelege vurderingar med omsyn til oppreising etter forvaltningslova § 31 på sakfelt utanom tradisjonelt arbeidsområde. *Nord-Trøndelag fylkeskommune*, som har behandla høyringssaka i fylkesutvalet, er på si side på prinsipielt grunnlag motstandar av at vedtak frå folkevalte organ skal overprøvast av embetsverket. Denne skepsisen vert og målboren av *Kommunanes sentralforbund*.

Sivilombodsmannen viser til tidlegare fråsegner om spørsmålet, jf. Dokument nr. 4 (2000–2001) s. 11 til 13 og s. 54 til 57, og uttaler at dei fleste og dei mest sentrale omsyna i saken går fram av høyringsnotatet frå Justisdepartementet. Val av løysing vil i fylgje ombodsmannen «i noen grad være preget av det ståsted man har». Han legg til grunn at

«en klagerett i disse tilfellene vil samlet sett bidra til størst rettssikkerhet for borgerne, og indirekte styrke tilliten til forvaltningen. Partene og andre med rettslig klageinteresse får en ekstra sikkerhet for at forvaltningens avgjørelser blir riktige og hensiktsmessige, noe som er sentralt i rettssikkerhetsperspektiv».

Ombodsmannen peiker på at det nok ofte er slik at underinstansen ikkje har vurdert avvissingsspørsmålet. Når klageorganet då avviser, vil klageren berre få prøvd grunnlaget for avvissingsvedtaket ein gong, noko han meiner er «en mindre ønskelig ordning». Han legg til:

«Departementets påpekning av at det også i andre tilfeller er slik at grunnlaget for et endelig vedtak bare blir prøvet en gang, kan jeg ikke se er noe avgjørende argument mot klagerett i de nevnte tilfellene.»

6.5 Ulike mellomløysingar

LO Stat og *fylkesmannen i Møre og Romsdal* går begge inn for ei mellomløysing der det ikkje skal

vere klagerett når klageorganet som har avvist klage er eit statleg organ. For kommunale klageorgan vil dei likevel ha slik klagerett. Fylkesmannen i Møre og Romsdal grunnjev dette slik:

«Få kommunar har tilsett juridisk kompetanse og det kan vere større risiko for at det vert gjort uriktige avvissingsvedtak som hindrar personar å få prøvd realiteten i klagen sine.»

Næringslivets Hovudorganisasjon (NHO) rår til at den spenninga mellom rettstryggleik og effektivitet som kan vere til stades i mange konkrete saker, vert løyst ved at utvida klagerett (alternativ 2) berre gjeld i saker der det ikkje er andre med rettsleg klageinteresse. NHO skriv:

«Dette vil typisk gjelde forvaltningssaker der parten har søkt om et resultat eller en rettighet uten å få medhold, og der ingen kunne påklaget et eventuelt vedtak i partens favør.»

Frå *Kommunanes sentralforbund* (KS) er det sett fram forslag om ei omstokking av setningane i forvaltningslova § 33 andre ledd. Forbundet legg til grunn at om noverande andre og tredje punktum byter plass, med tilhøyrande naudsynte omskrivingar, vert det klårare at underinstansen er pålagd å vurdere avvissingsspørsmålet. Forslaget lyder:

«Den skal først vurdere om klagen skal avvises. Dersom klagen tas opp til realitetsbehandling, kan underinstansen oppheve eller endre vedtaket dersom den finner klagen begrunnet».

KS ynskjer dette kombinert med eit klårt krav i odelstingsproposisjonen om at klageinstansen skal sende saka tilbake dersom avvissingsspørsmålet ikkje er vurdert og ei presisering av at lovendringa heng saman med at klageinstansens avvissingsvedtak ikkje kan påklagast.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet uttrykker generell tvil med omsyn til valet mellom alternativ 1 og 2, og meiner at ei løysing mellom dei motstridande interessene – rettstryggleik og ressursbruk – kan vere å velje alternativ 2 med den modifikasjon at det berre føreligg klagerett når underinstansen ikkje har vurdert spørsmålet om avvissing.

Liknande tankar er og – subsidiært – framsett av *fylkesmannen i Troms*. Han uttaler at ein eventuell klagerett ideelt sett berre bør føreligge i dei tilfelle der avvissingsspørsmålet ikkje er vurdert av underinstansen, «slik at ikke avvissingsspørsmålet blir prøvd tre ganger». Samstundes viser han til at det retts teknisk og faktisk kan bli vanskeleg å skilje ut desse sakene fordi det i praksis ofte ikkje går fram tydeleg av materialet frå underinstansen i kva grad avvissingsspørsmålet er vurdert.

7 Departementets vurdering

Justisdepartementet finn det inspirerende at så mange instansar har vore opptatt av spørsmålet, som kanskje kan sjå trivielt ut for den som ikkje arbeider med klagesaker og forvaltningsprosess til dagleg. I røynda kan likevel den løysinga som vert vald i spørsmål som dette vise seg å vere avgjerande for enkeltmenneske og andre rettssubjekt i viktige saker. Departementet har særleg vore takksam for innspela som går ut på å finne kompromiss mellom alternativ 1 og 2 i høyringsnotatet.

Justisdepartementet ser det som viktig å halde fast ved hovudprinsippet om at spørsmålet om kva for konkrete rettar og plikter som finst mellom den enkelte borgar og forvaltninga kan prøvast to gonger, og berre det, for to ulike forvaltningsorgan. Gjennom dette systemet vil dei fleste materielle og prosessuelle feil bli fanga opp. Til dette kjem forvaltningslova § 35, som formelt regulerer den retten forvaltningsorgan har til å omgjere vedtak av eige initiativ, men som reelt også gjer det mogleg for partar å be om ny vurdering av ei sak sjølv om døra til klageprosessen er stengt.

For den som framleis er misnøgd med eit enkeltvedtak, har Stortinget etablert ordninga med ein sivilombodsmann. På same måten som ved forvaltningsklage, er det kostnadsfritt å be ombodsmannen om å ta opp saka. I tillegg kjem den rettstryggleiken som ligg i søksmål for domstolane, sjølv om dette kan vere kostbart og for mange privatpersonar difor ikkje er noko praktisk alternativ.

I dag er det slik at underinstansen etter lova *skal* undersøkje om dei formelle klagevilkåra er til stades, men at dette av ulike grunnar ikkje alltid vert gjort. Om underinstansen då ikkje sjølv treffer eit nytt vedtak i saka, men oversender klaga til klageorganet etter å ha gjort dei undersøkingar av realiteten som er naudsynt, kan resultatet bli at klageorganet er det første og einaste organet som vurderer dei formelle klagevilkåra.

Det følgjer av det som er sagt av mange av høyringsinstansane – særleg fylkesmennene – at dei er merksame på at dette kan vere eit problem, og at dei i slike tilfelle difor ofte sender klagesaka tilbake til underinstansen for å få ei vurdering av klagevilkåra. Det er ikkje opplyst om grunnlaget for praksisen er at underinstansen ikkje har oppfylt sin oppgåve etter forvaltningslova § 33 andre ledd tredje punktum eller om klageorganet ser tilbakesending som naudsynt i lys av utgreiingsplikta i forvaltningslova § 17. Nokon fast og lik praksis frå forvaltningsorgan til forvaltningsorgan kan ein ikkje snakke om. Forslaget frå Kommunanes Sentralforbund tar sikte på å rette på dette.

Kompromissframlegga frå Arbeids- og administrasjonsdepartementet og fylkesmannen i Troms har òg mykje godt ved seg. Ein vil sikre reell toinstansprøving av avvisingsspørsmålet – og slik auke rettstryggleiken – samstundes som ein unngår å innføre noko heilt nytt – ein treinstansbehandling. Løysinga inneber likevel enkelte utfordringar, særleg ved at det kjem inn eit nytt skjønnprega spørsmål for det ordinære klageorganet og det ekstra klageorganet (tredjeinstansen) som etter tilhøva kan overprøve det ordinære klageorganet: Har underinstansen prøvd avvisingsspørsmålet på ein slik måte at det ordinære klageorganet kan vedta avvising med endeleg verknad?

For å unngå at dette spørsmålet valdar vanskar er det særleg to botemiddel: For det første kan underinstansen – der den meiner at vilkåra for å klage er tilstades – passe på at ein alltid kjem med ei skikkeleg grunngeving for dette standpunktet overfor klageinstansen. Alle dei aktuelle formelle krav i den konkrete saka må vere dekkja. For det andre kan klageinstansen – når det kan vere tvil om underinstansen har handsama avvisingsspørsmålet godt nok og klageinstansen vurderer å avvise klaga – sende klagesaka tilbake til underinstansen for handsaming av dette spørsmålet. Departementet kan difor ikkje sjå at ein slik regel av praktiske grunnar åleine, bør avvissast.

Departementet meiner etter dette at forvaltningslova bør endrast for å sikre at avvisingsspørsmålet kan bli prøvd i to omgangar, men ser ikkje grunn til å fremje eit forslag om klagerett på alle førstegongs avvisingsvedtak. Eit slikt framlegg ville gå lenger enn det er trong til og i røynda byggje på eit syn om at negative vedtak alltid skal kunne prøvast to gonger. Det er eit umogleg prinsipp i saker der det finst motpartar fordi ein av partane då alltid vil få eit vedtak mot seg. Det er heller ikkje eit godt prinsipp der det ikkje finst motinteresser med rettsleg klageinteresse fordi det vanskeleg å sjå kvifor eit slikt prinsipp i så fall skal vere avgrensa til prosessuelle spørsmål.

Departementet finn på den andre sida ikkje å kunne stø framlegget frå NHO, om at det alltid skal vere klagerett over klageorganets vedtak om å avvise ei sak der «ingen kunne påklaget et eventuelt vedtak i partens favør». Som prinsipp kan ein slik regel ha noko for seg. Når ein ekstra klagerunde ikkje fører til forseinking for andre private partar, men berre «går ut over» forvaltninga, kan ein sjå det slik at ein får styrka rettstryggleiken utan at dette har særlege kostnader.

På den andre sida vil framlegget frå NHO bli vanskeleg i praksis fordi det ofte kan vere uklårt om det finst eller ikkje finst motpartar eller andre

med rettsleg klageinteresse som ynskjer eit anna utfall på saka enn den primære parten. Så lenge parten ikkje får medhald, har ingen motinteresser nokon oppfordring til å melde seg. Difor kan ikkje klageinstansen, etter at den har avvist klaga frå parten, vite om det ligg føre klagerett eller ikkje. For det tilfellet at ein tredjeinstans handsamar ei slik klage og er samd i avvisinga, har inga større skade skjedd enn at forvaltninga har brukt nokre ekstra timewerk, sjølv om det ikkje låg føre klagerett. Om tredjeinstansen derimot finn at vilkåra for klagehandsaming er tilstades, med den følge at klageinstansen blir beden om å foreta ei materiell prøving av klagen, kan det hende at motinteresser med klagerett melder seg. Det faktum at dei melder seg, vil formelt sett vere nok til å konstatere at parten *ikkje* hadde klagerett over avvisningsvedtaket. Det er likevel ikkje sikkert at den beste løysinga då vil vere å sjå det slik at tredjeinstansens vedtak er ugyldig. Det kan t.d. vere så klårt at tredjeinstansen har rett i si løysing av avvisingsspørsmålet at det blir preg av formalisme å sette dette vedtaket til sides. Særleg uheldig vil dette vere om den ordinære klageinstansen ikkje av eige tiltak kan endre sitt vedtak om avvising etter forvaltningslova § 35 i samsvar med utsegna frå tredjeinstansen.

Ei sondring mellom statelege og kommunale underinstansar, slik LO Stat og fylkesmannen i Møre og Romsdal går inn for, byggjer etter departementet si vurdering på føresetnader som ikkje alltid vil vere til stades. Det er truleg rett at mange mindre kommunar kunne ha vore betre utstyrt med omsyn til juridisk kompetanse, men samstundes er det klårt at mange middels store og større kommunar ikkje treng å ha dårlegare tilgang på slik kompetanse enn eit mindre statlege organ. Det er ikkje heldig å gje eit generelt signal til kommunane om at dei – mindre enn andre – er eigna til å vurdere avvisingsspørsmål, når dette i mange høve truleg ikkje er rett.

Som i høyringsnotatet, meiner departementet framleis at det ikkje skal vere klagerett til Kongen. Dette vil nok ikkje gjere noko stort innhogg i klageretten, fordi spørsmålet berre er aktuelt når eit departement har vore klageorgan. Ein slik regel vil og vere best i samsvar med forskrift 16. desember 1977 nr. 15 om unntak fra og særregler om retten til å påklage enkeltvedtak § 1 bokstav A nr. 1. Etter denne føresegna føreligg det ikkje klagerett til Kongen der departementet har avvist ei klage som underinstans. Då er det endå mindre grunn til at ein skal ha klagerett til Kongen når departementet har avvist ei klage som klageinstans.

Departementet vil heller ikkje gå inn for klagerett på avvisingsvedtak når vedtaket er gjort av ei

uavhengig klagenemnd. Det kan skiple til den uavhengige posisjonen som er tilsikta.

For dei tilfella der ei klage er avvist av eit kommunalt eller fylkeskommunalt organ som klageinstans – og klageretten ikkje av andre grunnar har falle bort – er det naudsynt å peike ut ein tredjeinstans. Etter departementets meining peiker fylkesmannen seg naturleg ut. Departementet kan ikkje vere samd i den skepsis – knytt til omsynet for det kommunale sjølvstyre – som her vert målboren av KS og Nord-Trøndelag fylkeskommune. Om klagerett ligg føre eller ikkje, reiser i første rekkje rettslege spørsmål og ikkje slike politiske og skjønsmessige vurderingar som det elles er grunn for fylkesmannen til å halde på ein viss avstand.

8 Økonomiske og administrative konsekvensar

Ved endringar i dei allmenne reglane om forvaltningsprosess er det lite faktisk kunnskap som føreligg med omsyn til kvantitet. Difor må dei løysingane ein tilslutt vel, byggje på normative vurderingar, det vil seie ei vurdering av kva som står fram som mest rett ut frå grunnprinsipp og omsyn, meir enn ei vurdering av verknader og resultat.

Det er ingen som veit kor mange enkeltvedtak som vert fatta av statlege og kommunale organ på årsbasis. Talet ein million er ikkje sikrere enn 3 millionar. Det er heller ingen som kjenner talet på klager eller talet på saker der klageorganet avviser ei klage som underinstansen meinte oppfylte dei formelle vilkåra for realitetshandsaming. Går ein problemstillinga enno nærare inn på livet, er det heller ingen som veit kor mange avvisingsvedtak som vil vere omfatta av bokstav a til d i framlegget til nytt tredje ledd i forvaltningslova § 28, og difor ikkje kan påklagast vidare, og kor mange avvisingsvedtak som det med denne lovendringa blir klårgjort at kan påklagast.

Frå fylkesmannen i Troms er det opplyst at ein ved embetet, i tida etter at ombodsmannens tolking vart kjent våren 2001, har praktisert klagerett også på klageorganets avvisningsvedtak, dvs. at dei partane som hos fylkesmannen har fått avvist ei klage som underinstansen fremma, samstundes er gjort merksame på klageretten vidare til det aktuelle direktorat/departement. Så langt ein har oversyn over, har ingen til no nytta denne klageretten.

Frå fylkesmannen i Møre og Romsdal er det opplyst at ein avviser frå 5 til 14 klagesaker i året berre på området bygge- og frådelingssaker.

Departementet har ikkje andre tal å syne til. Det

seier seg likevel sjølv at lovendringa vil måtte føre til noko meir arbeid for forvaltninga – både statleg og kommunal – samanlikna med situasjonen før ombodsmannens tolking vart meir ålment kjent våren 2001. Etter den tid kan ein rekne med at fleire forvaltningsorgan har praktisert utvida klagerett. Framlegget her er meir avgrensa enn det som direkte følgjer av utsegna frå ombodsmannen, slik at om ein ser endringa i arbeidsmengde i lys av situasjonen i frå 2001 og fram til i dag, kan situasjonen vere at talet på klagesaker faktisk går ned.

9 Merknader til lovutkastet

I forvaltningslova § 28 foreslår departementet at retten til å klage over klageinstansen sitt vedtak i klagesak blir regulert særskilt i eit nytt *tredje ledd*.

Tredje ledd første punktum svarar til noverande første ledd andre punktum med ei reint redaksjonell endring. Første ledd andre punktum vert difor oppheva.

Reglane om klage over klageinstansen sitt vedtak om å avvise ei klage vert tekne inn i *tredje ledd andre og tredje punktum*. Etter andre punktum er utgangspunkt at det er klagerett over klageinstansens vedtak om å avvise ei klage. Bokstav a til d gjer viktige unntak i denne klageretten.

Bokstav a er i samsvar med gjeldande rett. Når underinstansen har avvist ei klage og avvisinga vert stadfesta av klageinstansen, har avvisingsspørsmålet heilt klårt blitt handsama to gonger. Dette gjeld også om underinstansen og klageinstansen har ulik grunngeving for å avvise. Om klageinstansen fremmer ei klage som underinstansen ville avvise, følgjer det alt av tredje ledd første punktum at ingen har klagerett vidare.

Både bokstav a og *bokstav b* kviler på det grunnsyn at avvisingsspørsmålet berre kan prøvast to gonger. Når underinstansen treff eit avvisingsvedtak, jf. bokstav a, er det ikkje tvilsamt at spørsmålet er prøvd. Når underinstansen sender ei klagesak vidare til klageinstansen, kan det vere vanskelegare å vite om avvisingsspørsmålet er prøvd, sjølv om det følgjer implisitt av forvaltningslova § 33 andre ledd tredje punktum at dei formelle klagevilkåra skal prøvast.

Klageretten fell berre bort når avvisingsspørsmålet er prøvd. I det ligg eit krav om ei reell prøving av dei formelle vilkåra som kan vere omstridde i den aktuelle sak, og denne prøvinga må vere synbar for parten og klageinstansen. Av det følgjer at underinstansen må gje frå seg skriftleg materiale, jf. forvaltningslova § 2 første ledd bokstav g, om

spørsmålet til klageinstansen og at denne skriftlege meldinga også skal gå i kopi til klagaren, jf. nærare forvaltningslova § 33 fjerde ledd andre punktum. Unntaket her for opplysningar omfatta av forvaltningslova § 19, har neppe praktisk interesse i denne samanheng. Ved denne meldinga vil klagaren m.a. få signal om kva for formelle vilkår som det etter underinstansen sitt syn kan vere tvilsamt om er oppfylt, og slik få ein ekstra sjanse til å kome med argument.

Ved tvil om underinstansen har prøvd avvisingsspørsmålet tilstrekkeleg til at klageorganet har fått kompetanse til å vedta avvising med endeleg verknad, kan klageorganet alltid sende saka attende til underinstansen for vidare handsaming, jf. forvaltningslova § 34 fjerde ledd. Om dette ikkje vert gjort, og klageinstansen avviser klaga, må ein like etterpå ta stilling til om underinstansen har prøvd avvisingsspørsmålet eller ikkje. Det følgjer av forvaltningslova § 27 tredje ledd første punktum at klagaren skal ha informasjon om m.a. mogleg klagerett samstundes med underretning om vedtaket. Klageinstansen må difor ta førebels stilling til om bokstav b står i vegen for vidare klage til ein tredjeinstans når underretning om avvisingsvedtaket vert sendt ut.

Om klageinstansen vurderer å avvise ei klage fordi klagaren ikkje har rettsleg klageinteresse og ser at det frå underinstansen ikkje ligg føre noko som viser at dei formelle klagevilkåra er prøvd, vil det vere nok at underinstansen vert beden om å vurdere berre dette eine klagevilkåret. Vilkår som klårt er tilstades er det ikkje naudsynt at vert prøvd.

Om klageinstansen har grunn til å tru at det formelle vilkåret som kan gje grunnlag for avvising i ei aktuell sak er så vanskeleg at den aktuelle underinstansen – som ikkje har vurdert vilkåret – neppe heller vil vere i stand til å gje eit bidrag av særleg verdi, kan det vere betre at ein tredjeinstans blir klageorgan dersom den ordinære klageinstansen avviser saka.

Det må ligge ein realitet bak underinstansens prøving av avvisingsspørsmålet. Prøvingsplikta vil ikkje vere oppfylt ved t.d. å leggje inn i teksthandsamingsprogrammet ei setning som formelt viser at avvisingsspørsmålet er vurdert. Om klageinstansen har grunn til å tru at det ikkje ligg føre ei konkret vurdering av avvisingsspørsmålet i den aktuelle saka, er ikkje avvisingsspørsmålet vurdert slik lovendringa tek sikte på.

Etter *bokstav c* vil ein aldri kunne påklage eit avvisingsvedtak til Kongen, sjølv om klageretten ikkje har falle bort etter bokstav a eller b. Dette tyder likevel ikkje at underinstansar som førebur klager for eit departement kan sjå vekk frå prøvingsplikta

etter forvaltningslova § 33 andre ledd tredje punktum. Og eit departement som mottok ei mangelfull klagesak frå ein underinstans og kjem til at avvising kan vere aktuelt, bør på same måte som andre klageorgan be underinstansen om nærare prøving av dei formelle sidene ved klageretten som gjev grunnlag for tvil.

Bokstav d gjeld uavhengige klagenemnder. Det har etter kvart blitt mange klagenemnder i stat og kommune, og det kan etter tilhøva nokre gonger vere uklart om dei er uavhengige eller ikkje. Det spørsmålet kan ikkje løysast her, for alle aktuelle nemnder. Dersom nemnda ikkje kan instruerast og det heller ikkje finst noko organ som kan omgjere vedtak frå nemnda etter forvaltningslova § 35, vil ein normalt kunne leggje til grunn at nemnda er uavhengig – med omsyn til dei relasjonane som er av interesse her. Typiske døme på uavhengige klagenemnder vil vere Utlendingsnemnda, jf. utlendingslova § 38 a, og Personvernemnda, jf. personopplysningslova § 43. For sistnemnde gjeld likevel at somme vedtak fatta med heimel i personopplysningslova §§ 27 og 28 kan påklagast til Kongen, og

klageretten vil difor ikkje falle bort etter bokstav d. Klageretten her fell derimot bort etter bokstav c. Tilsvarande unntak frå eit hovudsakleg sjølvstende finn ein for enkelte andre nemnder, og då kan det òg vere slik at klageretten heller ikkje fell bort etter bokstav c.

Tredje ledd tredje punktum fastset at fylkesmannen er rett klageorgan når avvisingsvedtaket er fatta av kommunalt eller fylkeskommunalt organ som klageinstans. Regelen gjeld sjølvstende berre når klageretten ikkje allereie har falt bort etter bokstav a, b eller d.

Justis- og politidepartementet

t i l r å r :

At Dykkar Majestet godkjenner og skriv under eit framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om endring i forvaltningslova (klagerett når klageinstansen avviser).

Vi HARALD, Noregs Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjere vedtak til lov om endring i forvaltningslova (klagerett når klageinstansen avviser) i samsvar med eit vedlagt forslag.

Forslag

til lov om endring i forvaltningslova (klagerett når klageinstansen avviser)

I

I forvaltningslova § 28 vert første ledd andre punktum oppheva.

§ 28 tredje ledd skal lyde:

Med mindre Kongen *bestemmer annerledes*, kan klageinstansens vedtak i klagesak ikke påklages. *Klageinstansens vedtak om å avvise klagen kan likevel påklages, unntatt:*

- a) *når også underinstansen traff vedtak om å avvise klagen,*
- b) *når underinstansen har prøvd avvisningsspørsmålet og kommet til at vilkårene for realitetsbehandling er til stede,*

c) *når Kongen vil være klageinstans,*

d) *når klagen er avvist av en uavhengig klagenemnd.*

Er det klagerett over et vedtak om å avvise en klage som er truffet av et kommunalt eller fylkeskommunalt organ som klageinstans, går klagen til fylkesmannen.

Noverande tredje ledd vert nytt fjerde ledd.

II

Lova gjeld frå den tid Kongen fastset, og gjeld frå same tid for alle avvisingsvedtak som ein klageinstans treffer, sjølv som saka kom inn før lova tok til å gjelde.
